

# Konkurranseregulerende virkning i konkurranseloven §§ 10 og 11

*Særlig om hva som skal til for at det foreligger potensielle  
konkurranseregulerende virkninger*

Kandidatnummer: 57

Antall ord: 14 231



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>1</b>
<b>1 Introduksjon.....</b>	<b>3</b>
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.1.1 Avhandlingens overordnede tema .....	3
1.1.2 Avhandlingens problemstilling .....	6
1.2 Aktualitet .....	7
1.3 Rettskildebildet og metodiske utfordringer.....	9
1.3.1 Harmonisering med EU/EØS-retten .....	9
1.3.2 Kort om konkurransemyndighetene referert til i avhandlingen.....	9
1.3.3 Rettskildene brukt i avhandlingen.....	10
1.3.4 Metode: min fremgangsmåte, samt noen utfordringer og særpreg .....	11
1.4 Fremstillingen videre.....	12
<b>2 Konkurransbegrensende «virkning» i krrl. §§ 10 og 11 – en oversikt.....</b>	<b>14</b>
2.1 Innledning .....	14
2.2 Konkurransbegrensende «virkning» i krrl. § 10 første ledd.....	14
2.2.1 Rettslig utgangspunkt.....	14
2.2.2 Forbudet rammer negative virkninger: «hindre, innskrenke eller vri» .....	15
2.2.3 Forbudet rammer kun merkbare virkninger.....	17
2.2.4 Virkningsvurderingen i krrl. § 10 .....	20
2.2.4.1 Utgangspunkter: virkninger vurderes konkret og det kreves sammenheng mellom samarbeidet og virkningene.....	20
2.2.4.2 Virkningene avgjøres etter en kontrafaktisk analyse.....	21
2.2.4.3 Virkningene må avgrenses til det relevante marked .....	22
2.3 Konkurransbegrensende «virkning» i krrl. § 11 første ledd.....	23
2.3.1 Rettslig utgangspunkt.....	23
2.3.2 Hvordan kan man avgjøre om adferden utgjør «utilbørlig utnyttelse»?.....	24
2.3.2.1 Utgangspunkt 1: dominante foretak har et særlig ansvar .....	24
2.3.2.2 Utgangspunkt 2: EU-domstolens definisjonen av misbruk .....	25
2.3.2.3 Tester for å avgjøre om adferden utgjør misbruk.....	28
<b>3 Potensielle konkurransebegrensende virkninger .....</b>	<b>30</b>

3.1	<i>Innledning</i> .....	30
3.2	<i>Vilkår for å vurdere potensielle konkurransebegrensende virkninger</i> .....	31
3.2.1	Årsakssammenheng: virkningene er et resultat av handlemåten .....	31
3.2.2	Virkningene må ramme faktiske eller potensielle konkurrenter .....	32
3.3	<i>Terskelen for at det foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger</i> .....	33
3.4	<i>kravet til sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger</i> .....	36
3.4.1	Kravet til sannsynlighet er ikke et beviskrav, men en materiell vurdering.....	36
3.4.2	Analyse av hvordan kravet til sannsynlighet er tolket i praksis.....	37
3.4.2.1	Innledning .....	38
3.4.2.2	Saken C-280/08 P Deutsche Telekom AG v. Commission .....	38
3.4.2.3	Saken C-52/09 TeliaSonera .....	39
3.4.2.4	Saken C-209/10 Post Danmark v. Konkurrencerådet (Post Danmark 1) .....	40
3.4.2.5	Konkurransklagenemndas vedtak V03/2019-34 <i>Telenor-saken</i> .....	40
3.4.2.6	Opinions of Advocate General .....	41
3.4.3	Analyse av oppfatninger om kravet til sannsynlighet i juridisk teori.....	42
3.4.4	Har tidspunktet for misbruksvurderingen betydning for kravet til sannsynlighet? .....	43
3.4.5	Oppsummering av mine funn fra analysen .....	44
3.5	<i>Kan rettspraksis om virkningsvilkåret i krrl. § 11 anvendes tilsvarende for virkningsvilkåret i krrl. § 10?</i> 45	
<b>4</b>	<b>Oppsummering og konklusjoner</b> .....	<b>48</b>
	<b>Litteraturliste</b> .....	<b>50</b>

# 1 Introduksjon

## 1.1 Tema og problemstilling

### 1.1.1 Avhandlingens overordnede tema

Avhandlingens overordnede tema er konkurransebegrensende virkning i konkurranseloven §§ 10 og 11.<sup>1</sup> Konkurranselovens fremste rettspolitiske formål er å sørge for samfunnsøkonomisk effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom virksom konkurranse mellom foretak.<sup>2</sup> Loven bygger på forbuds- og inngrepsbestemmelser som skal hindre at foretaks handlemåte begrenser konkurransen.<sup>3</sup> I konkurranseloven §§ 10 og 11 oppstilles det forbud mot foretaks handlemåter som er konkurransebegrensende (forbudsbestemmelser). Mens det i konkurranselovens kapittel 4 oppstilles inngrepsbestemmelser mot foretakssammenslutninger og minoritetsserverv som i «betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse».<sup>4</sup> Inngrepsbestemmelsene i konkurranselovens kapittel 4 faller utenfor avhandlingens overordnede tema. Jeg vil i fortsettelsen kun behandle forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11.

Konkurranseloven § 10 første ledd har følgende ordlyd:

«Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller **virkning** å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt [...]» (min utheving).

Bestemmelsen oppstiller i første ledd et generelt forbud mot samarbeid som har konkurransebegrensende formål eller virkning. I tredje ledd åpnes det for at samarbeid som rammes av forbudet, likevel kan være tillatt på nærmere vilkår. Unntaket er begrunnet i at den

---

<sup>1</sup> Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 2004 nr. 12 – i fremstillingen kalt «konkurranseloven» eller «krrl».

<sup>2</sup> Jf. Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) kapittel 4.1.4 s. 33, heretter prp.nr.6. Se også NOU 2003:12 kapittel 3.4.1 og NOU 2001:28 kapittel 4.1.

<sup>3</sup> Konkurranselovens overordnede formål er å «fremme konkurranse», jf. konkurranseloven § 1 første ledd.

<sup>4</sup> Jf. Konkurranseloven §§ 16 og 16a.

samfunnsøkonomiske gevinsten av samarbeidet overveier de konkurranseskadelige virkningene.<sup>5</sup>

For at forbudet i første ledd skal være overtrådt, må fire kumulative vilkår være oppfylt. For det første gjelder bestemmelsen kun for «foretak» (foretaksvilkåret). Foretaksbegrepet er definert i konkurranseloven § 2 som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet».

For det andre må det foreligge en form for samarbeid mellom foretakene (samarbeidsvilkåret). Ordlyden nevner «avtale», «samordnet opptreden» eller «beslutning truffet av sammenslutninger av» som mulige former for samarbeid. Vilkåret er i rettspraksis tolket svært vidt. Ifølge EU-domstolen er det avgjørende om foretakene har uttrykt en felles intensjon.<sup>6</sup> I avhandlingen vil begrepet «samarbeid» brukes som en fellesbetegnelse for oppstillingen i krrl. § 10.

For det tredje må samarbeidet ha til «formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen» (konkurransbegrensningsvilkåret). Konkurransbegrensningsvilkåret består av to dimensjoner som har en indre sammenheng; 1) samarbeidet har enten til «formål eller virkning», 2) å «hindre, vri eller innskrenke konkurransen».

Formål og virkning er alternative rettslige vilkår, slik at det er tilstrekkelig at kun ett av vilkårene er oppfylt.<sup>7</sup> Formålsvilkåret sikter til de klare tilfellene av konkurransebegrensning. Vilkåret skal ifølge rettspraksis tolkes objektivt, slik at det ikke kreves at foretakene faktisk har uttrykt en intensjon om å begrense konkurransen. Formålsvilkåret innebærer også at det ikke skal foretas en etterfølgende vurdering av samarbeidets virkninger.<sup>8</sup> Mens virkningsvilkåret

---

<sup>5</sup> Avhandlingen avgrenses mot unntaket i tredje ledd, da det faller utenfor avhandlingens problemstilling. Se mer om krrl. § 10 (3) i Punkt 5 i veiledningen fra Konkurransetilsynets «Veiledning om prosjektsamarbeid» utarbeidet 24. februar 2014, nedlastet fra: <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/07/Veileder-prosjektsamarbeid.pdf>.

<sup>6</sup> Se blant annet sak C-41/69 *ACF Chemiefarma v. Kommisjonen*, EU:C:1970:71, avsnitt 112, hvor det fremheves at det er tilstrekkelig med «expression of joint intention».

<sup>7</sup> Jf. Ordlyden «eller» i krrl. § 10 første ledd. Tilsvarende i sak C-56-65, *Société Technique Minière (STM) v. Maschinenebau Ulm*, EU:C:1966:38, s. 249.

<sup>8</sup> Se blant annet sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 17 flg. EFTA-domstolen fremhevet det samme i sak E-3/16, som er stadfestet av Høyesterett i HR-2017-1229-A «Ski Taxi»,

sikter til de konkrete virkninger samarbeidet har eller vil kunne ha på konkurransen i markedet.<sup>9</sup> Virkningsvilkåret omfatter således både faktiske og potensielle virkninger.<sup>10</sup> Hvorvidt det foreligger slike virkninger, skal avgjøres etter en helhetlig virkningsanalyse.<sup>11</sup>

Videre innebærer konkurransebegrensningsvilkåret at samarbeidet må «hindre, vri eller innskrenke» konkurransen. Det er altså kun de negative innvirkningene på konkurransen som er forbudt etter bestemmelsen. Opplistingen «hindre, vri eller innskrenke», er ikke uttømmende, men er ment å omfatte enhver form for negativ innvirkning som følge av samarbeid.<sup>12</sup>

For det fjerde må samarbeidet begrense konkurransen merkbart (merkbarhetsvilkåret). Merkbarhetsvilkåret kan ikke utledes av ordlyden, men det følger av forarbeidene at det må innfortolkes et merkbarhetsvilkår tilsvarende det som gjelder i EU- og EØS-retten.<sup>13</sup>

Mens konkurranseloven § 10 første ledd rammer konkurranseskadelig samarbeid mellom foretak, rammer forbudet i konkurranseloven § 11 ett eller flere foretak med «dominerende stilling» som «utilbørlig utnytter» denne stillingen. Konkurranseloven § 11 har følgende ordlyd:

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

Bestemmelsen forbyr ikke foretak fra å inneha en dominerende stilling, men forbyr at foretak utnytter sin dominerende stilling på en utilbørlig måte.<sup>14</sup> Også her må flere kumulative vilkår være oppfylt for at forbudet skal være overtrådt. På samme måte som for § 10, gjelder bestemmelsen kun «foretak».<sup>15</sup> For det andre må foretaket/foretakene ha en «dominerende stilling» på markedet. En vanlig forståelse av «dominerende stilling» er at et foretak på grunn av sin økonomiske posisjon er i stand til å opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og

---

avsnitt 36 til 39. I juridisk teori fremgår det at formålsvilkåret sikter til samarbeid som «obviously being designed to impact restrictively on competition», se Jones mfl. (2019) s. 218.

<sup>9</sup> I avhandlingen brukes betegnelsen «virkningsvilkåret» om det alternative vilkåret «virkning» som inngår i konkurransebegrensningsvilkåret.

<sup>10</sup> Se blant annet Rt.1995.1903, hvor Høyesterett la til grunn at forbudet er «overtrådt allerede ved forsøk på å påvirke priser». Se mer om potensielle konkurransebegrensende virkninger i kapittel 2.2.1.

<sup>11</sup> Se mer om virkningsvurderingen i kapittel 2.2.4.

<sup>12</sup> Se mer om konkurransebegrensning i kapittel 2.2.2.

<sup>13</sup> Jf. prp.nr.6. s. 225. Se mer om merkbarhetsvilkåret i kapittel 2.2.3.

<sup>14</sup> Se bl.a. NOU 2003:12 kapittel 4.2.1.3.

<sup>15</sup> Foretaksbegrepet er legaldefinert i krrl. § 2.

forbrukere – dette må likevel avgjøres etter en totalvurdering, og ikke på markedsandeler alene.<sup>16</sup> For det tredje rammer bestemmelsen kun «utilbørlig utnyttelse» av dominerende stilling. Hvorvidt det foreligger slik utilbørlig utnyttelse avgjøres etter en helhetlig vurdering, hvor det kreves at foretakets handlemåte har konkurransebegrensende virkninger på konkurransen i markedet.<sup>17</sup> I avhandlingen vil betegnelsen «adferd» brukes om dominerende foretaks handlinger etter § 11.<sup>2</sup>3.2

Et fellestrekk ved bestemmelsene er at begge oppstiller forbud mot at foretak samarbeider eller ved annen adferd opptrer på en måte som medfører konkurransebegrensende virkninger. I avhandlingen vil både bruke «konkurransebegrensende» og konkurranseskadelig» om konkurransebegrensningsvilkåret i krrl. §§ 10 og 11. Jeg vil også benytte betegnelsen «handlemåte» som fellesbetegnelse for foretaks handlinger (samarbeid og adferd) i krrl. §§ 10 og 11.

### **1.1.2 Avhandlingens problemstilling**

Forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11, rammer altså foretak som inngår et samarbeid eller ved annen adferd som har konkurransebegrensende virkning. Bestemmelsene rammer både faktiske og potensielle konkurransebegrensende virkninger. Faktiske konkurransebegrensende virkninger sikter til de virkningene som allerede har inntrådt på markedet. Mens potensielle konkurransebegrensende virkninger sikter til fremtidige virkninger som følge av adferden eller samarbeidet.

EU-domstolen har fastslått at vurderingen av om det foreligger konkurransebegrensende virkninger, skal gjøres etter en konkret konkurranseanalyse.<sup>18</sup> Hensikten med analysen er å undersøke utviklingen på markedet, og videre om denne utviklingen er negativ samt har ført til konkurransebegrensende virkninger.

---

<sup>16</sup> Andre sentrale momenter er øvrige konkurrenters markedsandeler, hvilke etableringshinder som eksisterer i markedet, og eksistens av eventuell kjøpermakt på kundesiden, jf. Prp.nr. 6 kapittel 6.3.2. Se også NOU 2003:12 kapittel 4.2.1.3 om forståelsen av EØS-avtalen artikkel 54.

<sup>17</sup> Se nedenfor i kapittel 2.3.2.2 hvor jeg skriver mer om dette.

<sup>18</sup> Se sak C-23/67, *Brasserie de Haecht*, EU:C:1967:54 på s. 415, som gjaldt forbud mot samarbeid. Se kapittel 2.3.2.2 hvor jeg behandler virkningsvurderingen i krrl. § 11.

Utgangspunktet ved vurderingen av om det foreligger faktiske konkurransebegrensende virkninger, er en analyse av den faktiske utviklingen på markedet. Her er tilnærmingen: har foretaket/foretakenes handling faktisk begrenset konkurransen? Vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger tar også utgangspunkt i en konkret analyse av utviklingen på markedet. Her er imidlertid tilnærmingen en annen; vil samarbeidet eller avtalen kunne ha negative virkninger i fremtiden?

Denne avhandlingen vil fokusere på potensielle konkurransebegrensende virkninger, ettersom grensene for at slike virkninger foreligger synes ikke å være endelig avklart i rettspraksis. Det er ikke klart hva som er terskelen for at potensielle konkurransebegrensende virkninger foreligger. Likeså er det uklart hvor sannsynlig virkningene må være, herunder skal sannsynlighet vurderes som et beviskrav eller et materielt vilkår? Kan rettspraksis vedrørende potensielle konkurransebegrensende virkninger i forbudet mot utilbørlig utnyttelse, anvendes tilsvarende på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid? Dette er spørsmål som ikke synes å være avklart i rettspraksis eller juridisk teori, og som vil analyseres i denne avhandlingen.

**Avhandlingens problemstilling** er således: hva skal til for at foretaks samarbeid eller adferd anses å ha potensielle konkurransebegrensende virkninger.

## 1.2 Aktualitet

Reglene om konkurransebegrensende virkninger har inngått som del av EU- og EØS-retten i snart 60 år.<sup>19</sup> Det finnes således rikholdig med rettspraksis og juridisk teori som behandler temaet. En skulle derfor tro at rettstilstanden var klar og tydelig på hvordan potensielle konkurransebegrensende virkninger skal forstås. Realiteten er imidlertid at det fremdeles er uklart hvordan dette skal tolkes, og særlig hva som skal til for at det foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger. Det skyldes blant annet at EU-domstolen har vært

---

<sup>19</sup> Konkurransebegrensende virkninger ble for første gang uttrykkelig behandlet av EU-domstolen i C-56/65 *STM*, EU:C:1966:38.



inkonsekvent ved sin formulering og tolkning av potensielle konkurransebegrensende virkninger. Inkonsekvensen forekommer også innad i EU-domstolens resonnementer.<sup>20</sup>

Illustrerende for at potensielle konkurransebegrensende virkninger fremdeles er uklart, er Generaladvokat Rantos' uttalelse i anledning saken *Servizio Ellectrio Nazionale*.<sup>21</sup> Generaladvokaten fremhevet at rettspraksis enda ikke har uttrykkelig behandlet rekkevidden av potensielle konkurransebegrensende virkninger, slik at det fremdeles er uklart hvordan disse skal forstås. Generaladvokatens uttalelse la til rette for at EU-domstolen faktisk tar tak i problemstillingen, og således gi avklaringer om rekkevidden av potensielle konkurransebegrensende virkninger.

Avhandlingens tema er aktuell både sett fra et samfunnsmessig, økonomisk og et rettslig perspektiv. Fra et samfunnsmessig perspektiv nevnes at foretak bidrar til arbeidsplasser, kapital og verdiskapning i samfunnet. Konkurranseloven skal fremme konkurranse og derigjennom bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.<sup>22</sup> Det er således i samfunnets interesse å ha tydelige regler om når foretaks handlemåte begrenser konkurransen og således hindrer effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Videre fra et økonomisk perspektiv; effektiv konkurranse gir oss forbrukerne valgfrihet til å velge varer og tjenester på et rimelig prisnivå, som videre leder til verdiskapning. Konkurranse mellom foretak er således viktig for å sikre økonomisk vekst og muligheter i samfunnet.

Fra et rettslig perspektiv; overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser kan medføre overtredelsesgebyrer for foretaket. Overtredelsesgebyrer er ansett som en administrativ sanksjon som har karakter av straff etter EMK artikkel 6.<sup>23</sup> Det er således ønskelig med tydelige regler som sikrer foretakene forutberegnelighet og rettssikkerhet.

---

<sup>20</sup> Se for eksempel i *Post Danmark 2*, EU:C:2015:651, avsnitt 64 – 69. I avsnitt 66 uttales det at det er tilstrekkelig hvis virkningene «**may potentially exclude**», mens det i avsnitt 67 fremgår at det er tilstrekkelig med «*conduct is likely to have an anti-competitive effect*», og i avsnitt 68 benyttes «**capable of restricting**» (mine uthevninger).

<sup>21</sup> Sak C-377/20 *Servizio Ellectrio Nazionale* er til behandling hos Domstolen nå. Generaladvokatens uttalelse: Opinion of AG Rantos, EU:C:2021:998.

<sup>22</sup> Jf. Krrl. § 1.

<sup>23</sup> Jf. krrl. § 29. Det er i høyesterettspraksis fastslått at overtredelsesgebyr er en sanksjon som har karakter av straff etter EMK artikkel 6, jf. blant annet Rt.2012.1556 «Gran & Ekran» avsnitt 33 flg.

Avhandlingens problemstilling er således aktuell både for foretakene som ønsker å tilby varer til kunder, og for forbrukerne som ønsker valgfrihet til å velge varer og tjenester. Sammen bidrar foretakene og forbrukerne til effektiv bruk av samfunnets ressurser og verdiskapning.

## **1.3 Rettskildebildet og metodiske utfordringer**

### **1.3.1 Harmonisering med EU/EØS-retten**

Forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 svarer med nasjonale tilpasninger til EØS-avtalens<sup>24</sup> artikkel 53 og 54 som følge av et ønske om å harmonisere norsk konkurranselovgivning med EØS-avtalens konkurranseregler. EØS-avtalen svarer videre til Artikkel 101 og 102 TFEU.<sup>25</sup> Ordlyden i bestemmelsene i EØS-avtalen og TFEU er tilnærmet lik konkurranselovens §§ 10 og 11. Både konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 bruker begrepet «utilbørlig utnyttelse», mens Artikkel 102 TFEU bruker «abuse» som på norsk oversettes til misbruk. Forskjellen i begrepsbruken er ikke ment å innebære noen realitetsforskjell. Både «misbruk», «abuse» og «utilbørlig utnyttelse» vil benyttes i avhandlingen.

Konsekvensen av at norsk konkurranserett er harmonisert med EU- og EØS-retten, er at rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen vil være tungtveiende rettskilder ved anvendelsen og tolkningen av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Det samme gjelder juridisk teori fra EU-retten.<sup>26</sup>

### **1.3.2 Kort om konkurransemyndighetene referert til i avhandlingen**

Jeg har i avhandlingen referert til Konkurransetilsynet, Konkurransklagenemnda, EFTAs Overvåkningsorgan (ESA), EU-Kommisjonen og Generaladvokaten som inngår som del av EU-domstolen. Jeg vil her gi en kort presentasjon av hvilken kompetanse disse har.

---

<sup>24</sup> Jf. Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, AVT-1992-05-02-1, heretter EØS-avtalen.

<sup>25</sup> Jf. Treaty on the Functioning of the European Union (Romtraktaten), heretter TFEU.

<sup>26</sup> Som fremhevet i prp.nr.6 s. 225. Tilsvarende i rettspraksis, jf. blant annet Rt.2011.910 avsnitt 63, HR-2017-1229 avsnitt 35.

Konkurransesklagemennda og Konkurransetilsynet er uavhengige forvaltningsorganer som er underordnet Kongen og departementet.<sup>27</sup> Konkurransetilsynets hovedoppgave er å føre kontroll med at lovens forbud og påbud overholdes og med foretakssammenslutninger.<sup>28</sup> Konkurransesklagemennda behandler klager på vedtak truffet av Konkurransetilsynet.<sup>29</sup>

Generaladvokatene inngår som del av EU-domstolen uten å være en dømmende makt. Generaladvokatene skal først og fremst bistå dommerne i domstolen.<sup>30</sup> EU-kommisjonen, også kalt Kommisjonen, er et av styringsorganene i EU, og har som oppgave å forberede saker samt stille lovforslag til Europarådet og Europaparlamentet. Kommisjonen har i tillegg egen vedtaksmyndighet, og overvåker at EU-lovgivningen overholdes av medlemslandene.<sup>31</sup> ESA har samme funksjon i EØS-retten.<sup>32</sup>

### 1.3.3 Rettskildene brukt i avhandlingen

Konkurranseloven av 2004 er resultatet av arbeidet med gjennomgangen av norsk konkurranselovgivning for å harmonisere denne med konkurransereglene i EØS-avtalen og TFEU. Jeg vil i avhandlingen ta utgangspunkt i konkurranselovens §§ 10 og 11, men gjennomgående anvende rettskilder fra EU-retten for å tolke bestemmelsene, ettersom rettskildebildet i EU-retten er mer omfangsrikt.

Konkurranselovutvalgets utredning i NOU 2001:28 «Delinnstilling om endring i konkurranseloven», NOU 2003:12 «Ny konkurranselov» og Ot.prp.nr.6 (2003-2004) er viktige rettskilder for å forstå krrl. §§ 10 og 11. NOU-ene redegjør for de rettspolitiske begrunnelsene for arbeidet med ny konkurranselov. Proposisjonen er ajourført med gjeldende rett etter EU- og EØS-retten, og gir derfor god veiledning om de materielle konkurransereglene.

Jeg vil i avhandlingen hovedsakelig analysere rettspraksis fra EU-domstolen. Det skyldes at rettspraksis fra EU-domstolen er en tungtveiende rettskilde, samt at det er rikholdig med praksis

---

<sup>27</sup> Jf. Krrl. § 8 annet ledd.

<sup>28</sup> Jf. Krrl. § 9 første ledd.

<sup>29</sup> Jf. Krrl. § 12 tredje ledd siste punktum.

<sup>30</sup> Jf. Artikkel 252 TFEU.

<sup>31</sup> Kommisjonens myndighet er nedfelt i Artikkel 17 av the Treaty on the European Union (forkortet TEU).

<sup>32</sup> ESAs myndighet er nedfelt i del 2 av «Avtale mellom EFTA-statene om opprettelsen av et Overvåkningsorgan og en Domstol», som er vedlegg til EØS-avtalen.

fra EU-domstolen. Jeg vil også analysere rettspraksis fra EFTA-domstolen, men jeg har hovedsakelig analysert EFTA-domstolens praksis for å underbygge premissene fra EU-domstolen. Høyesterettspraksis og norsk underrettspraksis har en mer beskjeden rolle i denne avhandlingen, ettersom det norske rettskildematerialet er begrenset sammenlignet med EU-retten.

Konkurranseskjemenemndas avgjørelse i sak V03/2019-34 har en sentral plass i avhandlingen, fordi avgjørelsen er svært detaljert og gir en grundig oppsummering av de lege lata. Videre vil jeg i avhandlingen gi mye plass til uttalelser fra Generaladvokatene hos EU-domstolen, ettersom EU-domstolen har fulgt opp uttalelsene, og fremhevet at de gir uttrykk for de lege lata.

I tillegg vil avhandlingen benytte Kommisjonens veiledere og kunngjøringer om forståelse og anvendelsen av artikkel 101 og 102 TFEU. Veiledningene er basert på rettspraksis fra EU og kaster lys over hva som er gjeldende rett.<sup>33</sup> Kunngjøringer fra ESA har samme funksjon i EØS-retten, og vil benyttes i avhandlingen.

Jeg har i avhandlingen tatt utgangspunkt i juridisk teori fra norsk og europeisk konkurranserett. Jeg har i analysen av hva som skal til for at det skal foreligge potensielle konkurransebegrensende virkninger, hovedsakelig tatt utgangspunkt i europeisk konkurranserett. Det skyldes først og fremst at potensielle konkurransebegrensende virkninger ikke er særlig behandlet i norsk konkurranserettslitteratur. Europeisk konkurranserett har derimot langt flere fremstillinger om virkningsvilkåret, og mye av litteraturen er fra de siste årene.

#### **1.3.4 Metode: min fremgangsmåte, samt noen utfordringer og særpreg**

Metoden i denne avhandlingen vil være å analysere relevante rettskilder for å klarlegge hva som er gjeldende rett. Avhandlingen har dermed et rettsdogmatisk perspektiv. Det innebærer at avhandlingen vil ikke inneholde normativ argumentasjon om hvordan rettstilstanden bør være. Det vil heller ikke gis forslag til andre løsninger gjennom de lege ferenda-vurderinger. Jeg har valgt denne fremgangsmåten fordi avhandlingen tar sikte på å klarlegge de lege lata om hva som skal til for at det foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger.

---

<sup>33</sup> I prp.nr. 6 kapittel 6.6.1, fremheves det at Kommisjonens praksis er relevante tolkningsmomenter.

Det er likevel noen metodiske særpreg og utfordringer som må nevnes. For det første har EU- og EØS-retten særpreg som følge av forskjeller i regelverkernes stedlige virkeområde, samt at EU- og EØS-retten har som overordnet formål å ivareta samhandelen mellom medlemslandene. Norsk konkurranserett oppstiller ikke et samhandelsvilkår, slik at full harmonisering av reglene ikke er ønskelig.<sup>34</sup>

For det andre kan EU-domstolens uttalelser i saker om misbruk av dominerende stilling medføre noen metodiske utfordringer. I kapittel 3 analyseres ulike rettskilder med sikte på å besvare avhandlingens problemstilling. Analysen tar hovedsakelig utgangspunkt i rettspraksis som gjelder virkningsvilkåret som innfortolkes i «abuse» i Artikkel 102 nr. 1 TFEU. Et spørsmål som oppstår i den forbindelse er om premissene fra rettspraksis om Artikkel 102, som tilsvare krrl. § 11, gjelder tilsvarende for Artikkel 101, som tilsvare krrl. § 10. Med andre ord, vil det stride med metodelærens tolkningsprinsipper å anvendende premissene om misbruk tilsvarende på forbudet mot konkurranseskadelig samarbeid. Denne problemstillingen vil behandles nærmere i kapittel 3.5 nedenfor, ettersom dette er et større metodespørsmål for avhandlingen.

## 1.4 Fremstillingen videre

Avhandlingens overordnede formål er å klarlegge hva som skal til for at det foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger.

Jeg vil på denne bakgrunn først, i kapittel 2, gi en overordnet innføring i virkningsvilkåret i konkurranselovens §§ 10 og 11. Først behandler jeg konkurranselovens § 10 (kapittel 2.2), herunder at vilkåret kun rammer negative, merkbare virkninger (kapittel 2.2.2 til 2.2.3), og hvordan virkninger skal vurderes (kapittel 2.2.4). Deretter vil jeg analysere hvordan virkningsvilkåret kommer til uttrykk og skal forstås i konkurranseloven § 11 (kapittel 2.3).

Videre vil jeg i avhandlingens kapittel 3 foreta en analyse av potensielle konkurransebegrensende virkninger. Jeg vil først undersøke om det etter rettspraksis kan utledes vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge potensielle konkurransebegrensende virkninger (kapittel 3.2). Videre analyserer jeg rettspraksis med sikte på å klarlegge hva som

---

<sup>34</sup> Forarbeidene har interessante redegjørelser for harmoniseringsformålet, se NOU 2003:12 s. 61 og 259 – 260, og prp.nr. 6 s. 29 og 68.

er terskelen for at det foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger (kapittel 3.3). I tillegg vil jeg i analysen av rettspraksis undersøke hva som er kravet til sannsynlighet ved potensielle konkurransebegrensende virkninger (kapittel 3.4). Analysen av rettspraksis i disse kapitlene foranlediger en vurdering av om premissene kan anvendes tilsvarende for konkurranseloven §§ 10 og 11. Dette er temaet i kapittel 3.5.

Til slutt vil jeg i kapittel 4 oppsummere mine funn fra analysen i kapittel 3, og konkludere i spørsmålet om hva som skal til for at det skal foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger.

## **2 Konkurranseregulering «virkning» i krrl. §§ 10 og 11 – en oversikt**

### **2.1 Innledning**

Dette kapittelet gir en oversikt over virkningsvilkåret i konkurranseloven §§ 10 første ledd og 11 første ledd. Fremstillingen vil først behandle rettslig utgangspunkt vedrørende konkurranseloven § 10 første ledd, herunder hvordan konkurransereguleringsvilkåret skal forstås. Deretter analyserer jeg hvordan konkurranseregulerende virkninger skal vurderes, herunder hva som er betydningen av en kontrafaktisk analyse.

Dernest vil jeg behandle virkningsvilkåret i konkurranseloven § 11, herunder hvordan virkningsvilkåret kommer til uttrykk og skal vurderes i vilkåret «utilbørlig utnyttelse».

Formålet med dette kapittelet er å gi et grunnlag for forståelsen av virkningsvilkåret, før jeg i kapittel 3 analyserer hva som skal til for at det foreligger potensielle konkurranseregulerende virkninger. Fremstillingen avgrenses derfor mot en behandling av de øvrige vilkårene i konkurranseloven §§ 10 og 11.

### **2.2 Konkurranseregulerende «virkning» i krrl. § 10 første ledd.**

#### **2.2.1 Rettslig utgangspunkt**

Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr samarbeid som enten har til «formål» eller «virkning» å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Det innebærer at dersom samarbeidet eller avtalen ikke har konkurranseregulerende formål, må det vurderes om den har slike virkninger. Bestemmelsen oppstiller «formål» og «virkning» som alternative vilkår.<sup>35</sup>

Virkningsvilkåret er ikke begrenset til virkninger som har inntrådt på markedet, såkalte faktiske konkurranseregulerende virkninger. Vilket omfatter også virkninger som enda ikke har inntrådt, men vil kunne inntre i fremtiden, såkalte potensielle konkurranseregulerende

---

<sup>35</sup> Dette kan utledes av ordlyden «eller», men er også fastslått av EU-domstolen, se blant annet sak C-56/65 *STM v. Maschinenbau Ulm*, EU:C:1966:38.

virkningsvilkåret.<sup>36</sup> Imidlertid følger det av EU-domstolens praksis at virkningsvilkåret kun rammer merkbare virkninger. Det ble i *MasterCard v. Commission* fremhevet at et samarbeid har konkurransebegrensende virkning når samarbeidet er:

«liable to have an **appreciable adverse impact** on the parameters of competition, such as the price, quantity and quality of the goods or services»<sup>37</sup> (min utheving).

Sitatet om «appreciable adverse impact» innebærer at det kun er virkninger av en kvalifisert grad som omfattes. Betegnelsen «*parameters of competition*» indikerer at virkningene må ramme viktige aspekter ved konkurransen, for eksempel pris, kvalitet eller kvantitet på varer og tjenester. Virkningsvilkåret består således av to dimensjoner som har en indre sammenheng; 1) samarbeidet må ha negative virkninger på konkurransen, og 2) virkningene må være merkbare. Dette behandles nærmere i punkt 2.2.2 og 2.2.3.

## 2.2.2 Forbudet rammer negative virkninger: «hindre, innskrenke eller vri»

Forbudet mot ulovlig samarbeid rammer kun samarbeid som begrenser konkurransen (konkurransebegrensningskriteriet). Samarbeid som bidrar til økt eller forbedret konkurranse er naturligvis ikke ulovlig.<sup>38</sup>

Konkurransebegrensningsvilkåret kommer til uttrykk i krrl. § 10 første ledd ved at bestemmelsen nevner «hindre, innskrenke eller vri» som konkurranseskadelige handlinger. Denne opplistingen er ikke uttømmende. Formuleringen skal omfatte enhver form for negativ innvirkning som følge av samarbeid.<sup>39</sup> Det har i praksis ikke blitt skilt mellom de opplistede alternativene, men blitt lagt til grunn et overordnet vilkår om konkurransebegrensning som omfatter alle alternativene.

---

<sup>36</sup> Skillet mellom faktiske og potensielle konkurransebegrensende virkninger følger av sikker rett, jf. blant annet Rt.1995.1903 «Bygghåndverksfagenes Landsforening», hvor Høyesterett la til grunn at forbudet er «overtrådt allerede ved forsøk på å påvirke priser», se videre Rt.1994.31 «Glassmester», og HR-2021-1086-A, «Forlagsavgjørelsen», avsnitt 58. Tilsvarende i Guidelines on Horizontal Co-operation Agreements, C 11 av 14.01.2011, avsnitt 26 til 27.

<sup>37</sup> Sak C-382/12 P, *MasterCard v. Commission*, EU:C:2014:2201 avsnitt 93.

<sup>38</sup> Konkurranseloven tar nettopp sikte på å «fremme konkurranse», jf. krrl. § 1 første ledd.

<sup>39</sup> Skogly & Kirkesæther (2000) s. 153



Konkurranseloven har imidlertid ingen definisjon av begrepet «konkurranse». I forarbeidene beskrives virksom konkurranse som en prosess hvor forbrukerne har «valgfrihet og mulighet til å påvirke tilbudet av varer og tjenester».<sup>40</sup> I teorien er konkurranse beskrevet som en «fellesbetegnelse på rivaliseringen mellom foretak for å vinne kunder og markedsandeler», slik at resultatet av en fungerende konkurranse er «høy produktivitet, kostnadseffektivitet og tilpasning av varer og tjenester til kundens ønsker og behov».<sup>41</sup>

I fremstillingen videre forstås konkurranse som rivaliseringen mellom foretak for å tilby varer og tjenester til kunder – styrt etter kundenes ønsker og behov.

Hva som er konkurransebegrensende, er uklart og omdiskutert. EU-domstolen har ved vurderingen av forbudet mot misbruk av dominerende stilling, tatt utgangspunkt i om adferden kan sies å være utslag av en normal konkurranseadferd, det vil si basert på «competition on merits», eller om de midler som tas i bruk innebærer avvik fra slik adferd.<sup>42</sup>

Betegnelsen «competition on merits» sier noe om hva som er akseptabel adferd, men gir for så vidt ingen veiledning om når et samarbeid har konkurransebegrensende virkninger.<sup>43</sup> En grunnleggende forutsetning for rivaliseringen mellom foretakene, er at de fritt kan gjennomføre den individuelle markedsstrategi de mener best tjener deres egne interesser, for eksempel tilpasse priser, vilkår m.m. Foretakene vil imidlertid miste muligheten til individuell markedsstrategi dersom de inngår samarbeid om hvordan de skal opptre overfor konkurrenter i markedet. Er samarbeidspartene konkurrenter, vil konkurransen mellom dem kunne hindres eller begrenses. Forbudet rammer imidlertid ikke samarbeid i seg selv, men samarbeid som begrenser hindrer, innskrenker eller vrir konkurransen.<sup>44</sup>

Det er på denne bakgrunn nærliggende å legge til grunn at hvorvidt det foreligger en konkurransebegrensning, må avgjøres etter en analyse i to ledd.<sup>45</sup> Først vurderes det om avtalen

---

<sup>40</sup> Jf. Prp.nr.6 kapittel 4.1.4 s.33

<sup>41</sup> Jf. Evensen & Sæveraas (2009) s. 26.

<sup>42</sup> Som fremhevet av Kolstad mfl. (2006) på s. 366. EU-domstolen har benyttet formuleringen «*competition on merits*» i flere avgjørelser, se blant annet i sak C-209/10 *Post Danmark v. Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172 avsnitt 22 (kalt *Post Danmark 1*). Mer om dette nedenfor i kapittel 2.3.

<sup>43</sup> Se mer om betegnelsen «competition on merits» i kapittel 2.3.2.2.

<sup>44</sup> Jf. konkurranseloven § 10 første ledd.

<sup>45</sup> Tilsvarende fremhevet av Evensen & Sæveraas (2009) s. 119.

eller samarbeidet begrenser samarbeidspartenes mulighet til en fri og individuell markedsstrategi, for eksempel ved å gi føringer for konkurranseparametere som pris, produktegenskaper m.m. Deretter må det vurderes om begrensningene i det frie og individuelle valget av markedsstrategi, også begrenser andre foretaks handlefrihet i en slik grad at konkurranseprosessen begrenses merkbart.

Etter dette fremstår det sentrale ved vurderingen av om samarbeidet eller avtalen innebærer en konkurransebegrensning, å være om samarbeidet begrenser andre foretaks handlefrihet slik at det ikke blir en virksom konkurranse. Konkurransebegrensning sikter således til begrensninger av foretakenes handlefrihet i vid forstand, ikke bare i form av innskrenket valgfrihet som følge av for eksempel begrensede muligheter, men derimot i form av endrede forutsetninger for konkurranse.<sup>46</sup>

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har, i retningslinjene om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, uttalt at forbudet rammer avtaler mellom foretak når de har sannsynlige merkbare skadelige virkninger, og at avtalen anses å ha slike virkninger når den «*mærkbart mindsker rivaliseringen mellom aftaleparterne eller mellom dem og tredjemand*».<sup>47</sup>

### **2.2.3 Forbudet rammer kun merkbare virkninger**

Virkningsvilkåret har i europeisk konkurranserett blitt beskrevet og anvendt på ulike måter. Kommisjonen hadde tidligere en tendens til å legge til grunn en for vid anvendelse av forbudet i Artikkel 101 nr. 1 TFEU, slik at forbudet rammet avtaler som i realiteten ikke var konkurransebegrensende.<sup>48</sup>

Gjeldende rett er imidlertid at forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd kun rammer merkbare virkninger på konkurransen. Dette er et utslag av det innfortolkede merkbarhetsvilkåret som gjelder tilsvarende i EU- og EØS-retten.<sup>49</sup> Merkbarhetsvilkåret ble

---

<sup>46</sup> Tilsvarende konklusjon hos Evensen & Sæveraas (2009) s. 119 – 120.

<sup>47</sup> Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – «Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3», EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende 2007/EØS/42/1 avsnitt 16, jf. Kunngjøring fra Kommisjonen publisert i OJ 2004 C 101/97.

<sup>48</sup> Se videre om dette i Whish og Bailey (2021) s. 121, især henvisningene i fotnote 387 på samme side.

<sup>49</sup> Se om dette i innledningen punkt 1.1.1.

etablert av EU-domstolen i *Société Technique Minière (STM) v. Maschinenbau Ulm* hvor Domstolen uttalte:

«Hvis der ved en undersøkelse af bestemmelser ikke kan fastslås nogen begrænsning af konkurrencen der er **tilstrækkelig skadelig**, må der foretages en undersøkelse af aftalens virkninger; og for at aftalen skal kunne omfattes af forbudet må der foreligge omstændigheter, der i sin helhed har ført til, at konkurrencen faktisk er hindret eller **mærkbart innskærpet** eller fordrejet»<sup>50</sup> (mine uthevinger).

Premisset er konsekvent fulgt opp i rettspraksis. EU-domstolen fremhevet i *Bégelin Import Co.* at virkningsvilkåret sikter til samarbeid som begrenser konkurransen «to an appreciable extent».<sup>51</sup> Tilsvarende følger av *MasterCard v. Commission*, hvor EU-domstolen uttalte at virkningsvilkåret rammet samarbeid som har en «appreciable adverse impact on the parameters of competition [...]».<sup>52</sup>

Merkbarhetsvilkåret innebærer således en avgrensning mot samarbeid som ikke har kvalifiserte grad på konkurransen i markedet. Hvorvidt samarbeidet eller avtalen begrenser konkurransen merkbart, skal etter EU-domstolens praksis avgjøres etter en konkret helhetsvurdering hvor foretakenes størrelse, markedsforholdene, og den aktuelle konkurransebegrensningens karakter er sentrale momenter.<sup>53</sup>

Kommisjonen har på bakgrunn av rettspraksis utarbeidet to veiledninger som redegjør for hvordan det skal avgjøres om et samarbeid har merkbare virkninger på konkurransen; «Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty»<sup>54</sup>, og «Notice on Agreements of Minor Importance which do not appreciably restrict competition [...]», heretter kalt «Notiset».<sup>55</sup> Sammen utgjør disse veiledningene den såkalte «De minimis doktrinen».

---

<sup>50</sup> Sak C-56/65 *STM*, EU:C:1966:38, på side 30 i Dragvoll & Widme (2006).

<sup>51</sup> Sak C-22/71 *Bégelin Import Co. v. SAGL Import Export*, EU:C:1971:113, avsnitt 16.

<sup>52</sup> Sak C-382/12 P, *MasterCard v. Commission*, EU:C:2014:2201 avsnitt 93.

<sup>53</sup> For en redegjørelse av utviklingen av merkbartvilkåret se Rognstad (1992) side 22-28.

<sup>54</sup> Guidelines on the effect on trade concept, OJ C101, 2004.

<sup>55</sup> Notiset, OJ C291 (2014)

I Notiset fremgår det at merkbarhet fastslås gjennom en analyse av tersklene for markedsandeler som følger av De Minimis-doktrinen.<sup>56</sup> Videre følger det av Notiset, at en negativ definisjon av merkbarhet ikke innebærer at:

«agreements between undertakings which exceed the threshold set out in this Notice constitutes an appreciable restriction».<sup>57</sup>

Det innebærer at merkbarhet må vurderes konkret. Det kan følgelig ikke etableres som et generelt utgangspunkt at samarbeid som overstiger tersklene for markedsandeler i Notiset, automatisk innebærer et brudd på forbudet. Notisets del 2 inneholder premissene om terskelen for merkbarhet. I avsnitt 8 bokstav a fremgår det at samarbeid ikke anses å ha merkbar virkning:

«If the aggregate market share held by the parties to the agreement does not exceed 10 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are actual or potential competitors on any of those markets (...)».

Samarbeid som samlet utgjør mer enn 10 % av markedsandelene på det relevante markedet, anses for å ha merkbar virkning. Videre kreves det at samarbeidet er mellom faktiske eller potensielle konkurrenter. Dersom samarbeidspartnerne (det vil si foretakene som inngår ulovlig samarbeid) ikke er faktiske eller potensielle konkurrenter, stilles det en høyere terskel. Slike avtaler anses å ha merkbar virkning når:

«the market share held by each of the parties to the agreement does not exceed 15 % on any of the relevant market affected by the agreement (...)».<sup>58</sup>

Terskelen vil likevel være 10 % når det ikke er mulig å fastslå hvorvidt samarbeidspartnerne er konkurrenter eller ikke.<sup>59</sup> I Notiset avsnitt 10 fremgår det at terskelen senkes til 5 % hvor

---

<sup>56</sup> Jf. Notiset, OJ C291 (2014), avsnitt 3.

<sup>57</sup> Jf. avsnitt 3 annen setning – disse uttalelser bygger på forente saker C-215/69 og C-216/96, *Carlo Bagnasco and others*, EU:C:1999:12, avsnitt 34-35. Tilsvarende i Førsteinstansrettens sak T-7/93 *Langnese-Iglo GmbH v. Commission*, EU:T:1995:98, avsnitt 98.

<sup>58</sup> Notiset, OJ C291 (2014), avsnitt 8 bokstav b.

<sup>59</sup> Notiset, OJ C291 (2014), avsnitt 9.

konkurransen er begrenset ved «cumulative effect of agreement for the sale of goods or services entered into by different suppliers or distributors».<sup>60</sup>

De minimis-doktrinen er imidlertid kun et utgangspunkt for vurderingen av om virkningene er merkbare. At partenes markedsandeler overstiger tersklene i de minimis-doktrinen, er således ikke i seg selv nok for å konstatere konkurranseskadelig virkning. Det gjelder dermed ingen presumsjon dersom tersklene er oppfylt.<sup>61</sup> Partenes markedsandeler inngår derimot som en del av den helhetlige vurderingen av om samarbeidet eller avtalen har konkurranseskadelige virkninger.

## 2.2.4 Virkningsvurderingen i krrl. § 10

### 2.2.4.1 Utgangspunkter: virkninger vurderes konkret og det kreves sammenheng mellom samarbeidet og virkningene.

Hvorvidt samarbeidet eller avtalen har konkurransebegrensende virkninger, avgjøres etter en konkret virkningsvurdering. Utgangspunktet for vurderingen er at samarbeidet eller avtalen må vurderes i den konkrete rettslige eller faktiske kontekst i saken. EU-domstolen fremhevet i *Brasserie de Haecht at*:

«it would be pointless to consider an agreement, decision or practice by reason of its effects if those effects were to be taken distinct from the market in which they are seen to operate (...). Thus, in order to examine whether it is caught by Article (101 nr. 1) **an agreement cannot be examined in isolation from the earlier context, that is from the factual or legal circumstances** causing it to prevent, restrict or distort competition (...).»<sup>62</sup> (min utheving).

---

<sup>60</sup> Notiset, OJ C291 (2014), avsnitt 10 første setning.

<sup>61</sup> Som fremhevet i Notiset, OJ C291 (2014), avsnitt 3.

<sup>62</sup> Sak C-23/67, *Brasserie de Haecht v. Consorts Wilkin-Jensen*, EU:C:1967:54 på s. 415 flg. Tilsvarende i Sak C-345/14 *Maxima Latvija v. Konkurences padome*, EU:C:2015:784, avsnitt 29, og av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-7/01 *Hegelstad*, avsnitt 27.

Videre forutsetter virkningsvilkåret at det er årsakssammenheng mellom de konkurransebegrensende virkningene og samarbeidet. Dette kan utledes av ordlyden «som har» i konkurranseloven § 10 første ledd.<sup>63</sup>

#### 2.2.4.2 Virkningene avgjøres etter en kontrafaktisk analyse

Vurderingen av om samarbeidet har faktiske eller potensielle konkurransebegrensende virkninger tar utgangspunkt i en kontrafaktisk analyse av markedsforholdene. Vurderingstemaet ved den kontrafaktiske analysen er om konkurranseforholdene ville utviklet seg annerledes i fravær av det aktuelle samarbeidet. Dette ble fremhevet i *Société Technique Minière*:

«The competition in question must be understood within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement in dispute».<sup>64</sup>

EU-domstolen fremhevet i *Generics Ltd. v. Competition and Market Authority*, kalt *Paroxetine* etter et legemiddel i saken, at formålet med den kontrafaktiske analysen er å fastslå hvordan samarbeidet påvirker konkurransen negativt. Kontrafaktiske analyse innebar i *Paroxetine* en vurdering av hvilke realistiske muligheter produsentene av farmasøytiske produkter hadde i fravær av den konkurransebegrensende avtalen.<sup>65</sup>

Det kontrafaktiske scenariet er en hypotetisk situasjon hvor det konkurranseskadelige samarbeidet tenkes ikke å foreligge. En kontrafaktisk analyse er således en sammenligning av det kontrafaktiske scenariet, og den faktiske situasjonen, hvor formålet med analysen er å fastslå hvordan konkurransen begrenses av samarbeidet. Etter rettspraksis må det kontrafaktiske scenariet være realistisk og sannsynlig. EU-domstolen uttalte i *MasterCard v. Commission*:

«(...) It follows from this that the scenario envisaged on the basis of the hypothesis that the coordination agreements in question are absent must be realistic. From that perspective, it is permissible (...) to take account of the

---

<sup>63</sup> Kravet til årsakssammenheng gjelder både i krrl. §§ 10 og 11, se mer om dette i kapittel 3.2.1.

<sup>64</sup> Sak C-56/65 *STM v. Commission*, EU:C:1966:38, på s. 250. Premisset er konsekvent stadfestet og videreført i lang rettspraksis, se blant annet sak *MasterCard v. Commission*, EU:C:2014:2201, avsnitt 61.

<sup>65</sup> Sak C-307/18 *Generics Ltd. v. Competition and Market Authority*, referert til som *Paroxetine*, EU:C:2020:52 avsnitt 118 – 121.

likely developments that would occur on the market in the absence of those arrangements».<sup>66</sup>

I enkelte situasjoner kan det kontrafaktiske scenariet indikere at det ikke er konkurranse på det relevante markedet. For eksempel situasjonen hvor to foretak samarbeider om et prosjekt ingen av dem kunne gjennomføre uten hverandres bistand. Standpunktet i europeisk konkurranserett er at foretak i slike situasjoner, ikke må bidra ytterligere til å redusere en allerede svekket konkurranse på markedet.<sup>67</sup>

Betydningen av den kontrafaktiske analysen er således at samarbeidet vil anses å være i strid med konkurranseloven § 10 første ledd, dersom resultatet av den kontrafaktiske analysen er at konkurransen er merkbart begrenset i den faktiske situasjonen sammenlignet med det kontrafaktiske scenariet.

#### **2.2.4.3 Virkningene må avgrenses til det relevante marked**

Forbudet i konkurranseloven § 10 rammer konkurransebegrensninger på markedet. Det er således helt nødvendig å klarlegge hva som er det relevante marked i saken. EU-domstolen uttalte i *Delimitis v. Henninger Braü*:

«In making that analysis, the relevant market must first be determined. The relevant market is primarily defined on the basis of the nature of the economic activity in question (...)».<sup>68</sup>

Konkurranse mellom foretak skjer på bakgrunn av egenskaper ved produktene og kundenes lokalisering. Gjennom en avgrensning av markedet identifiseres hvem som er konkurrenter og hvilke alternative forsynskilder kundene har, både med hensyn til valg av varer/tjenester og foretakenes geografiske beliggenhet. Det relevante markedet har derfor en produktdimensjon og en geografisk dimensjon.

---

<sup>66</sup> *MasterCard v. Commission* avsnitt 165 – 166.

<sup>67</sup> Se uttalelsene i sak T-141/94 *Thyssen Stahl v. Commission*, EU:T:1999:48, avsnitt 302. Se også Evensen & Sæveraas (2009) s. 142.

<sup>68</sup> Sak C-234/89 *Delimitis v. Henninger Braü AG*, EU:C:1991:91 avsnitt 13 – 18.

Det relevante produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter kundenes oppfatning er substituerbare.<sup>69</sup> Med substituerbare produkter menes produkter som oppfyller samme funksjon for kundene, og som dermed kan erstatte hverandre. Det sentrale i vurderingen av det relevante produktmarkedet, er produktenes egenskaper og tilsiktede bruksområde. For eksempel ble produktmarkedet i *Delimitis* ble avgrenset til ølmarkedet.

Fastsettelsen av det relevante geografiske markedet vil ofte skyldes ulike faktorer, for eksempel fraktkostnader, offentligrettslige hindringer mv. Utgangspunktet ved fastsettelsen av det relevante geografiske marked vil være atferden til de aktører som opererer på produktmarkedet. Aktørens markedsatferd, for eksempel fordelingen av markedsandeler knyttet til salg av produkter, vil gi en tydelig indikasjon på det geografiske markedets utstrekning. Det relevante geografiske marked i *Delimitis* var salg av øl fra forhandlere med skjenkebevilling i Tyskland.

## 2.3 Konkurransbegrensende «virkning» i krrl. § 11 første ledd

### 2.3.1 Rettslig utgangspunkt

Konkurranseloven § 11 oppstiller et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Bestemmelsen innebærer ikke et forbud mot at foretak innehar en dominerende stilling, og verken konkurranseloven § 11, EØS-avtalens artikkel 54 eller Artikkel 102 TFEU, har til formål å hindre eller forby dominerende stilling. Det er den utilbørlige utnyttelsen av den dominerende stilling som er forbudt. Forbudet skal i utgangspunktet tolkes objektivt slik at adferden kan være utilbørlig selv om foretaket ikke har slik hensikt.<sup>70</sup>

Ordlyden i konkurranseloven § 11 første ledd gir heller ingen veiledning om hvordan «utilbørlig utnyttelse» skal fastslås. En naturlig språklig forståelse av «utilbørlig» taler for at forbudet rammer ett eller flere foretak som handler klanderverdig. Klander forutsetter imidlertid at foretaket har en viss subjektiv skyld eller oppfatningsevne. En slik forståelse har ikke støtte i

---

<sup>69</sup> Se ESAs kunngjøring om avgrensningen av det relevante marked, ISSN 1022-9310, punkt 17. Se videre sak C-6/72 *Continental Can Inc. v. Commission of the European Communities*, EU:C:1973:22, avsnitt 32.

<sup>70</sup> Det er fremhevet i saken C-85/76 *Hoffmann-LaRoche v. Commission*, EU:C:1979:36, at forbudet er objektivt, jf. avsnitt 91. Samtidig har EU-domstolen gitt uttrykk for at subjektiv skyld hos foretaket kan være av interesse for vurderingen av misbruk, se sak *Paroxetine*, EU:C:2020:52, avsnitt 162 og rettspraksis henvist til her.



den engelske ordlyden «abuse»<sup>71</sup>, som etter en naturlig språklig forståelse taler for at vilkåret fokuserer på resultatet av foretakets adferd, fremfor foretakets subjektive forhold.

Konkurranseloven § 11 inneholder ikke et uttrykkelig krav om konkurransebegrensende virkning. EU-domstolen har likevel fastslått at det skal innfortolkes et krav om virkning i vilkåret «utilbørlig utnyttelse».<sup>72</sup>

### **2.3.2 Hvordan kan man avgjøre om adferden utgjør «utilbørlig utnyttelse»?**

Det kan ikke fastslås generelt hva som er utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Temaet er diskutert og behandlet av mange i juridisk teori, uten at en kan oppstille en presumsjon for hva som utgjør misbruk av dominerende stilling.<sup>73</sup>

Konkurranseloven § 11 annet ledd lister opp eksempler på utilbørlig utnyttelse.<sup>74</sup> I tillegg har det i rettspraksis blitt utviklet rettslige tester for ulike typetilfeller av adferd. Disse testene består både av generelle utgangspunkter for vurderingen av utilbørlig utnyttelse, en definisjon av misbruk og mer spesifikke tester for å skille mellom utilbørlige og ikke-utilbørlige adferd.<sup>75</sup>

Fremstillingen videre vil ta utgangspunkt i testene utviklet i rettspraksis. I punkt 2.3.2.1 behandler jeg kort utgangspunktet om dominante foretaks særlige ansvar som er utviklet av EU-domstolen. Deretter vil punkt 2.3.2.2 kort analysere EU-domstolens definisjon av utilbørlig utnyttelse. I punkt 2.3.2.3 vil jeg kort analysere de spesifikke testene rettspraksis har utviklet for å avgjøre om det foreligger misbruk. Verken listen i konkurranseloven § 11 annet ledd eller testene utviklet i rettspraksis er uttømmende.

#### **2.3.2.1 Utgangspunkt 1: dominante foretak har et særlig ansvar**

EU-domstolen har i rettspraksis fastslått utgangspunktet for hvordan dominante foretak skal opptre på markedet. Dominante foretak har ifølge EU-domstolen et særlig ansvar for ikke å

---

<sup>71</sup> Jf. Artikkel 102 nr.1 TFEU.

<sup>72</sup> Se om dette under punkt 2.3.2.2.

<sup>73</sup> Ifølge Whish & Bailey (2021) er «*the meaning of abuse of dominance is controversial*», jf. side 194 punkt 6.

<sup>74</sup> Se Evensen & Sæveraas (2009) s. 332 – 336 hvor det redegjøres for de ulike typene misbrukshandlinger.

<sup>75</sup> Østerud (2010) introduserer dette på s. 6 flg.

begrense konkurransen. Dette ble formulert for første gang i saken *Michelin 1*, hvor EU-domstolen fremhevet at:

«[a] finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a **special responsibility** not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the Common market»<sup>76</sup> (min utheving).

Utgangspunktet er følgelig klart: det er ikke forbudt å ha en dominerende stilling, også dominante foretak skal konkurrere, men dominante foretak har et særlig ansvar sammenlignet med ikke-dominante foretak. Konsekvensen av dette er at handlinger som er fullt lovlig i fravær av dominerende stilling, kan være ulovlig for dominerende foretak. Med andre ord, adferden til et dominerende foretak kan være utilbørlig selv om tilsvarende adferd fra et foretak uten dominerende stilling vil være fullt ut legitim. At dominante foretak har et særlig ansvar viser seg ved at ansvaret i rettspraksis ikke har blitt begrenset til det marked foretaket dominerer.<sup>77</sup>

Dette indikerer at domstolene vurderer dominante foretaks opptreden på markedet etter en streng linje. Begrunnelsen for denne strenge linjen, kan være at konkurransen på markedet allerede er svekket som følge av at et foretak har en dominant stilling. Slik at krrl. § 11 skal beskytte den gjenstående konkurransen, og ikke de enkelte foretakene.

Sitatet fra *Michelin 1* gir imidlertid begrenset veiledning for hva som menes med misbruk av dominerende stilling. Begrepet «special responsibility» inneholder ingen rettslige kriterier for vurderingen av misbruk. Hvorvidt det foreligger misbruk, må således avgjøres etter en rettslig vurdering.<sup>78</sup>

### 2.3.2.2 Utgangspunkt 2: EU-domstolens definisjonen av misbruk

---

<sup>76</sup> Saken C-322/81 *Michelin v. Commission*, EU:C:1983:313, avsnitt 57, omtalt som *Michelin 1*.

<sup>77</sup> Se for eksempel forente saker C-6 og 7/73, *Commercial Solvents v. Commission*, EU:C:1974:18, hvor EU-domstolen fremhevet at dominante foretaket som nekter å selge råmateriale, bruk til produksjon, til en kunde som driver med tilsvarende produksjon i et annet marked, vil være i strid med art. 102 TFEU, ettersom det vil kunne eliminere konkurransen for kunden, jf. Avsnitt 25 flg.

<sup>78</sup> Tilsvarende fremhevet av Østerud (2010) s. 33 – 38. Se videre Konkurranseskilgenemnda i V03-2019-34 punkt 7.3, avsnitt 195 flg.

EU-domstolen kom i saken *Hoffmann-LaRoche v. Commission* med en definisjon av misbruk som har fått stor tilslutning i rettspraksis og juridisk teori.<sup>79</sup> Domstolen fremhevet at:

«The concept of abuse is an **objective concept** relating to the behaviour 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 of methods different from those which condition normal competition** in products or services on the basis of the transaction 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» (mine uthevinger).

Denne definisjonen inneholder tre elementer som er særlig viktige: 1) utilbørlig adferd skal vurderes objektivt, 2) det skilles mellom normal og anormal konkurranseadferd og 3) adferden må ha konkurransebegrensende virkninger. Dette behandles kort nedenfor.<sup>80</sup>

For det første fastslås det at vilkåret «utilbørlig utnyttelse» skal vurderes objektivt. Det innebærer at utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i seg selv er forbudt, uavhengig av foretakenes intensjoner.

For det andre beskrives «*methods different from those which condition normal competition*» som adferd som kan være utilbørlige. Dette indikerer at det må skilles mellom normal og anormal konkurranseadferd. Normal konkurranse vil være lovlig, mens anormal konkurranse vil være i strid med forbudet dersom den også har en negativ innvirkning på konkurransen. Sitatet fra *Hoffmann-LaRoche* gir imidlertid ikke veiledning om hva som er normal konkurranse.<sup>81</sup> EU-domstolens definisjon av misbruk i *Michelin I* gir bedre veiledning:

---

<sup>79</sup> Sak C-85/76, *Hoffmann-LaRoche v. Commission*, EU:C:1979:36, avsnitt 91. Premisset er fulgt opp og lagt til grunn som grunnleggende i rettspraksis og juridisk teori, se blant annet Østerud (2010) s.39 flg, og Whish & Bailey (2021) s. 180 flg, se også Rt.2011.910 avsnitt 67 flg.

<sup>80</sup> For en mer utførlig redegjørelse av dette se Østerud (2010) kapittel 3.3.3 s. 39.

<sup>81</sup> Østerud (2010) har en interessant drøftelse av problemene ved å anvende et tydelig skille mellom normal og anormal adferd, se s. 40-41.

«Article [102] covers practices which are likely to affect the structure of a market [...] through recourse of methods different from those governing normal competition in products and services **based on traders' performances** [...]»<sup>82</sup> (min utheving).

Definisjonen fra *Michelin I* tar utgangspunkt i normal konkurranse, og fremhever at normal konkurranse må baseres på «performances». Denne prestasjonsbaserte forståelsen av misbruk har blitt fulgt i flere avgjørelser. For eksempel ble det i saken *AKZO v. Commission* fremhevet at misbruk foreligger dersom foretaket bruker «methods other than those which come within the scope of competition on the basis of quality».<sup>83</sup>

Normal konkurranse er således forstått som konkurranse hvor foretakene konkurrerer basert på sine prestasjoner. Dette tilsier at konkurranse basert på annet enn prestasjoner, er anormalt, og vil etter denne forståelsen være i strid med forbudet hvis adferden også har konkurransebegrensende virkninger. Dette skillet mellom prestasjonsbasert og ikke-prestasjonsbasert konkurranse kan lede til en formalistisk anvendelse av forbudet. Utgangspunktet om dominerende foretaks særlige ansvar taler mot å ha et formalistisk skille mellom prestasjonsbasert og ikke-prestasjonsbasert konkurranse, ettersom tilsynelatende normale handlinger vil kunne utgjøre misbruk for dominerende foretak, mens adferden vil være lovlig for ikke-dominante foretak. Skillet mellom prestasjonsbasert og ikke-prestasjonsbasert adferd bør således ikke anvendes som et selvstendig vilkår for misbruk, men derimot kun gi veiledning ved tolkningen og anvendelsen av vilkåret om utilbørlig utnyttelse.<sup>84</sup>

Skillet mellom prestasjonsbasert og ikke-prestasjonsbasert, må således forstås som et utgangspunkt domstolene bruker i saker for å vurdere om adferden, etter de generelle utgangspunktene, kan være i strid med forbudet. Deretter foretar domstolene en konkret vurdering av om adferden utgjør misbruk.<sup>85</sup>

For det tredje følger det av definisjonen, at adferden må ha en konkurransebegrensende virkning på konkurransen for at det skal foreligge utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. Det kan utledes av formuleringen i *Hoffmann-LaRoche* om at virkningene må kunne:

---

<sup>82</sup> Saken *Michelin I* avsnitt 70.

<sup>83</sup> Sak C-62/86 *AKZO Chemie v. Commission*, EU:C:1991:286, avsnitt 70.

<sup>84</sup> Tilsvarende fremhevet i Konkurranseskjemenemndas vedtak V03/2019-34 punkt 7.2 avsnitt 182 – 194.

<sup>85</sup> Tilsvarende i Østerud (2010) s. 42.

«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 [...]

has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition».<sup>86</sup>

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling er således reservert til adferd som har en konkurransebegrensende virkning.<sup>87</sup> EU-domstolen har som nevnt etablert ulike tester som anvendes for å avgjøre om en adferd har konkurransebegrensende virkninger. Disse testene er ikke uttømmende, slik at en handling kan utgjøre misbruk, selv om adferden ikke faller inn under en av de etablerte testene. Nedenfor nevnes noen av testene utviklet i rettspraksis.

### 2.3.2.3 Tester for å avgjøre om adferden utgjør misbruk

Det har gjennom lang rettspraksis fra EU-domstolen blitt utviklet en rekke tester som benyttes for å vurdere om adferden faktisk eller potensielt begrenser konkurransen. Det er alt fra rent formalistiske tester til tester som forutsetter at foretakene har til formål å begrense konkurransen. I fortsettelsen behandles 1) formalistisk test, 2) virkningsbasert test og 3) formålsbasert test.<sup>88</sup>

EU-domstolen har i flere saker anvendt en **formalistisk test** av om adferden utgjør misbruk. Det er i den forbindelse blitt oppstilt en rekke typetilfeller som anses å være egnet til å begrense konkurransen, og dermed utgjøre misbruk. EU-domstolen har blant annet fremhevet at eneleverandøravtaler og lojalitetsrabatter er egnet til å begrense konkurransen og dermed være i strid med forbudet.<sup>89</sup> Eneleverandøravtaler er avtaler der kunden forplikter seg til å kjøpe hele sitt behov av en type produkt fra en bestemt leverandør. Lojalitetsrabatter er rabatter som

---

<sup>86</sup> Jf. Saken *Hoffmann-LaRoche* avsnitt 91. Tilsvarende fremhevet av lagmannsretten i LB-2009-89085 «Tine-saken», punkt 14.

<sup>87</sup> Også potensielle konkurransebegrensende virkninger omfattes, jf. Blant annet saken C-23/14 *Post Danmark 2*, EU:C:2015:651, avsnitt 66.

<sup>88</sup> Dette er ikke en uttømmende angivelse av de tester som kan utledes av rettspraksis.

<sup>89</sup> For eksempel i sak C-62/86 *AKZO Chemie v. Commission*, EU:C:1991:286, avsnitt 147 – 149. Tilsvarende fremhevet i *Hoffmann-LaRoche* avsnitt 89. Se også Kommisjonen's prioriteringsmeddelelsen hvor det angis «specific forms of abuse», jf. Guidance on the Commission's priorities (2009/C 45/02) punkt 32 flg.

belønner kundene for en bestemt type kjøpsatferd, typisk at kundene får rabatt hvis de i en bestemt periode forplikter seg til å handle over en viss mengde fra foretaket.

Rettspraksis gir videre anvisning på tester hvor det kreves at adferdens **konkurransbegrensende virkning** er tydelig. En virkningsbasert test inneholder to elementer; først vurderes adferden som sådan, og dernest vurderes om adferden har hatt konkurransbegrensende virkninger. Et eksempel er EU-domstolens drøftelse i saken *Commercial Solvents*, hvor foretakets adferd innebar en risiko for at konkurrenter i et annet marked ville bli eliminert fra konkurransen.<sup>90</sup>

Det er i tillegg utviklet tester for tilfeller hvor foretaket hadde til **hensikt** å begrense konkurransen. Også slike tester inneholder to elementer: først en vurdering av adferden, og deretter et krav om formål. Ved denne typen tester utledes det en konkurransbegrensende virkning der det dominerende foretakets adferd på markedet skyldes en hensikt om å ekskludere konkurrenter fra markedet. Denne totrinnsvurderingen kan utledes av saken *AKZO*.<sup>91</sup> Først uttalte domstolen at priser under de gjennomsnittlige variable kostnadene (AVC) må rammes av forbudet mot misbruk av dominerende stilling. Deretter konkluderte EU-domstolen med at priser over gjennomsnittlig variable kostnader, men under gjennomsnittlige totale kostnader (ATC), kan være ulovlige, såfremt det kan fastslås at denne prisingen inngår i foretakets plan om å eliminere en konkurrent.

---

<sup>90</sup> Jf. Forente saker C-6 og 7/73 *Commercial Solvents*, EU:C:1974:18, avsnitt 25 flg.

<sup>91</sup> Saken *AKZO*, EU:C:1991:286, avsnittene 71 – 72. Tilsvarende i *Post Danmark 1*, EU:C:2012:172, hvor tvistes spørsmålet var om Post Danmark hadde til formål å begrense konkurransen gjennom predasjonsprising. Se også saken *Deutsche Telekom*, EU:C:2010:603, avsnitt 254.

## 3 Potensielle konkurransebegrensende virkninger

### 3.1 Innledning

Fremstillingen har hittil gitt en introduksjon til virkningsvilkåret i konkurranselovens §§ 10 og 11. Dette kapitlet har en mer analytisk tilnærming, og problemstillingen i dette kapitlet er: hva skal til for at det skal anses å foreligge potensielle konkurransebegrensende virkninger?

Virkningsvilkåret har blitt diskutert bredt og lenge i europeisk konkurranserett. Dette skulle tilsi at rettstilstanden hva gjelder potensielle konkurransebegrensende virkninger var klart fastsatt i rettspraksis og juridisk teori. Realiteten er imidlertid at potensielle konkurransebegrensende virkninger fremdeles reiser mange uavklarte spørsmål. Kreves det overveiende sannsynlighet for å påvise de faktiske forhold som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger, eller er det tilstrekkelig å fastslå at de potensielle konkurransebegrensende virkningene er realistiske? Hvilke forutsetninger må være til stede for at det i det hele tatt skal være tale om potensielle konkurransebegrensende virkninger? Har tidspunktet for vurderingen av foretakenes handlemåte noen betydning for disse spørsmålene? Svaret på disse spørsmålene er ikke opplagt. Det skyldes blant annet at det er svært få dommer som i det hele tatt angår grensene for potensielle konkurransebegrensende virkninger.

Betegnelsen «kravet til sannsynlighet» er i avhandlingen brukt om kravet til sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger. Mens betegnelsen «terskelen for potensielle konkurransebegrensende virkninger» sikter til den rettslige terskelen for at det skal foreligge potensielle konkurransebegrensende virkninger.

Jeg vil i kapittel 3.2 analysere om det etter rettspraksis kan utledes vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge potensielle konkurransebegrensende virkninger. Deretter vil jeg i kapittel 3.3 analysere hva som er terskelen for potensielle konkurransebegrensende virkninger. Videre vil jeg i kapittel 3.4 forsøke å klarlegge hva som er kravet til sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger. I kapittel 3.5 analyserer jeg om rettspraksis vedrørende Artikkel 102 TFEU kan gjøres gjeldende for Artikkel 101 TFEU.

## 3.2 Vilkår for å vurdere potensielle konkurransebegrensende virkninger

Etter mitt syn, kan det etter EU-domstolens rettspraksis utledes to vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge konkurransebegrensende virkninger i strid med konkurranselovens §§ 10 og 11.<sup>92</sup> Disse vilkårene er desto viktigere for potensielle konkurransebegrensende virkninger, ettersom det er virkninger som ikke har manifestert seg i markedet.

Det kan av rettspraksis utledes to vilkår for at det skal foreligge potensielle konkurransebegrensende virkninger. For det første kreves det årsakssammenheng mellom foretakenes handlemåte og de potensielle konkurransebegrensende virkningene. For det andre kreves det at virkningene rammer faktiske eller potensielle konkurrenter. De ovennevnte vilkårene og rettspraksis vedrørende denne behandles nærmere nedenfor.

### 3.2.1 Årsakssammenheng: virkningene er et resultat av handlemåten

Konkurranseloven § 10 forbyr samarbeid «som har» konkurransebegrensede virkning. Ordlyden er klar på at det må foreligge en årsakssammenheng mellom samarbeidet og de konkurransebegrensende virkningene. Konkurranseloven § 11 har ikke et like tydelig formulert krav til årsakssammenheng, men det er i rettspraksis lagt til grunn at forbudet mot misbruk også inneholder krav til årsakssammenheng.<sup>93</sup> EU-domstolen fremhevet dessuten i *TeliaSonera* at:

«[...] in order to establish whether [a margin squeeze] is abusive, **that practice must have an anti-competitive effect** on the market» (mine uthevninger og understrek).<sup>94</sup>

Kravet til årsakssammenheng ble uttrykkelig fremhevet av EU-domstolen i *Hüls*:

«the concept of a concerted practice [...] implies [...] subsequent conduct on the market, and a relationship of cause and effect between the two».<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> EU-domstolen formulerer det som rettslige kriterier, slik at det er tale om vilkår og ikke momenter.

<sup>93</sup> ILB-2009-89085 fremgår det at det «må foretas en konkret vurdering av om konkurransebegrensende virkninger er en sannsynlig følge av den aktuelle atferden», jf. dommens punkt 14 nest siste avsnitt.

<sup>94</sup> Sak C-52/09 *Konkurrenseverket v. TeliaSonera Sverige AB*, EU:C:2011:83, avsnitt 64.

<sup>95</sup> Sak C-199/92 P *Hüls v. Commission*, EU:C:1999:358, avsnitt 161. Se tilsvarende i sak C-286/13 P *Dole v. Commission*, EU:C:2015:184 avsnitt 126-127.



Det er i juridisk teori lagt til grunn at kravet til årsakssammenheng i konkurranseretten bygger på betingelseslæren.<sup>96</sup> Det vil si at en må vurdere om de konkurranseskadelige virkningene ville funnet sted dersom den konkurransebegrensende handlemåten tenkes bort. Samarbeidet eller adferden vil ikke være i strid med forbudene dersom det ikke kan påvises en sammenheng mellom handlemåten og de konkurransebegrensende virkningene.

### 3.2.2 Virkningene må ramme faktiske eller potensielle konkurrenter

Videre kan det av rettspraksis utledes at virkningsvilkåret forutsetter at virkningene rammer faktiske eller potensielle konkurrenter. EU-domstolen fremhevet i *Deutsche Telekom* at det må vurderes om adferden har:

«an exclusionary effect on competitors who are at least as efficient as the dominant undertaking itself».<sup>97</sup>

Formulering «at least as efficient as the dominant undertaking» innebærer en begrensning mot foretak som ikke er i stand til å konkurrere.<sup>98</sup> Konkurranseloven §§ 10 og 11 gir dermed vern til både den eksisterende konkurransen i markedet og til alle foretak som har en realistisk mulighet til å etablere seg i det aktuelle markedet – såkalt potensiell konkurranse.<sup>99</sup>

To foretak vil være faktiske konkurrenter, hvis de allerede er i stand til å konkurrere om å tilby varer og tjenester til kunder på det aktuelle markedet.<sup>100</sup> Potensiell konkurranse betegner muligheten for nyetableringer til å tilby en konkurrerende vare eller tjeneste på markedet.<sup>101</sup> Vern av potensielle konkurrenter innebærer å forby handlinger som begrenser muligheten for at foretak, som er «*at least as efficient*», kan etablere seg på markedet.<sup>102</sup>

---

<sup>96</sup> Dette er anført av blant annet Hjelmeng (2016) kapittel 2.2.

<sup>97</sup> Jf. C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v. Commission*, EU:C:2010:603, avsnitt 253.

<sup>98</sup> Se nedenfor om vurderingsmomentet «evne til å etablere seg».

<sup>99</sup> Jf. *Delimitis*, EU:C:1991:91, avsnitt 21, Se også saken *Paroxetine*, EU:C:2020:52, avsnitt 36. Jf. Prp.nr.6 kapittel 3.5.3.

<sup>100</sup> Horizontal Guidelines OJEU C 11 of 14/1/2011, s. 1, avsnitt. 10.

<sup>101</sup> Evensen & Sæveraas (2009) s. 286.

<sup>102</sup> Jf. *Deutsche Telekom* EU:C:2010:603, avsnitt 253.

Det følger av rettspraksis potensiell konkurranse forutsetter at det er reell og konkret mulighet for at foretakene kan etablere seg på markedet.<sup>103</sup> Foretak som kun har en hypotetisk mulighet som ikke støttes av omstendighetene i saken, vil således ikke anses som potensielle konkurrenter.<sup>104</sup> Hvorvidt foretaket har reell og konkret mulighet, skal avgjøres etter en markedsanalyse med utgangspunkt i tre momenter: 1) foretakets evne til å etablere seg, 2) foretakets intensjon om å etablere seg og 3) foretakets oppfattelse av en annen som en potensiell konkurrent.<sup>105</sup> Det er i rettspraksis fremhevet at det avgjørende er foretakets evne til å etablere seg på markedet.<sup>106</sup>

### 3.3 Terskelen for at det foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger

Det er i rettspraksis fra EU- og EØS-retten konsekvent fremhevet at forbudsbestemmelsene i Artikkelen 101 og 102 TFEU og EØS-avtalens 53 og 54, rammer potensielle konkurransebegrensende virkninger som kan forankres i omstendighetene i saken. I *Deere v. Commission*, hvor EU-domstolen opprettholdt Kommisjonens vedtak om at en avtale var i strid med Artikkelen 101 nr. 1 TFEU, fremhevet EU-domstolen at:

«[...] the fact that the Commission is unable to establish that the practice at issue produces an actual anti-competitive effect on the market in question, which could be accounted by the fact [...], has no bearing on the outcome of the case since Article 85 (1) of the Treaty prohibits both actual anti-competitive effects and purely potential effects, provided that they are sufficiently appreciable, **which they are in the present case, having regard to the characteristics of the market.**» (min utheving)<sup>107</sup>

EU-domstolen så på de trekke ved markedet i den konkrete sak. Premisset illustrerer at potensielle konkurransebegrensende virkninger må kunne forankres i sakens omstendigheter.

---

<sup>103</sup> Formuleringen «real and concrete possibilities» gjentas flere steder i rettspraksis, se for eksempel saken *Paroxetine*, EU:C:2020:52 avsnitt 36. Ritter (2017) gir på s. 4 en oppsummering av reglene om potensielle konkurrenter.

<sup>104</sup> Forente saker T-324/94 etc. *European Night Services v. Commission*, EU:T:1998:198 avsnitt 139-147. Tilsvarende i T-461/07, *Visa*, EU:T:2011:181, avsnitt 167-168.

<sup>105</sup> Se Ritter (2017) hvor disse momentene analyseres på s. 4 flg.

<sup>106</sup> Jf. Blant annet saken T-461/07 *Visa v. Commission*, EU:T:2011:181, avsnitt 168.

<sup>107</sup> Jf. C-7/95 P, *Deere v. Commission*, EU:C:1998:256, avsnitt 72.

Dette standpunktet har blitt gjentatt flere ganger i rettspraksis. Generaladvokat Kokott fremhevet i sin uttalelse i anledning saken *Post Danmark 2*,<sup>108</sup> at det ikke er tilstrekkelig med potensielle konkurransebegrensende virkninger som er rent hypotetiske eller teoretiske. Tvert imot, virkningene må kunne begrense konkurransen i praksis. Generaladvokaten fremhevet at:

«It should be noted in that regard that the exclusionary effect of such a rebate scheme **must not be of a purely hypothetical nature**. In other words, the scheme in question **must be capable** not only in the abstract but **also in practice of making it difficult or impossible [...] to gain access to the market [...]**» (mine uthevinger).<sup>109</sup>

EU-domstolen videreførte generaladvokatens uttalelse i sin vurdering i *Post Danmark 2*. Domstolen fremhevet at: «[...] the anti-competitive effect of a particular practice must not be of purely hypothetical». <sup>110</sup> Det samme ble lagt til grunn av EFTA-domstolen i *Posten Norge vs. EFTA Surveillance Authority (ESA)*. Saksforholdet var at ESA traff vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr til Posten Norge for misbruk av dominerende stilling. Posten Norge anførte prinsipielt at fraværet av faktiske konkurransebegrensende virkninger var en tydelig indikasjon på at adferden ikke utgjorde misbruk. EFTA-domstolen erkjente at fraværet av faktiske virkninger kan indikere at adferden ikke er lovstridig, men konkluderte likevel med at:

«[...] It was sufficient for ESA to show that the conduct in question was liable to distort competition [...].»<sup>111</sup>

Fraværet av faktiske virkninger var således ikke tilstrekkelig til å konkludere med at adferden ikke var lovstridig. EFTA-domstolen uttalte videre at:

«[...] In the case of Privpak, ESA correctly found, **on the basis of available evidence**, that it was likely that the failure to secure an agreement with MIX could be attributed to the effects of Normay Post's conduct. ESA was therefore entitled to conclude that it was likely that the additional barriers to entry caused by Normay Post's conduct had in fact adversely affected PrivPak's efforts to enter the market»<sup>112</sup> (min utheving).

---

<sup>108</sup> C-23/14, *Post Danmark 2*, EU:C:2015:651.

<sup>109</sup> Jf. Opinion of Advocate General Kokott, EU:C:2015:343, avsnitt 80.

<sup>110</sup> Jf. *Post Danmark 2*, EU:C:2015:651, avsnitt 65.

<sup>111</sup> Jf. E-15/10, *Posten Norge AS v. ESA*, avsnitt 131

<sup>112</sup> Jf. *Posten Norge AS v. ESA*, avsnitt 195.

Det fremgår ikke uttrykkelig av sitatet at det kreves at de potensielle konkurransebegrensende virkninger ikke er rent hypotetiske. EFTA-domstolens drøftelse viser likevel at domstolen la dette standpunktet til grunn. Dette kan utledes av at EFTA-domstolen fremhevet at ESA hadde funnet potensielle konkurransebegrensende virkninger «on the basis of available evidence». Med andre ord, de konkrete opplysningene i saken ga tilstrekkelig bevis for at adferden kunne ha potensielle konkurransebegrensende virkning.<sup>113</sup>

Konkurranseskjemenemndas avgjørelse i sak V03/2019-34 *Telenor* gir også uttrykk for at potensielle konkurransebegrensende virkninger må være realistiske. Saken gjaldt Telenors klage på Konkurransetilsynet vedtak om å ilegge Telenor ASA overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. Konkurransetilsynet hadde konkludert med at Telenor hadde utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i strid med forbudene, gjennom omlegging av prisstrukturen i Tilleggsavtale 2 til Network Norways avtale om nasjonal gjesting i Telenors mobilnett.

Konkurranseskjemenemnda fremhevet at det i virkningsvurderingen skal legges til grunn den «*løsningen som har de beste grunner for seg*».<sup>114</sup> Dette er ikke særlig kontroversielt. EU-domstolens praksis har konsekvent fremhevet at potensielle konkurransebegrensende virkninger må være realistiske og kunne forankres i sakens rettslige, faktiske eller økonomiske omstendigheter.<sup>115</sup> Konkurranseskjemenemnda tar selv utgangspunkt i dette ved at:

«Vurderingen av om handlingen er egnet til å begrense konkurransen må gjøres i den relevante rettslige og økonomiske konteksten. Det er ikke tilstrekkelig at handlingen bare kan ha en teoretisk eller hypotetisk virkning».<sup>116</sup>

Flertallet konkluderer med at Telenors adferd var egnet til å begrense konkurransen, og dermed utgjorde et misbruk av dominerende stilling.<sup>117</sup> Mindretallet mente på sin side at

---

<sup>113</sup> Også Konkurranseskjemenemnda har fremhevet at det kreves at de potensielle konkurransebegrensende virkningene ikke er rent hypotetiske eller teoretiske, jf. V03/2019-34 avsnitt 238.

<sup>114</sup> At terskelen er «*løsningen som har de beste grunner for seg*» er hentet fra forarbeidene NOU 2012:7 «Mer effektiv konkurranse» på side 70, og Prp. L. 75 (2012-2013) side 67-68.

<sup>115</sup> Generaladvokat Kokott oppsummerer rettstilstanden godt, jf. nedenfor i punkt 3.4.2.6.

<sup>116</sup> V03/2019-34 avsnitt 238.

<sup>117</sup> Ibid. Kapittel 8.2 – 8.10, se særlig avsnitt 282.

omstendighetene i saken tilsa at de påståtte virkningene ikke kunne konkretiseres, men at det først og fremst var av teoretisk karakter at adferden var egnet til å begrense konkurransen.<sup>118</sup>

Kommisjonen har i Horizontal Guidelines uttrykt at potensielle konkurransebegrensende virkninger må bevises med en «*reasonable degree of probability*». Dette vil ifølge Kommisjonen avhenge av flere momenter, slik at vurderingen:

« (...) in order to prove actual or potential restrictive effects on competition, it is necessary to **take into account competition between the parties** and competition from third parties, in particular actual or potential competition (...)»<sup>119</sup> (min utheving).

Sitatet viser tydelig at vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger må begrunnes i den konkret sakens omstendigheter. Etter mitt syn, kan det av analysen utledes at terskelen for potensielle konkurransebegrensende virkninger er at virkningene må være realistiske – virkningene må altså kunne forankres i sakens omstendigheter. Dette følger blant annet av sakene *Deere v. Commission*, *Post Danmark 2*, *Posten Norge v. ESA*, og Konkurranseskjennemndas vedtak i sak V03/2019-34.

### **3.4 kravet til sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger**

#### **3.4.1 Kravet til sannsynlighet er ikke et beviskrav, men en materiell vurdering**

Ordlyden i konkurranseloven §§ 10 og 11 gir ingen veiledning om kravet til sannsynlighet skal vurderes som et beviskrav eller en materiell vurdering. Hvis det er et beviskrav, er det konkurransebegrensningen som må bevises. I så fall vil beviskravet for overtredelsesgebyrer aktualiseres.<sup>120</sup> Utgangspunktet i norsk rett er at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for å bevise at forbudsbestemmelsene i konkurranseloven er overtrådt.<sup>121</sup> Lagmannsrettens

---

<sup>118</sup> Se avsnitt 457.

<sup>119</sup> Horizontal Guidelines, OJEU C 11 of 14/1/2011, avsnitt 28 til 29.

<sup>120</sup> Jf. Konkurranseloven § 29.

<sup>121</sup> Se Rt.2012.1556 «Gran & Ekran» hvor Høyesterett oppsummerer rettstilstanden i avsnittene 33 – 52. Se også Hellesylt (2012) hvor det etter en gjennomgang av rettspraksis konkluderes med at beviskravet ikke kan settes lavere enn klar sannsynlighetsovervekt.

tilnærming i *Telenor-saken* kan tas til inntekt for at kravet til sannsynlighet er et beviskrav.<sup>122</sup> Lagmannsretten fremhevet blant annet:

«[...] lagmannsretten [har] funnet det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at prisomleggingen var egnet til å påføre konkurransen skade»<sup>123</sup> (min merknad).

Hvis kravet til sannsynlighet er en materiell vurdering, er det bare faktumet som inngår i den materielle vurderingen av konkurransebegrensende som skal bevises. Til støtte for en slik tilnærming er Konkurransklagenemndas drøftelse i *Telenor-saken*.<sup>124</sup> Etter klagenemndas vurdering er kravet til sannsynlighet ikke et beviskrav, men derimot en rettsanvendelse hvor det er faktum som inngår i denne vurderingen som skal bevises.<sup>125</sup> Etter mitt syn gir rettspraksis fra EU-domstolen støtte for Konkurransklagenemndas synspunkt. For eksempel ble det i *Deutsche Telekom* fremhevet at:

«[...] the anti-competitive effect which the Commission is required to demonstrate [...] relates to the **possible barriers which the appellant's pricing practices could have** created [...] in the degree of competition in that market»<sup>126</sup> (mine uthevninger og understrek).

Sitatet viser hvordan EU-domstolen først vurderer om foretakets handlemåte kunne ha potensielle konkurransebegrensende virkninger. Deretter fremhevet EU-domstolen at det var tilstrekkelig å påvise at den konkrete adferden var egnet til å ha konkurransebegrensende virkninger.<sup>127</sup> Det er imidlertid delte meninger om hva som er riktig forståelse av kravet til sannsynlighet. Jeg vil i den videre fremstilling legge til grunn at kravet til sannsynlighet er en materiell vurdering.

### 3.4.2 Analyse av hvordan kravet til sannsynlighet er tolket i praksis

---

<sup>122</sup> Jf. LG-2019-137886-2 *Telenor* punkt 4.5.4, se videre punkt 4.6 hvor lagmannsretten konkluderer.

<sup>123</sup> LG-2019-137886-2 punkt 4.6.

<sup>124</sup> Konkurransklagenemndas vedtak i *Telenor*, V03/2019-34.

<sup>125</sup> Jf. *Telenor* V03/2019-34 Punkt 5, se særlig avsnitt 120.

<sup>126</sup> Jf. C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v. Commission*, EU:C:2010:603, avsnitt 252. Dommen behandles nærmere nedenfor.

<sup>127</sup> *Ibid.* Avsnitt 253.

### 3.4.2.1 Innledning

Rettspraksis har i lang tid vært inkonsekvent i sin formulering av kravet til sannsynlighet. Terminologien i europeisk konkurranserett varierer fra «capable of», «may have», «likely» og «tends to». Denne inkonsekvente begrepsbruken leder til stor usikkerhet om hvordan kravet til sannsynlighet skal forstås. Usikkerheten forekommer også innad i EU-domstolens resonnementer.<sup>128</sup> Det avgjørende må etter min mening være hvordan kravet til sannsynlighet er anvendt i rettspraksis, framfor hvordan EU-domstolen formulerer seg. Nedenfor i punkt 3.4.2.2 til 3.4.3 analyseres rettspraksis og juridisk teori, med sikte på å klarlegge hva som er gjeldende rett om det materielle kravet til sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger. Analysen har tatt utgangspunkt i dommer som etter mitt syn illustrerer dette kravet på en grundig måte. Utvalget er ikke ment å være en uttømmende liste over dommer som behandler kravet til sannsynlighet.

### 3.4.2.2 Saken C-280/08 P Deutsche Telekom AG v. Commission

*Deutsche Telekom AG v. Commission* gjaldt forbudet mot misbruk av dominerende stilling i Artikkel 82 EC (nå Artikkel 102 TFEU). Saksforholdet var at Kommisjonen ila selskapet Deutsche Telekom gebyr for å ha utnyttet sin stilling gjennom direkte tilknytning til kunders faste telefonlinjer. Førsteinstansretten opprettholdt Kommisjonens vedtak om gebyr, men avgjørelsen ble senere anket av selskapet med krav om opphevelse av Rettens avgjørelse.

Det sentrale i ankesaken, hva gjelder kravet til sannsynlighet, er Deutsche Telekoms anførsel om at Førsteinstansretten hadde basert virkningsvurderingen på uriktige opplysninger. EU-domstolen avviste anførselene og fremhevet at det er tilstrekkelig å påvise at adferden er egnet til å ha potensielle konkurransebegrensende virkninger.<sup>129</sup> EU-domstolen fremhevet at det er tilstrekkelig med:

---

<sup>128</sup> Se for eksempel i *Post Danmark 2*, EU:C:2015:651, avsnitt 64 – 69. I avsnitt 66 uttales det at det er tilstrekkelig hvis «there is an anti-competitive effect which **may potentially exclude**», mens det i avsnitt 67 fremgår at det er tilstrekkelig med «conduct is **likely to have an anti-competitive effect**», og i avsnitt 68 benyttes «**capable of restricting**» (mine uthevinger).

<sup>129</sup> Saken *Deutsche Telekom*, EU:C:2010:603, avsnitt 252.

«[...] a pricing practice such as the appellant constitutes an abuse within the meaning of Article 82 EC if it has an exclusionary effect on competitors [...] and is **capable of making** market entry more difficult [...]»<sup>130</sup> (min utheving).

EU-domstolen synes i saken å ha lagt til grunn at kravet til sannsynlighet vil være oppfylt dersom adferden er egnet til å ha konkurransebegrensende virkninger. Sitatet overfor indikerer at hvorvidt adferden har sannsynlige konkurransebegrensende virkninger, må ta utgangspunkt i adferdens egnethet – det vil si om adferden er egnet til å ha konkurranseskadende virkninger. Synspunktet om at sannsynlighet sikter til adferdens egnethet har blitt trukket frem i flere avgjørelser. I *Deutsche Telekom* ble kravet til sannsynlighet ansett tilstrekkelig oppfylt hvis det var mulig at adferden ville få slike virkninger. Dette gir indikasjon på at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

### 3.4.2.3 Saken C-52/09 TeliaSonera

Saken *TeliaSonera v. Konkurrenceverket* gjaldt også misbruk av dominerende stilling. Spørsmålet i saken var blant annet om det skal innfortolkes et virkningskrav for misbruk, og i så fall hvordan et slik virkningskrav skal fastsettes.<sup>131</sup>

EU-domstolen fastslo utgangspunktet om at det gjelder et krav om at adferden har konkurransebegrensende virkninger, og at det er tilstrekkelig med potensielle konkurransebegrensende virkninger.<sup>132</sup> EU-domstolen fremhevet videre at:

«[...] competitors who are at least as efficient as the undertaking which dominates the wholesale market and who are unable to operate [...] other than at a loss [...].

In such circumstances, the at least **potentially anti-competitive effect of a margin squeeze is probable**».<sup>133</sup> (mine uthevinger).

Det kan av sitatet utledes at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighet. Dette følger av at EU-domstolen sin vurdering tok utgangspunkt i omstendighetene i saken, og deretter

---

<sup>130</sup> Ibid. Avsnitt 253.

<sup>131</sup> Se i *TeliaSonera* avsnitt 12 punkt 4.

<sup>132</sup> Se i *TeliaSonera* avsnitt 64 hvor EU-domstolen drøfter skillet mellom faktiske og potensielle konkurransebegrensende virkninger.

<sup>133</sup> jf. Ibid avsnitt 70 og 71.



konkluderte med at de potensielle konkurransebegrensende virkningene ville være «probable» ved et tilfelle som det i saken. Betegnelsen «probable» betyr bare at virkningene må være sannsynlige, men EU-domstolens drøftelse indikerer at alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig. Dette støttes at EU-domstolen fremhevet videre at:

«Accordingly, it is again for the referring court to satisfy itself that, even where the wholesale product is not indispensable, the practice **may be capable of having anti-competitive effects** [...]»<sup>134</sup> (mine uthevinger).

At EU-domstolen vurderer egnethet, har sammenheng med vurderingen av om virkningene er realistiske.<sup>135</sup> Også i *TeliaSonera* gir formuleringen «capable of having», indikasjon på at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

#### 3.4.2.4 Saken C-209/10 *Post Danmark v. Konkurrencerådet (Post Danmark 1)*

Spørsmålet i *Post Danmark 1* var om postselskapet Post Danmark hadde misbrukt sin dominerende stilling gjennom rovprising. EU-domstolen fremhevet at:

«In order to assess the existence of anti-competitive effects in circumstances such as those of that case, it is necessary to consider whether the pricing policy [...] produces an actual or **likely** exclusionary effect [...]»<sup>136</sup> (min utheving).

EU-domstolen benyttet her en annen formulering enn i de ovennevnte dommene. I *Post Danmark 1* formuleres potensielle konkurransebegrensende virkninger som «likely exclusionary effect». Selv om begrepsbruken er en annen, er kravet til sannsynlighet i realiteten det samme. «Likely», «may» eller «capable of» har nokså likt meningsinnhold; det sikter til det som er sannsynlig. Det kan således av rettspraksis utledes at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

#### 3.4.2.5 Konkurransklagenemndas vedtak V03/2019-34 *Telenor-saken*

---

<sup>134</sup> Jf. *TeliaSonera* avsnitt 72.

<sup>135</sup> Jf. over i kapittel 3.3.

<sup>136</sup> Jf. *Post Danmark 1*, EU:C:2012:172, avsnitt 44.

Konkurransesklagemennda var i *Telenor-saken* enstemmig hva gjelder rettslig utgangspunktene om kravet til sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger.<sup>137</sup> Konkurransesklagemennda fremhevet at:

«EU-domstolen bruker ulik terminologi om hva som skal påvises. [...] På engelsk benyttes ‘capable of’, ‘likely’ og ‘tends to’, på de samme stedene. På denne bakgrunn er det vanskelig å slå fast at nettopp formuleringen ‘egnet til’ gir uttrykk for terskelen som gjelder for å påvise en virkning [...]».<sup>138</sup>

På denne bakgrunn konkluderte Konkurransesklagemennda med:

«Når EU-domstolen gjentatte ganger benytter de ulike uttrykkene om hverandre, er den mest nærliggende tolkningen at uttrykkene er ment å si det samme [...]».<sup>139</sup>

Konkurransesklagemennda fant det derfor nærliggende å legge til grunn at formuleringene i rettspraksis er ment å si det samme. Nemlig at de potensielle konkurransebegrensende virkningene må være en realistisk og sannsynlig følge av foretakenes handlemåte.<sup>140</sup>

#### 3.4.2.6 Opinions of Advocate General

Generaladvokat Kokott fremhevet i sin uttalelse i anledning saken *Post Danmark 2*<sup>141</sup> at:

*«the exclusionary effect of such a rebate scheme **must not be of a purely hypothetical nature**. In other words, the schemes in question must be capable not only in the abstract **but also in practice** of making it difficult or possible for the dominant undertaking’s competitors [...]»<sup>142</sup> (mine uthevinger).*

---

<sup>137</sup> Jf. V03/2019-34 avsnitt 210 flg.

<sup>138</sup> Ibid. Avsnitt 210.

<sup>139</sup> Jf. V03/2019-34 avsnitt 212.

<sup>140</sup> Ibid. Avsnitt 211.

<sup>141</sup> Sak C-23/14 *Post Danmark v. Konkurrencerådet*, EU:C:2015:651, referert til som *Post Danmark 2*.

<sup>142</sup> Opinion of Advocate General Kokott, EU:C:2015:343, avsnitt 80.

Utgangspunktet er at det ikke må påvises konkrete virkninger, samtidig kan ikke potensielle konkurransebegrensende virkninger være hypotetiske eller uten forankring i forholdene i den konkrete sak.<sup>143</sup> Kravet til sannsynlighet vil ifølge Generaladvokat Kokott være oppfylt når det:

«[...] on the basis of an overall assessment of all the relevant circumstances of the individual case, the presence of **the exclusionary effects appear more likely than its absence.**

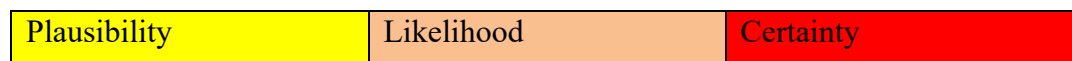
It would in my view be inappropriate to set a higher bar for assuming the existence of an abuse [...] to require that the presence of an exclusionary effect must be “very likely” og “particularly likely” or must be assumed to be “beyond reasonable doubt”».<sup>144</sup>

Formuleringen «appear more likely than its absence» forstås i denne sammenheng som alminnelig sannsynlighetsovervekt. Generaladvokat Kokott stadfestet således EU-domstolens oppfatning om at potensielle konkurransebegrensende virkninger sikter til alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>145</sup>

### 3.4.3 Analyse av oppfatninger om kravet til sannsynlighet i juridisk teori

Colomo (2020) har i juridisk teori tatt til orde for at det etter europeisk konkurranserett kan utformes tre kategorier av krav til sannsynlighet.<sup>146</sup> Colomo (2020) illustrerer dette med følgende figur:

Fig. 1<sup>147</sup>



Ifølge Colomo (2020) går den nedre grensen for kravet til sannsynlighet på «plausibility». Grensen vil være overtrådt dersom det kan identifiseres «a credible mechanism through which

<sup>143</sup> Som fremhevet av Generaladvokat Rantos i EU:C:2021:998, avsnitt 118, hvor det fremgår «*that will obviously depend on the legal, economic and factual context of each case [...]*».

<sup>144</sup> Opinion of General Advocate Kokott avsnitt 82 – 83.

<sup>145</sup> Tilsvarende kan utledes av Generaladvokat Rantos sin uttalelse i anledning sak C-377/20 *Servizio Elettrico Nazionale*, jf. Opinion of Advocate General Rantos, EU:C:2021:998 avsnitt 153 flg.

<sup>146</sup> Colomo (2020) kapittel 2.4.

<sup>147</sup> Figuren er hentet fra Colomo (2020) kapittel 2.4.

the impact on competition can be manifested».<sup>148</sup> Den midtre grensen for kravet er ifølge Colomo (2020), «likelihood». Denne grensen vil være overtrådt dersom det «*can be shown that the impact on competition is more likely than not to occur*».<sup>149</sup> Den øvre grensen for kravet er ifølge Colomo (2020), «certainty». Det vil si tilnærmet utvilsomt at den påståtte konkurranseskadelige handlingen vil ha konkurranseskadelige virkninger.

Etter mitt syn gjør Colomo det unødvendig komplisert ved å skille mellom plausibility og likelihood. Både plausibility og likelihood sikter til det som er sannsynlig. EU-domstolens praksis gir ikke holdepunkter for at det er et så tydelig skille mellom disse begrepene. Domstolen anvender forskjellige begreper ved tolkningen av potensielle konkurransebegrensende virkninger, både «plausibility» og «likely», men drøftelsen i rettspraksis gir tydelig indikasjon på at begrepene er ment å ha samme meningsinnhold.<sup>150</sup>

#### **3.4.4 Har tidspunktet for misbruksvurderingen betydning for kravet til sannsynlighet?**

Konkurransebegrensende virkninger kan enten vurderes retrospektivt eller prospektivt. En retrospektiv vurdering forutsetter at virkningene har inntrådt, og passer derfor ikke for potensielle konkurransebegrensende virkninger. Utgangspunktet må således være at potensielle konkurransebegrensende virkninger vurderes prospektivt, det vil si med henblikk på hvordan utviklingen på markedet kan bli. Vurderingen må videre ta utgangspunkt i omstendighetene på handlingstidspunktet. Dette skyldes at:

«[...] vurderingstemaet er om atferden er egnet til å begrense konkurransen, og at konkurranseloven § 11 er en forbudsbestemmelse, som innebærer at misbrukshandlingen er ulovlig på handlingstidspunktet».<sup>151</sup>

Disse utgangspunktene innebærer ikke at den faktiske utviklingen i markedet er irrelevant for vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger. Rettspraksis gir ikke

---

<sup>148</sup> Colomo (2020) kapittel 2.4. Dette minner om formuleringen til Generaladvokat Rantos, EU:C:2021:998 avsnitt 18.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Se analysen i kapittel 3.4.2 over.

<sup>151</sup> Jf. *Telenor-saken* VO3/2019-34 avsnitt 217.

holdepunkter for et slikt standpunkt. Tvert imot, den etterfølgende utviklingen i markedet kan gi indikasjoner på hvilke virkninger atferden var egnet til å ha på handlingstidspunktet.<sup>152</sup>

Spørsmålet er imidlertid om det stilles krav til den etterfølgende utviklingen – må den vise seg umiddelbart, eller vil utvikling som fremstår lenger frem i tid også aksepteres? Har dette overhodet betydning for kravet til sannsynlighet?

Det er i juridisk teori tatt til orde for at kravet til sannsynlighet vil kunne variere fra sannsynlighetsovervekt til overveiende sannsynlighet.<sup>153</sup> Et krav om utvilsomt eller åpenbart sannsynlighet, forutsetter at virkningene er nærliggende i tid. Forhold som er nær i tid er tross alt mer åpenbare enn forhold mer fjernt i tid. Det følger imidlertid av sikker rett at det ikke kreves åpenbar sannsynlighet.<sup>154</sup>

Det er således nærliggende å anta at det ikke har noen særlig betydning for kravet til sannsynlighet, hvor langt frem i tid virkningene fremstår. En vurdering av tid fremstår unødvendig, ettersom hele poenget med potensielle konkurransebegrensende virkninger er at ingen kan forutse når virkningene vil inntre, bare at det er realistisk at de på et eller annet tidspunkt vil kunne inntre. Det avgjørende synes derfor å være om virkningene kan begrunnes i sakens rettslige, økonomiske eller faktiske kontekst – ikke om de er nærliggende i tid.<sup>155</sup>

### 3.4.5 Oppsummering av mine funn fra analysen

Rettspraksis er inkonsekvent i sin formulering av kravet til sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger. Når rettspraksis likevel gjentatte ganger benytter de ulike uttrykkene om hverandre, er det nærliggende å anta at de er ment å bety det samme. Det innebærer at «likely» ikke betyr noe annet enn «capable of», eller «may have». Betegnelse gir først og fremst uttrykk for at det ikke kreves en konkret og faktisk virkning, men at det heller ikke er tilstrekkelig med virkninger som er rent hypotetiske eller teoretiske. Hvorvidt virkningene er hypotetiske, avgjøres etter en konkret vurdering av sakens rettslige, faktiske og økonomiske omstendigheter.

---

<sup>152</sup> Ibid. Avsnitt 218-219.

<sup>153</sup> Fremhevet av Colomo (2020) punkt 2.4.

<sup>154</sup> Se over i punktene A til E, hvor kravet til sannsynlighet formuleres som «may have», «likely» osv.

<sup>155</sup> Jf. Opinion of Advocate General Rantos, EU:C:2021:998, avsnitt 118.

Det oppstilles ikke et krav om overveiende sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i virkningsvurderingen. Det er derimot tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for å påvise de faktiske forhold som taler for at samarbeidet eller adferden har potensielle konkurransebegrensende virkninger.

### 3.5 Kan rettspraksis om virkningsvilkåret i krrl. § 11 anvendes tilsvarende for virkningsvilkåret i krrl. § 10?

Jeg har i kapittel 3.2 til 3.4 hovedsakelig analysert rettspraksis vedrørende forbudet mot misbruk av dominerende stilling i Artikkel 102 nr. 1 TFEU. Etter min mening, kan det ikke av de analyserte dommene utledes noe klart om premissene gir generelle føringer for virkningsvilkåret, slik at premissene automatisk har overføringsverdi til virkningsvilkåret i forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Dette er heller ikke behandlet uttrykkelig i juridisk teori. Spørsmålet videre er om det strider med juridisk metode å anvende rettspraksis vedrørende virkningsvilkåret i misbruksbestemmelsen, tilsvarende på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.

En konkurransebegrensende avtale kan samtidig innebære utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Konkurranseloven §§ 10 og 11 kan altså anvendes parallelt slik at begge forbudene kan ramme en avtale samtidig.<sup>156</sup> En viktig forskjell mellom bestemmelsene er imidlertid at kun den ene parten (det dominerende foretak), er pliktsubjekt etter forbudet mot misbruk, mens begge foretakene er pliktsubjekt etter forbudet mot samarbeid.

Kommisjonens forståelse av virkningsvilkåret i Artikkel 101 nr. 1 TFEU er tilsvarende EU-domstolens formuleringer i dommene vedrørende virkningsvilkåret i Artikkel 102 nr. 1 TFEU. Ifølge Kommisjonen vil en avtale være konkurransebegrensende når:

«[...] when they are **likely** to have an appreciable adverse impact on the parameters of competition on the market [...] Agreements can have this effect by appreciably reducing

---

<sup>156</sup> For eksempel i Konkurransetilsynets vedtak i KT-2007-V2, *Tine BA*, hvor avtalen mellom Tine og Rema om at Tine skulle være eneleverandør av gul- og brunost ble ansett i strid både med krrl. §§ 11 og 10.

Illustrerende for dette er at diskriminering, begrensning av produksjon eller teknisk utvikling, er nevnt som eksempler både på utilbørlig utnyttelse i krrl. § 11 annet ledd og som konkurransebegrensende avtale i krrl. § 10 første ledd. Se tilsvarende i Evensen & Sæveraas (2009) s. 345.

rivalry between the parties to the agreement or between them and third parties.»<sup>157</sup> (min utheving).

Videre fremgår det av Kommisjonens veiledning at:

«[...] Account must be taken of both actual and potential effects. In other words the agreement must have likely anti-competitive effects. [...] For an agreement to be restrictive by effect it must affect actual or potential competition to such an extent that on the relevant market negative effects [...] **can be expected with a reasonable degree of probability** [...]. The prohibition of Article 81 (1) [nå Artikkel 101 TFEU] only applies where on the basis of a **proper market analysis** it can be concluded that the agreement has **likely anti-competitive effects** on the market [...]»<sup>158</sup> (mine uthevinger og merknad).

Kommisjonens veiledning er tydelig på at potensielle konkurransebegrensende virkninger må kunne begrunnes i en grundig analyse av markedet. Dette minner om EU-domstolens formuleringer i *Deere v. Commission* og Generaladvokat Kokotts uttalelse om at virkningene ikke kan være hypotetiske.<sup>159</sup> Hva gjelder kravet til sannsynlighet, fremhever Kommisjonen det samme som rettspraksis, nemlig at virkningene må være «likely».<sup>160</sup>

Også i Horizontal Guidelines er det lagt til grunn at potensielle konkurransebegrensende virkninger må være «likely». En horisontal avtale vil ha sannsynlige konkurransebegrensende virkninger dersom: «[...] where it can be expected with a reasonable degree of probability that, due to the agreement [...]»<sup>161</sup>

Det kan på bakgrunn av det ovennevnte legges til grunn at Artikkel 101 og 102 TFEU oppstiller det samme kravet til sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger. Både rettspraksis vedrørende misbruksbestemmelsen og Kommisjonens veiledere om forbudet mot samarbeid, oppstiller et

---

<sup>157</sup> Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty, OJ 2004 C 101/97, punkt 16.

<sup>158</sup> Ibid. Punkt 24.

<sup>159</sup> Jf. *Deere v. Commission*, EU:C:1998:256, avsnitt 72 og Opinion of Advocate General Kokott, EU:C:2015:343, avsnitt 80, jf. Overfor i kapittel 3.4.

<sup>160</sup> Jf. Overfor i kapittel 3.4.

<sup>161</sup> Horizontal Guidelines, OJ C 11 av 14.01.2011, punkt 28.

krav om at de potensielle virkningene er sannsynlige. Det er videre nærliggende å legge til grunn at kravet er det samme under Artikkel 101 og 102.

Når det gjelder hvilken overføringsverdi rettspraksis vedrørende Artikkel 102 har for terskelen for potensielle konkurransebegrensende virkninger, kan nok ikke dette fastslås like tydelig. Det skyldes blant annet at terskelen for potensielle konkurransebegrensende virkninger er et materielt krav, slik at bestemmelsenes ulikheter i vilkårsutforming kan tale mot en direkte overføringsverdi. Artikkel 101 har et eksplisitt skille mellom konkurransebegrensende formål og virkning, mens Artikkel 102 har ulike misbruksformer med hver sine rettslige kriterier.<sup>162</sup>

Samtidig er det ikke tale om direkte overføring av hele bestemmelsen. Det er derimot tale om å anvende de samme utgangspunktene, kravene og tersklene for potensielle konkurransebegrensende virkninger. Dette taler for at premissene har overføringsverdi. Dertil taler at de underliggende hensynene, formålene og konkurransebegrepet i bestemmelsene langt på vei er sammenfallende. Kommisjonens veiledninger og rettspraksis gir dessuten anvisning på at bestemmelsene anvender de samme rettslige utgangspunktene hva gjelder potensielle konkurransebegrensende virkninger: virkningene må være sannsynlige og realistiske. Dette tilsier at rettskildene trekker i samme retning og dermed lar seg forlike.

Premissene fra rettspraksis vedrørende potensielle konkurransebegrensende virkninger i Artikkel 102, har etter mitt syn overføringsverdi til Artikkel 101. Forståelsen og formuleringene i Kommisjonens veiledninger vedrørende Artikkel 101 er såpass sammenfallende med formuleringene i rettspraksis vedrørende Artikkel 102, at det er, etter min mening, en tydelig indikasjon på en felles forståelse av potensielle konkurransebegrensende virkninger. Dette understøttes av at bestemmelsene langt på vei har de samme underliggende formål og hensyn.

---

<sup>162</sup> Jf. Kapittel 2.3.2.3.



## 4 Oppsummering og konklusjoner

I denne avhandlingen har jeg drøftet hva som skal til for at det foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger.

Jeg startet med å gi en oversikt over reglene om virkningsvilkåret i konkurranseloven §§ 10 og 11 (se kapittel 2). Som fremstillingen i kapittelet viser, var noen temaer enkle å fastslå, mens andre temaer fordret en nærmere analyse av hvordan rettspraksis har tolket virkningsvilkåret.

Gjennom analysen i kapittel 2, kom det frem at felles for virkningsvilkåret i konkurranseloven §§ 10 og 11, er at bestemmelsene rammer negative virkninger på konkurransen i markedet. Virkningsvurderingen gjennomføres ulikt i bestemmelsene. Ved konkurranseloven § 10 må det foretas en konkret vurdering med utgangspunkt i samarbeidets rettslige, økonomiske og faktiske kontekst.<sup>163</sup> Mens det for § 11 har i rettspraksis blitt utviklet ulike tester for å avgjøre om adferden er konkurransebegrensende, og dermed «utilbørlig».<sup>164</sup>

Deretter foretok jeg en analyse i kapittel 3 for å klarlegge hva som skal til for at det foreligger potensielle konkurransebegrensende virkninger. Vi så i analysen at det kan av rettspraksis utledes visse vilkår for at det skal foreligge potensielle konkurransebegrensende virkninger. Analysen viste at EU-domstolen i sakene *TeliaSonera*, *Hüls* og *Dole v. Commission* oppstilte et krav om årsakssammenheng mellom foretakenes handlemåte og de potensielle konkurransebegrensende virkningene. Videre viste analysen at det etter saken *Deutsche Telekom* er et vilkår at de potensielle konkurransebegrensende virkningene må ramme enten den etablerte konkurransen eller potensiell konkurranse.

Derneft så vi på hva som er terskelen for potensielle konkurransebegrensende virkninger. Vi så at EU-domstolen i *Deere v. Commission* oppstilte krav om at virkningene kunne forankres i markedet. Analysen viste videre at dette standpunktet er gjentatt flere ganger i rettspraksis. Generaladvokat Kokott fremhevet i sin uttalelse i anledning saken *Post Danmark 2*, at potensielle konkurransebegrensende virkninger må være mer enn rent hypotetiske eller teoretiske. Analysen viste også at det samme kan utledes av EFTA-domstolens premisser i *Posten Norge v. ESA*, hvor domstolen vektla at virkningene kunne forankres i sakens

---

<sup>163</sup> Se rettspraksis over i kapittel 2.2.4.

<sup>164</sup> Se over i kapittel 2.3.2.3.

omstendigheter. Konklusjonen etter analysen ble således at terskelen for potensielle konkurransebegrensende virkninger er at virkningene er realistiske.

Jeg foretok så en analyse i kapittel 3.4 med sikte på å klarlegge kravet til sannsynlighet for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger. Analysen viste at rettspraksis er inkonsekvent i sin formulering av kravet til sannsynlighet. Når rettspraksis likevel gjentatte ganger benytter de ulike uttrykkene om hverandre, er det nærliggende å anta at de er ment å bety det samme. Det innebærer at «likely» ikke betyr noe annet enn «capable of», eller «may have». Min konklusjon er således at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for å påvise det faktum som inngår i vurderingen av potensielle konkurransebegrensende virkninger.

Analysen i kapittel 3 tok utgangspunkt i rettspraksis og teori vedrørende Artikkel 102 TFEU, men som analysen i kapittel 3.5 viser, strider det ikke med metodelærens tolkningsregler å anvende premissene tilsvarende for Artikkel 101 TFEU.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> Rettspraksis vedrørende potensielle konkurransebegrensende virkninger i konkurranseloven § 11 kan anvendes tilsvarende for § 10, jf. Harmoniseringsformålet.

# Litteraturliste

## Bøker

- Dragvoll & Widme (2006)      Dragvoll, L. & Widme, N.O. (2006). *Domssamling i EU-/EØS-rett: konkurranserett*. Fagbokforlaget
- Evensen & Sæveraas (2009)      Evensen, H. & Sæveraas, E. (Red.). (2009). *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*. Gyldendal akademiske
- Jones mfl. (2019)      Jones, A., Sufrin, B. & Dunne, N. (2019). *Jones & Sufrin's EU Competition Law: Text, cases and materials*. (7. Utg.). Oxford University Press.
- Rognstad (1992)      Rognstad, O. A. (1992). *Bagatellavtaler i EFs konkurranserett – en studie av det såkalte merkbarhetskravet med basis i Domstolens praksis og Kommisjonens bagatellmeddelelse*. (1.utg.) Universitetsforlaget.
- Skogly & Kirkesæther (2000)      Skogly, T. & Kirkesæther, A. I. (2000). *Konkurranserett*. Juristforbundets forlag.
- Whish & Bailey (2021)      Whish, R. & Bailey, D. (2021). *Competition Law*. (10th ed.). Oxford University Press.
- Østerud (2010)      Østerud, E. (2010). *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant undertakings under EU Competition Law – The Spectrum of Tests*. Kluwer Law International.

## Artikler

- Hjelmeng (2016) Hjelmeng, E. (2016). Årsaksvurderinger i konkurranseretten – særlig om det kontrafaktiske scenariet. *Tidsskrift og forretningsjuss*, 22 (1. utg.), s. 10-45. <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9510-2016-01-02>.
- Ritter (2017) Ritter, C. (2017). Joint Tendering Under EU Competition Law. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909572>.
- Colomo (2020) Colomo, P. I. (2020). Anticompetitive Effects in EU Competition Law. *17 Journal of Competition Law & Economics*. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3599407>.
- Helleslyt (2012) Helleslyt, M. (2012). Beviskrav ved Konkurransetilsynets ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. *Lov og Rett*, s. 67 – 86. <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2012-02-02>

## Lover

- Konkurranseloven (“krrl”) Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 2004 nr. 12 [konkurranseloven eller krrl].
- EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) AVT-1992-05-02-1.
- TFEU Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). CELEX number 12016E.

TEU	Treaty on the European Union (TEU). CELEX number 12016M.
EMK	LOV-1999-05-21-30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Vedlegg 2: Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).

## Rettspraksis fra EU-domstolen

<i>Société Technique Minière</i>	C-56/65 <i>Société Technique Minière (STM) v. Maschinenbau Ulm</i> , EU:C:1966:38.
<i>Brasserie de Haecht</i>	C-23/67, <i>Brasserie de Haecht v. Consorts Wilkin-Jensen</i> , EU:C:1967:54
<i>ACF Chemiefarma</i>	C-41/69 <i>ACF Chemiefarma v. Kommisjonen</i> , EU:C:1970:71
<i>Bagnasco</i>	C-215/69 og C-216/96, <i>Carlo Bagnasco and others v. Banca Popolare di Novara and Cassa di Risparmio di Genova e Impera SpA</i> , EU:C:1999:12
<i>Begelin</i>	C-22/71 <i>Begelin Import Co. v. SAGL Import Export</i> , EU:C:1971:113
<i>Continental Can Inc</i>	C-6/72 <i>Continental Can Inc. v. Commission of the European Communities</i> , EU:C:1973:22
<i>Commercial Solvents</i>	C-6 og 7/73, <i>Commercial Solvents v. Commission</i> , EU:C:1974:18
<i>Hoffmann-LaRoche</i>	C-85/76 <i>Hoffmann-LaRoche v. Commission</i> , EU:C:1979:36

<i>Michelin I</i>	C-322/81 <i>Michelin v. Commission</i> (Michelin 1), EU:C:1983:313.
<i>British American Tobacco</i>	Forente saker C-142 og 156/84, <i>British American Tobacco v. Commission of the European Communities</i> , EU:C:1987:490
<i>AKZO</i>	C-62/86 <i>AKZO Chemie v. Commission</i> , EU:C:1991:286
<i>Delimitis</i>	C-234/89 <i>Delimitis v. Henninger Brau AG</i> , EU:C:1991:91
<i>Hüls</i>	C-199/92 P, <i>Hüls v. Commission</i> , EU:C:1999:358
<i>Deere</i>	C-7/95 P, <i>Deere v. Commission</i> , EU:C:1998:256
<i>Beef Industry Development Society</i>	C-209/07 <i>Beef Industry Development Society</i> , EU:C:2008:643
<i>Deutsche Telekom AG</i>	C-280/08 P, <i>Deutsche Telekom AG v. Commission</i> , EU:C:2010:603
<i>TeliaSonera Sverige AB</i>	C-52/09 <i>Konkurrenseverket v. TeliaSonera Sverige AB</i> , EU:C:2011:83
<i>Post Danmark I</i>	C-209/10, <i>Post Danmark v. Konkurrencerådet (Post Danmark I)</i> , EU:C:2012:172.
<i>MasterCard</i>	C-382/12 P, <i>MasterCard v. Commission</i> , EU:C:2014:2201

<i>Dole</i>	C-286/13 P, <i>Dole v. Commission</i> , EU:C:2015:184
<i>Maxima Latvija</i>	C-345/14 <i>Maxima Latvija v. Konkurences padome</i> , EU:C:2015:784
<i>Post Danmark 2</i>	C-23/14, <i>Post Danmark v. Konkurrencerådet (Post Danmark 2)</i> , EU:C:2015:651
<i>Paroxetine</i>	C-307/18, <i>Generics Ltd. v. Competition and Market Authority</i> , EU:C:2020:52 [referert til som Paroxetine]
<i>Servizio Ellectrico Nazionale</i>	C-377/20 <i>Servizio Ellectrico Nazionale and others</i> (til behandling hos EU-domstolen)

### **Opinion of Advocate General**

Advocate General Kokott	Opinion of AG Kokott, EU:C:2015:343
Advocate General Rantos	Opinion of AG Rantos, EU:C:2021:998

### **EU-domstolens underrettspraksis**

<i>Langnese-Iglo GmbH</i>	T-7/93 <i>Langnese-Iglo GmbH v. Commission</i> , EU:T:1995:98.
<i>Thyssen Stahl</i>	T-141/94, <i>Thyssen Stahl v. Commission</i> , EU:T:1999:48.

*European Night Services* Forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, *European Night Services v. Commission*, EU:T:1998:198.

*Visa Europe Ltd. og Visa International Services* T-461/07, *Visa Europe Ltd. og Visa International Services v. Commission*, EU:T:2011:181.

## **Rettspraksis fra EØS**

*Ski Taxi* E-3/16 *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS v. Staten v/Konkurransetilsynet (Ski Taxi)*.

*Posten Norge* E-15/10, *Posten Norge AS v. European Surveillance Authority (ESA)*

*Hegelstad* E-7/01, *Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad and Others v Hydro Texaco AS*.

## **Norsk rettspraksis**

*Bygghåndverksfagenes Landsforening* Rt.1995.1903

*Glassmester* Rt.1994.31

*Tine (Høyesterett)* Rt.2011.910

*Ski Taxi (Høyesterett)* HR-2017-1229-A



*Forlagsavgjørelsen* HR-2021-1086-A

*Tine (Lagmannsretten)* LB-2009-89085

*Telenor-saken* LG-2019-137886-2

*Gran & Ekran* Rt.2012.1556

## **Forvaltningspraksis**

*Konkurransetilsynet* KT-2007-2V Tine BA

*Konkurransesklagemennda* VO3/2019-34 Telenor AS/Telenor ASA

## **Forarbeider**

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

NOU 2003:12 NOU 2003:12 Ny konkurranselov

## **Veiledere**

Prosjektsamarbeid Konkurransetilsynets «Veiledning om prosjektsamarbeid» utarbeidet 24. februar 2014. Nedlastet fra: <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/07/Veileder-prosjektsamarbeid.pdf>.

Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3	Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – «Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3», EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende 2007/EØS/42/1 avsnitt 16, jf. Kunngjøring fra Kommissjonen publisert i OJ 2004 C 101/97.
The effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty	Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty. OJ C 101 av 27.4.2004, side 81–96.
«Notiset»	Notice on Agreements of Minor Importance which do not appreciably restrict competition. OJ C 291 av 30.08.2014, side 1-4.
Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings	Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. OJ C 45 av 24.02.2009, side 7-20.
ESAs avgrensning av det relevante marked	EFTA Surveillance Authority (ESA). <i>EØS-tillegget til De Europeiske Felleskaps Tidende: Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)</i> . Nr.28. Brussel: 16.7.1998. ISSN 1022-9310.
Horizontal Guidelines.	Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ C 11 av 14.01.2011, side 1-72.

