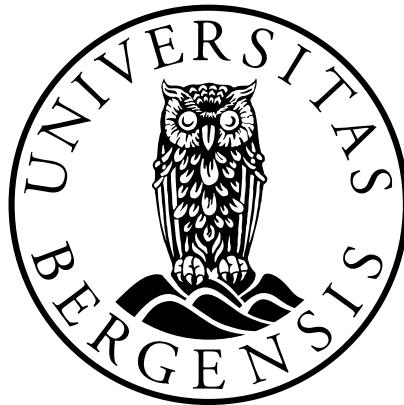


# Objektive begrunnelser ved misbruk av dominerende stilling i markedet

*Når vil objektive begrunnelser kunne legitimere  
konkurransbegrensende adferd?*

Kandidatnummer: 109

Antall ord: 14 091



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2022

# **Forord**

*Dominerende aktører har lov til å konkurrere hardt – men ikke for hardt! I denne oppgaven har jeg analysert grenseskillet mellom lovlig og rettsstridig adferd for dominerende foretak, med fokus på hvilke objektive begrunnelser som kan legitimere konkurransebegrensende adferd.*

*Det har vært både utfordrende og lærerikt å studere et tema som har fått relativt lite oppmerksomhet i Norge. I jakten på litteratur var det vanskelig å skille mellom eldre og nyere bøker – alle på biblioteket fremstod som uåpnede. Det liker jeg.*

*Behovet for klarhet i loven reduseres ikke av den grunn, og jeg håper oppgaven kan bidra til å forsterke sammenhengen og kvaliteten i den europeiske og norske konkurranselovgivningen.*

*Jeg ønsker å takke min onkel Atle William Heskestad for alle nyttige innspill og diskusjoner. Takk til Jan-Erik Walstad og Amanda Hoset for korrekturlesing og verdifulle idéer. Takk til Eirik Østerud for innspill til valg av problemstilling.*

*Takk til Foodora for energi til lange dager på biblioteket i skippertak-perioden.*

- Bergen, 12. desember 2022

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling .....	4
1.2 Aktualitet.....	6
1.3 Avgrensning .....	7
1.4 Metode og rettskildebildet.....	7
1.4.1 Metode.....	7
1.4.2 Harmonisering med EU/EØS-retten.....	8
1.4.3 Rettskildene .....	8
1.5 Videre fremstilling .....	9
2 Konkurranseloven § 11 .....	10
2.1 Innledning.....	10
2.2 Dominansvilkåret .....	10
2.3 Misbruksvilkåret.....	11
2.3.1 Innledning.....	11
2.3.2 Misbruksanalyse.....	13
2.3.3 Et økende fokus på den konkrete virkningen .....	15
2.3.4 Veiledningen .....	16
2.3.5 Virkningskravet i EU-praksis.....	17
3 Læren om objektiv begrunnelse .....	21
3.1 Innledning.....	21
3.2 Videre fremstilling .....	23
3.3 Legitime begrunnelser .....	23
3.3.1 Innledning.....	23
3.3.2 Beskyttelse av kommersielle interesser.....	24
3.3.3 Tekniske eller kommersielle begrensninger .....	26
3.3.4 Effektivitetsgevinster .....	27
3.3.5 Offentlige interesser .....	30
3.4 Nærmere om proporsjonalitet.....	32
3.4.1 Innledning.....	32
3.4.2 Egnethet.....	33
3.4.3 Nødvendighet – minst skadelige alternativ .....	33
3.4.4 Forholdsmessighet – proporsjonalitet <i>stricto sensu</i> .....	34
4 Forholdet mellom en mer virkningsbasert analyse og læren om objektiv begrunnelse ...	36

4.1	Innledning.....	36
4.2	Noen utgangspunkter.....	36
4.3	Telenor-saken .....	37
4.3.1	Sakens bakgrunn og Konkurransetilsynets vedtak.....	37
4.3.2	Lagmannsrettens dom .....	38
4.4	Juridisk litteratur .....	40
4.5	Statistikk.....	42
4.6	Analysens funn og <i>de lege ferenda</i> .....	44
5	Oppsummering og konklusjoner .....	46
	Litteraturliste .....	47
	Lister over tabeller, figurer o.l. ....	57

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Denne oppgaven skal undersøke læren om objektiv begrunnelse ved anvendelse av konkurranseloven § 11, og hvordan denne påvirkes av misbruksanalysen.<sup>1</sup> Nærmere bestemt vil oppgaven konsentrere seg om hvilke objektive begrunnelser som anses legitime i spørsmål om misbruk av dominerende stilling, og hvordan den tilsynelatende rettsutviklingen mot en mer virkningsbasert tilnærming til misbruksspørsmålet påvirker dominerende foretaks adgang til å fremme en objektiv begrunnelse for sin adferd.

Konkurransen er et viktig virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk i samfunnet og for å verne forbrukerne.<sup>2</sup> Et av virkemidlene for å opprettholde en sunn og effektiv konkurranse er konkurranseloven § 11, som forbyr:

*«ett eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling».*

Et foretak som dominerer i et marked, kan ha både intensiver og muligheter til å forhindre konkurrenter i å konkurrere effektivt. Et marked som domineres av én eller svært få aktører vil ha begrenset konkurranse, og konkurranseloven § 11 skal forhindre adferd som begrenser konkurransen ytterligere. Hensikten er å beskytte forbrukerne mot høyere priser, lavere kvalitet, færre valgmuligheter eller mindre innovasjon.

Ordlyden inntatt i § 11 er tilnærmet en ren kopi av EØS-avtalen artikkel 54<sup>3</sup> og TEUV artikkel 102.<sup>4</sup> Alle tre bestemmelsene antas langt på vei å være identiske innholdsmessig, og formålet med en likelydende nasjonal forbudsbestemmelse er å harmonisere norsk rett med EU/EØS-retten.<sup>5</sup> Bestemmelsen omtales som et misbruksforbud, og oppstiller to vilkår for å

---

<sup>1</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 21.

<sup>3</sup> Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, AVT-1992-05-02-1 (EØS-avtalen).

<sup>4</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009 (Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, TEUV).

<sup>5</sup> Nærmere om dette i punkt 1.4.2.

konstatere misbruk: det aktuelle foretaket må ha en *dominerende stilling*, og denne stillingen må *misbrukes*.<sup>6</sup>

Det eksisterer ingen uniform legaldefinisjon av misbruksbegrepet, og dette kan skyldes et ønske om å fange opp nye og innovative misbrukstyper som kanskje ikke var vurdert ved vedtakelsestidspunktet.<sup>7</sup> Det synes derfor naturlig å anta at det foreligger et bredt spekter adferdstyper som kan defineres som misbruk.

Rettspraksis har utviklet ulike tester, eller analyser, for å identifisere misbruksadferd. Disse kategoriseres i teorien som form-baserte, intensjonsbaserte og virkningsbaserte tester. Sentralt i alle misbruksvurderinger antas å være hvorvidt adferden har egenskaper som gjør det sannsynlig i en viss utstrekning at et konkurransehennende hendelsesforløp med en viss grad av sannsynlighet vil kunne finne sted.

En viktig forskjell mellom testene er at de form- og intensjonsbaserte testene har sitt utspring fra en *antakelse* om at visse typer adferd skader konkurransen, mens virkningsbaserte tester oftere går grundigere til verks ved å analysere de konkrete virkningene til den aktuelle adferden til foretaket. Virkninger kan inndeles i to: de som *har* inntruffet og de som *kan* inntreffe. Som oppgaven vil vise, antyder nyere rettspraksis og litteratur at rettstilstanden nå beveger seg mot en mer virkningsbasert tilnærming til misbruksspørsmålet.

I spørsmål om misbruk av dominerende stilling har EU-rettspraksis utviklet en mulighet for å påberope en objektiv begrunnelse for konkurransebegrensende adferd, omtalt i teorien som *læren om objektiv begrunnelse*.<sup>8</sup> Dette innebærer at konkurransebegrensende adferd som har en legitim, objektiv begrunnelse, kan unngå å fordømmes som misbruk i strid med konkurranseloven § 11. På lik linje med misbruksbegrepet er den nøyaktige bruken og betydningen av objektiv begrunnelse ikke definert, og anvendelsesområdet synes å være

---

<sup>6</sup> TEUV artikkel 102 og EØS-avtalen 54 benytter ordlyden «*abuse*», et begrep som norske teoretikere har adoptert i sin fremstilling av bestemmelsen, jf. Ronny Gjendemsjø, Karnov lovkommentarer: konkurranseloven § 11 note 1, lovdata.no (lest 24. november 2022).

<sup>7</sup> Annet lett i de tre bestemmelsene inneholder eksempler på misbruk, men denne listen er *ikke* uttømmende, jf. bl.a. ordlyden *kan* og *may*.

<sup>8</sup> Kolstad (2007), s. 175.

bredt.<sup>9</sup> Begrepet «*objektiv*» antyder at begrunnelsen må være saklig og eksistere uavhengig av menneskelige, subjektive forestillinger.<sup>10</sup>

Til tross for at EU-domstolen i en lang rekke avgjørelser har uttalt at det ikke foreligger misbruk dersom det dominerende foretaket har påvist en objektiv begrunnelse for sin adferd, har spørsmålet om *hva* som kan utgjøre en objektiv begrunnelse blitt viet lite oppmerksomhet. Dette skaper et behov for systematisering, og oppgaven vil forsøke å gi et analytisk rammeverk av læren om objektiv begrunnelse, særlig basert på nyere rettspraksis og litteratur. Oppgaven vil ta for seg forholdet mellom den økende graden av virkningsbasert analyse og læren om objektiv begrunnelse. Et slikt rammeverk tjener to hovedmål: for det første forbedrer det graden av rettssikkerhet. For det andre bidrar det til å støtte sammenhengen og kvaliteten i den europeiske og norske konkurranselovgevingen.

**Oppgavens problemstilling** er dermed som følger: Hvilke objektive begrunnelser anses som legitime, og hvordan påvirkes læren om objektive begrunnelser av en rettsutvikling mot en mer virkningsbasert analyse?

## 1.2 Aktualitet

Selv om det finnes betydelige mengder med rettspraksis og juridisk litteratur som behandler reglene om misbruk av dominerende stilling, er det fremdeles ikke helt klart hvilke legitime begrunnelser som aksepteres for konkurransebegrensende adferd. Konkurranseloven § 11 er bredt utformet, og med en omfattende mengde tilfeller som kan anses som konkurranseskadelig, oppstår samtidig en rekke spørsmål om disse tilfellene som kan rettferdiggjøres. Begge disse elementene må utvikles i tråd med øvrig rettsutvikling, og EU-rettspraksis tyder på at spørsmål om misbruk av dominerende stilling stadig vil aktualiseres.

Identifisering av legitime objektive begrunnelser vil i stor grad basere seg nettopp på EU-rettspraksis. Ved ta utgangspunkt i de viktigste dommene om temaet fra EU-retten i løpet av de siste 50 årene, vil dette illustrere hvilke objektive begrunnelser som kan eller bør aksepteres. Samtidig finnes det som nevnt et bredt spekter av slike rettferdiggjøringsgrunner, slik at ikke enhver tenkelig objektiv begrunnelse vil behandles.

---

<sup>9</sup> Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010), s. 259 om at objektiv begrunnelse kan fremmes for “all types of conduct”.

<sup>10</sup> Se nærmere om betydningen av begrepets ordlyd i oppgavens punkt 3.1.

At hovedvekten av oppgaven baseres på EU-rettspraksis skyldes blant annet at det per dags dato kun finnes én høyesterettsdom som behandler konkurranseloven § 11. Likevel vil oppgaven behandle Telenor-saken om misbruk gjennom prisregulering ved leie av antenner. Denne ble nylig avvist av Høyesteretts ankeutvalg, og gikk dermed kun til lagmannsretten.<sup>11</sup> Den er likevel særlig interessant, blant annet fordi det ilagte overtredelsesgebyret på 788 millioner kroner er det største i norsk konkurranserettslig historie. Oppgaven vil konsentrere seg om spørsmålene om virkningslæren som dommen aktualiserer, og se på forholdet mellom disse og lagmannsrettens behandling av spørsmålet om rettferdiggjøring gjennom objektiv begrunnelse. Det finnes tilsynelatende lite teori som berør dette emnet, noe oppgaven vil søke å begrunne.

## 1.3 Avgrensning

Oppgaven knytter seg til læren om objektiv begrunnelse ved anvendelse av konkurranseloven § 11, og avgrenses mot en grundig redegjørelse for bestemmelsen generelt. Hvilke objektive begrunnelser som anses legitime, vil i hovedsak ta utgangspunkt i EU-rettspraksis. Oppgaven vil konsentreres mot fire kategorier av objektive begrunnelser, og vil ikke undersøke om det kan oppstilles flere kategorier. I inndelingen vil den mest sentrale rettspraksisen trekkes frem, basert på dens rettskildemessige vekt.

En omfattende fremstilling av utviklingen mot en mer virkningsbasert analyse faller også utenfor oppgavens problemstilling, og dette vil kun redegjøres for i korte trekk.

## 1.4 Metode og rettskildebildet

### 1.4.1 Metode

Oppgaven vil hovedsakelig anvende en rettsdogmatisk metode. Gjennom identifisering og tolkning av relevant rettskildemateriale, vil gjeldende rett fremstilles i en teoretisk kontekst. Oppgaven vil ta utgangspunkt i EU-rettspraksis, men også noe norsk rett.

Samtidig vil oppgaven inkorporere noe argumentasjon fra et rettspolitisk perspektiv, såkalt argumentasjon *de lege ferenda*. Her vil rettsstilstanden vurderes i lys av særlige hensyn og

---

<sup>11</sup> *Telenor-saken* LG-2019-137886-2, HR-2021-2314-U, se punkt 4.3.



konkurranserettslige rettsprinsipper. Oppgaven anvender dermed både en rettsdogmatisk og rettspolitisk metode.

### 1.4.2 Harmonisering med EU/EØS-retten

Konkurranseloven § 11 er et utslag av harmonisering av norsk konkurranserett med EU/EØS-retten. Bestemmelsen har tilnærmet identisk ordlyd som EØS-avtalen artikkel 54, som igjen svarer til TEUV artikkel 102. Konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 bruker begrepet «utilbørlig utnyttelse», mens TEUV artikkel 102 bruker «abuse», som direkte oversatt til norsk betyr misbruk.<sup>12</sup> Oppgaven vil hovedsakelig bruke begrepet «misbruk», uten at dette er ment å innebære noen realitetsforskjell fra «utilbørlig utnyttelse» eller «abuse».

Ettersom norsk konkurranserett er harmonisert med EU- og EØS-retten, er rettspraksis fra EU- og EØS-retten tungtveiende rettskilder ved anvendelsen og tolkningen av konkurranselovens bestemmelser. Selv om Norge ikke er part i EU-traktatene som utgjør den EU-rettslige primærretten, er forarbeidene til konkurranseloven klare på at EU-rettsstoff relevant til TEUV artikkel 102 anvendes aktivt i fastleggingen av gjeldende rett også på norsk område.<sup>13</sup> Det samme gjelder juridisk teori fra EU-retten.<sup>14</sup>

### 1.4.3 Rettskildene

Selv om oppgavens formål er å fastlegge innholdet i konkurranseloven § 11, vil jeg hovedsakelig analysere rettspraksis fra EU-domstolen, men også fra underretten i EU. Homogenitetsprinsippet tillater som nevnt dette, og det finnes rikholdig med praksis fra EU-retten sammenlignet med det begrensede norske rettskildematerialet.

Videre vil oppgaven benytte EU-kommisjonens *veiledning* om forståelse og anvendelse av TEUV artikkel 102. Denne er basert på rettspraksis fra EU, og er et sentralt bidrag i fastleggingen av gjeldende rett.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Begrepet «misbruk» brukes i den danske språkdrakten til TEUV artikkel 102.

<sup>13</sup> Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 226.

<sup>14</sup> Se f.eks. *Tine Rt.* 2011 s. 910 avsnitt 63.

<sup>15</sup> I Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) kapittel 6.6.1 fremkommer det at EU-kommisjonens uttalelser er relevante tolkningsmomenter.

Oppgaven tar utgangspunkt i juridisk teori fra EU-konkurranserett, men også noe norsk teori. Fremstillingen av læren om objektiv begrunnelse i del 3 tar utgangspunkt i engelsk litteratur om EU-konkurranserett, men som er forfattet av en nordmann.<sup>16</sup>

## 1.5 Videre fremstilling

Oppgavens overordnede formål er å klarlegge hvilke objektive begrunnelser som kan regnes for å være legitime, og hvordan læren om objektiv begrunnelse påvirkes av en tilsynelatende rettsutvikling mot en mer virkningsbasert analyse.

På denne bakgrunn vil oppgaven i kapittel 2 gi en overordnet presentasjon av konkurranseloven § 11. Først vil vilkårene i bestemmelsen behandles, med særlig fokus på misbruksvilkåret i punkt 2.3. Under dette punktet vil de ulike testene presenteres i punkt 2.3.1, før jeg i de videre punkter drøfter rettsutviklingen mot en mer virkningsbasert analyse.

I kapittel 3 analyseres objektive begrunnelser i EU-rettspraksis. Konseptet om objektiv begrunnelse vil innledningsvis presenteres i punkt 3.1, før jeg bruker rettspraksis og litteratur til å systematisere argumenter som utgjør mulige objektive begrunnelser i punkt 3.2. Avslutningsvis behandles proporsjonalitetskravet i punkt 3.3.

Kapittel 2 og 3 vil deretter utgjøre grunnlaget for kapittel 4, hvor forholdet mellom læren om objektiv begrunnelse og den virkningsbaserte tilnærmingen analyseres. Norsk rettspraksis, EU-rettspraksis og litteratur vil undersøkes i den grad det er relevant for å identifisere en eventuell utvikling i dette forholdet.

---

<sup>16</sup> Eirik Østerud.

## 2 Konkurranseloven § 11

### 2.1 Innledning

Konkurranseloven § 11 forbyr misbruk av dominerende stilling for foretak. Formålet med den tilsvarende bestemmelsen TEUV artikkel 102 er ifølge EU-rettspraksis å forhindre adferd fra et dominerende foretak som, til skade for forbrukerne, hindrer opprettholdelse eller vekst av konkurranse, ved bruk av midler som skiller seg fra normal konkurranse.<sup>17</sup>

Første ledd i bestemmelsen oppstiller et forbud mot at ett eller flere foretak utnytter sin dominerende stilling, og angir to kumulative vilkår. For det første må et foretak være involvert, og dette må være dominerende i det aktuelle markedet. For det andre må foretaket utilbørlig utnytte, eller misbruke, den dominerende stillingen.<sup>18</sup> Bestemmelsen setter dermed visse skranker for hvilken type adferd en dominerende aktør kan ha på markedet. Andre ledd oppstiller en ikke-uttømmende liste over eksempler på adferd som kan utgjøre misbruk av dominerende stilling.

Den videre fremstilling vil presentere dominansvilkåret overordnet, men hovedsakelig konsentreres mot misbruksvilkåret i bestemmelsen.

### 2.2 Dominansvilkåret

Begrunnelsen for et vilkår om dominans, er at foretak som har en dominerende stilling kan skade konkurransen gjennom sin ensidige adferd. Dominerende foretak har et «*special responsibility*» for å ikke skade konkurransen.<sup>19</sup> Det er imidlertid ikke ulovlig i seg selv å være i en dominerende stilling, selv om man da er i stand til å begrense konkurransen, for eksempel ved å tilby svært lave priser for å ekskludere konkurrenter fra markedet.<sup>20</sup> Det er først når foretaket har opptrådt på en måte som utgjør et *misbruk* av sin dominerende stilling at § 11 er overtrådt, se punkt 2.3. En lav dominansterskel kombinert med en vid tolkning av og anvendelse av misbruksvilkåret kan føre til at forbudet hindrer ønskelig,

---

<sup>17</sup> C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale and Others*, avsnitt 44.

<sup>18</sup> Som nevnt i punkt 1.5.2 oversettes «utilbørlig utnyttelse»-vilkåret til misbruksvilkåret.

<sup>19</sup> C-322/81, *Michelin I*, avsn. 57

<sup>20</sup> *Ibid.*

konkurranserefremmende adferd. Motsatt kan en høy dominansterskel og snevert misbruksvilkår åpne for konkurranseskadelig virksomhet.<sup>21</sup>

For å ta stilling til om et foretak har en dominerende stilling, må det relevante markedet avgrenses og defineres.<sup>22</sup> Med dette som utgangspunkt kan man foreta en vurdering av om et foretak har en dominerende stilling. Vurderingen består hovedsakelig av tre momenter.<sup>23</sup> Det første momentet er foretakets posisjon i markedet og hvilket konkurransepress det møter fra andre aktører. Det andre er en vurdering av om foretaket er utsatt for potensiell konkurranse, altså hvor nærliggende det er at andre aktører vil etablere seg i markedet som en respons på utøvelsen av markedsrett. Det tredje momentet er hvorvidt kundene har en kjøperrett som kan utligne foretakets eventuelle markedsrett.

Oppgaven avgrenser mot en grundig redegjørelse av dominansvilkåret, selv om vi vil se at graden av dominans har en sammenheng med adgangen til å påvise en objektiv begrunnelse.<sup>24</sup>

## 2.3 Misbruksvilkåret

### 2.3.1 Innledning

EU-domstolen har slått fast at misbruksbegrepet er et objektivt begrep.<sup>25</sup> Misbruk forutsetter derfor ikke bevis for skyld eller hensikt, og vurderingen beror på en konkret, objektiv vurdering av de faktiske omstendighetene knyttet til det dominerende foretakets handling.<sup>26</sup> Artikkel 102 definerer ikke hvilke handlinger som utgjør misbruk, men bestemmelsens andre ledd inneholder en liste over handlinger som rammes. Listen er ifølge EU-domstolen ikke uttømmende.<sup>27</sup>

Misbruk av dominerende stilling kan deles opp i to hovedkategorier: *utnyttende* og *konkurransbegrensende* misbruk (sistnevnte omtales også som *ekskluderende misbruk*).<sup>28</sup>

---

<sup>21</sup> Rognstad (2021) s. 358.

<sup>22</sup> C-6/72, *Continental Can*, avsnitt 32.

<sup>23</sup> COMMISSION NOTICE on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03).

<sup>24</sup> Se f.eks. punkt 3.2.4.

<sup>25</sup> C-85/76, *Hoffmann-LaRoche*, avsnitt 91.

<sup>26</sup> Kolstad (2007) s. 177. Som vi vil se i punkt 2.3.1 kan hensikt være en del av misbruksvurderingen ved enkelte misbrukstyper.

<sup>27</sup> C-395-396/96, *Compagnie Maritime Belge Transports*, avsnitt 112.

<sup>28</sup> Jf. Eirik Østerud systematisering i Kolstad (2007), s. 178. Andre teoretikere skiller mellom *utnyttende* og *ekskluderende* misbruk, jf. fotnote 30. Dette samsvarer kanskje best med den engelske inndelingen mellom

Sondringen er basert på hvilke markedsaktører misbruksadferden rettes mot. Utnyttende misbruk er de tilfellene hvor det dominerende foretaket utnytter sin markedsrett overfor kundene, typisk ved å ta høyere priser. Konkurransbegrensende misbruk er handlinger som er rettet mot konkurrentene til det dominerende foretaket for å svekke eller hindre konkurransen i markedet. Konkurransbegrensende misbruk behøver ikke ha direkte skadelige virkninger for forbrukerne. Snarere tvert imot kan de ha kortsiktige positive effekter, for eksempel i form av lavere priser i en kortere periode for å presse konkurrenter ut av markedet. De langsiktige virkningene av redusert konkurranse kan imidlertid være negative. I praksis er det konkurransbegrensende misbruk som er mest sentralt, idet de langt fleste avgjørelsene fra EU-domstolen og Underretten tilknyttet TEUV artikkel 102 gjelder denne typen misbruk.<sup>29</sup>

Konkurransbegrensende misbruk ble allerede i sak C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 91, karakterisert som «*et objektivt begrep*» som omfatter det dominerende foretakets adferd

*«som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurransen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser».*

Denne definisjonen har vært stadfestet i en rekke avgjørelser, og er gjentatt i så godt som alle saker om misbruk av dominerende stilling.<sup>30</sup> I henhold til definisjonen må to vilkår være oppfylt for at misbruk skal foreligge. For det første må det dominerende foretaket anvende metoder som skiller seg fra «*den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser*». Kriteriet om normal konkurranse har i senere tid blitt formulert som et krav om at adferden må avvike fra ytelsesbasert konkurranse.<sup>31</sup> Det vil si at også dominerende foretak har lov til å konkurrere hardt, så lenge det konkurrerer basert på kvalitet eller effektivitet. Det andre vilkåret er at

---

*exploitative* og *exclusionary* misbruk, men etter mitt syn er *konkurransbegrensende* en mer hensiktsmessig kategorisering.

<sup>29</sup> Kolstad (2007) s. 178, nylig fulgt opp av Gjendemsjø jf. fotnote 30.

<sup>30</sup> Ronny Gjendemsjø, Karnov Lovkommentarer: Konkurranseloven, § 11 note 2, lovdata.no (lest 14. september 2022).

<sup>31</sup> Sak C-280/08, *Detusche Telekom*, avsnitt 177.

handlingen må hindre opprettholdelsen eller skjerpelsen av konkurransen i markedet. Det følger av rettspraksis at dette ikke er et krav om en faktisk inntruffet virkning; en potensiell virkning er tilstrekkelig.<sup>32</sup>

### 2.3.2 Misbruksanalyse

Den ene testen som er utviklet i rettspraksis er den **form-baserte**, som baseres på visse typer adferder etter deres ytre form og egenskaper. Den juridiske analysen konsentrerer seg om de formelle kjennetegnene ved den aktuelle adferden, og det er kun nødvendig å fastslå om praksisen til det dominerende foretaket er av en bestemt type. Dersom en adferd oppfyller vilkårene i den form-baserte analysen, anses praksisen automatisk for å være misbruk med mindre det dominerende foretaket kan påvise en objektiv begrunnelse for adferden.

Form-baserte tester tar dermed ikke hensyn til de potensielle virkningene av adferden, ettersom adferd som oppfyller vilkårene i testen anses for å ha så høy risiko for konkurransebegrensende effekter at de med rette kan fordømmes uten behov for konkrete vurderinger fra sak til sak. På denne måten unngår man usikkerhet og kostnader ved å foreta omfattende analyser. Ulempen med å ikke ta de potensielle virkningene i betraktning, er at TEUV artikkel 102 får et så bredt nedslagsfelt at den også rammer visse type adferder som i realiteten har en netto positiv effekt på konkurransen.<sup>33</sup>

For å klargjøre hvordan ekskluderende misbruk skiller fra legitim konkurranse i henhold til artikkel 102 i TEUV, kan de form-baserte testene som brukes for å identifisere misbruk deles inn i tre kategorier. *Den første kategorien* består av tester som fordømmer praksis som begrenser kundenes frihet til å velge andre leverandører enn det dominerende foretaket. Testene er basert på en tanke om at begrensninger i kundenes valgfrihet igjen vil hindre konkurrenters tilgang til markedet og dermed begrense konkurransen. Fremgangsmåten er å analysere om kundene til det dominerende foretaket er forhindret fra å skaffe sine forsyninger fra det dominerende foretakets konkurrenter. *Den andre kategorien* av tester fordømmer visse former for prisadferd på grunnlag av sammenligninger mellom pris og kostnad. Tanken bak disse testene er at en pris-kostnad-sammenligning kan indikere om en praksis ikke forfølger noe annet økonomisk mål enn å eliminere konkurrenter. *Den tredje kategorien* er basert på TEUV artikkel 102 bokstav c, som eksemplifiserer misbruk: «*applying dissimilar conditions*

---

<sup>32</sup> Se bl.a. sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 66. Nærmere om dette i punkt 2.3.5.

<sup>33</sup> Østerud (2010) s. 57.

*to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage*». Kriteriene i denne bestemmelsen søker å fastslå om det dominerende foretakets adferd er diskriminerende, som for eksempel ved at det krever diskriminerende priser til kunder som også er konkurrenter. Det antas at diskriminering som setter en handelspart i en ulempe i forhold til sine rivaler, er konkurranseskadende.<sup>34</sup>

Rettspraksis gir videre anvisning på tester som fokuserer på de **konkurransbegrensende virkningene** til adferden. I motsetning til form-baserte tester presumeres ikke en slik virkning, og man går gjerne grundigere til verks for å vurdere om adferden potensielt, sannsynlig eller faktisk begrenser konkurransen. På denne måten heves terskelen for å fastslå en overtredelse av TEUV artikkel 102. Dette begrenser omfanget av misbruksbegrepet, og kan redusere risikoen for en overinkluderende anvendelse av misbruksforbudet. En mulig ulempe ved en virkningsbasert test er at det kan være kostbart å anvende bestemmelsen når lovligheten av en bestemt praksis alltid vil måtte avhenge av utfallet av en analyse av virkninger. En virkningsbasert test inneholder to elementer; først vurderes adferden i seg selv, og deretter vurderes om adferden har hatt eller kan ha konkurransbegrensende virkninger.<sup>35</sup>

Videre er det i rettspraksis utviklet tester for tilfeller hvor det dominerende foretaket har til **hensikt** å begrense konkurransen. I stedet for å vurdere praksisens markedseffekter, fokuserer den juridiske analysen på det dominerende foretakets *intensjon*. Grunntanken er at det å undersøke det dominerende foretakets adferd og hensikt, kan indikere adferdens konkurranseeffekter. Intensjonsbaserte tester baserer seg på antakelsen om at et dominerende foretak som involveres i bestemte kategorier av adferd med intensjon om å begrense konkurransen, vil forårsake konkurransbegrensende effekter. Sammenlignet med tester som krever en vurdering av virkninger, kan et krav bare om å vise ekskluderende hensikt forenkle vurderingen i henhold til artikkel 102 TEUV. Intensjonsbaserte tester inneholder også to elementer: først en vurdering av om den aktuelle praksisen samsvarer med en beskrivelse av en bestemt form for adferd, deretter vurderes det dominerende foretakets intensjon.<sup>36</sup>

Når det i det følgende vil drøftes en økende grad av virkningsbasert tilnærming til misbruksanalysen, er det forutsetningsvis snakk om en utvikling *bort* fra en formalistisk tilnærming. Med formalistisk tilnærming menes både de form-baserte og de intensjonsbaserte

---

<sup>34</sup> Østerud (2010) s. 57 flg.

<sup>35</sup> Ibid., s. 159 flg.

<sup>36</sup> Ibid., s. 127 flg.

testene. Begge testene tar utgangspunkt i en vurdering av hvorvidt adferden samsvarer med en bestemt form for adferd, med et tilleggsvilkår om intensjon for sistnevnte test. Oppgaven avgrensner mot å analysere en eventuell utvikling fra intensjonsbaserte tester til virkningsbaserte tester isolert sett. Intensjon er som hovedregel ikke et vilkår i misbruksvurderingen, men kan utgjøre en faktor i vurderingen av om en dominerende stilling er misbrukt.<sup>37</sup>

### 2.3.3 Et økende fokus på den konkrete virkningen

Ordlyden «abuse» gir ingen anvisning på hvilken test som er best egnet i den konkrete saken, og neste spørsmål blir hvilken av disse testene domstolen kan eller bør anvende. Den formalistiske tilnærmingen var lenge foretrukket av domstolen. EU-kommisjonen og EU-domstolene fikk mye kritikk for sin form-baserte anvendelse av misbruksforbudet, og tidlig på 2000-tallet ble de bærende hensynene bak forbudsbestemmelsene modernisert.<sup>38</sup> Fokuset forflyttet seg fra å bevare et effektivt indre marked (det såkalte *integrasjonsformålet*) til adferdens *virkning* på forbrukervelferden (*det økonomiske formålet*).<sup>39</sup>

Ved virkningsbasert tilnærming vil vurderingen av et dominerende foretaks konkurransepraksis ta utgangspunkt i adferdens sannsynlige eller faktiske virkninger i stedet for dens art, en tilnærming som i lengre tid har vært anbefalt av økonomer.<sup>40</sup> Når vurderingen tilpasses etter adferdens sannsynlige eller faktiske virkninger, vil dominerende foretak ha vanskeligere for å omgå artikkel 102 ved å tilpasse sin praksis slik at den ikke oppfanges av en form-basert test.<sup>41</sup> En konkret, virkningsbasert analyse er egnet for å oppnå en høyere presisjon og dermed redusere risikoen for falske negativer og positive. Ved en virkningsorientert vurdering av den konkrete saken åpnes muligheten for at en praksis som har en negativ virkning i ett scenario, kan ha en positiv virkning i et annet. Dette står i kontrast til en form-basert test, hvor et konkurranseskadelig hendelsesforløp presumeres uavhengig av hvilket faktisk scenario som har inntruffet, eller som sannsynligvis vil oppstå.

---

<sup>37</sup> C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale and Others*, avsnitt 63.

<sup>38</sup> Se f.eks. Veiledning (2004) «Guidelines on Vertical Restraints», EU-kommisjonskommunikasjon av 27 april 2004, OJ 2004/C 101/08. Denne gjelder hovedsakelig TEUV artikkel 101, men får også betydning for artikkel 102. Kritikken mot EU-kommisjonen og EU-domstolene: Whish & Bailey (2021) s. 204.

<sup>39</sup> Jf. Jessen Op.cit. (2017) side 23 til 25.

<sup>40</sup> Se generelt: Rapport av Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) «An economic approach to Article 82», juli 2005.

<sup>41</sup> Se Jessen Op.Cit. (2017), side 69 og 70.



### 2.3.4 Veiledningen

I 2009 utarbeidet EU-kommisjonen en *veiledning* som på bakgrunn av rettspraksis redegjør for hvordan EU-kommisjonen går frem for å avgjøre om det foreligger misbruk i strid med TEUV artikkel 102.<sup>42</sup> Veiledningens fremhevelse av forbrukervelferden som hovedformålet med TEUV artikkel 102 skiller seg fra tidligere rettspraksis hvor konkurranseprosessen i seg selv har vært hovedformålet. Dette tyder på at Veiledningen innebærer en bevegelse mot en mer økonomisk virkningsbasert analyse av adferdens innvirkning på forbrukervelferden.

Denne underbygges av at anvendelsen av de generelle håndhevelsesprinsippene avhenger av sakens konkrete omstendigheter.<sup>43</sup> Videre fremheves det at ved vurderingen av om det foreligger ekskluderende adferd som har kapasitet til å føre en utestengelseeffekt, må det foretas en konkret vurdering bestående av både kvantitative og kvalitative momenter.<sup>44</sup>

Veiledningen synes også å gå et steg videre sammenlignet med tidligere rettspraksis når den spesifiserer hvilke momenter som inngår i vurderingen, samt deres relative vekt.<sup>45</sup> Dette antyder at adferden må underlegges en helhetlig vurdering, hvor både kvalitative og kvantitative momenter inngår, for å fastslå adferdens kapasitet til å skade forbrukervelferden.

Det kan derfor se ut som en stor del av fokuset flyttes over på *hvordan skade på effektiv struktur skader forbrukervelferden*. I stedet for å betrakte kun hvordan effektiv konkurransestruktur ser ut isolert sett, antyder veiledningen at man skal betrakte hvordan det faktiske *markedet* ser ut *som følge av* en konkurransestruktur som er henholdsvis enten effektiv eller ineffektiv. Et slikt synspunkt taler for at EU-kommisjonen beveger seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming til TEUV artikkel 102.

I forlengelsen av dette er det verdt å merke seg at EU-kommisjonens egne erklæringer rundt egen håndhevelsesaktivitet ikke er bindende for domstolene, noe EU-kommisjonen selv fastslår i veiledningen.<sup>46</sup> Selv om domstolene i økende grad etter publiseringen av

---

<sup>42</sup> Se EU-kommisjonen, «Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings» (Veiledningen).

<sup>43</sup> Veiledningen, avsnitt 8.

<sup>44</sup> Veiledningen, avsnitt 19.

<sup>45</sup> Veiledningen, avsnitt 20.

<sup>46</sup> Veiledningen, avsnitt 3.

veiledningen ser ut til å støtte seg på en virkningsbasert tilnærming til misbruksanalysen, finnes det også eksempler på form-baserte tilnærminger etter publiseringen.<sup>47</sup>

### 2.3.5 Virkningskravet i EU-praksis

Tradisjonelt sett har EU-domstolen praktisert med en formalistisk tilnærming i misbrukssaker. Enkelte praksiser har blitt fordømt som lovstridig «*per se*», altså uavhengig av om de forårsaket, eller var egnet til å forårsake, konkurransebegrensende virkninger.<sup>48</sup> Et eksempel på dette er *Hoffman-La Roche* fra 1979, som formulerte en regel om eksklusivitetsavtaler og lojalitetsrabatter i *per se*-form. Domstolen fastslo at eksklusivitetsavtaler med kunder alltid er ulovlig, og at dette gjelder uavhengig av om kjøpsmengden er stor eller liten.<sup>49</sup> Dette er en praksis som passer godt inn i *den første kategorien* av form-baserte tester.<sup>50</sup> En slik formalistisk tilnærming ble senere fulgt opp i en rekke rabatt-saker.<sup>51</sup>

En av disse er *Michelin II*, hvor Underretten uttalte at:

«*The 'effect' [...] does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct complained of. For the purposes of establishing an infringement [...] it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect» (min understreking).<sup>52</sup>*

Rettsavgjørelsen understreker altså at det ikke kreves en faktisk inntruffet effekt, men at det er tilstrekkelig at adferden «*tends to*» eller «*is capable of*» å ha en konkurransebegrensende virkning. Begrepene antyder at kravet ligger et sted mellom en rent hypotetisk virkning og en høyst sannsynlig eller forventet effekt, og «*tends to*» gir uttrykk for at det vil være relevant å se på hvilke virkninger tilsvarende praksis erfaringsmessig har hatt, i tråd med en formalistisk

---

<sup>47</sup> C-549/10 P *Tomra* taler nokså sterkt for en form-basert tilnærming. Den aktuelle adferden strakk seg imidlertid helt tilbake til 2001, og mye tyder på at Domstolen vegret seg for å anvende prinsippene i veiledningen med tilbakevirkende kraft.

<sup>48</sup> Wish & Bailey (2021), s. 204.

<sup>49</sup> C-85/76, *Hoffman-LaRoche*, avsnitt 89.

<sup>50</sup> Se punkt 2.3.2.

<sup>51</sup> Se f.eks. T-203/01, *Michelin II*, avsnitt 56 og T-219/99, *British Airways*, avsnitt 244.

<sup>52</sup> T-203/01, *Michelin II*, avsnitt 239.

tilnærming. Samtidig bindes de to begrepene sammen av formuleringer som «*in other words*» i *Michelin II*<sup>53</sup>, noe som indikerer at de er ment å uttrykke det samme.

I danske og tyske språkdrakter oversettes «*tends to*» til henholdsvis «*til hensigt*» og «*darauf gerichtet ist*», altså fokuseres det på at virkningskravet er oppfylt når den *tar sikte på* å begrense konkurransen. Etter mitt syn er dette en uheldig oversettelse idet slike begrep kan gi uttrykk for et krav om subjektive intensjoner eller formål, noe som ikke samsvarer med de øvrige objektive begrepene. Whish & Bailey går så langt som å hevde at EU-domstolen helt klart krever at det påvises en «*actual*» eller «*likely*» konkurransebegrensende effekt dersom det ikke er mulig å konstatere adferdens formål, med henvisning til *TeliaSonera*.<sup>54</sup> Om fraværet av formål automatisk setter virkningskravet til «*likely*» er for meg ikke like klart, men jeg deler synspunktet om at adferdens formål eller intensjon er sentral i misbruksvurderingen, i hvert fall ved virkningsbasert analyse.

Selv om Underretten i *Michelin II* anvendte en formalistisk analyse, synes avgjørelsen likevel å illustrere et steg bort fra *per se*-form, og satte et fokus på adferdens *virkning*. Dommen ble avsagt i 2003, og kan sies å være et godt eksempel på moderniseringen som skjedde tidlig på 2000-tallet.<sup>55</sup> Likevel var det ikke før i *Post Danmark* i 2012 at EU-domstolen benyttet en virkningsbasert tilnærming. Her tar domstolen avstand fra å trekke slutninger basert på adferdens karakteristikk og form, og legger til grunn at:

«*[i]n order to assess the existence of anti-competitive effects in circumstances as such as those in that case, it is necessary to consider whether that pricing policy, without objective justification, produces an actual or likely exclusionary effect, to the detriment of competition and, thereby, of consumers' interests*» (mine understrekinger).<sup>56</sup>

At domstolen her benytter uttrykk som «*actual*» og «*likely*», kan etter mitt syn sees på som et signal om at materialiseringen av en konkret virkning er i fokus. I *Post Danmark II* fra 2015 oppsummeres nesten samtlige uttrykk fra rettspraksis når begrepene «*tends to*», «*potentially*», «*capable of*», «*probable*» og «*likely to*» brukes for å beskrive virkningskravet.<sup>57</sup> Den vekslende begrepsbruken gjør det svært utfordrende å konstatere en klar og universell

---

<sup>53</sup> Se også Sak C-549/10 P, *Tomra Systems m.fl. mot EU-kommisjonen*, avsnitt 68, og sak T-219/99, *British Airways mot EU-kommisjonen (Førsteinstans)*, avsnitt 293, hvor de to begrepene bindes av formuleringen «*or*».

<sup>54</sup> Whish & Bailey (2021), s. 206 om sak C-52/09 *Konkurranseverket mot TeliaSonera Sverige AB*.

<sup>55</sup> Se punkt 2.3.3.

<sup>56</sup> C-209/10, *Post Danmark I*, avsnitt 44.

<sup>57</sup> Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 64, 66-68 og 74.

virknings terskel. At begrepene brukes om hverandre kan tyde på at begrepene gir uttrykk for én og samme terskel, men dette forteller oss likevel ikke hvor streng denne terskelen i så fall er. Det foreligger ingen konsensus i teorien, og det er særlig spenningsforholdet mellom «*capability*» og «*likely*» som fremheves. O'Donogue og Padilla mener at terskelen ikke kan være så lav at all adferd med en potensiell konkurransebegrensende adferd rammes, ettersom det må foreligge en viss grad av «*objective likelihood*» for at virkningene materialiserer seg. De synes å mene at det foreligger en relativt høy allmenngyldig terskel, hvor det må være mer sannsynlig at virkningen realiserer seg enn at den ikke gjør det.<sup>58</sup> Colomo skiller mellom «*capability*» og «*likely*», og synes å mene at førstnevnte er forbeholdt form- og intensjonsbaserte tester.<sup>59</sup>

Man kan ikke utelukke at de ulike begrepene ikke gir uttrykk for noe annet enn et prosessuelt sannsynlighetskrav, uavhengig av om man står overfor en form- eller virkningsbasert test. Dessuten er *Post Danmark I* sin prejudikatverdi begrenset. Det bryter riktig nok med tidligere praksis, som nokså konsekvent favoriserte en formalistisk tilnærming. Men bare noen uker senere ble *Tomra* avsagt, hvor domstolen gikk tilbake til en form-basert tilnærming.<sup>60</sup> Dessuten gjaldt saken en spesiell prisingstrategi, som naturligvis begrenser dommens rekkevidde for misbrukssaker på et generelt nivå.

Det er først ved *Intel mot EU-kommisjonen* i 2017 at domstolen ser ut til å ta en tydelig kursendring mot å vurdere potensielt misbruk etter sine virkninger i stedet for sin form.<sup>61</sup> Her avvises ens og underrettens formalistiske tilnærming ved eksklusivitets- og lojalitetsrabatter, på tross av at dette var i tråd med tidligere domstolspraksis.<sup>62</sup> Domstolen understreker at dersom det dominerende foretaket fremlegger bevis for at den aktuelle praksisen ikke hadde en ekskluderende virkning, er retten pålagt å vurdere disse.<sup>63</sup> Retten må med andre ord i slike tilfeller avdekke en evne til å forårsake konkrete, konkurransebegrensende virkninger. Det er naturlig å anta at et dominerende foretak vil fremlegge slike bevis i enhver sak om misbruk, og Whish & Bailey mener derfor at *Intel* i praksis avviser eksistensen av et *per se*-forbud.<sup>64</sup>

---

<sup>58</sup> O'Donoghue og Padilla (2013), s. 270.

<sup>59</sup> Colomo (2018) s. 300.

<sup>60</sup> C-549/10 P, *Tomra*, avsnitt 79.

<sup>61</sup> Støttet av bl.a. O'Donoghue & Padilla, Op.Cit. (2020), side 114 og 115.

<sup>62</sup> C-413/14 P, *Intel*, avsnitt 140 til 147.

<sup>63</sup> *Ibid.*, avsnitt 141.

<sup>64</sup> Whish & Bailey (2021), s. 205.

Domstolens virkningsbaserte tilnærming i *Intel* synes å bli stadfestet i den nylige dommen *Paroxetine*.<sup>65</sup>

For adferd som helt åpenbart skader konkurransen, antyder rettspraksis at det i mindre grad er nødvendig å vurdere de mulige virkningene. Dersom det bevises at en adferd ikke tjener noe annet fornuftig formål enn å være konkurransebegrensende, er det ikke nødvendig å analysere dens effekter – adferden utgjør misbruk «*by object*».<sup>66</sup> I Intel-saken hadde Intel også tilbudt betalinger til kunder som gikk med på å forsinke eller avslutte markedsføringen av konkurrentens produkter, noe som ble ansett for å være misbruk «*by object*».<sup>67</sup> Rettspraksis synes dermed å avgrense mot en virkningsanalyse ved adferd som helt åpenbart er konkurransebegrensende.

Oppgaven avgrenser mot en nærmere utredelse av virkningskravet, men kritikken mot en formalistisk misbruksanalyse, den tilsynelatende økte bruken av en virkningsbasert analyse hos domstolene og diskusjonen om hvor virkningskravet ligger, antyder at vi beveger oss mot en mer virkningsbasert analyse i spørsmål om misbruk i strid med TEUV artikkel 102 og konkurranseloven § 11. I kapittel 4 vil jeg drøfte om, og i så fall hvordan, dette påvirker læren om objektiv begrunnelse.

---

<sup>65</sup> C-307/18 *Generics (UK) and Others v CMA*, avsnitt 154.

<sup>66</sup> Colomo (2020).

<sup>67</sup> T-286/09, *Intel mot EU-kommisjonen (Førsteinstans)*, avsnitt 198-220.

# 3 Læren om objektiv begrunnelse

## 3.1 Innledning

Konkurranseloven § 11 er utformet som et absolutt forbud mot misbruk av dominerende stilling. Praksis fra EU-domstolen viser imidlertid at dominerende foretak gis muligheten til å påvise en objektiv begrunnelse for deres adferd, selv om slik adferd umiddelbart kan oppfattes som misbruk.<sup>68</sup> Engelske versjoner av EU-rettsavgjørelser bruker begreper som «*objectively justified*»<sup>69</sup>, «*objective justification*»<sup>70</sup> og «*objective necessity*»<sup>71</sup>, og på dansk brukes gjerne betegnelsen «*objektivt begrundet*»<sup>72</sup>. Begrepene brukes om hverandre i rettspraksis som omhandler ulike former for ekskluderende misbruk som rovprising,<sup>73</sup> lojalitetsrabatter<sup>74</sup> og prisdiskriminering.<sup>75</sup> Læren om objektiv begrunnelse er dermed ikke forbeholdt en bestemt form for adferd, men er et generelt verktøy EU-domstolen anvender for å skille mellom misbruk og lovlig markedsadferd, på tvers av de ulike formene for misbruk.

Vurderingen av om misbruk av dominerende stilling foreligger kan dermed deles opp i to trinn. Det første trinnet består i en bruk av de ulike adferdsspesifikke testene beskrevet i de foregående punkter. Viser testen at adferden umiddelbart fremstår som konkurransebegrensende, gir den andre fasen det dominerende foretaket en mulighet til å fremme en objektiv begrunnelse for adferden.

Begrep som «*objektivt begrundet*» og liknende formuleringer er så generelle og abstrakte at de gir begrenset veiledning om hvilke argumenter som anses juridisk relevante. Når det kreves at begrunnelsen er «*objektiv*», i motsetning til «*subjektiv*», tyder dette på at den må kunne forankres i de konkrete, faktiske omstendighetene knyttet til det dominerende foretakets adferd og ikke i foretakets subjektive oppfatning av situasjonen.<sup>76</sup> Utover dette må innholdet av læren om objektiv begrunnelse fastlegges på bakgrunn av en analyse av praksis.

---

<sup>68</sup> Opinion of Advocate General Jacobs, sak C-53/03, *Syfait m.fl. mot Glaxo-SmithKline*, avsnitt 72.

<sup>69</sup> C-333/94 P, *Tetra Pak International mot EU-kommisjonen*, avsnitt 37.

<sup>70</sup> T-30/89, *Hilti mot EU-kommisjonen (Førsteinstans)*, avsnitt 102.

<sup>71</sup> C-311/84, *CBEM mot CLT og IPB*, avsnitt 27.

<sup>72</sup> C-333/94 P, *Tetra Pak International mot EU-kommisjonen*, avsnitt 37.

<sup>73</sup> C-62/86, *AKZO Chemie mot EU-kommisjonen*, avsnitt 140 og 146.

<sup>74</sup> C-322/81, *Michelin mot EU-kommisjonen*, avsnitt 73.

<sup>75</sup> C-163/99, *Portugal mot EU-kommisjonen*, avsnitt 53.

<sup>76</sup> Kolstad (2007) s. 183.

Her vil også rettspraksis knyttet til konkurranseloven § 10, og den likelydende TEUV artikkel 101, være relevant. Konkurranseloven §§ 10 og 11 anses gjerne for å være de to mest sentrale forbudsbestemmelsene i loven, og har et felles overordnet formål om å fremme konkurranse og bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. § 1. Det samme gjelder for TEUV artikkel 101 og 102, og EU-domstolen har uttalt at disse to aldri skal tolkes i strid med hverandre.<sup>77</sup> Konkurranseloven § 10 og TEUV artikkel 101 forbyr konkurransebegrensende *samarbeid*, og i tredje ledd oppstilles et unntak med fire kumulative vilkår om blant annet forbedret produksjon og teknisk eller økonomisk framgang. I vurderingen av hvorvidt en konkurransebegrensende adferd utgjør misbruk eller om den er objektivt begrunnet, kan dermed praksis fra unntaksbestemmelsen i TEUV artikkel 101 være relevant for å belyse denne grensen.

Begrepene «*misbruk*» og «*begrundet*» er gjensidig utelukkende, i den forstand at adferd som er misbruk vanskelig kan sies å være berettiget, og omvendt<sup>78</sup>. Generaladvokat Jacobs har derfor hevdet at to-trinns analysen hvor det skilles mellom misbruk og dets objektive begrunnelse, er noe kunstig. Det er etter hans syn mer riktig å si at visse typer adferd fra et dominerende foretak ikke faller inn under kategorien misbruk i det hele tatt.<sup>79</sup> Uttrykket objektiv begrunnelse blir gjerne beskrevet som et negativt kriterium: for å kvalifisere som et misbruk, må adferden til et dominerende foretak være uberettiget.<sup>80</sup> Oppgavens tittel kan derfor oppfattes som noe misvisende, ettersom konstatering av misbruk nettopp forutsetter at en objektiv begrunnelse ikke forelå. Oppgaven vil i hovedsak vurdere om *konkurransebegrensende adferd* kan begrunnes, ikke om *misbruk* kan begrunnes.

Bevisbyrden for brudd på TEUV artikkel 102 påhviler den part eller myndighet som påstår overtredelsen.<sup>81</sup> Det er imidlertid opp til det dominerende foretaket å fremlegge bevis for at dets oppførsel er objektivt begrunnet.<sup>82</sup> Grunnen til dette er at dominerende foretak normalt er i en bedre posisjon til å fremlegge slike bevis, ettersom de har best tilgang til all relevant informasjon, og en sterkere risikobærende kapasitet enn sine mindre konkurrenter.<sup>83</sup> Deretter

---

<sup>77</sup> C-6/72, *Continental Can mot EU-kommisjonen*, avsnitt 25.

<sup>78</sup> Langer (2007), 117.

<sup>79</sup> Opinion of Advocate General Jacobs, C-53/03, *Syfait m.fl. mot Glaxo-SmithKline*, avsnitt 72.

<sup>80</sup> C-418/01, *IMS Health mot NDC Health*, avsnitt 38.

<sup>81</sup> Rådsforordning 1/2003, artikkel 2.

<sup>82</sup> C-395/87, *Ministère public mot Tournier*, avsnitt 38.

<sup>83</sup> Paulis (2007), s. 474.

er det opp til EU-kommisjonen å vurdere om den fremsatte begrunnelsen kan godtas eller ikke.<sup>84</sup>

## 3.2 Videre fremstilling

I den videre fremstilling vil det redegjøres for ulike argumenttyper som utgjør mulige objektive begrunnelser. Det tas utgangspunkt i Eirik Østerud sin inndeling, hvor EU-domstolens, Førsteinstansrettens og EU-kommisjonens avgjørelser som omhandler objektive begrunnelser, systematiseres.<sup>85</sup> Det vil her fokuseres på hva som allment kjennetegner objektive begrunnelser på tvers av de ulike misbrukshandlingene. Denne fremgangsmåten er egnet til å belyse det rettslige innholdet av læren om objektiv begrunnelse, i stedet for å bare gi eksempler på mulige objektive begrunnelser i tilknytning til de ulike formene for misbruksadferd.

For at en konkurransebegrensende adferd skal gå klar av TEUV artikkel 102 på grunn av en objektiv begrunnelse, må adferden bestå en proporsjonalitetstest. Dette innebærer at praksisen må være forholdsmessig, egnet til og nødvendig for å oppnå et legitimt formål. Med utgangspunkt i argumenttypene presentert i de følgende punkter, vil proporsjonalitetstesten behandles særskilt i punkt 3.4.

Ettersom *veiledningen* er sentral ved grenseskillet mellom lovlig og rettsstridig adferd, vil jeg supplere synspunkter fra denne ved de respektive punktene i fremstillingen.

## 3.3 Legitime begrunnelser

### 3.3.1 Innledning

En gyldig begrunnelse bør vise at det er gode grunner for å ta tillate praksisen, selv om den begrenser konkurransen. EU-domstolen har brukt uttrykket “economic justifications other than the elimination of a competitor”.<sup>86</sup> Adferden bør med andre ord være fornuftig selv om man ser bort fra utsiktene til å utestenge rivaler fra markedet.<sup>87</sup> Dersom et dominerende foretak ikke er i stand til å fremsette en objektiv begrunnelse for sin opptreden, kan dette

---

<sup>84</sup> T-201/04, *Microsoft mot EU-kommisjonen*, avsnitt 688.

<sup>85</sup> Kolstad (2007) s. 184 flg.

<sup>86</sup> C-202/07 P, *France Télécom mot EU-kommisjonen*, avsnitt 111.

<sup>87</sup> Temple Lang (2004), s. 272.



indikere at den eneste virkningen av praksisen er å begrense konkurransen til skade for forbrukerne.<sup>88</sup> Ved å påvise en objektiv begrunnelse kan det dominerende foretaket vise at dets praksis også har positive effekter. I det følgende vil rettspraksis undersøkes for å identifisere hvilke hensyn som er relevante ved gyldige objektive begrunnelser.

*Veiledningen* legger til grunn at EU-kommisjonen vil undersøke påstander fremsatt av et dominerende foretak om at dets adferd er berettiget enten av (1) objektiv nødvendighet eller (2) ved å vise at adferden har effektivitetsgevinster som utligner enhver konkurransebegrensende effekt. Østerud deler de objektive begrunnelsene opp i:

- 1) beskyttelse av kommersielle interesser;
- 2) tekniske eller kommersielle begrensninger;
- 3) effektivitetsgevinster;
- 4) offentlige interesser.

En liste har naturligvis ingen juridisk verdi, men jeg tror likevel at en slik inndeling er verdifull på grunn av dens brede omfang. *Veiledningen* har ingen henvisninger til kommersiell adferd og synes å gi minimalt spillerom til «*objektiv nødvendighet*» utover force majeure-tilfeller. Jeg foretrekker Østeruds brede tolkning av objektiv begrunnelse sammenlignet med en snever tilnærming, og mener denne er best egnet til å gjenspeile rettspraksis fra EU. EU-domstolen har ingen faste avgrensninger av begrepet, og et bredt syn er derfor berettiget.

### **3.3.2 Beskyttelse av kommersielle interesser**

Dominerende foretaks rett til å beskytte sine kommersielle interesser i møte med konkurransetrusler, noen ganger referert til som «*meeting competition defence*»,<sup>89</sup> ble først artikulert av EU-domstolen i *United Brands*. Retten vurderte om United Brands hadde misbrukt sin dominerende stilling på bananmarkedet ved å kutte leveransene til en dansk

---

<sup>88</sup> Coscelli (2008), s. 419.

<sup>89</sup> Rousseva (2007), s. 392. En «*commercial interest*» har blitt beskrevet som «*an interest consistent with the rational profit-maximizing behaviour of a non-dominant undertaking*», jf. Nazzini (2015), n. 125, 300.

modner/distributør etter at denne hadde deltatt i markedsføringen av et konkurrerende merke av bananer. Retten uttalte at:

*“an undertaking in a dominant position for the purpose of marketing a product – which cashes in on the reputation of a brand name known to and valued by the consumers – cannot stop supplying a long standing customer who abides by regular commercial practice, if the orders placed by that customer are in no way out of the ordinary”*.<sup>90</sup>

Retten vurderte videre om leveringsnekten var berettiget, og uttalte at *«the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked»*.<sup>91</sup> Dette viser at dominerende foretak har rett til å beskytte sine kommersielle interesser i møte med konkurransetrusler uten å overtre TEUV artikkel 102, noe som også har blitt fulgt opp i senere rettspraksis.<sup>92</sup>

Grunntanken ser ut til å være at anvendelsen av TEUV artikkel 102 ikke skal hindre dominerende foretak i å delta i hard konkurranse når de møter aggressive rivaler - man ønsker å unngå at rivaler beskyttes på bekostning av effektiv konkurranse til fordel for forbrukerne.<sup>93</sup> I *Atlantic Container Line and others* uttalte domstolen at det eneste formålet med retten til å beskytte sine kommersielle interesser

*«is to enable a dominant undertaking to show not that the practices in question should be permitted because they confer certain advantages, but only that the purpose of those practices is reasonably to protect its commercial interests in the face of action taken by certain third parties and that they do not therefore in fact constitute an abuse»*.<sup>94</sup>

At dominerende foretak gis anledning til å påberope beskyttelse av dets kommersielle interesser som en gyldig objektiv begrunnelse, kan sees på som en nøye avveining av interesser. Dominerende foretak bør ikke være utilbørlig handikappet i forhold til sine rivaler

---

<sup>90</sup> C-27/76, *United Brands mot EU-kommisjonen*, avsnitt 182.

<sup>91</sup> *Ibid.*, avsnitt 189.

<sup>92</sup> Se f.eks. T-30/89, *Irish Sugar mot EU-kommisjonen (Førsteinstans)*, avsnitt 112 om selektiv lavprising og C-62/86, *AKZO Chemie mot EU-kommisjonen*, avsnitt 131–140 om rovprising.

<sup>93</sup> Østerud (2010) s. 252-253.

<sup>94</sup> Forente saker T-191/98, T-212/98 to T-214/98, *Atlantic Container Line and others mot EU-kommisjonen (Førsteinstans)*, avsnitt 1114.

med hensyn til tilgjengelige midler for å konkurrere på markedet, samtidig som retten til å beskytte sine kommersielle interesser ikke bør gi grunnlag for en generell begrunnelse for å delta i konkurransebegrensende adferd.

Praksis antyder samtidig at mulighetene er begrensede for å lykkes med å rettferdiggjøre misbrukspraksis med den begrunnelse at de ble iverksatt for å beskytte et dominerende foretaks kommersielle interesser. I rettspraksis finnes det ingen eksempler på et vellykket «*meeting competition defence*». Årsaken til dette kan være at adferden ikke har bestått proporsjonalitetstesten, jf. punkt 3.4.

*Veiledningen* refererer ikke eksplisitt til et «*meeting competition defence*». Dette kan skyldes at veiledningen legger opp til at det skal foretas en relativt omfattende vurdering av om den aktuelle adferden medfører konkurransebegrensende virkninger. Østerud mener at en slik analyse kan redusere behovet for et «*meeting competition defence*».<sup>95</sup> Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 4.

### 3.3.3 Tekniske eller kommersielle begrensninger

EU-domstolen la til grunn i *Télémarketing* at en leveringsnektelse kan være objektiv begrunnet med tekniske eller kommersielle hindringer.<sup>96</sup> Saken gjaldt en TV-stasjon som ved reklamesending kun oppga telefonnummeret til stasjonens eksklusive agent for TV-markedsføring, hvor et annet TV-markedsføringselskap nedla en påstand om forbud mot slik eksklusivitet. Ifølge retten foreligger misbruk i strid med TEUV artikkel 102 der

*«without any objective necessity, an undertaking holding a dominant position on a particular market reserves to itself or to an undertaking belonging to the same group an ancillary activity which might be carried out by another undertaking as part of its activities on a neighbouring but separate market, with the possibility of eliminating all competition from such undertaking.»*<sup>97</sup>

I dommen legger retten til grunn at det kun er «*technical or commercial requirements*» som kan begrunne slik adferd.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Østerud (2010), s. 254.

<sup>96</sup> C-311/84, *CBEM mot CLT og IPB (Télémarketing)*.

<sup>97</sup> *Ibid.*, avsnitt 27.

<sup>98</sup> *Ibid.*, avsnitt 26.

I EU-kommisjonens vedtakspraksis finnes en rekke eksempler på situasjoner der en praksis kan anses objektivt begrunnet av tekniske eller kommersielle krav. Blant disse er *Port of Rødby*, hvor den danske regjeringen og det offentlige foretaket DSB nektet å la Euro-Port A/S, et datterselskap av det svenske konsernet Stena Rederi AB, enten bygge en ny terminal i umiddelbar nærhet av havnen i Rødby eller å ha tilgang til eksisterende terminal på havna med tanke på å drive fergeforbindelse mellom Rødby og Puttgarden.<sup>99</sup> EU-kommisjonen konkluderte med at det ikke var holdepunkter for å hevde at eksisterende anlegg på Rødby ville bli mettet eller at eksisterende havnekapasitet ikke ville være i stand til å takle økt handel. Det var derfor ingen tekniske begrensninger som hindret Stena-gruppen i å seile mellom Rødby og Puttgarden.<sup>100</sup>

*Generaladvokat Jacobs* har hevdet at det på lang sikt generelt er konkurransefremmende og i forbrukernes interesse å la et selskap beholde fasiliteter som det har utviklet for sin egen virksomhet til eget bruk.<sup>101</sup> Å kreve at et dominerende foretak skal levere til sine rivaler til tross for tekniske eller kommersielle begrensninger kan øke risikoen for at selskapet ikke vil være i stand til å oppnå en passende avkastning på investeringer i å utvikle et produksjons- eller distribusjonsanlegg, eller vil oppleve økte produksjonskostnader. Dominerende foretak gis dermed muligheten til å vise at deres adferd er rettferdiggjort av tekniske eller kommersielle begrensninger og er et forholdsmessig svar på slike hindringer.<sup>102</sup>

### 3.3.4 Effektivitetsgevinster

En praksis som har konkurransebegrensende virkninger, kan også ha effektivitetsgevinster som *utligner* de negative virkningene.<sup>103</sup> De adferdsspesifikke testene som brukes på individuelle kategorier av markedsadferd, krever ikke fullverdige undersøkelser av de blandede effektene av ensidig adferd fra dominerende foretak, og tar derfor ikke hensyn til de potensielt gunstige virkningene av en praksis. Testene kan følgelig føre til en altfor bred anvendelse av TEUV artikkel 102, med en risiko for at praksis med netto positive effekter for forbrukerne blir forbudt. Når dominerende foretak gis en mulighet til å påvise effektivitetsgevinster for sin adferd, kan dette ses på som en «sikkerhetsventil» som

---

<sup>99</sup> 94/119/EC, *Port of Rødby* (EU-kommisjonen).

<sup>100</sup> Ibid., avsnitt 15.

<sup>101</sup> Opinion of Advocate General Jacobs, C-7/97, *Oscar Bronner v. Mediaprint*, avsnitt 57.

<sup>102</sup> Østerud (2010) s. 256.

<sup>103</sup> Whish argumenterer for at TEUV artikkel 101 (3) fungerer som en nyttig mal for å vurdere effektivitetspåstander i henhold til TEUV artikkel 102, jf. Whish (2008).

forhindrer at praksis som i realiteten ikke skader forbrukervelferden, forbys. At det er forbrukervelferd som her er avgjørende, kan utledes fra *British Airways*. Her slo EU-domstolen fast at «[i]t has to be determined whether the exclusionary effect [...] may be counterbalanced, or outweighed, by advantages in terms of efficiency which also benefit the consumer». <sup>104</sup>

I *Microsoft* vurderte EU-kommisjonen om Microsoft hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å koble salget av Windows Media Player (WMP) med Windows PC operativsystem. <sup>105</sup> EU-kommisjonen la til grunn at det forelå “[...] a reasonable likelihood that tying WMP with Windows will lead to a lessening of competition so that the maintenance of an effective competition structure will not be ensured in the foreseeable future”. <sup>106</sup> Et slikt koblingssalg utgjorde misbruk i strid med TEUV artikkel 102. I vurderingen drøftet EU-kommisjonen om koblingssalg var objektivt begrunnet fordi det medførte effektivitetsgevinster, blant annet som følge av lavere distribusjonskostnader, som veide opp for de negative virkningene på konkurransen i markedet. <sup>107</sup> EU-kommisjonen kom til at Microsoft ikke hadde påvist at eventuelle effektivitetsgevinster veide opp for skaden på konkurransen, og at Microsoft ikke hadde påvist at effektivitetsgevinstene ikke kunne oppnås uten å selge operativsystemet med WMP. <sup>108</sup> Avgjørelsen antyder likevel at effektivitetsgevinster kan utgjøre en objektiv begrunnelse for koblingssalg.

I nevnte *United Brands* vurderte EU-domstolen om United Brands hadde misbruk sin dominerende stilling ved å forby sine modnere/distributører å videreselge bananene sine mens de fortsatt var grønne. Ifølge retten medførte et slikt forbud at modneren bare kunne kontakte forhandlere, noe som begrenset konkurransen. <sup>109</sup> United Brands mente på sin side at videresalgsbegrensningen var objektivt begrunnet fordi formålet med klausulen var å beskytte merkenavnet, og til syvende og sist forbrukerne, ved å sikre kvaliteten på produktene. Retten erkjente at det kan være lovlig for et dominerende foretak å føre en praksis som skal sikre tilfredsstillende kvalitet, men de negative effektene av praksisen kan ikke være større enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. <sup>110</sup> Begrunnelsen illustrerer proporsjonalitetskravet,

---

<sup>104</sup> C-95/04, *British Airways*, avsnitt 69.

<sup>105</sup> COMP/C-3/37.792 *Microsoft (EU-kommisjonen)*, avsnitt 792 flg.

<sup>106</sup> *Ibid.*, avsnitt 984.

<sup>107</sup> *Ibid.*, avsnitt 955.

<sup>108</sup> *Ibid.*, avsnitt 970.

<sup>109</sup> C-27/76, *United Brands mot EU-kommisjonen*, avsnitt 157.

<sup>110</sup> *Ibid.*, avsnitt 158.

hvor klausulen om forbud mot videresalg utgjorde et misbruk fordi dens virkning begrenset markedet til skade for forbrukerne i tillegg til å begrense handelen mellom medlemsstatene.<sup>111</sup> EU-domstolen brukte ikke eksplisitt formuleringer om effektivitet, men ifølge Østerud antyder dommen likevel at en praksis som beskytter eller forbedrer kvaliteten på det dominerende foretakets produkter eller tjenester kan anses som objektivt begrunnet, forutsatt at praksisen er et forholdsmessig middel for å oppnå et formål.<sup>112</sup> Det sentrale synes å være om nettoeffekten på forbrukervelferden er null, jf. *British Airways*.

Effektivitetsgevinster til fordel for forbrukerne ble også vektlagt i *Post Danmark I*. Her overtok den sittende danske postoperatøren tre store kunder fra sin hovedkonkurrent i distribusjon av uadressert post, det vil si mapper, brosjyrer, telefonkataloger, lokalaviser og lignende. Konkurrenten anklaget Post Danmark for å ha misbrukt sin dominerende stilling på det danske markedet for distribusjon av uadressert post ved å ha lansert målrettede prisreduksjoner og engasjert seg i prisdiskrimineringspraksis. EU-domstolen la uttrykkelig til grunn at, ved siden av objektiv nødvendighet, “exclusionary effect produced may be counterbalanced, outweighed even, by advantages in terms of efficiency that also benefit consumers”.<sup>113</sup>

*Intel* viser også at effektivitetsgevinster kan rettferdiggjøre konkurransebegrensende adferd. Her ble *Intel* anklaget for å ha misbrukt sin dominerende stilling gjennom å ha gitt PC-produsenter ulovlige rabatter for eksklusiv bruk av Intels x86-baserte prosessorer, samt betale penger til PC-produsenter for å utsette lansering av maskiner med AMD-prosessorer.<sup>114</sup> EU-domstolen la til grunn at:

*«[t]he analysis of the capacity to foreclose is also relevant in assessing whether a system of rebates which, in principle, falls within the scope of the prohibition laid down in Article 102 TFEU, may be objectively justified. In addition, the exclusionary effect arising from such a system, which is disadvantageous for competition, may be counterbalanced, or outweighed, by advantages in terms of efficiency which also benefit the consumer».*<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> Ibid., avsnitt 159.

<sup>112</sup> Østerud (2010), s. 259.

<sup>113</sup> C-209/10, *Post Danmark I*, avsnitt 41.

<sup>114</sup> C-413/14 P, *Intel*, avsnitt 11.

<sup>115</sup> Ibid., avsnitt 140.

*Post Danmark I* og *Intel* er et gode eksempler på at EU-domstolen i senere praksis mer eksplisitt har anerkjent at utligningseffektivitet kan utgjøre en gyldig begrunnelse. En slik anerkjennelse kan redusere risikoen for å fordømme ekskluderende adferd som gagnar forbrukerne. Samtidig er det nødvendig å foreta en proporsjonalitetsvurdering, slik at ikke enhver effektivitetsgevinst medfører at adferden til det dominerende foretaket anses som legitim, jf. punkt 3.4.

Ifølge *veiledningen* kan et dominerende foretak rettferdiggjøre konkurransebegrensende adferd ved å demonstrere at dets oppførsel gir betydelige effektivitetsgevinster som veier opp for eventuelle konkurransebegrensende effekter på forbrukerne.<sup>116</sup> Dette viser at effektivitetsgevinster er noe EU-kommisjonen helt klart vil ta i betraktning når den skal vurdere å iverksette tiltak mot konkurransebegrensende adferd.

Adgangen til å anføre en effektivitetspåstand avhenger delvis av graden av dominans. I *Veiledningen* uttaler EU-kommisjonen at ekskluderende adferd fra superdominerende foretak «*can normally not be justified*» av effektivitetsgevinster.<sup>117</sup> Sterkt dominerende foretak er altså ikke totalt utelukket fra å påberope seg en effektivitetspåstand, men de vil ha vanskeligere for å påberope seg en slik objektiv begrunnelse enn en virksomhet som knapt oppfyller kriteriene for dominans. For meg fremstår dette som en fornuftig holdning.

### 3.3.5 Offentlige interesser

EU-domstolen har konsekvent slått fast at TEUV artikkel 102 skal tolkes i lys av EUs prinsipper og mål.<sup>118</sup> Etter artikkel 3 nr. 3 i Traktaten om Den europeiske union (TEU) skal EU blant annet tilstrebe «*sustainable development*», «*social progress*» og «*a high level of protection and improvement of the quality of the environment*».<sup>119</sup> Selv om EU-domstolen aldri har akseptert konkurransebegrensende adferd på grunnlag av offentlige interesser, gir de overordnede målene og rettspraksisen nedenfor god grunn til å betrakte dette som en mulig objektiv begrunnelse.

---

<sup>116</sup> *Veiledningen*, avsnitt 28.

<sup>117</sup> *Veiledningen*, avsnitt 30.

<sup>118</sup> C-6/72 *Continental Can Inc. v. Commission of the European Communities*, avsnitt 25.

<sup>119</sup> Treaty on the European Union (TEU). CELEX number 12016M.

I *Wouters* hadde det nederlandske advokatrådet vedtatt en forskrift som forbød profesjonelle partnerskap mellom advokater og ikke-advokater, for eksempel regnskapsførere.<sup>120</sup> Retten tok stilling til om en slik regulering hadde som «*object*» eller «*effect*» å begrense konkurransen i TEUV artikkel 101 nr. 1. I utgangspunktet var et forbud mot slike tverrfaglige partnerskap ifølge retten egnet til å begrense produksjon og teknisk utvikling i henhold til TEUV artikkel 101 nr. 1 bokstav b.<sup>121</sup> Domstolen la samtidig til grunn at ikke enhver avtale mellom foretak som begrenser handlingsfriheten til partene nødvendigvis faller inn under forbudet fastsatt i TEUV artikkel 101 nr. 1, men at det må tas hensyn til konteksten til og formålet med et slikt forbud.<sup>122</sup> På tross av at retten kom til at forskriften begrenset konkurransen, konkluderte den med at forbudet var nødvendig for å sikre forsvarlig utøvelse av advokatyret i Nederland,<sup>123</sup> altså for å ivareta ikke-konkurranserelaterbare interesser.

Hensynet til beskyttelse av forbrukernes helse og sikkerhet har også blitt fremmet som en objektiv begrunnelse. Dommen *Hilti* gjaldt en stor produsent av spikerpistoler, spiker og patronstrimler som hevdet at dens koblingssalg av spiker og patronstrimler var objektivt begrunnet på grunn av underlegenheten til sine rivalers spiker og deres inkompatibilitet med Hiltis spikerpatroner og spikerpistoler.<sup>124</sup> Koblingspraksisen skulle dermed sikre kvaliteten og funksjonen til spikerfestesystemet og beskyttet forbrukerne mot funksjonsfeil. EU-domstolen avviste anførselen og viste til at Storbritannia allerede hadde lover som regulerer produktsikkerhet og myndigheter som har fullmakt til å håndheve disse lovene. Det var for retten helt åpenbart at det ikke tilhørte et dominerende foretak å ta skritt på eget initiativ for å eliminere produkter som det anså som farlige eller dårligere enn sine egne produkter.<sup>125</sup> Dermed kunne ikke beskyttelsen av forbrukernes helse og sikkerhet utgjøre en objektiv begrunnelse i dette tilfellet. Dommen har blitt kritisert i teorien, hvor *Tjarda van der Vijer* mener at dominerende foretak *a priori* ikke bør være utelukket fra å tilby et høyere nivå av helse- og sikkerhetsstandarder enn formelt lovpålagt, spesielt hvis det kan vise at myndighetenes handling på dette området ikke er tilstrekkelig effektiv.<sup>126</sup> Jeg deler nok EU-

---

<sup>120</sup> C-309/99, *Wouters and others mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*. Saken gjaldt tolkningen av TEUV artikkel 101, men som vi så i punkt 3.1 kan rettspraksis fra denne bestemmelsen være relevant ved tolkningen av artikkel 102.

<sup>121</sup> *Ibid.*, avsnitt 90.

<sup>122</sup> *Ibid.*, avsnitt 97.

<sup>123</sup> *Ibid.*, avsnitt 107.

<sup>124</sup> T-30/89, *Hilti mot EU-kommisjonen (Førsteinstans)*, avsnitt 105.

<sup>125</sup> *Ibid.*, 115-119.

<sup>126</sup> *Vijer* (2012) s. 66.



domstolens syn om at slike oppgaver først og fremst tilhører myndighetene og lovgiver, med forbehold om at jeg trolig er farget av en særlig tillit til det norske rettssystemet.

En proporsjonalitetstest er også nødvendig å foreta ved vurderingen av om offentlige interesser kan utgjøre en gyldig objektiv begrunnelse, og begrenser dermed muligheten for at ekskluderende adferd anses objektivt begrunnet på slike grunnlag.<sup>127</sup> I *veiledningen* fremkommer det at ekskluderende adferd kan anses som objektivt nødvendig av helse- eller sikkerhetsmessige årsaker knyttet til det aktuelle produktets art. Videre påpeker den at:

«[p]roof of whether conduct of this kind is objectively necessary must take into account that it is normally the **task of public authorities** to set and enforce public health and safety standards. It is **not the task of a dominant undertaking** to take steps on its own initiative to exclude products which it regards, rightly or wrongly, as dangerous or inferior to its own product» (min utheving).<sup>128</sup>

Den kan derfor synes som om veiledningen adopterte uttalelsene i *Hilti* ved spørsmål om forbrukernes helse og sikkerhet kunne utgjøre en objektiv begrunnelse for Hiltis adferd.<sup>129</sup>

## 3.4 Nærmere om proporsjonalitet

### 3.4.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis i kapitlet, viser rettspraksis at det må foretas en avveining mellom mål og middel for å avgjøre om det dominerende foretaket går klar av TEUV artikkel 102 på grunn av en objektiv begrunnelse. Dette hindrer en uforbeholden aksept av argumenter om at en praksis må anses objektivt begrunnet fordi den forfølger et legitimt formål. På denne måten begrenses rekkevidden av begrepet objektiv begrunnelse og risikoen for en underinkluderende anvendelse av TEUV artikkel 102 reduseres.

EU-domstolen har fastslått at proporsjonalitetstesten består av tre elementer. For det første må adferden være *egnet* til å oppnå det legitime formålet. For det andre må adferden være nødvendig for å oppnå det legitime formålet. For det tredje må ikke ulempene ved adferden være uforholdsmessige i forhold til målet som søkes oppnådd – proporsjonalitet *stricto*

---

<sup>127</sup> Jf. punkt 3.4.

<sup>128</sup> *Veiledningen*, avsnitt 29.

<sup>129</sup> Riktig nok med en direkte henvisning til *Hilti*.

*sensu*.<sup>130</sup> I de følgende underkapitler vil rettspraksis undersøkes for å identifisere de analytiske trinnene i proporsjonalitetstesten som brukes for å avgjøre om adferden til et dominerende foretak er objektivt begrunnet, herunder om adferden er egnet, nødvendig og forholdsmessig i streng forstand.

### 3.4.2 Egnethet

EU-domstolens avgjørelse i *United Brands* gjaldt som nevnt spørsmål om United Brands' leveringsnektelse av bananer til en dansk forhandler, som hadde drevet salgsfremstøt for en av United Brands' konkurrenter, utgjorde brudd på (daværende) artikkel 102.<sup>131</sup> Retten uttalte at dominerende foretak i rimelig omfang må «*be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its said interests*».<sup>132</sup> Det er ingen grunn til å akseptere en praksis som objektivt begrunnet dersom den ikke vil være i stand til å nå sitt påståtte legitime formål. En praksis som ikke er egnet til å oppnå et legitimt formål, gir tvert imot grunnlag for mistanke om at argumentene er falske og at den reelle motivasjonen for å adferden er å begrense konkurransen.<sup>133</sup>

Etter *veiledningen* kan et dominerende foretak rettferdiggjøre adferd som fører til utestengning på grunnlag av effektivitetsgevinster som er tilstrekkelige til å garantere at det sannsynligvis ikke vil oppstå noen netto skade for forbrukerne. Det vises i denne sammenheng til en test som består av fire kumulative vilkår som gjenspeiler vilkårene i TEUV artikkel 101 nr. 3. Det første vilkåret er at «*the efficiencies have been, or are likely to be, realised as a result of the conduct*».<sup>134</sup>

### 3.4.3 Nødvendighet – minst skadelige alternativ

At EU-domstolen bruker uttrykket «*objective necessity*»<sup>135</sup>, antyder at det kan oppstilles et nødvendighetskrav, hvor foretakets adferd må være uunnværlig for å anses berettiget.<sup>136</sup> Med

---

<sup>130</sup> C-331/88, *The Queen mot Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others*, avsnitt 13.

<sup>131</sup> Jf. punkt 3.2.2.

<sup>132</sup> C-27/76, *United Brands mot EU-kommisjonen*, avsnitt 189 (min understreking).

<sup>133</sup> Østerud (2010) s. 268.

<sup>134</sup> *Veiledningen*, avsnitt 30.

<sup>135</sup> Jf. punkt 3.1.

<sup>136</sup> Kolstad (2007) s. 197 og Østerud (2010) s. 270.

andre ord synes rettspraksis å oppstille et krav om at adferden må være det minst skadelige alternativet for å ivareta det legitime formålet.

EU-domstolen har ved flere anledninger kommet til at et dominerende foretaks opptreden ikke var et nødvendig middel for å oppnå et legitimt mål og derfor var uberettiget. Et eksempel på dette er *AKZO*, hvor et av spørsmålene var om AKZO hadde misbrukt sin dominerende stilling ved rovpriser, det vil si priser under kostpris, til ECS' kunder. Retten kom til at prisene var godt under det som var nødvendig for å kunne konkurrere med ECS, og dermed at pristilbudet utgjorde et misbruk.<sup>137</sup> Avgjørelsen tilsier at underpriser ikke kan settes lavere enn nødvendig for å møte konkurransen.<sup>138</sup>

*Veiledningen* sier eksplisitt at for å rettferdiggjøre adferd som fører til utestengelse av konkurrenter på grunnlag av effektivitetsgevinster, må adferden være «*indispensable*» for realisering av disse effektivitetsgevinstene – det må ikke eksistere mindre konkurransebegrensende alternativer til adferden som kan gi samme effektivitetsgevinster.<sup>139</sup>

#### **3.4.4 Forholdsmessighet – proporsjonalitet *stricto sensu***

Selv om den konkurransebegrensende handlingen er egnet til, og nødvendig for å ivareta et legitimt formål, kan handlingen likevel være ulovlig dersom den ikke er forholdsmessig. I *United Brands* erkjente EU-domstolen at et dominerende foretak har rett til å ta slike rimelige skritt som det finner hensiktsmessig for å beskytte sine kommersielle interesser dersom de blir angrepet.<sup>140</sup> Retten presiserte det nærmere innholdet i forholdsmessighetsvurderingen på følgende måte: «*[e]ven if the possibility of a counter-attack is acceptable that attack must still be proportionate to the threat taking into account the economic strength of the undertakings confronting each other*».<sup>141</sup> *United Brands* leveringsnektelse ble imidlertid ansett for å overskride det som med rimelighet kan anses som en sanksjon for å markedsføre et konkurrerende merke.<sup>142</sup> Grunnen til dette var at avslaget ville avskrekke andre modnere/distributører fra å støtte markedsføring av andre merkenavn, og dermed styrke *United Brands*' dominerende stilling.<sup>143</sup> Praksisen var ifølge retten utformet for å ha en

---

<sup>137</sup> C-62/86, *AKZO Chemie v. Commission*, avsnitt 108-109.

<sup>138</sup> Kolstad (2007) s. 198.

<sup>139</sup> *Veiledningen*, avsnitt 30 (min kursivering).

<sup>140</sup> C-27/76, *United Brands v. Commission*, avsnitt 189.

<sup>141</sup> *Ibid.*, avsnitt 190 (min utheving).

<sup>142</sup> *Ibid.*, avsnitt 191.

<sup>143</sup> *Ibid.*, avsnitt 192.

alvorlig innvirkning på konkurransen ved å bare la foretak som er avhengige av det dominerende foretaket fortsette å drive virksomhet.<sup>144</sup> Adferden var derfor uforholdsmessig og overdreven på grunn av dens angivelige alvorlige konkurransebegrensende virkninger.

Med henvisning til *United Brands* uttalte Førsteinstansretten i *Irish Sugar* at handlinger som søker å beskytte handelsinteresser må «*at the very least, in order to be lawful, be based on criteria of economic efficiency and consistent with the interests of consumers*».<sup>145</sup> Selv om retten ikke eksplisitt fastslo at adferdens divergerende økonomiske virkninger bør veies og balanseres mot hverandre, antydte retten at ved spørsmål om en adferd er objektivt begrunnet, er det avgjørende om den er effektiv og forenlig med forbrukernes interesser.<sup>146</sup> Dette tilsier at proporsjonalitetstesten krever en mer omfattende vurdering av praksisens samlede økonomiske virkninger, med særlig sikte på å ivareta forbrukernes interesser i tråd med det overordnede formålet med TEUV artikkel 102.<sup>147</sup>

En slik tilnærming har betydelige likhetstrekk med effektivitetsforsvaret i punkt 3.3.4, mye tyder på at rettspraksis oppstiller et krav om at en netto null/positiv påvirkning på forbrukervelferden for enhver påberopt objektiv begrunnelse. Det kan se ut som at dette som hovedregel er et *minstekrav*, også må man i tillegg vurdere om adferdens fordeler står i et rimelig forhold til de negative effektene på konkurransen isolert sett. Det virker for eksempel rimelig at vern om kommersielle egeninteresser på bekostning av konkurransen krever en utførlig proporsjonalitetsvurdering.

Etter *veiledningen* kan adferd som fører til utestengelse av konkurrenter rettferdiggjøres ved å sannsynliggjøre at de påståtte effektivitetsgevinstene forårsaket av den aktuelle adferden veier opp for de sannsynlige negative effektene på konkurransen og forbrukervelferden.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Ibid., avsnitt 194.

<sup>145</sup> T-228/97, *Irish Sugar v. Commission (Førsteinstans)*, avsnitt 189.

<sup>146</sup> Kolstad (2007), s. 199.

<sup>147</sup> Østerud (2010) s. 253.

<sup>148</sup> *Veiledningen*, avsnitt 30.

# 4 Forholdet mellom en mer virkningsbasert analyse og læren om objektiv begrunnelse

## 4.1 Innledning

Som vi så i punkt 2.3 om misbruksvilkåret er det grunn til å anta at rettstilstanden beveger seg mot en mer virkningsbasert tilnærming til misbruksspørsmålet. Dermed aktualiseres et spørsmål om, og i så fall hvordan, dette påvirker læren om objektiv begrunnelse. Vil objektive begrunnelser nå i større grad aksepteres, eller reduseres dominerende foretaks adgang til å fremme objektive begrunnelser? Vil dette avhenge av den objektive begrunnelsen eller adferdens art? I dette kapittelet vil relevant rettspraksis og litteratur undersøkes for å identifisere en eventuell utvikling i dette forholdet.

## 4.2 Noen utgangspunkter

I nevnte *Microsoft* om koblingssalg drøftet EU-kommisjonen kravet til ekskluderende virkning, og legger til grunn at det er tilstrekkelig å påvise at adferden er egnet («*liable*») til å ha en slik virkning.<sup>149</sup> *Inge Kaasen* argumenterer med at det ville vært enklere for EU-kommisjonen å legge til grunn at en påvisning av en relevant kobling er nok i seg selv, og deretter gå til spørsmålet om objektiv begrunnelse. At EU-kommisjonen lar være å gjøre dette, mener Kaasen trolig skyldes at det er ønskelig med en virkningsorientert utvikling i tråd med *veiledningen*.<sup>150</sup> I den grad dette kan tolkes som at bevegelsen mot en virkningsbasert analyse generelt reduserer adgangen til å anføre en objektiv begrunnelse, synes jeg dette er en forsvarlig tilnærming. Ved å gå grundigere til verks og studere de faktiske eller mulige konsekvensene en konkret adferd, antar jeg at det vil kunne være mindre rom for å begrunne en slik adferd dersom konklusjonen blir at adferden overskrider virkningskravet til TEUV artikkel 102. Til sammenligning med en form-basert analyse som kategoriserer adferder basert på ytre egenskaper som antas å ha en konkurransebegrensende effekt (for eksempel en

---

<sup>149</sup> Jf. punkt 3.2.4. COMP/C-3/37.792, *Microsoft (EU-kommisjonen)*, avsnitt 838.

<sup>150</sup> *Inge Kaasen (2009)*, punkt 5.2.

pris-kostnad-sammenligning), vil en virkningsbasert analyse trolig kreve mer ressurser, og det kan i praksis bli mindre ressurser til overs for å drøfte om en objektiv begrunnelse foreligger. Det kan dessuten fremstå som mer sannsynlig for et foretak å få gjennomslag for en objektiv begrunnelse ved form-basert analyse når en slik test indikerer at adferden kan bedømmes som konkurranseskadende selv som den reelt sett ikke er det.

## 4.3 Telenor-saken

### 4.3.1 Sakens bakgrunn og Konkurransetilsynets vedtak

Konkurransetilsynet ila den 21. juni 2018 Telenor et overtredelsesgebyr på 788 millioner kroner for å ha misbrukt sin dominerende stilling i det norske mobilmarkedet i strid med konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.<sup>151</sup> Bakgrunnen for vedtaket er at Telenor i 2010 endret vilkårene i avtalen med Network Norway om leie av Telenors nett. Gjennom den nye avtalen reduserte Telenor prisen for selve bruken av Telenors nett, men innførte samtidig en avgift som økte med antall kunder. Denne avgiften ble ikke Network Norway kvitt med økt bruk av eget nett, noe som ifølge vedtaket fjernet insentiver til å fortsette utbyggingen av det tredje nettet. Telenor påklaget vedtaket til Konkurransklagenemnda, som stadfestet Konkurransetilsynets vedtak.<sup>152</sup> Deretter fremmet Telenor søksmål mot staten v/Konkurransetilsynet, men staten ble i lagmannsretten frifunnet.<sup>153</sup>

Selv om norsk underrettspraksis generelt ikke er en tungtveiende rettskilde ved tolking av konkurranseloven § 11 eller TEUV artikkel 102, synes jeg likevel at lagmannsrettens dom er verdt å undersøke. Saken er omfattende, fersk og resulterte i det største overtredelsesgebyret noen gang ilagt i norsk konkurranserettslig historie. I en slik sak kan det være interessant å se hvordan den norske domstolen behandler spørsmålet om virkning og objektiv begrunnelse. Høyesteretts ankeutvalg avviste nylig anken, og rettsavgjørelsen til lagmannsretten er dermed rettskraftig.<sup>154</sup> Dette tyder på at Høyesterett anser lagmannsrettens rettsanvendelse, saksbehandling og faktiske avgjørelsesgrunnlag for å være i overensstemmelse med gjeldende rettstilstand.

---

<sup>151</sup> Vedtak V2018-20 – Telenor Norge AS og Telenor ASA – konkurranseloven § 29, jf. § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.

<sup>152</sup> VO3/2019-34 - Telenor AS/Telenor ASA.

<sup>153</sup> *Telenor-saken* LG-2019-137886-2.

<sup>154</sup> Jf. HR-2021-2314-U.

### 4.3.2 Lagmannsrettens dom

Lagmannsretten synes hverken å foreta en form-basert misbruksanalyse eller å kategorisere Telenors adferd som åpenbart konkurranseskadelig, men vier derimot mye oppmerksomhet til forholdet mellom den konkrete adferden og dens mulige konkurransebegrensende virkninger. I punkt 4.3 foretar lagmannsretten en redegjørelse for dens oppfatning av hvilke krav til virkning som gjelder for adferden. Retten legger til grunn at det foreligger et egnethetskrav, men at mangelen på konsekvente og ensartede formuleringer etterlater usikkerhet om hva dette kravet innebærer materielt. Kravet til årsaksevne må utvilsomt overstige det rent teoretiske eller hypotetiske. Lagmannsretten slutter seg til Whish & Bailey sitt synspunkt om at det ikke finnes noen *per se* konkurranserettsbrudd, men at rettstilstanden synes å bevege seg mot en mer virkningsbasert tilnærming.

Lagmannsretten går så inn på en vurdering av om det gjelder, og i så fall hvor strengt, et krav om sannsynlighet for virkning utover en påvisning av et potensial som ikke er hypotetisk. Telenors påstand om at kravet til sannsynlighet varierer ut fra adferdstypen forkastes, og lagmannsretten trekker frem blant annet *AstraZeneca* og *Tomra* som argumenter for at det er tilstrekkelig å påvise et *potensial* for konkurranseskade. Etter en nærmere diskusjon av synspunkter som har vært gjort gjeldende i juridisk teori, lander lagmannsretten på at egnethetskriteriet innebærer et «*minstekrav om sannsynlighet*» for den konkurranseskadelige virkningen.

Etter en bevisvurdering finner lagmannsretten at det forelå en «*realistisk mulighet*» for at prisomleggingen kunne påvirke incentivene til fortsatt utbygging av det tredje nettet.

Før lagmannsretten konkluderer på spørsmålet om Telenors adferd utgjorde et misbruk i strid med konkurranseloven § 11, vurderer den i kapittel 6 om Telenor har en objektiv begrunnelse for sin adferd. Det henvises til *British Airways* om at en sentral vurdering er hvorvidt tiltaket er egnet til å føre til effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode.<sup>155</sup>

Lagmannsretten legger til at det ikke finnes rettspraksis fra EU-domstolen hvor et slikt forsvar har ført frem, og at dette kan antyde en viss terskel. Telenor anførte at prisomleggingen hadde en viss positiv effekt på konkurransen og dermed også prisnivået i sluttproduktmarkedet, ettersom Network Norway fikk redusert sine gjestingskostnader med omtrent 20 %.

Lagmannsretten finner at prisomleggingen var egnet til å ha denne virkningen, men dette

---

<sup>155</sup> C-95/04, *British Airways mot EU-kommisjonen*, avsnitt 69 og 86.

nyanseres av antakelsen om at en prisreduksjon i sluttbrukermarkedet uansett kunne ha funnet sted, og at prisomleggingen følgelig ikke var nødvendig for denne positive effekten.

Lagmannsretten henviser i punkt 6.1 til en uttalelse i *Post Danmark I* om at positive effekter av adferden må veie opp («*counteract*») for de negative effektene dersom adferden skal anses for å være objektivt begrunnet med effektivitetsgevinster. I punkt 6.2 foretas en slik vurdering, hvor retten kommer til at «*bare en del av de påberopte effektivitetsgevinster kan anses relevante som en oppveining («counterbalancing») av TA2s negative effekter for konkurransen*».

Lagmannsretten synes her å ha et godt grunnlag for denne vurderingen når den først har slått fast hvilket virkningskrav som gjelder, og hvilke konkurransebegrensende virkninger den konkrete adferden hadde. På denne måten har man et godt utgangspunkt for å vurdere hvor mye positive effektivitetsgevinster som skal til for å «*nulle ut*» de negative effektene. Det kan jo tenkes at dette nettopp medførte at lagmannsretten kunne avgrense de positive effektene til å (kun) *delvis* veie opp for de negative effektene på konkurransen. Det er etter mitt syn naturlig å anta at en form-basert misbruksanalyse gir et svakere grunnlag for en slik avveining, i det man gjerne ikke har vurdert de konkrete virkningene like grundig. *Intel* synes jo nettopp å forutsette en virkningsbasert analyse når man skal vurdere om de konkurransefremmende effektene utligner de negative effektene.<sup>156</sup>

Som det fremgår av oppgavens punkt 3.2 er det ved spørsmål om utligningseffektivitet helt nødvendig å vurdere proporsjonalitet, nødvendighet og egnethet, jf. *Post Danmark I*. Som nevnt kommer lagmannsretten til at prisomleggingen ikke var nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinster, og begrunner dette med at «*den samlede bevisførsel gitt grunnlag for å anta at den samme konkurranse på sluttbrukermarkedet kunne ha blitt oppnådd ved bruk av en variabel pris*», og ikke gjennom den faste avgiften som ble innført.

Videre vurderer lagmannsretten i punkt 6.3 andre påberopte effektivitetsgevinster, hvor Telenor anfører at de fikk løst konflikten med Network Norway, og dermed sparte utgifter i så måte. Lagmannsretten kommer til at enighet mellom to parter ikke i seg selv kan hevdes å stimulere konkurranse, og viser til at årsakssammenhengen mellom en slik enighet og en opprettholdt eller bedret konkurranse er fjern. Hvilket krav til sannsynlighet lagmannsretten

---

<sup>156</sup> C-413/14 P, *Intel*, avsnitt 140.



her legger til grunn kommer ikke frem, men det er etter mitt skjønn naturlig å anta at det samme må gjelde for de positive effektene i saken, altså et «*minstekrav om sannsynlighet*», hvor det ikke er nok med potensielle effektivitetsgevinster.

Når retten går grundig til verks både i spørsmålet om virkningskravet og om objektiv begrunnelse, kan dette tyde på en forståelse om at økt fokus på virkningen ikke nødvendigvis skal føre objektive begrunnelser i skyggen. Denne tilnærmingen har også gode grunner for seg. Ved en grundig virkningsanalyse kan kreve mye ressurser, men da er også grunnlaget godt for å vurdere om (det sannsynlige) skadeomfanget av adferden kan begrunnes.

Begrunnelsen for et økt fokus på virkningen er blant annet rettsikkerhet, hvor domstolene synes å ha lagt seg på en «for streng» tilnærming ved form-basert analyse, med fare for falske negativer. Rettsikkerhetsformålet burde etter mitt syn da også gjelde ved spørsmål om det foreligger en objektiv begrunnelse som legitimerer adferden.

## 4.4 Juridisk litteratur

Det er tilsynelatende få juridiske forfattere som tar opp forholdet mellom virkningsanalysen og objektive begrunnelser, men *Tjarda van der Vijer* mener at læren om objektiv begrunnelse synes å passe godt inn i den virkningsbaserte tilnærmingen.<sup>157</sup> Han fremhever særlig tilfeller hvor TEUV artikkel 102 krever en analyse av virkningen, og viser som et eksempel til eksklusiv kjøpspraksis fra foretak som er så dominerende at praksisen høyst sannsynlig påvirker konkurransen.<sup>158</sup> Jeg klarer ikke helt å se denne koblingen. Det er så vidt meg bekjent ingen EU-rettspraksis som antyder at graden av dominans er proporsjonal med plikten til å analysere adferdens effekt, og *Vijer* synes ikke å begrunne hvorfor eller hvordan dette i så fall harmonerer med adgangen til å fremme en objektiv begrunnelse. Samtidig er jeg naturligvis enig i at adferd til særlig dominerende foretak i praksis vil ha lettere for å fordømmes som konkurransebegrensende, og som jeg argumenterte for i punkt 4.2 tror jeg dette i enkelte tilfeller begrenser adgangen til å påberope en objektiv begrunnelse. Men dette vil jo være et argument for at læren om objektiv begrunnelse nettopp *ikke* passer godt inn i den virkningsbaserte tilnærmingen.

---

<sup>157</sup> *Vijer* (2012), s. 55: «*The objective justification plea is useful to provide more legal certainty and coherence as to the application of Article 102 TFEU and appears to fit well within the 'effects-based' approach advocated by many*».

<sup>158</sup> *Ibid.*, s. 75.

Et annet poeng som *Vijer* trekker frem, er at påstand om effektivitetsgevinster kun aksepteres i den grad nettoeffekten på konkurransen er positiv.<sup>159</sup> Dette tilsier at både de positive og de negative effektene må vurderes, før man går over til spørsmålet om utligning. I praksis tror jeg derfor at effektivitetsgevinster som objektiv begrunnelse i større grad vil analyseres nå enn før, uten at dette nødvendigvis fører til at de i større grad aksepteres.<sup>160</sup> Et spørsmål som reiser seg her, er hvilken betydning det har for rettens misbruksanalyse at det dominerende foretak fremmer en effektivitetspåstand. Pliktet dette retten til å analysere både positive og negative faktiske eller mulige konkurransevirkninger? Jeg mener ja, og EU-domstolen i *Intel* synes å støtte en slik tilnærming idet den eksplisitt uttaler at når EU-kommisjonen foretok en analyse av utligningseffektivitet, pliktet Førsteinstansretten å behandle alle fremsatte argumenter om gyldigheten til EU-kommisjonens vurdering.<sup>161</sup>

Dersom retten tillater effektivitetspåstanden fremmet, men likevel holder seg til en form-basert analyse, blir spørsmålet hvilket krav til sannsynlighet som skal gjelde for de respektive effektene. Det kan bli rotete å anta at en adferd er konkurransebegrensende basert på formalistisk kategorisering og empiri, for deretter å vurdere hvilke positive effektivitetsgevinster den konkrete adferden potensielt hadde. Sammenligningsgrunnlaget blir da svakt i spørsmålet om de positive og negative effektene utligner hverandre. I punkt 4.3.2 antar jeg at det samme kravet til sannsynlighet gjelder for både de positive og de negative effektene, og dette mener jeg bør bli resultatet i enhver sak hvor effektivitetspåstand tillates fremmet: retten bør fastslå et virkningskrav, for deretter å vurdere om de positive og negative effektene når virkningskravet. Rettssikkerhetsgarantier tilsier i hvert fall at det ikke bør stilles et høyere krav til sannsynlighet for de positive effektene enn de negative. Uansett er det mye som taler for at retten bør foreta en virkningsbasert analyse i enhver sak om misbruk av dominerende stilling, og særlig ved effektivitetspåstander.

Som nevnt punkt 3.2.2 ser Østerud ut til å mene at en omfattende vurdering av om adferden fører til konkurransebegrensende virkninger kan *reducere behovet* for «*meeting competition defence*», altså beskyttelse av kommersielle interesser anført som objektiv begrunnelse.<sup>162</sup> Umiddelbart kan dette se ut til å støtte min tilnærming i punkt 4.2 om at det i praksis vil være

---

<sup>159</sup> Ibid.

<sup>160</sup> I *Intel* uttalte retten i avsnitt 140 at utligningseffektivitet kun kan vurderes etter en analyse av praksisens iboende evne til å utelukke konkurrenter som er minst like effektive som det dominerende foretaket. Mye tyder derfor på at spørsmål om effektivitetsgevinster nå forutsetter en virkningsbasert analyse.

<sup>161</sup> C-413/14 P, *Intel mot EU-kommisjonen*, avsnitt 8 i *Summary ECLI:EU:C:2017:632*.

<sup>162</sup> Østertud (2010), s. 254.

lite rom for å vurdere og akseptere objektive begrunnelser dersom en grundig misbruksanalyse avdekker at adferden når virkningskravet. Noe nyansert kan uttalelsen forstås som et synspunkt om at en grundig virkningsanalyse ivaretar rettssikkerheten på et nivå som medfører at det dominerende foretakets behov for å anføre «*meeting competition defence*» reduseres. Påstanden fremstår som ubegrunnet, og har dermed en begrenset rettskildemessig vekt.

Uttalelsen kan uansett ikke tolkes som en konklusjon om at et økt fokus på virkningen reduserer adgangen til å fremme en objektiv begrunnelse på et universelt nivå, og må begrenses til anføring av «*meeting competition defence*». Dette aktualiserer et spørsmål om adgangen til å fremme en objektiv begrunnelse ved virkningsbasert analyse avhenger av den objektive begrunnelsens art. Den firedelte kategoriseringen i kapittel 3 kan også deles opp i to: kommersielle egeninteresser og fellesskapets interesser. Førstnevnte burde etter mitt syn nyte svakest vern av de to, en tilnærming som kan forklare at Østerud uten videre legger til grunn at en omfattende virkningsanalyse kan redusere behovet for å behandle beskyttelse av kommersielle interesser som objektiv begrunnelse. Utover dette har jeg vanskelig for å tro at kategorien til den objektive begrunnelsen skal være avgjørende for adgangen til å tillate den.

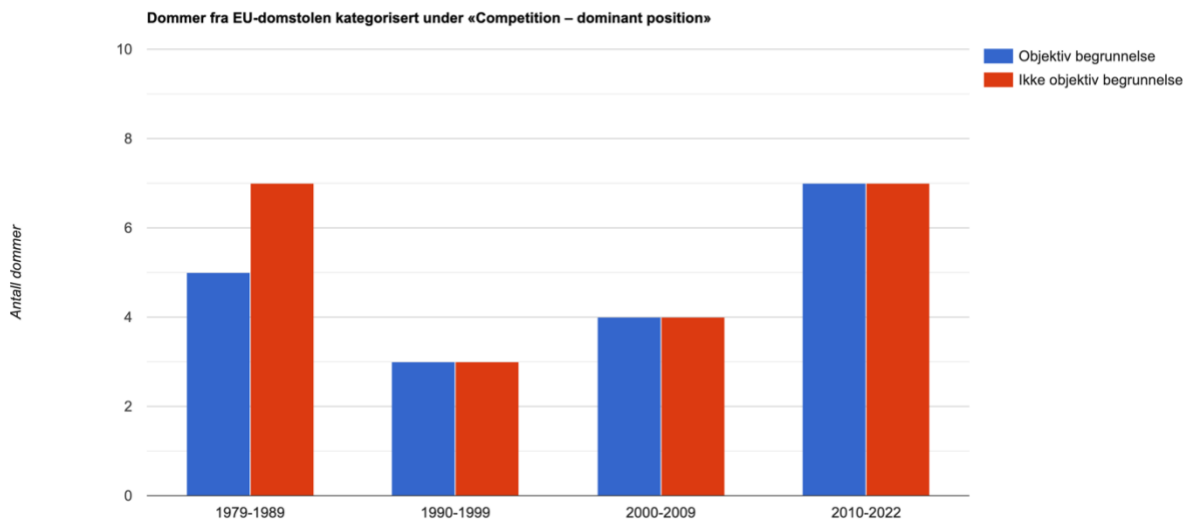
## 4.5 Statistikk

Siden den første «offisielle definisjonen» på misbruk i *Hoffman-LaRoche* i 1979 og frem til i dag har EU-domstolen avsagt 40 dommer om misbruk av dominerende stilling i strid med TEUV artikkel 102, hvorav 19 av disse eksplisitt vurderer objektiv begrunnelse. Statistikken er basert på en gjennomgang av hvilke av de 40 rettsavgjørelsene som eksplisitt aktualiserer «objective(ly) justified/justification/necessity».

Disse rettsavgjørelsene er inndelt i (ca.) tiårs-epoker, og fremstilles i figuren nedenfor. Figuren viser at EU-domstolen i disse periodene har tatt opp spørsmålet om objektiv begrunnelse like mange ganger som de ikke har gjort det, med unntak av perioden 1979-1989.<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> Basert på dommer på EU-domstolens offisielle database på [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) kategorisert under «Competition – dominant position». Blå søyle er basert på dommer som eksplisitt aktualiserer *objective(ly) justified/justification/necessity*.



Figur 1: EU-domstolens rettsavgjørelser om misbruk av dominerende stilling fra 1979 til november 2022. Blå søyle representerer antall rettsavgjørelser som eksplisitt aktualiserer «objective(ly) justified/justification/necessity», og rød søyle de som ikke gjør det.

Når andelen dommer med behandling av objektive begrunnelser i misbrukssaker synes å være lik for omtrent hvert tiår, kan dette tyde på at det ikke har skjedd noen endring i objektive begrunnelsers aktualitet. Det kan synes som om utviklingen mot en mer virkningsbasert tilnærming fra tidlig 2000-tallet ikke har påvirket adgangen til å fremme objektive begrunnelser eller domstolens behov for å avklare usikkerhet rundt dette temaet.

Figuren er kun ment for å gi en viss pekepinn, ettersom man bør være forsiktig med å trekke noen klare konklusjoner basert på disse tallene. For det første er det snakk om et relativt få antall saker, noe som svekker grunnlaget for å hevde at en konstant «50/50-fordeling» representerer rettstilstanden som helhet. For det andre kan det finnes en rekke grunner til at objektive begrunnelser ikke eksplisitt ble behandlet, for eksempel fordi det ikke ble anført av det dominerende foretaket eller fordi spørsmålet allerede ble behandlet i underretten og EU-domstolen ikke så et behov for å behandle det på nytt. Dermed er ikke fordelingen nødvendigvis en representativ illustrasjon for adgangen til å fremme en objektiv begrunnelse.

Noe som derimot er langt mer nærliggende å konkludere med er at fra den første «offisielle definisjonen» på misbruk i *Hoffman-LaRoche* i 1979 til reformen på 2000-tallet, gir søylene i figuren et godt bilde av behovet for EU-domstolens rettsavklarende rolle i de respektive periodene.

## 4.6 Analysens funn og *de lege ferenda*

En form-basert analyse er basert på en tanke om effektiv ressursbruk, og fra et slikt perspektiv kan det tenkes at det ved en slik tilnærming i praksis vil være mer ressurser til overs for å vurdere om adferden kan rettferdiggjøres med en objektiv begrunnelse. Dessuten eksisterer en mulighet for at adferden i realiteten ikke er konkurransebegrensende når den presumeres å være det basert på ytre egenskaper, noe som tilsier at en objektiv begrunnelse i større grad bør tillates sammenlignet med tilfeller hvor man ved en grundig virkningsanalyse har konkludert med at adferden er konkurransebegrensende.

Samtidig har man i sistnevnte tilfelle et bredere grunnlag for å vurdere om (det sannsynlige) skadeomfanget til adferden kan rettferdiggjøres. Begrunnelsen for en mer virkningsbasert tilnærming er blant annet rettssikkerhetsgarantier, hvor man ønsker å unngå å anvende misbruksforbudet på adferd som i realiteten ikke er konkurransebegrensende. Fra et slikt perspektiv kan det hevdes at rettssikkerheten også skal gjelde når man skal vurdere i hvilken utstrekning en objektiv begrunnelse skal vurderes eller aksepteres.

Objektive begrunnelsers rolle i utviklingen mot en mer virkningsbasert analyse, synes å ha fått lite oppmerksomhet i juridisk litteratur. En mulig forklaring på dette er at kravet om å påvise at adferden er egnet til å forårsake konkrete konkurransebegrensende virkninger, (delvis) overtar objektive begrunnelsers rolle i målet om å hindre en for vid anvendelse av TEUV artikkel 102, herunder at handlinger som ikke har negative virkninger for konkurransen og forbrukerne, likevel rammes av forbudet.

Etter mitt syn burde ikke en kursendring mot en mer virkningsbasert analyse gå på bekostning av adgangen til å fremme en objektiv begrunnelse. En grundig, virkningsanalyse vil være et godt utgangspunkt for å effektivt avslå eller akseptere en objektiv begrunnelse, og basert på rettssikkerhetsgarantier burde objektive begrunnelser undersøkes selv om konkurransebegrensende virkninger er avdekket. Dessuten vil en bevegelse bort fra en formalistisk tilnærming kunne resultere i mindre klare, formelle regler. Dette tilsier mindre forutberegnelighet og et økt behov for å ivareta retten til å forsvare seg.

Basert på rettspraksis er det nok ikke mulig å konkludere tydelig, men nyere rettspraksis som *Intel og Post Danmark I* antyder en økende vilje til å vurdere om det dominerende foretakets adferd er objektivt begrunnet med effektivitetsgevinster og til å veie disse gevinstene mot

skaden på markedsstrukturen. Statistikken for aktualisering av objektive begrunnelser i EU-domstolen tyder i det minste på at objektive begrunnelser ikke har en *mindre* betydning nå enn før.

## 5 Oppsummering og konklusjoner

I denne oppgaven har jeg illustrert hvilke objektive begrunnelser som kan legitimere konkurransebegrensende adferd. Rettsutviklingen har tatt utgangspunkt i ulike typer misbrukshandlinger, noe som har medført en rekke forskjellige misbrukstester og kanskje like mange mulige objektive begrunnelser. En mulig systematisering av disse består av inndeling i fire kategorier: beskyttelse av kommersielle interesser; tekniske eller kommersielle begrensninger; offentlige interesser; og effektivitetsgevinster. Dersom et dominerende foretak skal lykkes med å fremme en objektiv begrunnelse, må den bestå en proporsjonalitetstest. Med dette menes at den aktuelle praksisen må være et forholdsmessig middel, samt egnet og nødvendig, for å oppnå et legitimt formål.

Det mangfoldige rettslige innholdet av læren om objektiv begrunnelse bekrefter behovet for en enhetlig metode for å avgjøre om et dominerende foretak har misbrukt sin dominerende stilling. I mangel på ensartet misbruksanalyse synes rettstilstanden likevel å rette kurs mot en virkningsbasert tilnærming til misbruksspørsmålet. Fokuset rettes mot en adferdens mulige virkninger *i det konkrete tilfellet*, i stedet for å avgrense vurderingen til adferdens ytre form og egenskaper. Det kreves ikke faktisk inntrufne virkninger, men virkningskravet ligger samtidig over rent hypotetiske virkninger.

Det er vanskelig å konkludere med at denne utviklingen har hatt en nevneverdig påvirkning på læren om objektiv begrunnelse, men etter mitt syn tilsier rettssikkerhets- og forutberegnelighetshensyn at en kursendring mot en mer virkningsbasert analyse ikke burde gå på bekostning av adgangen til å fremme en objektiv begrunnelse. Etter meg bekjent har temaet fått lite oppmerksomhet i litteraturen og ved domstolene, men enkelte nyere rettsavgjørelser antyder en økende vilje til å vurdere om det dominerende foretakets adferd er objektivt begrunnet med effektivitetsgevinster. Fra et statistisk perspektiv synes ikke aktualiseringen av objektive begrunnelser å avta.

Dette temaet fortjener etter min mening mer undersøkelse. Selv om det kan tenkes at en mer virkningsbasert tilnærming delvis overtar objektive begrunnelsers rettssikkerhetsrolle, er det fortsatt behov for ytterligere klarhet i hvilke typer objektive begrunnelser som kan påberopes og hvilke vilkår som må være oppfylt. En ytterligere utvikling i læren om objektiv begrunnelse og proporsjonalitet vil kunne bringe misbrukskriteriet nærmere en to-leddet, virkningsbasert analyse og sikre et sammenhengende konkurranserettslig analysesystem.





- Rognstad (2021) Rognstad, Ole-Andreas m.fl., *Markedsrett. Innføring i markeds-førings-, konkurranse- og immaterial-rett*, 1. utg., Universitetsforlaget 2021.
- Rousseva (2010) Rousseva, Ekaterina, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, 1. utg., Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2010.
- Whish & Bailey (2021) Whish, Richard og David Bailey, *Competition Law*, 10. utg., Oxford University Press 2021.
- Whish (2008) Whish, Richard, *Competition Law*, 6. Utg., Oxford University Press 2008.
- Østerud (2010) Østerud, Eirik, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant undertakings under EU Competition Law – The Spectrum of Tests*. Kluwer Law International 2010.

## **Artikler og kapitler**

- Colomo (2018) Colomo, Pablo Ibáñez, *The Future of Article 102 TFEU after Intel*, *Journal of European Competition Law & Practice* 9, nr. 5, 2018, s. 293-303.
- Colomo (2020) Colomo, Pablo Ibáñez, *Persistent myths in competition law (V): 'there is no*

*such thing as an abuse by object (or by effect)*  
under Article 102 TFEU, blogginnlegg,  
ChillingCompetition, januar 2020.

Coscelli (2008)

Coscelli, A., *Efficiency and Anticompetitive Effects of Tying*, i *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, ed. Ehlermann & Marquis (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008).

Gual (2005)

Gual, Jordi m.fl., *An Economic Approach to Article 82*, the European Advisory Group on Competition Policy 2005.

Nazzini (2015)

Nazzini, R., *Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102 TFEU*, *Journal of European Competition Law and Practice*, 6 JECLAP 301, 2015.

Paulis (2007)

Paulis, Emil, *The Burden of Proof in Article 82 Cases*, i *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law and Policy*, 2006, ed. B. E. Hawk (Juris Publishing, 2007).

Rousseva (2007)

Rousseva, E., *Abuse of Dominant Position Defences – Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernisation*, i *EC Competition Law – A Critical Assessment*, ed. Amato & Ehlermann (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007).

Temple Lang (2004)

Temple Lang, John, *Anticompetitive Non-Pricing Abuses under European and National Antitrust Law*, i Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law & Policy, 2003, ed. B. E. Hawk (Juris Publishing, 2004).

Vijer (2012)

Vijver, Tjarda van der, *Objective Justification and Article 102 TFEU*, World Competition Law and Economics Review, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2012, Volume 35 Issue 1) pp. 55 – 76.

## **Lovkommentarer**

Gjendemsjø, Ronny

Karnov lovkommentarer: konkurranseloven § 11 note 1, lovdata.no (lest 24. november 2022)

## **Lover og traktater**

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) AVT-1992-05-02-1

EMK

LOV-1999-05-21-30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Vedlegg 2: Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)

Konkurranseloven

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 2004 nr. 12 [konkurranseloven eller krrl]

TEUV Treaty on the Functioning of the European Union, desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009 (Traktaten om Den europeiske unions virkemåte)

TEU Treaty on European Union, ikrafttredelse 7. Juni 2016 (Traktaten om Den europeiske union – Maastricht-traktaten)

## Forordninger og direktiver

Rådsforordning 1/2003 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

## Opinion of Advocate General

Advocate General Jacobs - Opinion of AG Jacobs, C-53/03, *Syfait and Others v. Glaxo-SmithKline*, ECLI:EU:C:2005:333, avsnitt 72

- Opinion of AG Jacobs, C-7/97, *Oscar Bronner v. Mediaprint*, ECLI:EU:C:1998:264, avsnitt 57

## Rettspraksis fra EU-domstolen

*Continental Can* C-6/72 *Continental Can Inc. v. Commission of the European Communities*, EU:C:1973:22

*Commercial Solvents* C-6 og 7/73, *Commercial Solvents v. Commission*, EU:C:1974:18

<i>United Brands</i>	C-27/76, <i>United Brands v. Commission</i> , ECLI:EU:C:1978:22
<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 (Michelin I)</i> , EU:C:1983:313
<i>Télémarketing</i>	C-311/84, <i>CBEM v. CLT og IPB</i> , ECLI:EU:C:1985:394
<i>Ministère public</i>	C-395/87, <i>Ministère public v. Tournier</i> , ECLI:EU:C:1989:319
<i>The Queen</i>	C-331/88, <i>The Queen mot Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others</i> , ECLI:EU:C:1990:391
<i>AKZO</i>	C-62/86, <i>AKZO Chemie v. Commission</i> , EU:C:1991:286
<i>Tetra Pak</i>	C-333/94 P, <i>Tetra Pak International v. Commission</i> , ECLI:EU:C:1996:436
<i>Compagnie Maritime</i>	C-395-396/96, <i>Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission</i> , ECLI:EU:C:2000:132
<i>Portugal</i>	C-163/99, <i>Portugal v. Commission</i> , ECLI:EU:C:2001:189

<i>Wouters</i>	C-309/99, <i>Wouters and others mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten</i> , ECLI:EU:C:2002:98
<i>IMS Health</i>	C-418/01, <i>IMS Health mot NDC Health</i> , ECLI:EU:C:2004:257
<i>Syfait</i>	C-53/03, <i>Syfait m.fl. mot Glaxo-SmithKline</i> , ECLI:EU:C:2005:333
<i>British Airways</i>	C-95/04, <i>British Airways v. Commission</i> , EU:C:2007:166
<i>France Télécom</i>	C-202/07 P, <i>France Télécom mot EU-kommisjonen</i> , ECLI:EU:C:2009:214
<i>Deutsche Telekom AG</i>	C-280/08 P, <i>Deutsche Telekom AG v. Commission</i> , EU:C:2010:603
<i>TeliaSonera</i>	C-52/09, <i>Konkurransverket mot TeliaSonera Sverige AB</i> , EU:C:2011:83
<i>Tomra</i>	C-549/10 P, <i>Tomra Systems mot EU-kommisjonen</i> , EU:C:2012:221
<i>Post Danmark I</i>	C-209/10, <i>Post Danmark v. Konkurrenterådet (Post Danmark I)</i> , EU:C:2012:172
<i>Post Danmark II</i>	C-23/14, <i>Post Danmark v. Konkurrenterådet (Post Danmark II)</i> , EU:C:2015:651
<i>Intel</i>	C-413/14 P, <i>Intel mot EU-kommisjonen</i> , ECLI:EU:C:2017:632

*Paroxetine* C-307/18 *Generics (UK) and Others v CMA*, EU:C:2020:52

*Servizio Elettrico* C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale and Others*, ECLI:EU:C:2022:379

## **EU-domstolens underrettspraksis**

*Hilti (Førsteinstans)* T-30/89, *Hilti v Commission*,  
ECLI:EU:T:1991:70

*Port of Rødby (EU-kommisjonen)* 94/119/EC *Port of Rødby*, OJ Saml. 1994 s. L  
55/52

*Irish Sugar (Førsteinstans)* T-228/97, *Irish Sugar v Commission*,  
ECLI:EU:T:1999:246

*British Airways (Førsteinstans)* T-219/99, *British Airways v. Commission*,  
ECLI:EU:T:2003:343

*Microsoft (EU-kommisjonen)* COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Commission  
decision av 34.3.2004, C(2004)900

*Atlantic Container (Førsteinstans)* Forente saker T-191/98, T-212/98 to T-214/98,  
*Atlantic Container Line and others mot EU-*  
*kommisjonen*, ECLI:EU:T:2003:245

*Microsoft (Førsteinstans)* T-201/04, *Microsoft mot EU-kommisjonen*,  
ECLI:EU:T:2007:289

*Intel (Førsteinstans)*

T-286/09, *Intel v. Commission*,  
EU:T:2014:547

## **Norsk rettspraksis**

*Tine*

Rt. 2011 s. 910

*Telenor-saken*

LG-2019-137886-2

*Høyesteretts ankeutvalg*

HR-2021-2314-U

## **Forvaltningspraksis**

*Konkurransetilsynet*

*Vedtak V2018-20 - Telenor AS/Telenor ASA*

*Konkurranseskjennemnda*

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

## **Forarbeider**

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)

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

## **Veiledere**

Veiledning (1997)

*COMMISSION NOTICE on the definition of  
relevant market for the purposes of Community  
competition law (97/C 372/03) av 09.12.1997*



Veiledning (2004)

«*Guidelines on Vertical Restraints*», EU-kommisjonskommunikasjon av 27 april 2004, OJ 2004/C 101/08

*Veiledningen*

Communication from the Commission — *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, 24.2.2009

## **Nettsider**

EUs offisielle database

EU-domstolens offisielle database på [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

# Lister over tabeller, figurer o.l.

Figur 1:

