

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

OG

DOKTRINEN OM NØDVENDIGE FASILITETER

En konkurranserettslig analyse av forretningsnektelser overfor
nedstrøms konkurrenter

Kandidatnummer: 358

Veileder: Eirik Østerud

Leveringsfrist: 25.04.07

Til sammen 17359 ord

23.11.2007

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Tema og hovedproblemstilling	1
1.2	Terminologi	3
1.3	Presentasjon av misbruksvilkåret	4
1.4	Avgrensninger	6
1.5	I hvilke faktiske situasjoner vil en forretningsnektelse kunne utgjøre et misbruk?	7
1.6	Avhandlingens metode og videre fremstilling	10
2	<u>NEKTELSESVILKÅRET</u>	12
2.1	Innledning	12
2.2	Direkte forretningsnektelser	13
2.3	Indirekte forretningsnektelser	14
3	<u>NØDVENDIGHETSVILKÅRET</u>	20
3.1	Innledning	20
3.2	Innsatsfaktoren må i seg selv være absolutt nødvendig	21
3.3	Fravær av faktiske alternativer	24
3.4	Fravær av potensielle alternativer	26
3.4.1	Innledning	26
3.4.2	Tekniske, fysiske og rettslige forhold som kan hindre duplisering	28
3.4.3	Økonomiske forhold som kan hindre duplisering	31

3.4.4	Andre relevante forhold	37
4	<u>KONKURRANSEBEGRENSNINGSVILKÅRET</u>	40
4.1	Innledning	40
4.2	Når kan nektelsen begrense konkurransen i strid med artikkel 82?	40
5	<u>NEKTELSEN MÅ HINDRE FREMVEKSTEN AV ET NYTT PRODUKT</u>	46
5.1	Innledning	46
5.2	Vilkårets anvendelsesområde	47
5.3	Når kan nektelsen hindre fremveksten av et nytt produkt?	47
6	<u>NEKTELSEN MÅ IKKE VÆRE OBJEKTIVT BEGRUNNET</u>	52
6.1	Innledning	52
6.2	Relevante objektive begrunnelser	53
6.3	Nektelsen må være objektivt nødvendig	58
6.4	Nektelsen må være proporsjonal	59
7	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTAR</u>	61
8	<u>KILDER</u>	63
	Litteratur	63
	Traktater, forordninger og direktiver	66
	Praksis	67
	Andre dokumenter	71

1 Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstilling

*Doktrinen om nødvendige fasiliteter*¹ er en lære med opprinnelse i amerikansk antitrustrett². I EF-rettslig teori benyttes læren som en beskrivelse³ av EF-domstolens, Førsteinstansrettens og Kommisjonens vilkår for når dominerende foretaks forretningsnektelser utgjør et misbruk.⁴ Forretningsnektelser er én av flere typer ensidig atferd som

¹ Heretter omtalt som ”doktrinen”.

² Generaladvokat Jacobs’ forslag til avgjørelse i Sak C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & co. KG (Bronner), avsnitt 45-47. En kan likevel ikke gå ut fra at misbruksvurderingen etter EF-traktaten artikkel 82 er sammenfallende med vurderingen etter den amerikanske bestemmelsen i Sherman Act Section 2. For en sammenligning mellom EF-traktaten artikkel 82 og Sherman Act Section 2, se Jones & Sufrin, side 293-296.

³ O’Donoghue & Padilla, side 408: ”The ’essential facilities principle’ is not (...) a new or distinct rule under article 82 EC: it is primarily a convenient label for cases which have in common the fact that they raise the question of when an enterprise in a dominant position can be forced to contract with another company.”

⁴ EF-domstolen har imidlertid aldri brukt begrepet ”essential facility”. Førsteinstansretten har derimot brukt begrepet i enkelte avgjørelser, for eksempel i Forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services Ltd, Eurostar Ltd, Union internationale des chemins de fer français mot Kommisjonen (European Night Services), Sak T-52/00, Coe Clerici Logistics SpA mot Kommisjonen (Coe Clerici) og Sak T-128/98, Aéroports de Paris mot Kommisjonen (Paris’ Lufthavner). Begrepet spiller dessuten en vesentlig rolle i Kommisjonens praksis vedrørende leveringsnektelser, jfr. generaladvokat Jacobs’ forslag til avgjørelse i Bronner, avsnitt 52. I likhet med generaladvokat Jacobs i Bronner, brukes begrepet ”essential facilities doctrine” også av generaladvokat Tizzano i sitt forslag til avgjørelse i Sak C-418/01, IMS Health GmbH & Co mot NDC Health GmbH & Co (IMS Health), i tillegg til at det må sees på som et innarbeidet begrep i EF-rettslig teori. Dette gjør det hensiktsmessig å benytte doktrinebegrepet også i denne avhandlingen.

reguleres av EF-traktaten⁵ artikkel 82. Bestemmelsen forbyr ”en eller flere virksomheders misbruk⁶ af en dominerende stilling”, og skal sammen med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EF-traktaten artikkel 81 hindre at konkurransen på Fellesmarkedet vris.⁷

EF-traktaten artikkel 82 har sin parallellbestemmelse i EØS-avtalen⁸ artikkel 54, som forbyr ”utilbørlig utnyttelse” av foretaks dominerende stilling på EØS-markedet. Av hensyn til rettsenheten i EØS-området innebærer dette at EF-domstolens avgjørelser vedrørende artikkel 82 er en viktig tolkingsfaktor ved anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 54.⁹

Konkurranseloven¹⁰ § 11 oppstiller et tilsvarende forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, men gjelder kun atferd med virkning innenfor Norges grenser.¹¹ Likevel må norske konkurransemyndigheter også i rent internrettslige saker følge rettspraksis fra EF og EØS, noe som fremgår av konkurranselovens forarbeider.¹² Avhandlingen vil derfor også ha relevans for norsk konkurranserett.

⁵ Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF). Avhandlingen vil primært referere til de danskspråklige utgavene av lovgivning og praksis. Der disse ikke er tilgjengelige, samt ved tolkningstvil, vil de engelskspråklige utgavene bli benyttet.

⁶ Heretter brukes den norske termen ”misbruk”.

⁷ Jfr. EF-traktaten artikkel 3(g). EF-traktaten artikkel 81 og 82 må tolkes og anvendes i lys av EF-traktaten artikkel 2 og 3(g), jfr. Forente saker 6 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. og Commercial Solvents mot Kommisjonen (Commercial Solvents), premiss 32.

⁸ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

⁹ Jfr. EØS-avtalen artikkel 6. Dette betyr også at begrepene ”misbruk” og ”utilbørlig utnyttelse” må gis samme materielle innhold.

¹⁰ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12.

¹¹ Jfr. konkurranseloven § 5 (1).

¹² NOU-2003-12 Ny konkurranselov, avsnitt 3.4.5.

Fellesnevneren for disse regelsettene er at de forbyr *misbruk av dominerende stilling* innenfor de geografiske anvendelsesområdene. Dominerende stilling gir ett eller flere foretak muligheten til å opptre uavhengig av konkurrenter og forbrukere, noe som kan resultere i at konkurrentene presses ut av markedet og prisene øker.¹³ Eierskap og kontroll over nødvendige innsatsfaktorer vil nettopp kunne gi en mulighet til å svekke eller utelukke konkurransen i et tilknyttet marked. Av hensyn til forbrukerne er det derfor avgjørende at tilgangen til en slik innsatsfaktor ikke er begrenset i for stor grad. En offentlig inngripen, her i form av tvungen levering eller tilgang for konkurrentene,¹⁴ forutsetter imidlertid at den manglende konkurransen skyldes atferd som kan karakteriseres som misbruk.

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen er derfor: *Når vil en forretningssektelse utgjøre et misbruk av dominerende stilling i strid med EF-traktaten artikkel 82?*¹⁵

1.2 Terminologi

I avhandlingens generelle drøftelse vil termen "innsatsfaktor" bli brukt som fellesbetegnelse på ulike typer formuesgoder som er nødvendige for å drive den aktuelle virksomheten i et tilknyttet marked. Den tilhørende betegnelsen som benyttes om konkurrenten som ønsker levering vil da være "tilgangssøker".

Der avhandlingen viser til bestemte typer innsatsfaktorer vil det imidlertid være mest naturlig å benytte termen "fasilitet" om fysisk faste infrastrukturer som for eksempel havner, flyplasser, olje- og gassrør og telenett, mens "innsatsmiddel" språklig passer bedre

¹³ Sak 27/76, United Brands Company og United Brands Contineaal BV mot Kommisjonen (United Brands), premiss 65.

¹⁴ Tvungen levering og andre sanksjoner kan gjennomføres med hjemmel i Rådets Forordning (EF) nr 1/2003 av 16. desember 2002 om "gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikkel 81 og 82" (Rådsforordning 1/2003), artikkel 7 (1).

¹⁵ Bestemmelsene som omtales i det følgende er fra EF-traktaten, med mindre noe annet er spesifisert.

på mindre, flyttbare fysiske formuesgoder, som for eksempel råvarer og reservedeler, samt immaterielle rettigheter og tjenester. Konkurrenten som ønsker levering av fysiske formuesgoder og tjenester vil også i disse drøftelsene bli omtalt som ”tilgangssøker”, mens konkurrenter som ønsker levering av immaterielle rettigheter vil bli omtalt som ”lisenssøker”. At ulike typer innsatsfaktorer likevel gis en samlet rettslig behandling, er et resultat av at doktrinen i praksis anvendes uavhengig av type formuesgode.¹⁶

1.3 Presentasjon av misbruksvilkåret

Å oppnå, inneha eller styrke en dominerende stilling er i seg selv ikke i strid med artikkel 82.¹⁷ Tvungen tilgang eller levering forutsetter derfor at eieren av innsatsfaktoren misbruker sin dominerende stilling. Det er av den grunn nødvendig å klargjøre hva som generelt legges i misbruksbegrepet.

Artikkel 82 har ingen definisjon av hva som menes med ”misbrug”. I dens annet ledd litra a-d er det likevel eksempler på hva som typisk kan være misbruk av dominerende stilling, uten at denne opplistingen er uttømmende.¹⁸ Av størst interesse her er litra b, som forbyr ”begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne.” Forretningsnektelser kan nettopp ha en slik begrensende virkning, i og med at antallet konkurrerende produsenter vil kunne holdes nede. Kommisjonen kategoriserer dette som ekskluderende eller konkurransebegrensende atferd, en atferd som indirekte kan føre til tap

¹⁶ Generaladvokat Jacobs’ forslag til avgjørelse i Bronner, avsnitt 50, samt Whish, side 668 og 675-676.

¹⁷ Sak C-250/92, Gøttrup-Klim E.A. Grovvarerforeninger mot Dansk Landbrugs Grovvarerelskap AMBA (Gøttrup-Klim), premiss 49.

¹⁸ Sak 6/72, Continental Can mot Kommisjonen (Continental Can), premiss 26, gjentatt i Forente saker C-395-396/96, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot Kommisjonen (Compagnie Maritime Belge Transports), premiss 112. Domstolen klargjør imidlertid ikke om litra a-d skal forstås kun som *enkeltstående eksempler* på misbrukstyper, eller om oppregningen i stedet angir forskjellige *kategorier* misbruk, se O’Donoghue & Padilla, side 213-215.

for forbrukerne som følge av færre tilbydere.¹⁹ Artikkel 82(2) litra b må dermed anses som det rettslige grunnlaget for å forby forretningsnektelser.²⁰

I mangelen av en legaldefinisjon, må hva som nærmere ligger i misbruksbegrepet fastlegges på bakgrunn av rettspraksis. EF-domstolen har definert misbruk som

”(...) et objektivt begrep, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser.”²¹

Dette betyr at misbruksbegrepet forbeholdes handlinger som avviker fra det man kan kalle normalt konkurrerende atferd basert på egen ytelse, og som har en konkurransebegrensende virkning på markedet.²² At begrepet er objektivt, innebærer at det ikke stilles krav om skyld eller hensikt.²³

Utfordringen i praksis blir da å skille mellom atferd som er ytelsesbetinget og atferd som ikke er ytelsesbetinget, hvor kun førstnevnte vil være lovlig. Det grunnleggende problem

¹⁹ Kommisjonens ”Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses” (Discussion Paper), avsnitt 210. Den andre kategorien er utnyttende atferd. Det er imidlertid ikke nødvendig med et skarpt skille mellom disse; misbruksbegrepet i artikkel 82 omfatter begge kategoriene, og én type atferd vil kunne bestå av både ekskluderende og utnyttende handlinger. For en nærmere redegjørelse for sondringen, se Whish, side 194 flg.

²⁰ Jfr. for eksempel Forente saker C-241 og C-242/91 P, RTE og ITP mot Kommisjonen (Magill), premiss 54 og COMP/C-3/37.792 – Microsoft (Microsoft), avsnitt 551.

²¹ Sak 85/76, Hoffmann-LaRoche mot Kommisjonen (Hoffmann-LaRoche), premiss 91.

²² Se også Discussion Paper, avsnitt 58.

²³ Men dette kan ha bevisverdi, jfr. Sak C-62/86 AKZO Chemie BV mot Kommisjonen (AKZO), premiss 72.

ved en slik sontring er imidlertid at enhver konkurrerende atferd må sies å være begrunnet i et ønske om å utkonkurrere de andre aktørene på markedet; det ligger i konkurransens natur å påføre konkurrentene økonomisk tap. ”Ytelsesbetinget atferd” er således et upresist og skjønnsmessig begrep som gir liten forutberegnelighet for markedsaktørene.²⁴ Grensen mellom lovlig og ulovlig atferd vil derfor kunne være vanskelig å trekke i praksis. Dette kompliseres ytterligere av at dominerende foretak er gitt et særlig ansvar for å ikke begrense konkurransen, noe som innebærer at dominerende aktører ikke kan sies å ha et like vidt spillerom som mindre aktører.²⁵

Som EF-domstolens misbruksdefinisjon viser, kan likevel ikke atferden vurderes isolert. Det avgjørende vil være i hvilken grad atferden kan ha negative virkninger på strukturen²⁶ og konkurransen i markedet.²⁷

Misbruk av dominerende stilling vil dermed kunne foreligge dersom atferden ikke er ytelsesbetinget og kan ha en konkurransebegrensende virkning på det relevante markedet.

1.4 Avgrensninger

Ved siden av misbruksvilkåret, fremgår det av ordlyden i artikkel 82 at ytterligere fire vilkår må være oppfylte før forbudet mot misbruk av dominerende stilling kan komme til anvendelse. For det første kreves det at det aktuelle foretaket innehar en dominerende

²⁴ Begrepet ytelsesbetinget atferd, eller ”competition on the merits”, er i litteraturen gjerne brukt om konkurranse basert på egne produkters pris, kvalitet eller funksjonalitet, se for eksempel O’Donoghue & Padilla, side 177.

²⁵ Sak 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Kommisjonen (Michelin), premiss 57.

²⁶ Begrepet markedsstruktur brukes i teorien som en betegnelse på det relevante markedets oppbygning og organisering, hvor den innbyrdes størrelsen på tilbydere og etterspørere i markedet er to av flere strukturelle faktorer, jfr. Norsk konkurranserett, side 39.

²⁷ Bishop & Walker, side 188: ”A finding of abuse ought to depend not on the form of commercial behaviour but rather on the outcome of that behaviour.”

stilling på det relevante markedet.²⁸ For det andre oppstilles det et vilkår om at misbruket utøves av én eller flere ”virksomheder”.²⁹ For det tredje må misbruket skje ”på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf”, og for det fjerde må atferden kunne påvirke ”samhandelen mellem medlemsstater”.

Det materielle innholdet av disse fire vilkårene er uavhengig av type atferd, og en nærmere redegjørelse for disse vil bli for omfattende for en avhandling som begrenser seg til en form for forretningsnektelser. Ettersom det sentrale i avhandlingen er når misbruksvilkåret vil være oppfylt, avgrenses det mot de øvrige vilkårene, som forutsettes å være oppfylte.

1.5 I hvilke faktiske situasjoner vil en forretningsnektelse kunne utgjøre et misbruk?

Avhandlingens hovedproblemstilling er som nevnt når en forretningsnektelse vil utgjøre et misbruk av dominerende stilling i strid med EF-traktaten artikkel 82. Det vil derfor være hensiktsmessig å klargjøre i hvilke faktiske situasjoner en forretningsnektelse vil kunne utgjøre et misbruk.

Det som kjennetegner EF-domstolens, Førsteinstansrettens og Kommisjonens praksis vedrørende forretningsnektelser, er at sakene gjelder aktører på to beslektede markeder, i den forstand at levering av innsatsfaktoren er av betydning for tilgangssøkerens evne til å konkurrere på sitt relevante marked.³⁰ I forhold til markedet for den aktuelle innsatsfaktoren vil tilgangssøkeren konkurrere i et etterfølgende produksjonsledd.

²⁸ Dette forutsetter at det relevante produkt- eller tjenestemarkedet og det relevante geografiske markedet er avgrenset. Sammen utgjør disse det relevante markedet i den konkrete sak. Se *Continental Can*, premiss 32 og Kommisjonens meddelelse om ”afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret” (Meddelelsen om markedsavgrensning).

²⁹ I denne avhandlingen benyttes termene ”foretak” og ”selskap”.

³⁰ Se for eksempel *Commercial Solvents*, premiss 25 og *Bronner*, premiss 23.

Forholdet mellom det dominerende foretaket og tilgangssøkeren er altså vertikalt.^{31 32} I det følgende er det derfor naturlig å omtale markedet for produksjon av innsatsfaktoren som ”oppstrøms”, mens markedet hvor innsatsfaktoren benyttes i et sluttprodukt³³ som tilbys forbrukerne omtales som ”nedstrøms”.

Det kan imidlertid ikke kreves at begge disse markedene faktisk kan identifiseres, siden EF-domstolen har fastslått at det vil være tilstrekkelig at det kan identifiseres et potensielt eller hypotetisk marked hvor innsatsfaktoren etterspørres. Et slikt marked vil foreligge når det eksisterer produkter som er nødvendige for å drive en bestemt virksomhet, og når det er en effektiv etterspørsel etter disse fra foretak som planlegger å utøve den virksomheten som avhenger av det aktuelle produktet. Det avgjørende vil derfor være at det kan identifiseres to forskjellige produksjonstrinn, hvor det forutgående produkt er nødvendig for levering av det etterfølgende produkt.³⁴

En forutsetning for at eieren av innsatsfaktoren skal kunne misbruke sin dominerende stilling, er at han er en faktisk eller potensiell aktør også på markedet hvor innsatsfaktoren benyttes, noe som innebærer at eieren og tilgangssøkeren er faktisk eller potensielt konkurrerende foretak.³⁵ Det dominerende foretaket må altså være vertikalt integreert, hvilket muliggjør at dets dominans i ett marked kan utnyttes i et annet, såkalt vertikal

³¹ Se generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i IMS Health, avsnitt 55, samt Whish, side 666: ”The (...) doctrine is *usually* applied where the dominant firm is vertically-integrated (...)” (min utheving).

³² Sondringen mellom horisontal og vertikal ekskluderende atferd er behandlet i Discussion Paper, avsnitt 69-73.

³³ Termen ”produkt” vil i denne avhandlingen også omfatte tjenester.

³⁴ IMS Health, premiss 44-45. Denne tolkningen er imidlertid kritisert i litteraturen, se O’Donoghue & Padilla, side 439-440.

³⁵ Sak T-504/93, Tiercé Ladbroke SA mot Kommisjonen (Ladbroke), premiss 130. At det er tilstrekkelig at det dominerende foretaket er en potensiell aktør på markedet nedstrøms, følger av EF-domstolens avgjørelse i Commercial Solvents, premiss 25, hvor det var nok at det dominerende foretaket hadde besluttet å etablere seg nedstrøms.

”leveraging”.³⁶ Virkningene av et eventuelt misbruk vil da skje på et annet marked enn markedet hvor foretaket har en dominerende stilling. Dette utelukker likevel ikke anvendelsen av artikkel 82, ettersom EF-domstolen har uttalt at det under særlige omstendigheter ikke vil være nødvendig å fastslå dominans også på beslektede markeder,³⁷ forutsatt at markedene er ”nært forbundne”, kan dominans på ett av disse ”sammenlignes med en dominerende stilling på alle de berørte markeder”, ettersom det også på sistnevnte markeder er mulig å opptre uavhengig av de andre næringsdrivende.³⁸ En forretningsnektelse vil i et slikt tilfelle kunne innebære et misbruk av dominerende stilling i oppstrømsmarkedet med virkning i nedstrømsmarkedet.

Er det ikke et faktisk eller potensielt konkurranseforhold mellom det dominerende foretaket og tilgangssøkeren, men kun et kundeforhold, vil en forretningsnektelse ikke begrense konkurransen til fordel for det dominerende foretaket.³⁹ Dersom tilgangssøkeren er villig til å betale en rimelig pris, og eieren av innsatsfaktoren er i stand til å levere den aktuelle ytelsen, vil en nektelse i så fall kun medføre tapte inntekter. Det forutsettes derfor at det dominerende foretaket konkurrerer med tilgangssøkeren i det samme faktiske eller potensielle nedstrømsmarkedet, og at sistnevnte fremsetter et rimelig tilbud om levering av den aktuelle innsatsfaktoren.

³⁶ Se for eksempel O’Donoghue & Padilla, side 207. I Microsoft, avsnitt 1069, bruker Kommisjonen uttrykket ”exclusionary leveraging”.

³⁷ Sak C-333/94, Tetra Pak International mot Kommisjonen (Tetra Pak II), premiss 27. Her oppstiller EF-domstolen også et krav om tilstrekkelig årsakssammenheng mellom de tilknyttede markedene. I litteraturen hevdes det imidlertid at det verken er tilstrekkelig eller nødvendig med en slik sammenheng mellom markedene i leveraging-saker, se O’Donoghue & Padilla, side 211-213.

³⁸ Tetra-Pak II, premiss 29-32. Tilsvarende kommersiell og teknologisk sammenheng mellom markedene forelå i Microsoft, avsnitt 529-534.

³⁹ Misbruksvurderingen av forretningsnektelser overfor kunder uten et konkurranseforhold til det dominerende foretaket reiser andre spørsmål enn nektelser overfor konkurrenter, se O’Donoghue & Padilla, side 463 flg.

Videre vil det ikke være nødvendig å skille mellom konkurrenter med og uten et kunde-forhold til det dominerende foretaket, ettersom misbruksvilkårene er de samme for nektelser overfor nye og eksisterende kunder.⁴⁰

1.6 Avhandlingens metode og videre fremstilling

Forretningsnektelser er ikke uttrykkelig nevnt i artikkel 82s ordlyd, hvilket betyr at traktatteksten gir begrenset veiledning med hensyn til når det vil foreligge et misbruk av dominerende stilling. Misbruksvilkårene er således innfortolket i artikkel 82 gjennom den EF-rettslige praksis. Det er derfor nødvendig å basere denne avhandlingen på en analyse av relevant rettspraksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten, samt Kommisjonens beslutningspraksis.^{41 42} Den omfattende litteraturen på området vil utgjøre et supplement til denne praksisen.

Avhandlingen vil hovedsakelig basere seg på EF-domstolens avgjørelser, uten at det vil bli foretatt noen kronologisk gjennomgang av utviklingen fra sak til sak.

EF-domstolens⁴³ avgjørelser kan i stedet sammenfattes til fem kumulative misbruksvilkår, og disse vil bli behandlet hver for seg i egne kapitler. En slik systematikk vil gjøre det lettere å foreta en analytisk tilnærming til de ulike avgjørelsene, noe som bidrar til å

⁴⁰ Se generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-53/03, Syfait m.fl. mot GlaxoSmithKline A EVE (GlaxoSmithKline), avsnitt 61 og Whish, side 667. Dette betyr imidlertid ikke at et eventuelt eksisterende kundeforhold vil være uten betydning i misbruksvurderingen, se O'Donoghue & Padilla, side 458-461. Dette indikeres også av Kommisjonen i Discussion Paper, avsnitt 215 flg., hvor det sondres mellom nektelser overfor eksisterende og nye kunder.

⁴¹ Kommisjonsbeslutningers rettskildemessige status kan sammenlignes med norsk forvaltningspraksis, se EØS-rett, side 218.

⁴² Kommisjonen har en rikholdig praksis vedrørende forretningsnektelser, jfr. generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i Bronner, avsnitt 44.

⁴³ Heretter omtalt som "Domstolen".

synliggjøre hvilke hensyn som må vektlegges, og hvordan de må avveies i denne typen saker.⁴⁴

Den videre fremstilling tar utgangspunkt i vilkåret om at det dominerende foretak må *nekte en konkurrent levering* av sin innsatsfaktor. Dette drøftes i kapittel 2, hvor hovedproblemstillingen er hvilken atferd som vil utgjøre en forretningsnektelse.

Levering av innsatsfaktoren må dessuten være *nødvendig* for konkurransen på markedet nedstrøms. Dette kravet behandles i kapittel 3.

Et tredje vilkår, nært forbundet med nødvendighetsvilkåret, er at *konkurransen må bli svekket* som følge av nektelsen. I hvor stor grad konkurransen må bli svekket, vil bli drøftet i kapittel 4. Dette kapitlet må sammen med kapittel 3 anses som avhandlingens sentrale del.

Kapittel 5 drøfter vilkåret om at *nektelsen må hindre fremveksten av et nytt produkt*.

At nektelsen *ikke kan begrunnes objektivt*, må sees på som et femte vilkår. I kapittel 6 gis det derfor en kortfattet fremstilling av det dominerende foretakets muligheter for å lovlig unnlate å levere, selv om de øvrige vilkårene skulle være oppfylte.

For å klargjøre når en forretningsnektelse overfor en nedstrøms konkurrent vil kunne utgjøre et misbruk, vil det i det følgende bli foretatt en grundig drøftelse av de overnevnte betingelsene,⁴⁵ før det i kapittel 7 gis en avsluttende kommentar.

⁴⁴ Arnesen, side 65: "EF-domstolen har en tydelig tendens til å avgjøre lignende saker likt".

⁴⁵ I IMS Health, premiss 38, uttaler Domstolen at det er "tilstrækkelig" at disse betingelsene er oppfylt. Ved å benytte termen "tilstrekkelig" i stedet for "nødvendig", kan dette tyde på at Domstolen også åpner for at

2 Nektelsesvilkåret

2.1 Innledning

Eksistensen av eiendomsrett eller andre eksklusive rettigheter vil ikke i seg selv kunne stride mot artikkel 82.⁴⁶ Et misbruk forutsetter derfor at eieren utøver sine rettigheter på en ekskluderende måte. Problemstillingen i dette kapitlet er dermed hvilke ekskluderende handlinger som kvalifiserer til en forretningsnektelse.

Definisjonen i *Hoffmann-LaRoche* viser at misbruksvurderingen innebærer en objektiv vurdering av det dominerende foretakets atferd.⁴⁷ Her er det atferden overfor en konkurrerende tilgangssøker som må vurderes, en vurdering som må sees på bakgrunn av EF-traktatens formål om en ”åpen markedsøkonomi med fri konkurranse.”⁴⁸ Generelt vil et slikt formål innebære avtalefrihet for aktørene, ettersom dette er en grunnleggende forutsetning for en fungerende markedsøkonomi.⁴⁹ Avtalefrihet betyr at ethvert foretak, også dominerende, i utgangspunktet skal kunne inngå en avtale med hvem de vil om hva de vil, samtidig som de også har frihet til å kunne nekte en avtaleinngåelse.⁵⁰

Den videre fremstilling vil på bakgrunn av Domstolens avgjørelser i *Commercial Solvents* og *Télémarketing*,⁵¹ samt kommisjonsbeslutningene i *Deutsche Post*⁵² og *Stena Sealink*,⁵³

andre misbruksvilkår kan anvendes i saker om forretningsnektelser. Dette antydes også av Kommisjonen i *Microsoft*, avsnitt 555. Om betingelsene er uttømmende, vil imidlertid ikke bli drøftet nærmere i denne avhandlingen.

⁴⁶ Jfr. artikkel 295.

⁴⁷ *Hoffmann-LaRoche*, premiss 91, sitert i avsnitt 1.3.

⁴⁸ Artikkel 4.

⁴⁹ Whish, side 663 og O’Donoghue & Padilla, side 407. Se også generaladvokat Jacobs’ forslag til avgjørelse i *Bronner*, avsnitt 56.

⁵⁰ At avtalefriheten også gjelder for dominerende foretak, er indirekte anerkjent av Domstolen, jfr. Sak T-41/96, *Bayer mot Kommisjonen* (Bayer mot Kommisjonen), premiss 180. Se også *Discussion Paper*, avsnitt 207.

⁵¹ Sak 311/84, *CBEM Télémarketing mot CLT* (Télémarketing).

basere seg på en sontring mellom direkte og indirekte forretningsnektelser. Direkte forretningsnektelser forstås her som atferd hvor det dominerende foretaket foretar en uttrykkelig avvisning eller avslag overfor tilgangssøkeren, mens indirekte forretningsnektelser betegner situasjoner hvor tilgang eller levering vanskeliggjøres på andre måter enn ved en uttrykkelig avvisning eller avslag. Sondringen foretas likevel kun av pedagogiske hensyn, da innholdet i misbruksvilkåret vil være det samme enten atferden karakteriseres som en direkte eller en indirekte forretningsnektelse. Hva som faller inn under disse to atferdskategoriene vil bli drøftet i henholdsvis avsnitt 2.2 og 2.3.

2.2 Direkte forretningsnektelser

Direkte forretningsnektelser forstås her som atferd hvor det dominerende foretaket foretar en uttrykkelig avvisning eller avslag overfor tilgangssøkeren. Spørsmålet i dette avsnittet er når det vil foreligge en slik direkte nektelse.

Domstolens avgjørelse i *Commercial Solvents* illustrerer hva slags atferd som i utgangspunktet må kreves fra det dominerende foretakets side. Saken gjaldt foretaket Commercial Solvents som produserte råvaren aminobutanol, et produkt som benyttes i fremstillingen av tuberkulosemedisin. Medisinprodusenten Zoja var kunde av Commercial Solvents, og ønsket å inngå en ny leveringsavtale. Som et resultat av at Commercial Solvents' datterselskap, ICI, skulle etableres i det samme markedet som Zoja, ble imidlertid sistnevnte informert om at det ikke ville bli inngått noen ny avtale om levering av råvarer.⁵⁴

⁵² COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG (Deutsche Post).

⁵³ IV/34.689 – Sea Containers mot Stena Sealink (Stena Sealink).

⁵⁴ Commercial Solvents, premiss 23.

Domstolen vurderte denne atferden ut fra følgende prinsipielle uttalelse, hvilket gir grunnlaget for det som senere er blitt kjent som *doktrinen om nødvendige fasiliteter*.⁵⁵

“(…) innehaveren av en dominerende stilling på markedet for råmaterialer, der med henblik på at forbeholde disse råmaterialer for sin egen produktion af følgeprodukter *nægter at levere* til en kunde, der også producerer disse følgeprodukter, med fare for at eliminere enhver konkurrence fra denne kunde, misbruger sin dominerende stilling i artikel 8[2]’s forstand.”⁵⁶

Domstolen konkluderte deretter med at Commercial Solvents, i sitt forsøk på å beskytte etableringen av egen nedstrøms virksomhet, hadde misbrukt sin dominerende stilling, ettersom selskapet hadde foretatt en leveringsnektelse som risikerte å eliminere enhver konkurranse fra tilgangssøkeren. Commercial Solvents’ ekskluderende atferd bestod altså i en uttrykkelig nektelse av å inngå en ny leveringsavtale med konkurrenten Zoja.⁵⁷

På bakgrunn av denne sentrale avgjørelsen vil en direkte forretningsnektelse foreligge når det dominerende foretaket uttrykkelig unnlater å akseptere ethvert tilbud fra tilgangssøkeren, hvilket hindrer at en avtale kommer i stand, og dermed ekskluderer sistnevnte fra å benytte innsatsfaktoren.

2.3 Indirekte forretningsnektelser

Problemstillingen i dette avsnittet er om og når andre måter å hindre tilgang på enn direkte avslag kan utgjøre en forretningsnektelse. En indirekte forretningsnektelse forstås her som

⁵⁵ Commercial Solvents anses i litteraturen som doktrinens EF-rettslige utgangspunkt, se for eksempel O’Donoghue & Padilla, side 424 og Whish, side 664 flg.

⁵⁶ Commercial Solvents, premiss 25 (min utheving).

⁵⁷ Se også Microsoft, avsnitt 780: ”(...) Microsoft has turned down a formal request by Sun concerning [necessary] interoperability information.”

atferd som, i motsetning til direkte forretningsnektelser, hindrer tilgang eller levering *i fravær av uttrykkelig avslag eller avbrytelse av et kontraktsforhold.*

I utgangspunktet innebærer avtalefriheten også en frihet for partene til selv å bestemme over avtalens innhold og omstendighetene rundt dens oppfyllelse. Imidlertid kan balansen under en kontraktsforhandling eller i et kontraktsforhold mellom et dominerende foretak og en tilgangssøker være forrykket dersom sistnevnte er avhengig av avtalen for å kunne konkurrere på nedstrømsmarkedet.⁵⁸ Dette setter førstnevnte i en posisjon hvor han kan utnytte sin markedsposisjon oppstrøms ved å ensidig diktere avtalens vilkår eller på andre måter gjøre leveringen problematisk. Det dominerende foretaket kan dermed hindre at leveringsavtalen blir lønnsom for faktiske og potensielle medkontrahtenter, uten at det selv nødvendigvis vil tape på dette. Spørsmålet her er når slik atferd kan sidestilles med en direkte nektelse.

Domstolens prejudisielle avgjørelse i *Télémarketing* vil for det første gi veiledning. Saken gjaldt en type markedsføring i TV-kanalen RTL som bestod i å sende reklame med telefonnumre seerne kunne ringe for å få informasjon om produktet. Alle disse numrene tilhørte eieren av RTL, Centre Belge, som hadde enerett til å drive tjenesten på denne kanalen.⁵⁹ Konkurrerende markedsførere fikk kun kjøpt reklametid dersom de benyttet Centre Belges telefonlinjer og operatører, et vilkår som ifølge Domstolen i praksis innebærer en leveringsnektelse overfor enhver annen TV-markedsføringsvirksomhet.⁶⁰

Domstolen kommer altså til at det foreligger en nektelse til tross for at Centre Belge faktisk er villig til å kontrahere med konkurrerende markedsførere. Problemet er imidlertid at en aksept av vilkåret om bruk av den dominerende konkurrentens telefontjenester i realiteten

⁵⁸ Jfr. kapittel 3.

⁵⁹ *Télémarketing*, premiss 2-5.

⁶⁰ *Télémarketing*, premiss 26.

ville hindret markedsførerne fra å konkurrere, ettersom deres virksomhet baserte seg på telefonsalg med egne linjer og operatører, og reklametid hos RTL var nødvendig for å kunne drive denne formen for markedsføring. Virkningen av vilkåret var dermed at konkurrentene ble hindret tilgang til tjenesten, noe som kunne utelukket enhver konkurranse fra tilgangssøkeren på markedet for TV-markedsføring. Centre Belge hadde derfor misbrukt sin dominerende stilling.⁶¹

Vi ser her at vilkåret om bruk av det dominerende foretakets telefontjenester hadde samme virkning som en direkte nektelse, ettersom tilgangssøkerne ble ekskludert fra å reklamere på RTL til tross for at Centre Belge var villig til å selge dem reklametid.⁶² En kan derfor karakterisere urimelige tilgangs- eller leveringsvilkår som en indirekte forretningsnektelse.

Kommisjonens beslutning i *Deutsche Post* gir ytterligere veiledning. Her vurderte Kommisjonen blant annet en praksis hvor Deutsche Post, som hadde et rettslig monopol på levering av post i Tyskland, krevde et tilleggsgebyr for videresendelse av inngående grenseoverskridende brevpost, det vil si all brevpost fra utlandet. Dersom avsender ikke betalte dette gebyret, kunne forsendelsen bli holdt tilbake i lang tid, noe som ville svekke dens kommersielle verdi. Som følge av manglende alternative leveringsmetoder var avsenderen derfor tvunget til å betale avgiften for å unngå store forsinkelser. Spørsmålet var om dette utgjorde en leveringsnektelse i strid med artikkel 82.

Kommisjonen tok utgangspunkt i at begrepet leveringsnektelse ikke bare omfatter ”nægtelse af overhovedet at levere”, men også situasjoner hvor leveringen gjøres ”betinget af objektivet urimelige vilkår”. Objektivet urimelige vilkår vil ifølge Kommisjonen foreligge når det nektes å levere på andre vilkår enn de som leverandøren på objektivet grunnlag vet

⁶¹ Télémarketing, premiss 26-27.

⁶² Dette kan også karakteriseres som et koblingssalg, jfr. artikkel 82 (2) litra d. Se generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i Bronner, avsnitt 73.

er uakseptable, såkalt konstruktiv leveringsnektelse,⁶³ eller når det nektes å levere på annet enn urimelige vilkår.⁶⁴ I sin konkrete vurdering konkluderte Kommissjonen med at Deutsche Posts ileggelse av gebyrer var en *de facto* nektelse av å yte posttjenester, ettersom dette førte til så store forsinkelser at forsendelsenes kommersielle verdi ble betydelig svekket. Deutsche Post hadde dermed misbrukt sitt monopol i Tyskland.⁶⁵

Her ser vi at levering på objektivt urimelige vilkår, på grunn av dens faktiske virkninger, sidestilles med en direkte nektelse, eller det Kommissjonen kaller ”nægtelse af overhovedet at levere”. En indirekte nektelse vil dermed foreligge dersom vilkårene i realiteten vil svekke leveringens kommersielle verdi i betydelig grad, og dermed vanskeliggjøre en profitabel virksomhet nedstrøms. Hva som nærmere ligger i begrepet objektivt urimelige vilkår, klargjøres imidlertid ikke.⁶⁶

Forsinkelser vil også i andre tilfeller kunne svekke leveringens økonomiske verdi i betydelig grad. For eksempel kan levering av bestemte tekniske data være nødvendig for å sikre funksjonelt samvirke med et dominerende foretaks maskin- eller programvare.⁶⁷ Store leveringsforsinkelser i slike innovative eller dynamiske markeder⁶⁸ kan da tyde på at rettighetshaveren i realiteten reserverer innsatsmiddelet til seg selv i en kritisk periode. Dette kan sikre det dominerende selskapet en stor kundekrets på bekostning av konkurrentene, og dermed minimalisere sistnevntes markedsandeler når de først får levering. Urimelige forsinkelser forbundet med inngåelsen og oppfyllelsen av en leverings-

⁶³ Begrepet ”konstruktiv leveringsnektelse” er også brukt i litteraturen, se for eksempel Whish, side 664.

⁶⁴ Deutsche Post, avsnitt 141.

⁶⁵ Deutsche Post, avsnitt 154.

⁶⁶ ”Urimelig” har her ikke samme innhold som etter artikkel 82(2) litra a, jfr. O’Donoghue & Padilla, side 434.

⁶⁷ Se Microsoft, omtalt første gang i avsnitt 3.3.

⁶⁸ Det vil si markeder hvor den tekniske utviklingen går fort, se avhandlingens fotnote 139 og avsnitt 3.4.4.

avtale, herunder mangelfull oppfyllelse,⁶⁹ vil derfor kunne ha tilsvarende virkning som en direkte nektelse.

Et tilfelle som kan sammenlignes med faktum i *Deutsche Post*, er når prisen for innsatsfaktoren blir for høy i forhold til sluttproduktet som tilbys forbrukerne. I litteraturen kalles dette for en margin- eller prisskvis, og betegner en situasjon hvor et vertikalt integrert foretak øker prisen for levering uten at prisen for sluttproduktet justeres tilsvarende.⁷⁰ En må da anta at leveringsprisen ville hindret profitt for det vertikalt integrerte foretaket dersom dets egen nedstrøms virksomhet måtte betalt den. Dette betyr at konkurrerende tilgangssøkere tvinges til å produsere på lavere marginer enn eieren av innsatsmiddelet, noe som igjen vil kunne gjøre leveringsavtalen ulønnsom, selv for en konkurrent med en like effektiv produksjon som det dominerende foretaket. Slik atferd kan ifølge Kommisjonen ha tilsvarende virkning som en direkte nektelse, og kan derfor karakteriseres som en indirekte nektelse.⁷¹

Kommisjonens beslutning om midlertidige beføyelser i *Stena Sealink* gjaldt selskapet Stena Sealink som eide og drev havnen Holyhead i Wales, samtidig som det drev fergetransport til Dublin i Irland. Selskapet Sea Containers ønsket å etablere konkurrerende fergetransport på denne ruten, og søkte derfor om adgang til havnen. Havneieren ga konkurrenten adgang, men kun på vilkår som ifølge Sea Containers ville være kommersielt uakseptable.⁷² I tillegg medførte Stena Sealinks atferd praktiske problemer for Sea Containers, blant annet forsinkelser med hensyn til bruken av en bestemt del av havnen, samt at havnen skulle bygges om, slik at tilbudet om tilgang for Sea Containers i realiteten

⁶⁹ Se Microsoft, avsnitt 563.

⁷⁰ Whish, side 714-716.

⁷¹ Se Discussion Paper, avsnitt 220, samt Kommisjonens meddelelse om anvendelsen av konkurrereglene på aftaler om netadgang i telesektoren (Meddelelsen om netadgang), avsnitt 117-119. Se også Kommisjonens beslutning i IV/30.178 – Napier Brown-British Sugar (Napier Brown-British Sugar), avsnitt 65-66.

⁷² Stena Sealink, avsnitt 33.

ble ”meningsløst”. Havneieren var dessuten lite imøtekommende når det gjaldt å løse disse praktiske problemene, og unnløt å fremme motforslag og delta i forhandlinger. I kontrast til Sea Containers vanskeligheter, ble Stena Sealinks eget ferjeselskap innvilget adgang uten forsinkelser i saksbehandlingen.⁷³ Sea Containers mente at Stena Sealink dermed hadde overtrådt artikkel 82.

Kommisjonen ga Sea Containers medhold i sin klage, og uttalte at en eier av nødvendig infrastruktur misbruker sin dominerende stilling dersom han nekter tilgang eller gir tilgang på vilkår som er mindre fordelaktige enn de som anvendes på selskapets egen virksomhet.⁷⁴ Dette innebærer at tilgangs- og leveringsvilkår som diskriminerer mellom egen nedstrøms virksomhet og dens konkurrenter vil kunne medføre overtredelse av artikkel 82. Eksempelvis kan dette bestå i høyere tilgangspriser, strengere tekniske krav og kortere frister for den konkurrerende tilgangssøkeren enn for den vertikalt integrerte virksomheten. Slik forskjellsbehandling sidestilles altså med en direkte nektelse.

I henhold til den overnevnte praksis kan en konkludere med at en indirekte forretningsnektelse vil foreligge i situasjoner hvor konkurrentene er hindret tilgang eller levering på andre måter enn ved et eksplisitt avslag eller en avbrytelse av et kontraktsforhold. Diskriminering, forsinkelser og urimelige leveringsvilkår må imidlertid kun anses som *eksempler*⁷⁶ på hva som kan utgjøre indirekte nektelser, ettersom det er den ekskluderende virkningen av atferden som er det sentrale, ikke atferden i seg selv. Forretningsnektelsens form er altså uten betydning. Dermed vil også ren passivitet kunne innebære en nektelse, for eksempel dersom det dominerende foretaket unnløt å svare på en konkurrents gjentatte forespørsler om levering.

⁷³ Stena Sealink, avsnitt 70-74.

⁷⁴ Stena Sealink, avsnitt 66.

⁷⁵ Det ble imidlertid ikke foretatt noen midlertidige beføyelser, ettersom partene i mellomtiden hadde blitt enige om en løsning.

⁷⁶ Se også Discussion Paper, avsnitt 219 og 225.

Vurderingstemaet vil derfor være om det dominerende foretakets atferd kan sies å ha tilsvarende faktiske virkninger som en direkte nektelse. En slik vid anvendelse av nektelsesbegrepet hindrer en omgåelse av forbudet i artikkel 82 ved hjelp av atferd som bare indirekte virker ekskluderende, eller det Kommisjonen i *Stena Sealink* beskrev som atferd utelukkende av negativ art.⁷⁷

3 Nødvendighetsvilkåret

3.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er når tilgang til en innsatsfaktor kan karakteriseres som nødvendig for konkurransen nedstrøms.

Drøftelsen vil ta utgangspunkt i Domstolens prejudisielle avgjørelse i *Bronner*, en sak som gir stor veiledning med hensyn til innholdet i nødvendighetsvilkåret. Saken gjaldt selskapet Mediaprint som hadde en dominerende stilling i det østerrikske avismarkedet. Selskapet drev dessuten den eneste landsdekkende hjemmeleveringsordningen for aviser, en ordning den mindre utgiveren Oscar Bronner ønsket tilgang til, slik at dens konkurrerende avis kunne bli distribuert til abonnenter over hele landet. Mediaprint nektet Bronner tilgang, og spørsmålet var om dette utgjorde et misbruk.

Med støtte i *Commercial Solvents*, *Telemarketing* og *Magill*,⁷⁸ konkluderte Domstolen med at Mediaprint ikke hadde misbrukt sin dominerende stilling,⁷⁹ ettersom det ikke var godtgjort at

⁷⁷ *Stena Sealink*, avsnitt 71.

⁷⁸ *Bronner*, premiss 38-40.

⁷⁹ *Bronner*, premiss 47.

”(...) tjenesteydelsen i sig selv er absolut nødvendig for udøvelsen af den pågældendes virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende udbringningsordning.”⁸⁰

Vi ser her at Domstolen oppstiller et krav om at innsatsfaktoren i seg selv må være absolutt nødvendig for å utøve den aktuelle virksomheten nedstrøms, samt et krav om at det verken kan eksistere reelle eller potensielle alternativer til den aktuelle innsatsfaktoren. I den konkrete sak vil vurderingen dermed være tredelt; for det første må en fastslå hvorvidt innsatsfaktoren i seg selv er absolutt nødvendig for å konkurrere nedstrøms, for det andre må eksistensen av eventuelle reelle alternativer klargjøres, og for det tredje må en fastslå om tilgangssøkeren har potensielle alternativer til det dominerende foretakets innsatsfaktor.

På bakgrunn av *Bronner* vil det dermed være hensiktsmessig å dele drøftelsen av nødvendighetsvilkåret i tre kumulative undervilkår; i avsnitt 3.2 vil jeg drøfte kravet om at innsatsfaktoren i seg selv må være absolutt nødvendig for at tilgangssøkeren skal kunne konkurrere nedstrøms. Videre vil det i avsnitt 3.3 bli drøftet når det vil være et fravær av reelle eller *faktiske* alternativer til innsatsfaktoren. I avsnitt 3.4 redegjøres det for når det vil være et fravær av potensielle alternativer til det dominerende foretakets innsatsfaktor.

3.2 Innsatsfaktoren må i seg selv være absolutt nødvendig

Som nevnt i innledningen, krevde Domstolen i *Bronner* at innsatsfaktoren *i seg selv* måtte være absolutt nødvendig for utøvelsen av den aktuelle virksomheten nedstrøms.⁸¹

Spørsmålet her er hva som ligger i dette kravet.

⁸⁰ Bronner, premiss 41, jfr. også *Ladbroke*, premiss 131, *Microsoft*, avsnitt 585 og *Stena Sealink*, avsnitt 66. Se også *Discussion Paper*, avsnitt 229 og *Meddelelsen om nettdgang*, avsnitt 68.

⁸¹ Bronner, premiss 41.

En nærmere vurdering av hvilken betydning den aktuelle innsatsfaktoren må ha, ble foretatt av Førsteinstansretten i *Ladbroke*. Saken gjaldt et belgisk veddeløpsselskap, Tiercé Ladbroke, som tilbydde spill på hester i franske veddeløp. Selskapet ønsket lisens til å vise direktesendte TV-overføringer av disse veddeløpene, noe som ble nektet av rettighetshaverne. Spørsmålet var om lisensnektelsen utgjorde et misbruk av dominerende stilling, noe som ble avvist av Førsteinstansretten. Dette fordi de franske rettighetshaverne verken direkte eller indirekte utnyttet deres immaterielle rettigheter på det belgiske markedet. Rettighetshavernes atferd medførte dermed ingen form for konkurransebegrensning på det relevante markedet.⁸² Likevel påpekte Førsteinstansretten at dersom artikkel 82 ikke stilte krav om tilstedeværelse på markedet, ville rettighetshavernes atferd heller ikke da medført noe misbruk.⁸³ Førsteinstansretten uttalte nemlig at selv om TV-overføringen av hesteveddeløp utgjorde en supplerende eller ønskelig tjeneste å tilby spillerne, var den ikke i seg selv nødvendig for utøvelsen av veddeselskapenes hovedvirksomhet. Dette ble begrunnet i at tilgangssøkeren, Tiercé Ladbroke, faktisk var til stede på veddemålsmarkedet, i tillegg til å ha en ”betydelig stilling” i markedet for spill på franske hesteveddeløp. Førsteinstansretten vektla ytterligere det faktum at TV-sendingene først ville bli vist etter at veddemålene ble inngått, og at manglende overføring derfor ikke alene kunne påvirke spillernes valg. Lisensnektelsen kunne således ikke hindre bookmakerne fra å drive deres virksomhet. Førsteinstansretten konkluderte derfor med at nødvendighetsvilkåret ikke ville vært oppfylt, selv i et hypotetisk tilfelle hvor rettighetshaverne hadde vært aktive på det belgiske markedet.⁸⁴

Vi ser her at nødvendigheten av levering avhenger av innsatsmildelets betydning for å utøve den aktuelle virksomheten på nedstrømsmarkedet. I denne vurderingen sonderer Førsteinstansretten mellom tilgangssøkerens hovedvirksomhet og eventuelt annen virksomhet, hvor kun førstnevnte har relevans. Absolutt nødvendighet vil da foreligge

⁸² Ladbroke, premiss 130. Kravet om tilstedeværelse er kritisert i litteraturen, se Scholar & Prize, side 32-33.

⁸³ Ladbroke, premiss 131.

⁸⁴ Ladbroke, premiss 132.

dersom innsatsfaktoren er av en slik betydning for hovedvirksomheten at manglende levering vil hindre tilgangssøkeren fra å konkurrere. Hvis levering bare vil gjøre et produkt mer attraktivt for tilgangssøkerens kunder, vil innsatsfaktoren ikke være absolutt nødvendig, selv om produktet er det eneste som tilbys av tilgangssøkeren. Det kan dermed ikke tas hensyn til at levering kan gi større lønnsomhet og økte markedsandeler.

Som *Ladbroke* viser, må det konkrete utgangspunktet være tilgangssøkerens evne til å opprettholde sin hovedvirksomhet på det relevante markedet uten den aktuelle innsatsfaktoren. Dersom tilgangssøkeren over tid faktisk har opprettholdt sin hovedvirksomhet til tross for en forretningsnektelse, vil dette i så fall være noe som taler for at innsatsfaktoren ikke er absolutt nødvendig.⁸⁵ *Tilgangssøkerens* manglende konkurransevne vil imidlertid ikke være av avgjørende betydning, ettersom Førsteinstansretten i tillegg vurderer hvorvidt bookmakerne *generelt* vil bli hindret fra å konkurrere.⁸⁶ Dette betyr at vurderingen må være objektiv. Det avgjørende vil derfor være om enhver faktisk eller potensiell aktør også vil være hindret fra å konkurrere på markedet uten levering, uten at den enkelte aktør kan gjøre gjeldende at han er i en særlig sårbar situasjon.⁸⁷ Dersom tilgangssøkeren i *Ladbroke* faktisk ikke kunne overlevd uten direkte sendte TV-bilder, ville levering altså ikke vært nødvendig dersom konkurrentene hadde forblitt på markedet selv uten TV-overføring.

En innsatsfaktor kan derfor bare sies å være absolutt nødvendig dersom det vil være vedvarende praktisk umulig eller i det minste svært ineffektivt for enhver faktisk eller potensiell nedstrøms aktør å drive den aktuelle hovedvirksomheten uten levering.⁸⁸

⁸⁵ Se Coe Clerici, premiss 25.

⁸⁶ *Ladbroke*, premiss 132.

⁸⁷ Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i Bronner, avsnitt 51.

⁸⁸ Se også Meddelelsen om netttadgang, avsnitt 91(a). I Microsoft, avsnitt 779, var kompatibilitet nødvendig for at konkurrentene kunne "vially stay on the market".

3.3 Fravær av faktiske alternativer

Ved siden av kravet om absolutt nødvendighet, krevde Domstolen i *Bronner* også at tilgangssøkeren ikke kunne ha faktiske alternativer til det dominerende foretakets innsatsfaktor. Problemstillingen i dette avsnittet er når det vil foreligge et fravær av faktiske alternativer til en absolutt nødvendig innsatsfaktor. Etter en alminnelig språklig forståelse av begrepet ”faktiske alternativer”, vil drøftelsen her innebære en vurdering av hvilke alternative tilbud som eksisterer på det tidspunktet tilgangssøkeren nektes levering.

I *Bronner* utgjorde nektelsen ikke et misbruk fordi tilgangssøkeren hadde faktiske alternativer til det dominerende foretakets fasilitet. Selv om Mediaprint drev den eneste landsdekkende ordningen for hjemmelevering av aviser, påpekte nemlig Domstolen følgende:

”(...) det [er] ubestridt, at der findes andre former for distribution af dagblade, som f.eks. udbringning via postvæsenet og salg i forretninger og kiosker. Selv om de nævnte former måtte være mindre fordelagtige i relation til distributionen af visse dagblade, anvendes de af dagbladsudgivere.”⁸⁹

Vi ser her at det ikke er tilstrekkelig for å kunne statuere misbruk at alternativene ikke er like fordelaktige som det dominerende foretakets fasilitet, siden disse alternativene faktisk ble brukt av Bronners konkurrenter. For å fastslå at det finnes faktiske alternativer er det med andre ord nok at det eksisterer dårligere alternativer som brukes av aktørene nedstrøms.⁹⁰

Nødvendighetskravet ble ytterligere presisert i *Bronner*, ettersom Domstolen også uttalte at kravet gjaldt selv om hjemmeleveringsordningen utgjorde et eget marked, og Mediaprint

⁸⁹ Bronner, premiss 43.

⁹⁰ Se også Microsoft, avsnitt 666-692.

hadde en dominerende stilling på dette markedet.⁹¹ Siden Mediaprint var eneste aktør som hadde et landsdekkende distribusjonsnettverk, ville en slik markedsavgrensning i så fall gitt selskapet en monopolstilling.⁹² Presiseringen betyr derfor at vurderingen av faktiske alternativer er videre enn avgrensningen av det relevante markedet, i den forstand at manglende substituerbarhet i seg selv ikke vil være tilstrekkelig for at et alternativ kan karakteriseres som absolutt nødvendig. Det vil altså ikke være tilstrekkelig at det dominerende foretakets innsatsfaktor og den alternative innsatsfaktoren etter forbrukernes syn kun i liten grad er innbyrdes ombyttelige ut fra deres egenskaper, pris og bruksområde, noe som gjør den alternative innsatsfaktoren lite egnet til å oppfylle forbrukernes vedvarende behov.⁹³ Følgelig vil det ikke være nok å godtgjøre at alternativet ikke befinner seg i det samme relevante markedet som det dominerende foretakets innsatsfaktor, ettersom det kan eksistere substituerbare produkter i andre markeder. Et oppstrøms monopol vil dermed ikke være ensbetydende med at tilgangssøkeren mangler faktiske alternativer.

Et illustrerende eksempel er fra Kommisjonens beslutning i *Microsoft*. Spørsmålet i saken var blant annet om Microsoft hadde misbrukt sin stilling ved å nekte å dele såkalte protokollspesifikasjoner til Windows, noe som hindret konkurrentene fra å utvikle programmer kompatible med dette operativsystemet. Ifølge Kommisjonen utgjorde nektelsen en overtredelse av artikkel 82, da den risikerte å eliminere konkurransen på markedet for operativsystemer.⁹⁴ Det interessante i denne sammenheng var at Microsoft blant annet hevdet at såkalt ”reverse engineering” fungerte som et faktisk alternativ for å oppnå kompatibilitet med Windows.⁹⁵ Reverse engineering er betegnelsen på en prosess som innebærer at man ut fra et datamaskinprogrammas maskin- eller objektkode forsøker å rekonstruere eller dekompile en kildekode, noe som kan klargjøre hvordan et program er

⁹¹ Bronner, premiss 42.

⁹² Bronner, premiss 35.

⁹³ Bronner, premiss 33, samt Meddelelsen om markedsavgrensning, avsnitt 7.

⁹⁴ Microsoft, avsnitt 692 og 791.

⁹⁵ Microsoft, avsnitt 683.

utviklet. Dette kan igjen muliggjøre utviklingen av nye kompatible programmer, det vil si programmer som funksjonelt kan samvirke med det dekompilete programmet.⁹⁶

Kommisjonen kom til at muligheten for reverse engineering ikke utgjorde noe faktisk alternativ til Microsofts levering av protokollspesifikasjoner, ettersom en slik prosess ville innebære betydelig innsats og usikre sjanser for å lykkes.⁹⁷ Levedyktigheten til produkter som ville blitt utviklet på denne måten var dessuten avhengig av at Microsoft ikke endret operativsystemet i en slik grad at det konkurrerende produktet ikke lenger ville være kompatibelt. Kommisjonen karakteriserte dermed muligheten for reverse engineering som ”an inherently unstable basis for a business model,” og konkluderte med at den ikke var noen levedyktig løsning for å kunne konkurrere med Microsoft.⁹⁸ Stor forretningsmessig risiko og usikkerhet forbundet med bruken av et eksisterende alternativ vil altså tilsi manglende faktiske alternativer.⁹⁹

En tilgangssøker kan etter dette bare sies å mangle faktiske alternativer dersom bruken av en eksisterende, alternativ innsatsfaktor er mindre fordelaktig enn bruken av et ikke-substituerbart alternativ.

3.4 Fravær av potensielle alternativer

3.4.1 Innledning

I tillegg til å kreve at det dominerende foretakets innsatsfaktor i seg selv er nødvendig og at tilgangssøkeren mangler faktiske alternativer, krevde Domstolen i *Bronner* også et fravær

⁹⁶ Se Torvund, avsnitt 9.3. Retten til reverse engineering eller dekompilering er regulert av Rådets direktiv 91/250/EØF av 14. mai 1991 om ”retlig beskyttelse af edb-programmer” (Edb-direktivet), artikkel 6(1).

⁹⁷ Microsoft, avsnitt 685.

⁹⁸ Microsoft, avsnitt 686-687.

⁹⁹ Se også *Commercial Solvents*, premiss 13-16, hvor Domstolen avviste at alternative råvarer som kun befant seg på et eksperimentelt produksjonsnivå utgjorde noe faktisk alternativ.

av potensielle alternativer til innsatsfaktoren. Problemstillingen i det følgende er når en tilgangssøker vil mangle slike alternativer. Basert på en naturlig språklig forståelse av begrepet ”potensielle alternativer”, vil drøftelsen innebære en vurdering av tilgangssøkerens *fremtidige* muligheter for å skaffe seg alternativ levering.

I likhet med de to foregående avsnittene, må også denne drøftelsen ta utgangspunkt i nødvendighetsvilkåret slik det ble anvendt i *Bronner*.¹⁰⁰ I vurderingen av tilgangssøkerens potensielle alternativer kom Domstolen her til at det forelå verken

”(...) tekniske, retlige eller endog økonomiske forhold, der kan medføre, at det for enhver anden udgiver af dagblade vil være umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt, alene eller i samarbejde med andre udgivere, at opbygge sin egen landsdækkende udbringningsordning og anvende den ved distributionen af sine egne dagblade.”¹⁰¹

Vi ser her at det må foretas en vurdering av tilgangssøkerens muligheter for å kopiere eller duplisere¹⁰² den aktuelle innsatsfaktoren og i hvilken grad dette er hindret av tekniske, rettslige eller økonomiske forhold. Det vil imidlertid ikke være nok at det for *tilgangssøkeren* fremstår som umulig eller uforholdsmessig vanskelig å duplisere innsatsfaktoren, ettersom Domstolen krever at det også må være tilsvarende vanskelig for de andre markedsaktørene å duplisere. Videre vil det ikke være tilstrekkelig at andre aktører alene er hindret fra å duplisere, da duplisering også må være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å gjennomføre av flere aktører *i samarbeid*. Domstolen har med dette satt en høy, objektiv terskel for når det vil være et fravær av potensielle alternativer.

¹⁰⁰ Bronner, premiss 41.

¹⁰¹ Bronner, premiss 44.

¹⁰² Her benyttes termen ”duplisering” som et synonym for parallelletablering.

På bakgrunn av *Bronner* må eksistensen av potensielle alternativer dermed fastslås etter en objektiv vurdering av mulige etableringshindringer til markedet oppstrøms. Det sentrale spørsmålet vil da være i hvilke tilfeller det vil kunne foreligge slike alternative etableringshindringer, det vil si når tekniske, rettslige eller økonomiske forhold kan gjøre en duplisering objektivt umulig eller uforholdsmessig vanskelig for aktørene nedstrøms.

I det følgende vil dette spørsmålet bli drøftet i tre avsnitt. Problemstillingen i avsnitt 3.4.2 er når tekniske og fysiske forhold for øvrig, samt rettslige forhold, vil kunne gjøre en duplisering objektivt umulig eller uforholdsmessig vanskelig. I avsnitt 3.4.3 vil jeg drøfte når økonomiske forhold kan forhindre en duplisering, og i avsnitt 3.4.4 spørres det om også andre forhold kan ha relevans.

3.4.2 Tekniske, fysiske og rettslige forhold som kan hindre duplisering

På bakgrunn av *Bronner*, er spørsmålet i dette avsnittet når det kan sies å foreligge tekniske, fysiske og rettslige forhold som alene eller sammen kan hindre duplisering.

For det første vil tekniske forhold alene kunne ha betydning for muligheten for dupliseringen av materielle formuesgoder. Etableringshindringer kan for eksempel foreligge når innsatsmiddelet eller fasiliteten er utviklet på grunnlag av kunnskap og teknologi som konkurrentene mangler og heller ikke er i stand til å utvikle på egen hånd, eventuelt i samarbeid. Også fysiske forhold mer generelt vil kunne fungere som etableringshindringer.¹⁰³ Dersom det eksempelvis vil være fysisk umulig å etablere en egen havn uten å samtidig måtte opprette en helt ny rute, vil tilgang til én bestemt havn være

¹⁰³ I generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i *Bronner*, avsnitt 65-66, nevnes fem forhold som kan hindre duplisering: Fysiske, geografiske, rettslige og økonomiske omkostninger, samt tilfeller hvor duplisering "af almene hensyn ikke er ønskværdigt."

nødvendig for å kunne etablere seg på markedet for en ferjerute.¹⁰⁴ Tilsvarende vil en duplisering av flyplasser,¹⁰⁵ jernbanenett,¹⁰⁶ olje- og gassrør¹⁰⁷ og annen infrastruktur kunne være fysisk hindret også av geografiske og topografiske forhold i markedet.

I andre tilfeller vil tekniske og rettslige forhold *sammen* kunne hindre duplisering, og gi det dominerende foretaket et permanent teknologisk forsprang. Lisensiering av opphavsrettslig beskyttet teknologi eller kunnskap kan for eksempel være av avgjørende betydning for å konkurrere på oppstrømsmarkeder innenfor informasjons- og kommunikasjonsteknologi-sektoren. Det kan her vises til *Microsoft*, hvor manglende informasjonsdeling medførte at de øvrige aktørene var teknisk og rettslig avskåret fra å konkurrere med Microsoft på Windows-plattformen.¹⁰⁸

I fravær av tekniske eller fysiske hindringer, vil rettslige forhold også *alene* kunne fungere som en hindring for etablering oppstrøms, noe som illustreres av Domstolens avgjørelse i *Magill*. Saken gjaldt TV-selskapene BBCs, ITPs og RTEs nektelse av å utstede lisens til *Magill TV Guide*, noe sistnevnte ønsket for å publisere en samlet, ukentlig oversikt over de

¹⁰⁴ Se for eksempel Kommissjonens beslutninger i *Stena Sealink*, avsnitt 64 og 94/119/EF (Rødby Havn), avsnitt 12.

¹⁰⁵ Se for eksempel Paris' Lufthavner. Tilgang til nødvendige fasiliteter innenfor lufthavnssektoren er regulert av en omfattende sekundærlovgivning, se for eksempel Rådets Forordning (EØF) nr. 95/93 av 18. januar 1993 om "fælles regler for tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i Fællesskabets lufthavne" (Ankomst- og avgangsforordningen), artikkel 10, Rådets Direktiv 96/67/EF av 15. oktober 1996 om "adgang til ground handling-markedet i Fællesskabets lufthavne" (Ground handling-direktivet), artikkel 6 og Kommissjonens Forordning (EF) nr. 3652/93 av 22. desember 1993 om "anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler mellem virksomheder om edb-reservationssystemer for lufttransportytelser" (Billettreservationsforordningen), artikkel 3.

¹⁰⁶ Se for eksempel Kommissjonens beslutning i 2004/33/EF (GVG/FS), samt Rådets Direktiv 91/440 EØF av 29. juli 1991 om "udvikling af Fællesskabets jernbaner" (Jernbanedirektivet), artikkel 10.

¹⁰⁷ Tilgang til naturgass er regulert i Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 98/30/EF av 22. juni 1998 om "fælles regler for det indre marked for naturgas" (Naturgassdirektivet), artikkel 14-23.

¹⁰⁸ *Microsoft*, avsnitt 524-525.

tre selskaperes programmer. Nektelsene gjaldt altså opphavsrettslig beskyttede rettigheter, en rettighetstype som ifølge Domstolen ikke er unndratt enhver vurdering i forhold til artikkel 82, til tross for dens nasjonale vern.¹⁰⁹ Det ble videre fastslått at en lisensnektelse kun under særlige omstendigheter vil utgjøre misbruk av dominerende stilling.¹¹⁰

I sin konkrete vurdering fant Domstolen for det første at nektelsene hindret at det ble skapt et nytt produkt som var gjenstand for potensiell etterspørsel fra forbrukerne. For det andre var nektelsene ikke begrunnet i særlige forhold knyttet til selskaperes radio- og tv-virksomhet eller utgivelsen av programblader, og for det tredje reserverte selskaperes markedet for ukentlige programblader til seg selv, og utelukket dermed konkurransen på dette markedet. Domstolen konkluderte derfor med at TV-selskaperne misbrukte deres dominerende stillinger.¹¹¹

Vi ser her at nektelsene av å lisensiere immaterielle rettigheter gjorde det umulig for tilgangssøkeren å etablere seg i et nytt marked, ettersom det ikke eksisterte noen substitutter til TV-selskaperes programoversikter. En lisensnektelse vil derfor kunne være en absolutt etableringshindring dersom utnyttelsen av det opphavsrettslig vernede produkt utgjør et særskilt marked. Dette forutsetter imidlertid at lisenssøkeren er hindret fra det som i opphavsretten omtales som en mulighet for å ”invent around”, hvilket innebærer at en lisenssøker kan utvikle konkurrerende produkter som ikke krenker de eksklusive rettighetene til det etablerte foretaket.¹¹²

Et annet eksempel på rettslige forhold som alene vil kunne hindre duplisering, er offentligrettslige forbud mot parallelletablering. I slike tilfeller gir den nasjonale

¹⁰⁹ Magill, premiss 48.

¹¹⁰ Magill, premiss 50.

¹¹¹ Magill, premiss 54-57.

¹¹² Se Discussion Paper, avsnitt 230.

lovgivningen uttrykk for at konkurranse på oppstrømsmarkedet av ulike allmenne hensyn ikke er ønskelig. For eksempel kan en etablering av flyplass nummer to innenfor et område være i strid med miljø- eller reguleringslovgivning, eller et oppstrømsmarked kan være monopolisert ved lov, for eksempel fordi det anses som et såkalt naturlig monopol. Naturlige monopoler vil foreligge på markeder hvor det ikke vil være samfunnsøkonomisk lønnsomt med mer enn én tilbyder, typisk markeder for levering av post-¹¹³ og tele-tjenester¹¹⁴ og jernbanenett. En duplisering vil da innebære sløsing med samfunnets ressurser. Rettslige monopoler som ikke er naturlige monopoler vil på den annen side kunne være begrunnet i at lovgiver vil kontrollere tilbudet av en bestemt produkttype, for eksempel ved å monopolisere salget av vin, brennevin, tobakk eller pengespill.

Eksemplene i dette avsnittet illustrerer at tekniske, fysiske og rettslige etableringshindringer vil foreligge dersom de enten hver for seg eller sammen gjør det fysisk umulig eller lovstridig for enhver aktør, eventuelt for flere aktører i samarbeid, å duplisere en fasilitet eller et innsatsmiddel.

3.4.3 Økonomiske forhold som kan hindre duplisering

Med utgangspunkt i utformingen av nødvendighetsvilkåret i *Bronner*, er problemstillingen her når det vil foreligge økonomiske forhold som kan gjøre en duplisering objektivt umulig eller uforholdsmessig vanskelig.

¹¹³ Se for eksempel Deutsche Post, omtalt ovenfor i avsnitt 2.3. Tilgang til posttjenester er regulert i Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 97/67/EF av 15. desember 1997 om "fælles regler for utvikling af Fællesskabets indre marked for posttjenester og forbedring af disse tjenesters kvalitet" (Postdirektivet), artikkel 11.

¹¹⁴ Se for eksempel Sak 18/88, Regie Des Telegraphes Et Des Telephones mot GB-Inno-BM SA. (GB-Inno-BM), som gjaldt et foretak med rettslig monopol på det offentlige telenettet i Belgia.

I tillegg til å gi en generell tolking av nødvendighetsvilkåret, gikk Domstolen i *Bronner* også nærmere inn på når det vil kunne foreligge økonomiske forhold som kan hindre en parallelletablering. Domstolen uttalte at

”(...) til støtte for, at opbygningen af en sådan ordning ikke er en realistisk alternativ mulighed, og at det derfor er absolut nødvendig at blive optaget i den eksisterende ordning, er det ikke tilstrækkeligt at anføre, at en sådan opbygning ikke er økonomisk rentabel som følge af det beskedne oplag for det eller de dagblade, der skal distribueres.”¹¹⁵

Uttalelsen innebærer at tilgangssøkerens økonomiske situasjon er uten betydning for vurderingen av muligheten for parallelletablering.¹¹⁶ Domstolen krevde i stedet at det måtte

”(...) i det mindste godtgøres, at det ikke er økonomisk rentabelt at opbygge endnu en udbringningsordning med henblik på distribution af dagblade, hvis oplag svarer til oplaget for de dagblade, der bringes ud gennem den eksisterende ordning.”¹¹⁷

Dette betyr at lønnsomhetsvurderingen med hensyn til duplisering må ta utgangspunkt i de økonomiske forholdene til et foretak med en distribusjon eller produksjon av tilsvarende størrelse som eieren av innsatsfaktoren.¹¹⁸ Dersom det for en tilgangssøker med like stort produksjonsvolum som det dominerende foretaket vil være lønnsomt å duplisere, vil det dermed foreligge et potensielt alternativ til innsatsfaktoren, hvilket igjen muliggjør nyetablering oppstrøms. Det må altså godtgjøres at det for én eller flere nedstrøms aktører

¹¹⁵ Bronner, premiss 45.

¹¹⁶ Se også generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i Bronner, avsnitt 51.

¹¹⁷ Bronner, premiss 46.

¹¹⁸ Dette kan sammenlignes med det Kommisjonen omtaler som en ”as efficient competitor” vedrørende prisbasert ekskluderende atferd. Slik atferd vil utgjøre et misbruk dersom den ekskluderer en hypotetisk, like effektiv konkurrent, jfr. Discussion Paper, avsnitt 63.

som enten alene eller i fellesskap har tilsvarende produksjon som det dominerende foretaket, ikke vil være lønnsomt å etablere seg oppstrøms.

Domstolen må her sies å ha satt en svært høy terskel for når økonomiske forhold skal kunne begrunne en tvungen levering, ettersom produksjonsvolumet må svare til det dominerende foretakets produksjon. En tilgangssøker som kan duplisere må dermed forvente å måtte konkurrere med et foretak som normalt vil ha en markedsandel på over 40 %, ¹¹⁹ hvilket i seg selv vil vanskeliggjøre en lønnsom parallelletablering, særlig på kort sikt. Det dominerende foretaket vil for eksempel kunne ha stordriftsfordeler av å allerede være etablert på markedet, hvilket innebærer at en ny aktør vil ha større enhetskostnader helt til han selv oppnår en tilsvarende produksjon, noe som i en lengre periode kan gjøre det vanskelig å konkurrere på pris. ¹²⁰ Etableringen kan også vanskeliggjøres av at det dominerende foretaket har nettverksfordeler ¹²¹ eller at det må foretas store investeringer som ikke kan gjenvinnes. ¹²²

I sitt forslag til avgjørelse i *Bronner*, som Domstolen også viste til, ¹²³ uttalte imidlertid generaladvokat Jacobs at en aktør som ønsket å duplisere, nettopp måtte regne med å lide kortsiktige økonomiske tap, noe som igjen ville kreve et høyere investeringsnivå. Likevel understreket Jacobs de mer langsiktige fordelene av en parallelletablering, da dette ville gi en betydelig økning i opplaget og en større geografisk utbredelse av avisene, og således gjøre det mulig for tilgangssøkeren å konkurrere med Mediaprint på like vilkår i avis-

¹¹⁹ I *United Brands* kom Domstolen til at et foretak med markedsandel på 40-45 % var dominerende, mens den hittil laveste markedsandelen som har bidratt til dominerende stilling var 39,7 % i Sak T-219/99, *British Airways plc mot Kommisjonen (British Airways)*. Se også Discussion Paper, avsnitt 31.

¹²⁰ *United Brands*, premiss 122.

¹²¹ *Microsoft*, avsnitt 448 og 515-517.

¹²² "Sunk cost", se O'Donoghue & Padilla, side 121.

¹²³ I *Bronner*, premiss 46.

markedet.¹²⁴ Lønnsomheten forbundet med en duplisering må dermed fastslås på bakgrunn av en helhetlig vurdering av dens potensielle virkninger både på markedet oppstrøms og markedet nedstrøms. En duplisering vil derfor totalt sett kunne være lønnsom selv om investeringene i en ny innsatsfaktor hindrer en kortsiktig profitabel virksomhet oppstrøms, da dette kan veies opp av økt profitt nedstrøms. Den økonomiske byrden må altså overstige det man kan kalle normale etableringskostnader, og gjøre virksomheten ulønnsom også på lengre sikt. Lønnsomheten vil dermed avhenge av hvordan konkurransen faktisk utvikler seg etter nyetableringen, og om etterspørselen nedstrøms vil være tilstrekkelig for mer enn én tilbyder oppstrøms. En slik vurdering må dermed i stor grad baseres på skjønn.

En duplisering kan etter dette bare sies å være hindret av økonomiske forhold dersom en etablering totalt sett, det vil si tatt i betraktning virksomheten på begge de vertikalt integrerte markedene både på kort- og lengre sikt, ikke vil være lønnsom. Tvungen levering vil da kun være aktuelt dersom tilgangssøkerens parallelletablering hindrer profitabel virksomhet selv om han skulle få en like stor produksjon som det allerede etablerte, dominerende foretaket. Dette kravet innebærer ifølge generaladvokat Jacobs at omkostningene må være så store at de hindrer enhver fornuftig virksomhet fra å etablere seg på markedet oppstrøms.^{125 126}

En sak hvor denne strenge normen ble lagt til grunn, er Domstolens prejudisielle avgjørelse i *IMS Health*. Saken gjaldt det dominerende foretaket IMS Healths (IMS) lisensnektelse

¹²⁴ Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i Bronner, avsnitt 68.

¹²⁵ Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i Bronner, avsnitt 66. Her uttales det for øvrig at en duplisering vil kunne være økonomisk hindret i tilfeller hvor den eksisterende fasiliteten ble etablert uten konkurranse, for eksempel ved hjelp av en delvis offentlig finansiering.

¹²⁶ Formuleringen ble gjentatt av Kommisjonen i GVG/FS, avsnitt 109, hvor det ble uttalt at den aktuelle investeringen for tilgangssøkeren eller "en hvilken som helst anden jernbanevirksomhed" ikke ville være "fornuftig fra et kommersielt synspunkt." Se også Meddelelsen om netttadgang, avsnitt 88, som benytter uttrykket "kommercielt set realistisk alternativ".

overfor konkurrenten NDC, hvilket hindret sistnevntes utnyttelse av en opphavsrettslig beskyttet database bestående av opplysninger om det regionale salget av legemidler i Tyskland. Disse opplysningene var formatert på grunnlag av en såkalt blokkstruktur bestående av 1860 segmenter eller en avledet struktur bestående av 2847 segmenter, hvor hvert segment svarte til et bestemt geografisk område.¹²⁷

I tillegg til å selge blokkstrukturene til apoteker og leger, hadde IMS også gitt de bort gratis, noe som medvirket til at IMS' strukturer hadde blitt den alminnelig anvendte standarden, hvilket resulterte i at dets kunder hadde tilpasset deres IT- og distribusjons-systemer til denne standarden.¹²⁸ Dette betød at kundene ikke ville benytte seg av NDCs konkurrerende struktur.¹²⁹ NDC ønsket derfor å få lisens fra IMS for å bruke 1860-blokkstrukturen, noe IMS nektet.

Domstolens utgangspunkt var at en utøvelse av immaterielle rettigheter kun under særlige omstendigheter vil kunne utgjøre et misbruk av dominerende stilling.¹³⁰ Domstolen gjentok så de tre vilkårene fra *Magill*, og fastslo at disse vilkårene, sammen med nektelsesvilkåret og nødvendighetsvilkåret, var kumulative.¹³¹ Det interessante er her vurderingen av når levering vil være absolutt nødvendig for utøvelsen av NDCs virksomhet. Domstolen tok utgangspunkt i nødvendighetsvilkåret slik det ble utformet i *Bronner*,¹³² og uttalte at det i vurderingen av potensielle alternativer må tas hensyn til kundenes omfattende deltagelse i utviklingen av 1860-strukturen. Denne deltagelsen hadde resultert i at kundene i praksis ble teknisk avhengige av IMS' blokkstruktur, hvilket gjorde at kjøp av informasjon på grunnlag av en annen struktur ville kreve en betydelig teknisk og økonomisk innsats fra

¹²⁷ IMS Health, premiss 4.

¹²⁸ IMS Health, premiss 6.

¹²⁹ Se også Microsoft, avsnitt 697.

¹³⁰ IMS Health, premiss 35.

¹³¹ IMS Health, premiss 38.

¹³² IMS Health, premiss 28.

kundens side.¹³³ Leverandøren av en alternativ struktur ville i så fall blitt tvunget til å kompensere kundenes merkostnader ved å tilby vilkår som ifølge Domstolen ville utelukke en profitabel virksomhet, til tross for et produksjonsvolum som tilsvarte det dominerende foretakets produksjon.¹³⁴

Domstolen foretar her en samlet vurdering av de rettslige, tekniske og økonomiske forholdene som kan gjøre tilgang absolutt nødvendig. Ut fra sakens faktum var det imidlertid lite som tydet på at de rettslige og tekniske forholdene *alene* utgjorde noen absolutte barrierer for etablering av et konkurrerende struktursystem; NDC hadde allerede etablert et blokkssystem som nå var utkonkurrert, og det var lite som tydet på at selskapet faktisk ikke kunne utviklet en ny struktur med tilsvarende eller bedre egenskaper og funksjonalitet enn 1860-strukturen, uten at dette hadde krenket IMS' opphavsrettslige vern.¹³⁵ I stedet fungerte de tekniske og rettslige forholdene kun som forklaringer på at kundene faktisk foretrakk 1860-strukturen, noe som ville gjøre en parallelletablering med en annen struktur ulønnsom. At kundene foretrakk IMS' struktur kan heller ikke i seg selv være avgjørende i dupliseringsvurderingen, men må i stedet anses som et legitimt resultat av forbrukernes valgfrihet. Domstolen i IMS Health kan derfor sies å ha lagt avgjørende vekt på den manglende lønnsomheten av en eventuell duplisering.

I dette avsnittet har vi sett at vurderingen av eventuelle økonomiske hindringer må baseres på en skjønsmessig totalvurdering av dupliserings lønnsomhet. Hvilke forhold som *alene* eller sammen objektivt kan hindre profitabel etablering kan imidlertid variere fra sak til sak, ettersom ulike hensyn kan gjøre seg gjeldende for forskjellige typer innsatsfaktorer. Også fysiske, tekniske og rettslige forhold vil kunne ha relevans i denne vurderingen, dersom de hver for seg eller samlet ikke vil fungere som absolutte hindringer. I så fall vil lønnsomhetsvurderingen være avgjørende for om tilgangssøkeren kan sies å ha potensielle

¹³³ "Switching costs", se Microsoft, avsnitt 463, samt Discussion Paper, avsnitt 229.

¹³⁴ IMS Health, premiss 29.

¹³⁵ Altså en mulighet for å "invent around", se Discussion Paper, avsnitt 230 og avhandlingens avsnitt 3.4.2.

alternativer. På bakgrunn av den overnevnte praksis fremgår det likevel klart at terskelen for når økonomiske forhold skal kunne legitimere tvungen levering, må sies å ligge svært høyt. Kun dersom det sannsynliggjøres at det vil være økonomisk umulig for enhver markedsaktør, selv om de samarbeider, å etablere seg uten levering, vil tilgangssøkeren være uten potensielle alternativer. At Domstolen anvender en slik streng objektiv målestokk, illustrerer at artikkel 82s primære formål er å sikre og fremme konkurransen og ivareta hensynet til forbrukerne,¹³⁶ ikke beskytte enkeltkonkurrenters konkurranseevne ved å gi disse fribilletter til en annens opparbeidede ressurser.¹³⁷ Dersom den enkelte tilgangssøkers økonomiske forhold skulle vært avgjørende i vurderingen av potensielle alternativer, ville dette kunne begrenset aktørenes incentiver¹³⁸ til å investere i nye innsatsfaktorer, og dermed svekket den dynamiske effektiviteten i markedet,¹³⁹ til tross for økt kortsiktig eller statisk konkurranse som følge av tvungen levering.¹⁴⁰

3.4.4 Andre relevante forhold

Spørsmålet her er om det i vurderingen av tilgangssøkerens potensielle alternativer kan tas hensyn til andre forhold enn de Domstolen anerkjente i *Bronner*.

Førsteinstansrettens avgjørelse i *European Night Services* illustrerer at fysiske, rettslige og økonomiske hindringer ikke er de eneste relevante forholdene i denne vurderingen. Saken gjaldt et foretak som ble nektet levering av blant annet lokomotiver som fire jernbanselskap i samarbeid leide ut til et felleseiet joint venture, European Night Services (ENS).

¹³⁶ Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i *Bronner*, avsnitt 58.

¹³⁷ For å motvirke det såkalte gratispassasjerproblemet, se Whish, side 670.

¹³⁸ Det vil si faktorer som virker motiverende, se Norsk konkurranserett, side 80-81.

¹³⁹ Begrepet "dynamisk effektivitet" betegner effektivitetsgevinster som følge av utviklingen av ny kunnskap som frembringer sprang først og fremst i den tekniske utviklingen, noe som muliggjør en bedre utnyttelse av de ressursene man har til disposisjon, jfr. Norsk konkurranserett, side 50.

¹⁴⁰ Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i *Bronner*, avsnitt 57, samt Discussion Paper, avsnitt 213.

¹⁴¹ Ifølge Kommisjonen medførte dette en overtredelse av artikkel 81(1), men ENS ble gitt et individuelt fritak etter artikkel 81(3), betinget av levering. Førsteinstansretten annullerte imidlertid denne beslutningen fordi det ikke var godtgjort at joint venture-avtalen begrenset konkurransen i strid med artikkel 81(1). Dersom bestemmelsen faktisk hadde vært overtrådt, ville likevel et pålegg om levering også blitt annullert. Førsteinstansretten kom nemlig til at levering av lokomotivene ikke var absolutt nødvendig for konkurrentene, med den begrunnelse at det ikke var noe i veien for at andre aktører kunne kjøpe eller leie den aktuelle type lokomotiver på markedet. At ENS var de første til å kjøpe lokomotivtypen, og at alternativene derfor kun representerte en teoretisk, ikke en faktisk mulighet, var ikke ensbetydende med at de var de *eneste* som kunne kjøpe dem.¹⁴²

Førsteinstansretten kom altså til at det fantes potensielle alternativer til ENS' lokomotiver, til tross for at ingen andre på det aktuelle tidspunktet kunne tilby denne lokomotivtypen. Det interessante er at også tidsforbruket forbundet med alternativ levering kan ha relevans. Førsteinstansretten uttalte nemlig at det i vurderingen av potensielle alternativer også må tas hensyn til tiden det rimeligvis tar å reprodusere et innsatsmiddel.¹⁴³ Dette innebærer at også den rimelige dupliseringstiden er et relevant moment i vurderingen av en tilgangssøkers potensielle alternativer.

At det må tas hensyn til tidsforbruket forbundet med duplisering, vil i den konkrete sak innebære en vurdering av hvor lang tid det kan ta før det dominerende foretaket blir utfordret oppstrøms, forutsatt at dette ikke er hindret av andre forhold. At det er den

¹⁴¹ Saken gjaldt derfor formelt sett artikkel 81, men Førsteinstansretten anvendte de samme betingelsene som i Magill og Ladbroke. Den påklagede atferden i European Nights Services kan karakteriseres som en kollektiv forretningsnektelse med tilsvarende virkninger som en ensidig forretningsnektelse, og er derfor analog med situasjoner hvor et joint venture har en dominerende stilling, se O'Donoghue & Padilla, side 456-458. Både artikkel 81 og 82 kan dermed anvendes på det samme avtaleforholdet, jfr. Hoffmann-LaRoche, premiss 116.

¹⁴² European Night Services, premiss 215-216.

¹⁴³ European Night Services, premiss 209.

rimelige tidsbruken som er relevant, betyr at det også her må foretas en objektiv vurdering av alle markedsaktørene, uten at forsinkelser som skyldes forhold hos den enkelte aktør vil ha betydning. I praksis kan vektleggingen av dette momentet resultere i at eksempelvis fysisk infrastruktur som dekker store geografiske områder, typisk et landsdekkende telenett, lettere vil være gjenstand for tvungen tilgang enn lokale og regionale nettverk, hvor en duplisering gjerne vil kreve mindre ressurser både med hensyn til tidsforbruk og økonomiske kostnader.

På samme måte vil et stort teknologisk forsprang i favør av det dominerende foretaket tyde på at aktørene nedstrøms vil være uten dupliseringmuligheter helt til de selv oppnår et tilsvarende høyt teknologisk nivå. Dette viser at en innsatsfaktor som anses umulig å duplisere på ett tidspunkt, ikke nødvendigvis vil fremstå som like vanskelig å duplisere på et senere tidspunkt. Hvorvidt denne statusendringen vil skje, og hvor lang tid det eventuelt kan ta, vil avhenge av innovasjonsgraden i markedet. En høy grad av innovasjon hos aktørene nedstrøms tilsier at det dominerende foretakets innsatsfaktor ikke vil ha en varig status som umulig å duplisere, mens en lav grad av innovasjon på den annen side tilsier at det foreligger en permanent hindring. I innovative markeder vil en oppstrøms monopolist dermed fort kunne bli møtt med konkurranse fra andre og ofte bedre alternativer med tilstrekkelig substituerbarhet. Trådløse nettverk og satellitter har for eksempel blitt gode substitutter til det fysiske bakkenettet i telekommunikasjonsmarkedet.

Den tekniske utviklingen kan således bidra til at en tidligere urealistisk duplisering etter kort tid blir en objektivt realistisk mulighet for konkurrentene, noe som taler for at dupliseringmulighetene må revurderes jevnlig. At dupliseringstiden har relevans innebærer altså at innovasjonsgraden i markedet må vurderes når aktørens potensielle alternativer skal fastslås.

4 Konkurransereguleringens vilkår

4.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er når forretningsnektelsen kan ha en konkurransebegrensende virkning på nedstrømsmarkedet i strid med artikkel 82.

Spørsmålet om når konkurransen kan bli tilstrekkelig begrenset vil bli drøftet i avsnitt 4.2. Denne drøftelsen må sees i sammenheng med det foregående kapitlet, ettersom det der fremgår at en oppfyllelse av nødvendighetsvilkåret vil medføre at nektelsen hindrer tilgangssøkeren fra å konkurrere på nedstrømsmarkedet. I det følgende vil det derfor være hensiktsmessig å forutsette at nødvendighetsvilkåret er oppfylt.

4.2 Når kan nektelsen begrense konkurransen i strid med artikkel 82?

Spørsmålet i dette avsnittet er i hvor stor grad forretningsnektelsen må kunne ha en konkurransebegrensende virkning for at misbruk skal kunne statures.

I *Commercial Solvents* utgjorde nektelsen et misbruk fordi den medførte en fare for at enhver konkurranse fra tilgangssøkeren ville bli eliminert eller utelukket.¹⁴⁴ Her krevde med andre ord ikke Domstolen at konkurransen på markedet som sådan kunne bli utelukket, ettersom vurderingen kun gjaldt den konkrete tilgangssøkerens konkurransevne. Dette tilsier at det vil være tilstrekkelig for å kunne statuere misbruk at nektelsen kan føre til at tilgangssøkeren ikke lenger er i stand til å konkurrere med det dominerende foretaket på nedstrømsmarkedet. I så fall skal det ikke mye til før en nektelse skal kunne utgjøre et misbruk; enhver nektelse av å levere en nødvendig innsatsfaktor vil da tilsi tvungen levering, ettersom nektelsen vil umuliggjøre konkurranse mellom det dominerende foretaket og tilgangssøkeren. I utgangspunktet ser det derfor ut til at konkurranse-

¹⁴⁴ *Commercial Solvents*, premiss 25, sitert ovenfor i avsnitt 2.2. Gjentatt i *Télémarketing*, premiss 26.

begrensningsvilkåret i *Commercial Solvents* i realiteten vil være oppfylt dersom innsatsfaktoren er nødvendig.

Det er likevel grunn til å tro at Domstolens virkningsvurdering i *Commercial Solvents* ikke kan tolkes som en vurdering kun av konkurranseforholdet mellom det dominerende foretaket og tilgangssøkeren. Tilgangssøkeren, Zoja, var nemlig en av de største aktørene i det relevante markedet, og dermed en av de største konkurrentene til det dominerende foretakets nedstrøms virksomhet.¹⁴⁵ Å nekte Zoja levering ville dermed ekskludere en av Commercial Solvents' største trusler i markedet for produksjon av aminobutanol. Nektelsen kunne da ført til en sterkt svekket restkonkurranse i markedet som sådan, noe som kan være forklaringen på at Domstolen nøyde seg med å vurdere virkningene kun i relasjonen mellom det dominerende foretaket og tilgangssøkeren. Dersom en legger en slik tolkning av Commercial Solvents til grunn, vil konkurransebegrensningsvilkåret være oppfylt dersom konkurransen på markedet kan svekkes i betydelig grad.

At tilgangssøkerens konkurransevne ikke er avgjørende, ser ut til å bli bekreftet i *Magill*, hvor Domstolen statuerte misbruk fordi nektelsene utelukket enhver konkurranse på markedet.¹⁴⁶ Det faktum at lisenssøkeren ikke kunne etablere seg, var således ikke tilstrekkelig.

Dette følger tilsynelatende også av *Bronner*, hvor Domstolen gjentar Magills krav om at nektelsen må utelukke enhver konkurranse på nedstrømsmarkedet.¹⁴⁷ I den konkrete misbruksvurderingen tas det likevel utgangspunkt i at nektelsen må føre til at enhver konkurranse *fra tilgangssøkerens side* kan bli utelukket.¹⁴⁸ På samme måte som i

¹⁴⁵ Commercial Solvents, premiss 25.

¹⁴⁶ Magill, premiss 56.

¹⁴⁷ Bronner, premiss 40.

¹⁴⁸ Bronner, premiss 41.

Commercial Solvents ser det her ut til at Domstolen begrenser seg til å vurdere tilgangssøkerens evne til å konkurrere på markedet. Dette kan tyde på at Domstolen etter *Bronner* fortsatt anser det tilstrekkelig at konkurransen kan utelukkes kun i forholdet mellom det dominerende foretaket og tilgangssøkeren.

Hvilken betydning tilgangssøkerens konkurranseevne har for vurderingen av konkurransebegrensningsvilkåret, synes imidlertid å være klargjort av Domstolen i *IMS Health*. På bakgrunn av *Bronner* og *Magill* kreves det her at enhver konkurranse på nedstrømsmarkedet må utelukkes.¹⁴⁹ Domstolen tolker altså selv sine egne avgjørelser dit hen at det er konkurransen på markedet som må vurderes, uten at tilgangssøkerens konkurranseevne alene vil være avgjørende. Om konkurransen kan bli utelukket må derfor fastslås på bakgrunn av en analyse av nektelsens virkninger på nedstrømsmarkedet.¹⁵⁰

En slik tolkning av Domstolens praksis har støtte i *Microsoft*, hvor det ble konkludert med at leveringsnektelsen risikerte å utelukke konkurransen på markedet i strid med artikkel 82.¹⁵¹ Kommisjonen kom her til at nektelsen av å dele nødvendig informasjon faktisk førte til at Microsofts markedsandeler også i markedet nedstrøms steg betydelig på kort tid, og dermed ga selskapet en dominerende stilling også på dette markedet. Kommisjonen mente dessuten at Microsofts markedsposisjon bare ville bli ytterligere styrket, ettersom nektelsen også kunne føre til at fremtidige produkter på markedet ville bli bundet til selskapets egen teknologi.¹⁵² Utviklingen i markedet kunne således føre til at Microsoft oppnådde en

¹⁴⁹ *IMS Health*, premiss 38.

¹⁵⁰ Dette utelukker imidlertid ikke at tilgangssøkerens konkurranseevne i enkelte tilfeller vil være avgjørende. Dersom nedstrømsmarkedet kun består av én aktør ved siden av det dominerende foretaket, og potensielle konkurrenter er hindret fra å etablere seg, vil en nektelse overfor tilgangssøkeren utelukke all konkurranse og dermed monopolisere markedet. I så fall vil konkurransebegrensningsvilkåret være oppfylt, ikke på grunn av tilgangssøkerens konkurranseevne isolert sett, men på grunn av den manglende restkonkurransen i markedet.

¹⁵¹ *Microsoft*, avsnitt 781 og 784.

¹⁵² *Microsoft*, avsnitt 781.

monopolistisk stilling også nedstrøms.¹⁵³ Dette kunne igjen svekket graden av innovasjon i markedet og ført til at forbrukerne ville vært uten andre valgmuligheter enn Microsofts homogene løsninger. Nektelsen var derfor særlig i strid med artikkel 82 (2) litra b.¹⁵⁴

Beslutningen i *Microsoft* illustrerer at konkurransebegrensningsvurderingen må basere seg på nektelsens faktiske og potensielle virkninger på markedsstrukturen nedstrøms.¹⁵⁵

Dersom nektelsen kan føre til at det dominerende foretakets markedsandeler nedstrøms vil stige i så stor grad at det kan gi et tilnærmet monopol¹⁵⁶ på dette markedet, vil konkurransen være tilstrekkelig begrenset. Nektelsen i *Microsoft* kan derfor sies å ha en tilsvarende stor grad av faktiske, konkurransebegrensende virkninger som i *Commercial Solvents*, *Télémarketing*, *Magill* og *IMS Health*. I alle disse sakene kunne nektelsene føre til en monopolisering eller en tilnærmet monopolisering av markedene nedstrøms. Dette kan tyde på at det må oppstilles et krav om at nektelsen faktisk må føre til en monopolisering eller tilnærmet monopolisering i nedstrømsmarkedet.

Et slikt krav kunne imidlertid åpnet for en omgåelse av forbudet i artikkel 82. Det dominerende foretaket kunne da nektet de største og mest effektive konkurrentene levering og overtatt deres markedsandeler på nedstrømsmarkedet, mens leveringen ville blitt opprettholdt overfor andre, mindre effektive aktører med lave markedsandeler, som dermed

¹⁵³ Microsoft hadde en markedsandel på over 90% i det relevante oppstrømsmarkedet, jfr. *Microsoft*, avsnitt 431. En slik sterk dominerende stilling er i litteraturen omtalt av enkelte som en superdominerende stilling, hvilket hevdes å gi et særlig stort ansvar for ikke å begrense konkurransen, se Whish, side 188-190.

¹⁵⁴ *Microsoft*, avsnitt 782.

¹⁵⁵ *Microsoft*, avsnitt 704.

¹⁵⁶ Også omtalt som et "kvasi-monopol", se Hoffmann-LaRoche, premiss 39. Kommisjonen antyder i Discussion Paper, avsnitt 92, at et tilnærmet monopol generelt vil foreligge ved en markedsandel på over 75%, samtidig som det er minimal konkurranse fra faktiske konkurrenter, i tillegg til at etableringshindringene er så høye at nyetablering ikke kan forventes i overskuelig framtid.

kunne overlevd på markedet.¹⁵⁷ Som ved monopolisering, ville en nektelse også i en slik situasjon kunne ført til at det dominerende foretaket i betydelig grad kunne opptrådt uavhengig av nedstrømsmarkedet for øvrig, uten at konkurransemyndighetene kunne statuert misbruk og pålagt levering. Risikoen for en slik utnyttning tilsier derfor at det ikke kan oppstilles et krav om monopolisering eller tilnærmet monopolisering, hvilket er i overensstemmelse med begrensingskravet i artikkel 82 (2) litra b¹⁵⁸ og Domstolens generelle misbruksdefinisjon.¹⁵⁹

At det dominerende foretaket har eiendomsrett over en nødvendig innsatsfaktor, er i seg selv ytterligere et moment som taler mot et krav om faktisk monopolisering eller tilnærmet monopolisering. Dette gir nemlig eieren av innsatsfaktoren en mulighet for å monopolisere nedstrømsmarkedet på kort tid. Hvorvidt en nektelse i den konkrete sak faktisk fører til en tilnærmet monopolisering eller ikke, bør da ikke være avgjørende for om misbruk kan statueres. I så fall må konkurransemyndighetene i praksis vente til konkurransen er svekket i så stor grad at det dominerende foretaket oppnår en monopollignende stilling nedstrøms. Dette vil kunne føre til betydelige faktiske skadevirkninger på forbrukerne før misbruk kan statueres, ettersom et foretak kan opptre uavhengig også uten at det er i nærheten av å monopolisere markedet. Et minstekrav om tilnærmet monopolisering kan da gjøre artikkel 82s regulering av leveringsnektelser ineffektiv. Hensynet til en effektiv håndheving taler dermed for at konkurransemyndighetene må kunne gripe inn før det dominerende foretaket faktisk oppnår en tilnærmet monopolstilling i markedet nedstrøms.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Av enkelte kommentatorer omtalt som "bonsai-konkurrenter", det vil si en eller flere konkurrenter som bevisst holdes små av det dominerende foretaket, se O'Donoghue & Padilla, side 444.

¹⁵⁸ Se avsnitt 1.3.

¹⁵⁹ Hoffmann-LaRoche, premiss 91, sitert i avsnitt 1.3.

¹⁶⁰ Det samme hensynet tilsier at det heller ikke kan oppstilles et krav om faktiske skadevirkninger på konkurransen, men at det vil være tilstrekkelig med sannsynlige skadevirkninger. Dette er uttrykkelig fastslått i Bronner, premiss 40: "(...) it was *likely* to exclude all competition (...)." Jfr. også Discussion Paper, avsnitt 231 og O'Donoghue & Padilla, side 220. Eventuelle faktiske virkninger vil da kunne fungere som bevis for at nektelsen begrenser konkurransen i tilstrekkelig grad, slik tilfellet var i Microsoft, avsnitt 781. De faktiske

Faren for utnyttning og hensynet til effektiv håndheving tilsier dermed at et vilkår om tilnærmet monopolisering av markedet er en for høy terskel for å kunne statuere misbruk. En lavere inngrepsterskel kan derfor i større grad ivareta hensynet til forbrukerne, hvilket også er formålet med artikkel 82s regulering av ekskluderende atferd.¹⁶¹ Misbruk må derfor kunne statures dersom nektelsen i det minste kan utelukke effektiv konkurranse til skade for forbrukerne. Domstolens konkurransebegrensningskrav kan derfor tolkes som et krav om utelukkelse av effektiv konkurranse på nedstrømsmarkedet, og ikke som et krav om faktisk monopolisering eller tilnærmet monopolisering.

Om effektiv konkurranse kan utelukkes eller ikke, er et spørsmål om dominans, ettersom muligheten for å begrense den effektive konkurransen nettopp er det som kjenner seg ut som en dominerende stilling.¹⁶² Spørsmålet om når en nektelse vil ha tilstrekkelig konkurransebegrensende virkning er dermed i realiteten et spørsmål om det dominerende foretaket i det minste kan oppnå dominans også nedstrøms.¹⁶³ I denne vurderingen vil graden av konkurransepress fra faktiske og potensielle konkurrenter være avgjørende. Forutsatt at det dominerende foretaket ikke nekter levering overfor enhver tilgangssøker, vil et konkurransepress fra en eller to effektive nedstrømsaktører som regel være tilstrekkelig til at konkurransen kan anses effektiv, noe som vil hindre oppnåelsen av dominerende stilling på dette markedet.¹⁶⁴ En leveringsnektelse overfor én eller begge av disse konkurrentene kan da føre til statiske effektivitetstap¹⁶⁵ i form av høyere priser, dårligere utvalg og lavere produktkvalitet, samt dynamiske effektivitetstap i form av svekket innovasjon. Hensynet til

virkningene vil generelt bli tillagt mer vekt jo lengre tid som har gått etter atferden, jfr. Discussion Paper, avsnitt 55. Et fravær av faktiske negative virkninger selv lenge etter leveringsnektelsen vil følgelig tale mot et misbruk.

¹⁶¹ Discussion Paper, avsnitt 8 og 54.

¹⁶² United Brands, premiss 65.

¹⁶³ Jfr. også O'Donoghue & Padilla, side 444.

¹⁶⁴ O'Donoghue & Padilla, side 456.

¹⁶⁵ Begrepet "statisk effektivitet" betegner en markedsituasjon hvor aktørene til enhver tid utnytter de tilgjengelige ressursene optimalt, jfr. Norsk konkurranserett, side 50.

forbrukervelferden taler for at også disse nektelsene må kunne sanksjoneres etter artikkel 82, selv om Domstolen i praksis altså har statuert misbruk først ved en tilnærmet monopolisering av nedstrømsmarkedet.

Det kan etter dette konkluderes med at forretningsnektelsen må kunne føre til at det dominerende foretaket kan oppnå en dominerende stilling som hindrer effektiv konkurranse også på nedstrømsmarkedet.

5 Nektelsen må hindre fremveksten av et nytt produkt

5.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er når en forretningsnektelse kan hindre fremveksten av et nytt produkt. Dette vilkåret ble første gang oppstilt i *Magill*, hvor det ble krevd at nektelsene måtte forhindre

”(...) at der blev skabt et nyt produkt – et komplet ugentlig tv-program – som appellanterne ikke udbød til salg, og som der var en potentiell efterspørgsel på fra forbrugernes side.”¹⁶⁶

Det stilles altså et krav om at forretningsnektelsen må hindre fremveksten av et nytt produkt til skade for forbrukerne. Det nærmere innholdet av dette vilkåret drøftes i avsnitt 5.3. Før denne drøftelsen vil det likevel være hensiktsmessig å klargjøre vilkårets anvendelsesområde i avsnitt 5.2.

¹⁶⁶ Magill, premiss 54.

5.2 Vilkårets anvendelsesområde

Spørsmålet i dette avsnittet er når det gjelder et krav om at en nektelse må hindre fremveksten av et nytt produkt til skade for forbrukerne.

Vi har så langt sett at vilkårene for misbruk anvendes uavhengig av hvilken type formuesgode som er gjenstand for nektelse. Domstolens avgjørelser i *Magill* og *IMS Health*, samt Førsteinstansrettens avgjørelse i *Ladbroke*, viser imidlertid at i saker som gjelder levering av opphavsrettslig beskyttet informasjon, oppstilles det ytterligere et vilkår om at nektelsen må hindre fremveksten av et nytt produkt til skade for forbrukerne.¹⁶⁷ Dette vilkåret har verken Domstolen, Førsteinstansretten eller Kommisjonen oppstilt i saker som gjelder fysiske innsatsmidler eller fasiliteter.

Vilkåret om at en nektelse må hindre fremveksten av et nytt produkt får derfor kun anvendelse ved dominerende foretaks *lisensnektelser*.¹⁶⁸

5.3 Når kan nektelsen hindre fremveksten av et nytt produkt?

Problemstillingen i dette avsnittet er når en lisensnektelse kan hindre fremveksten av et nytt produkt til skade for forbrukerne.

I *Magill* ble lisenssøkeren nektet å utgi et ukentlig, generelt programblad som ikke eksisterte på det relevante markedet, hvilket ifølge Domstolen utelukket konkurransen i strid med artikkel 82. Det interessante i denne avgjørelsen er likevel ikke at nektelsen monopoliserte utnyttelsen av de nødvendige opplysningene, ettersom retten til eksklusivitet

¹⁶⁷ *Magill*, premiss 54, *IMS Health*, premiss 38 og *Ladbroke*, premiss 131.

¹⁶⁸ O'Donoghue & Padilla, side 449-450, argumenterer likevel for at kravet om hindring av nytt produkt også bør gjelde for fysiske innsatsmidler. Hvorvidt dette bør være tilfelle, vil imidlertid ikke bli drøftet her.

er et grunnleggende formål med opphavsrettslig vern.¹⁶⁹ En lisensnektelse kan av den grunn ikke i seg selv utgjøre et misbruk av dominerende stilling, men forutsetter det Domstolen omtaler som særlige omstendigheter.¹⁷⁰

Ved siden av de øvrige misbruksvilkårene, krevde derfor Domstolen i *Magill* også at lisensnektelsene måtte hindre fremveksten av et nytt produkt som rettighetshaverne ikke tilbydde på markedet, og at dette produktet måtte være gjenstand for en potensiell etterspørsel fra forbrukernes side.¹⁷¹

I den konkrete behandlingen av hvorvidt nektelsen overfor *Magill TV Guide* hindret fremveksten av et nytt produkt, la Domstolen Førsteinstansrettens vurdering til grunn. Ifølge Førsteinstansretten fantes det verken reelt eller potensielt et produkt som kunne substitueres med et ukentlig programblad med opplysninger om den kommende ukes programmer. De eksisterende programoversiktene i avisene var nemlig begrenset til oversikter for det neste døgnet, eller de neste to døgn i forbindelse med helger og helligdager. Disse tilbudene, sammen med enkelte avisers rubrikkomtale av ukens høydepunkter, kunne bare i begrenset grad substitueres med forhåndsopplysninger om alle programmene for hele uken. Det var bare en komplett, ukentlig oversikt som ifølge Førsteinstansretten gjorde det mulig å bestemme seg for hvilke programmer en ønsket å se, slik at en kunne planlegge fritidsaktivitetene for den kommende uken i overensstemmelse med programoversikten. TV-seere som ønsket å skaffe seg opplysninger om programtilbudet for den kommende uken, hadde derfor ingen annen mulighet enn å kjøpe programoversikter for hver enkelt kanal og sammenholde opplysningene fra disse. Førsteinstansretten fastslo

¹⁶⁹ Discussion Paper, avsnitt 238.

¹⁷⁰ *Magill*, premiss 49-50, og *IMS Health*, premiss 35. Se også generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i *Bronner*, avsnitt 62 og Discussion Paper, avsnitt 239.

¹⁷¹ *Magill*, premiss 54.

deretter at det var en særlig, konstant og regelmessig etterspørsel etter en slik generell programoversikt.¹⁷²

Vi ser her at vurderingen av hvorvidt et produkt er *nytt* eller ikke, foretas på bakgrunn av forbrukernes konkrete behov og hvilke valgmuligheter, eller substitutter, de har for å få dekket dette behovet. Etersom programbladet til Magill TV-Guide kun i begrenset grad var substituerbart med de etablerte programbladene, kan kravet om hindring av et nytt produkt tolkes som et krav om at det nye produktet bare i begrenset grad kan være substituerbart med eksisterende produkter. Domstolen gir likevel ingen nærmere veiledning for hva et slikt krav vil innebære.

Førsteinstansrettens egne avgjørelser i *Magill* gir imidlertid en viss veiledning. Her ble den begrensede substituerbarheten bekreftet av den suksessen de eksisterende, spesielle programbladene hadde i det relevante markedet, samt suksessen til generelle programblader i resten av Fellesskapet. Denne suksessen fungerte for Førsteinstansretten som et klart bevis for at det også fantes en særlig, vedvarende og regelmessig etterspørsel etter produktet til Magill TV Guide.¹⁷³ Dette viser at i tilfeller hvor det eksisterer lignende produkter i andre markeder innenfor Fellesskapet, vil en stor faktisk etterspørsel etter disse tale for at det er en potensiell etterspørsel i det relevante markedet, og dermed også et behov for tilgangssøkerens produkt. Avgjørelsene i *Magill* gir derimot liten veiledning for når kravet om nytt produkt vil være oppfylt i tilfeller hvor det *ikke* eksisterer andre markeder hvor tilsvarende produkter allerede er etablerte.

I *IMS Health* gis det imidlertid større veiledning. For det første fastslår Domstolen her at det i misbruksvurderingen må foretas en avveining mellom hensynet til beskyttelsen av opphavsretten og hensynet til rettighetshaverens avtalefrihet på den ene side, og hensynet

¹⁷² Magill, premiss 52-53.

¹⁷³ Sak T-69/89 RTE (RTE), premiss 62 og Sak T-76/89 ITP (ITP), premiss 48.

til fri konkurranse på den annen. Kun dersom en lisensnektelse hindrer utviklingen av det tilknyttede markedet til skade for forbrukerne, kan det legges avgjørende vekt på hensynet til konkurransen.¹⁷⁴ For det andre uttaler Domstolen at lisensnektelsen bare kan utgjøre et misbruk dersom lisenssøkeren ikke har til hensikt å begrense seg til i det vesentlige å reproducere produkter eller tjenester som allerede tilbys på det tilknyttede markedet av rettighetshaveren, men har til hensikt å tilby nye produkter eller tjenester som rettighetshaveren ikke tilbyr, og som er gjenstand for en potensiell etterspørsel fra forbrukernes side.¹⁷⁵ Disse uttalelsene kan tolkes som en bekreftelse på at lisenssøkeren må tilby et produkt som er så nyskapende at det bare i begrenset grad er substituerbart med de etablerte produktene.

Avgjørelsen i *IMS Health* tilsier derfor at kravet om hindring av nytt produkt innebærer at lisenssøkerens produkt ikke i det vesentlige kan tilgodese de samme behovene hos forbrukeren som det opphavsrettslig beskyttede produktet. Det nye produktet må dermed være gjenstand for en ny etterspørsel i markedet, og således kunne medføre en utvidelse av det eksisterende markedet. En slik markedsutvidelse vil kunne skje dersom det nye produktets egenskaper og funksjonalitet er av en slik karakter at det ikke er i direkte konkurranse med det dominerende foretakets produkt.¹⁷⁶ I så fall vil det nye produktet ikke kunne overta kundene og markedsandelene til det dominerende foretaket, men i stedet tilføre etterspørsel som ikke vil gå på bekostning av etterspørselen etter det etablerte produktet.

¹⁷⁴ *IMS Health*, premiss 48, som viser til generaladvokat Tizzanos forslag til avgjørelse i *IMS Health*, avsnitt 62.

¹⁷⁵ *IMS Health*, premiss 49.

¹⁷⁶ Se generaladvokat Gulmanns forslag til avgjørelse i *Magill*, avsnitt 96-97. Markedsutvidelse er omtalt som "added-value competition" i litteraturen, jfr. O'Donoghue & Padilla, side 447.

For at lisenssøkerens produkt skal kunne karakteriseres som *nytt*, må derfor dets etablering i det minste føre til en økning i den totale etterspørselen på det relevante markedet.¹⁷⁷ Dette utelukker at en ren duplisering vil kunne karakteriseres som et nytt produkt, i likhet med produkter med egenskaper eller funksjonalitet som bare i ubetydelig grad skiller seg fra eksisterende produkter. Klare og innovative forbedringer og endringer vil på den annen side tilsa at det avledede produktet faktisk vil føre til en utvidelse av markedet, og på den måten øke forbrukervelferden.

Det vil imidlertid være vanskelig å trekke en klar grense for når et produkt kan sies å være en tilstrekkelig nyvinning og når likheten med eksisterende produkter vil være for stor. Hvor grensen går, vil derfor avhenge av det konkrete markedet og den aktuelle lisenssøkerens produkt. Som Domstolens uttalelser i *IMS Health* viser, vil likevel avveiningen mellom hensynet til rettighetshaveren og hensynet til konkurransen og forbrukerne være avgjørende. Viktigheten av å opprettholde foretakenes incentiver til innovasjon tilsier at lisens pålegges kun dersom det vil medføre en klar fordel for forbrukerne, en fordel som må overstige de negative virkningene et inngrep i opphavsretten har på den dynamiske effektiviteten. Et inngrep begrunnet i kortsiktige effektivitetsgevinster vil kunne gi betydelige langsiktige skadevirkninger på forbrukerne dersom lisenssøkerens ”nye” produkt ikke fører til en større total etterspørsel, men kun fører til større konkurranse om de samme kundene. Dette vil kunne svekke den økonomiske verdien av det dominerende foretakets rettigheter, noe som tilsier at det bør påvises en stor potensiell etterspørsel etter lisenssøkerens produkt. Den potensielle markedsutvidelsen må derfor være betydelig før en lisensnektelse skal kunne utgjøre et misbruk.¹⁷⁸

Det kan dermed konkluderes med at kravet om hindring av et nytt produkt innebærer at lisensnektelsen må kunne føre til at forbrukerne går glipp av et produkt som er gjenstand

¹⁷⁷ For et illustrerende eksempel, se O’Donogue & Padilla, side 447-448.

¹⁷⁸ I økonomisk teori forklart av et diagram kalt ”Hotelling’s linear city”, se O’Donoghue & Padilla, side 448.

for en potensiell etterspørsel som i stor grad vil utvide markedet. Dette strenge kravet taler for at en lisensnektelse bare i unntakstilfeller vil kunne utgjøre et misbruk av dominerende stilling.

6 Nektelsen må ikke være objektivt begrunnet

6.1 Innledning

Det dominerende foretakets forretningsnektelse vil i utgangspunktet utgjøre et misbruk dersom alle vilkårene ovenfor er oppfylte. Domstolen har likevel åpnet for at en nektelse ikke vil utgjøre et misbruk dersom den kan begrunnes objektivt,¹⁷⁹ til tross for at artikkel 82, i motsetning til artikkel 81, ikke inneholder noen uttrykkelig bestemmelse om individuelt fritak.^{180 181} Spørsmålet i dette kapitlet er når et dominerende foretak kan begrunne en nektelse objektivt, og dermed unngå et pålegg om levering.

Muligheten for å objektivt begrunne forretningsnektelser fremgår av nevnte *Télémarketing*, hvor det ble uttalt at nektelsen måtte anses som et misbruk med mindre den var begrunnet i ”tekniske eller handelstekniske krav, som vedrører tv-mediet”.¹⁸² Videre fremgår det av

¹⁷⁹ Jfr. generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i GlaxoSmithKline, avsnitt 72: ”Det er (...) under alle omstendigheter klart, at Fællesskabets retspraksis giver virksomheder med dominerende stilling mulighed for at godtgøre, at deres adfærd er objektivt begrundet, selv om den umiddelbart forekommer at udgøre misbrug (...)”.

¹⁸⁰ Jfr. også Sak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebureau GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung Unlautern Wettbewerbs e.V. (Ahmed Saeed Flugreisen), premiss 32 og Forente saker T-191/98, T-212/98 til 214/98, Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommisjonen (TACA), premiss 1109.

¹⁸¹ Artikkel 81(3) åpner for at konkurransebegrensende samarbeid som strider mot artikkel 81(1) likevel kan være lovlig dersom samarbeidet har effektivitetsgevinster for forbrukerne.

¹⁸² *Télémarketing*, premiss 26.

samme sak at dersom slike krav skal kunne gjøre en konkurransebegrensende atferd lovlig, må nektelsen være ”objektivt nødvendig” for det dominerende foretaket.¹⁸³

At et fravær av objektiv begrunnelse må sees på som et nødvendig vilkår for misbruk, fremgår også uttrykkelig av de senere avgjørelsene i *Magill*,¹⁸⁴ *Bronner*¹⁸⁵ og *IMS Health*,¹⁸⁶ uten at Domstolen i noen av disse sakene gir noen nærmere veiledning for hva som er innholdet i dette vilkåret.¹⁸⁷ I *Microsoft* oppstiller imidlertid Kommisjonen også et krav om at den objektive begrunnelsen må være proporsjonal i forhold til de konkurransebegrensende virkningene av atferden.¹⁸⁸

I henhold til *Télémarketing* og *Microsoft* kan kravet om fravær av objektiv begrunnelse dermed sies å oppstille tre kumulative vilkår; nektelsen må kunne begrunnes i relevante hensyn, den må være objektivt nødvendig for å ivareta dette hensynet og den må være proporsjonal i forhold til de negative virkningene på konkurransen. Det vil derfor være naturlig å dele denne drøftelsen i tre; avsnitt 6.2 vil drøfte mulige objektive begrunnelser som typisk kan ha relevans for forretningsnektelser, avsnitt 6.3 vil drøfte kravet om at nektelsen må være objektivt nødvendig, og avsnitt 6.4 vil gi en drøftelse av kravet om at nektelsen må være proporsjonal.

6.2 Relevante objektive begrunnelser

Spørsmålet i dette avsnittet er hvilke omstendigheter som kan utgjøre relevante objektive begrunnelser for forretningsnektelser.

¹⁸³ *Télémarketing*, premiss 27.

¹⁸⁴ *Magill*, premiss 55.

¹⁸⁵ *Bronner*, premiss 40-41.

¹⁸⁶ *IMS Health*, premiss 38 og 51-52.

¹⁸⁷ For en nærmere redegjørelse av læren om objektiv begrunnelse, se Østerud.

¹⁸⁸ *Microsoft*, avsnitt 970.

I *Commercial Solvents* anførte det dominerende foretaket at det ikke hadde ubegrenset produksjonskapasitet med hensyn til det aktuelle innsatsmiddelet, noe som ifølge Domstolen ikke utgjorde noen objektiv begrunnelse. Commercial Solvents' produksjonskapasitet var nemlig i stand til å dekke tilgangssøkeren Zoja's behov, siden sistnevnte bare hadde en andel på 5-6 % av det relevante markedet, hvilket var svært lite sammenlignet med Commercial Solvents' produksjon.¹⁸⁹ Domstolen vurderte med andre ord det dominerende foretakets produksjonskapasitet i forhold til tilgangssøkerens konkrete behov. Dette tilsier at dersom Zoja faktisk hadde vært en større aktør på markedet for produksjon av aminobutanol, og således hadde hatt et større leveringsbehov, kunne Commercial Solvents fått medhold i anførselen om begrenset kapasitet. En levering som dekket Zoja's behov kunne i så fall begrenset Commercial Solvents egen produksjon, og dermed ført til redusert lønnsomhet for sistnevnte. Dette tilsier at manglende produksjonskapasitet, herunder manglende ressurser,¹⁹⁰ med hensyn til fysiske innsatsmidler¹⁹¹ kan være en mulig objektiv begrunnelse dersom levering vil ha en for inngripende virkning på lønnsomheten til det dominerende foretakets egen virksomhet nedstrøms.^{192 193}

Som nevnt innledningsvis, uttalte Domstolen i *Télémarketing* at nektelsen måtte anses som et misbruk med mindre den var begrunnet i tekniske eller handelstekniske krav som

¹⁸⁹ Commercial Solvents, premiss 27-28.

¹⁹⁰ Sak 77/77, Benzine en petroleum handelsmaatschappij m.fl. mot Kommissjonen (BP), premiss 33.

¹⁹¹ Immaterielle rettigheter kan i prinsippet lisensieres i et ubegrenset antall, se Microsoft, avsnitt 958.

¹⁹² Se også Rødby Havn, avsnitt 15, samt Stena Sealink, avsnitt 74, hvor havneeieren anførte at han ikke ville ha plikt til å gi adgang dersom dette ville føre til en forringelse av det generelle servicenivået i havnen. I Kommissjonens beslutning i IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG (Frankfurt Lufthavn) ble flyplasspersonell nektet å benytte seg av flyplassens eget bakkeutstyr, noe som ble begrunnet i manglende kapasitet og fare for redusert sikkerhet og kvalitet på de eksisterende tjenestene. Kommissjonen kom til at dette ikke utgjorde noen objektive begrunnelser, se avsnitt 74-76, samt Discussion Paper, avsnitt 234.

¹⁹³ Et kontroversielt spørsmål er om et dominerende foretak skal kunne pålegges å øke sin produksjonskapasitet for å sikre konkurranse nedstrøms, noe Kommissjonen foreslo i Frankfurt Lufthavn, avsnitt 86-87. Whish stiller seg imidlertid tvilende til at et dominerende foretak kan pålegges å utvide kapasiteten, se Whish, side 677.

vedrører TV-mediet.¹⁹⁴ Domstolen åpner dermed for at en leveringsnektelse ikke vil utgjøre et misbruk dersom tekniske eller forretningsmessige forhold ved innsatsfaktoren gjør det praktisk vanskelig eller umulig å gjennomføre en leveringsavtale, for eksempel fordi tilgangssøkeren mangler nødvendig produksjonsutstyr eller kunnskap om bruk og vedlikehold av innsatsmiddelet.

Et tredje relevant forhold kan være den potensielle medkontrahentens økonomiske situasjon. Dersom tilgangssøkeren har en svak økonomi, vil dette kunne innebære en risiko for at det dominerende foretaket ikke får motytelse som avtalt. Å påtvinge sistnevnte en tapsbringende avtale kan da synes urimelig, særlig fordi dominerende foretak ikke har noen plikt til å støtte konkurransen.¹⁹⁵ Kommisjonen har derfor uttalt at usikkerhet med hensyn til tilgangssøkerens kredittverdighet kan utgjøre en objektiv begrunnelse.^{196 197}

Et fjerde forhold kan være det såkalte effektivitetsforsvaret.¹⁹⁸ Effektivitetsforsvaret innebærer at det dominerende foretaket kan påberope at de dynamiske effektivitetsgevinstene av å nekte levering veier opp for de sannsynlige skadevirkningene på den statiske konkurransen, på samme måte som et konkurransebegrensende samarbeid kan være lovlig etter artikkel 81(3).¹⁹⁹

¹⁹⁴ Télémaking, premiss 26.

¹⁹⁵ IV/32.279 – BBI/Boosey & Hawkes (Boosey & Hawkes), avsnitt 19.

¹⁹⁶ IV/33.544 – British Midland mot Aer Lingus (British Midland), avsnitt 26, hvor det også fremgår at et ønske om å ikke hjelpe en konkurrent ikke vil kunne være en selvstendig objektiv begrunnelse. Se også Discussion Paper, avsnitt 224 og 234, samt Whish, side 677.

¹⁹⁷ O'Donoghue & Padilla åpner for at også mer generelle karakteristikk av tilgangssøkeren som "unsuitable, unreliable, or unsatisfactory as a trading party" vil kunne utgjøre objektive begrunnelser, se O'Donoghue & Padilla, side 450-451.

¹⁹⁸ Sak T-228/97, Irish Sugar plc mot Kommisjonen (Irish Sugar), premiss 189. Se også Discussion Paper, avsnitt 84 flg.

¹⁹⁹ Discussion Paper, avsnitt 79.

Effektivitetsforsvaret ble i *Microsoft* gitt en grundig behandling i vurderingen av Microsofts koblingssalg av operativsystemet Windows og selskapets egen Media Player.²⁰⁰ Microsoft anførte blant annet at koblingen medførte effektivitetsgevinster for forbrukerne i form av lavere transaksjonskostnader og bedre teknisk ytelse.²⁰¹ Kommisjonen konkluderte imidlertid med at slike eventuelle effektivitetsgevinster ikke ville oppveie de konkurransebegrensende virkningene av koblingssalget, og at de anførte gevinstene ville kunne oppnås også uten koblingen. Videre avviste Kommisjonen at gevinster som primært relaterte seg til Microsofts egen lønnsomhet, og som i tillegg var uproporsjonale i forhold til de konkurransebegrensende virkningene på markedet, kunne utgjøre noen objektiv begrunnelse.²⁰² Effektivitetsforsvaret var ifølge Kommisjonen altså verken objektivt nødvendig eller proporsjonalt.

I behandlingen av Microsofts lisensnektelse, anførte selskapet at opprettholdelsen av incentivene til innovasjon ville utgjøre en objektiv begrunnelse, ettersom selskapets produktutvikling angivelig ville bli svekket som følge av tvungen lisensiering. Kommisjonen kom derimot til at de mulige skadevirkningene av å pålegge levering på Microsofts incentiver til innovasjon ble oppveid av de positive virkningene på innovasjonen i markedet som sådan, inkludert Microsoft selv.²⁰³

Beslutningen i *Microsoft* illustrerer at vurderingen av om effektivitetsforsvaret skal fungere som en objektiv begrunnelse, må baseres på en avveining mellom de statiske og dynamiske effektivitetsgevinstene av å pålegge levering på den ene side, og de dynamiske

²⁰⁰ Microsoft, avsnitt 955 flg.

²⁰¹ Andre eksempler på effektivitetsgevinster er forbedringer av produksjon eller distribusjon og økt teknisk eller økonomisk utvikling, for eksempel ved forbedret produktkvalitet eller kostnadsbesparelser, se Discussion Paper, avsnitt 85.

²⁰² Microsoft, avsnitt 970.

²⁰³ Microsoft, avsnitt 783. Se også Kommisjonens beslutning i IV/31.043 - Tetra Pak I (Tetra Pak I), avsnitt 49, samt Discussion Paper, avsnitt 235.

effektivitetsgevinstene av å tillate en nektelse på den annen. Kun dersom de dynamiske fordelene med å tillate en nektelse er større enn de statiske og dynamiske fordelene med å pålegge levering, vil effektivitetsforsvaret kunne utgjøre en objektiv begrunnelse.²⁰⁴

Et femte forhold som kan utgjøre en objektiv begrunnelse, relaterer seg til det dominerende foretakets rett til selv å utnytte sine immaterielle rettigheter. I litteraturen er det hevdet at rettighetshaveren må gis et vern som ikke bare sikrer førstegangsutnyttelsen av sine rettigheter, men også senere utnyttelse i form av å utvikle nye og forbedrede produkter.²⁰⁵ Dersom det dominerende foretaket selv ønsker å produsere et nytt produkt som tilsvarer det lisenssøkeren ønsker å produsere, bør det dominerende foretaket derfor gis rett til dette på bekostning av lisenssøkeren. At sistnevntes produkt ikke kommer på markedet vil i så fall ikke medføre noe forbrukertap, ettersom det nye produktet likevel vil bli produsert av det dominerende foretaket. Kan det godtgjøres at det dominerende foretaket selv har konkrete planer om å produsere det samme produktet som lisenssøkeren, bør derfor førstnevnte kunne benytte dette som en objektiv begrunnelse for å nekte lisensiering.

Dette avsnittet har vist at det dominerende foretaket i prinsippet har en mulighet til å godtgjøre²⁰⁶ at en tilsynelatende ulovlig forretningsnektelse er begrunnet i ulike legitime, relevante hensyn, og dermed unngå overtredelse av artikkel 82. Det er imidlertid ikke mulig å gi en uttømmende opplisting av hvilke omstendigheter som kan utgjøre en objektiv begrunnelse, ettersom dette vil kunne variere ut fra type innsatsfaktor, forhold ved det enkelte dominerende foretak og forhold ved tilgangssøkeren og markedet for øvrig.

²⁰⁴ Se også Discussion Paper, avsnitt 84 flg.

²⁰⁵ O'Donoghue & Padilla, side 451-452 og Temple Lang (2003), side 273.

²⁰⁶ Det dominerende foretaket har bevisbyrden, jfr. Discussion Paper, avsnitt 77. At det dominerende foretaket skal ha bevisbyrden for effektivitetsforsvaret er imidlertid kritisert i teorien, se O'Donoghue & Padilla, side 233. Jones & Sufrin mener for øvrig at bevisbyrden vil kunne avhenge av om tilgangssøkeren har et tidligere kundeforhold til det dominerende foretaket, eller om han er en ny kunde, se Jones & Sufrin, side 466.

6.3 Nektelsen må være objektivt nødvendig

Som nevnt ovenfor, oppstilte Domstolen i *Télémarketing* et krav om at nektelsen må være objektivt nødvendig.²⁰⁷ Spørsmålet her er hva som nærmere ligger i dette kravet.

I *Magill* kom Domstolen til at nektelsene ikke var begrunnet i særlige forhold knyttet til radio- og TV-virksomheten eller utgivelsen av programblader.²⁰⁸ Dette viser at de dominerende TV-selskapene kunne ha unngått misbruk dersom nektelsene var objektivt begrunnet i relevante formål, uten at Domstolen gir noen nærmere veiledning for hva som ble anført. Anførlene følger imidlertid av Kommisjonens beslutning i *Magill*, hvor ITP, BBC og RTE begrunnet deres praksis i

”(...) kravet om at sikre en alsidig dækning af høj kvalitet af alle deres programmer, herunder programmer af interesse for et specifikt mindretal og/eller af regional interesse, samt programmer af kulturell, historisk og/eller informativ betydning.”²⁰⁹

Ifølge Kommisjonen var imidlertid TV-selskapenes praksis ikke ”nødvendig” for å realisere disse formålene, da de kunne oppnås med ”mindre restriktive midler”.²¹⁰ Dette tyder på at nektelsen ikke bare må være begrunnet i et relevant, legitimt formål, men også at den må være nødvendig i den forstand at leveringsnektelse er det minst restriktive middelet for å ivareta dette formålet.

At nektelsen må være objektivt nødvendig kan etter dette sies å innebære et krav om at formålet som søkes ivaretatt ved nektelsen ikke kan oppnås med andre midler som ikke

²⁰⁷ *Télémarketing*, premiss 27.

²⁰⁸ *Magill*, premiss 55.

²⁰⁹ IV/31.851 – *Magill TV Guide/ITP, BBC og RTE (Magill)*, avsnitt 23.

²¹⁰ *Magill*, avsnitt 23.

virker like restriktive, eller begrensende, på konkurransen nedstrøms.²¹¹ Dersom levering vil hindre at det legitime formålet kan ivaretas, vil derfor det dominerende foretaket kunne unngå misbruk. Hvis derimot formålet kan oppnås også uten en leveringsnektelse, vil nektelsen ikke være objektivt nødvendig.²¹²

6.4 Nektelsen må være proporsjonal

Ved siden av at nektelsen må være begrunnet i et relevant, legitimt forhold og at den må være objektivt nødvendig, ble det i *Microsoft* også oppstilt et krav om proporsjonalitet i forhold til de konkurransebegrensende virkningene på markedet.²¹³ Problemstillingen er her hva som er det nærmere innholdet i dette kravet.

At den objektive begrunnelsen må stå i et forholdsmessig forhold til atferdens konkurransebegrensende virkninger, fremgår også av Førsteinstansrettens avgjørelse i *Irish Sugar*, en sak som gjaldt spørsmålet om en rabattordning utgjorde et misbruk av dominerende stilling. Av betydning også for forretningsnektelser er Førsteinstansrettens uttalelser om at rabattene kunne fungere som et forsvar mot konkurranse fra de andre aktørene, forutsatt at de ”i det mindste kunne begrundes i hensynet til økonomisk effektivitet og samtidig være forenelig med forbrukernes interesser”.²¹⁴ Vi ser her at dersom effektivitetsforsvaret skal kunne fungere som en objektiv begrunnelse, må effektivitetsgevinstene av atferden komme forbrukerne til gode. Dette innebærer at selv om en nektelse vil kunne ha konkurransebegrensende virkninger, vil det dominerende foretaket likevel kunne unngå misbruk dersom nektelsen gir en forbrukergevinst.

²¹¹ Kravet til objektivitet betyr at nektelsen må være nødvendig for enhver aktør i markedet, jfr. Discussion Paper, avsnitt 80.

²¹² *Microsoft*, avsnitt 970.

²¹³ *Microsoft*, avsnitt 970.

²¹⁴ *Irish Sugar*, premiss 189.

Forbrukerhensynet vektlegges også i generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i *British Airways*.²¹⁵ I likhet med *Irish Sugar*, var spørsmålet også i denne saken om rabattordninger utgjorde et misbruk av dominerende stilling. Kokott uttalte at det avgjørende for muligheten til objektiv begrunnelse, var om effektivitetsgevinstene av rabattene klart kom forbrukerne til gode, før hun fastslo at det i siste instans er et spørsmål om å avveie fordelene og ulempene for konkurransen og forbrukerne mot hverandre. Videre ble det uttalt at dersom den konkurransebegrensende virkningen av rabattene ikke har noen ”åpenbar forbindelse” til fordeler for konkurransen og forbrukerne, eller den konkurransebegrensende virkningen går utover det som er nødvendig for å oppnå slike fordeler, må rabattene anses som misbruk.²¹⁶

Proporsjonalitetskravet innebærer etter dette at det må foretas en avveining mellom det formålet som søkes oppnådd og nektelsens virkninger på markedet. Om nektelsen kan gi en forbrukergevinst vil være et sentralt moment i en slik avveining, særlig i vurderingen av om effektivitetsforsvaret skal kunne utgjøre en objektiv begrunnelse. Dersom denne avveiningen viser at de negative virkningene på konkurransen står i et proporsjonalt forhold til formålet nektelsen skal ivareta, vil således det dominerende foretaket kunne unngå misbruk.²¹⁷ Dette proporsjonalitetskravet kan tyde på at det dominerende foretakets objektive begrunnelse må ivareta tungtveiende hensyn dersom en nektelse som kan føre til betydelig skade på konkurransen nedstrøms, skal kunne være lovlig.²¹⁸

²¹⁵ Sak C-95/04 P, *British Airways plc mot Kommisjonen* (British Airways).

²¹⁶ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i *British Airways*, avsnitt 59.

²¹⁷ I Meddelelsen om nettdagang, avsnitt 100, antyder Kommisjonen at den objektive begrunnelsen må stå i et ”rimeligt forhold til de virkninger, afbrytelsen har på konkurransen” (min utheving).

²¹⁸ Temple Lang, side 275.

7 Avsluttende kommentar

Avhandlingen har vist at et dominerende foretak som eier eller kontrollerer en nødvendig innsatsfaktor kan misbruke sin stilling dersom forretningsnektelsen kan hindre effektiv konkurranse i markedet nedstrøms. Det vil imidlertid bare i unntakstilfeller være aktuelt å statuere misbruk, ettersom anvendelsen av nødvendighetsvilkåret i *Bronner* tilsier at det sjelden vil være et fravær av faktiske og potensielle alternativer til det dominerende foretakets innsatsfaktor.

At nødvendighetsvilkåret sjelden vil være oppfylt, må sees på som et utslag av det grunnleggende hensynet til vern av den private eiendomsretten. Tvungen tilgang kan karakteriseres som et ekspropriasjonslignende tiltak, hvilket tilsier stor varsomhet med hensyn til inngrep som begrenser foretakenes frihet til å råde over egne formuesgoder. Kontraheringsplikt innebærer dessuten en risiko for konkurransebegrensende, samordnet opptreden mellom de konkurrerende partene, for eksempel ved at det dominerende foretaket og tilgangssøkeren i tillegg til den påtvungne leveringsavtalen også innleder et prissamarbeid eller inngår en avtale om markedsdeling.²¹⁹ Dette tilsier ytterligere varsomhet med å statuere misbruk og pålegge levering. Det kan derfor hevdes at dominerende foretak som en klar hovedregel har rett til å nekte konkurrentene levering uten å måtte risikere en overtredelse av artikkel 82.

Dersom en nektelse likevel skulle utgjøre et misbruk, må det understrekes at tvungen levering ikke i seg selv vil gi tilstrekkelig konkurranse nedstrøms. Utfordringen for konkurransemyndighetene vil da være å sikre at vilkårene for levering utformes og overholdes slik at de gir konkurrentene en reell mulighet til å konkurrere effektivt med det dominerende foretaket. Fellesskapspraksis gir imidlertid liten veiledning for hvordan leveringsvilkårene i slike tilfeller skal utformes, annet enn å gi generelle henvisninger til

²¹⁹ Det vil si horisontale samarbeidsavtaler, se Norsk konkurranserett, side 377 flg.

rimelige og ikke-diskriminerende vilkår.²²⁰ Den nærmere utformingen av vilkårene, som prisfastsettelse, leveringstidspunkt og hvor lenge en leveringsplikt skal bestå, er heller ikke tilfredsstillende behandlet i EF-rettslig teori. Rettstilstanden med hensyn til leveringsvilkår er derfor usikker, noe som kan skyldes at Kommisjonen er lite villig til å detaljregulere avtaler og pålegge positive plikter mellom næringsdrivende, til tross for at Rådsforordning 1/2003 artikkel 7(1) også gir adgang til dette.²²¹

²²⁰ Se for eksempel *Stena Sealink*, avsnitt 77.

²²¹ Jfr. *Commercial Solvents*, premiss 45 og *Jones & Sufrin*, side 467.

8 Kilder

Litteratur

- Areeda Philip E. Areeda: *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 Antitrust Law Journal 841-853, 1990.
- Arnesen Finn Arnesen: *Introduksjon til rettskildelæren i EF*, 3. utg., Universitetsforlaget, Oslo 1995.
- Bishop & Walker Simon Bishop and Mike Walker: *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London 2002.
- EØS-rett Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad: *EØS-rett*, 2. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2004.
- Jones & Sufrin Alison Jones and Brenda Sufrin: *EC Competition Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2004.
- Kolstad Olav Kolstad: *Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme "forbrukernes interesser"*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2005, nr 01-02.
- Korah Valentine Korah: *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience*, Antitrust Law Journal 69, 2001, s. 801.

- Lunde Tore Lunde: *Gjeld det i norsk konkurranserett ei plikt til å gi konkurrentar tilgang til essensielle fasilitetar?*, Lov & Rett 2002 nr 1, s. 20-30, Universitetsforlaget.
- Norsk konkurranserett Olav Kolstad, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng: *Norsk konkurranserett Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, Universitetsforlaget, Oslo 2007.
- O'Donoghue & Padilla Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla: *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- Pitofsky, Patterson, Hooks Robert Pitofsky, Donna Patterson, Jonathan Hooks: *The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law*, HeinOnline, Antitrust Law Journal 70, 2002-2003, s. 443.
- Ridyard Derek Ridyard: *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors Under the UK and EC Competition Law*, European Competition Law Review 1996, s. 438-452.
- Scholar & Prize James Kent Scholar and Walter Gellhorn Prize: *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, Columbia Journal of European Law 2004, Vol 10, s. 1-35.
- Steiner & Woods Jo Steiner, Lorna Woods and Twigg-Flesner: *Textbook on EC Law*, 8th ed., Oxford University Press, 2003.
- 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: *Anti-competitive Non-pricing Abuses under European and National Antitrust Law*, Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law & Policy 2004, s. 235 flg.
- Torvund Olav Torvund: *Opphavsrett – en introduksjon*, 2005, tilgjengelig på <http://www.torvund.net/artikler/art-opphav.html>.
- Turney James Turney: *Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Spring 2005, Vol 3, Issue 2.
- Wagle & Ødegaard Anders Mediaas Wagle og Magnus Ødegaard jr.: *Opphavsrett i en digital verden*, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1997.
- Whish Richard Whish: *Competition Law*, 5th ed., Oxford University Press, 2005.
- Østerud Eirik Østerud: *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EF-traktaten artikkel 82 og læren om objektiv begrunnelse*, spesialoppgave ved Universitetet i Oslo, 2005.

Traktater, forordninger og direktiver

EF-traktaten	Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 15. mars 1957.
Ankomst- og avgangsforordningen	Rådets Forordning (EØF) nr. 95/93 av 18. januar 1993 om ”fælles regler for tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i Fællesskabets lufthavne”, EFT L014 1993, s 1.
Billettreservasjonsforordningen	Kommisjonens Forordning (EF) nr. 3652/93 av 22. desember 1993 om ”anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler mellem virksomheder om edb-reservationssystemer for lufttransportydelser”, EFT L333 1993, s. 37.
Rådsforordning 1/2003	Rådets Forordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om ”gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.”
Edb-direktivet	Rådets Direktiv 91/250/EØF av 14. mai 1991 om ”retlig beskyttelse af edb-programmer”, EFT L122 1991, s. 42.
Ground handling-direktivet	Rådets Direktiv 96/67/EF av 15. oktober 1996 om ”adgang til ground handling-markedet i Fællesskabets lufthavne”, EFT L272 1996, s. 36.
Jernbanedirektivet	Rådets Direktiv 91/440/EØF av 29. juli 1991 om ”udvikling af Fællesskabets jernbaner”, EFT L237 1991, s. 25.

Naturgassdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 98/30/EF av 22. juni 1998 om ”fælles regler for det indre marked for naturgas”, EFT L204 1998, s. 1.
Postdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 97/67/EF av 15. desember 1997 om ”fælles regler for udvikling af Fællesskabets indre marked for posttjenester og forbedring af disse tjenesters kvalitet”, EFT L015 1998, s. 14.
Praksis	
EF-domstolen	
Ahmed Saeed Flugreisen	Sak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebureo 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.
BP	Sak 77/77, Benzine en petroleum handelsmaatschappij m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1978 s. 1513.
British Airways	Sak C-95/04 P, British Airways plc mot Kommisjonen. Dom av 15. mars 2007. Ennå ikke inntatt i Sml.
Bronner	Sak C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & co. KG, Sml. 1998 s. I-7791.

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.
GB-Inno-BM	Sak 18/88, Regie Des Telegraphes Et Des Telephones mot GB-Inno-BM SA., Sml. 1991 s. I-05941.
GlaxoSmithKline	Sak C-53/03, Syfait m.fl. mot GlaxoSmithKline AEVE. Ennå ikke inntatt i Sml.
Gøttrup-Klim	Sak C-250/92, Gøttrup-Klim E.A. Grovwareforeninger mot Dansk Landbrugs Grovareselskab AMBA, Sml. 1994 s. I-05641.
Hoffmann-LaRoche	Sak 85/76, Hoffmann-LaRoche mot Kommisjonen, Sml. 1979 s. 225.
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.
Magill	Forente saker C-241 og C-242/91 P, RTE og ITP mot Kommisjonen, Sml. 1995 s. I-743.

Michelin	Sak 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Kommissjonen, Sml. 1983 s. 03461.
Télémarketing	Sak 311/84, CBEM Télémarketing mot CLT, Sml. 1985 s. 3261.
Tetra-Pak II	Sak C-333/94, Tetra Pak International mot Kommissjonen, Sml. 1996 s. I-5951.
United Brands	Sak 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommissjonen, Sml. 1978 s. 207.
Førsteinstansretten	
Bayer mot Kommissjonen	Sak T-41/96, Bayer mot Kommissjonen, Sml. 2000 s. II-3383.
British Airways	Sak T-219/99, British Airways plc mot Kommissjonen. Ennå ikke inntatt i Sml.
Coe Clerici	Sak T-52/00, Coe Clerici Logistics SpA mot Kommissjonen, Sml. 2003 s. II-02123.
European Night Services	Forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services Ltd, Eurostar Ltd, Union internationale des chemins de fer français mot Kommissjonen, Sml. 1998 s. II-03141.
Irish Sugar	Sak T-228/97 Irish Sugar plc mot Kommissjonen, Sml. 1999 s. II-02969.

ITP	Sak T-76/89, Independent Television Publications Ltd mot Kommisjonen, Sml. 1991 s. II-00575.
Ladbroke	Sak T-504/93, Tiercé Ladbroke SA mot Kommisjonen, Sml. 1997 s. II-00923.
Paris' Lufthavner	Sak T-128/98, Aéroports de Paris mot Kommisjonen, Sml. 2000 s. II-3929.
RTE	Sak T-69/89 Radio Telefis Eireann mot Kommisjonen, Sml. 1991 s. II-00485.
TACA	Forente saker T-191/98, T-212/98 til 214/98, Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommisjonen. Dom av 30. september 2003. Ennå ikke inntatt i Sml.
Kommisjonen	
BBI/Boosey & Hawkes	87/500/EØF, IV/32.279 – BBI/Boosey & Hawkes, EFT L286, 1987, s. 36.
British Midland	92/213/EØF, IV/33.544 – British Midland mot Aer Lingus, EFT L096, 1992, s. 34.
Deutsche Post	2001/892/EF, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG, EFT L331, 2001, s. 40.
Frankfurt Lufthavn	98/190/EF, IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG, EFT L72, 1998, s. 30.

GVG/FS	2004/33/EF, EFT L11, 2004, s. 17.
Magill	89/205/EØF, IV/31.851 – Magill TV Guide/ITP, BBC og RTE, EFT L078, 1989, s. 43.
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.
Rødby Havn	94/119/EF, EFT L055, 1994, s. 52.
Stena Sealink	94/19/EF, IV/34.689 – Sea Containers mot Stena Sealink, EFT L015, 1994, s. 8.
Tetra Pak I	88/501/EØF, IV/31.043 – Tetra Pak I, EFT L272, 1988, s. 27.

Andre dokumenter

Discussion Paper	Kommisjonens “Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, 2005, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf .
Meddelelsen om markedsavgrensning	Kommisjonens meddelelse ”om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret”, EFT C372, 1997, s. 5.

Meddelelsen om nettadgang Kommisjonens meddelelse om ”anvendelsen av
konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren”,
EFT C265, 1998, s. 2.

