

**FORBUDET MOT MISBRUK AV DOMINERENDE
STILLING I EF-TRAKTATEN ARTIKKEL 82**

OG

LÆREN OM OBJEKTIV BEGRUNNELSE

Kandidatnr: 141

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 10. april 2005

Til sammen 31.266 ord

08.04.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	AVHANDLINGENS TEMA OG HOVEDPROBLEMSTILLINGER	4
1.2	PRESENTASJON AV MISBRUKSKRITERIET OG LÆREN OM OBJEKTIV BEGRUNNELSE	6
1.3	AVHANDLINGENS METODE OG VIDERE FREMSTILLING	11
<u>2</u>	<u>LEGITIMT FORRETNINGSFORMÅL SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE VED KONKURRANSEBEGRENSENDE MISBRUK</u>	<u>14</u>
2.1	INNLEDNING	14
2.2	LEGITIMT FORRETNINGSFORMÅL SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE?	15
2.3	HVA UTGJØR ET LEGITIMT FORRETNINGSFORMÅL?	19
2.3.1	MØTE KONKURRANSEN/BESKYTTE SINE HANDELSINTERESSER MOT ET ANGREP	19
2.3.2	SIKRE KVALITETEN PÅ VARER OG TJENESTER	21
2.3.3	IKKE INNGÅ ØKONOMISK ULØNNSOMME AVTALER	23
2.3.3.1	Kapasitetsbegrensninger	23
2.3.3.2	Tekniske hindringer	26
2.3.3.3	Kreditrisiko	27
2.3.4	EFFEKTIVITETSGEVINSTER	28
2.3.5	PRODUKTLANSERING	30
2.3.6	TAPSBEGRENSNING	30
2.3.7	PRIORITERING AV FASTE KUNDEFORBINDELSER	31
2.3.8	ANDRE?	31
2.4	PROPORSJONALITET MELLOM MÅL OG MIDLER	32
2.4.1	INNLEDNING	32
2.4.2	DET EF-RETTLIGE PROPORSJONALITETSPRINSIPPET OG KONKURRANSERETTENS PROPORSJONALITETSVURDERINGER	33
2.4.3	EGNETHET	37
2.4.4	NØDVENDIGHET – MINST SKADELIGE ALTERNATIV	39
2.4.5	FORHOLDMESSIGHET – PROPORSJONALITET <i>STRICTO SENSU</i>	44
2.4.5.1	Relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen	44

<u>3</u>	<u>ALLMENNE HENSYN SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE VED KONKURRANSEBEGRENSENDE MISBRUK</u>	50
3.1	INNLEDNING	50
3.2	ALLMENNE IKKE-FORRETNINGSMESSIGE HENSYN SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE?	51
3.3	PROPORSJONALITET MELLOM MÅL OG MIDLER	58
<u>4</u>	<u>INCENTIVER TIL INNOVASJON SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE VED KONKURRANSEBEGRENSENDE MISBRUK</u>	60
4.1	INNLEDNING	60
4.2	DET DOMINERENDE FORETAKETS INNOVASJONSINCENTIVER SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE?	62
4.3	AVVEINING MELLOM DYNAMISK OG STATISK EFFEKTIVITET	66
<u>5</u>	<u>BEDRIFTSØKONOMISKE KOSTNADSBESPARELSER SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE VED KONKURRANSEBEGRENSENDE RABATT- OG BONUSORDNINGER</u>	68
5.1	INNLEDNING	68
5.2	BEDRIFTSØKONOMISKE KOSTNADSBESPARELSER SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE?	70
5.3	HVILKE BEDRIFTSØKONOMISKE KOSTNADSBESPARELSER KAN UTGJØRE OBJEKTIVE BEGRUNNELSER?	73
5.3.1	EFFEKTIVITETSGEVINSTER	74
5.3.2	TJENESTEYTELSER	79
5.3.3	KONTANT BETALING	81
5.4	PROPORSJONALITET MELLOM YTELSE OG MOTYTELSE	81
<u>6</u>	<u>MARKEDSPRIS SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE VED GEOGRAFISK PRISDISKRIMINERING</u>	86
6.1	INNLEDNING	86
6.2	MARKEDSPRIS SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE?	86
<u>7</u>	<u>OBJEKTIVE BEGRUNNELSER VED URIMELIG HØYE PRISER</u>	91

7.1	INNLEDNING	91
7.2	FRIVILLIG TILBAKEBETALING SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE VED KOSTNADSTESTEN	92
7.3	MARKEDSFORSKJELLER SOM OBJEKTIV BEGRUNNELSE VED MARKEDSSAMMENLIKNINGSTESTEN	93
<u>8</u>	<u>BEVISBYRDEN</u>	<u>97</u>
<u>9</u>	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTAR</u>	<u>102</u>
<u>10</u>	<u>KILDER</u>	<u>105</u>
	LITTERATUR	105
	TRAKTATER, FORORDNINGER, DIREKTIVER	110
	PRAKSIS	110
	ANDRE DOKUMENTER	115

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og hovedproblemstillinger

EF-traktaten¹ *artikkel 82*² regulerer ensidige handlinger fra foretak som har en dominerende stilling på det relevante markedet. Bestemmelsen skal sammen med artikkel 81, som forbyr konkurransebegrensende samarbeid, sikre at konkurransen på det indre marked ikke vris.³ Behovet for å regulere dominerende foretaks handlinger oppstår fordi slike foretak har markedsrett som gjør dem i stand til å opptre uavhengig av sine konkurrenter og kunder.⁴ Markedsretten kan brukes til å tvinge mindre konkurrenter ut av markedet og til å ta høyere priser enn det som ville vært mulig med en mindre konsentrert markedsstruktur.

Artikkel 82 forbyr ”virksomheders misbrug af en dominerende stilling”. Det er ikke forbudt å oppnå, inneha eller styrke en dominerende stilling.⁵ Det er kun ”misbrug”⁶ av markedsrett som er forbudt. Det er derfor nødvendig å skille misbrukshandlinger fra lovlig markedsatferd.

I henhold til ordlyden eksisterer det ingen fritak eller unntak dersom et foretak har misbrukt sin dominerende stilling.⁷ Systematikken i artikkel 82 skiller seg dermed fra artikkel 81. *Artikkel 81 (3)* innebærer at konkurransebegrensende samarbeid, som rammes av forbudet i første ledd, likevel er tillatt dersom vilkårene i tredje ledd er oppfylt.

¹ Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF).

² EF-traktaten artikkel 82 svarer til Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) artikkel 54 og Konkurranseloven av 5. mars 2004 § 11.

³ EF-traktaten artikkel 3 g.

⁴ Sak 322/81, N.V. Nederlandsche Banden – Industrie Michelin mot Kommissjonen (Michelin I), premiss 30.

⁵ Sak C-250/92, Gøttrup-Klim mot DLG (Gøttrup-Klim), premiss 49.

⁶ Heretter anvendes det norske ordet misbruk.

⁷ Se også Sak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebureo GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung Unlautern Wettbewerbs e.V. (Ahmed Saeed Flugreisen), premiss 32 og Forente saker T-191/98, T-212/98 til T-214/98, Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommissjonen (TACA), premiss 1109.

EF-domstolen har imidlertid innfortolket en lære om *objektiv begrunnelse*⁸ i misbrukskriteriet i artikkel 82. Den domstolsskapte læren eller doktrinen om objektiv begrunnelse er temaet for denne avhandlingen. Læren om objektiv begrunnelse åpner for at handlinger, som tilsynelatende utgjør et brudd på artikkel 82, likevel ikke rammes av forbudet dersom handlingen har en objektiv begrunnelse.⁹ Læren omhandler forhold som kan tale mot at en bestemt handling utgjør et misbruk. Det dreier seg om argumenter til forsvar mot et påstått misbruk.¹⁰ *Generaladvokat Jacobs* sier det på følgende måte: "(...) it is clear that the Community case-law provides dominant undertakings with the possibility of demonstrating an objective justification for their conduct, even if it is *prima facie* an abuse (...)".¹¹ Vurderingen av om det foreligger en objektiv begrunnelse gjelder således grensedragningen mellom misbruk og lovlige handlinger.¹²

Fordi læren om objektiv begrunnelse angår grensen mellom misbruk og lovlig markedsatferd, er det avgjørende å vite hva slags argumenter som utgjør objektive begrunnelser. Avhandlingens første hovedproblemstilling er derfor: *Hvilke argumenter utgjør objektive begrunnelser?*

I tillegg til å analysere hva slags argumenter som kan utgjøre objektive begrunnelser, er det nødvendig å vite hvilke eventuelle ytterligere avveininger som må foretas for å avgjøre om en objektiv begrunnelse medfører at det dominerende foretakets handling likevel er lovlig. Dette formuleres undertiden som et krav til proporsjonalitet.¹³ Den andre hovedproblemstillingen

⁸ Whish, side 195, bruker betegnelsen "doctrines of objective justification and proportionality".

⁹ Lowe, side 170: "It follows from the case law that conduct which on the face of it may be an abuse may escape condemnation under Article 82 on grounds that it is objectively justified."

¹⁰ Lowe, side 170-171, bruker ordet "defences" om objektive begrunnelser.

¹¹ Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Sak C-53/03, Syfait m.fl. mot Glaxosmithkline (Glaxosmithkline), avsnitt 72.

¹² Se også Whish, side 207.

¹³ Jfr. Whish, side 207: "In order to distinguish abusive behaviour caught by article 82 from legitimate behaviour outside it, the Community Courts and Commission will use two tools – *objective justification and proportionality* – as a way of distinguishing legitimate commercial behaviour from conduct which is within the mischief of Article 82." (Min uthevnning). Craig & deBurca, side 1030: "It is for these reasons that the Court has developed the concepts of objective justification and proportionality in order to provide some flexibility in what would otherwise be too draconian an application of Article 82." Se også Jones & Sufrin, side 282 flg.

som analyseres i avhandlingen er derfor: *Når medfører en objektiv begrunnelse at handlingen er lovlig og ikke et misbruk?*

Avhandlingens hovedproblemstillinger medfører at de andre vilkårene som må være oppfylt for at forbudet i artikkel 82 kommer til anvendelse, faller utenfor oppgavens tema. I henhold til ordlyden i artikkel 82 er det fire vilkår som må være oppfylt. For det første må det være tale om "en eller flere virksomheder".¹⁴ For det andre må virksomheten eller virksomhetene ha "en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf". For det tredje må det foreligge et "misbrug".¹⁵ For det fjerde må misbruket kunne påvirke samhandelen mellom medlemsstater. Virksomhets- eller foretakskriteriet, kravet til dominerende stilling og samhandelskriteriet forutsettes oppfylt. For en innføring i EF-konkurranseretten og vilkårene i artikkel 82 vises det til den konkurranserettslige litteraturen.¹⁶

1.2 Presentasjon av misbrukskriteriet og læren om objektiv begrunnelse

I en fremstilling av det rettslige innholdet av læren om objektiv begrunnelse,¹⁷ er det nødvendig med en redegjørelse for den juridiske konteksten læren virker i. Det skyldes at læren er en del av EF-domstolens misbruksanalyse, og at vurderingen av om det foreligger en objektiv begrunnelse må forstås i lys av de utfordringene anvendelsen av misbrukskriteriet byr på.

¹⁴ I denne avhandlingen brukes ordet "foretak".

¹⁵ I EØS-avtalen artikkel 54 heter det "utilbørlige utnyttelse".

¹⁶ Se for eksempel Whish, Faull & Nikpay, Bellamy & Child, Christensen m.fl.

¹⁷ I norsk konkurranserettslig litteratur, som omhandler EØS-avtalen artikkel 54, brukes ulike betegnelser. I EØS-rett (1995), side 310, brukes betegnelsen "prinsippet om 'objektivt nødvendige handlinger'". I EØS-rett (2004), side 567, heter det "Unntaket for objektivt nødvendig atferd". Skogly og Kirkesæther, side 192, skriver om "Reservasjonen for objektivt nødvendige handlinger". I denne avhandlingen brukes hovedsaklig uttrykket "objektiv begrunnelse" da dette språklig ligger nærmest det danske "objektiv begrunnelse". Det skyldes at det primært brukes danske versjoner av EF-domstolens, Førsteinstansrettens og Kommisjonens praksis.

EF-domstolen har slått fast at misbruksbegrepet er et objektivt begrep.¹⁸ Det betyr at misbruk ikke forutsetter bevis for skyld eller hensikt. Misbruksvurderingen beror på en konkret, objektiv vurdering av de faktiske omstendighetene.

Artikkel 82 definerer ikke hvilke handlinger som utgjør misbruk. Bestemmelsen inneholder en liste over hvilke handlinger som rammes. EF-domstolen har imidlertid fastslått at denne listen ikke er uttømmende.¹⁹

Det er vanlig å skille mellom utnyttende og konkurransebegrensende misbruk. Sondringen er basert på hvilke markedsaktører misbrukshandlingen er rettet mot. Begge typene misbruk rammes av artikkel 82. Det er derfor ikke nødvendig å trekke en skarp grense mellom de to hovedtypene.

Utnyttende misbruk er handlinger som er rettet mot kundene til det dominerende foretaket. Denne typen misbruk innebærer at det dominerende foretaket høster urimelige økonomiske eller kommersielle fordeler på bekostning av kundene.²⁰ Det typiske eksemplet på utnyttende misbruk er urimelig høye priser. En utfordring ved utnyttende misbruk består i å avgjøre når grensen for det urimelige er overtrådt.²¹

Konkurransebegrensende misbruk er handlinger som er rettet mot konkurrentene til det dominerende foretaket. EF-domstolen har uttalt at dominerende foretak ”er særlig forpliktet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurranse på fællesmarkedet.”²² Den særlige forpliktelsen, som påhviler dominerende foretak, innebærer at handlinger som er

¹⁸ Sak 85/76, Hoffmann-LaRoche mot Kommissjonen (Hoffmann LaRoche), premiss 91: ”Misbruksbegrebet er et objektivt begreb (...)” Ved noen misbrukstyper kan imidlertid beviser for konkurransebegrensende hensikt være en del av misbruksvurderingen, jfr. Sak C-62/86, AKZO Chemie mot Kommissjonen (AKZO), premiss 72, vedrørende rovpriser.

¹⁹ Forente saker C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl. mot Kommissjonen (Compagnie Maritime Belge), premiss 112: ”Efter fast retspraksis angiver opregningen af forskellige former for misbrug i traktatens artikel [82] ikke udtømmende de former for udnyttelse af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til traktaten (dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 26)”.

²⁰ Jfr. artikkel 82 annet ledd litra a.

²¹ Whish, side 689, Faull & Nikpay, side 189.

²² Michelin I, premiss 57.

lovlige for foretak uten en dominerende stilling, kan være forbudt for foretak med en slik stilling. Det medfører en streng norm for vurderingen av atferden til dominerende foretak. Rekkevidden av de særlige forpliktelsene må vurderes på bakgrunn av de særlige omstendighetene i den enkelte sak.²³

I *Michelin I*, som gjaldt mulig misbruk i form av en rabattordning, definerte EF-domstolen konkurransebegrensende misbruk på følgende måte:

“[A]rticle [82] covers practices which are likely to affect the structure of a market where, as a direct result of the presence of the undertaking in question, competition has already been weakened and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products and services based on traders’ performance, have the effect of hindering the maintenance or development of the level of competition still existing on the market.”²⁴

Denne definisjonen har vært stadfestet i en rekke avgjørelser.²⁵ I henhold til EF-domstolen må to vilkår være oppfylt for at det skal foreligge misbruk. Det første vilkåret angår hvilke midler eller metoder et dominerende foretak kan bruke i sin markedsatferd. Det innebærer at markedsatferd som utgjør prestasjonsbasert eller ytelsesbetinget konkurranse ikke utgjør et brudd på artikkel 82. Et dominerende foretak har lov til å konkurrere i markedet og vinne over sine konkurrenter, som følge av lavere pris, bedre kvalitet og bedre vilkår og betingelser. Dominerende foretaks markedsatferd som er et utslag av bedre og mer effektiv produksjon eller distribusjon, rammes ikke av artikkel 82. Det andre vilkåret angår virkningene av det

²³ Compagnie Maritime Belge, premiss 114.

²⁴ Michelin I, premiss 70. Den danske versjonen mangler tillegget “based on traders’ performance”. Den tyske versjonen lyder: “(...) und die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Unternehmen abweichen.” Den svenske lyder: “(...) genom användning av andra konkurrensmedel än de som styr en normal konkurrens för produkter eller tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer.” Se også Kallaugher og Sher, side 270.

²⁵ Jfr. Hoffmann LaRoche, premiss 91, AKZO, premiss 69, Sak T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Kommisjonen (Michelin II), premiss 54, Sak T-219/99, British Airways mot Kommisjonen (British Airways), premiss 241, Sak T-228/97, Irish Sugar mot Kommisjonen (Irish Sugar), premiss 111.

dominerende foretakets handling. Handlingen må hindre opprettholdelsen eller skjerpelsen av konkurransen i markedet, for å utgjøre et misbruk.

Den store vanskeligheten ved konkurransebegrensende misbruk består i å skille lovlig, prestasjonsbetinget konkurranseatferd fra misbruksatferd.²⁶ Misbruk kan gi seg utslag i en rekke forskjellige typer handlinger. EF-domstolens fremgangsmåte for å skille misbruk fra lovlig markedsatferd, er basert på ulike tester avhengig av arten av det dominerende foretakets handling. Eksempler på slike misbrukstester er den såkalte Commercial Solvents-doktrinen²⁷ ved leveringsnektelser og AKZO-testen²⁸ ved rovpriser. Andre handlinger som kan utgjøre konkurransebegrensende misbruk er tilgangsnektelser, koblingssalg, eksklusive kjøpsavtaler, lojalitetsrabatter og prisdiskriminering. Det eksisterer således ikke én enkelt metode for å avgjøre om det foreligger misbruk, men mange.²⁹

Læren om objektiv begrunnelse er et element i EF-domstolens konkrete analyse av om det dominerende foretakets handling utgjør et misbruk. EF-domstolens praksis viser at læren om objektiv begrunnelse anvendes ved ulike former for konkurransebegrensede misbruk som forretningsnektelser³⁰, koblingssalg³¹, rovpriser³² og ved ulike rabattordninger.³³ Læren brukes også ved mulig misbruk i form av prisdiskriminering,³⁴ samt i enkelte avgjørelser vedrørende mulig utnyttende misbruk i form av urimelig høye priser.³⁵ Læren om objektiv begrunnelse er således ikke knyttet til en bestemt misbrukstype, men er et generelt verktøy

²⁶ Whish, side 200, Faull & Nikpay, side 148.

²⁷ Forente saker 6 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. og Commercial Solvents mot Kommisjonen (Commercial Solvents), premiss 25.

²⁸ AKZO, premiss 71 og 72.

²⁹ Se også Sher (2004), side 243 flg.

³⁰ Sak 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommisjonen (United Brands), premiss 184, Sak C-7/97, Oscar Bronner mot Mediaprint (Bronner), premiss 41, Sak 311/84, CBEM mot Télémarketing (Télémarketing), premiss 27.

³¹ Sak T-30/89, Hilti mot Kommisjonen (Hilti), premiss 102, Sak C-333/94 P, Tetra Pak International SA mot Kommisjonen (Tetra Pak II), premiss 37.

³² AKZO, premiss 140 og 146.

³³ Michelin I, premiss 73, Michelin II, premiss 107.

³⁴ Sak C-163/99, Portugal mot Kommisjonen (Portugisiske Lufthavner), premiss 53.

³⁵ Sak 395/87, Ministere Public mot Jean-Louis Tournier (SACEM II) og Forente saker 110/88, 241/88 og 242/88, Lucazeau m.fl. mot SACEM, (SACEM III).

EF-domstolen anvender for å skille mellom misbruk og lovlige handlinger, på tvers av de ulike formene for konkurransebegrensende eller utnyttende misbruksatferd. EF-domstolen har imidlertid fokusert mest på konkurransebegrensende misbruk.³⁶ Det medfører at praksis vedrørende objektive begrunnelser i all hovedsak gjelder ulike former for konkurransebegrensende handlinger.

EF-domstolens og Førsteinstansrettens språkbruk vedrørende læren om objektiv begrunnelse er ikke konsekvent. I danske versjoner av rettspraksis brukes blant annet uttrykk som ”objektivt begrundet”³⁷, ”objektivt berettiget”³⁸, ”objektivt nødvendig”³⁹, ”begrundet i objektive hensyn”⁴⁰, ”begrundet i særlige forhold”⁴¹ eller kun ”berettiget”.⁴² De ulike betegnelsene brukes tilsynelatende om hverandre.

Uttrykk som ”objektiv begrunnelse” og liknende formuleringer er så abstrakte og generelle at de gir begrenset veiledning om hvilke argumenter som juridisk anses som relevante. Det rettslige innholdet av læren om objektive begrunnelser må derfor fastlegges på bakgrunn av en analyse av praksis. Fordi EF-domstolen ikke har en enkelt fremgangsmåte for å avgjøre om det foreligger misbruk, kan det tenkes læren om objektiv begrunnelse ikke har et enhetlig rettslig innhold. Det innebærer at de argumentene som utgjør objektive begrunnelser og de størrelsene som må avveies i forhold til hverandre i proporsjonalitetsvurderingen som foretas for å avgjøre om handlingen likevel er lovlig, kan tenkes å variere etter hva slags misbrukshandling saken dreier seg om.

³⁶ Whish, side 196.

³⁷ Tetra Pak II, premiss 37.

³⁸ Hilti, premiss 101.

³⁹ Télémarketing, premiss 27.

⁴⁰ Sak C-418/01, IMS Health GmbH & Co mot NDC Health GmbH & Co (IMS Health), premiss 52.

⁴¹ Forente saker C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mot Kommisjonen (Magill), premiss 55.

⁴² United Brands, premiss 184.

1.3 Avhandlingens metode og videre fremstilling

Læren om objektiv begrunnelse er som nevnt innfortolket i misbrukskriteriet.⁴³ De viktigste rettskildedefaktorene som brukes for å analysere innholdet i læren om objektiv begrunnelse, er derfor rettspraksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten.⁴⁴ I tillegg kommer Kommisjonens avgjørelser som kan sammenliknes med forvaltningspraksis i rettskildemessig henseende.⁴⁵

Metoden som anvendes for å avgjøre hva som utgjør objektive begrunnelser går ut på å analysere praksis som omhandler misbrukskriteriet og læren om objektiv begrunnelse, med tanke på å avdekke likheter og forskjeller mellom argumentene som utgjør objektive begrunnelser. Avhandlingen tar utgangspunkt i ulike argumenttyper som utgjør mulige objektive begrunnelser. Under hver type objektiv begrunnelse må det avgjøres hvilke ytterligere avveininger som eventuelt også må foretas for å avgjøre om handlingen likevel er lovlig.⁴⁶ Fordelen med denne metoden er at den fokuserer på hva som allment kjennetegner objektive begrunnelser på tvers av de ulike misbrukshandlingene. Metoden er egnet til å belyse det rettslige innholdet av læren om objektiv begrunnelse, i stedet for bare å gi eksempler på mulige objektive begrunnelser i tilknytning til de ulike formene for misbruksatferd.

Den videre fremstillingen analyserer ulike mulige typer objektive begrunnelser. Inndelingen er basert på en systematisering av EF-domstolens, Førsteinstansrettens og Kommisjonens avgjørelser som omhandler objektive begrunnelser.

En mulig type objektiv begrunnelse er forklaringer som viser at det dominerende foretakets konkurransebegrensende handling har et legitimt forretningsmessig formål. Utfordringen

⁴³ Avhandlingen angår et EF-rettslig tema. Det anvendes derfor EF-rettslige rettskilder. For en innføring i EF-rettslig metode eller rettskildelære vises det til den juridiske litteraturen, se for eksempel Brown & Jacobs, Arnesen, Bull eller EØS-rett (2004), kapittel 3, som behandler hovedtrekk ved EU-retten.

⁴⁴ Praksis fra domstolene og Kommisjonen oversettes til alle de offisielle språkene i EU. I denne avhandlingen anvendes primært danske versjoner av praksis. I noen tilfeller anvendes andre språkversjoner, for eksempel der den danske versjonen ennå ikke er publisert i Sml. eller EF-Tidende, eller der andre språkversjoner kan bidra til å avklare tolkningsspørsmål, jfr. Sak 283/81, CILFIT mot Ministero della Sanità, premiss 18-20.

⁴⁵ EØS-rett (2004), side 218.

⁴⁶ Jfr. avhandlingens hovedproblemstillinger.

består i å avgjøre hva som utgjør et legitimt forretningsformål og hvordan proporsjonalitetsvurderingen skal foretas for å avgjøre om handlingen er lovlig. Dette blir behandlet i kapittel 2.

En annen mulig form for objektiv begrunnelse er at den konkurransebegrensende handlingen ivaretar allmenne ikke-forretningsmessige hensyn. Begrepet "allmenne hensyn" er kjent fra andre deler av EF-retten⁴⁷, og viser til hensyn av alminnelig samfunnsmessig betydning som helse, miljø og sikkerhet. Det må avgjøres om slike hensyn kan berettige handlinger utført av dominerende foretak som ellers rammes av artikkel 82. Kapittel 3 omhandler dette spørsmålet.

En tredje mulig objektiv begrunnelse gjelder hensynet til det dominerende foretakets incentiver til innovasjon. Innovasjoner fremmer dynamisk effektivitet, det vil si effektivitetsgevinster som følge av bedre teknologi og økt kunnskap. I enkelte tilfeller kan handlinger som skader konkurransen i markedet fremme det dominerende foretakets innovasjonsincentiver. Det kan derfor tenkes at dominerende foretaks innovasjonsincentiver kan utgjøre en objektiv begrunnelse for konkurransebegrensende handlinger. Dette behandles i kapittel 4.

En fjerde mulig objektiv begrunnelse er særegen for konkurransebegrensende rabatt- og bonusordninger. Spørsmålet er om en objektiv begrunnelse ved disse misbrukstypene er at rabatten eller bonusen svarer til en bedriftsøkonomisk kostnadsbesparelse for det dominerende foretaket. Kapittel 5 omhandler dette spørsmålet.

En femte mulig objektiv begrunnelse som analyseres, er knyttet til mulig misbruk i form av geografisk prisdiskriminering. I artikkel 82 annet ledd litra c heter det at misbruk kan særlig bestå i "anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurransen." Bestemmelsen har blant annet blitt anvendt på dominerende foretak som opererer med prisforskjeller i ulike medlemsland, noe som kan være i strid med målsettingen om et enhetlig marked. Spørsmålet er om forskjeller i markedsprisen i de ulike landene kan være en objektiv begrunnelse for prisforskjellene. Dette blir behandlet i kapittel 6.

⁴⁷ De fire friheter.

En sjette mulig objektiv begrunnelse er knyttet til mulig misbruk i form av urimelig høye priser. Artikkel 82 annet ledd litra a gir som eksempel på misbruk ”direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser.” EF-domstolen har utviklet ulike tester for å avgjøre om det dominerende foretaket opererer med urimelig høye priser. Spørsmålet som drøftes i kapittel 7 er om det finnes særegne objektive begrunnelser knyttet til disse testene.

I kapittel 8 behandles en annen viktig side av læren om objektiv begrunnelse. Det tas stilling til hvem av partene i en tvist som har bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse.

I kapittel 9 følger en avsluttende kommentar.

2 Legitimt forretningsformål som objektiv begrunnelse ved konkurransebegrensende misbruk

2.1 Innledning

Spørsmålet som behandles i dette kapitlet, er om en forklaring som viser at det dominerende foretakets handling har et legitimt forretningsmessig formål kan utgjøre en objektiv begrunnelse, ved mulig misbruk i form av ulike typer konkurransebegrensende handlinger. Med formålet menes det som søkes oppnådd, målet eller motivet med handlingen.

Handlinger forklares ved å angi formålet de skal tjene. En gitt handling kan ha ulike formål. Konkurransebegrensende handlinger kan også ha andre økonomiske eller forretningsmessige formål enn å ekskludere aktuelle eller potensielle konkurrenter fra markedet. Det kan derfor tenkes at læren om objektiv begrunnelse åpner for at et mulig misbruk likevel er lovlig, dersom det kan påvises et formål som er av en slik art at det anses som legitimt.

I amerikansk konkurranserett er det utviklet en lære om såkalt "business justification." *Sherman Act* § 2⁴⁸ svarer langt på vei til EF-traktaten artikkel 82. Bestemmelsen forbyr "monopolization". Læren om "business justification" innebærer at det ikke foreligger "monopolization" i strid med § 2, dersom foretaket kan påvise en "reasonable business justification" eller et "legitimate business purpose".⁴⁹ I *Areeda & Hovenkamp* heter det at "(...) because the firm's principle goal is to maximize profits, a 'business justification' should be something that one reasonably assumes would be profitable to the firm. At the same time, however, an offered justification does not succeed merely because it is profitable, for one can profit from both competitive and monopolistic acts."⁵⁰ Det kan tenkes at læren om objektiv

⁴⁸ Sherman Act § 2: "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

⁴⁹ Areeda & Hovenkamp, side 133.

⁵⁰ Areeda & Hovenkamp, side 131. Areeda & Hovenkamp, side 136, gir følgende eksempel på en "business justification": "For example, if a gas pipeline is claimed essential facility, a refusal to sell space to the plaintiff may be justified by the business justification that the pipeline is already operating at capacity."

begrunnelse, på liknende måte, åpner for at konkurransebegrensende handlinger som har et legitimt forretningsmessig formål likevel kan være lovlige.

EF-domstolen har, som nevnt, fastslått at misbruksvurderingen beror på en objektiv vurdering.⁵¹ Det innebærer at en vurdering av handlingens formål må basere seg på objektive faktorer knyttet til konkrete faktiske omstendigheter.

Det første som redegjøres for, er om en objektiv begrunnelse er en forklaring som viser at handlingen har et legitimt forretningsmessig formål.⁵² Videre analyseres hva som utgjør et legitimt forretningsmessig formål.⁵³ Avslutningsvis tas det stilling til når et legitimt forretningsformål medfører at det dominerende foretakets handling er lovlige og ikke et misbruk.⁵⁴

2.2 Legitimt forretningsformål som objektiv begrunnelse?

Problemet som drøftes i dette avsnittet, er om en objektiv begrunnelse er en forklaring som viser at det dominerende foretakets handling har et legitimt forretningsmessig formål.

Det finnes ingen uttrykkelig uttalelse fra EF-domstolen eller Førsteinstansretten som sier at en objektiv begrunnelse innebærer at det dominerende foretakets handling har et legitimt forretningsmessig formål. Selve begrepet ”legitimt forretningsformål”⁵⁵ fremgår heller ikke

⁵¹ Hoffmann-LaRoche, premiss 91: ”Misbruksbegrepet er et objektivt begrep (...)”. Eilmansberger, side 146, hevder om uttalelsen i Hoffmann-LaRoche at ”(...) the only conclusion which can safely be derived from this passage is that there is no fault requirement under Article 82 EC.” Se herunder Kommisjonens avgjørelse i COMP/35.141 Deutsche Post AG (Deutsche Post), avsnitt 40.

⁵² Jfr. punkt 2.2.

⁵³ Jfr. punkt 2.3.

⁵⁴ Jfr. punkt 2.4 vedrørende proporsjonalitet.

⁵⁵ I den juridiske litteraturen brukes ulike betegnelser. Lowe, side 171, bruker uttrykket ”legitimate business behaviour”. Faull & Nikpay, side 154, skriver om ”business grounds other than the intention to eliminate a competitor from the market.” Faull & Nikpay, side 172, bruker også uttrykket ”legitimate commercial considerations.” Whish, side 207, bruker betegnelsen ”legitimate commercial behaviour”. Goyder, side 301, anvender begrepet ”reasonable commercial justification.” Gyselen (1989), side 616, skriver om ”objective business justifications” og ”legitimate business objectives”. Jones & Sufirin, side 282, bruker uttrykket ”legitimate commercial reasons”. Bellamy & Child, side 738, skriver om ”commercial justification”, Ritter

av EF-domstolens eller Førsteinstansrettens praksis. I *United Brands* fastslo imidlertid EF-domstolen at et dominerende foretak har rett til å beskytte ”sine egne handelsinteresser” mot et angrep.⁵⁶ I *British Midland* brukte Kommisjonen uttrykket ”objektive forretningsmessige begrunnelser”.⁵⁷ *Generaladvokat Jacobs* knytter drøftelsen av om det foreligger en objektiv begrunnelse til spørsmålet om foretaket kun beskyttet sine ”legitimate commercial interests”, i sitt forslag til avgjørelse i *Glaxosmithkline*.⁵⁸ I *Generaladvokat Kirchners* forslag til avgjørelse i *Tetra Pak Rausing*, hevder *Generaladvokaten* at dominerende foretak har rett til å forfølge sine ”legitime erhvervsinteresser”.⁵⁹

I *Tetra Pak II* tok EF-domstolen blant annet stilling til om Tetra Pak hadde misbrukt sin dominerende stilling ved såkalte rovpriser. Rovpriser er priser under kostpris for å drive konkurrenter ut av markedet. EF-domstolen uttalte i den forbindelse:

”For det første må priser, der er lavere end de gjennomsnittlige variable omkostninger, alltid betraktes som misbruk. I dette tilfælde er det utænkelig, at der kan være *et annet økonomisk formål end at eliminere en konkurrent*, idet hver enhed, der fremstilles og sælges, påfører virksomheden et tab.”⁶⁰

I henhold til EF-domstolen utgjør priser under gjennomsnittlig variable kostnader alltid et misbruk, fordi det er utenkelig at slike priser har et annet økonomisk formål enn å eliminere en konkurrent fra markedet. Uttalelsen indikerer likevel at dersom det kunne tenkes et annet økonomisk formål enn å eliminere konkurrenter, kunne underprisen likevel være lovlig. *Generaladvokat Fenelly* hevder at priser under gjennomsnittlig variable kostnader formodes å utgjøre et misbruk, men at dominerende foretak kan avkrefte denne formodningen ved å vise at underprisen ikke var del av en plan for å eliminere en konkurrent.⁶¹ I teorien er det derfor

C., side 626, anvender betegnelsen ”legitimate business justifications”. I svensk rett bruker Marknadsdomstolen uttrykket ”legitimt affärsmässigt intresse”, jfr. MD 2000:2, BK Tåg, se Henriksson, side 93.

⁵⁶ *United Brands*, premiss 189.

⁵⁷ IV/33.544, *British Midland mot Aer Lingus (British Midland)*, avsnitt 26.

⁵⁸ *Generaladvokat Jacobs* forslag til avgjørelse i *Glaxosmithkline*, avsnitt 71.

⁵⁹ *Generaladvokat Kirchners* forslag til avgjørelse i Sak T-51/89, *Tetra Pak Rausing mot Kommisjonen*, avsnitt 68-69.

⁶⁰ *Tetra Pak II*, premiss 41. (Min uthevning).

⁶¹ *Generaladvokat Fenelly's* forslag til avgjørelse i Forente saker C-395/96P og C-396/96P *Compagnie Maritime Belge*, avsnitt 127.

hevdet at priser under gjennomsnittlig variable kostnader, til tross for den absolutte formuleringen i Tetra Pak II, kun medfører en presumpsjon for misbruk. Presumpsjonen kan imøtegås med beviser for at handlingen har en objektiv begrunnelse.⁶² En slik begrunnelse må vise at handlingen har et annet økonomisk formål enn å skade konkurransen i markedet.

EF-domstolens avgjørelse i *Télémarketing* illustrerer forholdet mellom en objektiv begrunnelse og formålet med handlingen. Saken gjaldt prejudisielle spørsmål vedrørende en leveringsnektelse av tjenesteytelser i form av TV-sendetid. CBEM drev med TV-markedsføring på TV-kanalen RTL.⁶³ Virksomheten gikk ut på at CBEM stilte omstillingsbord og telefonister til rådighet for annonsører, som under reklamesendingene oppgav CBEMs telefonnummer, slik at publikum kunne ringe og få opplysninger om varen. IPB hadde enerett på tilretteleggelse av reklameutsendelser via RTL rettet mot BeNeLux-landene.⁶⁴ I 1984 meddelte IPB annonsørene at de ikke lenger kunne sende reklame med oppfordring til å ringe CBEMs TV-markedsføringstjeneste, men at annonsørene måtte bruke IPBs telefonnummer.⁶⁵ Dette kunne føre til at konkurransen i markedet for TV-markedsføringsvirksomhet ble eliminert. EF-domstolen uttalte:

”Hvis denne leveringsnægtelse tilmed *ikke er begrundet i tekniske eller handelstekniske krav*, som vedrører tv-mediet, *men har til formål* at forbeholde dette reklamebureau al tv-markedsføring over nævnte station, med fare for, at al konkurranse fra en tredje virksomhet udelukkes, må denne adfærd anses for misbrug, som er omfattet af forbudet efter artikel [82], hvis de øvrige kriterier for at anvende bestemmelsen er opfyldt.”⁶⁶

⁶² Whish, side 706, Faull & Nikpay, side 172, Christensen m.fl., side 531. I Førsteinstansrettens avgjørelse i Tetra Pak II uttalte Retten i premiss 147: “Det bemærkes for det første, at selv om en dominerende virksomhed *under visse omstændigheder kan være berettiget til at sælge med tab*, er dette åbenbart ikke tilfældet, når tabsgivende salg sker i udelukkelseshensigt.” (Min uthevning).

⁶³ *Télémarketing*, premiss 4.

⁶⁴ *Télémarketing*, premiss 2.

⁶⁵ *Télémarketing*, premiss 5.

⁶⁶ *Télémarketing*, premiss 26. (Min uthevning). Se også Kommisjonens avgjørelse i IV/30.178, Napier Brown/British Sugar (Napier Brown/British Sugar), avsnitt 64: ”Kommissionen finder derfor, at BS misbrugte sin dominerende stilling *uden nogen objektiv nødvendighed* ved at nægte at levere industrisukker til NB med det formål eller den forudselige følge at fremskynde elimineringen af NB fra det britiske marked for detailsukker og derved begrænse konkurransen på dette marked.” (Min uthevning).

EF-domstolen holder her en objektiv begrunnelse opp mot et konkurransebegrensende formål. I henhold til EF-domstolen utgjør leveringsnektelsen et misbruk dersom den ikke er begrunnet i tekniske eller handelstekniske krav vedrørende TV-mediet, men formålet er ”at forbeholde dette reklamebureau al tv-markedsføring over nævnte station, med fare for, at al konkurrence fra en tredje virksomhed udelukkes”.⁶⁷ EF-domstolen oppstiller dermed et skille mellom lovlige og ulovlige handlinger på bakgrunn av formålet med leveringsnektelsen. Avgjørelsen indikerer at en objektiv begrunnelse er en forklaring som viser at handlingen har et forretningsmessig rasjonelt og ikke-konkurransebegrensende formål.

Førsteinstansrettens avgjørelse i saken *Compagnie Maritime Belge*⁶⁸ gjaldt blant annet mulig misbruk i form av selektive prisnedsettelse ved såkalte aksjonsskip. Linjekonferansen Cewal valgte ut enkelte skip med avgang på tilnærmet samme tidspunkt som konkurrentens skip, og satte prisene på disse avgangene lavere enn normaltariiffen og lavere eller tilsvarende lavt som konkurrentens priser.⁶⁹ Saken gjaldt derfor en annen form for konkurransebegrensende misbrukshandling enn både Télémaking og Tetra Pak II. Førsteinstansretten uttalte:

*”Da den omhandlede praksis havde til formål at fortrænge den eneste konkurrent, finder Retten, at sagsøgerne ikke kan gøre gældende, at de alene imødegik en krænkelse fra G og C's side af Cewal's lovbestede monopol, forsøgte at skabe modvægt mod den forskelsbehandling, de blev udsat for fra Ogefrem's side, at de fulgte en priskrig, som var indledt af konkurrenten, eller imødegik et angreb på deres kundekreds.”*⁷⁰

Førsteinstansretten kom derfor til at Cewal hadde misbrukt sin dominerende stilling.⁷¹ Det sentrale i denne sammenheng er at Førsteinstansretten fant at Cewals handling hadde til formål å fortrenge den eneste konkurrenten fra markedet. Det konkurranseskadelige formålet utelukket begrunnelser som kunne vise at ordningen med aksjonsskip hadde andre forretningsmessige formål, som Retten anså som legitime.

⁶⁷ Télémaking, premiss 26.

⁶⁸ Forente saker T-24/93 til T-26/93 *Compagnie Maritime Belge Transports* m.fl. mot Kommissjonen. Stadfestet av EF-domstolen i Forente saker C-395/96 P og C-396/96 P.

⁶⁹ *Compagnie Maritime Belge*, premiss 139.

⁷⁰ *Compagnie Maritime Belge*, premiss 148. (Min utheving).

⁷¹ *Compagnie Maritime Belge*, premiss 153.

De nevnte avgjørelsene fra EF-domstolen og Førsteinstansretten indikerer at en objektiv begrunnelse er en forklaring som viser at handlingen har et økonomisk eller forretningsmessig formål, som anses som legitimt.

2.3 Hva utgjør et legitimt forretningsformål?

Det neste som må avgjøres er hva som kan utgjøre et legitimt forretningsmessig formål.

EF-domstolen har uttalt at dominerende foretak ”er særlig forpliktet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurranse på fællesmarkedet.”⁷² Et formål som samsvarer med virkningen artikkel 82 skal beskytte mot, kan ikke være legitimt. Det innebærer at et legitimt forretningsformål må være noe annet enn et konkurransebegrensende formål. En objektiv begrunnelse må derfor være en forklaring som viser at det potensielle misbruket kan ha et annet formål enn å begrense eller hindre konkurransen i markedet. Samtidig må formålet være forretningsmessig, noe som tilsier at handlingen må være økonomisk lønnsom. Handlingen må derfor fremstå som rasjonell også uten de konkurransebegrensende virkningene.

2.3.1 Møte konkurransen/beskytte sine handelsinteresser mot et angrep

EF-domstolens avgjørelse i *United Brands* gjaldt spørsmål om United Brands misbrukte sin dominerende stilling på bananmarkedet i strid med artikkel 82. Foretaket hadde blant annet stanset leveransene av bananer til en dansk forhandler, som følge av at forhandleren hadde deltatt i et salg fremstøt for en av United Brands konkurrenter. EF-domstolen uttalte at en dominerende virksomhet ikke kan innstille leveransene til en gammel kunde som overholder handelssedvanene, når kundens ordrer ikke er unormale.⁷³ En slik handling er i strid med artikkel 82 annet ledd litra b og c, ”eftersom leveringsnægtelsen ville begrense afsætningen til skade for forbrugerne og skabe en forskelsbehandling, som i sidste instans kunne føre til, at en handelspartner blev fjernet fra det pågældende marked.”⁷⁴

⁷² Michelin I, premiss 57.

⁷³ United Brands, premiss 182.

⁷⁴ United Brands, premiss 183.

EF-domstolen vurderte deretter om leveringsnektelsen likevel var ”berettiget”.⁷⁵ Det heter i dommen at:

”Selv om det, som anført af sagsøger, ikke kan antages, at indtagelse af en dominerende stilling fratager en virksomhed, der befinder sig i en sådan stilling, *dens ret til at beskytte sine egne handelsinteresser, når disse angribes*, og selv om denne virksomhed i rimeligt omfang må tilstås mulighed for at træffe sådanne foranstaltninger, som den finder egnet til at beskytte sine nævnte interesser, *er en sådan adfærd til gengæld ulovlig, når dens formål netop er at styrke og misbruge denne dominerende stilling.*”⁷⁶

I henhold til EF-domstolen har et dominerende foretak rett til å beskytte sine handelsinteresser fra et angrep fra en konkurrent. Den samme handlingen er imidlertid ulovlig dersom formålet er å ”styrke og misbruge” den dominerende stillingen. EF-domstolen oppstiller dermed et skille mellom lovlige og ulovlige handlinger på bakgrunn av formålet med handlingen. Etter en konkret vurdering kom EF-domstolen til at den aktuelle leveringsnektelsen ikke var en rimelig respons i forhold til trusselen.⁷⁷ Leveringsnektelsen utgjorde derfor et brudd på artikkel 82.⁷⁸

Det følger av EF-domstolens avgjørelse at et legitimt forretningsmessig formål kan være å beskytte foretakets kommersielle interesser når disse angripes. Det kalles undertiden for retten til å møte konkurransen eller ”meeting competition-forsvaret”.⁷⁹

Førsteinstansrettens avgjørelse i *TACA* gjaldt spørsmål om linjekonferansen Trans-Atlantic Conference Agreement hadde misbrukt sin dominerende stilling, ved ulike former for konkurransebegrensende handlinger. Retten tolket det ovennevnte sitatet fra *United Brands* på følgende måte:

”The sole purpose of those grounds of justification 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

⁷⁵ *United Brands*, premiss 184 flg.

⁷⁶ *United Brands*, premiss 189. (Min uthevning).

⁷⁷ *United Brands*, premiss 191. Proporsjonalitetsvurderingen vil det bli gjort nærmere rede for i punkt 2.4.

⁷⁸ *United Brands*, premiss 203.

⁷⁹ Christensen m.fl., side 477.

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.”⁸⁰

Uttalelsen understreker at retten til å møte konkurransen går ut på at det dominerende foretaket må vise at formålet med handlingen er å beskytte sine kommersielle interesser mot tiltak iverksatt av en konkurrent. Førsteinstansretten understreker det defensive aspektet ved retten til å beskytte foretakets kommersielle interesser. Handlingen må være en respons på et angrep eller en trussel.

Retten til å møte konkurransen kan utgjøre en objektiv begrunnelse ved flere former for konkurransebegrensende misbruk. EF-domstolen og Førsteinstansretten har gjentatt det nevnte sitatet fra *United Brands* i forbindelse med selektive prisnedsettelse⁸¹, rovpriser⁸² og ulike rabatt- og bonusordninger.⁸³ Argumentet er derfor ikke kun relevant ved leveringsnektelser, men har kanskje størst betydning ved mulig misbruk i form av ulike typer konkurransebegrensende prisatferd. Det må da vurderes om prisatferden er en respons på konkurrentens priser, og således et uttrykk for at konkurransen fungerer, og ikke et forsøk på å ekskludere konkurrenter fra markedet.

2.3.2 Sikre kvaliteten på varer og tjenester

United Brands gjaldt også spørsmål om en kontraktsklausul som forbød forhandlerne til *United Brands* å videreselge bananer i grønn tilstand, utgjorde et misbruk av dominerende stilling. EF-domstolen fant at videresalgforbudet utgjorde en konkurransebegrensning.⁸⁴ EF-domstolen vurderte deretter om konkurransebegrensningen likevel var berettiget.

⁸⁰ TACA, premiss 1114. Ennå ikke tilgjengelig i dansk versjon.

⁸¹ Førsteinstansrettens avgjørelse i *Compagnie Maritime Belge*, premiss 107, Førsteinstansrettens avgjørelse i *Irish Sugar*, premiss 112, Forente saker T-191/98, T-212/98 til T-214/98, *Atlantic Container Line m.fl. mot Kommisjonen (TACA)*, premiss 1113, Sak T-65/89, *BPB Industries and British Gypsum mot Kommisjonen (British Gypsum)*, premiss 69.

⁸² I *AKZO*, premiss 131 flg., foretok EF-domstolen en konkret vurdering av om prisfastsettelsen under kostpris var objektivt begrunnet i pristilpasninger for å imøtegå tilbud fra konkurrerende produsenter.

⁸³ *British Airways*, premiss 243, *Michelin II*, premiss 55.

⁸⁴ *United brands*, premiss 157: ”Det er tale om en konkurransebegrensning, når modneren forpligtes til ikke at videreselge bananer, førend han har modnet dem, og når nevnte modners virksomhed begrænses til forretningsforbindelser alene med detailhandlere;”

United Brands anførte at videresalgforbudet hadde til formål å beskytte varemerket, og i siste instans forbrukerne, fordi klausulen skulle sikre kvaliteten på bananene ved at kun modnere/forhandlere med erfaring og riktig teknologisk utstyr kunne tilby bananer på markedet.⁸⁵ Til dette uttalte EF-domstolen at ”forsøg på at føre kvalitetspolitikk er anbefalelsesverdige og lovlige”.⁸⁶ EF-domstolen anerkjente dermed at forsøk på å føre ”kvalitetspolitikk” utgjør et legitimt forretningsmessig formål. EF-domstolen kom imidlertid til at klausulen likevel utgjorde et brudd på artikkel 82, fordi virkningen av forbudet gikk for langt i forhold til de målene som skulle nås.⁸⁷

I denne forbindelse kan også nevnes EF-domstolens avgjørelse i *Hugin*.⁸⁸ Saken gjaldt en dominerende produsent av kassaapparater (Hugin) som avbrøt leveransene av reservedeler til kassaapparater til selskapet Lipton.⁸⁹ Leveringsnektelsen utelukket konkurransen i markedet for vedlikehold av Hugins kassaapparater. Hugin anførte at foretakets avslag på å levere reservedeler var objektivt begrunnet ”ud fra rimelige overvejelser i forbindelse med Hugin’s handelsposition, hvorefter der skal ydes en førsteklasses vedlikeholdelses- og reparasjonsservice.”⁹⁰ EF-domstolen tok imidlertid ikke stilling til anførselen, fordi vilkåret i artikkel 82 om at samhandelen mellom medlemsstater må påvirkes, ikke var oppfylt.⁹¹ Det bemerkes at Kommisjonen kom til at selv om Hugins kassaapparater var så teknisk komplekse at vedlikeholdsarbeid krevde særlige kunnskaper og ferdigheter, noe Kommisjonen mente ikke var tilfellet, kunne ikke det begrunne leveringsnektelsen når Lipton var i besittelse av slike ferdigheter.⁹²

En objektiv begrunnelse, som viser at formålet med handlingen er å sikre kvaliteten på ytelsene, kan også være aktuelt ved koblingssalg. Koblingssalg innebærer ”at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres

⁸⁵ United Brands, premiss 142.

⁸⁶ United Brands, premiss 158.

⁸⁷ United Brands, premiss 158-162. Se punkt 2.4 flg. om proporsjonalitetsvurderingen.

⁸⁸ Sak 22/78, Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd mot Kommisjonen (Hugin).

⁸⁹ Hugin, premiss 11.

⁹⁰ Hugin, premiss 12.

⁹¹ Hugin, premiss 14.

⁹² IV/29.132 Hugin/Liptons.

natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.”⁹³ I *Faull & Nikpay* hevdes det at mulige objektive begrunnelser ved denne misbruksformen er at koblingssalget fremmer kvaliteten, sikkerheten og bruken av de koblede produktene.⁹⁴

2.3.3 Ikke inngå økonomisk ulønnsomme avtaler

Den klare hovedregelen i de fleste land med markedsøkonomi, er avtalefrihet. Det innebærer at dominerende foretak i utgangspunktet kan velge hvem de vil inngå avtaler med, og hvem de ikke vil inngå avtaler med.⁹⁵ EF-domstolen har likevel kommet til at ulike forretningsnektelser kan utgjøre misbruk av dominerende stilling, der slike nektelser skader konkurransen i markedet.⁹⁶ Samtidig har ikke dominerende foretak noen plikt til å støtte konkurranse.⁹⁷ Det tyder på at dominerende foretak ikke kan pålegges å inngå tapsbringende kontrakter for å bedre konkurransen. Det kan derfor spørres om en objektiv begrunnelse som viser at en forretningsnektelse har et legitimt forretningsmessig formål, er at avtalen ikke vil være økonomisk lønnsom for det dominerende foretaket.⁹⁸ Mulige forklaringer på forretningsnektelser som viser at avtaleinngåelse ikke vil være lønnsom, kan være kapasitetsbegrensninger, tekniske hindringer eller at avtalen innebærer en kredittrisiko. I de følgende avsnittene drøftes om slike omstendigheter kan utgjøre objektive begrunnelser for mulig misbruk i form av forretningsnektelser.

2.3.3.1 Kapasitetsbegrensninger

EF-domstolens avgjørelse i *Commercial Solvents* gjaldt det dominerende foretaket Commercial Solvents (CSC) som produserte råvarer (aminobutanol) til fremstilling av tuberkulosemedisin. Foretaket avbrøt leveransene av råvaren til en kunde (Zoja) som fremstilte tuberkulosemedisin. Leveringsnektelsen kom som en følge av at Commercial Solvents datterselskap (ICI) startet produksjon av ferdig medisin. Leveringsnektelsen risikerte

⁹³ Jfr. artikkel 82 annet ledd litra d.

⁹⁴ *Faull & Nikpay*, side 168. Se også Christensen m.fl, side 522.

⁹⁵ *Whish*, side 663, *Subiotto og O’Donoghue*, side 683.

⁹⁶ Se for eksempel *Commercial Solvents, United Brands*.

⁹⁷ IV/32.279 – *BBI/Boosey & Hawkes*, avsnitt 19: ”Der påhviler ikke nogen dominerende producent nogen forpligtelse til at støtte konkurrence.”

⁹⁸ Se også *Faull & Nikpay*, side 154: (...) an undertaking cannot be required to supply a customer or a competitor if it does not have enough capacity to satisfy its own needs, or if the costs of dealing render its business unprofitable.” (Min utheving)

å eliminere konkurransen i markedet for tuberkulosemedisin.⁹⁹ Commercial Solvents anførte blant annet som begrunnelse for leveringsnektelsen at produksjonen av aminobutanol, som var et av flere følgeprodukter til nitropropan, varierte med etterspørselen etter de andre følgeproduktene.¹⁰⁰ Poenget var antagelig at Commercial Solvents ikke kunne pålegges en leveringsplikt av et råmateriale hvor produksjonsmengden varierte. Begrunnelsen ble avvist av EF-domstolen fordi Commercial Solvents ikke hadde bestridt Kommisjonens uttalelse om at:

”(...) den produksjonskapasitet, som CSC’s anlegg representerer, bekrefter, at den vil kunne tilfredstille Zoja’s etterspørsel, ettersom denne kun representerer en meget ringe prosentdel (anslået til 5-6 %) af CSC’s totale produktion af nitropropan.”¹⁰¹

Det var derfor i realiteten ikke bestridt at Commercial Solvents hadde tilstrekkelig produksjonskapasitet til å dekke Zoja’s behov. EF-domstolen opprettholdt Kommisjonens avgjørelse om at Commercial Solvents hadde misbrukt sin dominerende stilling.¹⁰²

For det tilfellet at Commercial Solvents hadde hatt utilstrekkelig produksjonskapasitet til å forsyne Zoja, kunne det vist at formålet med leveringsnektelsen var å ikke inngå en økonomisk ulønnsom avtale. Dersom produksjonskapasiteten ikke var tilstrekkelig til å forsyne kunden, kunne en avtale om levering gått ut over foretakets egen produksjon av ferdig medisin. Leveringsnektelsen ville dermed hatt en legitim forretningsmessig forklaring som viste at formålet ikke var å eliminere konkurransen i markedet.

Commercial Solvents (CSC) anførte også at leveringsnektelsen ikke utgjorde et misbruk, da den var:

”(...) bestemt af den lovlige overvejelse af CSC’s fordel ved at udvide sin production til at omfatte fremstilling af færdige produkter og ved ikke at begrænse sig til råmaterialer eller overgangsprodukter;”¹⁰³

⁹⁹ Commercial Solvents, premiss 25.

¹⁰⁰ Commercial Solvents, premiss 27.

¹⁰¹ Commercial Solvents, premiss 28.

¹⁰² Commercial Solvents, premiss 28-29.

¹⁰³ Commercial Solvents, premiss 23.

Begrunnelsen ble uttrykkelig avvist av EF-domstolen.¹⁰⁴ En mulig årsak er at fordelen det dominerende foretaket oppnår ved å produsere det ferdige produktet, ikke gir noen annen forklaring på leveringsnektelsen enn at formålet er å ekskludere en konkurrent fra markedet for følgeprodukter. Når Commercial Solvents startet egen produksjon av tuberkulosemedisin, hadde foretaket interesse av å ekskludere konkurrenten fra dette markedet ved å avbryte leveransene av råvaren. Begrunnelsen viste ikke at leveringsnektelsen hadde et legitimt forretningsmessig formål.

Kommisjonens avgjørelse i *Rødby Havn*¹⁰⁵ gjaldt det danske statsforetaket DSB som nektet å gi selskapet Euro-Port, som var et datterselskap av konsernet Stena Rederi AB, tillatelse til å anlegge en ny terminal i umiddelbar nærhet til Rødby Havn. Selskapet fikk heller ikke anvende den eksisterende terminalen med henblikk på å drive fergetrafikk mellom Rødby og Puttgarden. Kommisjonen uttalte at:

”En virksomhed, der ejer eller driver en væsentlig havnefacilitet, som den benytter til at drive søtransport, handler således i strid med artikel [82], hvis den uden objektiv begrundelse nægter et rederi, der ønsker at drive trafikk på samme rute, adgang til denne facilitet.”¹⁰⁶

DSB hevdet at adgangsnektelsen skyldtes kapasitetsbegrensninger. Kommisjonen fant det imidlertid ikke godtgjort at ”kapasiteten i de eksisterende anlegg i Rødby Havn i dag er fuldt udnyttet, eller at den eksisterende kapasitet i havnen ikke med de tilpasninger, som *Stena over for Kommissionen har erklæret sig rede til at bekoste*, skulle gjøre det mulig at imødekomme en stigning i trafikken.”¹⁰⁷ Adgangsnektelsen var således ikke nødvendig.¹⁰⁸ Det forelå derfor et misbruk av dominerende stilling. Det er verdt å merke seg at Kommisjonen understreker at Stena hadde tilbudt seg å bekoste en utvidelse av kapasiteten i havnen. I så fall ville eventuelle kapasitetsbegrensninger ikke vist at formålet med tilgangsnektelsen var å unngå

¹⁰⁴ Commercial Solvents, premiss 25.

¹⁰⁵ 94/119/EF Rødby Havn.

¹⁰⁶ Rødby Havn, avsnitt 12.

¹⁰⁷ Rødby Havn, avsnitt 15. (Min utheving).

¹⁰⁸ Jfr. punkt 2.4 om proporsjonalitetsvurderingen.

inngåelse av en ulønnsom avtale. Avgjørelsen underbygger likevel at kapasitetsbegrensninger kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en forretningsnektelse.¹⁰⁹

Kommisjonens avgjørelse i *GVS/FS*¹¹⁰ gjaldt blant annet spørsmål om de italienske statsbaner (FS) hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å nekte å levere trekkraft til det tyske jernbaneforetaket GVG. Dette forhindret GVG i å levere passasjerbefraktning fra Tyskland til Milano.¹¹¹ Kommisjonen fant at leveringsnektelsen eliminerte en potensiell konkurrent og hindret konkurransen til skade for forbrukerne, som ikke fikk noen alternativer til det eksisterende tilbudet.¹¹² FS hadde derfor misbrukt sin dominerende stilling. Kommisjonen understreket at leveringsnektelsen ikke var berettiget av noen objektiv begrunnelse. For eksempel manglet ikke FS ledig kapasitet. Dessuten ville FS få en tilstrekkelig godtgjørelse for tjenestene.¹¹³ Avgjørelsen bekrefter at Kommisjonen anser at begrenset kapasitet kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en leveringsnektelse.

2.3.3.2 Tekniske hindringer

EF-domstolens avgjørelse i *Télémarketing* gjaldt, som nevnt,¹¹⁴ prejudisielle spørsmål vedrørende en leveringsnektelse av tjenesteytelser i form av TV-sendetid. EF-domstolen uttalte at den aktuelle leveringsnektelsen utgjorde et misbruk dersom den ”ikke er begrundet i tekniske eller handelstekniske krav”, men hadde til formål å utelukke konkurransen i markedet.¹¹⁵ Uttalelsen tilsier at tekniske hindringer kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en leveringsnektelse. På samme måte som kapasitetsbegrensninger, kan tekniske hindringer vise at en avtale ikke er lønnsom for det dominerende foretaket. Tekniske hindringer kan selvsagt også vise at avtalen er faktisk umulig å gjennomføre. I mange tilfeller vil imidlertid tekniske hindringer kunne løses dersom tilstrekkelige ressurser settes inn. Ressurser som

¹⁰⁹ I den juridiske teorien er det alminnelig enighet om at kapasitetsbegrensninger kan utgjøre en objektiv begrunnelse for misbruk i form av ulike forretningsnektelser, se for eksempel Whish, side 677, Faull & Nikpay, side 154, Christensen m.fl., side 504.

¹¹⁰ COMP/37.685 – GVG/FS.

¹¹¹ GVG/FS, avsnitt 1.

¹¹² GVG/FS, avsnitt 145.

¹¹³ GVG/FS, avsnitt 134.

¹¹⁴ Jfr. punkt 2.2.

¹¹⁵ *Télémarketing*, premiss 26.

brukes for å gjøre en avtale teknisk mulig å gjennomføre vil imidlertid påvirke lønnsomheten. Det er med andre ord nær sammenheng mellom umulighet og lønnsomhet.¹¹⁶

At tekniske hindringer kan utgjøre en objektiv begrunnelse for ulike forretningsnektelser, har støtte i den juridiske teorien. *Friis Bach Ryhl* hevder for eksempel at en mulig objektiv begrunnelse for adgangsnektelser til fasiliteter hvor tilgang er nødvendig for å konkurrere i et marked, er nettopp ”tekniske hindringer”.¹¹⁷

2.3.3.3 Kredittrisiko

Kommisjonens avgjørelse i *British Midland*¹¹⁸ gjaldt spørsmål om Aer Lingus avslag på interlining med British Midland utgjorde et brudd på artikkel 82. Interlining er en avtale mellom luftfartsselskaper om at de kan selge hverandres tjenester, slik at passasjerene kan nøye seg med å kjøpe en enkelt billett for reiser over flere ruter med ulike flyselskaper. Kommisjonen fastslo at hvorvidt det foreligger en plikt til interlining, beror på hvordan et avslag påvirker konkurransen. Kommisjonen uttalte deretter:

”Der er især tale om en sådan pligt, når et luftfartsselskab med en dominerende stilling ophæver eller afslår at indgå en interline-aftale, og dette objektivt set vil kunne få betydelig indvirkning på det andet selskabs mulighed for at påbegynde en ny rute eller opretholde en eksisterende rute, fordi det påvirker dets omkostninger og indtægter i forbindelse med den pågældende rute, og når det dominerende selskab ikke kan give andre objektive forretningsmæssige begrundelser for sit afslag (f.eks. bekymringer med hensyn til kreditværdighed), end den omstændighed at det ønsker at undgå at hjælpe den pågældende konkurrent.”¹¹⁹

Uttalelsen illustrerer forskjellen mellom et legitimt og et illegitimt forretningsmessig formål. Kommisjonen ga som eksempel på en mulig objektiv forretningsmessig begrunnelse ”bekymringer med hensyn til kreditværdighed”.¹²⁰ Det var imidlertid ikke tilfellet i den konkrete saken. Medkontrahentens økonomiske problemer er en omstendighet som kan vise at en forretningsnektelse har et annet forretningsmessig formål enn å skade konkurransen i

¹¹⁶ Det er også sammenheng mellom kapasitetsbegrensninger og tekniske hindringer fordi kapasitetsbegrensninger kan være en form for teknisk hindring, jfr. Rødby Havn, avsnitt 15.

¹¹⁷ Christensen m.fl, side 504. Se også Whish, side 677.

¹¹⁸ IV/33.544, *British Midland mot Aer Lingus (British Midland)*.

¹¹⁹ *British Midland*, avsnitt 26.

¹²⁰ *British Midland*, avsnitt 26.

markedet. Dårlig kredittverdighet utgjør en kredittrisiko, og formålet med en forretningsnektelse vil i slike tilfeller være å unngå å utsette seg for den kredittrisikoen slike avtaler innebærer. At dårlig betalingsevne eller vilje kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en forretningsnektelse, har støtte i den juridiske teorien. *Whish* hevder i forbindelse med adgangsnektelser til nødvendige fasiliteter at "Obvious justifications would be that the undertaking seeking access is not creditworthy (...)".¹²¹ Avgjørelsen indikerer også at et ønske om å unngå å hjelpe en konkurrent, ikke utgjør et legitimt formål. En slik forklaring viser ikke at handlingen har et annet forretningsmessig formål enn å skade konkurransen i markedet.

Kommisjonen fant at avslaget ville medføre et økonomisk handicap for British Midland og ville føre til at British Midland ikke ville kunne utvikle seg til en konkurrent på ruten mellom London (Heathrow) og Dublin.¹²² Kommisjonen påpekte at avslaget på interlining uten tvil hadde til formål og var egnet til å forhindre utviklingen av konkurransen.¹²³ Avslaget på interlining utgjorde derfor et misbruk.¹²⁴

Kommisjonen understreket at det dominerende foretakets "ønske om at undgå at miste markedsandele, og den omstændighed at dette er en rute af vital betydning for selskabet, og at dets overskudsgrad blev truet, gør det ikke berettiget at reagere på denne måde."¹²⁵ Til dette kan bemerkes at slike begrunnelser heller ikke gir noen annen forklaring på avslaget på interlining, enn at formålet var å begrense konkurransen på markedet. Et ønske om å unngå å miste markedsandeler og at overskuddet var truet, gir tvert imot incentiver til å ekskludere aktuelle eller potensielle konkurrenter fra markedet.

2.3.4 Effektivitetsgevinster

I henhold til *artikkel 82 annet ledd litra d*, kan misbruk særlig bestå i "at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand." Bestemmelsen

¹²¹ *Whish*, side 677. Se også *Faull & Nikpay*, side 155, *Christensen m.fl.*, side 504.

¹²² *British Midland*, avsnitt 28.

¹²³ *British Midland*, avsnitt 29.

¹²⁴ *British Midland*, avsnitt 32.

¹²⁵ *British Midland*, avsnitt 30.

forbyr misbruk i form av koblingssalg. EF-domstolen uttalte i *Tetra Pak II* at selv om koblingssalg er i overensstemmelse med handelssedvane eller når det er en naturlig forbindelse mellom produktene, kan det likevel foreligge et misbruk dersom koblingssalget ikke er objektivt begrunnet.¹²⁶

Kommisjonens avgjørelse i *Microsoft*¹²⁷ gjaldt blant annet spørsmål om Microsoft hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å koble salget av Windows Media Player (WMP) med Windows PC operativsystem.¹²⁸ Kommisjonen fant 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."¹²⁹ Koblingssalget utgjorde derfor et misbruk av dominerende stilling.

Kommisjonen drøftet herunder om koblingssalget var objektivt begrunnet fordi det medførte effektivitetsgevinster som veide opp for de negative virkningene på konkurransen i markedet.¹³⁰ Kommisjonen kom imidlertid 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 også uten å koble salget av Windows med WMP.¹³¹ Avgjørelsen tyder imidlertid på at Kommisjonen mener at effektivitetsgevinster kan utgjøre en objektiv begrunnelse for koblingssalg.

At effektivitetsgevinster kan utgjøre en objektiv begrunnelse for koblingssalg har støtte i den juridiske teorien. I *Faull & Nikpay* hevdes det at koblingssalg ikke utgjør et misbruk dersom det foreligger en objektiv begrunnelse, og at: "The most obvious reason is likely to be that the tying practice enhances efficiency, in other words, that it would be more costly to produce or distribute the tied products or services independently."¹³² Det hevdes således at effektivitetsgevinster som følge av lavere produksjons- eller distribusjonskostnader på grunn

¹²⁶ Tetra Pak II, premiss 37. (Min utheving).

¹²⁷ COMP/C-3/37.792 Microsoft.

¹²⁸ Microsoft, avsnitt 792 flg.

¹²⁹ Microsoft, avsnitt 984.

¹³⁰ Microsoft, avsnitt 955 flg.

¹³¹ Microsoft, avsnitt 970. Nærmere om dette i punkt 2.4.5.1 vedrørende forholdsmessighetsvurderingen.

¹³² Faull & Nikpay, side 168.

av koblingssalget, kan utgjøre en objektiv begrunnelse.¹³³ Spørsmålet har imidlertid ikke vært oppe for EF-domstolen.¹³⁴ Dersom et koblingssalg fører til effektivitetsgevinster, er det en forklaring som kan vise at handlingen har et legitimt forretningsmessig formål.

2.3.5 Produktlansering

Rovpriser, eller underpriser, er priser under kostpris for å fortrenge konkurrenter fra markedet. I *AKZO* oppstilte EF-domstolen en test for om det foreligger misbruk i form av rovpriser, som går ut på at priser under gjennomsnittlig variable kostnader innebærer en presumpsjon for at det foreligger et misbruk.¹³⁵ Priser lavere enn gjennomsnittlig totale kostnader utgjør et misbruk dersom prisene er del av en plan for å eliminere konkurransen i markedet.¹³⁶

I den juridiske litteraturen er det antatt at en objektiv begrunnelse for priser under kostpris kan være at et dominerende foretak lanserer nye produkter, eller at eksisterende produkter lanseres i nye markeder.¹³⁷ Slike begrunnelser kan gi en forretningsmessig forklaring på underpriser som viser at formålet er et annet enn å ekskludere en konkurrent fra markedet. Spørsmålet om produktlansering kan utgjøre en objektiv begrunnelse for underpriser, har imidlertid ikke vært oppe for EF-domstolen eller Førsteinstansretten.

2.3.6 Tapsbegrensning

Når det gjelder mulig misbruk i form av rovpriser, kan det også tenkes andre forretningsmessige forklaringer for underprisen enn at formålet er å skade konkurransen i markedet. En objektiv begrunnelse som kan vise at en underpris har et legitimt forretningsmessig formål, er at produktet er utdatert eller går til grunne over tid. Underprisen

¹³³ Se også Whish, side 659, Christensen m.fl., side 522.

¹³⁴ Effektivitetsgevinster kan utgjøre en objektiv begrunnelse også ved andre misbrukstyper. Måten effektivitetsgevinstene brukes i argumentasjonen kan imidlertid variere. Mer om dette i kapittel 4, incentiver til innovasjon som objektiv begrunnelse ved konkurransebegrensende misbruk, og kapittel 5, bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser som objektiv begrunnelse ved konkurransebegrensende rabatt- og bonusordninger.

¹³⁵ *AKZO*, premiss 71.

¹³⁶ *AKZO*, premiss 72.

¹³⁷ O'Donoghue, side 40. Se også Whish, side 706, Andrews, side 57, Henriksson, side 94, Christensen m.fl. side 531.

kan da ha til formål å begrense det dominerende foretakets tap, og ikke å ekskludere en konkurrent fra markedet. Heller ikke dette spørsmålet har vært oppe for EF-domstolen. Synspunktet har imidlertid støtte i den juridiske teorien.¹³⁸

2.3.7 Prioritering av faste kundeforbindelser

EF-domstolens avgjørelse i *BP-saken*¹³⁹ gjaldt spørsmål om BP hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å avbryte leveransene av oljeprodukter til kunden ABG, uten at BP også hadde avbrutt eller redusert leveransene til andre kunder. EF-domstolen kom til at kapasitetsbegrensninger, som følge av oljekrisen på begynnelsen av 1970-tallet, kunne begrunne at BP leverte oljeprodukter til sine faste kunder fremfor leilighetsvise kunder.¹⁴⁰ EF-domstolen fant derfor at BP ikke hadde misbrukt sin dominerende stilling da den avsluttet leveransene til ABG, som ikke var en fast kundeforbindelse.¹⁴¹ Avgjørelsen tilsier at et dominerende foretak, i perioder med kapasitetsbegrensninger, kan prioritere leveranser til sine faste kundeforbindelser fremfor leilighetsvise kunder uten at det utgjør et misbruk av dominerende stilling.¹⁴²

2.3.8 Andre?

Det er neppe mulig å gi en uttømmende liste over hvilke omstendigheter som kan vise at en konkurransebegrensende handling har et legitimt forretningsmessig formål.¹⁴³ Gjennomgangen av praksis viser at det sentrale må være om det kan påvises et formål som gjør at handlingen fremstår som forretningsmessig rasjonell også dersom det ses bort fra handlingens konkurransebegrensende virkninger.¹⁴⁴ Hvilke omstendigheter det kan være,

¹³⁸ Jfr. Andrews, side 57, Whish, side 706, O'Donoghue, side 41, Kon & Turnbull, side 75.

¹³⁹ Sak 77/77, Benzine en petroleum handelsmaatschappij m.fl. mot Kommissjonen (BP).

¹⁴⁰ BP, premiss 32.

¹⁴¹ BP, premiss 43.

¹⁴² Se også Faull & Nikpay, side 155.

¹⁴³ Se også Nihoul & Rodford, side 467: "It is difficult, if not impossible, to provide an exhaustive account of the circumstances which may justify the granting of a derogation."

¹⁴⁴ Se også Temple Lang (2003), side 272, som hevder om objektive begrunnelser for adgangsnektelser til nødvendige fasiliteter at "The basic principle is that if a reasonable owner of the facility who had no interest in any downstream operation would have a substantial interest, acting rationally, for refusing access, the vertically integrated company is entitled to do so." Ritter C., side 627, skriver i forbindelse med rovpriser at

avhenger av de konkrete forholdene i den enkelte sak. Det kan være interne forhold ved det dominerende foretaket, forhold ved produktene eller tjenestene som tilbys, forhold knyttet til kundene eller forhold ved markedet. Hvilke faktiske omstendigheter som kan vise at handlingen har et legitimt forretningsformål, vil dessuten variere avhengig av hva slags type misbruksatferd saken dreier seg om.

2.4 Proporsjonalitet mellom mål og midler

2.4.1 Innledning

For å avgjøre om det dominerende foretakets handling går klar av artikkel 82, på grunn av en objektiv begrunnelse som går ut på at handlingen har legitimt forretningsmessig formål, foretar EF-domstolen en avveining mellom mål og midler.¹⁴⁵ Dette kan formuleres som et krav til at handlingen må være proporsjonal i forhold til det legitime formålet. Proporsjonalitetsvurderingen angår avhandlingens andre hovedproblemstilling, som gjelder hvilke ytterligere avveininger som må foretas for å avgjøre når en objektiv begrunnelse medfører at handlingen er lovlig. Det må derfor avgjøres hvordan avveiningen mellom mål og midler skal foretas.

Det første som redegjøres for, er om proporsjonalitetsvurderingen er et utslag av det alminnelige EF-rettslige proporsjonalitetsprinsippet. Årsaken er at det generelle proporsjonalitetsprinsippet kan belyse proporsjonalitetsvurderingen som foretas for å avgjøre om det dominerende foretakets handling er lovlig på grunn av et legitimt forretningsmessig formål.

“(…) the proper benchmark for determining whether a particular practice is ‘legitimate’ is whether that practice would make commercial sense even if the competitor did not exist. The other side of the same coin is that an alleged defence is by definition ‘illegitimate’ where it does not make business sense but for the elimination of competition that it causes and the price is below cost.” Se også Faull & Nikpay, side 148-149.

¹⁴⁵ Se for eksempel United Brands, premiss 189.

2.4.2 Det EF-rettslige proporsjonalitetsprinsippet og konkurranserettens proporsjonalitetsvurderinger

Problemet som drøftes i dette avsnittet er om det generelle EF-rettslige proporsjonalitetsprinsippet kan anvendes på konkurranserettens område, som skranke for private rettssubjekters handlinger, eller om det foretas særegne konkurranserettslige proporsjonalitetsvurderinger.

Proporsjonalitetsprinsippet er et generelt fellesskapsrettslig prinsipp. Prinsippet fungerer som en skranke for myndighetsutøvelsen til fellesskapets institusjoner og de enkelte medlemsland.¹⁴⁶ Det EF-rettslige proporsjonalitetsprinsippet innebærer at det skal være proporsjonalitet mellom de mål som søkes oppnådd, og de virkemidler som tas i bruk. Prinsippet angår således forholdet mellom mål og midler.¹⁴⁷ I *Fedesa*,¹⁴⁸ som gjaldt prejudisielle spørsmål vedrørende gyldigheten av Rådets direktiv om forbud mot anvendelse av visse stoffer med hormonell virkning innen husdyravl,¹⁴⁹ formulerte EF-domstolen det rettslige innholdet av proporsjonalitetsprinsippet på følgende måte:

”Efter Domstolens faste praksis hører *proportionalitetsprinsippet* til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger. I henhold til dette princip er lovligheden af foranstaltninger, hvorved de erhvervsdrivende forbydes at udøve en økonomisk virksomhed, betinget af, at foranstaltningerne er *egnede* til og *nødvendige* for at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser; såfremt der er mulighed for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må ikke være *uforholdsmæssige* i forhold til de tilsigtede mål.”¹⁵⁰

I henhold til EF-domstolen innebærer proporsjonalitetsprinsippet at lovligheten av foranstaltninger beror på om foranstaltningen er egnet, nødvendig og forholdsmessig i forhold til de tilsiktede mål. Det alminnelige EF-rettslige proporsjonalitetsprinsippet kan derfor formuleres som tre krav eller tester: For det første må tiltaket være egnet til å fremme et legitimt formål. For det andre må tiltaket være nødvendig, det vil si det minst skadelige

¹⁴⁶ Craig & deBurca, side 372.

¹⁴⁷ Tridimas, side 89, EØS-rett (2004), side 68. EF-traktaten artikkel 5 tredje ledd er et utslag av proporsjonalitetsprinsippet: ”Fællesskabet handler kun i det omfang, det er nødvendigt for at nå denne traktats mål.”

¹⁴⁸ Sak 331/88, *Fedesa* m.fl.

¹⁴⁹ Rådets direktiv 88/146/EØF, EFT L70, 1988, s. 16.

¹⁵⁰ *Fedesa*, premiss 13. (Mine uthevninger).

alternativet, for å oppnå det legitime formålet. For det tredje er det et krav til forholdsmessighet (proporsjonalitet *stricto sensu*) mellom det målet som søkes oppnådd og de virkemidlene som tas i bruk.¹⁵¹

Det nærmeste man kommer en generell uttalelse som knytter proporsjonalitetsprinsippet til vurderingen av lovligheten av handlingene til dominerende foretak, finnes i *Generaladvokat Kirchners* forslag til avgjørelse i *Tetra Pak Rausing*.¹⁵² Saken gjaldt spørsmål om Tetra Pak hadde misbrukt sin dominerende stilling ved ervervet av en såkalt eksklusivlisens. Generaladvokaten uttalte følgende:

”I den foreliggende sag er det først og fremmest *proportionalitetsprinsippet*, der har betydning, idet klagepunktet vedrørende overtagelsen af eksklusivlicensen (og kun eksklusivlicenen) forudsætningsvis er en kritik af en uforholdsmæssig adfærd. *Anvendt på en dominerende virksomhed indebærer dette princip, at virksomheden kan handle i gevinstøjemed, søge at styrke sin markedsstilling i kraft af sin konkurrencedygtighed samt forfølge sine legitime erhvervsinteresser, men den må derved kun anvende de midler der er nødvendige med henblik på disse legitime mål. Den må navnlig ikke handle på en måde, der kan forudses at ville begrænse konkurrencen mere end nødvendigt.*”¹⁵³

Det er verdt å merke seg at Generaladvokaten uttrykkelig viser til et proporsjonalitetsprinsipp og anvender det på handlinger utført av foretak med en dominerende stilling. I henhold til Generaladvokaten innebærer prinsippet at et dominerende foretak ikke kan skade konkurransen i markedet mer enn nødvendig for å nå sine legitime mål. Generaladvokatens henvisning til proporsjonalitetsprinsippet ble imidlertid ikke fulgt opp i Førsteinstansrettens avgjørelse, som ikke innholder noen referanser til proporsjonalitetsprinsippet eller til Generaladvokatens forslag.

¹⁵¹ Se også Tridimas, side 91, Craig & deBurca, side 372, Emiliou, side 191 flg., Gydal, side 30 flg, Lilly, side 519. Det er ikke alltid et klart skille mellom kravet til nødvendighet og kravet til forholdsmessighet. Enkelte hevder derfor at proporsjonalitetsprinsippet kun innebærer et krav til egnethet og et krav til nødvendighet, jfr. Tridimas, side 92. Andre skiller mellom kravet til egnethet og kravet til forholdsmessighet, i den forstand at kravet til egnethet er et selvstendig krav og ikke en del av proporsjonalitetsvurderingen, jfr. Bull, side 592.

¹⁵² Generaladvokat Kirchners forslag til avgjørelse i Sak T-51/89, Tetra Pak Rausing mot Kommisjonen. I plenumsavgjørelser bistås Førsteinstansretten av en generaladvokat, jfr. prosessreglementet for Førsteinstansretten artikkel 17.

¹⁵³ Generaladvokat Kirchners forslag til avgjørelse i Tetra Pak Rausing, avsnitt 68. (Mine uthevninger).

Det foretas proporsjonalitetsvurderinger også på andre områder i EF-konkurranseretten. *Artikkel 81 (3)* åpner for et unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i artikkel 81 (1), dersom fire kumulative vilkår er oppfylt. For det første må det konkurransebegrensende samarbeidet bidra til ”at forbedre produksjonen eller fordelingen af varene eller til at fremme den tekniske eller økonomiske utvikling”. For det andre må avtalen sikre ”forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved”. For det tredje må det ikke ”pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er *nødvendige* for at nå disse mål”.¹⁵⁴ For det fjerde må det ikke ”gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.” Det tredje vilkåret gir anvisning på et krav til nødvendighet. Vilket innebærer at konkurransebegrensningene ikke må gå ut over det som er nødvendig for å realisere de fordeler som er relevante etter det første vilkåret.¹⁵⁵ Nødvendighetskravet i artikkel 81 (3) kan tolkes som et utslag av et generelt proporsjonalitetsprinsipp.¹⁵⁶

EF-domstolen har utviklet en *lære om tilknyttede begrensninger* i forbindelse med virkningsvurderingen i EF-traktaten artikkel 81 (1). Læren innebærer at en konkurransebegrensning likevel ikke rammes av artikkel 81 (1), dersom den er ”objektivt nødvendig”¹⁵⁷ for gjennomføringen av en avtale med et legitimt forretningsmessig formål. Også her foretas det en proporsjonalitetsvurdering.¹⁵⁸ Det følger av kravet til at konkurransebegrensningen må være nødvendig.

¹⁵⁴ Min utheving.

¹⁵⁵ Whish, side 157.

¹⁵⁶ Whish, side 157: ”Article 81 (3) will not be applicable to an agreement if the restriction of competition which it would entail is greater than is necessary to procure the benefit in question: there must be no restrictions that are ‘not indispensable’. This is, in effect, a manifestation of the Community principle of proportionality.”

¹⁵⁷ Sak T-112/99, *Métropole télévision (M6) m.fl. mot Kommissjonen*, premiss 109.

¹⁵⁸ Jones & Sufrin, side 212: ”A provision is regarded as objectively necessary for the implementation of an agreement if, without it, the main operation is difficult or even impossible to implement. Where a restriction is objectively necessary to implement a main operation, it is still necessary to ensure that its duration and its material and geographic scope do not exceed what is necessary to implement that operation (it must be proportionate).”

Kommisjonen har utarbeidet *Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser*.¹⁵⁹ I henhold til retningslinjene er det mulig at effektivitetsgevinster som følge av en fusjon, kan oppveie de negative virkningene en fusjon har på konkurransen i markedet og den potensielle skade fusjonen ellers vil ha for forbrukerne.¹⁶⁰ For at Kommisjonen kan ta hensyn til slike effektivitetsgevinster, er det et krav at gevinstene kommer forbrukerne til gode, at de er fusjonsspesifikke og at de er påviselige.¹⁶¹ Kravet til at effektivitetsgevinstene er fusjonsspesifikke innebærer at "(...) de direkte skyldes den anmeldte fusion og ikke kan realiseres i tilsvarende omfang gjennom mindre konkurrenceskadelige alternativer."¹⁶² Dette kan formuleres som et krav til at fusjonen må være nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinstene, på liknende måte som nødvendighetskravet etter artikkel 81 (3).

Gjennomgangen viser at det i EF-konkurranseretten foretas proporsjonalitetsvurderinger i forbindelse med misbrukskriteriet i artikkel 82, fritaksregelen i artikkel 81 (3), læren om tilknyttede begrensninger i forbindelse med artikkel 81 (1) og det såkalte "efficiency defence" ved fusjoner. Det finnes imidlertid ingen uttrykkelig uttalelse fra EF-domstolen som sier at de nevnte proporsjonalitetsvurderingene er utslag av det alminnelige EF-rettslige proporsjonalitetsprinsippet.

I henhold til den tradisjonelle forståelsen av det EF-rettslige proporsjonalitetsprinsippet, er prinsippet en rettslig skranke for Fellesskapets og nasjonale myndigheters handlefrihet. Etter denne tolkningen retter prinsippet seg ikke mot private rettssubjekter. *Gydal* mener at proporsjonalitetsprinsippet kun har betydning for medlemsstatene og fellesskapsinstitusjonene, og at å anvende det på dominerende foretak er å strekke anvendelsesområdet for langt. *Gydal* hevder derfor at: "Obliging individuals to comply with the principle of proportionality when making business decisions, putting them in the same

¹⁵⁹ EFT C31, 2004, side 5 (Retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner). Kommisjonens retningslinjer er ikke en bindende rettsakt, jfr. EF-traktaten artikkel 249. Retningslinjene gir imidlertid uttrykk for hvordan Kommisjonen vurderer horisontale fusjoner, jfr. Retningslinjenes avsnitt 5.

¹⁶⁰ Retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner, avsnitt 76.

¹⁶¹ Retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner, avsnitt 78.

¹⁶² Retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner, avsnitt 85.

position as an authority implementing or creating EC law, would be to totally distort the concept of the principle as a principle of administrative law.”¹⁶³

Andre forfattere mener at proporsjonalitetsprinsippets anvendelsesområde er utvidet til også å omfatte foretak. *Goyder* mener at proporsjonalitetsprinsippet: “(...) has been widened as a general principle of Community law to apply to undertakings, whose response to competitive pressures should be limited to steps that are appropriate and commercially necessary in the circumstances.”¹⁶⁴

På denne bakgrunn er det ikke avklart om det generelle EF-rettslige proporsjonalitetsprinsippet kan anvendes på konkurranserettens område, som skranke for private rettssubjekters handlinger, eller om det foretas særskilte konkurranserettslige proporsjonalitetsvurderinger.

Det nærmere innholdet i proporsjonalitetsvurderingen må uansett fastlegges på bakgrunn av en analyse av praksis vedrørende misbrukskriteriet i artikkel 82. Elementene i det generelle proporsjonalitetsprinsippet kan brukes som modell for å analysere proporsjonalitetsvurderingen som regulerer når en objektiv begrunnelse som går ut på at handlingen har et legitimt forretningsformål, fører til at handlingen er lovlig. Det må avgjøres om det kan oppstilles krav til egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet, og det nærmere innholdet i disse kravene må klargjøres.

2.4.3 Egnethet

Problemet som behandles i dette avsnittet, er om det kan oppstilles et krav til at handlingen er egnet til å ivareta det legitime forretningsmessige formålet.

EF-domstolens avgjørelse i *United Brands* gjaldt, som nevnt i punkt 2.3.1, blant annet spørsmål om *United Brands* leveringsnektelse av bananer til en dansk forhandler, som hadde drevet salg fremstøt for en av *United Brands* konkurrenter, utgjorde et brudd på artikkel 82. EF-domstolen uttalte at dominerende foretak har rett til å beskytte sine handelsinteresser når

¹⁶³ Gydal, side 88-89.

¹⁶⁴ *Goyder*, side 301.

disse angripes. Slike foretak må i rimelig omfang "tilstås mulighet for at træffe sådanne foranstaltninger, som den finder *egnet* til at beskytte sine nævnte interesser".¹⁶⁵ Forutsetningen er at formålet ikke er å styrke og misbruke den dominerende stillingen.¹⁶⁶ Det følger av EF-domstolens uttalelse at et dominerende foretak har rett til å møte konkurransen.¹⁶⁷ Retten gjelder imidlertid ikke ubegrenset. Det er et krav at handlingen er "egnet" til å ivareta det legitime forretningsmessige formålet. EF-domstolens uttalelse tilsier at det kan oppstilles et krav til egnethet.

Kravet til egnethet må innebære at handlingen, med en viss grad av sannsynlighet, fører til det ønskede resultat. Handlingen må være av en slik art at den kan realisere det legitime formålet, for at handlingen skal være lovlig. Motsatt vil en handling som er uegnet til å ivareta det legitime formålet, ikke føre til at handlingen går klar av artikkel 82.

I henhold til *Tridimas* er kravet til egnethet, når det gjelder det alminnelige EF-rettslige proporsjonalitetsprinsippet, oppfylt dersom tiltaket er "reasonably likely, to achieve its objectives."¹⁶⁸ Det er neppe mulig å angi presist hvor stor grad av sannsynlighet som kreves. Dersom det er utenkelig at atferden kan realisere det legitime formålet, vil kravet til egnethet ikke være oppfylt. Gydal hevder tilsvarende at kravet til egnethet angår mulighetene for at tiltaket bidrar til å oppnå en legitim målsetting. I henhold til Gydal er en handling som ikke kan føre til det ønskede resultat ikke egnet. Det samme gjelder en handling som motvirker det legitime formålet.¹⁶⁹ Det er ikke noe som tilsier at kravet til egnethet skal ha en annen betydning i denne sammenheng.

Kravet til egnethet er sjelden behandlet i praksis. En mulig årsak er at et dominerende foretak neppe vil anføre at handlingen ivaretar et legitimt forretningsmessig formål dersom handlingen ikke er egnet til å ivareta det legitime formålet.

Det gir liten mening å drøfte kravet til nødvendighet og kravet til forholdsmessighet, dersom handlingen er uegnet til å ivareta det legitime formålet. Domstolene og Kommisjonen unnlater

¹⁶⁵ United Brands, premiss 189. (Min utheving).

¹⁶⁶ United Brands, premiss 189.

¹⁶⁷ Jfr. punkt 2.3.1.

¹⁶⁸ Tridimas, side 91.

¹⁶⁹ Gydal, side 32.

å behandle kravet til egnethet der dette utvilsomt er oppfylt, og drøfter i stedet kravet til nødvendighet og forholdsmessighet som oftere volder problemer.

2.4.4 Nødvendighet – minst skadelige alternativ

Problemet som tas opp i dette avsnittet, er om det kan oppstilles et krav til at det dominerende foretakets handling er nødvendig for å ivareta et legitimt forretningsmessig formål.

I EF-domstolens avgjørelse i *Télémarketing*, som gjaldt prejudisielle spørsmål angående en leveringsnektelse av tjenesteytelser i form av TV-sendetid, heter det i konklusjonen at det utgjør et misbruk dersom et foretak med en dominerende stilling:

“(…) *uden at det er objektivt nødvendigt* - forbeholder sig selv eller en virksomhed i samme concern forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en tredje virksomhed inden for dennes erhvervsområde på et beslægtet, men selvstændigt marked, med fare for, at enhver konkurrence fra denne virksomheds side bliver udelukket.”¹⁷⁰

Når EF-domstolen undertiden bruker uttrykket ”objektivt nødvendigt”¹⁷¹ i stedet for ”objektivt begrundet” eller ”objektivt berettiget”, tyder det på at det kan oppstilles et nødvendighetskrav.

EF-domstolens avgjørelse i *AKZO* gjaldt blant annet spørsmål om AKZO hadde misbrukt sin dominerende stilling ved rovpriser, det vil si priser under kostpris, til ECS’ kunder blant de ”store uafhængige” virksomheter. Avgjørelsen har betydning for rekkevidden av retten til å møte konkurransen.¹⁷² EF-domstolen uttalte:

”Det bemærkes endvidere, at de priser, som AKZO i december 1980 tilbød til denne kreds af ECS’ kunder, viser, at AKZO havde til hensigt at skade ECS, ikke at genskabe sit avanceniveau. *Disse priser er nemlig klart lavere end nødvendigt for at kunne konkurrere med ECS*, idet de, sammenlignet med ECS’ priser på samme tidspunkt til samme kundekategori, er udtryk for en forskel på over 70 UKL for 16%-benzoylperoxid, på over 100 UKL for 6%-kaliumbromat og endelig på over 60 UKL for vitaminblandinger.”¹⁷³

¹⁷⁰ *Télémarketing*, konklusjonens punkt 2. (Min uthevning).

¹⁷¹ Se også Kommisjonens avgjørelser i IV/30.178 Napier Brown - British Sugar, avsnitt 70 og COMP/37.685 - GVG/FS, avsnitt 145.

¹⁷² Jfr. punkt 2.3.1.

¹⁷³ *AKZO*, premiss 108. (Min uthevning).

EF-domstolen stadfestet derfor Kommisjonens beslutning om at AKZOs pristilbud, som lå under selskapets gjennomsnittlig totale kostnader,¹⁷⁴ til ECS' kunder blant de "store uafhængige" foretakene, utgjorde et misbruk.¹⁷⁵ EF-domstolen sier uttrykkelig at AKZOs priser var lavere "end nødvendig" for å kunne konkurrere i markedet, og at prisene derfor hadde til formål å ekskludere konkurrenten fra markedet. Uttalelsen tilsier at underpriser ikke kan settes lavere enn nødvendig for å møte konkurransen. Det er imidlertid vanskelig å forstå hvorfor et dominerende foretak kan sette prisen lavt nok til å møte en konkurrents tilbud, og dermed få en kunde til handle hos seg i stedet for hos konkurrenten, men ikke kunne sette prisen lavere enn dette minimumsnivået. For kundene og forbrukerne vil dette være positivt da de tilbys lavere priser, mens det ikke vil ha noen ytterligere negativ virkning på konkurransen i markedet.¹⁷⁶

AKZO gjaldt også spørsmål om AKZO hadde misbrukt sin dominerende stilling ved pristilbud til kunden Ranks. AKZO anførte at prisene, som lå under selskapets gjennomsnittlig totale kostnader,¹⁷⁷ var begrunnet i pristilpasninger for å møte konkurrentene ECS' og Diaflex' tilbud.¹⁷⁸ Det heter i EF-domstolens avgjørelse at:

"I mars 1982 nedsatte AKZO sin pris til 629 UKL for at imødegå et tilsvarende tilbud fra en uafhængig ervervsdrivende. Dette tilbud kan ikke begrunde, at AKZO opretholdt denne pris helt frem til beslutningen om foreløbige forholdsregler, da selskabet ikke etterfølgende stod overfor konkurrerende tilbud."¹⁷⁹

¹⁷⁴ Men over de gjennomsnittlig variable kostnadene.

¹⁷⁵ AKZO, premiss 109.

¹⁷⁶ Jfr. Waelbroeck, side 119-120: "In other instances, Akzo's prices, while being between average variable and total costs, were nevertheless clearly below those charges by E.C.S. to the same customers and, therefore, the Court said, were explainable not only by the desire to win the order but by an intention to injure E.C.S. It is difficult to understand this reasoning. Indeed, as long as a price reduction is such that it allows a dominant firm to win a particular order, one does not see why it makes a difference from the point of view of competition that such reduction should exceed the minimum required to achieve that effect."

¹⁷⁷ Men over de gjennomsnittlig variable kostnader.

¹⁷⁸ AKZO, premiss 133.

¹⁷⁹ AKZO, premiss 137.

EF-domstolen kom derfor til at AKZO hadde misbrukt sin dominerende stilling også på dette punkt.¹⁸⁰ Uttalelsen tilsier at et dominerende foretak ikke kan begrunne underpriser med at prisene hadde til formål å møte en konkurrents tilbud, i perioder hvor det ikke foreligger konkurrerende tilbud. Dersom kundene til et dominerende foretak ikke står overfor konkurrerende tilbud, er det ikke nødvendig å operere med underpriser for å beskytte sine handelsinteresser mot en trussel.

EF-domstolens avgjørelse i *Magill* gjaldt to TV-selskaper som nektet å utstede lisens for offentliggjøring av sine ukentlige programoversikter. Saken gjaldt dermed en annen misbrukshandling enn AKZO. Lisensnektelsen utelukket konkurranse på markedet for ukentlige programoversikter. EF-domstolen fastslo innledningsvis at en rettighet som i henhold til nasjonal rett utgjør en opphavsrett, ikke er unndratt enhver vurdering i forhold til EF-traktatens artikkel 82.¹⁸¹ En lisensnektelse kan utgjøre et misbruk ”under særlige omstendigheter.”¹⁸² EF-domstolen fant at lisensnektelsen for det første forhindret at det ble skapt et nytt produkt som det var etterspørsel etter fra forbrukernes side. For det andre var lisensnektelsen ikke begrunnet i særlige forhold for radio- og TV-spredningsvirksomhet. For det tredje utelukket lisensnektelsen konkurranse på markedet for ukentlige TV-programblader.¹⁸³ EF-domstolen kom derfor til at lisensnektelsen utgjorde et misbruk av dominerende stilling.¹⁸⁴ Når EF-domstolen fastslo at lisensnektelsen ikke var begrunnet i særlige forhold for radio- og TV-spredningsvirksomhet eller virksomheten med utgivelse av TV-blader, betyr det at det ikke eksisterte noen objektiv begrunnelse for lisensnektelsen. Bakgrunnen for EF-domstolens uttalelse om fravær av en objektiv begrunnelse finnes i

¹⁸⁰ AKZO, premiss 140: “Ved gjennom en lengre periode at opretholde priser, der lå under gjennomsnittet af selskabets samlede omkostninger, uden at dette var objektivt begrundet, har AKZO kunnet skade ECS ved at få dette til at afholde sig fra at gøre fremstød over for AKZO’s kunder.”

¹⁸¹ *Magill*, premiss 48.

¹⁸² *Magill*, premiss 50.

¹⁸³ *Magill*, premiss 54-56. Se også avgjørelsen i *IMS Health*, premiss 38, hvor EF-domstolen sammenfatter rettspraksis vedrørende lisensnektelser dit hen at det er ”tilstrækkeligt, at tre kumulative betingelser er opfyldt, nemlig at nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, at den er ubegrundet, og at den vil udelukke enhver konkurrence på et afledt marked.” (Min utheving). Ordet ”tilstrækkeligt”, i motsetning til nødvendig, indikerer at andre særegne omstendigheter også kan utgjøre misbruk. Se også Ong, side 222.

¹⁸⁴ *Magill*, premiss 57.

Kommisjonens avgjørelse.¹⁸⁵ TV-selskapene anførte overfor Kommisjonen at lisensnektelsen var begrunnet i kravet om å sikre en allsidig dekning av høy kvalitet av alle programmene. Kommisjonen var imidlertid av den oppfatning:

”(...) at denne politik og praksis ikke er *nødvendig* til at virkeliggøre disse mål, men at det kan ske med *mindre restriktive midler*, om fornødent gjennom krav herom til de udgivere, som de giver licens til at offentliggøre deres programoversigter.”¹⁸⁶

Kommisjonens avgjørelse viser at Kommisjonen anser at nødvendighetskravet innebærer at handlingen må være det minst restriktive alternativet for å ivareta et legitimt formål.

I *Frankfurt Lufthavn*¹⁸⁷ nektet foretaket som eide og opererte Frankfurt lufthavn (FAG) konkurrenter tilgang til å utføre såkalte ”ramp-handling services” på lufthavnen. I motsetning til Magill var det ikke tale om en lisensnektelse, men en tilgangsnektelse til en fysisk fasilitet. FAG anførte, som objektiv begrunnelse for tilgangsnektelsen, at det var plass- og kapasitetsmangel på flyplassen. Dette ble avvist av Kommisjonen både fordi det ikke var plassmangel og fordi det var mulig å løse plass- og kapasitetsproblemene ved å omorganisere infrastrukturen på flyplassen.¹⁸⁸ Adgangsnektelsen var ikke ”absolut nødvendig” på grunn av kapasitetsbegrensninger, fordi plassmangelen kunne løses.¹⁸⁹ Kommisjonen kom derfor til at adgangsnektelsen utgjorde et misbruk.¹⁹⁰ Avgjørelsen indikerer at en tilgangsnektelse ikke er nødvendig på grunn av plassmangel, dersom plassmangelen kan løses.

Kommisjonens avgjørelse i *Rødby Havn*¹⁹¹ gjaldt også en tilgangsnektelse til en fysisk fasilitet. Det danske statsforetaket DSB nektet et datterselskap i konsernet Stena Rederi AB å anlegge en ny terminal i umiddelbar nærhet til Rødby Havn og å anvende den eksisterende terminalen, for å drive fergetrafikk mellom Rødby og Puttgarden.¹⁹² Kommisjonen fant det

¹⁸⁵ IV/31.851 – Magill TV Guide/ ITP, BBC og RTE.

¹⁸⁶ Ibid, avsnitt 23. (Mine uthevninger).

¹⁸⁷ IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt (Frankfurt Lufthavn).

¹⁸⁸ Frankfurt Lufthavn, avsnitt 86.

¹⁸⁹ Frankfurt Lufthavn, avsnitt 88.

¹⁹⁰ Frankfurt Lufthavn, avsnitt 107.

¹⁹¹ 94/119/EF, Rødby Havn.

¹⁹² Jfr. punkt 2.3.3.1.

ikke godtgjort at kapasiteten i den eksisterende havnen var fullt utnyttet, eller at kapasiteten ikke kunne økes ved tilpasninger som Stena hadde tilbudt seg å bekoste.¹⁹³ Adgangsnektelsen var med andre ord ikke nødvendig. Det forelå derfor et misbruk av dominerende stilling. Avgjørelsen underbygger at handlingen må være det minst skadelige alternativet for å ivareta et legitimt formål.

EF-domstolen har aldri tatt stilling til om dominerende foretak kan pålegges å øke kapasiteten for egen regning, der kapasitetsbegrensninger anføres som objektiv begrunnelse for en forretningsnektelse. Et dominerende foretak har imidlertid ingen plikt til å fremme konkurranse.¹⁹⁴ Å pålegge et dominerende foretak å bære utgiftene ved å utvide kapasiteten for å kunne forsyne konkurrentene, vil langt på vei beskytte konkurrentene på bekostning av det dominerende foretaket. Det kan derfor hevdes at et dominerende foretak ikke bør pålegges å utvide kapasiteten for egen regning.¹⁹⁵

En ytterligere avgjørelse som viser at Kommisjonen oppstiller et nødvendighetskrav er *Wanadoo Interactive*.¹⁹⁶ Kommisjonen fant at Wanadoo hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å anvende underpriser for ADSL-internetttilgang, som ledd i en plan for å skade konkurransen.¹⁹⁷ Wanadoo anførte at underprisen var objektivt begrunnet i andre mål enn å skade konkurransen.¹⁹⁸ Wanadoo hevdet herunder at prisen under gjennomsnittlig variable kostnader var objektivt begrunnet i effektivitetsgevinster, som Wanadoo kunne oppnå gjennom stordriftsfordeler som følge av høyere salgsvolum. Kommisjonen avviste anførselen blant annet fordi det ikke var bevist at effektivitetsgevinstene ikke kunne oppnås ved andre midler enn underpriser.¹⁹⁹ Underprisen var dermed ikke nødvendig.

¹⁹³ Rødby Havn, avsnitt 15.

¹⁹⁴ BBI/Boosey & Hawkes, avsnitt 19: "Der påhviler ikke nogen dominerende producent nogen forpligtelse til at støtte konkurrence."

¹⁹⁵ Whish, side 677: "It is doubtful that the owner of the essential facility can be under a duty to increase capacity in order to enable a third party to have access."

¹⁹⁶ COMP 38.233 – *Wanadoo Interactive*. Saken er brakt inn for Førsteinstansretten, jfr. Sak T-340/03.

¹⁹⁷ *Wanadoo Interactive*, avsnitt 368.

¹⁹⁸ *Wanadoo Interactive*, avsnitt 305.

¹⁹⁹ *Wanadoo Interactive*, avsnitt 307: "For an argument based on efficiency gains to be admissible, it must be possible to prove that such gains could not have been achieved by means other than a below-cost selling strategy. In the present case, there is no guarantee that such gains could not have been achieved had the market developed in a balanced manner."

Praksis fra domstolene og Kommisjonen tilsier at det kan oppstilles et krav til nødvendighet, som innebærer at det dominerende foretakets handling må være det minst skadelige alternativet for å ivareta et legitimt forretningsmessig formål.

2.4.5 Forholdsmessighet – proporsjonalitet *stricto sensu*

I henhold til EF-domstolen i *United Brands* har dominerende foretak ”i rimelig omfang”²⁰⁰ rett til å treffe foranstaltninger som er egnet til å beskytte foretakets handelsinteresser fra et angrep. Uttrykket ”i rimelig omfang” kan forstås som en anvisning på en forholdsmessighetsvurdering.

Forholdsmessighetskravet må innebære at selv om den konkurransebegrensende handlingen er egnet til og nødvendig for å ivareta et legitimt forretningsmessig formål, kan handlingen likevel være ulovlig dersom den ikke er forholdsmessig. Det må derfor avgjøres hvilke momenter som er relevante i forholdsmessighetsvurderingen.

2.4.5.1 Relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen

I *United Brands* presiserte EF-domstolen det nærmere innholdet i forholdsmessighetsvurderingen på følgende måte:

”Selv om det kan tiltrædes, at virksomheden skal have mulighed for at gå til modangreb, skal et sådant under hensyntagen til de pågældende virksomheders økonomiske styrke stå i et rimeligt forhold til truslen;”²⁰¹

I henhold til EF-domstolen er vurderingstemaet om motangrepet, altså leveringsnektelsen som utgjør det potensielle misbruket, står i rimelig forhold til trusselen, d.v.s. den kommersielle trusselen forhandlerens atferd utgjorde.

Det heter at skal tas hensyn til foretakenes ”økonomiske styrke”.²⁰² Det må bety at foretakenes markedsposisjon er et moment i forholdsmessighetsvurderingen. Synspunktet

²⁰⁰ *United Brands*, premiss 189.

²⁰¹ *United Brands*, premiss 190.

²⁰² *United Brands*, premiss 190.

underbygges av at dominerende virksomheters særlige forpliktelse til ikke å skade konkurransen i markedet, blir større dersom stillingen på markedet nærmer seg en monopolsituasjon.²⁰³ Det tilsier at jo større markedsandel det dominerende foretaket har, jo vanskeligere er det å få gjennomslag for at en konkurransebegrensende handling er forholdsmessig for å ivareta et legitimt formål. Foretak med en såkalt supradominant stilling, det vil si foretak med en markedsposisjon som nærmer seg et monopol, vil derfor vanskeligere få medhold i at handlingen er forholdsmessig.

EF-domstolen kom til at United Brands leveringsnektelse gikk ut over det som ble ansett som rimelig i forhold til den opptreden forhandleren hadde utvist. Begrunnelsen var at United Brands måtte vite at en slik atferd ville forsterke foretakets allerede sterke stilling på markedet. Dessuten ville en slik atferd begrense små og mellomstore foretaks uavhengighet til United Brands og deres rett til å foretrekke konkurrenters produkter. Atferden ville dessuten føre til en ”betydelig ændring af konkurrencevilkårene på det relevante bananmarked, idet kun de firmaer vil kunne overleve, der er afhængige af den dominerende virksomhed”²⁰⁴ Avgjørelsen viser at EF-domstolen i forholdsmessighetsvurderingen vurderer det antatte omfanget av skadevirkningene på konkurransen i markedet. Handlingens konkurranseskadelige virkninger må derfor være et moment i forholdsmessighetsvurderingen. Det er grunn til å anta at jo større de negative virkningene er, jo høyere blir terskelen for at handlingen anses forholdsmessig. Dersom handlingen eliminerer konkurransen i markedet, skal det antakelig mye til for at handlingen anses forholdsmessig.²⁰⁵

I Førsteinstansrettens avgjørelse i *Irish Sugar* tolket Retten uttalelsen i United Brands, om at dominerende foretak har rett til å beskytte sine handelsinteresser når de trues, dit hen at

²⁰³ Compagnie Maritime Belge, premiss 119: ”Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en adfærd udvist af en linjekonference, der har en andel af det relevante marked på mere end 90% og kun har én konkurrent.” Whish, side 189: ”It would appear to be the case that the responsibility of a dominant firm becomes greater, so that a finding of abuse becomes more likely, where the firm under investigation is not merely dominant, but rather ’enjoys a position of dominance approaching a monopoly.’” Se også Christensen m.fl., side 473.

²⁰⁴ United Brands, premiss 191-194.

²⁰⁵ Se også Temple Lang, side 275, vedrørende tilgangsnektelser til nødvendige fasiliteter: ”(...) if the consequence of a refusal by a dominant enterprise to supply is that all or most of its competitors are excluded from the market, only strong business reasons can justify the refusal.”

handlingen for at være lovlig i det minste skal ”kunne begrundes i hensynet til økonomisk effektivitet og samtidig være forenlig med forbrugernes interesser.”²⁰⁶ Uttalelsen tilsier at hensynet til økonomisk effektivitet og forbrukerinteresser har avgjørende betydning for når en objektiv begrunnelse, som går ut på at det dominerende foretaket kun beskyttet sine kommersielle interesser mot et angrep, anses som lovlig. Retten viser dermed også at forbrukerinteresser er et moment i forholdsmessighetsvurderingen. Forbrukerhensynets betydning for tolkningen av artikkel 82 understrekes av *Generaladvokat Jacobs* forslag til avgjørelse i *Bronner*, hvor det heter at ”(...) det primære formål med artikkel [82] snarere er at forhindre konkurrencefordreining – og især at sikre forbrugernes interesser – end at beskytte bestemte konkurrenters position.”²⁰⁷

United Brands gjaldt også spørsmål om en avtaleklausul som forbød leverandørene/moderne av bananer å videreselge bananer i grønn tilstand, utgjorde et misbruk. EF-domstolen uttalte:

”Selv om forsøg på at føre kvalitetspolitikk er anbefalelsesverdige og lovlige, navnlig når det sker ved at udvælge videreforhandlere ud fra objektive kriterier angående de pågældendes kvalifikationer, personale og anlæg, kan denne form for praksis kun være berettiget, *såfremt den ikke opstiller hindringer, hvis virkning går ud over det mål, der skal nås;*”²⁰⁸

I henhold til EF-domstolen er forsøk på å føre kvalitetspolitikk et legitimt formål. Forutsetningen for at handlingen skal gå klar av artikkel 82, er imidlertid at virkningen ikke går ut over det mål som skal nås. EF-domstolen gir således anvisning på en forholdsmessighetsvurdering som innebærer en avveining mellom et legitimt forretningsmessig formål og virkningen av handlingen. EF-domstolen kom til at forbudet mot videresalg av grønne bananer begrenset omsetningen til skade for forbrukerne og påvirket samhandelen mellom medlemsstater ved å oppdele de nasjonale markedene.²⁰⁹ Forbudet mot

²⁰⁶ *Irish Sugar*, premiss 189. Se også *Michelin II*, premiss 280.

²⁰⁷ *Generaladvokat Jacobs* forslag til avgjørelse i *Bronner*, avsnitt 58. Se også *Sak 6/72, Continental Can mot Kommisjonen*, premiss 26, hvor det heter at artikkel 82 ikke bare omhandler atferd “der kan medføre umiddelbar skade for forbrukerne, men også adfærd, som medfører skade for dem ved at ramme en effektiv konkurrencestruktur”. Tilsvarende heter det i *Generaladvokat Warners* forslag til avgjørelse i *Commercial Solvents, Sml. 1974 s. 268*, at ”(...) artikkel [82] omhandler tilfælde, hvor der opstår skade for forbrugeren, enten direkte eller indirekte.”

²⁰⁸ *United Brands*, premiss 158. (Min utheving).

²⁰⁹ *United Brands*, premiss 159.

videresalg utgjorde derfor et brudd på artikkel 82. Avgjørelsen tilsier at virkningene av handlingen for forbrukerne og for samhandelen mellom medlemsstatene, er relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen. I denne saken talte imidlertid forbrukerinteressene mot at handlingen var lovlig.

En sak som har visse likheter med leveringsnektelsesspørsmålet i *United Brands*, er Kommisjonens avgjørelse i *BBI/Boosey & Hawkes*.²¹⁰ Et av spørsmålene Kommisjonen tok stilling til var om en dominerende produsent av messinginstrumenter, som nektet å levere instrumenter og reservedeler til en forhandler og en reparatør, hadde brutt artikkel 82. Leveringsnektelsen kom som en følge av at forhandleren og reparatøren hadde dannet et selskap for å fremstille og selge tilsvarende instrumenter. Kommisjonen gjentok uttalelsen i *United Brands* om at dominerende foretak har rett til ”at træffe rimelige forholdsregler til at beskytte sine kommersielle interesser, men sådanne forholdsregler skal være fair og stå i rimelig forhold til den trussel, den er utsat for.”²¹¹

Kommisjonen uttalte at dersom en kunde oppretter en forretningsforbindelse med en konkurrent eller en potensiell konkurrent til det dominerende foretaket, gir det normalt ikke det dominerende foretaket rett til ”øyeblikkelig at indstille levering eller at træffe gengældelsesforanstaltninger mod denne kunde.”²¹² Det heter videre at et dominerende foretak i en slik situasjon muligens har ”ret til at revidere sin forretningsforbindelse med denne kunde og med et passende varsel at afbryde enhver speciel forbindelse.”²¹³ Det kan tyde på at det var den umiddelbare leveringsnektelsen som var uforholdsmessig. Kommisjonen fant at leveringsnektelsen gikk ut over foretakets legitime forsøk på å beskytte sine kommersielle interesser. Kommisjonen kom derfor til at leveringsnektelsen utgjorde et misbruk.²¹⁴ Avgjørelsen viser at det kan være en uklar grense mellom kravet til nødvendighet og kravet til forholdsmessighet. Det kan hevdes at leveringsnektelsen ikke var nødvendig, fordi det dominerende foretaket kunne gitt kunden et passende varsel i stedet for å avbryte leveransene øyeblikkelig.

²¹⁰ IV/32.279 - *BBI/Boosey & Hawkes*.

²¹¹ *BBI/Boosey & Hawkes*, avsnitt 19.

²¹² *BBI/Boosey & Hawkes*, avsnitt 19.

²¹³ *BBI/Boosey & Hawkes*, avsnitt 19.

²¹⁴ *BBI/Boosey & Hawkes*, avsnitt 19.

I *Microsoft* var det spørsmål om effektivitetsgevinster utgjorde en objektiv begrunnelse for koblingsslaget av Windows PC operativsystem og Windows Media Player. Kommisjonen konkluderte på følgende måte:

”Microsoft has not submitted adequate evidence to the effect that tying WMP is objectively justified by pro-competitive effects which would outweigh the distortion of competition caused by it. In particular it has been shown that what Microsoft presents as the benefits of tying could be achieved in the absence of Microsoft tying WMP with Windows. As regards other ‘benefits’ identified by Microsoft, they primarily relate to Microsoft’s own profitability and, being furthermore disproportionate to the anti-competitive effects in the market caused by tying, cannot therefore serve as a valid justification.”²¹⁵

Kommisjonen kom derfor til at effektivitetsgevinster ikke kunne berettige koblingsslaget. Parallellen til unntaket fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i artikkel 81 (3) er fremtredende i denne avgjørelsen. For det første er det tale om effektivitetsgevinster som objektiv begrunnelse. For det andre understreker Kommisjonen at koblingsslaget ikke var nødvendig, fordi gevinstene kunne oppnås også uten å koble salget av de to produktene.²¹⁶ For det tredje gir Kommisjonen anvisning på en forholdsmessighetsvurdering hvor effektivitetsgevinstene avveies mot skaden på konkurransen i markedet. For det fjerde indikerer Kommisjonen en forbrukervelferdsstandard og ikke en totalvelferdsstandard, når den påpeker at fordelene primært relaterer seg til Microsoft’s egen lønnsomhet i motsetning til fordeler som kommer forbrukerne til gode.

²¹⁵ Microsoft, avsnitt 970.

²¹⁶ Se også Christensen m.fl., side 522-523, hvor det heter at koblingssalg kan tjene til å realisere ”tekniske/kvalitetsmessige fordele (f.eks. kan producenten af en bestemt maskine opnå ensartethed og kvalitetssikring ved at kræve, at denne kun anvendes sammen med tilbehør fremstillet af leverandøren, hvilket kan bidrage til at skabe et godt mærkeomdømme for det bindende produkt). *Enhver begrundelse skal dog være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.* Det er efter omstændighederne muligt, at de nævnte tekniske fordele fuldt så vel kan opnås ved at forpligte køberen til at anvende eller videresælge produkter, der opfylder minimumskvalitetsstandarder.” (Min utheving).

Kommisjonen har utarbeidet en *Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren*.²¹⁷ I forbindelse med spørsmålet om avbrytelse av adgang til telenett for en eksisterende kunde utgjør et misbruk av dominerende stilling, heter det:

”Hvis en eksisterende kunde fratages adgangen, vil der normalt være tale om misbruk. Også i denne forbindelse kan der foreligge saklige grunde for en sådan opsigelse. *De saklige grunde skal stå i et rimeligt forhold til de virkninger, afbrytelsen har på konkurransen.*”²¹⁸

I henhold til Kommisjonen skal det foretas en avveining mellom de saklige grunnene for å avbryte adgangen til telenettet og den skaden som påføres konkurransen i markedet dersom adgang nektes. I henhold til Kommisjonen må den objektive begrunnelsen stå ”i et rimeligt forhold” til virkningene av adgangsavbrytelsen på konkurransen. Kommisjonens meddelelser er imidlertid ikke en bindende rettsakt, jfr. EF-traktaten artikkel 249. Kommisjonens meddelelser gir likevel uttrykk for Kommisjonens syn.

Gjennomgangen av praksis viser at det er flere momenter som kan være relevante i forholdsmessighetsvurderingen. Dersom det dominerende foretakets stilling på markedet nærmer seg en monopolstilling, er terskelen for hvilke handlinger som anses forholdsmessige høyere enn dersom det dominerende foretakets markedsposisjon ikke er så sterk. Videre må man vurdere omfanget av de negative virkningene det konkurransebegrensende tiltaket har på konkurransen i markedet. Jo større de negative virkningene er på konkurransen, jo lettere vil EF-domstolen komme til at tiltaket var uforholdsmessig. Et bærende hensyn i forholdsmessighetsvurderingen vil være i hvilken grad handlingen kan sies å være forenlig med forbrukernes interesser.

²¹⁷ Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren, EFT C265, 1998, side 2-28.

²¹⁸ Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren, avsnitt 100. (Min utheving).

3 Allmenne hensyn som objektiv begrunnelse ved konkurransebegrensende misbruk

3.1 Innledning

Spørsmålet som analyseres i dette kapitlet, er om en objektiv begrunnelse for konkurransebegrensende handlinger kan være at handlingen ivaretar *allmenne hensyn*.²¹⁹ Med allmenne hensyn menes her hensyn av ikke-økonomisk art, som har positiv samfunnsmessig betydning, som miljø, sikkerhet, helse, kultur og liknende.²²⁰ I motsetning til legitimt forretningsformål som objektiv begrunnelse er ikke spørsmålet om handlingen ivaretar foretakets legitime forretningsmessige interesser, men om allmennhetens interesser utgjør et legitimt formål som kan berettige konkurranseskadelig atferd.²²¹

Det første som må avgjøres er om allmenne ikke-forretningsmessige hensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse.²²² I så fall må det også tas stilling til når slike hensyn eventuelt kan føre til at det dominerende foretakets handling er lovlig og ikke et misbruk.²²³

²¹⁹ Begrepet allmenne hensyn er kjent i forbindelse med reglene om de fire friheter, se for eksempel EØS-rett (2004), side 311 flg. Lane, side 162, beskriver problemstillingen på følgende måte: "What is by no means clear is whether Article 82 applies to conduct of a dominant undertaking which is a function of purely non-commercial considerations. Must a dominant undertaking, for example, sell to an economically dependent buyer where it (or its shareholders) objects on moral or ethical grounds to the (lawful) use to which the product or service is put? Can a dominant purchaser require that its suppliers meet higher environmental standards in their manufacturing processes than the law requires? May a Channel ferry service for which there is no satisfactory substitute refuse to transport live animals to the continent? The issue has never been considered by the Court of Justice."

²²⁰ Hensynet til en effektiv konkurranse på Fellesmarkedet er også et allment hensyn, jfr. også Kommisjonens avgjørelse i COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health, avsnitt 16. I dette kapitlet er det imidlertid spørsmål om andre allmenne hensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse for konkurranseskadelige handlinger.

²²¹ En parallell kan trekkes til forbudene mot hindringer i den frie bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital, hvor allmenne hensyn kan berettige unntak fra forbudene, jfr. bl.a. EF-traktaten artikkel 30. Se O'Loughlin for en nærmere sammenlikning av konkurransereglene og reglene om de fire friheter.

²²² Jfr. punkt 3.2.

²²³ Jfr. punkt 3.3, jfr. avhandlingens andre hovedproblemstilling.

3.2 Allmenne ikke-forretningsmessige hensyn som objektiv begrunnelse?

Problemet som drøftes i dette avsnittet, er om ivaretagelsen av allmenne ikke-forretningsmessige hensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse ved konkurransebegrensende misbruk.

EF-traktaten *artikkel 2* nevner en rekke overordnede hensyn for EF-samarbeidet. Blant de hensyn som nevnes er hensyn av ikke-økonomisk art, som likestilling, miljø og sosial samhörighet. I henhold til *artikkel 3* er konkurransereglene et av midlene for å nå målene etter *artikkel 2*. I *artikkel 6* heter det at "Miljøbeskyttelseskrav skal integreres i utformingen og gjennomførelsen af Fællesskabets politikker og aktioner som nævnt i artikel 3, især med henblik på at fremme en bæredygtig udvikling." Slike hensyn bør derfor kunne ha betydning for tolkningen av EF-traktatens konkurranseregler, herunder misbruksvilkåret i *artikkel 82*.

Det finnes ingen uttrykkelig uttalelse fra EF-domstolen eller Førsteinstansretten som sier at allmenne hensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse for konkurransebegrensende handlinger.

Førsteinstansrettens avgjørelse i *Hilti*²²⁴ gjaldt en dominerende produsent (Hilti) av spikerpistoler, spiker og patronmagasiner til slike spikerpistoler. Hilti nektet å levere patronmagasiner uten å levere tilsvarende antall spiker til uavhengige forhandlere og distributører av Hilti-produkter. Førsteinstansretten måtte ta stilling til om koblingssalget av patronmagasiner med spiker utgjorde et misbruk.

Koblingssalget medførte at andre spikerprodusenter ble utelukket fra markedet for spiker bestemt til anvendelse i Hilti-spikerpistoler. Hilti anførte at koblingssalget var objektivt berettiget fordi konkurrentenes spiker ikke var kompatible med Hiltis spikerpistoler, og fordi de var av dårligere kvalitet enn Hiltis egne spiker. Disse forholdene kunne, i følge Hilti, medføre ansvar etter nasjonale produktansvarsregler ved at brukerne ble skadet.²²⁵ Det dominerende foretaket anførte således produktsikkerhetshensyn som objektiv begrunnelse for koblingssalget. I følge Kommisjonen viste imidlertid Hiltis atferd at formålet var å beskytte foretakets kommersielle posisjon, og at formålet i mindre grad var et uegennyttig ønske om å

²²⁴ Stadfestet av EF-domstolen i sak C-53/92 P, Hilti mot Kommisjonen.

²²⁵ Hilti, premiss 105.

beskytte brukerne av Hiltis produkter.²²⁶ Hiltis anførsler ble avvist fordi det forelå lovregler som skulle ivareta de anførte hensynene.²²⁷ Retten kom derfor til at det forelå et misbruk.²²⁸ Avgjørelsen kan tyde på at produktsikkerhetshensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en konkurransebegrensende handling. Produktsikkerhet er et allment hensyn. Dersom ivaretagelsen av produktsikkerhetshensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse, burde også andre allmenne hensyn kunne anses som legitime hensyn.

Det dominerende foretaket anførte imidlertid samtidig et legitimt forretningsmessig formål som objektiv begrunnelse for koblingssalget.²²⁹ Hilti anførte at foretaket fryktet ansvar etter nasjonale produktansvarsregler.²³⁰ Hilti anførte dessuten at grunnen til at det ikke ble truffet andre foranstaltninger enn å koble salget av patronmagasiner med spiker, var at foretaket fryktet rettskritt fra konkurrentens side ved en eventuell kommersiell skade konkurrentene ble påført dersom andre tiltak ble iverksatt.²³¹ Forsøk på å avverge økonomisk ansvar kan ses som et legitimt forretningsmessig formål. Avgjørelsen viser at formålet med en bestemt handling både kan være et legitimt forretningsformål og ivaretagelsen av et allment hensyn.

I den juridiske litteraturen er det kommentatorer som antyder at Hilti-saken tilsier at allmenne hensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse. Lowe²³² hevder at: "(...) a defendant undertaking might try to argue that its practice pursues *a legitimate public interest objective such as health or consumer protection.*"²³³ Lowe viser herunder til Førsteinstansrettens avgjørelse i Hilti. Hilti-saken dreide seg likevel ikke utelukkende om spørsmålet om allmenne hensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse. Den anførte objektive begrunnelsen, nemlig å unngå ansvar etter nasjonale produktansvarsregler, dreier seg ikke bare om hensynet til sikkerheten til brukerne av spikerpistolene, men også om å unngå å bli holdt økonomisk ansvarlig for en eventuell skade som oppstår. Anførselen gjaldt dermed samtidig et legitimt forretningsmessig

²²⁶ Hilti, premiss 108.

²²⁷ Hilti, premiss 118 og 119.

²²⁸ Hilti, premiss 124.

²²⁹ Jfr. kapittel 2.

²³⁰ Hilti, premiss 105.

²³¹ Hilti, premiss 102-107.

²³² Philip Lowe, Director general DG Comp.

²³³ Lowe, side 171. (Min uthevning).

formål og et allment hensyn. Avgjørelsen avklarer ikke om allmenne hensyn alene kan utgjøre en objektiv begrunnelse.

En sak som har flere likhetstrekk med Hilti-saken, er Førsteinstansrettens avgjørelse i *Tetra Pak II*.²³⁴ Tetra Pak var en dominerende produsent av påfyllingsmaskiner og kartonger til emballering av ”flydende levnedsmidler” som melk og juice.²³⁵ Tetra Pak påla kundene å utelukkende anvende Tetra Paks kartonger i de maskinene foretaket solgte, samt kun å kjøpe kartonger fra Tetra Pak eller en av Tetra Paks leverandører.²³⁶ Saken gjaldt derfor mulig misbruk i form av koblingssalg. Retten fant at kontraktsklausulene inngikk i en strategi som skulle gjøre kunden fullstendig avhengig av Tetra Pak i hele maskinens levetid, og dermed utelukke enhver form for konkurranse med hensyn til kartonger og tilknyttede produkter.²³⁷

Tetra Pak anførte at systemet med koblingssalg var:

” (...) objektivt begrundet i hensynet til den offentlige sunnhet, og følgelig til virksomhedens omdømme, der skyldes virksomhedens særlige beherskelse af hele emballeringsprocessen. Kartoner er således en langt mer sofistikeret emballageform end de traditionelle emballager som for eksempel flasker, der indebærer en betydelig risiko for tekniske fejl med alvorlige problemer i sårbare dele af befolkningen til følge.”²³⁸

Hensynet til den offentlige sunnhet er et typisk allment hensyn. Anførselen ble imidlertid avvist fordi de anførte hensynene kunne ivaretas ved å meddele brukerne av maskinene de tekniske spesifikasjonene kartongene måtte oppfylle for å kunne anvendes på Tetra Paks maskiner.²³⁹ Førsteinstansretten kom derfor til at koblingssalget utgjorde et brudd på artikkel 82.²⁴⁰ Hensynet til den offentlige sunnhet ble således ikke avvist som et irrelevant hensyn, men fordi hensynet kunne ivaretas på en mindre inngripende måte. Avgjørelsen kan tyde på at hensynet til den offentlige sunnhet utgjør et legitimt formål.

²³⁴ Sak T-83/91, Tetra Pak International mot Kommissjonen (Tetra Pak II), premiss 34-38. Stadfestet av EF-domstolen i Sak C-333/94P.

²³⁵ Tetra Pak II, premiss 1.

²³⁶ Tetra Pak II, premiss 134.

²³⁷ Tetra Pak II, premiss 135.

²³⁸ Tetra Pak II, premiss 126. (Min uthevning).

²³⁹ Tetra Pak II, premiss 139.

²⁴⁰ Tetra Pak II, premiss 140.

På samme måte som i Hilti-saken, anførte imidlertid Tetra Pak samtidig et legitimt forretningsformål som objektiv begrunnelse.²⁴¹ Det fremgår av at Tetra Pak uttrykkelig knytter hensynet til den offentlige sunnhet til hensynet til virksomhetens omdømme. Anførselen gjaldt derfor både et allment hensyn og et legitimt forretningmessig formål. Avgjørelsen gir ikke et entydig svar på om allmenne hensyn alene kan utgjøre en objektiv begrunnelse.

Det finnes Kommisjonsavgjørelser som berører spørsmålet om allmenne hensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse. *Spanske Lufthavner*²⁴² gjaldt spørsmål om en ordning med frekvensbaserte rabatter ved spanske lufthavner utgjorde et misbruk. Rabattene medførte en fordel for spanske luftfartsselskaper, da disse var de flittigste brukerne av lufthavnene. Det heter i Kommisjonens beslutning:

”Under disse omstendigheter må en lufthavn derfor ikke, medmindre den kan anføre objektive begrunnelser, favorisere visse luftfartsselskaper i forhold til andre.

Eksistensen af stordriftsfordele og *målsætninger om at nedbringe flystøj* eller redusere overbelastningen af lufttrafikken kunne f.eks. betragtes som objektive begrunnelser.”²⁴³

Det forelå imidlertid ingen slike objektive begrunnelser i det konkrete tilfellet.²⁴⁴ Kommisjonen kom derfor til at det forelå et misbruk.²⁴⁵ I henhold til Kommisjonen kan altså reduksjon av flystøy utgjøre en objektiv begrunnelse. Flystøy er et miljøproblem, og således et typisk allment hensyn. Uttalelsen trekker i retning av at Kommisjonen anser allmenne hensyn for å være et legitimt formål.

Et liknende tilfelle er Kommisjonens avgjørelse i *Genova Havn*.²⁴⁶ Saken gjaldt et rabattsystem på lostakstene i Genova havn, basert på antall anløp per uke. Kommisjonen fant at rabattsystemet utgjorde et misbruk etter artikkel 82, da det favoriserte lokale rederier.

²⁴¹ Jfr. kapittel 2.

²⁴² 2000/521/EF, (Spanske Lufthavner).

²⁴³ Spanske Lufthavner, avsnitt 52. (Min utheving).

²⁴⁴ Spanske Lufthavner, avsnitt 52.

²⁴⁵ Spanske Lufthavner, avsnitt 53.

²⁴⁶ 97/745/EF, (Genova Havn).

Kommisjonen lanserte følgende mulige objektive begrunnelser: ”Objektive grunde kunne for eksempel være opnåelse af stordriftsfordele eller *beskyttelse af havbunden*.”²⁴⁷ Beskyttelse av havbunnen er også et miljøhensyn, og således et allment hensyn. Genova havn kunne imidlertid ikke påvise slike grunner. Det forelå derfor et misbruk av dominerende stilling i strid med artikkel 82.²⁴⁸ Avgjørelsen underbygger at Kommisjonen mener at ivaretagelsen av allmenne hensyn er et legitimt formål som kan utgjøre en objektiv begrunnelse.

Dersom allmenne hensyn kan tillegges vekt ved EF-traktaten *artikkel 81*, kan hensynet til en enhetlig tolkning av EF-traktatens konkurranseregler tilsi at allmenne hensyn også bør kunne tillegges vekt etter artikkel 82. EF-domstolen har uttrykkelig fastslått at artikkel 81 og 82 ikke kan ”fortolkes på modstridende vis”.²⁴⁹ Det må innebære at bestemmelsene skal tolkes på en konsekvent og sammenhengende måte.²⁵⁰

I henhold til ordlyden i unntaksregelen i artikkel 81 (3) er det kun økonomiske hensyn som er relevante. På bakgrunn av praksis kan det imidlertid spørres om det likevel er adgang til å legge vekt på allmenne ikke-økonomiske hensyn.²⁵¹ I Førsteinstansrettens avgjørelse i *Métropole Télévision*²⁵² uttalte Retten vedrørende fritaksregelen i artikkel 81 (3):

”Kommissionen kan ganske vist inden for rammerne af en samlet vurdering lægge vægt på hensyn, der er forbundet med varetagelsen af almenhedens interesser, med henblik på at meddele en fritagelse i henhold til traktatens artikel [81], stk. 3.”²⁵³

Førsteinstansretten synes dermed å gi sin tilslutning til at allmenne hensyn kan være relevante ved anvendelsen av artikkel 81 (3). Som Førsteinstansrettens uttalelse påpeker, finnes det Kommisjonsavgjørelser der allmenne hensyn har vært tillagt vekt. I *Ford/Volkswagen*²⁵⁴ og

²⁴⁷ Genova Havn, avsnitt 21. (Min utheving).

²⁴⁸ Genova Havn, avsnitt 21.

²⁴⁹ Continental Can, premiss 25.

²⁵⁰ Faull & Nikpay, side 199: ”(...) care must be taken to ensure that Articles 81 and 82 are applied in a coherent fashion.”

²⁵¹ Se Whish, side 152 flg., Jones & Sufrin, side 236 flg.

²⁵² Forente saker T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, *Metropole télévision SA m.fl. mot Kommisjonen (Metropole télévision)*.

²⁵³ *Metropole télévision*, premiss 118.

²⁵⁴ IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*.

*Stichting/Baksteen*²⁵⁵ ble sysselsettingshensyn tillagt vekt. I *CECED*²⁵⁶ ble miljøhensyn tillagt vekt. Tidligere Konkurranssekommisær Monti uttalte om avgjørelsen i CEDED:

"When I took office as Commissioner responsible for Competition, I stressed before the European Parliament that environmental concerns are in no way contradictory with competition policy. This decision clearly illustrates this principle, enshrined in the Treaty, provided that restrictions of competition are proportionate and necessary to achieving the environmental objectives aimed at, to the benefit of current and future generations".²⁵⁷

Kommisjonen synes å være positive til at ikke-økonomiske hensyn tillegges vekt etter artikkel 81 (3), forutsatt at restriksjonene er nødvendige og forholdsmessige.

Det bemerkes at *Rådsforordning 1/2003*²⁵⁸, som innebærer at nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler har kompetanse til å anvende artikkel 81 (3), kan tilsi en snevrere tolkning av artikkel 81 (3), hvor kun økonomiske effektivitetsgevinster er relevant. Det skyldes at nasjonale myndigheter er mindre egnet til å avveie betydningen av et bredt spekter av Fellesskapets mål.²⁵⁹ *Kommisjonens meddelelse – Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikkel 81, stk. 3*²⁶⁰, viser da også kun til effektivitetsgevinster som følge av et konkurransebegrensende samarbeid. På den annen side kan det hevdes at komplekse vurderinger ikke er særegne for 81 (3), og at nasjonale domstoler og konkurransemyndigheter har håndtert artikkel 81 (1) og artikkel 82, som ikke er mindre utfordrende.²⁶¹

I forbindelse med *læren om tilknyttede begrensninger*, som EF-domstolen har innfortolket i virkningsvurderingen i *artikkel 81 (1)*, kan det også spørres om ikke-økonomiske hensyn kan tillegges vekt. Læren om tilknyttede begrensninger innebærer at konkurransebegrensninger som er nødvendige for gjennomføringen av avtaler med et legitimt forretningsmessig formål,

²⁵⁵ IV/34.456 - Stichting Baksteen.

²⁵⁶ IV.F.1/36.718 – CEDED.

²⁵⁷ Kommisjonens pressemeddelelse IP/00/148.

²⁵⁸ Rådets Forordning (EF) No 1/2003 af 16 December 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikkel 81 og 82.

²⁵⁹ Whish, side 154.

²⁶⁰ EFT C101, 2004, side 97.

²⁶¹ Whish, side 155.

likevel ikke rammes av artikkel 81 (1).²⁶² En konkurransebegrensning, som i utgangspunktet rammes av artikkel 81 (1), kan dermed likevel gå klar av bestemmelsen dersom den er nødvendig for gjennomføringen av kontraktsforholdet mellom foretakene.²⁶³ Forutsetningen er at hovedformålet med avtalen ikke strider mot artikkel 81.

EF-domstolens avgjørelse i *Wouters*²⁶⁴ gjaldt prejudisielle spørsmål angående den nederlandske advokatforeningens forbud mot at advokater drev virksomhet i partnerskap med utøvere av andre liberale yrker. Et av spørsmålene var om et slikt forbud var en konkurransebegrensning i strid med forbudet i *artikkel 81 (1) litra b*. EF-domstolen kom til at advokatforeningens forbud innebar en begrensning i strid med artikkel 81 (1) første ledd. EF-domstolen vurderte deretter om et slikt forbud likevel ikke ble rammet, fordi det var nødvendig for å ivareta hensynet til ”organisationstilknytning, kvalifikasjoner, faglig etik, kontrol og ansvar, som giver de endelige forbrugere af juridiske tjenesteydelser den nødvendige garanti for advokatens vandel og erfaring for en ordnet retspleje”.²⁶⁵ EF-domstolen fant at en slik konkurransebegrensning ikke utgjorde et brudd på artikkel 81 (1), fordi den var nødvendig for utøvelsen av den juridiske profesjon.²⁶⁶ *Wouters*-saken indikerer at ikke-økonomiske hensyn, under særlige omstendigheter, kan berettige konkurransebegrensninger som ellers ville rammes av artikkel 81 (1).²⁶⁷

Når EF-domstolen og Førsteinstansretten undertiden har tillagt allmenne ikke-økonomiske hensyn betydning ved tolkningen av EF-traktaten artikkel 81, tilsier hensynet til sammenhengen i EF-traktatens konkurranseregler at slike hensyn også bør kunne tillegges vekt ved tolkningen av misbrukskriteriet i artikkel 82, gjennom læren om objektiv begrunnelse.

²⁶² Whish, side 117 flg.

²⁶³ Sak T-112/99, *Métropole télévision (M6) m.fl. mot Kommisjonen*, premiss 109: ”Hvis hovedtransaksjonen viser sig vanskelig eller umulig at gennemføre uden begrænsningen, kan begrænsningen anses for objektivt nødvendig for transaksjonens gennemførelse.”

²⁶⁴ Sak C-309/99, *Wouters m.fl. mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (Wouters)*.

²⁶⁵ *Wouters*, premiss 97.

²⁶⁶ *Wouters*, premiss 110.

²⁶⁷ Avgjørelsen er imidlertid kritisert. Se blant annet Whish, side 121, Jones & Sufrin, side 224 flg.

EF-traktatens formålsbestemmelser, praksis og hensynet til en enhetlig tolkning av EF-traktatens konkurranseregler tilsier etter dette at allmenne hensyn kan utgjøre en objektiv begrunnelse.

3.3 Proporsjonalitet mellom mål og midler

Problemet som behandles i dette avsnittet, er hvilke avveininger som må foretas for å avgjøre når allmenne hensyn kan føre til at det dominerende foretakets handling er lovlig, og ikke et misbruk.²⁶⁸

I den nevnte avgjørelsen i *Tetra Pak II* fant Førsteinstansretten at Tetra Pak kunne ivarett hensynet til den offentlige sunnhet, og dermed selskapets omdømme, enten ved å meddele brukerne av maskinene de tekniske spesifikasjonene kartongene måtte oppfylle for å anvendes på Tetra Paks maskiner, eller ved å benytte de mulighetene som lå i den nasjonale lovgivningen. Hensynene kunne dermed oppnås på en måte som ikke skadet konkurransen i markedet. Førsteinstansretten fant derfor at klausulene om koblingssalg var for vidtgående i forhold til de angitte mål, og at formålet var å styrke foretakets dominerende stilling ved å øke kundenes avhengighet av selskapet.²⁶⁹ Det forelå derfor et misbruk av dominerende stilling.²⁷⁰ Avgjørelsen viser at det kan oppstilles et krav til nødvendighet som innebærer at det legitime formålet ikke må kunne oppnås uten å skade konkurransen i markedet. Avgjørelsen indikerer at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering som innebærer en avveining mellom mål og midler, på samme måte som der saken dreier seg om et legitimt forretningsformål som objektiv begrunnelse.

Når det gjelder ivaretagelsen av allmenne hensyn, vil mulighetene for å oppnå de ønskede virkningene uten å skade konkurransen i markedet normalt være gode. Ivaretagelsen av allmenne hensyn er primært en oppgave for nasjonale eller Fellesskapets myndigheter. Mulighetene for å oppnå de ønskede virkningene ved myndighetenes bistand medfører at konkurransebegrensende handlinger sjelden vil være nødvendige for å fremme allmenne hensyn.

²⁶⁸ Jfr. avhandlingens andre hovedproblemstilling.

²⁶⁹ Tetra Pak II, premiss 140. (Min uthevning).

²⁷⁰ Tetra Pak II, premiss 141.

Når det gjelder proporsjonalitetsvurderingen i *Hilti*, avviste Førsteinstansretten Hiltis anførsel om at koblingssalget var objektivt begrunnet i produktsikkerhetshensyn. Retten fastslo at Hilti ikke på noe tidspunkt hadde henvendt seg til nasjonale myndigheter for å få fastslått at det var farlig å anvende konkurrentenes spiker i Hiltis produkter.²⁷¹ Retten understreket at det i UK, hvor konkurrentene solgte spiker, var lover om produktsikkerhet. Det var derfor ikke det dominerende foretakets oppgave å utelukke produkter fra markedet som det anså som farlige.²⁷² Hiltis anførsler ble således avvist fordi det forelå nasjonale lovregler som skulle ivareta produktsikkerhetshensyn. I henhold til Førsteinstansretten var det mulig å oppnå den ønskede beskyttelsen av forbrukerne med midler som ikke hadde negative virkninger på konkurransen. Koblingssalget var derfor ikke nødvendig for å ivareta det anførte legitime formålet. Avgjørelsen underbygger at det kan oppstilles et nødvendighetskrav, som innebærer at handlingen må være det minst skadelige alternativet for å ivareta et legitimt formål.²⁷³

Avgjørelsene i *Hilti* og *Tetra Pak II* viser at selv om ivaretakelsen av allmenne hensyn anses som legitime formål som kan utgjøre objektive begrunnelser, skal det antakelig mye til for at slike hensyn medfører at en konkurransebegrensende handling er lovlig. Årsaken er at en konkurransebegrensende handling kun unntaksvis vil være det minst skadelige alternativet for å ivareta allmenne hensyn. For det tilfellet at handlingen er nødvendig, er det nærliggende å anta at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering hvor det allmenne hensynet veies mot handlingens konkurransebegrensende virkninger. Det finnes imidlertid ingen eksempler i praksis der en slik avveining er foretatt.

²⁷¹ *Hilti*, premiss 115.

²⁷² *Hilti*, premiss 118.

²⁷³ Kommisjonen formulerte det på denne måten i Kommisjonens beslutning IV/30.787 og 31.488 - Eurofix-Bauco mot *Hilti*, avsnitt 90: "En virksomhed, som har bekymringer med hensyn til sikkerhed, må ikke gribe til foranstaltninger, som udgør et misbrug som omhandlet i artikel [82]; den burde snarere søge andre lovlige og normalt mere effektive midler til at løse problemerne."

4 Incentiver til innovasjon som objektiv begrunnelse ved konkurransebegrensende misbruk

4.1 Innledning

Spørsmålet som behandles i dette kapitlet, er om hensynet til det dominerende foretakets incentiver til innovasjon kan utgjøre en objektiv begrunnelse ved enkelte former for konkurransebegrensende misbruk.

Tidligere *Konkurransekommissær Monti* har uttrykt formålet med EF-konkurranseretten på følgende måte:

”Actually, the goal of competition policy, in all its aspects, is to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common market. Competition should lead to lower prices, a wider choice of goods, and technological innovation, all in the interest of the consumer.”²⁷⁴

I henhold til Monti er formålet med konkurransepolitikken å beskytte konsumentenes velferd ved å opprettholde en høy grad av konkurranse på Fellesmarkedet. Det pekes på ulike funksjoner av konkurranse. For det første leder konkurranse til lavere priser. Konkurranse fremmer såkalt statisk effektivitet, ved at de tilgjengelige ressursene utnyttes på en optimal måte der de gir størst nytte for seg.²⁷⁵ For det andre fremmer konkurranse tekniske innovasjoner. Tekniske innovasjoner kan føre til dynamiske effektivitetsgevinster. Uttrykket dynamisk effektivitet viser til effektivitetsgevinster som følge av nye produkter eller nye produksjonsprosesser, nye typer distribusjonskanaler eller nye anvendelsesmåter for eksisterende produkter.²⁷⁶ Ny og bedre teknologi og kunnskap muliggjør en bedre utnyttelse av de begrensede ressursene man har til disposisjon.²⁷⁷

I enkelte tilfeller kan det oppstå en motsetning mellom hensynet til statisk og dynamisk effektivitet. Årsaken er at forbud mot handlinger som svekker konkurransen i markedet på kort sikt, kan svekke dominerende foretaks incentiver til å foreta investeringer som fremmer dynamisk effektivitet på lengre sikt. I noen situasjoner bør det derfor utvises forsiktighet med

²⁷⁴ Tale av Mario Monti, 9. juli 2001. Tilgjengelig på: <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/>

²⁷⁵ Om statisk effektivitet, se Kolstad del II.

²⁷⁶ Kolstad, side 345-346. Om dynamisk effektivitet, se Kolstad del IV.

²⁷⁷ Kolstad, side 24.

å fastslå at et dominerende foretak har misbrukt sin dominerende stilling, der et forbud vil svekke den dynamiske effektiviteten.

Et tilfelle som illustrerer de motstridende hensynene i forbindelse med misbrukskriteriet i artikkel 82, er *Generaladvokat Jacobs* forslag til avgjørelse i *Bronner*. Saken gjaldt prejudisielle spørsmål vedrørende et aviskonsern som eide den eneste landsdekkende utbringingsordningen av aviser i Østerrike. Et av spørsmålene var om et slikt aviskonsern var forpliktet til å gi en konkurrerende dagsavis adgang til utbringingsordningen mot et rimelig vederlag. Generaladvokat Jacobs forklarer avveiningen på følgende måte:

”Normalt er det på længere sikt konkurrencefremmende og i forbrugernes interesse, at det tillades en virksomhed at bestemme, at indretninger, som den har udviklet med henblik på sine forretninger, udelukkende skal anvendes til virksomhedens eget brug. Hvis man f.eks. gav for let adgang til en produktions-, indkøbs- eller distributionsfacilitet, så ville en konkurrent ikke blive tilskyndet til at udvikle konkurrerende faciliteter. Man ville således ganske vist fremme konkurrencen på kort sikt, men den ville blive begrænset på lang sikt. Desuden ville en dominerende virksomheds incitament til at investere i effektive faciliteter blive mindsket, hvis virksomhedens konkurrenter på anmodning herom ville have mulighed for at få del i gevinsten.”²⁷⁸

Uttalelsen illustrerer at et pålegg om å gi konkurrenter adgang til eksisterende fasiliteter kan skade den dynamiske konkurransen på sikt. For det første kan et pålegg om å gi konkurrenter adgang til den eksisterende fasiliteten kunne motvirke utviklingen av konkurrerende fasiliteter. For det andre kan et pålegg om å gi konkurrenter adgang påvirke dominerende foretaks incentiver til investere i utviklingen av slike fasiliteter i negativ retning, fordi utsiktene til lønnsomhet reduseres. På den annen side kan konkurransen på kort sikt bedres ved at det dominerende foretaket pålegges å gi konkurrenter adgang til den eksisterende fasiliteten. Den statiske konkurransen kan således fremmes ved et pålegg om å gi konkurrenter tilgang.

På denne bakgrunn må det tas stilling til om hensynet til det dominerende foretakets incentiver til innovasjon kan utgjøre en objektiv begrunnelse for handlinger som begrenser konkurransen i markedet.

²⁷⁸ Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i *Bronner*, avsnitt 57.

4.2 Det dominerende foretakets innovasjonsincentiver som objektiv begrunnelse?

Problemet som drøftes i dette avsnittet, er om hensynet til det dominerende foretakets innovasjonsincentiver kan utgjøre en objektiv begrunnelse.

Det finnes ingen avgjørelser fra EF-domstolen eller Førsteinstansretten som drøfter hensynet til det dominerende foretakets innovasjonsincentiver som en objektiv begrunnelse.

Kommisjonens avgjørelse i *Microsoft*²⁷⁹ gjaldt blant annet spørsmål om Microsoft hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å nekte å gi Sun tilgang til såkalt grensesnittinformasjon, som var nødvendig for at Sun kunne utvikle produkter som kunne fungere sammen med Windows pc'er.²⁸⁰ Saken gjaldt således spørsmål om Microsoft hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å nekte Sun tilgang til informasjon som var nødvendig for å kunne konkurrere i markedet for styresystemer.

Kommisjonen fant at tilgangsnektelsen risikerte å eliminere konkurransen, fordi informasjonen var nødvendig for å kunne konkurrere i markedet.²⁸¹ Videre fant Kommisjonen at nektelsen skadet den tekniske utviklingen til skade for forbrukerne.²⁸² Kommisjonen gikk deretter over til å vurdere om tilgangsnektelsen hadde en objektiv begrunnelse.

Microsoft anførte at tilgangsnektelsen var objektivt begrunnet fordi informasjonen var opphavsrettslig beskyttet, og fordi et pålegg om å gi Sun tilgang til informasjonen ville eliminere Microsofts incentiver til å investere i utviklingen av immaterielle rettigheter.²⁸³ Kommisjonen uttalte at Microsofts tilgangsnektelse ikke var objektivt berettiget bare fordi den utgjorde en opphavsrettslig lisensnektelse. Det var derfor nødvendig å vurdere om Microsofts argumenter vedrørende foretakets innovasjonsincentiver veide opp for de negative virkningene tilgangsnektelsen hadde for den tekniske utvikling i markedet som helhet.²⁸⁴

²⁷⁹ COMP/C-3/37.792 Microsoft. Kommisjonens avgjørelse er brakt inn for Førsteinstansretten i Sak T-201/04.

²⁸⁰ Microsoft, avsnitt 546 flg.

²⁸¹ Microsoft, avsnitt 692.

²⁸² Microsoft, avsnitt 701.

²⁸³ Microsoft, avsnitt 709.

²⁸⁴ Microsoft, avsnitt 712.

På bakgrunn av en konkret vurdering konkluderte Kommisjonen med at de positive virkningene et tilgangspålegg ville ha på graden av innovasjon i industrien som sådan, oversteg de negative virkningene et tilgangspålegg ville ha på Microsofts innovasjonsincentiver. Microsofts anførsel medførte derfor ikke at tilgangsnektelsen var objektivt berettiget.²⁸⁵ Tilgangsnektelsen utgjorde derfor et brudd på artikkel 82.²⁸⁶

Det sentrale i denne sammenheng er at virkningene på det dominerende foretakets incentiver til innovasjon av et eventuelt pålegg om gi konkurrentene tilgang til nødvendig informasjon, behandles under spørsmålet om nektelsen har en objektiv begrunnelse. Avgjørelsen tyder på at Kommisjonen anser at hensynet til det dominerende foretakets innovasjonsincentiver kan utgjøre en objektiv begrunnelse.

Det bemerkes at tilgangsnektelsens virkninger på den tekniske utviklingen i markedet som helhet, ble behandlet under spørsmålet om handlingen begrenset den tekniske utviklingen til skade for forbrukerne.²⁸⁷ Systematisk foretok Kommisjonen et skille mellom leveringsnektelsens virkninger på den tekniske utviklingen i markedet i sin helhet, og et leveringspåleggs virkninger på incentivene til innovasjon for det dominerende foretaket. Det siste ble behandlet under spørsmålet om handlingen hadde en objektiv begrunnelse.

Kommisjonens avgjørelse i *Tetra Pak I*²⁸⁸ gjaldt mulig misbruk i form av erverv av en såkalt eksklusivlisens. Tetra Pak hadde en dominerende stilling på markedet for kartonger og maskiner til pakking av melk, juice og liknende. Da Tetra Pak fusjonerte med Liquipak, overtok de en eksklusiv lisens på patenter og know-how for sterilisering av slike kartonger. Overtakelsen av lisensen hindret eller forsinket en ny konkurrents adgang til markedet hvor konkurransen allerede var svekket.²⁸⁹ Kommisjonen tok uttrykkelig stilling til om det forelå en objektiv begrunnelse for ervervet av eksklusivlisensen. Kommisjonen uttalte herunder at:

²⁸⁵ Microsoft, avsnitt 783.

²⁸⁶ Microsoft, avsnitt 784.

²⁸⁷ Microsoft, avsnitt 693 flg.

²⁸⁸ IV/31.043 – Tetra Pak I (BTG – licens). Stadfestet av Førsteinstansretten i Sak T-51/89, Tetra Pak Rausing mot Kommisjonen.

²⁸⁹ Tetra Pak I (BTG – licens), avsnitt 47.

”Den smule beskyttelse, som kan være nødvendig for at opmuntre Tetra til at tage enhver teknisk og kommerciel risiko i tilknytning til udviklingen og udbredelsen af ny teknologi, er ikke tilstrækkelig til at opveje de særdeles alvorlige ulemper, der skabes som følge af det bortfald af konkurrence, som eneretten medfører.”²⁹⁰

Kommisjonen foretok dermed en avveining mellom de positive virkningene tilegnelsen av eksklusivlisensen hadde på det dominerende foretakets incentiver til å foreta investeringer for å utvikle ny teknologi, og de negative virkningene handlingen hadde for konkurransen i markedet. Kommisjonen kom imidlertid til at hensynet til det dominerende foretakets innovasjonsincentiver ikke veide opp for de negative virkningene ervervet av eksklusivlisensen hadde på konkurransen i markedet. Det forelå derfor et misbruk i strid med artikkel 82. Det sentrale er at Kommisjonens avgjørelse, på liknende måte som avgjørelsen i Microsoft, tyder på at Kommisjonen mener at det dominerende foretakets incentiver til innovasjon kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en konkurransebegrensende handling.

Det dominerende foretakets innovasjonsincentiver kan også ha betydning ved eksklusive leveringsavtaler. En eksklusiv leveringsavtale innebærer at en kunde forplikter seg til å handle hele sitt behov for en bestemt vare eller tjeneste fra et bestemt foretak.²⁹¹ Når et foretak med en dominerende stilling inngår slike avtaler, kan det hindre konkurransen i et marked hvor konkurransen allerede er svekket.

Under visse omstendigheter kan et dominerende foretak måtte foreta klientspesifikke eller kundespesifikke investeringer for å kunne levere til den aktuelle kunden. Slike investeringer kan være nødvendige for å muliggjøre distribusjon av varen eller tjenesten til den aktuelle kunden, eller for å kunne produsere en spesifikk vare eller tjeneste som kunden ønsker. En eksklusiv leveringsavtale vil i slike tilfeller kunne sikre at det dominerende foretaket oppnår fortjeneste ved sine investeringer. Slike avtaler kan derved fremme dynamisk effektivitet ved at det dominerende foretaket får økonomiske incentiver til å foreta slike

²⁹⁰ Tetra Pak I (BTG – licens), avsnitt 49.

²⁹¹ Hoffmann-LaRoche, premiss 89: ”En virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som – også efter anmodning fra disse – binder købere til sig ved hjælp af en forpligtelse til eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, misbruger herved sin dominerende stilling som nævnt i traktatens artikel [82], uanset om forpligtelsen står alene eller modsvares af en bonusydelse;”

klientspesifikke investeringer. En eksklusiv leveringsavtale kan sikre at et dominerende foretak får en viss avkastning på de investeringene som muliggjør leveransen til den aktuelle kunden.

Problemstillingen har aldri vært oppe for EF-domstolen, Førsteinstansretten eller Kommisjonen. Argumentet har imidlertid en viss støtte i den juridiske litteraturen. *Whish* hevder for eksempel at: ”In some circumstances long-term supply agreements may be justifiable, for example where the supplier has to make a client-specific investment in order to be able to supply.”²⁹² Tilsvarende skriver *Temple Lang & O’Donoghue* at det burde utgjøre et forsvar for en eksklusiv leveringsavtale at det dominerende foretaket har foretatt en substansiell investering for å muliggjøre levering, og at denne investeringen kun er lønnsom dersom kjøperen forpliktet seg til å handle eksklusivt fra det dominerende foretaket.²⁹³

Kommisjonens avgjørelser tyder på at Kommisjonen anser at hensynet til det dominerende foretakets incentiver til innovasjon, kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en konkurransebegrensende handling. På liknende vis som ved legitimt forretningsformål som objektiv begrunnelse,²⁹⁴ viser hensynet til det dominerende foretakets innovasjonsincentiver til det dominerende foretakets forretningsmessige interesser. Det særegne med denne typen objektiv begrunnelse er at det dominerende foretakets innovasjonsincentiver oppstår som en direkte følge av de konkurransebegrensende virkningene det mulige misbruket har på konkurransen i markedet. Det er mulighetene for å profitere på manglende konkurranse som skaper innovasjonsincentivene. Dette er ulikt et legitimt forretningsformål som objektiv begrunnelse der det legitime formålet ikke realiseres som en konsekvens av handlingens konkurransebegrensende virkninger.

²⁹² *Whish*, side 657. Se også *Ritter & Braun*, side 463, som hevder at: “Longer-term supply contracts can only be justified by major investments in licence agreements, in storage facilities or pipeline or network links between supplier and customer.” I *Christensen m.fl.*, side 513, hevdes det at: “Langfristede kontrakter kan være begrunnede på områder, hvor der gør sig særlige forhold gældende, f.eks. at leverandøren er nødsaget til at foretage en speciel kunderelateret investering.”

²⁹³ *Temple Lang & O’Donoghue*, side 160-161.

²⁹⁴ Jfr. kapittel 2.

4.3 Avveining mellom dynamisk og statisk effektivitet

Problemet som behandles i dette avsnittet er hvilke avveininger som må foretas for å avgjøre når hensynet til det dominerende foretakets incentiver til innovasjon medfører at foretakets konkurransebegrensende handling likevel er lovlig.²⁹⁵

I *Microsoft* fant Kommisjonen at tilgangsnektelsen risikerte å eliminere konkurransen i markedet og at nektelsen skadet den tekniske utviklingen i markedet. Spørsmålet var om Microsofts argumenter vedrørende foretakets innovasjonsincentiver veide opp for disse særlige omstendighetene.²⁹⁶ Det tyder på at dersom hensynet til det dominerende foretakets innovasjonsincentiver skal føre til at handlingen er lovlig, må hensynet veie opp for både de negative virkningene på den tekniske utviklingen i markedet og de negative virkningene på den statiske konkurransen i markedet.

Kommisjonen vurderte om et pålegg om å gi Sun tilgang faktisk ville ha negative virkninger på det dominerende foretakets incentiver til innovasjon. Kommisjonen presiserte at en slik vurdering innebærer en sammenlikning med den alternative situasjonen hvor Microsoft's konkurranseskadelige handling tillates.²⁹⁷ Kommisjonen påpekte at dersom tilgangsnektelsen tillates, er det en alvorlig risiko for at konkurransen i markedet elimineres. Kommisjonen vurderte deretter hvordan en slik situasjon ville påvirke Microsofts innovasjonsincentiver:

”This would have a significant negative effect on its incentives to innovate as regards its client PC and work group server operating system products. Microsoft’s research and development steps are indeed spurred by the innovative steps its competitors take in the work group server operating market. Were such competitors to disappear, this would diminish Microsoft’s incentives to innovate.”²⁹⁸

Kommisjonen kom til at det var tvilsomt om et pålegg om å gi tilgang til informasjonen faktisk ville ha negativ innvirkning på Microsoft's innovasjonsincentiver. Kommisjonen

²⁹⁵ Jfr. avhandlingens andre problemstilling.

²⁹⁶ Microsoft, avsnitt 712: ”In view of these exceptional circumstances, Microsoft’s refusal cannot be objectively justified merely by the fact that it constitutes a refusal to license intellectual property. It is therefore necessary to assess whether Microsoft’s arguments regarding its incentives to innovate outweigh these exceptional circumstances.”

²⁹⁷ Microsoft, avsnitt 724: ”(...) such an assessment must be conducted *in comparison to* the alternative situation where Microsoft’s anti-competitive behaviour remains unfettered.”

²⁹⁸ Microsoft, avsnitt 725.

avviste derfor den anførte objektive begrunnelsen.²⁹⁹ Det er verdt å merke seg at Kommisjonen i vurderingen av om et pålegg om gi konkurrenter tilgang har negative virkninger på det dominerende foretakets innovasjonsincentiver, også vurderer virkningene av å tillate tilgangsnektelsen. Dersom konkurransen i markedet elimineres ved å tillate handlingen, kan det tenkes at innovasjonsincentivene til det dominerende foretaket ikke svekkes ved et tilgangspålegg.

Kommisjonen konkluderte med at: "(...) on balance, the possible negative impact of an order to supply on Microsoft's incentives to innovate is outweighed by its positive impact on the level of innovation of the whole industry (including Microsoft)."³⁰⁰ Det tilsier at en tilgangsnektelse totalt sett må fremme dynamisk effektivitet, for å være lovlig på grunn av hensynet til det dominerende foretakets innovasjonsincentiver som objektiv begrunnelse. De dynamiske effektivitetsgevinstene av å tillate handlingen må overstige eventuelle dynamiske effektivitetsgevinster av et forbud.³⁰¹

Videre må hensynet til det dominerende foretakets innovasjonsincentiver veie opp for de negative virkningene på den statiske konkurransen i markedet. Det innebærer at eventuelle dynamiske effektivitetsgevinster av å tillate atferden også må veie opp for den reduserte konkurransen som følge av tilgangsnektelsen. Bare dersom de positive virkningene av å tillate handlingen overstiger de negative virkningene, er handlingen lovlig.³⁰² En slik avveining vil bero på en utpreget konkret vurdering. Avveiningen vil nødvendigvis ha et visst hypotetisk preg da den fordrer en kvantifisering av fremtidige virkninger av et forbud, sammenholdt med fremtidige virkninger av å tillate handlingen.³⁰³

²⁹⁹ Microsoft, avsnitt 729.

³⁰⁰ Microsoft, avsnitt 783.

³⁰¹ Killick, side 44, er kritisk til Kommisjonens test fordi den kan redusere dominerende foretaks mulighet til å forutberegne sin rettsstilling: "The balancing test is almost impossible for any company to apply it ex ante. The Commission gives no guidance on how a company is to assess whether its incentives to innovate outweigh the positive impact of a compulsory licence would have on the market."

³⁰² Se også Temple Lang, side 31, Ridyard, side 452, vedrørende adgangsnektelser til nødvendige fasiliteter.

³⁰³ Geradin, side 1542, bemerker i forbindelse med avgjørelsen i Microsoft at "(...) balancing ex ante vs. ex post efficiencies is obviously a very difficult process, which even the most sophisticated economists find daunting. The risk of mistaken decisions is therefore high." For en nærmere behandling av avveiningen mellom statisk og dynamisk effektivitet vises det til den juridiske og økonomiske teorien: Se for eksempel Kolstad.

5 Bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser som objektiv begrunnelse ved konkurransebegrensende rabatt- og bonusordninger

5.1 Innledning

Spørsmålet som behandles i dette kapitlet, er om bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser kan utgjøre en objektiv begrunnelse ved mulig misbruk i form av konkurransebegrensende rabatt- og bonusordninger.

Rabatter og bonusordninger kan utgjøre misbruk av dominerende stilling på ulike måter. For det første kan artikkel 82 ramme lojalitetsskapende rabatt- og bonusordninger. Slike ordninger fungerer ved at det dominerende foretaket gjennom utformingen av vilkårene for tildeling av en rabatt eller bonus knytter kunder til seg, og hindrer konkurrentenes tilgang til markedet. Lojalitetsrabatter kjennetegnes ved at kunden mottar en rabatt dersom kunden foretar hele sitt innkjøp av en bestemt vare eller tjeneste fra det dominerende foretaket.³⁰⁴ I motsetning til eksklusive kjøpsavtaler er det imidlertid ikke tale om en eksklusivitetsforpliktelse. Lojalitetsskapende rabattordninger kan også utformes som en målrabatt.³⁰⁵ En slik rabatt innebærer at rabatten utbetales dersom kunden når visse salgsmål. Slike ordninger oppmuntrer kunden til å foreta alle innkjøpene hos det dominerende foretaket.

For det andre kan rabatter utgjøre prisdiskriminering. Prisdiskriminering innebærer at det dominerende foretaket anvender ulike priser for de samme produktene eller tjenestene. Slik forskjellsbehandling kan blant annet skje ved at kun enkelte kunder oppnår en økonomisk fordel gjennom en rabatt. Prisdiskriminering kan skade konkurransen i markedet til det dominerende foretaket ved at kunder som er utsatt for konkurranse tilbys rabatter som ikke tilbys andre kunder.³⁰⁶ Det dominerende foretaket kan således ekskludere sine konkurrenter fra markedet. Slik prisdiskriminering kalles ofte selektive prisedsettelse som innebærer at

³⁰⁴ Jfr. Hoffmann-LaRoche, premiss 89: ”Det samme gjelder, når virksomheten, uden at binde køberne til sig ved en formel forpligtelse, enten ifølge aftaler med køberne eller ensidigt anvender et loyalitetsbonussystem, dvs. prisedslag, som ydes på betingelse af, at kunden – i øvrigt uanset om denne indkøber for betydelige eller for mindre beløb – udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed;”

³⁰⁵ Jfr. Michelin I.

³⁰⁶ Såkalt “Primary line injury”. Se for eksempel Irish Sugar, premiss 173-193 og Compagnie Maritime Belge.

det dominerende foretaket setter prisen lavt i områder der det er utsatt for priskonkurranse, mens prisen opprettholdes der det ikke er konkurranse. I motsetning til rovpriser er det ikke tale om priser under kostpris. Prisdiskriminering kan også skade konkurransen i nedstrømsmarkedet, det vil si markedet til kundene til det dominerende foretaket, ved at enkelte kunder gis fordeler andre kunder ikke oppnår.³⁰⁷ Slik prisdiskriminering rammes av artikkel 82 annet ledd litra c, hvor det heter at misbruk kan bestå i ”anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurransen.”

Et fellestrekk ved de nevnte formene for konkurransebegrensende prisatferd er at misbruksvurderingen ikke innebærer en analyse av kostnadene til det dominerende foretaket.³⁰⁸ Det kan derfor tenkes at kostnadene til det dominerende foretaket i stedet får betydning for misbrukskriteriet gjennom læren om objektiv begrunnelse.³⁰⁹

Det første som må avgjøres er om bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser kan utgjøre objektive begrunnelser ved ulike konkurransebegrensende rabatt- og bonusordninger.³¹⁰ Med bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser menes at det dominerende foretaket kan utføre de samme oppgavene og tilby de samme varene eller tjenestene til reduserte kostnader.³¹¹

Dersom bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser kan utgjøre en objektiv begrunnelse for rabatt- og bonusordninger, må det analyseres hvordan proporsjonalitetsvurderingen skal foretas for å avgjøre når slike besparelser medfører at rabatten eller bonusen er lovlig. Det må tas stilling til om rabatten eller bonusen må svare til den økonomiske gevinsten eller

³⁰⁷ Såkalt ”Secondary line injury”. Se for eksempel Portugisiske Lufthavner.

³⁰⁸ Se også Whish, side 694: ”The case-law on rebates, which developed from the rule against long-term exclusive purchasing agreements, does not have an explicit cost component, other than the defence of a dominant firm that a rebate has a cost-justification.”

³⁰⁹ De nevnte misbruksformene skiller seg dermed fra rovpriser. Kostnadsbesparelser er ikke en aktuell objektiv begrunnelse ved rovpriser. Det skyldes at rovpriser forutsetter at det opereres med priser som er lavere enn de gjennomsnittlig variable eller totale kostnadene, jfr. AKZO. Ved rovpriser er kostnadsanalysen en del av den misbruksspesifikke testen.

³¹⁰ I den engelske juridiske litteraturen brukes undertiden uttrykket ”cost justification”, jfr. Whish, side 694 og Ratliff, side 4. Henriksson, side 608 og 625, bruker uttrykket ”kostnadsmotivering”.

³¹¹ Om bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser: se Kolstad, Del III.

besparelsen det dominerende foretaket oppnår ved transaksjonen. Det er i så fall tale om en objektiv begrunnelse som viser at rabatten gjenspeiler kostnadsbesparelser på det dominerende foretakets hånd.

Det understrekes at andre objektive begrunnelser kan være aktuelle ved konkurransebegrensende rabatter. Det dominerende foretaket kan for eksempel anføre at rabatten hadde til formål å møte konkurransen fra en konkurrent.³¹² ”Meeting competition-forsvaret” er ikke en objektiv begrunnelse som viser at en konkurransebegrensende rabatt er et utslag av bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser.

5.2 Bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser som objektiv begrunnelse?

EF-domstolens avgjørelse i *Michelin I* gjaldt blant annet spørsmål om en variabel årsrabatt, som Michelin ga til sine forhandlere, utgjorde et misbruk av dominerende stilling. Rabatten ble fastsatt på grunnlag av forhandlerens omsetning av Michelin-dekk året før. Rabatten ble kun oppnådd dersom forhandlerne nådde de individuelt fastsatte salgsmålene.³¹³ EF-domstolen oppstilte følgende retningslinje for å vurdere om ordningen utgjorde et brudd på artikkel 82:

”Ved afgørelsen af, om NBIM [Nederlandsche Banden-Industrie Michelin] har misbrukt sin dominerende stilling ved hjælp af denne rabatordning, må der henses til samtlige omstændigheder, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten som en fordel, *hvortil der ikke har svaret nogen begrundet modydelse af økonomiske art*, har skullet fjerne eller begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg, og har skullet spærre konkurrenterne adgangen til markedet, idet der over for handelspartnere anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi, og den dominerende stilling søges forstærket gennem en fordrejning af konkurrencen.”³¹⁴

Det følger av EF-domstolens uttalelse at det ikke foreligger misbruk dersom rabatten svarer til en ”begrundet modydelse af økonomiske art”. Det tyder på at en objektiv begrunnelse er en

³¹² Jfr. kapittel 2.

³¹³ Michelin I, premiss 66 og 67.

³¹⁴ Michelin I, premiss 73. (Min utheving). Se også Hoffmann LaRoche, premiss 90.

forklaring som viser at rabatten svarer til en økonomisk gevinst eller besparelse for det dominerende foretaket.³¹⁵

EF-domstolen fant at den aktuelle rabattordningen begrenset forhandlernes valgmuligheter med hensyn til innkjøp og at den vanskeliggjorde konkurrentenes adgang til markedet. EF-domstolen uttalte deretter at verken et ønske om å selge mer eller om en bedre produksjonsplanlegging kunne begrunne begrensningen av kundens valgfrihet og uavhengighet. Det innebar at ”Forhandlernes afhængighed i kraft af det omtvistede rabatsystem beror altså ikke på nogen økonomisk velbegrunnet modydelse.” EF-domstolen kom derfor til at den aktuelle rabattordningen utgjorde et misbruk.³¹⁶

EF-domstolens avgjørelse i saken *Portugisiske Lufthavner* gjaldt blant annet spørsmål om portugisiske lufthavners bruk av kvantumsrabatter utgjorde et misbruk av dominerende stilling, i strid med artikkel 82 annet ledd litra c. Rabattene ble beregnet ut fra antall landinger det enkelte flyselskapet hadde på portugisiske lufthavner. Ved å operere med en slik kvantumsrabatt fikk portugisiske flyselskaper en økonomisk fordel i forhold til utenlandske flyselskaper, da disse var de flittigste brukerne av de portugisiske flyplassene.³¹⁷ EF-domstolen uttalte:

”Ikke desto mindre innebærer en ordning med kvantumsrabatt, at der anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi, når de tærskelværdier, der udløser de forskellige rabatprosjekter, sammenholdt med de praktiserede satser, fører til, at rabatfordelen eller de supplerende rabatter forbeholdes visse handelspartnere, der gives en økonomisk fordel, *der ikke begrundes i den tilførte aktivitetsvolumen eller i de eventuelle stordriftsfordele*, som handelspartnerne gør det muligt for leverandøren at opnå i forhold til sine konkurrenter.”³¹⁸

Uttalelsen tilsier at økonomiske gevinster eller besparelser kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en rabattordning som kan være i strid med artikkel 82 annet ledd litra c.

³¹⁵ Se også Faull & Nikpay, side 177: “In deciding whether a firm is objectively justified in granting the discount or rebate, it is normally necessary to have regard to whether the discount/rebate bears a relation to an economic saving made by the dominant firm (...).”

³¹⁶ Michelin I, premiss 85-86.

³¹⁷ Portugisiske Lufthavner, premiss 57.

³¹⁸ Portugisiske Lufthavner, premiss 52. (Min uthevning).

EF-domstolen fastslo at hvis det ikke finnes objektive begrunnelser, kan indisier for en forskjellsbehandling bestå i at terskelverdien for rabattordningens ikrafttredelse er høy, at ordningen kun kommer noen få handelspartnere som er viktige for det dominerende foretaket til gode, eller at rabattordningen ikke stiger lineært med mengdene.³¹⁹

Portugal hadde anført som begrunnelse for den aktuelle ordningen ”almindelige argumenter om en lufthavns interesse i at benytte en mekanisme med kvantumsrabatter for landingsavgifter, og den har begrenset sig til at gjøre gældende, at mekanismen var åben for alle luftfartsselskaber.”³²⁰ Til dette uttalte EF-domstolen at slike argumenter ikke var tilstrekkelige til å gi en økonomisk begrunnelse som gjorde det mulig å forklare valget av de ulike rabattsatsene i kvantumsrabattordningen.³²¹ Ordningen utgjorde derfor et brudd på artikkel 82.³²²

Generaladvokat Mischos forslag til avgjørelse i denne saken kan belyse EF-domstolens avgjørelse. Han stilte følgende spørsmål: ”Består der – for at benytte Kommissionens ordvalg – objektive grunde i form av de omkostninger, der er forbundet med de ydede tjenester, der begrunder tildeling af kvantumsrabatter?”³²³ I henhold til *Generaladvokaten* er en objektiv begrunnelse omkostningsforskjeller forbundet med det dominerende foretakets ytelser. Det bemerkes at ved prisdiskriminering i strid med artikkel 82 annet ledd litra c, er kostnadsbesparelser knyttet til en sammenlikning av transaksjonene til ulike kunder. Omkostningsbesparelser kan vise at det ikke foreligger ”ydelser af samme værdi”³²⁴, til tross for at det opereres med ulike vilkår for samme produkter eller tjenester.

Førsteinstansrettens avgjørelse i *Irish Sugar*³²⁵ gjaldt sukkerleverandøren Irish Sugar, som hadde en dominerende stilling på det irske sukkermarkedet. Førsteinstansretten tok stilling til om foretaket hadde misbrukt sin dominerende stilling ved ulike former for prisatferd. I

³¹⁹ Portugisiske Lufthavner, premiss 53.

³²⁰ Portugisiske Lufthavner, premiss 55.

³²¹ Portugisiske Lufthavner, premiss 56.

³²² Portugisiske Lufthavner, premiss 60.

³²³ *Generaladvokat Mischos* forslag til avgjørelse i Portugisiske Lufthavner, avsnitt 107.

³²⁴ Jfr. ordlyden i artikkel 82 annet ledd litra c. Se også Bellamy & Child, side 728, Furse, side 150 og Kallaugher, side 33.

³²⁵ Stadfestet av EF-domstolen i Sak C-497/99 P, *Irish Sugar* mot Kommisjonen.

gjennomgangen av de generelle prinsippene for å avgjøre om ”en prispolitikk er uttrykk for misbruk”, gjentok Førsteinstansretten det ovennevnte sitatet fra Michelin I, hvor det heter at en rabattordning ikke utgjør et misbruk dersom rabatten svarer til ”nogen begrundet modydelse af økonomisk art”.³²⁶

Førsteinstansretten tok blant annet stilling til om Irish Sugar hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å tilby ”selektivt ydede målrabatter” til kunder hos konkurrerende sukkerpakkerier.³²⁷ Retten kom til at Irish Sugars rabattordning var ”ensbetydende med en begrensning af den normale konkurrenceutvikling (...) og uforenelig med det fastsatte mål, nemlig en fri konkurrence i fællesmarkedet.”³²⁸ Førsteinstansretten uttalte deretter at ”Rabatten er ikke baseret på nogen økonomisk ydelse, der begrunder denne fordel, men tilsigter at fjerne eller begrænse køberens frie mulighed for at vælge forsyningskilder og blokere for andre leverandørers adgang til markedet”.³²⁹ Førsteinstansretten fastslo at Irish Sugar ikke hadde godtgjort at det forelå en ”objektiv økonomisk begrundelse” for rabatten.³³⁰ Førsteinstansretten kom derfor til at rabattordningen utgjorde et misbruk av dominerende stilling.³³¹ Avgjørelsen underbygger at en objektiv begrunnelse for en rabattordning er at det dominerende foretaket oppnår en bedriftsøkonomisk gevinst eller besparelse som gjenspeiles i rabatten til de aktuelle kundene.

Gjennomgangen av praksis tilsier at bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser kan utgjøre objektive begrunnelser ved mulig misbruk i form av konkurransebegrensende rabatt- og bonusordninger.

5.3 Hvilke bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser kan utgjøre objektive begrunnelser?

I de foregående avsnittene har vi sett at bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser kan utgjøre objektive begrunnelser for ulike rabatt- og bonusordninger. Det neste som må avgjøres er

³²⁶ Irish Sugar, premiss 114.

³²⁷ Irish Sugar, premiss 203 flg.

³²⁸ Irish Sugar, premiss 214. (Utelatt henvisning til ”betragtning 152 og artikel 1. stk. 6, i”).

³²⁹ Irish Sugar, premiss 214.

³³⁰ Irish Sugar, premiss 218.

³³¹ Irish Sugar, premiss 224-225.

hvilke gevinster eller besparelser som kan berettige en rabatt- eller bonusordning som utgjør et mulig misbruk av dominerende stilling. Når EF-domstolen i *Michelin I* bruker uttrykket ”begrunnet modydelse af økonomiske art”,³³² tyder det på at det må dreie seg om gevinster eller besparelser som oppnås ved transaksjonen med kunden som mottar rabatten eller bonusen.

5.3.1 Effektivitetsgevinster

Problemet som drøftes her er om effektivitetsgevinster kan utgjøre en objektiv begrunnelse for ulike rabatt- eller bonusordninger.

Med effektivitetsgevinster menes her bedriftsøkonomisk eller indre effektivitet, d.v.s. effektivitetsgevinster som følge av at produksjonsutstyret, de menneskelige ressursene m.v. utnyttes på en bedre måte i bedriftene.³³³ Det er således tale om gevinster foretaket oppnår ved at det kan utføre de samme oppgavene til reduserte kostnader.

I *Portugisiske Lufthavner* uttalte EF-domstolen at en kvantumsrabattordning innebærer at det anvendes ulike vilkår for ytelser av samme verdi, når ordningen gir enkelte handlespartnere en økonomisk fordel ”der ikke begrundes i den tilførte aktivitetsvolumen eller i de eventuelle stordriftsfordeler, som handelspartnerne gjør det muligt for leverandøren at oppnå i forhold til sine konkurrenter”.³³⁴ Avgjørelsen tilsier at effektivitetsgevinster i form av stordriftsfordeler kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en rabattordning som utgjør mulig misbruk i form av prisdiskriminering.

I *Michelin I* kom EF-domstolen til at det ikke forelå effektivitetsgevinster ved bedre produksjonsplanlegging, som kunne begrunne den aktuelle rabattordningen.³³⁵ EF-domstolen fant derfor at det forelå et brudd på artikkel 82.³³⁶ Avgjørelsen tyder imidlertid på at effektivitetsgevinster som skyldes bedre produksjonsplanlegging kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en konkurransebegrensende rabattordning.

³³² *Michelin I*, premiss 73.

³³³ Kolstad, side 269 flg.

³³⁴ *Portugisiske Lufthavner*, premiss 52.

³³⁵ *Michelin I*, premiss 85.

³³⁶ *Michelin I*, premiss 85 og 86.

Førsteinstansrettens avgjørelse i *Michelin II* har likheter med avgjørelsen i *Michelin I*. Et av spørsmålene Førsteinstansretten tok stilling til var om Michelins kvantumsrabattsystem utgjorde et brudd på artikkel 82. Kvantumsrabattsystemet inneholdt en årlig rabatt tilsvarende en prosentdel av omsetningen til forhandleren, og rabattsatsen steg i takt med omsetningen.³³⁷ I motsetning til *Michelin I* dreide det seg imidlertid ikke om individuelt fastsatte salgsmål. Førsteinstansretten tok først stilling til om kvantumsrabattordningen hadde ”loyalitetsskabende karakter”.³³⁸ Førsteinstansretten kom til at:

”(…) kvantumsrabattsystemet, som inneholder en betydelig forskjell i rabatten mellom de nedre og de øvre satstrin, som er karakterisert ved en referanseperiode på et år og en fastlæggelse af rabatten på baggrund af den samlede omsætning inden for referanseperioden, besidder kendetegnene for et loyalitetsskabende rabattsystem.”³³⁹

I henhold til Førsteinstansretten var rabattordningen utformet på en slik måte at den hadde kjennetegnene til et lojalitetsskabende rabattsystem.

Førsteinstansretten gikk deretter over til å vurdere om kvantumsrabattsystemet berodde på en ”økonomisk begrundet modydelse (...) eller, med andre ord, hvorvidt kvantumrabatterne er belønning for de af sagsøgeren opnåede stordriftsfordele på grund af de store bestilte mængder”.³⁴⁰ Det følger av Førsteinstansrettens fremgangsmåte at rabattordningen, til tross for dens lojalitetsskabende utforming, likevel er lovlig dersom den beror på en økonomisk begrunnet motytelse. Førsteinstansretten undersøkte derfor om rabatten berodde på ”objektive økonomiske grunde.”³⁴¹

Michelin anførte som begrunnelse for rabattordningen at ”store innkøpsordrer medfører besparelser, og kunderne er berettigede til at se dette påvirke den pris, de skal betale”.³⁴² Anførselen viser til mulige effektivitetsgevinster som følge av stordriftsfordeler.

³³⁷ *Michelin II*, premiss 7.

³³⁸ *Michelin II*, premiss 67.

³³⁹ *Michelin II*, premiss 95.

³⁴⁰ *Michelin II*, premiss 98. Utelatt henvisning til *Michelin I*, premiss 73, *Irish Sugar* premiss 114 og *Portugisiske Lufthavner*, premiss 52.

³⁴¹ *Michelin II*, premiss 107.

³⁴² *Michelin II*, premiss 108.

Førsteinstansretten avviste imidlertid denne begrunnelsen fordi Michelin ikke hadde påvist hvordan effektivitetsgevinstene ble oppnådd.³⁴³ Retten stadfestet derfor Kommisjonens beslutning om at kvantumsrabattsystemet utgjorde et misbruk.³⁴⁴ Avgjørelsen bekrefter imidlertid at effektivitetsgevinster som følge av stordriftsfordeler kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en lojalitetsskapende rabattordning.

Det bemerkes at Michelin anførte at rabattsystemet var forenlig med fransk rett, at det hadde blitt godkjent av det franske generaldirektoratet for konkurranse, forbruk og bekjempelse av svik (DGCCRF), samt at det var forenlig med amerikansk konkurranserett. Førsteinstansretten avviste disse begrunnelsene.³⁴⁵ Dette er ikke begrunnelser som viser at rabattordningen var et utslag en økonomisk gevinst eller besparelse.

Michelin anførte også at Kommisjonen burde foretatt en nærmere analyse av rabattordningenes virkning.³⁴⁶ Til dette bemerket Retten at ”Til fastlæggelse af, om artikel 82 EF er blevet overtrådt, er det tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til hensigt at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning.”³⁴⁷

I *British Airways*³⁴⁸ tok Førsteinstansretten stilling til om British Airways' resultatpremieordning var i strid med artikkel 82, fordi den hadde karakter av å være en lojalitetsbonus.³⁴⁹ Ordningen gikk ut på at British Airways utbetalte en tilleggsprovisjon til reisebyråer beregnet ut fra økningen av salget av British Airways-billetter sammenliknet med samme måned året før.

³⁴³ Michelin II, premiss 109.

³⁴⁴ Michelin II, premiss 113.

³⁴⁵ Michelin II, premiss 112.

³⁴⁶ Michelin II, premiss 234 flg.

³⁴⁷ Michelin II, premiss 239.

³⁴⁸ Saken er brakt inn for EF-domstolen i Sak C-95/04P.

³⁴⁹ British Airways, premiss 241 flg.

Førsteinstansretten uttalte i den generelle redegjørelsen for vurderingen av rabattordninger at ”Såfremt en stigning i den leverede mengde medfører lavere omkostninger for leverandøren, er denne berettiget til at give kunden fordel heraf ved en mer fordelagtig prissætning (...).”³⁵⁰

Etter samme fremgangsmåte som i Michelin II tok Førsteinstansretten først stilling til om ordningen hadde karakter av å være en lojalitetsbonus.³⁵¹ Retten fant at den aktuelle ordningen hadde en lojalitetsskapende virkning for reisebyråene.³⁵²

Førsteinstansretten gikk deretter over til å vurdere om resultatpremieordningen var basert på en økonomisk begrunnet motytelse.³⁵³ Retten kom til at British Airways ikke hadde påvist at resultatpremieordningen var basert på en økonomisk begrunnet motytelse for effektivitetsgevinster eller besparelser som British Airways oppnådde ved salget av ekstra billetter.³⁵⁴ Førsteinstansretten uttalte at ”BA’s resultatpremieordninger kan således ikke anses for en motydelse for effektivitetsgevinster eller besparelser, som er oppnået ved salget af BA-billetter efter opnåelsen af de nævnte mål.”³⁵⁵ Førsteinstansretten stadfestet derfor Kommisjonens beslutning om at resultatpremieordningen utgjorde et misbruk.³⁵⁶ Avgjørelsen understreker at effektivitetsgevinster kan utgjøre en økonomisk motytelse for en lojalitetsskapende rabattordning.

Førsteinstansretten uttalte at det ikke er nødvendig å påvise at handlingen har hatt en konkret virkning på de berørte markedene, men at det er tilstrekkelig å godtgjøre at atferden har til formål å begrense konkurransen eller at atferden vil eller kan ha en slik virkning.³⁵⁷

Kommisjonens avgjørelse i *BPB Industries*³⁵⁸ gjaldt en britisk produsent (BG) av gipsplater, som blant annet opererte med en rabattordning for grossister ved innkjøp av større mengder.

³⁵⁰ British Airways, premiss 246. Utelatt henvisning til Generaladvokat Mischos forslag til avgjørelse i Portugisiske Lufthavner, avsnitt 106.

³⁵¹ British Airways, premiss 271 flg.

³⁵² British Airways, premiss 275.

³⁵³ British Airways, premiss 279.

³⁵⁴ British Airways, premiss 281-283.

³⁵⁵ British Airway, premiss 284.

³⁵⁶ British Airways, premiss 299.

³⁵⁷ British Airways, premiss 293.

Rabattordningen gjaldt kun innenfor et begrenset geografisk område hvor foretaket var utsatt for priskonkurranse.³⁵⁹ Saken gjaldt dermed mulig misbruk i form av selektive prisnedsettelse, og ikke en lojalitetsskapende rabatt- eller bonusordning. Spørsmålet var om den aktuelle rabattpraksisen utgjorde et misbruk. Kommisjonen uttalte:

”Kun en del af BG's nedsættelse blev udlignet ved de omkostningsbesparelser, der i realiteten blev opnået. En anden del af prisnedsettelsen svarede til de yderligere besparelser, som BG ville have kunnet opnå, hvis ordningen var blevet gjort gældende for hele landet. Denne del kan derfor betragtes som objektivt berettiget i den indledende forsøgsfase.”³⁶⁰

Kommisjonens avgjørelse tilsier at konkrete omkostningsbesparelser, som følge av stordriftsfordeler, kan medføre at en rabattordning er objektivt berettiget. Videre kom Kommisjonen til at ved en kvantumsrabattordning som er en forsøksordning i et begrenset område med tanke på å utvide ordningen til hele landet, kan det også tas hensyn til stordriftsfordeler som vil kunne oppnås dersom ordningen utvides. Den delen av rabatten som tilsvarte de konkrete og potensielle omkostningsbesparelsene ble av Kommisjonen ansett som objektivt berettiget i en innledende forsøksfase. Kommisjonen kom til at rabattordningen ikke utgjorde et misbruk.³⁶¹

Kommisjonens avgjørelse i *Genova Havn* gjaldt en rabattordning ved lostakstene ved Genova havn, basert på antall anløp til havnen. Rabattordningen favoriserte først og fremst italienske rederier. Spørsmålet var om rabattordningen var i strid med artikkel 82 annet ledd litra c. Kommisjonen uttalte i den forbindelse at ”Hvis en virksomhet med en dominerende stilling behandler sine kunder forskjelligt, skal der være objektive grunde til det.”³⁶² Kommisjonen fant at stordriftsfordelene i saken var beskjedne og ikke kunne forklare rabatten på 65 % som ble gitt til enkelte rederier. Kommisjonen kom derfor til at rabattordningen utgjorde et misbruk.³⁶³ Avgjørelsen tilsier at stordriftsfordeler som oppnås ved transaksjoner til enkelte

³⁵⁸ IV/31.900, BPB Industries. Stadfestet av Førsteinstansretten i Sak T-51/89, senere også av EF-domstolen i Sak C-310/93.

³⁵⁹ BPB Industries, avsnitt 131.

³⁶⁰ BPB Industries, avsnitt 131.

³⁶¹ BPB Industries, avsnitt 134.

³⁶² Genova Havn, avsnitt 21.

³⁶³ Genova Havn, avsnitt 21.

kunder, kan vise at transaksjonene ikke er likeverdige.³⁶⁴ Avgjørelsen viser at Kommisjonen anser at effektivitetsgevinster som oppnås ved transaksjonene til enkelte kunder, kan utgjøre en objektiv begrunnelse for mulig misbruk i form av prisdiskriminering.

Avgjørelsene viser at effektivitetsgevinster kan utgjøre en objektiv begrunnelse ved mulig misbruk i form av ulike rabatt- eller bonusordninger.

5.3.2 Tjenesteytelser

Problemet som behandles i dette avsnittet, er om tjenesteytelser utført av medkontrahenten som medfører en kostnadsbesparelse for det dominerende foretaket, kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en rabattordning som utgjør et mulig misbruk av dominerende stilling.

Når EF-domstolen og Førsteinstansretten bruker uttrykk som ”begrunnet modydelse af økonomisk art”³⁶⁵, tilsier det at tjenesteytelser utført av mottaker av rabatten eller bonusen, som medfører en bedriftsøkonomisk gevinst eller besparelse for det dominerende foretaket, kan utgjøre en objektiv begrunnelse.³⁶⁶ Det er imidlertid ikke tale om effektivitetsgevinster, fordi det dominerende foretakets gevinst motsvares av et tilsvarende tap eller kostnad hos tjenesteyter.³⁶⁷

*Kommisjonens avgjørelse i Irish Sugar*³⁶⁸ gjaldt blant annet spørsmål om den dominerende irske sukkerprodusenten Irish Sugars ordning med grenserabatter på sukker til kunder nær grensen til Nord-Irland, utgjorde et misbruk av dominerende stilling. Kommisjonen fant at ordningen innebar at Irish Sugar opererte med ”ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, hvorved de kunder, der ikke var berettiget til rabatten, blev stillet ringere i konkurransen.”³⁶⁹ Dessuten hadde rabatten til følge og formål å hindre import av sukker fra Nord-Irland. Ordningen utgjorde både prisdiskriminering og en selektiv prisnedsettelse for å holde konkurrenter ute av markedet. Kommisjonen understreket at:

³⁶⁴ Se også Kommisjonens avgjørelser i Spanske Lufthavner, avsnitt 52 og Brussel Lufthavn, avsnitt 16.

³⁶⁵ Se for eksempel Michelin I, premiss 73, Irish Sugar, premiss 114, Michelin II, premiss 74, British Airways, premiss 271.

³⁶⁶ Se også O’Donoghue, side 37.

³⁶⁷ Kolstad, side 279.

³⁶⁸ IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc.

³⁶⁹ IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc., avsnitt 129.

”Rabatten var ikke baseret på *objektive økonomiske forhold* så som størrelsen af kundens indkøb, markedsførings- og transportomkostninger, oplagring, servicering eller andre funktioner, *som den pågældende kunde måtte have udført.*”³⁷⁰

Kommisjonen fant derfor at ordningen med grenserabatter utgjorde et misbruk.³⁷¹ Uttalelsen tyder på at tjenesteytelser kunden utfører som medfører en økonomisk gevinst eller besparelse for det dominerende foretaket, kan utgjøre en objektiv begrunnelse. Slike tjenester kan for eksempel være markedsføringstjenester, transportoppgaver eller lagring av varer. Førsteinstansretten stadfestet Kommisjonens beslutning på dette punkt. Retten understreket at Irish Sugar ikke hadde påvist noen ”objektiv økonomisk begrunnelse for rabatterne.”³⁷²

I *Kommisjonens avgjørelse i Michelin I*³⁷³ uttalte Kommisjonen at:

”(…) som ovenfor anført er det selvfølgelig på baggrund af EØF-traktatens konkurrenceregler tilladt, at en virksomhed ved ydelse af rabatter, bonusser o.l. tager hensyn til de tjenester, som forhandleren yder virksomheden i forbindelse med afsætningen af dens produkter, for eksempel den service, som forhandleren kan yde de endelige forbrugere, og som producenten ellers selv måtte varetage;”³⁷⁴

I henhold til Kommisjonen er EF-traktatens konkurranseregler ikke til hinder for at et dominerende foretak ved tildelingen av rabatter og bonuser tar hensyn til tjenesteytelser som kunden yter det dominerende foretaket. Et eksempel er serviceytelser til den endelige forbruker. Andre eksempler kan være promotering av et produkt eller gunstig hylleplass i et supermarked.³⁷⁵

³⁷⁰ IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc., avsnitt 129. (Mine uthevinger).

³⁷¹ IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc., avsnitt 135.

³⁷² Sak T-228/97, Irish Sugar, premiss 188.

³⁷³ IV/29.491 – Bandengroothandel Frieschebrug B.V./N.V. Nederlandsche Banden – Industrie Michelin. Stadfestet av EF-domstolen i Sak 322/81.

³⁷⁴ Ibid, avsnitt 45.

³⁷⁵ Whish, side 701: ”Payments for services rendered by a customer, such as participation in a special promotion or for providing shelfspace in a supermarket, should also be permissible, provided they are not, in fact, loyalty payments for exclusivity.”

5.3.3 Kontant betaling

Uttrykk som ”begrundet modydelse af økonomisk art”³⁷⁶ tilsier at også andre økonomiske gevinster eller besparelser det dominerende foretaket oppnår ved transaksjonen med mottaker av rabatten, kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en rabattordning. Et eksempel kan være den økonomiske gevinsten det dominerende foretaket oppnår ved kontant betaling fremfor kredittkjøp. I den juridiske litteraturen er det derfor antatt at kontantrabatter ikke utgjør et misbruk.³⁷⁷

5.4 Proporsjonalitet mellom ytelse og motytelse (rabatt/bonus og gevinst/besparelse)

Problemet som drøftes i dette avsnittet, er hvordan proporsjonalitetsvurderingen skal foretas for å avgjøre når bedriftsøkonomiske kostnadsbesparelser medfører at den aktuelle rabattordningen likevel er lovlig.³⁷⁸

I henhold til EF-domstolen i *Michelin I* var vurderingen om rabatten svarte til en økonomisk motytelse.³⁷⁹ EF-domstolen gir således anvisning på en sammenlikning av rabattens størrelse med den økonomiske gevinsten eller besparelsen til det dominerende foretaket. Avgjørelsen tilsier at det må foretas en avveining hvor størrelsen på rabatten eller bonusen holdes opp mot størrelsen på den økonomiske gevinsten det dominerende foretaket oppnår ved transaksjonen.

I *Michelin II* avviste Førsteinstansretten at effektivitetsgevinster utgjorde en objektiv begrunnelse for rabattordningen, med følgende begrunnelse:

³⁷⁶ Jfr. *Michelin I*, premiss 73, *Irish Sugar*, premiss 114, *Michelin II*, premiss 74, *British Airways*, premiss 271.

³⁷⁷ Christensen m.fl., side 518, Whish, side 701. Se også Faull & Nikpay, side 177-178: ”Other rebates which are likely to be accepted, because they normally confer an economic benefit on the dominant supplier, include: discounts corresponding to services rendered by the customer, for example ‘functional discounts’ sometimes granted to wholesalers; discounts given for cash payment; discounts given for prompt payment, and rebates given for quality defects.”

³⁷⁸ Jfr. avhandlingens andre problemstilling.

³⁷⁹ *Michelin I*, premiss 73.

”Dette argument er imidlertid for generelt formulert og er ikke tilstrækkelig til at fremkomme med en økonomisk begrundelse, der gør det muligt konkret at forklare valget af rabattsatserne for de forskellige trin i det anfægtede rabatsystem (...).”³⁸⁰

Førsteinstansretten kom derfor til at rabattordningen utgjorde et brudd på artikkel 82.³⁸¹ Rettens uttalelse innebærer for det første at det må påvises konkrete økonomiske besparelser knyttet til transaksjonen, slik at det er mulig å avgjøre om gevinstene er reelle. For det andre må effektivitetsgevinstene gjøre det mulig å forklare valget av rabattsatsene. Det tilsier at det ikke er tilstrekkelig at det dominerende foretaket oppnår en økonomisk gevinst eller besparelse, men den økonomiske gevinsten eller besparelsen må kunne forklare utformingen av rabattordningen.

I *British Airways* uttalte Førsteinstansretten at anvendelsen av:

”(...) de forhøjede provisionssatser på alle BA-billetter solgt af et rejsebureau i den pågældende referenceperiode anses for at kunne tilskynde til salg af visse BA-billetter til en pris, som ikke står i forhold til den produktivitetsgevinst, BA opnår ved salget af de ekstra billetter.”³⁸²

Uttalelsen understreker at rabatten eller bonusen til kunden må stå ”i forhold til” produktivitetsgevinsten det dominerende foretaket oppnår ved salget av de ekstra billettene som utløser utbetalingen av resultatpremien. Førsteinstansretten kom til at ”De argumenter, BA har fremsat i denne forbindelse, beviser ikke, at selskabets resultatpræmieordninger i økonomisk henseende var objektivt begrundede.”³⁸³ Førsteinstansretten fant derfor at resultatpræmieordningen utgjorde et brudd på artikkel 82.³⁸⁴ Førsteinstansretten bekrefter at det må foretas en sammenlikning av størrelsen på rabatten/bonusen og størrelsen på effektivitetsgevinstene.

I *Portugisiske Lufthavner* hadde Portugal anført som begrunnelse for den aktuelle ordningen ”almindelige argumenter om en lufthavns interesse i at benytte en mekanisme med

³⁸⁰ Michelin II, premiss 109. Utelatt henvisning til Portugisiske Lufthavner, premiss 56.

³⁸¹ Michelin II, premiss 113.

³⁸² British Airway, premiss 284. (Min uthevning).

³⁸³ British Airways, premiss 291.

³⁸⁴ British Airways, premiss 299.

kvantumsrabatter for landingsavgifter, og den har begrenset sig til at gøre gældende, at mekanismen var åben for alle luftfartsselskaber.”³⁸⁵ Til dette svarte EF-domstolen at slike argumenter ikke var tilstrekkelige til å gi en økonomisk begrunnelse som gjorde det mulig å forklare valget av de ulike rabattsatsene i kvantumsrabattordningen.³⁸⁶ Ordningen utgjorde derfor et brudd på artikkel 82.³⁸⁷ Avgjørelsen innebærer at et dominerende foretak må påvise konkrete effektivitetsgevinster som gjør det mulig å forklare utformingen av den aktuelle rabattordningen. Effektivitetsgevinster må påvises og kvantifiseres for å kunne avgjøre om gevinstene tilsvarer forskjellen i vilkårene som tilbys de ulike kundene.

En annen måte å si det på er at eventuelle kostnadsgevinster må komme kundene til gode gjennom rabatten eller bonusen. Det er ikke tilstrekkelig at eventuelle gevinster kommer det dominerende foretaket til gode. De økonomiske gevinsten må overføres til kundene gjennom rabatten eller bonusen. *Kallaugher og Sher* hevder i forbindelse med konkurransebegrensende prisatferd at: ”(...) measures that increase a firm’s efficiency and create definite consumer welfare benefits do not necessarily constitute performance based competition if they cannot be linked to the firm’s performance – i.e. lower prices, better service, better quality.”³⁸⁸ *Kolstad* hevder tilsvarende at det ikke er tilstrekkelig at det dominerende foretaket oppnår de aktuelle fordelene for at effektivitetsgevinster skal kunne påberopes som objektiv begrunnelse. I tillegg må “(...) fordelene overveltes forbrukerne i det konkrete tilfellet i så stort omfang at det kan begrunne den aktuelle atferd.”³⁸⁹ For å berettige en konkurransebegrensende rabatt eller bonus må eventuelle økonomiske gevinster overføres til kundene gjennom rabatten eller bonusen.

Avgjørelsene viser at den avveiningen som foretas, er ulik proporsjonalitetsvurderingen som foretas der den objektive begrunnelsen er at handlingen har et legitimt forretningsmessig formål. Ved legitimt forretningsformål som objektiv begrunnelse foretas det en avveining mellom mål og midler, som formuleres som krav til egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet. I stedet foretas det en økonomisk sammenlikning av rabatten eller bonusen

³⁸⁵ Portugisiske Lufthavner, premiss 55.

³⁸⁶ Portugisiske Lufthavner, premiss 56.

³⁸⁷ Portugisiske Lufthavner, premiss 60.

³⁸⁸ Kallaugher & Sher, side 271.

³⁸⁹ Kolstad (2005), side 71. Se også Kamann & Bergmann, side 85.

og den økonomiske gevinsten eller besparelsen.³⁹⁰ Det foretas ingen mål-middel vurdering, men en økonomisk sammenlikning av ytelsen og motytelsen.

Den økonomiske avveiningen mellom ytelsen og motytelsen innebærer for det første at det ikke er spørsmål om rabattordningen er nødvendig for å oppnå den bedriftsøkonomiske gevinsten eller besparelsen. I *Michelin II* vurderte Førsteinstansretten om kvantumsrabattsystemet "uanset dets fremtræden"³⁹¹ beror på en økonomisk begrundet modydelse. Vurderingstemaet er ikke om utformingen av rabattordningen er det minst skadelige alternativet for å oppnå den økonomiske motytelsen. I stedet er spørsmålet om det kan påvises en økonomisk gevinst eller besparelse som svarer til rabatten. For det andre er handlingens konkurransebegrensende virkninger uten betydning for når en økonomisk kostnadsbesparelse fører til at en rabattordning likevel er lovlig. Dersom rabatt- eller bonusordningen svarer til økonomiske besparelser for det dominerende foretaket, er ordningens konkurransebegrensende virkninger irrelevante. Kostnadsbesparelser som objektiv begrunnelse ved rabatt- og bonusordninger skiller seg dermed fra legitimt forretningsformål som objektiv begrunnelse, der virkningene på konkurransen i markedet er et moment i vurderingen av handlingens forholdsmessighet.³⁹²

Avveiningen mellom størrelsen på gevinsten og størrelsen på rabatten/bonusen, har vært kritisert i den juridiske litteraturen. For det første kan det hevdes at fokuset burde være på virkningene den aktuelle rabattordningen har på konkurransen i markedet, og ikke på utformingen og kostnadene som ligger bak.³⁹³ *Kallaugher & Sher* anfører at i stedet for å sammenlikne effektivitetsgevinster med størrelsen på rabatten: "(...) there is an argument that the proper balance is between the efficiency benefit and the competitive harm."³⁹⁴ Det argumenteres således for en test som innebærer en avveining av eventuelle effektivitetsgevinster og skaden på konkurransen i markedet, på samme måte som unntaksregelen i artikkel 81 (3). En slik test gir praksis vedrørende rabattordninger imidlertid ikke anvisning på. I stedet holdes de økonomiske gevinstene opp mot ytelsene det

³⁹⁰ Se også Kamann og Bergmann, side 85.

³⁹¹ *Michelin II*, premiss 98.

³⁹² Jfr. punkt 2.4.5.1.

³⁹³ Ridyard (2003), side 9.

³⁹⁴ *Kallaugher & Sher*, side 282.

dominerende foretaket tilbyr i markedet i form av en rabatt eller bonus.³⁹⁵ For det andre kan det hevdes at rabatter normalt ikke utformes på bakgrunn av kostnader, og at reglene derfor ikke er tilpasset realitetene i næringslivet.³⁹⁶ *Sher* hevder i en kritikk av Kommisjonens tilnærming til rabatter at "(...) there is no recognition that discounts are driven by a revenue calculation and not simply a 'bottom up' computation of the cost savings resulting from an individual order which may be shared with the consumer."³⁹⁷

³⁹⁵ Se også Kolstad (2005), side 71: "Effektivitetsgevinstenes rolle i forhold til læren om 'objektiv begrunnelse' er således ikke å oppveie en skade som er påført samfunnet ved den aktuelle atferd. Derimot vil eksistensen av effektivitetsgevinster i det konkrete forhold begrunne at atferden ikke er et utslag av markedsrett, selv om atferden kan ha som virkning at restkonkurransen i markedet reduseres."

³⁹⁶ Jones & Sufrin, side 446.

³⁹⁷ *Sher*, side 485. Se også Ratliff, side 4: "The issue is that many dominant companies are not running their pricing policies by doing strict cost justification exercises."

6 Markedspris som objektiv begrunnelse ved geografisk prisdiskriminering

6.1 Innledning

I henhold til *artikkel 82 annet ledd litra c*, kan diskriminerende priser og andre diskriminerende forretningsvilkår utgjøre misbruk av dominerende stilling. Det heter i denne bestemmelsen at misbruk kan særlig bestå i ”anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen.” Bestemmelsen har blitt anvendt ved ulike former for misbruk. For det første har litra c blitt anvendt mot prisdiskriminering som skader konkurransen i markedet til kundene til det dominerende foretaket.³⁹⁸ For det andre har litra c blitt brukt mot såkalt geografisk prisdiskriminering.

Geografisk prisdiskriminering innebærer at et dominerende foretak opererer med ulike priser for samme produkter eller tjenesteytelser i ulike geografiske områder. Når et dominerende foretak opererer med ulike priser på samme varer eller tjenester i ulike medlemsland, kan det være i strid med målsettingen om et enhetlig marked. Handlinger som fører til en oppdeling av fellesmarkedet langs nasjonale grenser vil kunne innebære et misbruk av dominerende stilling.³⁹⁹

Årsaken til at objektive begrunnelser for geografisk prisdiskriminering behandles i et eget kapittel, er at misbruksformen kan tenkes å medføre en særegen objektiv begrunnelse. Spørsmålet er om forskjeller i markedsprisen i de ulike markedene varene eller tjenestene tilbys, kan utgjøre en objektiv begrunnelse for prisforskjellene det dominerende foretaket opererer med.

6.2 Markedspris som objektiv begrunnelse?

Problemet som drøftes i dette avsnittet, er om forskjeller i markedsprisen på varene eller tjenestene utgjør en objektiv begrunnelse for prisforskjeller til kunder i ulike medlemsland.

EF-domstolens avgjørelse i *United Brands* gjaldt blant annet spørsmål om United Brands hadde brutt artikkel 82 annet ledd litra c, ved å operere med prisforskjeller på bananer

³⁹⁸ Jfr. Portugisiske Lufthavner.

³⁹⁹ Jones & Sufrin, side 414, Christensen m.fl., side 565.

avhengig av hvilket land kunden var etablert. EF-domstolen fastslo at bananene var av samme sort, hadde ensartet modningsgrad, tilnærmet identisk kvalitet og var av samme merke.⁴⁰⁰

United Brands anførte at prisforskjellene på bananer til kunder i ulike medlemsland var ”objektivt berettiget, idet den var fastsat på grunnlag af den skønnede gennemsnitlige markedspris.”⁴⁰¹ United Brands viste til at prisforskjellene skyldtes ulike markedsfaktorer som været, tilbudet av andre frukter, forbrukervaner, ferier, streiker, nasjonale foranstaltninger og ulike valutakurser.⁴⁰²

EF-domstolen uttalte at forskjellige transportkostnader, avgifter, toll, lønn, markedsføringsvilkår, valutakurser og intensiteten i konkurransen kan føre til forskjellig prisnivå ved videresalg i detaljleddet i de ulike medlemslandene.⁴⁰³ Dette var ikke kostnader det dominerende foretaket måtte bære, men forhold som kunne ha betydning for hvilken pris kundene i de forskjellige medlemslandene var villige til å betale. Det er verdt å merke seg at EF-domstolen med dette synes å akseptere at forskjeller i markedsprisen i ulike land kan begrunne prisforskjeller til kunder i ulike medlemsland.

De nevnte forskjellene var imidlertid forhold som United Brands kun i begrenset omfang⁴⁰⁴ kunne ta i betraktning ”eftersom selskabet sælger et fuldstændigt identisk produkt på samme sted til forhandlere/modnere, som – alene – skal bære alle risici på forbrugermarkedet.”⁴⁰⁵ EF-domstolen presiserte at ”Loven om udbud og efterspørgsel må efter sin natur kun anvendes i det led, hvor den rent faktisk har virkning.”⁴⁰⁶ Domstolen uttalte videre at ”Markedsmekanismene ændres, såfremt prisen ikke beregnes ud fra udbudet og efterspørgslen mellem sælger (UBC) og køber (modnerne/forhandlerne), men såfremt der springes et led over, og prisen beregnes ud fra udbud og efterspørgsel mellem sælger og den

⁴⁰⁰ United Brands, premiss 225.

⁴⁰¹ United Brands, premiss 219.

⁴⁰² United Brands, premiss 220.

⁴⁰³ United Brands, premiss 228.

⁴⁰⁴ Ordene ”i begrenset omfang” er falt ut av den danske versjonen. I den engelske versjonen heter det ”to a limited extent”. I den tyske heter det ”in begrenztem Masse”. I den franske ”une mesure limitee”. Se også Christensen m.fl., side 566, note 621.

⁴⁰⁵ United Brands, premiss 228.

⁴⁰⁶ United Brands, premiss 229.

endelige forbruger.”⁴⁰⁷ EF-domstolen kom derfor til at forelå prisdiskriminering i strid med artikkel 82.

Avgjørelsen tyder på at et dominerende foretak kan ta hensyn til at etterspørselen etter et produkt er forskjellig i ulike medlemsland, og dermed operere med ulike priser. Det gjelder imidlertid ikke ubetinget. I henhold til EF-domstolen gjelder det kun i begrenset omfang der varene selges til et mellomledd før de selges videre til kunder i de enkelte markedene.

EF-domstolens avgjørelse er kritisert i den juridiske litteraturen.⁴⁰⁸ For det første er ikke modellen om tilbud og etterspørsel normativ, men en forklaring på den faktiske prisdannelsen i markedet.⁴⁰⁹ Forholdet mellom tilbud og etterspørsel mellom detaljist og forhandler vil nødvendigvis innvirke på forholdet mellom forhandlerne/moderne og selger, d.v.s. *United Brands*.⁴¹⁰ For det andre er det uklart hvorfor et dominerende foretak, som ikke er integrert i lokale markeder, ikke skal kunne ta hensyn til forskjeller i etterspørsel mellom de forskjellige markedene, i motsetning til en leverandør som er integrert i de enkelte markedene.⁴¹¹

Det bemerkes at prisforskjellene til kunder i ulike land i *United Brands* var kombinert med et forbud mot videresalg av bananer i grønn tilstand, noe som medførte en oppdeling av markedene etter nasjonale skillelinjer. EF-domstolen uttalte at ordningen førte til ”en effektiv oppdeling af de nationale markeder med kunstige forskelle i prisniveauerne”.⁴¹² Det kan hevdes at geografisk prisdiskriminering kun er uforenlig med artikkel 82 i kombinasjon med ordninger, f.eks. et videresalgsforbud, som hindrer handel på tvers av landegrensene.⁴¹³

⁴⁰⁷ *United Brands*, premiss 230.

⁴⁰⁸ Se bl.a. Faull & Nikpay, side 196 flg., Whish, side 722, Christensen m.fl., side 567.

⁴⁰⁹ Christensen m.fl., side 567.

⁴¹⁰ Whish, side 722-723.

⁴¹¹ Springer, side 253, Waelbroeck (1995), side 155.

⁴¹² *United Brands*, premiss 233.

⁴¹³ Christensen m.fl., side 566. Se også Whish, side 723: ”It is therefore arguable that the discrimination in *United Brands* should not be condemned; the practice which was rightly found to be abusive was the prohibition on the export of unripened (green) bananas, since this is what had the effect of harming the single market.”

En avgjørelse som har visse likhetstrekk med United Brands er Førsteinstansrettens avgjørelse i *Tetra Pak II*.⁴¹⁴ Tetra Pak produserte, som nevnt⁴¹⁵, maskiner og kartonger til pakking av drikkevarer. Foretaket opererte med betydelige prisforskjeller til kunder i forskjellige medlemsland. I motsetning til United Brands solgte Tetra Pak varene direkte til kunder i de ulike landene. Førsteinstansretten viste til United Brands og uttalte at artikkel 82 ikke er til hinder for at dominerende foretak opererer med ulike priser i forskjellige medlemsland, når prisforskjellene er:

”(…) begrundet i forskelle *med hensyn til markedsføringsvilkår og intensiteten i konkurransen*. En dominerende virksomhet indrømmes imidlertid kun *i rimeligt omfang* ret til forsvare sine handelsinteresser på denne måte. Spesielt må virksomheden ikke benytte kunstige forskelle i prisnivåene i de enkelte medlemsstater, der kan stille dens kunder ringere og fordreje konkurransen som led i en kunstig afskærmning af de nationale markeder.”⁴¹⁶

EF-domstolen anerkjente dermed at forskjeller i markedsføringsvilkår og intensiteten i konkurransen kan utgjøre en objektiv begrunnelse for prisforskjeller til kunder i ulike medlemsland. Det er imidlertid begrenset til å gjelde ”i rimeligt omfang”. Begrensningen synes å vise til ordninger som hindrer kundene fra å importere produktet fra andre medlemsstater.

Førsteinstansretten kom til at prisforskjellene ikke var begrunnet i objektive forhold på markedet, men skyldtes det dominerende foretakets kontraktsbestemmelser som førte til en avskjerming av de nasjonale markedene.⁴¹⁷ Det dominerende foretaket var derfor selv skyld i prisforskjellene. Førsteinstansretten stadfestet Kommisjonens beslutning om at Tetra Pak hadde anvendt diskriminerende priser i strid med artikkel 82 annet ledd litra c.⁴¹⁸ Avgjørelsen tilsier at forskjeller i prisnivåene i ulike land kan utgjøre en objektiv begrunnelse for prisforskjeller. Forutsetningen er at prisforskjellene ikke kombineres med ordninger som hindrer handel over landegrensene. Avgjørelsen har blitt kritisert i den juridiske teorien for at

⁴¹⁴ Stadfestet av EF-domstolen i sak C-333/94.

⁴¹⁵ Jfr. punkt 3.2.

⁴¹⁶ Tetra Pak II, premiss 160. (Min uthevning).

⁴¹⁷ Tetra Pak II, premiss 170.

⁴¹⁸ Tetra Pak II, premiss 173.

det kun var kontraktsklausulene som forhindret videresalg over landegrensene, som burde ha blitt rammet av artikkel 82, og ikke prisforskjellene.⁴¹⁹

United Brands og Tetra Pak II tilsier at forskjeller i markedsprisen kan utgjøre en objektiv begrunnelse for å operere med ulike priser i ulike medlemsland. Forutsetningen er at prisforskjellene ikke skyldes ordninger, for eksempel videresalgsforbud, som hindrer handel over landegrensene i strid med målsettingen om et enhetlig marked.

⁴¹⁹ Se for eksempel Faull & Nikpay, side 197.

7 Objektive begrunnelser ved urimelig høye priser (artikkel 82 annet ledd litra a)

7.1 Innledning

I *artikkel 82 annet ledd litra a* heter det at misbruk kan særlig bestå i ”direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser.” Bestemmelsen forbyr utnyttende misbruk i form av urimelige priser eller andre urimelige forretningsvilkår. Utnyttende misbruk innebærer at det dominerende foretaket får økonomiske eller kommersielle fordeler på forbrukernes bekostning, uten å påvirke konkurransestructuren på markedet.⁴²⁰

Spørsmålet som behandles i dette kapitlet, er hva som utgjør objektive begrunnelser for mulig misbruk i form av urimelig høye priser. Grunnen til at objektive begrunnelser for urimelig høye priser behandles i et eget kapittel, er at den særegne misbrukstypen, som retter seg direkte mot forbrukerne gjennom en utnyttelse av disse, kan tenkes å medføre objektive begrunnelser som skiller seg fra objektive begrunnelser ved konkurransebegrensende misbruk.

Det er relativt få avgjørelser som omhandler forbudet mot urimelig høye priser. Mulige årsaker er at det er svært vanskelig å avgjøre når en pris er urimelig, at Kommisjonen og domstolene er uegnet til å drive direkte priskontroll og at markedskreftene motvirker utnyttende misbruk ved at høye profitter tiltrekker nye konkurrenter.⁴²¹

For å besvare spørsmålet om hva som utgjør objektive begrunnelser for urimelig høye priser, kreves det også en redegjørelse for EF-domstolens fremgangsmåter for å avgjøre når en pris er urimelig høy. Det skyldes at hva som utgjør en objektiv begrunnelse, kan tenkes å variere avhengig av hvilken fremgangsmåte som brukes for å avgjøre om en pris er urimelig høy. I det følgende drøftes først hva som kan utgjøre en objektiv begrunnelse dersom den såkalte kostnadstesten anvendes for å avgjøre om det dominerende foretaket opererer med urimelig

⁴²⁰ IV/36.888 – Verdensmesterskap i fotball i 1988, avsnitt 100.

⁴²¹ Christensen m.fl., side 555. Se også Whish, side 688 flg.

høye priser.⁴²² Deretter behandles spørsmålet om hva som kan utgjøre en objektiv begrunnelse dersom markedssammenlikningstesten benyttes.⁴²³

7.2 Frivillig tilbakebetaling som objektiv begrunnelse ved kostnadstesten

I *United Brands* tok EF-domstolen også stilling til om United Brands hadde misbrukt sin dominerende stilling ved urimelige overpriser i strid med artikkel 82 annet ledd litra a.⁴²⁴ EF-domstolen uttalte at spørsmålet om grensen for det urimelige er overskredet, kan bedømmes ved hjelp av ”en sammenligning mellom salgsprisen for den pågældende vare og varens produktionspris, en sammenligning som ville vise fortjenstmargenens størrelse (...)”.⁴²⁵ EF-domstolen gir således anvisning på en test som består i en sammenlikning av salgsprisen og produksjonskostnadene. Testen forutsetter en analyse av det dominerende foretakets kostnadsstruktur, noe Kommisjonen ikke hadde gjort i den aktuelle saken.⁴²⁶ En slik fremgangsmåte for å avgjøre om prisen er urimelig høy kan betegnes som kostnadstesten.⁴²⁷

Problemstillingen er hva som kan utgjøre en objektiv begrunnelse dersom kostnadstesten brukes for å avgjøre om det foreligger misbruk.

EF-domstolens avgjørelse i *General Motors*⁴²⁸ gjaldt vederlaget General Motors krevde for å utstede typeattester for Opel-biler som ble innført til Belgia fra andre medlemsstater. EF-domstolen uttalte at misbruk vil kunne bestå i å kreve en for høy pris i forhold til ytelsens økonomiske verdi.⁴²⁹

Det var ikke bestridt at General Motors hadde krevd et gebyr ”som var langt overdrevet i forhold til den økonomiske verdi af den præsterede ydelse i form af konformitetskontrol.”⁴³⁰

⁴²² Jfr. punkt 7.2.

⁴²³ Jfr. punkt 7.3.

⁴²⁴ *United Brands*, premiss 235 flg.

⁴²⁵ *United Brands*, premiss 251.

⁴²⁶ *United Brands*, premiss 251.

⁴²⁷ Jfr. Ritter & Braun, side 427: “The Cost Approach”.

⁴²⁸ Sak 26/75, *General Motors mot Kommisjonen (General Motors)*.

⁴²⁹ *General Motors*, premiss 12.

⁴³⁰ *General Motors*, premiss 16.

General Motors fikk imidlertid medhold i at det likevel ikke forelå et misbruk i form av urimelig høye priser. EF-domstolen la vekt på at utstedelse av typeattester var et nytt ansvarsområde som hadde blitt overført fra statens kontrollorganer til fabrikantene. Dessuten hadde General Motors raskt satt ned gebyret i overensstemmelse med de faktiske omkostningene og gitt refusjon til de som hadde klaget. Dette skjedde før Kommisjonen hadde grepet inn.⁴³¹ Avgjørelsen tyder på at slike særegne omstendigheter kan utgjøre en objektiv begrunnelse for en pris som i utgangspunktet anses urimelig høy. EF-domstolen la vekt på at kundene hadde blitt kompensert gjennom en frivillig tilbakebetaling. Sagt på en annen måte, var misbruket reparert.

7.3 Markedsforskjeller som objektiv begrunnelse ved markedssammenlikningstesten

I *United Brands* åpnet EF-domstolen for at også andre metoder enn kostnadstesten kunne være aktuelle for å avgjøre om en pris er urimelig høy.⁴³²

Avgjørelsen i *Corinne Bodson*⁴³³ gjaldt prejudisielle spørsmål om en begravellesagent som var gitt enerett til å utføre begravellestjenester i en kommune. EF-domstolen tok blant annet stilling til hvordan det kunne avgjøres om begravellesagenten opererte med urimelig høye priser. EF-domstolen uttalte at:

”Henset til, at flere end 30 000 kommuner i Frankrig ikke har givet en virksomhed koncession inden for begravellesvæsenet, men enten opretholder fri erhvervsudøvelse inden for området eller varetager dette selv, *må det være muligt at sammenligne de priser, der anvendes af de koncessionerede koncernvirksomheder, med andre virksomheders priser*; på grundlag af en sådan sammenligning vil det kunne bedømmes, om de koncessionerede virksomheders priser er rimelige.”⁴³⁴

EF-domstolen gir således anvisning på en misbruksvurdering som innebærer en sammenlikning av prisene til det dominerende foretaket med priser på tilsvarende varer eller

⁴³¹ General Motors, premiss 21 og 22.

⁴³² *United Brands*, premiss 253: ”Andre metoder er mulige – og den økonomiske teori har da også oppstillet flere sådanne – som angiver kriterierne for, hvornår prisen for en vare er urimelig;” Se for eksempel *Henriksson*, side 459 flg. eller *Green* for en nærmere behandling av de ulike fremgangsmåtene.

⁴³³ Sak 30/87, *Corinne Bodson mod SA Pompes Funebres des Regions Liberees (Corrine Bodson)*.

⁴³⁴ *Corrine Bodson*, premiss 31. (Min utheving).

tjenester i andre markeder. En slik misbrukstest kan betegnes som markedssammenlikningstesten.⁴³⁵

Problemstillingen er hva som kan utgjøre en objektiv begrunnelse dersom markedssammenlikningstesten anvendes.

EF-domstolens avgjørelser i *SACEM II*⁴³⁶ og *SACEM III*⁴³⁷ gjaldt prejudisielle spørsmål vedrørende avgifter for fremførelse av musikk som det franske opphavsrettsselskapet for musikk (SACEM) krevde fra diskoteker. EF-domstolen uttalte at dersom et dominerende foretak:

”(...) påtvinger priser for de ydelser, den leverer, som er betydelig høyere end dem, der anvendes i andre medlemsstater, og sammenligningen af prisniveauerne er foretaget på ensartet grundlag, må forskellen antages at være et indicium for, at der foreligger misbrug af den dominerende stilling.”⁴³⁸

Etter at EF-domstolen hadde fastslått at betydelige prisforskjeller i ulike medlemsland utgjør et indicium for at det foreligger misbruk, la domstolen til at:

”Det tilkommer i så fald den pågældende virksomhed at godtgøre, at forskellen skyldes objektive afvigelser mellem forholdene i den pågældende medlemsstat og i alle øvrige medlemsstater.”⁴³⁹

Uttalelsen innebærer at det dominerende foretaket kan begrunne eventuelle forskjeller i prisnivåene i ulike medlemsland ved å vise til objektive forskjeller mellom forholdene i de ulike medlemsstatene som sammenliknes. En objektiv begrunnelse er dermed en forklaring som viser at prisene i de ulike markedene likevel ikke er sammenliknbare.

⁴³⁵ Jfr. Ritter & Braun, side 428: ”The Market Comparison Approach”. Whish, side 691, bruker betegnelsen ”yardstick competition”.

⁴³⁶ Sak 395/87, *Ministere Public mot Jean-Louis Tournier (SACEM II)*.

⁴³⁷ Forente saker 110/88, 241/88 og 242/88, *Lucazeau m.fl. mot SACEM (SACEM III)*.

⁴³⁸ *SACEM II*, premiss 38 og *SACEM III*, premiss 25.

⁴³⁹ *SACEM II*, premiss 38 og *SACEM III*, premiss 25. Se også *SACEM II* premiss 46: ”Forholdet ville være et andet, såfremt det pågældende ophavsretsselskab kunne begrunde en sådan højere afgift ud fra objektive og relevante forskelle mellem forvaltningen af ophavsrettigheder i den pågældende medlemsstat og i de øvrige medlemsstater.”

En slik objektiv begrunnelse innebærer ikke at en pris som i utgangspunktet er urimelig høy likevel er lovlig av ulike årsaker. I stedet er det en begrunnelse som knytter seg til det sammenlikningsgrunnlaget misbrukstesten er basert på. Det dreier seg om en begrunnelse som viser at prisene som sammenliknes gir begrenset veiledning på spørsmålet om det foreligger urimelig høye priser.

I *SACEM II* og *SACEM III* anførte det dominerende foretaket flere begrunnelser for forskjellene på avgiftsnivået i ulike medlemsland.⁴⁴⁰

SACEM anførte for det første at prisnivået i franske diskoteker var meget høyt. I henhold til EF-domstolen kunne slike omstendigheter ikke forklare en meget stor prisforskjell, fordi prisnivået kunne være et resultat av de høye avgiftene som måtte betales til SACEM. Prisforskjeller som skyldes det dominerende foretakets egne høye priser er dermed ikke en relevant forskjell som utgjør en objektiv begrunnelse.⁴⁴¹

SACEM anførte for det andre at opphavsrettighetene i Frankrike hadde et høyt beskyttelsesnivå, og at det i Frankrike ble krevd en tilleggsavgift for mekanisk gjengivelse som ikke fantes i andre land. Til dette svarte EF-domstolen at denne avgiften hadde samme funksjon som avgiften for fremførelse som kreves i andre land, og således at betegnelsen på avgiftene ikke var relevant.⁴⁴²

EF-domstolen uttalte videre at en av de mest markante forskjeller mellom opphavsrettsselskapene i de ulike medlemsland, var driftsomkostningsnivået til selskapene. EF-domstolen utelukket imidlertid ikke "at det netop er den manglende konkurrence på det

⁴⁴⁰ SACEM II, premiss 39 og SACEM III, premiss 26: "I den forbindelse har SACEM fremført en række omstændigheder som begrundelse for, at der er en sådan forskel. Den har således anført, at prisniveauet i franske diskoteker er meget højt, at ophavsrettighederne i Frankrig traditionelt nyder en høj grad af beskyttelse, og at fransk lovgivning indeholder den særlige regel, at der ved spredning af et indspillet musikalsk værk ikke alene opkræves en afgift for fremførelse, men også en tillægsavgift for mekanisk gengivelse."

⁴⁴¹ SACEM II, premiss 40, SACEM III, premiss 27.

⁴⁴² SACEM II, premiss 40, SACEM III, premiss 27.

pågældende marked, som er forklaringen på det omfattende administrationsapparatet og dermed også det høje afgiftsniveau.”⁴⁴³

Dersom det generelle prisnivået mellom de aktuelle medlemslandene er ulikt, vil en sammenlikning av prisen på den aktuelle varen eller tjenesten i de ulike landene gi begrenset veiledning på spørsmålet om det foreligger en urimelig overpris. I den juridiske litteraturen er det derfor antatt at forskjellen i prisnivået mellom høy- og lavprisland, medfører at prisene i ulike medlemsland ikke er sammenliknbare.⁴⁴⁴ Forskjeller i det generelle prisnivået vil dermed kunne utgjøre en objektiv begrunnelse for tilsynelatende urimelig høye priser på en vare eller tjeneste, sammenliknet med prisene i andre land.

Avslutningsvis kan bemerkes at en frivillig tilbakebetaling til kundene også må kunne utgjøre en objektiv begrunnelse dersom markedssammenlikningstesten anvendes.⁴⁴⁵

⁴⁴³ SACEM II, premiss 42, SACEM III, premiss 29.

⁴⁴⁴ Whish, side 692: ”Yardstick competition is only possible however where a suitable competitor can be found: it would be inappropriate to compare the prices charged in a high-price Member State against those in a low-price one.” Se også Christensen m.fl., side 557.

⁴⁴⁵ Jfr. punkt 7.2.

8 Bevisbyrden

De foregående kapitlene har behandlet argumenttypene som utgjør objektive begrunnelser og når de ulike argumentene medfører at det dominerende foretakets handling er lovlig, og ikke et misbruk. I dette kapitlet drøftes hvem som har bevisbyrden for at det foreligger, eventuelt ikke foreligger, en objektiv begrunnelse. Med bevisbyrden menes her hvem av partene som må legge frem bevis for at handlingen har eller ikke har en objektiv begrunnelse.⁴⁴⁶

I *Rådsforordning 1/2003*⁴⁴⁷ heter det i *artikkel 2* vedrørende bevisbyrden:

”I samtlige medlemsstaters og Fællesskabets procedurer vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 81 og 82 påhviler bevisbyrden for overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, eller artikel 82 den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende. Bevisbyrden for, at betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, er opfyldt, påhviler de virksomheder og virksomhedssammenslutninger, der påberåber sig denne bestemmelse.”

Artikkel 2, som stadfester allerede gjeldende rett,⁴⁴⁸ innebærer at parten eller myndigheten som gjør gjeldende at et dominerende foretak har brutt artikkel 81 (1) eller 82, har bevisbyrden for at vilkårene i bestemmelsene er oppfylt. Artikkel 2 er ikke unntaksfri. Det er partene i et samarbeid som har bevisbyrden for at vilkårene i unntaksregelen i artikkel 81 (3) er oppfylt. Utgangspunktet etter artikkel 2 er at den part eller myndighet som gjør gjeldende at et dominerende foretak har misbrukt sin dominerende stilling, har bevisbyrden for at vilkårene i artikkel 82, herunder misbruksvilkåret, er oppfylt.

Problemet som analyseres, er om det dominerende foretaket likevel har bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse for en bestemt handling.

Begrunnelsen for artikkel 2 finnes i *fortalen til Rådsforordning 1/2003, punkt 5*. Det heter at det bør påhvile den part eller myndighet som gjør gjeldende at det foreligger en overtredelse å føre bevis for at det foreligger en overtredelse av artikkel 81 (1) eller artikkel 82. Videre heter det at ”Det bør påhvile den virksomhet eller virksomhedssammenslutning, der påberåber sig

⁴⁴⁶ Såkalt bevisføringsbyrde, jfr. Graver, side 467.

⁴⁴⁷ Rådets Forordning (EF) No 1/2003 af 16 December 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

⁴⁴⁸ Jfr. Schwartze & Weitbrecht, side 218.

retten til at bestride, at der foreligger en overtrædelse, at føre det krævede bevis for, at betingelserne for at gøre en sådan indsigelse gældende er oppfyldt.” Fortalen tyder på at et dominerende foretak bør ha bevisbyrden for at det likevel ikke foreligger et misbruk, dersom det er fremlagt bevis som tilsier at misbrukskriteriet er oppfylt. Det kan tilsi at det dominerende foretaket har bevisbyrden for at handlingen har en objektiv begrunnelse.

I *Aalborg Portland-saken*⁴⁴⁹, som gjaldt mulig brudd på artikkel 81 og ikke artikkel 82, uttalte EF-domstolen følgende om Rådsforordning 1/2003:

”Selv om den i loven fastsatte bevisbyrde efter disse prinsipper påhviler enten Kommissionen eller den berørte virksomhed eller sammenslutning, kan de faktiske omstændigheder, som en part gjør gældende, forpligte den anden part til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan antages, at bevisbyrden er blevet løftet.”⁴⁵⁰

Anvendt på artikkel 82, tilsier uttalelsen at selv om bevisbyrden for at det foreligger et misbruk i utgangspunktet ligger til Kommisjonen eller parten som gjør gjeldende at det foreligger en overtredelse, kan bevisbyrden for at det likevel ikke foreligger misbruk påligge det dominerende foretaket, på bakgrunn av de faktiske omstendighetene som er gjort gjeldende.

I EF-domstolens avgjørelse i *SACEM II og SACEM III*, som gjaldt mulig misbruk i form av urimelig høye priser, heter det at priser som er betydelig høyere enn priser i andre medlemsland er et ”indicium” for at det foreligger misbruk. EF-domstolen uttalte deretter at

”Det tilkommer i så fald *den pågældende virksomhed* at godtgøre, at forskjellen skyldes objektive avvigelser mellom forholdene i den pågældende medlemsstat og i alle øvrige medlemsstater.”⁴⁵¹

EF-domstolens uttalelse tyder på at bevisbyrden for at et dominerende foretak opererer med betydelig høyere priser enn i andre medlemsland, ligger til den part eller myndighet som gjør gjeldende at det foreligger et misbruk. Dersom dette er godtgjort, går bevisbyrden for at det

⁴⁴⁹ Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S m.fl. mot Kommisjonen (Aalborg Portland)*.

⁴⁵⁰ *Aalborg Portland*, premiss 79.

⁴⁵¹ *SACEM II*, premiss 38 og *SACEM III*, premiss 25. (Min uthevning).

foreligger objektive forskjeller mellom forholdene i landene som sammenliknes over på det dominerende foretaket. Avgjørelsen tilsier at det dominerende foretaket har bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse.

Førsteinstansrettens avgjørelse i saken *Paris' Lufthavner*⁴⁵² gjaldt mulig misbruk i form av diskriminerende avgifter for selskaper som utførte såkalte ”ground-handling-tjenester”, som catering, rengjøring av fly og frakthåndtering, ved flyplassene Orly og Roissy-Charles de Gaulle. Avgjørelsen gjaldt således en annen misbrukstype enn avgjørelsene i SACEM II og SACEM III. Det dominerende foretaket (ADP) anførte at Kommisjonen hadde snudd bevisbyrden for misbrukskriteriet.⁴⁵³ Førsteinstansretten uttalte i den forbindelse:

”Hvis ADP [Aéroports de Paris] fastsetter forskjellige avgiftstakster for disse virksomheder, må selskabet derfor godtgøre, at der foreligger objektivt forskjellige situationer eller omstændigheder, der kan berettigede denne afvigende behandling.”⁴⁵⁴

Avgjørelsen underbygger at det er parten eller myndigheten som gjør gjeldende at det foreligger et misbruk, som har bevisbyrden for at det dominerende foretaket opererer med ulike avgiftstakster, noe som kan utgjøre et misbruk i form av prisdiskriminering. Dersom dette er godtgjort, går bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse for de ulike avgiftene over på det dominerende foretaket. Avgjørelsen underbygger at bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse ligger til det dominerende foretaket. Førsteinstansretten konkluderte med at det ikke betydde at Kommisjonen hadde snudd bevisbyrden for at det forelå et misbruk.⁴⁵⁵

I Førsteinstansrettens avgjørelse i *Michelin II*, som gjaldt mulig misbruk i form av en kvantumsrabattordning, vurderte retten om ordningen berodde på ”objektive økonomiske grunde”.⁴⁵⁶ Førsteinstansretten konstaterte at ”sagsøgeren [det dominerende foretaket] ikke er

⁴⁵² Sak T-128/98, Aéroports de Paris mot Kommisjonen (Paris' Lufthavner). Stadfestet av EF-domstolen i Sak C-82/01.

⁴⁵³ Paris' Lufthavner, premiss 201 flg.

⁴⁵⁴ Paris' Lufthavner, premiss 202. (Min utheving).

⁴⁵⁵ Paris' Lufthavner, premiss 203.

⁴⁵⁶ Michelin II, premiss 107.

fremkommet med noen konkrete opplysninger til støtte herfor.”⁴⁵⁷ Retten påla dermed det dominerende foretaket bevisbyrden for at rabattordningen var objektivt begrunnet.⁴⁵⁸ Avgjørelsen bekrefter at det dominerende foretaket har bevisbyrden for at den aktuelle handlingen har en objektiv begrunnelse.⁴⁵⁹

I *Kommisjonens meddelelse – Retningslinjer for vertikale begrensninger*⁴⁶⁰ heter det at: “Dominerende virksomheder må ikke pålegge køberne konkurrence-klausuler, medmindre *de* objektivt kan begrunde en sådan praksis inden for rammerne af artikel 82.”⁴⁶¹ Meddelelsen tyder på at Kommisjonen anser at bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse påligger det dominerende foretaket. Kommisjonens meddelelse er imidlertid ikke en bindende rettsakt, jfr. EF-traktaten artikkel 249. Meddelelsen gir likevel uttrykk for Kommisjonens syn.

En mulig årsak til at det dominerende foretaket tillegges bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse, er at det dominerende foretaket er nærmest til å legge frem slike bevis. Det er lettere for det dominerende foretaket å fremskaffe slike bevis, enn for den annen part å bevise at det ikke foreligger en objektiv begrunnelse. Tilgangen til relevant informasjon tilsier derfor at bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse påligger det dominerende foretaket. Dette kan forankres i hensynet til sikring av bevis. Det er vanskelig å sikre bevis for at en handling ikke har en objektiv begrunnelse.⁴⁶²

EF-domstolens og Førsteinstansrettens avgjørelser tilsier etter dette at det dominerende foretaket har bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse for et mulig misbruk.⁴⁶³ Kommisjonen eller den annen part har bevisbyrden for at vilkårene i de ulike

⁴⁵⁷ Michelin II, premiss 108.

⁴⁵⁸ Se også Jones & Sufrin, side 439.

⁴⁵⁹ Se også TACA, premiss 1186-1189.

⁴⁶⁰ Kommisjonens meddelelse – Retningslinjer for vertikale begrensninger, EFT C 291, 2000, side 1.

⁴⁶¹ Ibid, avsnitt 141. (Min utheving).

⁴⁶² Om hensynet til sikring av bevis, se Graver, side 483-484.

⁴⁶³ Se også Generaladvokat Gulmanns forslag til avgjørelse i Magill, avsnitt 131: ”Det er sædvanlig i forbindelse med anvendelsen af artikel [82] først at vurdere, om der er tale om en konkurrencebegrænsende adfærd, og dernæst at tage stilling til, *om virksomheden har godtgjort*, at der foreligger en konkret acceptabel begrundelse herfor.” (Min utheving). Synspunktet har støtte i den juridiske litteraturen. Se blant annet Jones & Sufrin, side 282, Lowe, side 170: “We only know that competition on the merits is not an abuse and *that it is for the dominant undertaking to argue and show that its conduct is objectively justified.*”⁴⁶³ Sinclair, side 492:

misbruksspesifikke testene er oppfylt. I så fall er det opp til det dominerende foretaket å fremskaffe bevis for at handlingen har en objektiv begrunnelse, og derfor likevel er lovlig.

”Certain types of behaviour are presumptively abusive (abusive ‘by object’ in the terminology of Art. 81), and the burden shifts to the dominant firm to explain why the behaviour is in fact normal competition on the merits or otherwise objectively justified.” (Min uthevning). Whish, side 660: *”It is presumably the case that the burden of proving that two products are the subject of a tie-in is on the competition authority or the complainant; and that the burden of proving that a tie-in is objectively justified and proportionate is on the dominant firm.”* (Min uthevning). Graver, side 489-490.

9 Avsluttende kommentar

Læren om objektiv begrunnelse løser ikke vanskelighetene med å trekke grensen mellom misbruk og lovlige handlinger. Læren gir ikke et klart svar på hvilke handlinger som utgjør misbruk. I stedet gir læren anvisning på hvilke argumenter som er relevante og hvilke størrelser som må avveies i forhold til hverandre for å avgjøre om det dominerende foretakets handling er lovlig. Begreper som objektiv begrunnelse og proporsjonalitet er verktøy for å analysere det dominerende foretakets handling.

På et overordnet nivå er formålet med læren om objektiv begrunnelse å unngå en for vid anvendelse av misbrukskriteriet i artikkel 82. Det er tale om argumenter som begrenser rekkevidden av misbruksvilkåret. Avhandlingen viser imidlertid at det rettslige innholdet i læren om objektiv begrunnelse omfatter flere forskjellige argumenter og vurderinger. Læren om objektiv begrunnelse har ikke et enhetlig rettslig innhold, men kan systematiseres i ulike typer argumenter. De ulike typene objektive begrunnelser har ulike anvendelsesområder. Noen argumenttyper er aktuelle ved flere former for konkurransebegrensende misbruk. Andre objektive begrunnelser har kun betydning ved en eller to former for konkurransebegrensende eller utnyttende misbruk. Læren om objektiv begrunnelse kan derfor beskrives som en sekkebetegnelse på ulike argumenter som kan medføre at det dominerende foretakets handling likevel ikke utgjør et misbruk.⁴⁶⁴

Argumentene som utgjør objektive begrunnelser er snevrere enn den språklige betydningen uttrykk som ”objektiv begrunnelse” tilsier. Ikke enhver begrunnelse som er ”objektiv” tillegges betydning for misbruksspørsmålet. Kun enkelte ”objektive” begrunnelser er av en slik art at de kan medføre at et potensielt misbruk likevel lovlig og ikke i strid med artikkel 82.

Til tross for at læren om objektiv begrunnelse omfatter forskjellige argumenter, finnes det få eksempler på at dominerende foretak har fått medhold i at handlingen var lovlig på grunn av en objektiv begrunnelse.⁴⁶⁵ Det er tre hovedårsaker til dette. For det første er det eksempler på

⁴⁶⁴ Det er ikke gitt at avhandlingens gjennomgang av ulike typer objektive begrunnelser er uttømmende. Det kan tenkes at EF-domstolen vil godta argumenter som ikke lar seg plassere i avhandlingens kategorier. Katalogen over typer objektive begrunnelser vil dermed kunne utvides.

⁴⁶⁵ Se imidlertid BP-saken, General Motors og Kommisjonens avgjørelse i BPB Industries, avsnitt 131-132.

at dominerende foretak har anført begrunnelser som ikke utgjør relevante objektive begrunnelser, for eksempel at handlingen er i overensstemmelse med amerikansk konkurranserett.⁴⁶⁶ For det andre har det dominerende foretaket bevisbyrden for at det foreligger en objektiv begrunnelse. Det må for eksempel påvises faktiske effektivitetsgevinster som objektiv begrunnelse for lojalitetsskapende rabattordninger. For det tredje underkastes den objektive begrunnelsen ulike proporsjonalitetsvurderinger. I flere avgjørelser har proporsjonalitetskravet ikke vært oppfylt.⁴⁶⁷

EF-domstolens, Førsteinstansrettens og Kommisjonens praksis har vært kritisert fordi det mangler en klar metode for å avgjøre om et dominerende foretak har misbrukt sin dominerende stilling.⁴⁶⁸ Rettsutviklingen har tatt utgangspunkt i ulike typer misbrukshandlinger, noe som har medført en rekke forskjellige misbrukstester. Ulike tester kan føre til at misbrukskriteriet anvendes uten indre sammenheng.⁴⁶⁹ Kritikken kan underbygges med at det rettslige innholdet av læren om objektiv begrunnelse omfatter forskjellige argumenter og vurderinger. Det mangfoldige rettslige innholdet av læren om objektiv begrunnelse bekrefter behovet for en mer ensartet misbruksanalyse. Kommisjonen arbeider med å utvikle retningslinjer for håndhevelsen av artikkel 82.⁴⁷⁰ Kommisjonen bør derfor utarbeide generelle retningslinjer for hvilke argumenter som utgjør objektive begrunnelser og når de ulike argumentene medfører at handlingen er lovlig, og ikke behandle spørsmålet om hva som utgjør en objektiv begrunnelse i tilknytning til den enkelte form for konkurransebegrensende eller utnyttende misbruk.

Det knyttes også forventninger til EF-domstolens avgjørelse i *Glaxosmithkline*, som er ventet i løpet av 2005. Saken gjelder prejudisielle spørsmål vedrørende legemiddelfirmaet Glaxosmithkline som ikke imøtekommer bestillingene fra sine grossister fullt ut. Et av spørsmålene EF-domstolen må ta stilling til er om en objektiv begrunnelse for leveringsnektelsen er at Glaxosmithkline ønsker å unngå parallellhandel av sine legemidler.

⁴⁶⁶ Jfr. Michelin II.

⁴⁶⁷ Se for eksempel United Brands, BBI/Boosey & Hawkes.

⁴⁶⁸ Se for eksempel Sher (2004), Temple Lang & O'Donoghue, side 83-84.

⁴⁶⁹ Sinclair, side 491.

⁴⁷⁰ Lowe, side 164. Se også tale av Philip Lowe 11. mars 2005, tilgjengelig på <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches> og Antitrust and Competition Law Update, 24/11/2004, tilgjengelig på www.wilmerhale.com/files/Publication/

Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse gir håp om at EF-domstolen vil foreta en mer prinsipiell drøftelse av læren om objektiv begrunnelse enn det som finnes i det eksisterende rettskildematerialet som omhandler misbrukskriteriet i artikkel 82.

10 Kilder

Litteratur

- Andrews Philip Andrews: *Is meeting competition a defence to predatory pricing?*, European Competition Law Review 1998, side 49 flg.
- Areeda & Hovenkamp Philip E. Areeda og Herbert Hovenkamp: *Antitrust Law*, Volume III, 2. utg., Aspen Law & Business 2002.
- Arnesen Finn Arnesen: *Introduksjon til rettskildelæren i EF*, 3. utg., Universitetsforlaget, Oslo 1995.
- Bellamy & Child Christopher Bellamy og Graham Child: *European Community Law of Competition*, 5. utg., Sweet & Maxwell, London 2001.
- Bishop & Walker Simon Bishop og Mike Walker: *The Economics of EC Competition Law*, 2. utg., Sweet & Maxwell, London 2002.
- Brown & Jacobs L. Neville Brown & Tom Kennedy: *Brown & Jacobs, The Court of Justice of the European Communities*, 5. utg., London 2000.
- Bull Henrik Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital*, Universitetsforlaget, Oslo 2001.
- Christensen m.fl. Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo: *Konkurrenceretten I EU*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003.
- Christensen m.fl. (2005) Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo: *Konkurrenceretten I EU*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. utg. København 2005.
- Craig & deBurca Paul Craig og Gráinne de Burca: *EU Law – text, cases and materials*, 3. edition, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Dabbah Mather M. Dabbah: *EC and UK Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Eilmansberger Thomas Eilmansberger: *How to Distinguish Good From Bad Competition Under Article 82 EC: In Search of Clearer and more Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses*, Common Market Law Review 2005, side 129 flg.
- Emiliou Nicholas Emiliou: *The Principle of Proportionality in European Law – A Comparative Study*, Kluwer Law International 1996.

- EØS-rett (1995) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Helge Stemshaug: *EØS-rett*, Universitetsforlaget, Oslo 1995.
- EØS-rett (2004) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Olav Kolstad: *EØS-rett*, 2. utg. Universitetsforlaget, Oslo 2004.
- Faull & Nikpay Jonathan Faull og Ali Nikpay: *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Fejø Jens Fejø: *EU Konkurrencerett*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003.
- Furse Mark Furse: *Monopoly Price Discrimination, Article 82 and the Competition Act*, European Competition Law Review 2001, side 149 flg.
- Geradin Damien Geradin: *Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can the EU Learn From the U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?*, Common Market Law Review 2004, side 1519 flg.
- Goyder D.G. Goyder: *EC Competition Law*, 4. edition, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Graver Hans Petter Graver: *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 4-5/2004, side 465 flg.
- Green Nicholas Green: *Problems in the Identification of Excessive prices: The United Kingdom Experience in the Light of Napp*. Upublisert manuskript tilgjengelig på: <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003%28papers%29.shtml>. Skal publiseres i Ehlermann & Atanasiu: 2003 European Competition Law Annual -What is an abuse of a Dominant position?, Hart Publishing.
- Gulmann & Hagel-Sørensen Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen: *EU-ret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1995.
- Gydal Cecilia Gydal: *The Principle of Proportionality*, Juristförlaget, Stockholm 1996.
- Gyselen (1989) Luc Gyselen: *Abuse of Monopoly Power Within the Meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent Developments*, Fordham Corporate Law Institute 1989, side 597 flg.
- Gyselen Luc Gyselen: *Rebates: competition on the merits or exclusionary practice?*, Upublisert manuskript tilgjengelig på

- <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003%28papers%29.shtml>. Skal publiseres i Ehlermann & Atanasiu: 2003 European Competition Law Annual -What is an abuse of a Dominant position?, Hart Publishing.
- Henriksson Lars Henriksson: *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans*, MercurIUS, Stockholm 2003.
- Hov Jo Hov: *Rettergang i sivile saker*, Papinian, Oslo 1994.
- Iversen m.fl. Bent Iversen, Pernille Wegener Jessen, Bent Ole Gram Mortensen, Michael Steinicke og Karsten Ensigt Sørensen: *Konkurrenceretlige Emner*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004.
- Jones & Sufrin Alison Jones og Brenda Sufrin: *EC Competition Law*, 2. utg., Oxford University Press, Oxford 2004.
- Kallaugher John Kallaugher: *Recent Developments Under Article 82*, tilgjengelig på www.lw.com/resource/Publications/
- Kallaugher & Sher John Kallaugher og Brian Sher: *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, European Competition Law Review 2004, side 263 flg.
- Kamann & Bergmann Hans-Georg Kamann og Ellen Bergmann: *The Granting of Rebates by Market Dominant Undertakings Under Article 82 of the EC Treaty*, European Competition Law Review 2005, side 83 flg.
- Killick James Killick: *IMS and Microsoft Judged in the Cold Light of IMS*, The Competition Law Review, Volume 1 Issue 2, December 2004.
- Kolstad Olav Kolstad: *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett*, Cappelen akademisk forlag, Oslo 1998.
- Kolstad (2005) Olav Kolstad: *Konkurranseloven som virkemiddel for å fremme "forbrukernes interesser"*. Upublisert manuskript. Skal publiseres i TfR, nr. 1-2, 2005.
- Kon & Turnbull Stephen Kon og Sarah Turnbull: *Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the Napp Case*, European Competition Law Review 2003, side 70 flg.
- Lane Robert Lane: *EC Competition Law*, Pearson Education Ltd., Harlow, England 2000.

- Lowe Philip Lowe: *DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance*, Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law & Policy 2004, side 163 flg.
- Lilly Marco Lilly: *Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett*, LoR 1999 side 515-536.
- Lundgaard Hansen m.fl. Kim Lundgaard Hansen, Lars Kjølbye og Henrik Saugmandsgaard Øe: *EU konkurrenceretten*, København 1998.
- Nihoul & Rodford Paul Nihoul og Peter Rodford: *EU Electronic Communications Law*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- O'Donoghue Robert O'Donoghue: *Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC*, Upublisert manuskript tilgjengelig på <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003%28papers%29.shtml>. Skal publiseres i Ehlermann & Atanasiu: 2003 European Competition Law Annual -What is an abuse of a Dominant position?, Hart Publishing.
- O'Loughlin Rosemary O'Loughlin: *EC Competition Rules and Free Movement Rules: An Examination of the Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision*, European Competition Law Review 2003, side 62 flg.
- Ong Burton Ong: *Building Brick Barricades and Other Barriers to Entry: Abusing a Dominant Position by Refusing to Licence Intellectual Property Rights*, European Competition Law Review 2005, side 215 flg.
- Ridyard Derek Ridyard: *Essential Facilities and the Obligation To Supply Competitors Under the UK and EC Competition Law*, European Competition Law Review 1996, side 438-452.
- Ridyard (2003) Derek Ridyard: Article 82 – Price Abuses – *Towards a More Economic Approach*, Upublisert manuskript tilgjengelig på <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003%28papers%29.shtml>. Skal publiseres i Ehlermann & Atanasiu, 2003 European Competition Law Annual -What is an abuse of a Dominant position?, Hart Publishing.
- Ritter & Braun Lennart Ritter og W. David Braun: *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 3. utg., Hague 2004.
- Ritter C. Cyril Ritter: *Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical Rethink?*, World Competition, Vol 27, No. 4, December 2004, side 613 flg.

- Ratliff John Ratliff: *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices: A Practitioner's Viewpoint*. Upublisert manuskript tilgjengelig på <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003%28papers%29.shtml>. Skal publiseres i Ehlermann & Atanasiu: 2003 European Competition Law Annual -What is an abuse of a Dominant position?, Hart Publishing.
- Schwartz & Weitbrecht Jurgen Schwartz og Andreas Weitbrecht: *Grundzüge des Europäischen Kartellverfahrensrechts*, Baden-Baden 2004.
- Sher Brian Sher: *Price Discounts and Michelin II: What Goes Around, Comes Around*, European Competition Law Review 2002, side 482 flg.
- Sher (2004) Brian Sher: *The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, European Competition Law Review 2004, side 243 flg.
- Sothers Christopher Sothers: *Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union*, European Competition Law Review 2001, side 256 flg.
- Sinclair Duncan Sinclair: *Abuse of Dominance at a Crossroad – Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC*, European Competition Law Review 2004, side 491 flg.
- Skogly og Kirkesæther Trond Skogly og Alf I. Kirkesæther: *Konkurranserett*, Juristforbundets forlag, Oslo 2000.
- Springer Ulrich Springer: *Borden and United Brands Revisited: A Comparison of the Elements of Price Discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law*, European Competition Law Review 1997, side 42 flg.
- Subitotto og O'Donoghue Romano Subitotto og Robert O'Donoghue: *Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers under Article 82 EC*, European Competition Law Review 2003, side 683 flg.
- Temple Lang John Temple Lang: *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities*, Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law & Policy 1994, side 245 flg.
- Temple Lang (2003) John Temple Lang: *Anticompetitive Non-pricing Abuses under European and National Antitrust Law*, Fordham Corporate Law Institute-International Antitrust Law & Policy 2004, side 235 flg.

- Temple Lang & O'Donoghue John Temple Lang og Robert O'Donoghue: *Defining Legitimate Competition: How to clarify Pricing Abuses under Article 82*, Fordham International Law Journal, November 2002, side 83 flg.
- Tridimas Takis Tridimas: *The general Principles of EC Law*, Oxford University Press 2000.
- Venit & Kallaugher James S. Venit og John J. Kallaugher: *Essential Facilities: A Comparative Law Approach*, Fordham Corporate Law Institute - International Antitrust Law & Policy 1994, side 315 flg.
- Waelbroeck Michel Waelbroeck: *Bi-Annual Review of EEC Competition Cases 1989-1991*, Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law & Policy 1991, side 111 flg.
- Waelbroeck (1995) Michel Waelbroeck: *Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law*, Fordham Corporate Law Institute - International Antitrust Law & Policy 1995, side 147 flg.
- Weatherill & Beaumont Stephen Weatherill og Paul Beaumont: *EU Law*, 3. utg. London 1999.
- Whish Richard Whish: *Competition Law*, 5. utg., Butterworths, London 2003.
- Whish (2001) Richard Whish: *Should there be per se abuses under Article 82 EC?*, Wirtschaft und Wettbewerb 2001, side 919.

Traktater, Forordninger, Direktiver

Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 15. mars 1957.

Rådets Forordning (EF) No 1/2003 af 16 December 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF av 7. mars 2002 om ”adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter” (adgangsdirektivet).

Praksis

EF-domstolen

- Ahmed Saeed Flugreisen Sak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebureau GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung Unlautern Wettbewerbs e.V., Sml. 1989 s. 803.

AKZO	Sak C-62/86, AKZO Chemie BV mot Kommisjonen, Sml. 1991 s. I-3359.
Bronner	Sak C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & co. KG, Sml. 1998 s. I-7791.
British Leyland	Sak 226/84, British Leyland mot Kommisjonen, Sml. 1986 s. 3263.
BP	Sak 77/77, Benzine en petroleum handelsmaatschappij m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1978 s. 1513.
BPB Industries	Sak C-310/93, BPB Industries og British Gypsum mot Kommisjonen, Sml. 1995 s. I-865.
Commercial Solvents	Forente saker 6 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. og Commercial Solvents mot Kommisjonen, Sml. 1974 s. 223.
Compagnie Maritime Belge Transports	Forente saker C-395-396/96, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 2000 s. I-1365.
Continental Can	Sak 6/72, Continental Can mot Kommisjonen, Sml. 1973 s. 215.
Corrine Bodson	Sak 30/87, Corinne Bodson mod SA Pompes Funebres des Regions Liberees, Sml. 1988 s.2479.
Fedesa	Sak 331/88, Fedesa m.fl, Sml. 1990 s. I-4023.
General Motors	Sak 26/75, General Motors mot Kommisjonen, Sml. 1975 s. 1367.
Glaxosmithkline	Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Sak C-53/03, Syfait m.fl. mot Glaxosmithkline AEVE.
Hilti	Sak C-53/92P, Hilti mot Kommisjonen, Sml. 1994 s. I-667.
Hoffmann-LaRoche	Sak 85/76, Hoffmann-LaRoche mot Kommisjonen, Sml. 1979 s. 225.
Hugin	Sak 22/78, Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd mot Kommisjonen, Sml. 1979 s. 1869.
IMS Health	Sak C-418/01, IMS Health GmbH & Co mot NDC Health GmbH & Co. Dom av 29. april 2004. Ennå ikke inntatt i Sml.
Irish Sugar	Sak C-247/99 P, Irish Sugar mot Kommisjonen, Sml. 2001 s. I-5333.

La Crespelle	Sak C-323/93, Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle mot Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Sml. 1994 s. I-5077.
Magill	Forente saker C-241 og C-242/91 P, RTE og ITP mot Kommisjonen, Sml. 1995 s. I-743.
Michelin I	Sak 322/81, N.V. Nederlandsche Banden – Industrie Michelin mot Kommisjonen, Sml. 1983 s. 3461.
Portugisiske Lufthavner	Sak C-163/99, Portugal mot Kommisjonen, Sml. 2001 s. I-2613.
SACEM II	Sak 395/87, Ministere Public mot Jean-Louis Tournier, Sml. 1989 s. 2521.
SACEM III	Forente saker 110/88, 241/88 og 242/88, Lucazeau m.fl. mot SACEM, Sml. 1989 s. 2811.
Télémarketing	Sak 311/84, CBEM Télémarketing mot CLT, Sml 1985 s. 3261.
Tetra Pak II	Sak C-333/94, Tetra Pak International mot Kommisjonen, Sml. 1996 s. I-5951.
United Brands	Sak 27/76, United Brands Company og United Brands Continental BV mot Kommisjonen, Sml. 1978 s. 207.
Aalborg Portland	Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland A7S m.fl. mot Kommisjonen. Ennå ikke inntatt i Sml.
Førsteinstansretten	
BPB Industries	Sak T-65/89, BPB Industries and British Gypsum mot Kommisjonen, Sml. 1993 s. II-389.
British Airways	Sak T-219/99, British Airways mot Kommisjonen. Dom av 17. desember 2003. Ennå ikke i Sml.
Compagnie Maritime Belge	Forente saker T-24/93 til T-26/93 Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1996 s. II-1201.
Deutsche Bahn	Sak T-229/94, Deutsche Bahn AG mot Kommisjonen, Sml. 1997 s. II-1689.

Hilti	Sak T-30/89, Hilti mot Kommisjonen, Sml. 1991 s. II-1439.
Irish Sugar	Sak T-228/97, Irish Sugar mot Kommisjonen, Sml. 1999 s. II-2969.
Metropole télévision	Forente saker T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, Metropole télévision SA m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1996 s. II-649.
Métropole télévision (M6)	Sak T-112/99, Métropole télévision m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 2001 s. II-2459.
Michelin II	Sak T-203/01, Michelin mot Kommisjonen. Dom av 30. september 2003. Ennå ikke inntatt i Sml.
Paris' Lufthavner	Sak T-128/98, Aéroports de Paris mot Kommisjonen, Sml. 2000 s. II-3929.
TACA	Forente saker T-191/98, T-212/98 til T-214/98, Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommisjonen. Dom av 30. september 2003. Ennå ikke i Sml.
Tetra Pak Rausing	Sak T-51/89, Tetra Pak Rausing mot Kommisjonen, Sml. 1990 s. II-309.
Tetra Pak II	Sak T-83/91, Tetra Pak mot Kommisjonen, Sml. 1994 s. II-755.
Van den Bergh Foods	Sak T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd mot Kommisjonen. Ennå ikke inntatt i Sml.
Kommisjonen	
BBI/Boosey & Hawkes	87/500/EØF, IV/32.279 – BBI/Boosey & Hawkes, EFT L286, 1987, s. 36.
BPB Industries	89/22/EØF, IV/31.900, BPB Industries, EFT L10, 1989, s. 50.
British Midland/Aer Lingus	92/213/EØF, IV/33.544 - British Midland mot Aer Lingus, EFT L96, 1992, s. 34.
Brussel Lufthavn	95/364/EF, EFT L216, 1995, s. 8.
CEDED	2000/475/EF, IV.F.1/36.718 – CEDED, EFT L187, 2000, s. 47.
Deutsche Post	2001/354/EF, COMP/35.141 Deutsche Post AG, EFT L125, 2001, s. 27.

Frankfurt Lufthavn	98/190/EF, IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG, EFT L72, 1998, s. 30.
Ford/Volkswagen	93/49/EØF, IV/33.814 – Ford/Volkswagen, EFT L20, 1993, s. 14.
Genova Havn	97/745/EF, EFT L301, 1997, s. 27.
GVG/FS	2004/33/EF, EFT L11, 2004, s. 17.
Hilti	88/138/EØF, IV/30.787 og 31.488 - Eurofix-Bauco mot Hilti, EFT L65, 1988, s. 19.
HOV SVZ/MCN	94/210/EF, IV/33.941 HOV SVZ/MCN, EFT L104, 1994, s. 34.
Hugin/Liptons	78/68/EØF, IV/29.132 Hugin/Liptons, EFT L22, 1978, s. 23.
Irish Sugar	97/624/EF, IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc, EFT L258, 1997, s. 1.
Magill	89/205/EØF, IV/31.851 – Magill TV Guide/ITP, BBC og RTE, EFT L78, 1989, s. 43.
Michelin I	81/969/EØF, IV/29.491 – Bandengroothandel Frieschebrug B.V./N.V. Nederlandsche Banden – Industrie Michelin, EFT L353, 1981, s. 33.
Microsoft	COMP/C-3/37.792 Microsoft. Ennå ikke inntatt i EFT.
Napier Brown–British Sugar	88/518/EØF, IV/30.178 Napier Brown – British Sugar, EFT L284, 1988, s. 41.
NDC Health/IMS Health	2003/741/EF, COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health, EFT L268, 2003, s. 69.
Portugisiske Lufthavner	1999/199/EF, IV/35.703 – Portugisiske Lufthavne, EFT L69, 1999, s. 39.
Rødby Havn	94/119/EF, EFT L55, 1994, s. 52.
Spanske Lufthavner	2000/521/EF, EFT L208, 2000, s. 36.
Stichting/Baksteen	94/296/EF, IV/34.456 - Stichting Baksteen, EFT L131, 1994, s. 15.
Tetra Pak I (BTG licens)	88/501/EØF, IV/31.043 – Tetra Pak I (BTG – licens), EFT L272, 1988, s. 27.

Verdensmesterskap i fotball 2000/12/EF, IV/36.888 – Verdensmesterskap i fotball i 1988, EFT L5, 2000, s. 55.

Wanadoo Interactive COMP 38.233 – Wanadoo Interactive. Ennå ikke inntatt i EFT.

Andre dokumenter

Kommisjonens meddelelse om anvendelsen av konkurrereglene på aftaler om netadgang i telesektoren, EFT C265, 1998, s. 2.

Kommisjonens meddelelse – Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, EFT C101, 2004, s. 97.

Kommisjonens meddelelse – Retningslinjer for vertikale begrensninger, EFT C291, 2000, s. 1.

Kommisjonens meddelelse - Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EFT C31, 2004, s. 5.

Kommisjonens pressemeddelelser: IP/04/382, og IP/00/148.

Tale av Mario Monti, 9. juli 2001. Tilgjengelig på:
<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/>

Tale av Philip Lowe, Thirtieth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, 23. oktober 2003. Tilgjengelig på: <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/>

Tale av Philip Lowe, 11. mars 2005. Tilgjengelig på:
<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/>