

# **DOMINERENDE FORETAKS MULIGHETER TIL Å KONKURRERE PÅ PRIS**

Kandidatnummer: 710

Leveringsfrist: 25. april 2009

Til sammen 16 783 ord

24.04.2009

# Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>Innledning.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstillinger.....	1
1.2	Videre disponering av oppgaven.....	2
1.3	Avgrensning av oppgaven.....	3
<u>2</u>	<u>Areeda/Turner-testen.....</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>AKZO-testen.....</u>	<u>5</u>
3.1	Om testen.....	5
3.2	Problemer med testen.....	8
<u>4</u>	<u>Videreutvikling av AKZO-testen i rettspraksis.....</u>	<u>10</u>
4.1	Priser under GVK.....	10
4.2	Priser mellom GVK og GTK.....	10
4.3	Priser over GTK.....	14
<u>5</u>	<u>Inntjening.....</u>	<u>18</u>
5.1	Innledende kommentar.....	18
5.2	Nærmere om Tetra Pak I-dommen.....	19
5.3	Problemer med et krav om inntjening.....	22

5.4 Oppsummering.....	24
<u>6 "Meeting competition defence" .....</u>	<u>25</u>
6.1 Generelt om prinsippet.....	25
6.2 Proporsjonalitetskravet.....	26
6.3 Relevant rettspraksis på området.....	28
6.3.1 Innledende kommentar.....	28
6.3.2 Compagnie Maritime Belge-dommen.....	28
6.3.3 Irish Sugar-dommen.....	37
6.3.4 France Télécom-dommen.....	41
6.4 Tolkning av "meeting competition defence-prinsippet i den juridiske teorien.....	44
6.5 Oppsummering.....	51
<u>7 Avslutning.....</u>	<u>52</u>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstillinger

Rovprising er en type misbruk av dominerende stilling i markedet som er regulert i Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger<sup>1</sup> § 11, Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde<sup>2</sup> artikkel 54 og Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab<sup>3</sup> artikkel 82. Det er viktig å huske på at det å inneha en dominerende stilling ikke er ulovlig i seg selv, tvert i mot er det både ønskelig og en naturlig del av konkurransen at foretak stadig streber etter å bli større. Det er først når et dominerende foretak misbruker sin dominerende stilling i markedet at det blir ulovlig. Det er ikke slik at dominerende foretak uten videre kan ta i bruk de samme virkemidlene i konkurransen som sine ikke-dominerende konkurrenter. Nettopp på grunn av markedsmakten har dominerende foretak et stort skadepotensiale overfor konkurransen og det er derfor nødvendig at de ilegges begrensninger i forhold til hvilke konkurransetiltak de kan iverksette.

Kommisjonen har definert rovprising på følgende måte:

”For the purposes of Article 82 predatory pricing can be defined as the practice where a dominant company lowers its price and thereby deliberately incurs losses or foregoes profits in the short run so as to enable it to eliminate or discipline one or more rivals or to prevent entry by one or more potential rivals thereby hindering the maintenance or the degree of competition still existing in the market or the growth of the competition.”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Heretter Konkurranseloven.

<sup>2</sup> Heretter EØS-avtalen.

<sup>3</sup> Heretter EF-traktaten.

<sup>4</sup> DG Competition discussion paper (2005), avsnitt 93.

Målet med denne fremstillingen er å gjøre rede for hvilke muligheter et dominerende foretak har til å kunne konkurrere med andre foretak på pris. Utgangspunktet for konkurranselovgivningen er nettopp å beskytte den frie konkurransen og da pris er et sentralt konkurranseparameter er det åpenbart at formålet med forbudet mot rovprising ikke har vært å frata dominerende foretak enhver mulighet til å konkurrere på pris. På den annen side er det utvilsomt til det beste for konkurransen at det foretas en regulering av rovprising da en fri adgang for dominerende foretak til å benytte rovprisingsstrategi vil kunne gjøre vesentlig skade på konkurransen og dermed også forbrukervelferden på lang sikt.

Et annet begrep for rovprising er restriktiv priskonkurranse, mens ytelsesbetinget priskonkurranse betegner den type priskonkurranse som er både lovlig og ønskelig. En viktig problemstilling er å finne hvor grensen går mellom restriktiv og ytelsesbetinget priskonkurranse. Lovteksten gir ingen veiledning for hvor denne grensen skal trekkes, holdepunkter må derfor først og fremst søkes i rettspraksis. Samtidig er det viktig å huske på at det å fastslå denne grensen ikke er en eksakt vitenskap. Hvorvidt et dominerende foretak har overskredet grensen for hva som er ytelsesbetinget priskonkurranse må avgjøres fra sak til sak etter en konkret helhetsvurdering. Som det fremgår av Kommisjonens definisjon av rovprising, sitert ovenfor, er forholdet mellom kostnad og pris meget sentralt i denne vurderingen.

## 1.2 Videre disponering av oppgaven

For å kunne fastslå hvor grensen går mellom ytelsesbetinget priskonkurranse og restriktiv priskonkurranse må man se på forholdet mellom kostnadene som er knyttet til å produsere produktet som selges og prisen produktet selges for. I punkt 2 av fremstillingen vil jeg kort redegjøre for Areeda/Turner-testen. Deretter vil jeg i punkt 3 redegjøre for AKZO-testen som fortsatt er vesentlig og er utgangspunktet for enhver rovprisingsvurdering innenfor EU-retten. Punkt 4 omhandler hvordan AKZO-testen har blitt videreført og utviklet i senere rettspraksis.

I utgangspunktet vil formålet med rovprising, fra et dominerende foretaks ståsted, være på lengre sikt å gå med overskudd i forhold til det det tapte på rovprisingen. Et sentralt tema er derfor spørsmålet angående betydningen av hvorvidt det dominerende foretaket har en realistisk mulighet til å tjene inn det tapte, såkalt recoupment, som jeg vil redegjøre for i punkt 5.

Punkt 6 omhandler prinsippet om ”meeting competition defence”. Her vil jeg forsøke å gjøre rede for hvilket handlingsrom dette prinsippet gir for et dominerende foretak til å møte konkurransen når dets kommersielle interesser blir truet av konkurrenter på markedet.

### 1.3 Avgrensning av oppgaven

For at en redegjørelse om rovprising skal være komplett bør den også inkludere en nærmere redegjørelse av hva det innebærer å ha en dominerende stilling på markedet, siden dette er en forutsetning for forbudet mot rovprising. Det ville imidlertid gjøre temaet for denne redegjørelsen alt for vidt og er dermed ikke inkludert i fremstillingen.

Videre har jeg med unntak av ”meeting competition defence” utelatt alle former for objektiv begrunnelse fra fremstillingen. Om objektiv begrunnelse generelt har jeg bare inkludert det som er relevant for konkret å belyse omfanget av ”meeting competition defence”.

## 2 Areeda/Turner-testen

EF-domstolens praksis for å anslå hvorvidt et dominerende foretaks prispolitikk er ytelsesbasert eller restriktiv priskonkurranse er i vesentlig grad basert på den såkalte Areeda/Turner-testen. Testen ble formulert av Phillip Areeda og Donald F. Turner i en artikkel i Harvard Law Review i 1975. Den følger ikke av verken lov eller praksis og har

således ingen direkte verdi som rettskilde i EU-retten. En rekke av prinsippene i Areeda/Turner-testen har imidlertid blitt inkorporert i AKZO-testen som på sin side er svært vesentlig i forhold til spørsmålet om rovprising i EU-retten. Den kan derfor sies å ha fungert som inspirasjon til den testen som brukes i EU-retten i dag.

Areeda/Turner-testen er en rent kostnadsbasert test, noe som vil si at den utelukkende er basert på en analyse av forholdet mellom kostnad og pris. Utgangspunktet for Areeda/Turner-testen innebar en beregning av det et foretaks marginalkostnad på den aktuelle varen. Marginalkostnaden er kostnaden et foretak påføres dersom det produserer én ekstra enhet av den aktuelle varen. Prinsippet for testen var opprinnelig at dersom varens pris lå under marginalkostnaden skulle det konkluderes med at foretakets prising av varen var restriktiv, mens det skulle konkluderes med at prisingen var ytelsesbasert dersom prisen lå over marginalkostnaden.

Problemet med å bruke marginalkostnaden i analysen er at denne er tilnærmet umulig å beregne på forhånd, noe som vil være viktig for å ha en effektiv regulering av rovprising. Areeda og Turners løsning på denne problematikken var å erstatte marginalkostnaden med gjennomsnittlige variable kostnader,<sup>5</sup> som er mindre problematisk å beregne i praksis. Beregningen av GVK skjer ved å regne ut gjennomsnittet av det aktuelle foretakets variable kostnader knyttet til produksjonen av hele mengden av den aktuelle varen. De variable kostnadene er kostnadene som varierer etter størrelsen på produksjonsvolumet, eksempler på dette kan være kostnader knyttet til drivstoff, råvarer og vedlikehold. Prinsippet for Areeda/Turner-testen blir dermed at dersom prisen på en vare er lavere enn GVK skal priskonkurransen defineres som restriktiv, mens den skal defineres som ytelsesbasert dersom prisen ligger over GVK.

---

<sup>5</sup> Heretter GVK.

### 3 AKZO-testen

#### 3.1 Om testen

AKZO-testen er en betegnelse på den testen som EF-domstolen la til grunn i Sak C-62/86 AKZO Chemie BV mot Kommisjonen,<sup>6</sup> som var den første saken hvor Kommisjonen hadde vurdert spørsmålet om rovprising.<sup>7</sup> Grunnlaget for AKZO-testen er en kostnadsbasert analyse lignende den som ble lagt til grunn i Areeda/Turner-testen. Forholdet mellom pris og kostnader ilegges betydelig vekt, men vil ikke nødvendigvis være den eneste relevante faktoren slik som i Areeda/Turner-testen. I tillegg til at en avgjørelse av hvorvidt det har forekommet rovprising eller ikke skal baseres på en vurdering av forholdet mellom prisen på en enhet av den aktuelle vare og GVK, er en annen likhet mellom AKZO-testen og Areeda/Turner-testen at dersom man i denne vurderingen finner at prisen ligger under GVK så skal den klassifiseres som rovprising. Selv om AKZO-dommen gjaldt priser som lå mellom GVK og gjennomsnittlige totale kostnader,<sup>8</sup> kom EF-domstolen med følgende uttalelse obiter dictum angående prising under GVK:

”Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive. A dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, since each sale generates a loss, namely the total amount of the fixed costs (that is to say, those which remain constant regardless of the quantities produced) and, at least, part of the variable costs relating to the unit produced.”<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Heretter AKZO-dommen.

<sup>7</sup> Jones (2008) s. 447.

<sup>8</sup> Heretter GTK.

<sup>9</sup> AKZO-dommen, premiss 71.



Til tross for at EF-domstolen her nevner eliminasjonshensikt som en del av rovprisingen må uttalelsen tolkes dithen at det ikke er nødvendig å påvise en slik hensikt dersom det dominerende foretakets priser ligger under GVK.<sup>10</sup>

Forskjellene mellom AKZO-testen og Areeda/Turner-testen gjør seg først og fremst gjeldende ved priser mellom GVK og GTK. GTK er de totale kostnadene knyttet til produksjonen av samtlige enheter av en vare delt på antallet enheter produsert. Som nevnt ovenfor ble all prising over GVK regnet som ytelsesbasert konkurranse etter Areeda/Turner-testen. I AKZO-dommen tok EF-domstolen et annet standpunkt enn Areeda og Turner. Kommisjonen hadde i sin avgjørelse hovedsaklig fokusert på AKZO Chemie BVs,<sup>11</sup> som var det dominerende foretaket, intensjoner bak prisingen, samt trusler de hadde kommet med overfor konkurrenten ECS, som var foretaket som hadde klaget AKZO inn for Kommisjonen. Kommisjonens avgjørelse var med andre ord ikke basert på en kostnadsbasert analyse slik som Areeda/Turner-testen.

EF-domstolen på sin side baserte seg i sin dom i saken på en helhetsvurdering hvor både forholdet mellom kostnader og pris samt indisiene som tydet på at det lå en predasjonshensikt bak AKZOs prispolitikk hadde avgjørende betydning. Den hadde følgende generelle uttalelse om prising mellom GVK og GTK:

”Moreover, prices below average total costs, that is to say, fixed costs plus variable costs, but above average variable costs, must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor. Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them.”<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Norsk Konkurranserett Bind I (2007) s. 494.

<sup>11</sup> Heretter AKZO.

<sup>12</sup> AKZO-dommen, premiss 72.

EF-domstolen sitt standpunkt i AKZO-dommen var at priser over GVK kan være rovprising dersom de er en del av en plan om å eliminere en konkurrent, med den begrunnelse at like effektive konkurrenter kan bli drevet fra markedet. Presumsjonen er likevel at priser over GVK ikke skal klassifiseres som rovprising. For at priser mellom GVK og GTK skal klassifiseres som rovprising må det altså foreligge beviser eller indisier som tydelig peker i retning av at det foreligger en plan om å eliminere en konkurrent. Indisiene i AKZO-dommen som pekte i retning av at AKZO hadde til hensikt å eliminere, eller i det minste skade konkurrenten ECS var først og fremst at AKZO, før de iverksatte de lave prisene, hadde truet ECS med en leveringsnektelse. I tillegg hadde de stilt krav om eksklusivitetsavtale til en av ECS sine kunder.

Det er også verdt å merke seg at EF-domstolen angående priser mellom GVK og GTK altså krever at misbruket manifesterer seg i noe mer enn kun lave priser. De må være en del av en plan, en plan som altså ikke utelukkende kan bestå av lave priser.

EF-domstolen sier i AKZO-dommen ikke noe direkte om hvordan priser over GTK skal bedømmes, noe som taler for at prising over GTK etter AKZO-testen skal klassifiseres som ytelsesbasert priskonkurrans. Uttalelsen sitert ovenfor om at prising mellom GVK og GTK fra et dominerende foretaks side kan drive et like effektivt, mindre foretak ut av markedet støtter også denne tolkningen da prising over GTK i utgangspunktet ikke vil utgjøre noen trussel for en like effektiv eller mer effektiv konkurrent.

Prinsippet for AKZO-testen kan altså oppsummeres med at prising under GVK alltid skal klassifiseres som restriktiv konkurrans eller rovprising, mens prising over GTK alltid skal klassifiseres som ytelsesbasert konkurrans. Når det gjelder prising mellom GVK og GTK skal presumsjonen være at det er ytelsesbasert konkurrans, men dersom det foreligger en hensikt fra det dominerende foretaket om å eliminere en konkurrent gjennom prispolitikken så skal det klassifiseres som restriktiv konkurrans.

### 3.2 Problemer med testen<sup>13</sup>

Et problem med AKZO-testen er at den, i likhet med i Areeda/Turner-testen, av praktiske hensyn erstattet marginalkostnader med GVK. GVK er en vesentlig komponent i AKZO-testen, men er ikke en identisk og altså ikke en fullgod erstatning for marginalkostnader. Bruken av GVK kan dermed være noe unøyaktig sammenlignet med marginalkostnader. I tillegg kan vurderingen av hvilke kostnader som skal klassifiseres som faste og hvilke som skal klassifiseres som variable by på problemer, da dette er noe som må vurderes fra sak til sak, noe som også ble påpekt i AKZO-dommen:

”It should be pointed out that an item of cost is not fixed or variable by nature. It must be determined, therefore, whether, in the present case, labour costs did vary according to the quantities produced.”<sup>14</sup>

Problemstillingen ble tydeliggjort ved at partene inntok forskjellige standpunkt angående klassifiseringen av kostnadene, og ikke minst ved at EF-domstolen kom til en annen konklusjon enn Kommisjonen angående klassifiseringen av kostnadene knyttet til arbeidskraft.<sup>15</sup>

Et annet problem, som AKZO-testen også deler med Areeda/Turner-testen, er at den kan være for bastant i forhold til priser under GVK. Dette vil kunne medføre risiko for såkalte ”Type II-feil”, det vil si at prising som egentlig er ytelsesbasert konkurranse feilaktig blir klassifisert som rovprising. Det motsatte av dette er ”Type I-feil”, som er når rovprising feilaktig blir klassifisert som ytelsesbasert konkurranse.<sup>16</sup> Det er riktignok uenighet i juridisk teori angående akkurat hvor bastant AKZO-dommen er angående priser under GVK. I Bellamy & Child hevdes det for eksempel at AKZO-dommen formulerte en streng ”per se”-regel som fastslår at priser under GVK automatisk skal klassifiseres som rovprising.<sup>17</sup> Richard Whish inntar et annet standpunkt der han fokuserer på at AKZO-

<sup>13</sup> Problemene er hentet fra Jones (2008) s. 450-452.

<sup>14</sup> AKZO-dommen, premiss 94.

<sup>15</sup> AKZO-dommen, premiss 95.

<sup>16</sup> Definisjonene av ”Type I-feil” og ”Type II-feil” er hentet fra Whish (2009) s. 190.

<sup>17</sup> Bellamy & Child European Community Law of Competition (2008) s. 957.

dommen ikke uttrykkelig sier at prising under GVK er rovprising skal være en absolutt regel.<sup>18</sup> Dersom AKZO-testen ikke var ment å lukke døren helt for at prising under GVK kan være ytelsesbasert konkurranse så gir den i alle fall ingen veiledning i forhold til hvilke momenter som kan tale for at prising under GVK skal være tillatt.

I forhold til prising mellom GVK og GTK kan det angående AKZO-testen reises en annen problemstilling. Priser mellom GVK og GTK havner i en slags gråsoner hvor hver enkelt sak skal bedømmes hver for seg. Dette kan føre til at regelverket oppfattes som uforutsigbart og vanskelig å forholde seg til for dominerende foretak, det kan med andre ord by på problemer å vite hvor grensen mellom restriktiv og ytelsesbasert konkurranse går. Dette kan i verste fall føre til at dominerende foretak ikke tør å konkurrere på pris i like stor grad som er ønskelig. På den annen side gir AKZO-testen av nettopp denne grunn en viss grad av fleksibilitet i bedømmelsen av rovprising, noe som reduserer faren for ”Type I-feil”.

Til slutt kan det også diskuteres om hensynet til forbrukervelferden blir tilstrekkelig ivare tatt ved at det er intensjonene bak et dominerende foretaks prispolitikk som ilegges vekt heller enn konsekvensene. Dersom et forsøk på å eliminere en konkurrent ved hjelp av rovprising mislykkes vil jo forbrukerne nyte godt av dette, både ved at de får lave priser gjennom rovprisingen samt at graden av konkurranse vil være uforandret når rovprisingen opphører. Problemet med dette standpunktet er at det vil være umulig å forutse hvorvidt et forsøk på å eliminere en konkurrent vil være vellykket eller ikke, og mye skade kunne skje dersom myndighetene alltid skulle vente til etter at man hadde sett konsekvensene.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Whish (2009) s. 732.

<sup>19</sup> Nærmere om denne problemstillingen under punkt 5 i fremstillingen.

## 4 Videreutvikling av AKZO-testen i rettspraksis

### 4.1 Priser under GVK

EF-domstolens klare utgangspunkt i AKZO-dommen, nemlig at prising under GVK skal klassifiseres som rovprising, uten at det er nødvendig å påvise at det dominerende foretak har hatt en eliminasjonshensikt har blitt fulgt også i senere rettspraksis.

I Sak C-333/94 P Tetra Pak International SA mot Kommisjonen<sup>20</sup> la EF-domstolen AKZO-testens konklusjon angående priser under GVK til grunn og fant at det i den saken ikke var nødvendig å påvise at det dominerende foretaket hadde hatt en eliminasjonshensikt.<sup>21</sup>

### 4.2 Priser mellom GVK og GTK

For priser mellom GVK og GTK har ikke senere rettspraksis medført noen endring i forhold til AKZO-testen, gjeldende rett er fortsatt at det ikke er tilstrekkelig å påvise prising mellom GVK og GTK for å fastslå rovprising. Prisingen må i tillegg være et ledd i en plan om å eliminere en konkurrent. Dette premisset er imidlertid vagt formulert i AKZO-dommen, noe som er nødvendig i og med at det er ment som en regel som skal vurderes konkret fra sak til sak basert på hver enkelt saks faktum. Senere rettspraksis på området kan likevel for det første kaste lys over hvor strengt beviskravet er i forhold til eliminasjonshensikten og for det andre hvordan kravet om at de lave prisene skal være en del av en plan skal tolkes. Hva er det som kreves av det dominerende foretaks opptreden i tillegg til priser mellom GVK og GTK for at det skal klassifiseres som rovprising?

Et problem etter AKZO-dommen er at dommen fungerte som en advarsel til andre dominerende foretak mot å etterlate seg håndfaste bevis i form av skriftlige dokumenter og lignende dersom de skulle ha til hensikt å eliminere en konkurrent. Konsekvensen av dette er at dersom man ønsker å ha en effektiv håndheving av forbudet mot rovprising så kan det

---

<sup>20</sup> Heretter Tetra Pak I-dommen.

<sup>21</sup> Tetra Pak I-dommen, premiss 42.

ikke oppstilles et absolutt krav om skriftlige bevis eller indisier slik man hadde i saken mot AKZO.

EF-domstolens praksis i etterkant av AKZO-dommen trekker i retning av at uttalelsen i premiss 71 skal tolkes på en slik måte at når det er snakk om prising mellom GVK og GTK så må en eventuell hensikt om å eliminere en konkurrent også ha vist seg konkret i andre former for misbruk enn kun gjennom lave priser. Tre relevante dommer i den sammenheng er Sak T-228/97 Irish Sugar plc mot Kommisjonen,<sup>22</sup> Sak C-53/92 P Hilti AG mot Kommisjonen<sup>23</sup> og Tetra Pak I-dommen som alle gjaldt prising mellom GVK og GTK.<sup>24</sup>

Irish Sugar-dommen omhandlet tilfeller av prising mellom GVK og GTK. Saken gjaldt imidlertid ikke bare lave priser, misbruket gikk først og fremst ut på at Irish Sugar bedrev prisdiskriminering ved å gi lavere priser i områder i nærheten av grensen mellom Irland og Nord-Irland hvor Irish Sugar opplevde sterkere konkurranse enn i Irland forøvrig.<sup>25</sup>

Angående Hilti-dommen bestod misbruket også i den saken av mer enn bare priser mellom GVK og GTK. Hilti hadde gjennom bruk av rabatter målrettet siktet seg inn mot sine konkurrenters viktigste kunder. I tillegg ga de dårligere betingelser til sine egne kunder dersom de også handlet hos konkurrenter. Hilti ble dessuten også funnet skyldig i å ha bedrevet ulovlig koblingssalg.

Det bør også nevnes at uenigheten mellom Hilti og Kommisjonen først og fremst gikk ut på hvorvidt Hilti hadde en dominerende stilling eller ikke. Hilti erkjente dermed at deler av deres opptreden ville kunne innebære et misbruk av den dominerende stilling dersom de hadde en slik stilling, noe de mente ikke var tilfelle. Dette tilsier at selve misbruksvurderingen i saken ikke var gjenstand for særlig tvil, uten at det av den grunn reduserer verdien av domstolskonklusjonen.

---

<sup>22</sup> Heretter Irish Sugar-dommen.

<sup>23</sup> Heretter Hilti-dommen.

<sup>24</sup> Norsk Konkurranserett Bind I (2007) s. 497.

<sup>25</sup> Irish Sugar hadde også andre typer av misbruk, nærmere om dette under punkt 6.3.3.

Heller ikke i Tetra Pak I-dommen var det prisingen alene som utgjorde misbruket. I tillegg til priser mellom GVK og GTK mente EF-domstolen at Tetra Pak, i likhet med Hilti, hadde bedrevet ulovlig koblingssalg.

Det at avgjørelsene i de tre nevnte dommene har blitt basert på andre typer av misbruk i tillegg til prising mellom GVK og GTK har av John Temple Lang og Robert O'Donoghue blitt tolket dithen at priser mellom GVK og GTK i seg selv ikke er nok til å fastslå at det har forekommet et misbruk av dominerende stilling, selv ikke når det er påvist at det ligger en predasjons hensikt bak prisingen.<sup>26</sup> Dette er en tolkning som samsvarer bra med en naturlig språklig forståelse av AKZO-dommens premiss 72, hvor EF-domstolen altså uttalte at priser mellom GVK og GTK måtte anses som misbruk dersom de var del av en plan om å eliminere en konkurrent. Videre vil en slik tolkning også harmonere med et ønske om å unngå Type II-feil. Dersom et foretak priser en vare mellom GVK og GTK vil foretaket riktignok tape penger på hver solgte enhet, men det er ikke slik at tapet vil øke jo mer som blir produsert, tvert i mot kan økt produksjon bidra til å dekke inn noe av tapet. Det følger av dette at prising mellom GVK og GTK kan ha andre motiver enn et ønske om å eliminere en konkurrent og vil dermed ikke nødvendigvis være et misbruk av den dominerende stilling.

En nærmere redegjørelse for hvilke faktorer som kan spille inn i vurderingen av hvorvidt prising mellom GVK og GTK skal regnes som rovprising har Kommisjonen kommet med:

”It will need to be shown on the basis of objective factors that the pricing of the dominant company has a predatory intent, that it objectively speaking is part of a strategy or plan to predate. This can be shown with the help of various elements, which individually or together may prove such a strategy. The following elements may in particular be important in this respect: direct evidence of intent, evidence that the pricing only makes commercial sense as part of a predatory strategy, the actual or likely exclusion of the prey, whether

---

<sup>26</sup> Lang/O'Donoghue: ”Defining legitimate competition: How to clarify pricing abuses under Article 82 EC” i 26 Fordham International Law Journal s. 83 (2002-2003). Henvist til i Norsk Konkurranserett Bind I (2007) s. 496-497.

certain customers are selectively targeted, whether the dominant company actually incurred specific costs in order for instance to expand capacity, the scale, duration and continuity of the low pricing, the concurrent application of other exclusionary practices, the possibility of the dominant company to off-set its losses with profits earned on other sales and its possibility to recoup the losses in the future through (a return to) high prices. Such a strategy or plan, by showing objective intent, is also an indication of likely effect.”<sup>27</sup>

Denne oppramsingen av momenter, som ikke er ment å være uttømmende, utgjør på ingen måte noe brudd med tidligere rettspraksis. Den kan fungere som en nyttig presisering da den har en mer generell synsvinkel sammenlignet med rettspraksisen som først og fremst fokuserer på saksforholdet i den konkrete sak.

Kommisjonens standpunkt er særlig interessant i forhold til saker hvor det foreligger direkte bevis på at et dominerende foretak har intensjoner om å eliminere en konkurrent:

”In case of such direct evidence it does not need to be shown that also other elements point towards predation.”<sup>28</sup>

Kommisjonens standpunkt i diskusjonsdokumentet er altså at det i saker hvor det har forekommet prising mellom GVK og GTK ikke vil være nødvendig å påvise at dette er en del av en plan, som også inkluderer andre typer av misbruk, dersom det foreligger direkte bevis for at det dominerende foretaket har en eliminasjonshensikt. Dette standpunktet synes å stride i mot ordlyden i AKZO-dommen og har heller ingen direkte støtte i senere praksis fra EF-domstolen. Riktignok stiller Kommisjonen et strengt krav til at bevis om predasjonshensikt må være spesifikke og utvetydige, og det kan således argumenteres for at Kommisjonens synspunkt ikke er et direkte brudd med EF-domstolens praksis siden beviskravet som den oppstiller ikke ville ha vært oppfylt i sakene som har vært oppe for EF-domstolen. På den annen side henviser Kommisjonen til AKZO-dommen for støtte til sitt synspunkt. I den juridiske teorien mener Kolstad at det ikke vil være tilstrekkelig at det

---

<sup>27</sup> DG Competition discussion paper (2005), avsnitt 112.

<sup>28</sup> DG Competition discussion paper (2005), avsnitt 114, første punktum.



kan påvises en eliminasjonshensikt,<sup>29</sup> og stiller seg dermed bak synspunktet til Lang/O'Donoghue om at det i tillegg må ha forekommet andre typer av misbruk.

Sett i lys av dette er det tvilsomt om Kommisjonens konklusjon angående spørsmålet om hvorvidt prisingen må være del av en plan har dekning i EF-domstolens rettspraksis eller i Kommisjonens tidligere praksis. Gjeldende rett på dette punktet vil altså være at det ikke er tilstrekkelig at det er påvist eliminasjonshensikt for at prising mellom GVK og GTK skal kunne klassifiseres som rovprising, det dominerende foretakets hensikt må i tillegg ha vist seg gjennom andre typer av misbruk.

#### 4.3 Priser over GTK

EF-domstolen tok i AKZO-dommen ikke direkte standpunkt til hvorvidt prising over GTK kan klassifiseres som rovprising og dermed innebære et misbruk av en dominerende stilling i markedet. En naturlig tolkning vil likevel være at prising over GTK ikke vil innebære rovprising. Ettersom spørsmålet om prising under GVK ble behandlet obiter dictum kan det neppe argumenteres med at spørsmålet om prising over GTK ikke ble berørt fordi det ikke ville ha betydning for utfallet av saken. I tillegg ble det i forhold til spørsmålet om prising mellom GVK og GTK lagt vesentlig vekt på at slike priser kunne drive vekk like effektive eller mer effektive konkurrenter.<sup>30</sup> En naturlig forlengelse av dette resonnementet vil være at prising over GTK må godtas ettersom det i utgangspunktet ikke kan eliminere en konkurrent som er minst like effektiv. Ettersom et viktig prinsipp angående forbudet mot misbruk av en dominerende stilling i markedet er at det ikke er konkurrentene av et dominerende foretak som skal beskyttes, men konkurransen som sådan er dette en naturlig tolkning da et forbud mot prising over GTK hovedsaklig vil kunne bidra til å beskytte mindre effektive konkurrenter.

Selv om prising over GTK som hovedregel skal klassifiseres som ytelsesbasert priskonkurranse, er dette ingen såkalt ”per se”-regel, altså en regel uten unntak. EF-

---

<sup>29</sup> Norsk Konkurranserett Bind I (2007) s. 499.

<sup>30</sup> AKZO-dommen, premiss 72 annet punktum.

domstolen har nemlig ved et tilfelle i Sak C-395/96 P og C-396/96 P Compagnie Maritime Belge Transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) og Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) mot Kommisjonen<sup>31</sup> klassifisert prising over GTK som rovprising.

I Compagnie Maritime Belge-dommen ble den dominerende stillingen innehatt av en linjekonferanse, Cewal, det var dermed snakk om kollektiv dominans. Cewals konkurransebegrensende adferd bestod av en selektiv prisnedsettelse rettet mot sin eneste konkurrent Grimaldi and Cobelfret, samt svartelisting av kunder som benyttet seg av Grimaldi and Cobelfret. EF-domstolen la også vesentlig vekt på at Cewal erkjente at de nevnte tiltakene ble iverksatt med en plan om å eliminere Grimaldi and Cobelfret.

Utgangspunktet om at prising over GTK skal være tillatt gjelder altså ikke uten unntak. Problemstillingen blir dermed hvor vidt unntaket skal strekkes. Det går klart frem av Compagnie Maritime Belge-dommen at EF-domstolen ikke søkte å ta generelt stilling til hvor vidt dette unntaket skulle strekkes, men begrenset seg til en bedømmelse av det konkrete faktum i saken:

”It is not necessary, in the present case, to rule generally on the circumstances in which a liner conference may legitimately, on a case by case basis, adopt lower prices than those of its advertised tariff in order to compete with a competitor who quotes lower prices, or to decide on the exact scope of the expression uniform or common freight rates in Article 1(3) (b) of Regulation No 4056/86”<sup>32</sup>

Richard Whish trekker frem fire forhold ved Compagnie Maritime Belge-dommens faktum som tilsier at den kun kan tolkes som et snevert unntak: For det første er sjøtransport et gjennomsiktig marked som gjør det enkelt å sikte inn angrep på konkurrenter. For det andre var Cewals markedsandel meget høy, over 90 %. For det tredje hadde Cewal kun én

---

<sup>31</sup> Heretter Compagnie Maritime Belge-dommen.

<sup>32</sup> Compagnie Maritime Belge-dommen, premiss 118.

konkurrent og for det fjerde hadde Cewal som nevnt innrømmet sine intensjoner om å eliminere Grimaldi og Cobelfret fra markedet.<sup>33</sup>

Olav Kolstad tolker Compagnie Maritime Belge-dommen slik at to betingelser må være oppfylt for at det skal kunne komme på tale at prising over GTK klassifiseres som rovprising:

”For det første må prisatferden være en del av en klar strategi om å eliminere den aktuelle konkurrent. For det andre må prisen være det vesentligste eller eneste konkurranseparameter som konkurrenten har til disposisjon i konkurransen med det dominerende foretaket.”<sup>34</sup>

Både Whish og Kolstad argumenterer altså for at Compagnie Maritime Belge-dommen kun representerer et meget snevert unntak fra hovedregelen, noe som harmonerer godt med dommens ordlyd. Det er imidlertid vanskelig å trekke alt for bastante konklusjoner angående hvor snevert unntaket er basert kun på Compagnie Maritime Belge-dommen hvor EF-domstolen som nevnt uttrykkelig presiserte at den ikke forsøkte avklare gjeldende rett annet enn i sakens konkrete faktum.

Kommisjonen kommer med et generelt eksempel hvor situasjonen kan være slik at prising over GTK kan bli klassifisert som rovprising:

”Another example of such an exceptional situation where price cuts above average total costs could be deemed predatory is where a single dominant company operates in a market where it has certain non-replicable advantages or where economies of scale are very important and entrants necessarily will have to operate for an initial period at a significant cost disadvantage because entry can practically only take place below the minimum efficient scale. In such a situation the dominant company could

---

<sup>33</sup> Whish (2009) s. 741.

<sup>34</sup> Norsk Konkurranserett Bind I (2007) s. 501.

prevent entry or eliminate entrants by pricing temporarily below the average total cost of the entrant while staying above its own average total cost. For such price cut to be assessed as predatory it has to be shown that the incumbent dominant company has a clear strategy to exclude, that the entrant will only be less efficient because of these non-replicable or scale advantages and that entry is being prevented because of the disincentive to enter resulting from specific price cuts.”<sup>35</sup>

Kommisjonen legger altså også til grunn at prising over GTK kun ved særlige omstendigheter kan klassifiseres som rovprising. Det dominerende foretaks eliminasjonshensikt må være åpenbar, i tillegg til at markedet må være av en slik natur at nye konkurrenter ikke har anledning til å oppnå like høy effektivitet som det dominerende foretak fra starten av.

Kommisjonens standpunkt har blitt kritisert for å være vanskelig å gjennomføre i praksis.<sup>36</sup> Kritikken har for det første gått på at det vil være veldig vanskelig for dominerende foretak å vite når konkurrenten har overvunnet etableringsbarrierene slik at de konkurrerer på like vilkår. For det andre vil en slik forståelse av regelen, dersom det dominerende foretaket ikke skal pålegges unødige hindringer i konkurransen, forutsette at det dominerende foretaket har kjennskap til konkurrentenes kostnadsnivåer, for å vite hvor grensen går mellom ytelsesbasert og restriktiv priskonkurranse. Kommisjonens standpunkt vil med andre ord kunne åpne for en alt for uklar forståelse av denne grensen noe som kan bidra til å avskrekke dominerende foretak fra å konkurrere på pris. Dette vil i så fall være til skade for forbrukervelferden.

Konklusjonen er altså at den klare hovedregelen er at prising over GTK ikke skal klassifiseres som rovprising, men EF-domstolen har i *Compagnie Maritime Belge*-dommen vist at denne regelen ikke er uten unntak. Det må vurderes konkret fra sak til sak når

---

<sup>35</sup> DG Competition discussion paper (2005), avsnitt 129.

<sup>36</sup> R. O'Donoghue og A. J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82* (2006). Sitert i Jones (2008) s. 472-473.

prising over GTK kan klassifiseres som rovprising, men det går klart frem at unntaket i Compagnie Maritime Belge-dommen er ment å være av svært snevert omfang.

## 5 Inntjening

### 5.1 Innledende kommentar

På kort sikt vil en rovprisingsstrategi normalt være ulønnsom eller i det minste mindre lønnsom enn hva ytelsesbasert priskonkurranse i tilsvarende tidsperiode vil være. En viktig problemstilling angående rovprising er av den grunn i hvilken grad det skal legges vekt på hvilken mulighet det dominerende foretak har til å tjene inn det tapte etter en eventuell rovprisingsstrategi, altså såkalt recoupment. Denne problemstillingen ble aldri direkte vurdert av EF-domstolen i AKZO-dommen, men formuleringen i premiss 71<sup>37</sup> baserer seg på en forutsetning om at motivasjonen bak prising under GVK nødvendigvis må være å kunne tjene inn det tapte og deretter mer til etter at konkurrenten enten er svekket eller eliminert. Ordlyden i AKZO-dommen, som også har blitt fulgt i senere rettspraksis, tilsier som nevnt en sterk presumsjon for at prising under GVK skal klassifiseres som rovprising. I utgangspunktet vil det dermed ikke være nødvendig å i tillegg påvise at det dominerende foretak har mulighet til å gjenvinne det tapte ved tilfeller av prising under GVK.

Når det gjelder betydningen av inntjening i forhold til tilfeller av prising mellom GVK og GTK så er rettstilstanden noe mer uklar. En viktig dom i denne sammenhengen er Tetra Pak I-dommen. Tetra Pak hevdet i denne saken at AKZO-dommen måtte tolkes slik at en nødvendig forutsetning for å kunne dømme et dominerende foretak for rovprising var at foretaket måtte ha en mulighet til å tjene inn det de hadde tapt under perioden med rovprising. EF-domstolen avviste dette synspunktet:

---

<sup>37</sup> Sitert ovenfor under pkt. 3.1.

”Furthermore, it would not be appropriate, in the circumstances of the present case, to require in addition proof that Tetra Pak had a realistic chance of recouping its losses. It must be possible to penalize predatory pricing whenever there is a risk that competitors will be eliminated. The Court of First Instance found, at paragraphs 151 and 191 of its judgment, that there was such a risk in this case. The aim pursued, which is to maintain undistorted competition, rules out waiting until such a strategy leads to the actual elimination of competitors”<sup>38</sup>

Det kommer klart frem av dommens ordlyd at den ikke nødvendigvis er ment å stenge døren helt for at spørsmålet om inntjening kan ha relevans i fremtidige rovprisingssaker. EF-domstolens standpunkt om at det ikke måtte påvises at Tetra Pak hadde en realistisk mulighet for å tjene inn det tapte gjaldt kun etter de særlige omstendighetene i den aktuelle saken. Likevel har avgjørelsen i Tetra Pak I-dommen vist at EF-domstolen ikke stiller som et absolutt krav at et dominerende foretak må ha en realistisk mulighet til å tjene inn det tapte etter en angivelig rovprisingstrategi for at det skal kunne dømmes for rovprising.

I hvor stor grad det skal legges vekt på muligheten for inntjening er ikke endelig avklart i EF-domstolens praksis. Grunnen til dette er at, som ved en vurdering av rovprising for øvrig, så må også muligheten for inntjening og hvilken vekt det skal legges på dette avgjøres etter en konkret vurdering fra sak til sak. Nettopp av denne grunn er det vanskelig å komme med bastante konklusjoner angående dette spørsmålet.

## 5.2 Nærmere om Tetra Pak I-dommen

For å finne ut hva som gjorde at spørsmålet om inntjening viste seg å ikke ha avgjørende vekt i Tetra Pak I-dommen uten at EF-domstolen av den grunn avviste at inntjening kunne ha avgjørende betydning i øvrige saker om rovprising må man se på hva som særpreger saksforholdet i Tetra Pak I-dommen.

---

<sup>38</sup> Tetra Pak I-dommen, premiss 44.

For det første hadde Tetra Pak en meget høy markedsandel. En markedsandel på over 50 % vil normalt være tilstrekkelig til å fastslå at et foretak innehar en dominerende stilling.<sup>39</sup> Tetra Pak hadde på sin side en markedsandel på mellom 90 og 95 % og hadde dermed tilnærmet monopol på markedet. Alle foretak som innehar en dominerende stilling i markedet har et spesielt ansvar for å ikke opptre på en måte som kan virke ødeleggende på konkurransen i markedet. Dette betyr imidlertid ikke at alle dominerende foretak har et like stort ansvar, noe EF-domstolen ga uttrykk for i Tetra Pak I-dommen:

”It must first be stressed that there can be no question of challenging the Court of First Instance’s assessment, at paragraph 113 of its judgment, that Article 86 gives no explicit guidance as to the requirements relating to where on the product market the abuse took place. That Court was therefore correct in stating, at paragraph 115, that the actual scope of the special responsibility imposed on a dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show a weakened competitive situation”<sup>40</sup>

Selv om det ikke sies uttrykkelig er det naturlig å tolke uttalelsen dithen at jo større et foretaks dominans i markedet er, desto større vil da også det spesielle ansvaret overfor konkurransen i utgangspunktet være. Tetra Pak på sin side hadde en super-dominerende stilling med sin markedsandel på over 90 %, noe som tilsier at de hadde et spesielt utvidet ansvar overfor konkurransen. Begrepet ”super-dominans” har riktignok aldri blitt tatt direkte i bruk av EF-domstolen eller Kommisjonen, men brukes i juridisk teori.<sup>41</sup> Også i Compagnie Maritime Belge-dommen gjorde EF-domstolen et poeng av Compagnie Maritime Belges markedsandel på over 90 %. En markedsandel på over 90 % trekker altså klart i retning av et spesielt stort ansvar overfor konkurransen og kan således ha bidratt til at Tetra Pak ble dømt for rovprising uten at det var nødvendig å bevise at de hadde mulighet til å tjene inn det tapte.

---

<sup>39</sup> Se for eksempel AKZO-dommen, premiss 60.

<sup>40</sup> Tetra Pak I-dommen, premiss 24.

<sup>41</sup> Se for eksempel Jones (2008) s. 313 og Whish (2009) s. 184.

For det andre lå Tetra Paks priser til tider under GVK, i tillegg til at det forelå klare bevis for at det lå en predasjonsstrategi bak prisingen. Dette er to momenter som alltid vil tale veldig sterkt for at et foretak skal dømmes for rovprising og kan av den grunn ha bidratt til at EF-domstolen mente at Tetra Pak kunne dømmes selv om det ikke var bevist at de kunne tjene inn det tapte.

Det tredje som var spesielt i saksforholdet til Tetra Pak I-dommen var at rovprisingen fant sted på et annet marked enn det hvor Tetra Pak hadde en dominerende stilling. For at det skal kunne være snakk om et misbruk av dominerende stilling må det være en forbindelse mellom den dominerende stillingen og misbruket, herunder naturligvis rovprising. Normalt vil det bety at et foretaks misbrukende handling må skje på det samme markedet som foretaket har en dominerende stilling, dette forutsatte da også EF-domstolen i Tetra Pak I-dommen, og sa at unntak vil bare kunne rettferdiggjøres i saker med spesielle omstendigheter.<sup>42</sup> I denne saken hadde Tetra Pak en dominerende stilling på markedet for aseptiske kartonger, mens rovprisingen fant sted på markedet for ikke-aseptiske kartonger. De spesielle omstendighetene i saken var at det var en nær forbindelse mellom de to markedene, noe som hadde som konsekvens at det samme foretaket, PKL, var Tetra Paks viktigste konkurrent på begge markedene. I tillegg ble det lagt vekt på at det lå i de aktuelle markedenes natur at kunder på det ene marked ville være potensielle kunder i det andre.<sup>43</sup>

Det at Tetra Pak hadde en dominerende stilling i et annet marked enn i det hvor de bedrev rovprising kan ha hatt relevans i forhold til spørsmålet om inntjening på grunn av at de derfor hadde muligheten til å kryss-subsidiere og på den måten lettere kunne tåle tapene som rovprisingen medførte.<sup>44</sup> Dette kunne gi Tetra Pak mulighet til en langsiktig tenkning i forhold til lønnsomheten av strategien som det i praksis ville være veldig vanskelig for Kommisjonen og domstolene å påvise.

---

<sup>42</sup> Tetra Pak I-dommen, premiss 27.

<sup>43</sup> Tetra Pak I-dommen, premiss 29.

<sup>44</sup> Poenget med Tetra Paks muligheter for kryss-subsidiering er hentet fra Jones (2008) s. 461.



EF-domstolen presiserte aldri konkret hva det var i saksforholdet i Tetra Pak I-dommen som gjorde at det ikke var nødvendig å bevise at Tetra Pak hadde muligheter til å tjene inn det de hadde tapt på de lave prisene for at de kunne bli dømt for rovprising. Følgende formulering i premiss 44, første punktum gir i så måte lite konkret veiledning:

”Furthermore, it would not be appropriate, in the circumstances of the present case, to require in addition proof that Tetra Pak had a realistic chance of recouping its losses”

Det er imidlertid naturlig å trekke frem de tre momentene nevnt ovenfor som særpreger saken. Tetra Paks svært høye markedsandel kombinert med veldig lav prising og beviser om eliminasjonshensikt talte sterkt for å dømme for rovprising og gjorde kanskje at EF-domstolen mente at nødvendigheten av å påvise en realistisk mulighet for inntjening ikke var til stede. Videre var det som nevnt også relevant at Tetra Paks rovprising fant sted på et annet marked enn det de hadde en dominerende stilling på, noe som kan ha bidratt til at EF-domstolen vektla spørsmålet om inntjening annerledes enn hva den ellers ville gjort.

### 5.3 Problemer med et krav om inntjening

Det som kanskje vil være det største problemet med å stille som krav at et foretak må ha en realistisk mulighet til å tjene inn det tapte etter en priskonkurranselovgivning for at det skal kunne dømmes for rovprising er at det i praksis vil være vanskelig å påvise dette. Denne problemstillingen har i aller høyeste grad gjort seg gjeldende i USA hvor det siden 1993 i saker om rovprising har vært et krav om at det blir påvist at det saksøkte foretak har en realistisk mulighet til å tjene inn det tapte. I den samme perioden har ingen foretak blitt dømt for rovprising.<sup>45</sup> Forholdene i USA skiller seg riktignok litt fra de i Europa når det gjelder konkurranselovgivningen, så situasjonen i USA vil ikke nødvendigvis utgjøre noen fasit for hvordan det vil bli i Europa om man adopterer kravet om inntjening. Likevel belyser det problematikken rundt hvordan man kan få et krav om inntjening til å fungere i praksis. Denne problematikken er sannsynligvis en viktig årsak til at EF-domstolen ikke har ønsket å legge avgjørende vekt på muligheten for inntjening i sine avgjørelser om rovprising.

<sup>45</sup> Bellamy & Child European Community Law of Competition (2008) s. 960.

John Temple Lang og Robert O'Donoghue lister i sin artikkel opp tre poenger som taler mot å innlemme et krav om mulighet for inntjening i vurderingen av saker om rovprising.<sup>46</sup> For det første trekker de frem at det er veldig vanskelig å forutse hva som vil skje etter en eventuelt vellykket rovprisingsstrategi. I hvilken grad et dominerende foretak vil være i stand til å tjene inn det tapte vil være avhengig av hva eventuelle gjenværende konkurrenter og potensielt nye konkurrenter foretar seg. Videre vil det naturlig nok også avhenge av hvordan kundene reagerer på en prisøkning. Disse to problemene viser hvorfor det vil være veldig vanskelig å bevise at et dominerende foretak kan tjene inn det tapte etter en priskrig noe man som nevnt kan se av amerikansk rettspraksis.

Det andre poenget Lang og O'Donoghue trekker fram er at man ved en vurdering av inntjening vanskelig kan ta høyde for signaleffekten en rovprisingsstrategi vil sende til både nåværende og potensielle konkurrenter. Et predasjonsrykte hos et dominerende foretak vil kunne ha to konsekvenser. For det første vil det kunne føre til at nåværende konkurrenter av det dominerende foretak presses ut av markedet, og for det andre vil det kunne avskrekke potensielle konkurrenter fra å forsøke å etablere seg på markedet. Dette vil gjøre seg gjeldende både på det aktuelle markedet hvor prisingen finner sted og på eventuelle andre markeder det dominerende foretaket opererer på enten på tidspunktet for rovprisingen eller senere. Effekten av at et foretak oppnår et slikt predasjonsrykte blant nåværende og potensielle konkurrenter vil kunne være både uforutsigbar og langvarig og vil således være langt på vei umulig å ta med i en vurdering angående inntjening.

Det tredje poenget mot et krav om inntjening er at et dominerende foretak gjennom sin opptreden og eventuelle predasjonsrykte kan ha en negativ effekt på konkurransen selv om ingen konkurrenter blir drevet ut av markedet. Dersom konkurrenter av det dominerende foretaket i stedet for å ta opp konkurransen bestemmer seg for å heve prisen sin til tilnærmet samme nivå som det dominerende foretak, grunnet frykt for hvilke tiltak det dominerende foretak kan tenkes å iverksette for å svare på konkurransen. Særlig i

---

<sup>46</sup> Lang/O'Donoghue: "Defining legitimate competition: How to clarify pricing abuses under Article 82 EC" i 26 Fordham International Law Journal s. 83 (2002-2003). Sitert i Jones (2008) s. 462.

konsentrerte markeder vil et slikt predasjonsrykte kunne være rot til oligopol-lignende tilstander i forholdet mellom det dominerende foretaket og deres konkurrenter. I slike markeder mener Lang og O'Donoghue at det ville være ekstremt vanskelig å bevise at det dominerende foretaket har gjenvunnet det tapte, selv om dette skulle være tilfelle.

#### 5.4 Oppsummering

Basert på EF-domstolens rettspraksis kan man ikke gi noe sikkert svar på hvilken vekt man skal legge på inntjening når det skal avgjøres hvorvidt et dominerende foretak har bedrevet rovprising. Det som imidlertid er helt sikkert som en følge av Tetra Pak I-dommen er at, i motsetning til i USA, stilles det ikke i EU-retten et absolutt krav om at det dominerende foretaket har en realistisk mulighet til å tjene inn det tapte etter en rovprisingsstrategi. På den annen side taler formuleringen i premiss 44 i Tetra Pak I-dommen,<sup>47</sup> hvor EF-domstolen presiserte at holdningen angående spørsmålet om inntjening gjaldt på bakgrunn av sakens konkrete faktum, for at det skal tale vesentlig mot å dømme for rovprising dersom det dominerende foretaket kan påvise at det ikke har noen realistisk mulighet til å gjenvinne det tapte.

Et absolutt krav om inntjening ville eventuelt kunne innlemmes i forbudet mot rovprising på to forskjellige måter. Den ene måten ville være at det positivt må bevises at det dominerende foretaket har en realistisk mulighet til å tjene inn det tapte. Dette er et krav som neppe vil være forenlig med et ønske om å ha et reelt forbud mot rovprising som skal fungere i praksis, jfr. tilstanden i amerikansk rett. Den andre måten ville være et krav om at dersom det dominerende foretaket kan bevise at det ikke har en realistisk mulighet til å tjene inn det tapte så vil det ikke kunne dømmes for rovprising. Problemstillingen angående at det vil være vanskelig å bevise at et dominerende foretak har en realistisk mulighet til å gjenvinne det tapte ville ikke gjøre seg gjeldende all den tid bevisbyrden i så fall vil ligge på det dominerende foretaket. Dermed forsvinner kanskje den viktigste innsigelsen mot et krav om inntjening. Når EF-domstolen likevel hittil har avstått fra å innlemme et absolutt krav om inntjening i forbudet mot rovprising har dette mest sannsynlig å gjøre med at man

---

<sup>47</sup> Sitert ovenfor under punkt 5.1.

ønsker et forbud mot rovprising som er fleksibelt nok til å kunne benyttes mot enhver form for restriktiv priskonkurranse.

## **6 ”Meeting competition defence”**

### **6.1 Generelt om prinsippet**

Selv om dominerende foretak er underlagt særlige begrensninger i konkurransen sammenlignet med foretak som ikke har en dominerende posisjon i markedet så er utgangspunktet at også dominerende foretak har en rett til å forsvare sine kommersielle interesser ved å svare på konkurransen, det såkalte ”meeting competition defence”-prinsippet. Det rettslige grunnlaget for dette prinsippet finner man i EF-domstolens rettspraksis. Prinsippet ble første gang formulert i Sak 27/76 United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommisjonen<sup>48</sup>:

”ALTHOUGH IT IS TRUE, AS THE APPLICANT POINTS OUT, THAT THE FACT THAT AN UNDERTAKING IS IN A DOMINANT POSITION CANNOT DISENTITLE IT FROM PROTECTING ITS OWN COMMERCIAL INTERESTS IF THEY ARE ATTACKED, AND THAT SUCH AN UNDERTAKING MUST BE CONCEDED THE RIGHT TO TAKE SUCH REASONABLE STEPS AS IT DEEMS APPROPRIATE TO PROTECT ITS SAID INTERESTS, SUCH BEHAVIOUR CANNOT BE COUNTENANCED IF ITS ACTUAL PURPOSE IS TO STRENGTHEN THIS DOMINANT POSITION AND ABUSE IT”<sup>49</sup>

Det går altså klart frem av United Brands-dommen at dominerende foretak i utgangspunktet har en rett til å forsvare sine kommersielle interesser. Problemstillingen blir imidlertid for det første å fastslå hvor vidt denne retten favner både når det gjelder hvor

---

<sup>48</sup> Heretter United Brands-dommen.

<sup>49</sup> United Brands-dommen, premiss 189.

langt det dominerende foretaket kan gå i å forsvare sine interesser uten å handle i strid med forbudet mot rovprising. For det andre hva som kreves for at interessene kan sies å ha blitt angrepet av konkurrenter av det dominerende foretaket.

Det er ikke avklart i EF-domstolens rettspraksis om ”meeting competition defence”- prinsippet betyr at man i enkelte tilfeller aksepterer en opptreden i markedet som er misbruk av dominerende stilling, eller om prinsippet skal tas med i en helhetsvurdering slik at en anvendelse av ”meeting competition defence” betyr at det aldri har forekommet noe misbruk. Prinsippet vil uansett kun ha avgjørende betydning dersom øvrige vilkår for å dømme for rovprising er oppfylt. Dette betyr at ”meeting competition defence” nødvendigvis bare vil utgjøre et snevert unntak fra forbudet mot rovprising. Kolstad reiser problemstillingen om objektiv begrunnelse i det hele tatt kan anvendes på prising mellom GVK og GTK, da dette vil forutsette at prisadferden er en del av en plan om å eliminere en konkurrent:

”Å tvinge en konkurrent ut av markedet vil aldri være et legitimt hensyn etter § 11 eller art. 54.”<sup>50</sup>

Prinsippet om ”meeting competition defence” må i tillegg oppfylle et proporsjonalitetskrav for å kunne komme til anvendelse.

## 6.2 Proporsjonalitetskravet

Prinsippet om ”meeting competition defence” faller inn under læren om objektiv begrunnelse, noe som innebærer at et dominerende foretaks rett til å forsvare sine kommersielle interesser er begrenset av et proporsjonalitetskrav. Det vil si at de tiltak det dominerende foretaket iverksetter ikke må være urimelig kraftige i forhold til trusselen det står overfor fra de aktuelle konkurrentene. Kravet om proporsjonalitet ble slått fast av EF-domstolen i United Brands-dommen:

---

<sup>50</sup> Norsk Konkurranserett Bind I (2007), s. 516.

” EVEN IF THE POSSIBILITY OF A COUNTER-ATTACK IS ACCEPTABLE THAT ATTACK MUST STILL BE PROPORTIONATE TO THE THREAT TAKING INTO ACCOUNT THE ECONOMIC STRENGTH OF THE UNDERTAKINGS CONFRONTING EACH OTHER”<sup>51</sup>

At EF-domstolen stiller et proporsjonalitetskrav knyttet til vurderingen av ”meeting competition defence” er altså sikker rett, derimot er det kytet langt mer usikkerhet til hva som er den faktiske rekkevidden av dette kravet. Det er delte meninger angående denne problemstillingen i den juridiske teorien.

Kommisjonen har i sitt diskusjonsdokument satt opp tre betingelser for at proporsjonalitetskravet skal være oppfylt: For det første må handlingen være et passende virkemiddel for å oppnå det legitime målet. For det andre må det legitime målet ikke kunne oppnås ved bruk av andre virkemidler som påfører konkurransen mindre skade og for det tredje må virkemiddelet være proporsjonelt sett i lys av målsetningen av Artikkel 82 av EF-traktaten. Kommisjonen mener altså at, for å beskytte konsumentenes interesser, må interessene til det dominerende foretak om å begrense sine tap og interessene til konkurrentene veies mot hverandre i hver enkelt sak.<sup>52</sup>

Mer konkret mente Kommisjonen at ”meeting competition defence” normalt ikke vil kunne anvendes på prising lavere enn gjennomsnittlige unngåelige kostnader<sup>53</sup> grunnet at proporsjonalitetskravet ikke vil være oppfylt. Unngåelige kostnader er kostnader som ikke forekommer dersom et foretak avslutter produksjonen. GUK vil da være de unngåelige kostnadene knyttet til å produsere en ekstra enhet av den aktuelle vare.

I tillegg mente Kommisjonen at ”meeting competition defence” kun kan anvendes for individuell, og ikke kollektiv, opptreden.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> United Brands-dommen, premiss190.

<sup>52</sup> DG Competition discussion paper (2005), avsnitt 82.

<sup>53</sup> Heretter GUK.

<sup>54</sup> DG Competition discussion paper (2005), avsnitt 81, andre punktum.

## 6.3 Relevant rettspraksis på området

### 6.3.1 Innledende kommentar

Prinsippet om ”meeting competition defence” fremgår ikke direkte av lovgivningen. For å kunne fastslå innholdet og omfanget av prinsippet må man derfor se nærmere på EF-domstolens relevante rettspraksis.

Det er ikke mye rettspraksis innen EF-retten som omhandler prinsippet om ”meeting competition defence”. De tre mest sentrale dommene om temaet som jeg skal redegjøre for i det følgende er *Compagnie Maritime Belge-dommen*, *Irish Sugar-dommen* og *Sak T-340/03 France Télécom SA mot Kommisjonen*.<sup>55</sup> De to førstnevnte dommene omhandler ikke ”meeting competition defence” direkte, men bidrar likevel til å kaste lys over omfanget av prinsippet. *France Télécom-dommen* var den første dommen hvor spørsmålet om dominerende foretaks rett til å møte konkurrentenes priser ble vurdert direkte.

### 6.3.2 *Compagnie Maritime Belge-dommen*

Saksforholdet i *Compagnie Maritime Belge-dommen* har det blitt redegjort for tidligere i fremstillingen.<sup>56</sup> Analysen av dommen under dette punktet vil imidlertid bli foretatt med et litt annet perspektiv, nemlig hvilken betydning dommen har i forhold til innholdet og omfanget av prinsippet om ”meeting competition defence”, selv om noen av poengene nødvendigvis vil være de samme.

Det dominerende foretaket, *Cewal*, ble altså dømt for misbruk av sin dominerende stilling. *Cewal* hadde ved enkelte anledninger underbydd sin konkurrent, *Grimaldi and Cobelfret*,

---

<sup>55</sup> Heretter *France Télécom-dommen*.

<sup>56</sup> Se punkt 4.3.

og hadde med andre ord ikke begrenset seg til å kun defensivt tilpasse prisene sine til konkurrenten. På den annen side opererte Cewal med priser som lå over deres GTK. Dette vil i seg selv utgjøre en presumsjon for at det ikke har forekommet rovprising, slik at det ikke ville være nødvendig å påberope seg ”meeting competition defence”. Tross dette konkluderte EF-domstolen med at Cewals prispolitikk utgjorde en restriktiv priskonkurranse.

EF-domstolen har som tidligere nevnt uttrykkelig slått fast at dominerende foretak har en rett til å forsvare sine kommersielle interesser. Når Cewal likevel ble dømt i *Compagnie Maritime Belge*-dommen må man se på hvilke momenter ved saksforholdet som gjorde at EF-domstolen fant Cewals prispolitikk lovstridig.

Et moment som kan ha bidratt til en streng behandling av Cewals prispolitikk var at Cewal var en linjekonferanse, altså var det ikke ett rederi som hadde en dominerende stilling, men flere rederier som hadde en kollektivt dominerende stilling. Det går klart frem av konkurranselovgivningen at en dominerende stilling kan innehas av flere foretak, se for eksempel Konkurranseloven § 11: ”Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.” At forbudet mot misbruk av dominerende stilling gjelder både for tilfeller hvor foretak individuelt innehar en dominerende stilling og for tilfeller hvor flere foretak har kollektiv dominans betyr ikke nødvendigvis at det spesielle ansvaret overfor konkurransen som ligger på de dominerende foretakene har samme omfang. Når flere foretak sammen innehar en kollektivt dominerende stilling betyr det at de vil ha muligheten til å fordele de tapte inntektene som en priskrig medfører over på flere foretak for å begrense virkningene priskrigen vil kunne ha på hver enkelt. Dette vil, etter samme resonnering som ved kryss-subsidiering,<sup>57</sup> kunne føre til at foretakene som innehar en dominerende stilling har anledning til å tenke mer langsiktig angående lønnsomheten av en priskrig, noe som igjen taler for en strengere vurdering ved kollektiv dominans enn ved individuell dominans.

---

<sup>57</sup> Jfr. punkt 5.2.



Et annet moment ved saken er at Cewal hadde en veldig høy markedsandel. Som tidligere nevnt angående Tetra Pak I-dommen,<sup>58</sup> må graden av hvilket ansvar dominerende foretak har overfor konkurransen vurderes konkret fra sak til sak avhengig av de faktiske forhold. Desto sterkere dominans et foretak har, desto strengere ansvar vil det ha overfor konkurransen. Markedsandelen til Cewal var på over 90 %, noe som indikerer en svært dominerende, eller super-dominerende stilling i markedet.

Et avgjørende moment var også at konkurrenten som Cewal angrep, Grimaldi and Cobelfret, var deres eneste konkurrent på markedet. Med andre ord ville en vellykket eliminasjonsstrategi føre til at Cewal fikk monopol på markedet. Som tidligere nevnt er prinsippet om ”meeting competition defence” begrenset av et proporsjonalitetskrav, og dette tilsier at ansvaret som lå på Cewal i forhold til konkurransen var større enn om de hadde hatt flere konkurrenter da konsekvensene for konkurransesituasjonen åpenbart blir store om det dominerende foretak lykkes i å eliminere sin eneste konkurrent. I tillegg gjorde det at Cewal kun hadde en konkurrent at rovprisingsstrategien var effektiv uten at den var veldig kostbar, ved at Cewal kunne selektivt senke prisene kun rettet mot Grimaldi and Cobelfret mens de beholdt de høyere prisene forøvrig.

Det siste momentet som skal nevnes her var at det var påvist at Cewals hensikt med de selektive priskuttene rettet mot Grimaldi and Cobelfret var nettopp å eliminere konkurrenten fra markedet. Cewal hadde i forkant av priskrigen i en komité gitt uttrykk for et ønske om å kvitte seg med (”getting rid of”) sin konkurrent, Grimaldi and Cobelfret.<sup>59</sup> Cewal hadde i tillegg innrømmet i høringer i forkant av dommen at de hadde et ønske om å eliminere Grimaldi and Cobelfret fra markedet.

De tre sistnevnte momentene la EF-domstolen uttrykkelig vekt på i sin vurdering:

---

<sup>58</sup> Se punkt 5.2.

<sup>59</sup> Se førsteinstansrettens avgjørelse: Sakene T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93 *Compagnie maritime belge transports SA og Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. og Nedlloyd Lijnen BV mot Kommisjonen*, premiss 147.

”It is sufficient to recall that the conduct at issue here is that of a conference having a share of over 90% of the market in question and only one competitor. The appellants have, moreover, never seriously disputed, and indeed admitted at the hearing, that the purpose of the conduct complained of was to eliminate G & C from the market”<sup>60</sup>

I tillegg til de fire nevnte momentene som alle direkte omhandler Cewal og deres handlinger la EF-domstolen også vekt på særpreget ved markedet for sjøtransport, både når det gjelder gjennomsiktigheten på markedet som vil være fordelaktig for foretak som nettopp ønsker å foreta selektive priskutt for å skade en konkurrent slik som Cewal gjorde og det faktum at pris, i motsetning til på andre markeder, kanskje er det eneste konkurranseparameteret:

”It follows that, where a liner conference in a dominant position selectively cuts its prices in order deliberately to match those of a competitor, it derives a dual benefit. First, it eliminates the principal, and possibly the only, means of competition open to the competing undertaking. Second, it can continue to require its users to pay higher prices for the services which are not threatened by that competition”<sup>61</sup>

Premiss 117 i Compagnie Maritime Belge-dommen er dessuten spesielt interessant i forhold til å fastslå omfanget av ”meeting competition defence”-prinsippet da uttalelsen indikerer at utfallet av saken ville blitt det samme selv om Cewal hadde begrenset priskonkurransen til å tilpasse sine priser til Grimaldi and Cobelfrets priser, i stedet for mer offensivt å underby konkurrenten slik Cewal ved enkelte anledninger hadde gjort i denne saken.

En problemstilling som kan reises etter EF-domstolens avgjørelse i Compagnie Maritime Belge-dommen er i hvilken grad dommen egner seg til å beskytte konkurransen på markedet både i forhold til den konkrete saken og i hvilken grad den som prejudikat klargjør rettsstillingen på området. Problemstillingen har blitt drøftet av Donald Slater og

---

<sup>60</sup> Compagnie Maritime Belge-dommen, premiss 119.

<sup>61</sup> Compagnie Maritime Belge-dommen, premiss 117.

Denis Waelbroeck.<sup>62</sup> Problemstillingen er ikke først og fremst interessant med tanke på den konkrete saken i Compagnie Maritime Belge-dommen hvor EF-domstolen konkluderte med at Cewals prispolitikk var rettsstridig. Det som gjør problemstillingen interessant er at EF-domstolen bevisst, da det ikke var nødvendig for å avgjøre den aktuelle saken, unnlot å ta stilling til i hvilken grad Cewal hypotetisk kunne ha svart på konkurransen fra Grimaldi and Cobelfret uten å bli dømt for rovprising:

”It is not necessary, in the present case, to rule generally on the circumstances in which a liner conference may legitimately, on a case by case basis, adopt lower prices than those of its advertised tariff in order to compete with a competitor who quotes lower prices, or to decide on the exact scope of the expression uniform or common freight rates in Article 1(3) (b) of Regulation No 4056/86”<sup>63</sup>

Selv om EF-domstolen ikke tar stilling til i hvilken grad et dominerende foretak i Cewals posisjon vil kunne senke prisene uten å bli dømt for rovprising er det åpenbart, da det var nettopp dette Cewal gjorde, at det dominerende foretaket ikke har frihet til å senke prisen dit det vil forutsatt at den holder seg over GTK. Dette betyr med andre ord at Cewal var pålagt enten å fryse prisene sine eller i det minste å forholde seg til et prisgulv. EF-domstolen synes med uttalelsen i premiss 118 å gi linjekonferanser et visst handlingsrom i forhold til å møte konkurransen slik at det er et prisgulv heller enn en frysing av prisene som er aktuelt. Dette mener Slater og Waelbroeck fører med seg to vanskelige spørsmål som EF-domstolen lar bestå ubesvart. For det første, fra hvilket tidspunkt skal dette prisgulvet i så fall gjelde? Og for det andre, hvor lenge skal det dominerende foretaket være pålagt dette prisgulvet?

Problemet med å fastsette tidspunktet for når prisgulvet skal gjelde fra er å finne balansegangen mellom på den ene siden å innføre prisgulvet fra et for tidlig tidspunkt, noe som i unødig stor grad vil begrense det dominerende foretakets muligheter til å konkurrere

---

<sup>62</sup> Research Papers In Law 3/2004, Donald Slater and Denis Waelbroeck, ”Meeting Competition: Why it is not an Abuse under Article 82”.

<sup>63</sup> Compagnie Maritime Belge-dommen, premiss 118.

på pris, og på den andre siden å innføre prisgulvet for sent, noe som vil føre til det dominerende foretaket ved å være forutseende vil kunne omgå formålet med et prisgolv ved å senke prisen i forkant av en konkurrents inntreden på markedet.

Slater og Waelbroeck kommer ikke med noen løsning angående spørsmålet om fra hvilket tidspunkt et prisgolv skal gjelde og peker heller på at denne problematikken viser at linjen som EF-domstolen la seg på i Compagnie Maritime Belge-dommen var uheldig da det vil gjøre det veldig vanskelig eller i verste fall umulig for dominerende foretak å vite hva som er riktig opptreden i slike tilfeller, noe som vil kunne ha en negativ effekt på dominerende foretaks vilje til å konkurrere på pris.

Når det gjelder spørsmålet om hvilken varighet et prisgolv skal ha vil den samme problematikken gjøre seg gjeldende her som ved spørsmålet om når prisgulvet skal innføres. På den ene siden vil et for langvarig prisgolv hindre det dominerende foretaket i å konkurrere på pris, på den andre siden vil et for kortvarig prisgolv ikke gi tilstrekkelig beskyttelse for konkurrenter av det dominerende foretaket.

I tillegg til problematikken knyttet til tidspunkt og varighet til prisgulvet stiller Slater og Waelbroeck spørsmål om et prisgolv virkelig er et egnet virkemiddel til å oppfylle det som er dets faktiske formål, nemlig å beskytte et mindre foretak mot et dominerende foretaks eventuelle eliminasjonshensikt. Dette problemet illustreres gjennom tre eksempler.

Det første eksempelet er hvor konkurrenten er mer effektiv enn det dominerende foretaket. I et slikt tilfelle vil et prisgolv pålagt det dominerende foretaket i beste fall være overflødig i og med at konkurrenten i utgangspunktet vil kunne overleve en priskrig mot det dominerende foretaket. Dette forutsetter selvsagt at det dominerende foretaket holder prisen over GTK. Det kan også tenkes at konkurrenten i et slikt tilfelle, nettopp takket være prisgulvet, vil kunne legge seg på et prisnivå høyere enn hva som ville vært tilfellet om det dominerende foretaket ikke var begrenset av et prisgolv. I verste fall vil et prisgolv kunne fungere som et utgangspunkt for en koordinering av prisene mellom foretakene.

Det andre eksempelet er hvor konkurrenten er mindre effektiv enn det dominerende foretaket. Et prisgulv vil her unektelig komme konkurrenten til gode i den perioden prisgulvet gjelder, men når prisgulvet oppheves vil det dominerende foretaket kunne prise konkurrenten ut av markedet. I en slik sammenheng er det viktig å huske på hva som er formålet med konkurranselovgivningen, nemlig å beskytte konkurransen som sådan og ikke nødvendigvis foretakene som konkurrerer. At en mindre effektiv konkurrent forblir på markedet takket være et prisgulv vil med andre ord i utgangspunktet være negativt fra et konkurranserettslig perspektiv.

Problemet i de to nevnte eksemplene vil for det første være at prisgulvet på lengre sikt er overflødig i forhold til det som er ment å være dets formål og for det andre vil prisgulvet i den perioden det gjelder frata kundene de kortsiktige fordelene som en priskrig mellom det dominerende foretaket og konkurrenten vil kunne føre med seg.

Det tredje eksempelet er hvor konkurrenten av det dominerende foretaket på tidspunktet for sin inntreden på markedet er mindre effektiv enn det dominerende foretaket, men under den perioden hvor prisgulvet gjelder oppnår en høyere effektivitet slik at det kan overleve konkurransen fra det dominerende foretaket når prisgulvet oppheves. I et slikt tilfelle vil prisgulvet først og fremst gagne konkurrenten som dermed får etablert seg på markedet, men også konkurransen som sådan på lengre sikt.

Problemet i dette eksempelet vil være at det vil være tilnærmet umulig å forutse hvilke konkurrenter at det dominerende foretak som faller inn under det tredje eksempelet og hvilke som faller inn under de to første. Spørsmålet blir da om de positive effektene av et prisgulv oppveier de negative. Slater og Waelbroeck synes å mene at de ikke gjør det og er av den grunn kritiske til EF-domstolens avgjørelse i *Compagnie Maritime Belge*-dommen.

Selv om kritikken til Slater og Waelbroeck er treffende i forhold til problematikken knyttet til det å innføre et prisgulv for dominerende foretak som er i den posisjonen Cewal hadde i

forhold til Grimaldi and Cobelfret så er det samtidig verdt å merke seg at de legger liten vekt på det faktum at Cewals angrep på Grimaldi and Cobelfret foregikk gjennom bruk av såkalte ”fighting ships” som siktet seg inn på de samme havnene som skipene til Grimaldi and Cobelfret, slik at Cewals prisreduksjoner overfor Grimaldi and Cobelfret altså ikke gjaldt for alle Cewals skip.

Videre kritiserer Slater og Waelbroeck EF-domstolen i *Compagnie Maritime Belge*-dommen for å legge alt for stor vekt på at Cewal hadde gitt uttrykk for en intensjon om å eliminere Grimaldi and Cobelfret fra markedet. Selv om EF-domstolen uttrykkelig la vekt på dette faktum i dommen<sup>64</sup> så var det ikke slik at dette var den eneste faktoren EF-domstolen la til grunn for å dømme Cewal for rovprising.

Ved å unnlate å legge vekt på det faktum at Cewals prisangrep på Grimaldi and Cobelfret skjedde ved bruk av ”fighting ships”, samt de særlige omstendigheter omkring markedet for sjøtransport som er redegjort for ovenfor synes det som om Slater og Waelbroeck tillegger *Compagnie Maritime Belge*-dommen større omfang som prejudikat enn hva EF-domstolens intensjon var.

En siste ting bør tillegges i forhold til Slater og Waelbroecks kritikk av *Compagnie Maritime Belge*-dommen og det er at deres utgangspunkt for hvordan spørsmålet angående misbruk av dominerende stilling generelt og dermed også prinsippet om ”meeting competition defence” spesielt bør behandles i rettspraksis synes å skille seg fra EF-domstolens. EF-domstolen har stadig understreket at omfanget av det særlige ansvaret overfor konkurransen som pålegges foretak som innehar en dominerende stilling må vurderes individuelt fra sak til sak på bakgrunn av den aktuelle sakens konkrete faktum.<sup>65</sup> Fordelen med en slik tilnærming er at forbudet mot misbruk av dominerende stilling er dynamisk noe som fører til at EF-domstolen ikke er bundet av ”per se”-regler og tidligere rettspraksis, men derimot har en stor frihet til å nettopp vurdere konkret ut fra hver enkelt saks faktum om det har forekommet misbruk. Ulempen med et slikt dynamisk forbud er

---

<sup>64</sup> *Compagnie Maritime Belge*-dommen, premiss 119. Sitert ovenfor under samme punkt.

<sup>65</sup> Se for eksempel *Compagnie Maritime Belge*-dommen, premiss 118.

selvfølgelig at det vil kunne oppfattes som uklart og av den grunn uforutsigbart for dominerende foretak, noe som kan føre til at dominerende foretak ikke våger å for eksempel konkurrere på pris av frykt for å bli dømt for rovprising. Slater og Waelbroeck på sin side legger ikke skjul på at de i langt større grad legger vekt på viktigheten av at dominerende foretak har klare retningslinjer i forhold til hvordan de skal forholde seg til forbudet mot misbruk av dominerende stilling. Deres kritikk av Compagnie Maritime Belge-dommen bør derfor leses med dette i bakhodet.

Av juridisk teori forøvrig er det verdt å merke seg at Olav Kolstad tolker EF-domstolens avgjørelse i Compagnie Maritime Belge-dommen dithen at unntaket den utgjør i forhold til prinsippet om ”meeting competition defence” er i forhold til situasjoner hvor det dominerende foretaket kun har én konkurrent.<sup>66</sup> Han skriver følgende:

”Passusen kan tyde på at et dominerende foretak ikke vil kunne møte konkurransen fra en mindre konkurrent over tid med lavere priser dersom dette truer med å eliminere den eneste konkurrenten fra markedet.”<sup>67</sup>

Kolstad uttrykker et tydelig forbehold om at hans tolkning ikke nødvendigvis er den riktige, noe som til en viss grad taler for at Slater og Waelbroecks kritikk angående usikkerheten knyttet til prinsippet om ”meeting competition defence” er berettiget. På den annen side så vil Compagnie Maritime Belge-dommen dersom man legger Kolstads tolkning til grunn ikke avgrense prinsippet om ”meeting competition defence” i like stor grad som Slater og Waelbroeck synes å mene. Kolstads tolkning synes i tillegg å harmonere bedre med EF-domstolens standpunkt om at det særlige ansvaret et dominerende foretak har overfor konkurransen skal vurderes konkret fra sak til sak<sup>68</sup> sammenholdt med dens anerkjennelse av at dominerende foretak i utgangspunktet har rett til å beskytte sine kommersielle interesser<sup>69</sup> enn Slater og Waelbroecks tolkning.

---

<sup>66</sup> Norsk Konkurranserett Bind I (2007) s. 525.

<sup>67</sup> Passusen det henvises til er Compagnie Maritime Belge-dommen, premiss 117.

<sup>68</sup> Compagnie Maritime Belge-dommen, premiss 114.

<sup>69</sup> Se for eksempel United Brands-dommen, premiss 189.

### 6.3.3 Irish Sugar-dommen

Førsteinstansrettens avgjørelse i Irish Sugar-dommen omhandlet et foretak, Irish Sugar, som hadde en dominerende stilling på det irske sukkermarkedet. Irish Sugar hadde en markedsandel på over 88 % av det relevante markedet. De hadde en kollektivt dominerende stilling sammen med et annet foretak, SDL, for deler av den aktuelle tidsperioden hvor misbruket fant sted. Etter at de hadde kjøpt seg opp i SDH, som eide alle aksjene i SDL, hadde Irish Sugar en individuelt dominerende stilling.

Irish Sugars misbruk bestod først og fremst av at de tilbød lojalitetsrabatter til kunder nær grensen mot Nord-Irland hvor de opplevde sterk konkurranse fra sukkerleverandører fra Nord-Irland. Rabattene kunne ikke begrunnes av objektive omstendigheter mellom Irish Sugar og kundene, slik som for eksempel salgsvolum.<sup>70</sup> Lojalitetsrabattene påvirket konkurransen negativt på to forskjellige måter. For det første hadde de en ekskluderende virkning i forhold til konkurransen Irish Sugar opplevde fra utenlandske sukkerleverandører ved grensen mot Nord-Irland. For det andre hadde de en diskriminerende virkning i forhold til Irish Sugars kunder som grunnet manglende konkurranse ikke ble tilbudt likelydende rabatter og derfor var dårligere stilt enn foretakene som ble tilbudt slike rabatter i konkurransen dem i mellom.

Når det gjelder den ekskluderende virkningen lojalitetsrabattene hadde i forhold til konkurransen med de utenlandske sukkerleverandøren ved grensen mot Nord-Irland kan det først være verdt å merke seg likhetstrekkene mellom Irish Sugar og deres opptreden og Cewal og deres opptreden i Compagnie Maritime Belge-dommen.

For det første var det i begge tilfeller snakk om flere foretak som hadde en kollektivt dominerende stilling, om enn bare for deler av perioden hvor misbruket fant sted for Irish Sugar sitt vedkommende. På den annen side var det i Irish Sugar-dommen kun det ene av de kollektivt dominerende foretakene, nemlig Irish Sugar, som hadde misbrukt den dominerende stillingen. Betydningen av det poenget var av den grunn sannsynligvis mindre

---

<sup>70</sup> Irish Sugar-dommen, premiss 173, niende punktum.



i Irish Sugar-dommen enn i Compagnie Maritime Belge-dommen, jfr. Kommisjonens uttalelse om at ”meeting competition defence” bare vil kunne gjøre seg gjeldende for tilfeller av individuell opptreden for å møte konkurranse.<sup>71</sup>

For det andre hadde både Cewal og Irish Sugar en meget høy markedsandel. Cewal med over 90 % og Irish Sugar med over 88 % må begge kunne betegnes som superdominerende foretak, noe som tilsier et spesielt stort ansvar overfor konkurransen.<sup>72</sup>

Et tredje likhetstrekk som selvfølgelig har en sammenheng med poenget ovenfor om superdominans er konsekvensene en vellykket eliminasjonsstrategi potensielt kunne ha på de aktuelle markedene. I både Compagnie Maritime Belge-dommen og Irish Sugar-dommen var konkurransen på markedene svært svak grunnet henholdsvis Cewals og Irish Sugars tilstedeværelse. Proporsjonalitetskravet tilsa derfor en svært snever adgang til å hevde ”meeting competition defence” i begge sakene.

I likhet med Cewal senket ikke Irish Sugar sine priser overfor alle kunder, men mens Cewal siktet seg inn på en enkelt konkurrent gjaldt Irish Sugar sine lojalitetsrabatter for et geografisk begrenset område, nemlig overfor kundene ved grensen mellom Irland og Nord-Irland. Irish Sugar begrunnet dette med at konkurransen ved grenseområdene var sterkere enn i Irland forøvrig og at lojalitetsrabattene var et tiltak for å møte konkurransen derfra. Irish Sugar oppnådde dermed, ved at priskuttene var selektive, samme fordel som Cewal nemlig at priskrigen ikke ble på langt nær så kostbar som om priskuttene hadde blitt tilbudt alle Irish Sugar sine kunder. At priskuttene var selektive og ikke ble tilbudt alle kundene til ble begrunnet i at de ikke hadde økonomiske ressurser til å senke prisene overfor alle kundene, noe førsteinstansretten mente ikke kunne være en akseptabel unnskyldning.<sup>73</sup>

Problemet med selektive priskutt i grenseområdene mellom to nasjoner, slik som var tilfelle for Irish Sugars lojalitetsrabatter, er at det vil kunne ha en ødeleggende effekt på hva som

---

<sup>71</sup> DG Competition discussion paper (2005), avsnitt 81, andre punktum.

<sup>72</sup> Jfr. Tetra Pak I-dommen, premiss 24.

<sup>73</sup> Irish Sugar-dommen, premiss 186.

er et av de viktigste formålene med EU-samarbeidet, nemlig et felles marked. Dette ble det lagt betydelig vekt på av førsteinstansretten:

”First of all, the influence of the pricing policy of operators active principally on a neighbouring market, in this case the British and Northern Ireland market, on that of operators active on another national market is of the very essence of a common market. Anything which restricts that influence must therefore be regarded as an obstacle to the achievement of that common market and prejudicial to the outcome of effective and undistorted competition, especially with regard to the interests of consumers. Therefore, where such obstacles are brought about by an undertaking holding a dominant position as extensive as that enjoyed by the applicant, that is an abuse incompatible with Article 86. The applicant has, moreover, nowhere argued that the prices charged by its competitors along the border with Northern Ireland were below the cost price of the product, or supplied any evidence to that effect”<sup>74</sup>

Det vil åpenbart ikke være tilstrekkelig i seg selv at et dominerende foretaks opptreden skader det felles marked, det må foreligge en form for misbruk i tillegg. I forhold til spørsmålet om ”meeting competition defence” vil imidlertid skaden lojalitetsrabattene ville kunne påføre det felles marked være svært relevant med tanke på proporsjonalitetskravet. Desto større skade et dominerende foretak gjennom sin opptreden påfører konkurransen, desto snevrere er adgangen til å hevde ”meeting competition defence”, jfr. proporsjonalitetskravet.

Et annet aspekt som kan være verdt å merke seg ved førsteinstansrettens uttalelse i premiss 185, er at det gjøres et poeng ut av hvorvidt konkurrentene til Irish Sugar priset produktet lavere enn kostnadene. Rovprising er kun forbudt for foretak som innehar en dominerende stilling, Irish Sugars konkurrenter sto dermed fritt til å fastsette hvilke priser de ønsket, forutsatt at de selv ikke hadde en dominerende stilling selvsagt. Uttalelsen tyder imidlertid på at det ikke nødvendigvis kun er opptredenen til det dominerende foretaket som er

---

<sup>74</sup> Irish Sugar-dommen, premiss 185.

relevant i forhold til spørsmålet om ”meeting competition defence”. Dersom formålet med et forbud mot misbruk av dominerende stilling i markedet er å beskytte konkurransen som sådan, slik at de mest effektive foretakene skal vinne frem på bekostning av de mindre effektive, vil det i aller høyeste grad være et relevant moment i helhetsvurderingen hvorvidt konkurrentene av et dominerende foretak faktisk er mer effektive. Problemstillingen ble imidlertid ikke satt på spissen i Irish Sugar-dommen da det ikke var påvist at prisene til Irish Sugars konkurrenter var lavere enn kostnadene.

Irish Sugars lojalitetsrabatter hadde som tidligere nevnt også en diskriminerende effekt på den innbyrdes konkurransen mellom deres kunder. Dette er et aspekt ved dommen som i utgangspunktet ikke er relevant generelt sett i forhold til spørsmålet om ”meeting competition defence” da det ikke angikk konkurransen mellom Irish Sugar og deres konkurrenter. Samtidig var det i høyeste grad relevant for utfallet av den konkrete saken i Irish Sugar-dommen og hadde av den grunn betydning for spørsmålet om hvorfor førsteinstansretten ikke la avgjørende vekt på prinsippet om ”meeting competition defence” i Irish Sugar-dommen.

Irish Sugar misbrukte også sin dominerende stilling på markedet for industrisukker til å oppnå fordeler i konkurransen på detaljmarkedet for sukker, hvor de forøvrig også hadde dominerende stilling. I tillegg bestod misbruket av å overtale en kunde til å bytte ut sukker den allerede hadde kjøpt fra en konkurrent med Irish Sugars, samt at de la press på et rederi om å slutte å frakte konkurrenters produkter.

Irish Sugars lojalitetsrabatter var et mer defensivt svar på konkurransen enn hva Cewals ”fighting ships” hadde vært i Compagnie Maritime Belge-dommen. Når Irish Sugar likevel ble dømt for misbruk av den dominerende stilling så skyldes det først og fremst følgende forhold. For det første hadde Irish Sugar i likhet med Cewal en super-dominerende stilling, for det andre gjorde det faktum at lojalitetsrabattene var rettet mot konkurranse fra utenlandske foretak at Irish Sugars opptreden kunne ha en negativ effekt på det felles markedet innen EU og for det tredje så var det ikke snakk om en ren rovprisingssak. I

tillegg talte det at Irish Sugar i motsetning til Cewal hadde priset under GTK isolert sett for en strengere bedømmning av førstnevnte.

### 6.3.4 France Télécom-dommen

Det bør først og fremst påpekes at saken i France Télécom-dommen ikke er endelig avgjort. Den videre fremstilling vil omhandle en dom av førsteinstansretten som har blitt anket videre og dommen er av den grunn ikke rettskraftig. Grunnet at det foreligger en beskjeden mengde rettspraksis angående prinsippet om ”meeting competition defence” er France Télécom-dommen likevel sentral og hyppig henvist til i den juridiske teoriens dekning av temaet. Den inkluderes derfor i denne fremstillingen med det forbehold om at den ikke bør tillegges like stor rettskildevekt som rettskraftig domstolspraksis.

Saken gjaldt rovprising fra et fransk teleselskap, Wanadoo Interactive SA,<sup>75</sup> som hadde en dominerende stilling på hva Kommisjonen definerte som det relevante markedet i saken, nemlig det franske markedet for høyhastighetsinternett til kunder i boligområder. Det konkrete produktet hvis priser saken angikk var tilgang til internett basert på ADSL-tjenester.<sup>76</sup>

Prisene på produktet som Wanadoo tilbød kundene lå frem til 2001 vesentlig under GVK. Etter dette lå prisen på omtrent samme nivå som GVK, og i alle fall vesentlig under GTK. Wanadoo hevdet at denne prispolitikken ikke kunne være rovprising da de i utgangspunktet ikke priset produktet under konkurrentenes priser, men kun tilpasset sin pris med deres.<sup>77</sup> Førsteinstansretten avsto uttrykkelig at prinsippet om ”meeting competition defence” gir en absolutt adgang for dominerende foretak til, uavhengig av forholdet mellom kostnader og pris, å kunne tilpasse sine priser med konkurrentenes:

---

<sup>75</sup> Heretter Wanadoo.

<sup>76</sup> Hva Kommisjonens definisjon av det relevante marked var og hvilket produkt rovprisingen angikk er hentet fra Jones (2008) s. 361.

<sup>77</sup> I tillegg mente Wanadoo at prispolitikken ikke kunne være rovprising grunnet manglende mulighet til recoupment. De bestred dessuten Kommisjonens konklusjon om at de hadde en dominerende stilling på markedet.

”It is therefore not possible to assert that the right of a dominant undertaking to align its prices on those of its competitors is absolute and that it has been recognised as such by the Commission in its previous decisions and in the relevant case-law, in particular where this right would in effect justify the use of predatory pricing otherwise prohibited under the Treaty.”<sup>78</sup>

Når Wanadoo, til tross for at prisene var en defensiv tilpasning til konkurrenters priser, likevel i den aktuelle saken ikke fikk gjennomslag for ”meeting competition defence” er det nødvendig å se på hvilke momenter ved Wanadoos opptreden som medførte at prinsippet ikke gjorde seg gjeldende.

I motsetning til hva som var tilfelle for Cewal og Irish Sugar i henholdsvis Compagnie Maritime Belge-dommen og Irish Sugar-dommen så lå prisene til Wanadoo altså i perioder vesentlig under GVK. Det vil si at konkurrentene til Wanadoo, dersom de ønsket å ligge på samme prisnivå som Wanadoo, ville være nødt til å enten drive med tap eller ha en vesentlig høyere effektivitet. Wanadoos prispolitikk hadde med andre ord utvilsomt potensiale til å presse konkurrenter med lik eller til og med høyere effektivitet ut av markedet. Et spørsmål som kan stilles i den sammenheng er om prising under GVK i seg selv er et såpass betydelig virkemiddel for å møte konkurransen at det kommer i konflikt med proporsjonalitetskravet.

Dommen gir ikke noe direkte svar da det også var andre momenter som talte for en streng vurdering av Wanadoos opptreden. Selv om prisene deres i utgangspunktet hadde vært en defensiv tilpasning til konkurrenters prisnivå så var det ikke slik at konkurrentene var økonomisk i stand til å holde seg på dette nivået i like lang tid som Wanadoo. Det at Wanadoo beholdt prisnivået etter at konkurrentene hadde hevet prisene igjen fjernet mye av det defensive aspektet ved prispolitikken. Dersom formålet kun hadde vært å forsvare sine kommersielle interesser fra konkurrentenes angrep heller enn å vinne markedsandeler

---

<sup>78</sup> France Télécom-dommen, premiss 182.

ville det ikke vært noen grunn til å ikke følge konkurrentene også når de hevet prisene igjen.

Dessuten, uavhengig av hva som var Wanadoos formål med prispolitikken, så var det ingen tvil om at konsekvensen ble økte markedsandeler. Fra og med januar 2001 til og med september 2002 økte de markedsandelen fra 46 % til 72 %.

Kommisjonen mente i tillegg å ha påvist en predasjonshensikt fra Wanadoos side, noe den fikk støtte for fra førsteinstansretten. Wanadoos predasjonshensikt fremgikk av dokumenter konfiskert av Kommisjonen og kom til uttrykk på to måter. For det første gjennom et ved flere anledninger uttrykt ønske om å bli dominerende på et marked i utvikling, nemlig ADSL-markedet.<sup>79</sup>

I tillegg hadde Wanadoo også uttrykt en konkret ambisjon om at mellom 70 % og 80 % av ADSL-markedet burde tilkomme dem.<sup>80</sup> Disse uttalelsene kan neppe isolert sett sies å påvise misbruk da et ønske om å gjøre det så godt som mulig er en naturlig del av konkurransen. Når det likevel ble inkludert i France Télécom-dommen var det som en del av helhetsbildet som etter førsteinstansrettens syn sterkt indikerte en predasjonshensikt:

”On the basis of all the foregoing considerations, it must be held that the Commission furnished solid and consistent evidence as to the existence of a plan of predation for the entire infringement period. The logic which that strategy follows is clear from a note of WIN's strategic management of December 2001 stating:

’The high-speed and ADSL market will, for the next few years, continue to be conquest-driven, the strategic objective being to gain a dominant position in terms of market share, the period of profitability only coming later.’<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> France Télécom-dommen, premiss 199.

<sup>80</sup> France Télécom-dommen, premiss 200.

<sup>81</sup> France Télécom-dommen, premiss 215.

Til slutt bør det imidlertid nevnes at førsteinstansrettens vurdering av Wanadoos predasjonshensikt kom etter at den allerede hadde avslått Wanadoos innsigelse om at de kun tilpasset prisene sine til konkurrentenes. Dette kan tolkes dithen at Wanadoos prising under GVK i kombinasjon med at de ikke fulgte konkurrentene når disse hevet prisene igjen var tilstrekkelig til at ”meeting competition defence” ikke kunne hevdes i denne saken uavhengig av hvorvidt det forelå beviser for en predasjonshensikt eller ikke.

#### 6.4 Tolkning av ”meeting competition defence-prinsippet i den juridiske teorien

De tre mest sentrale dommene angående prinsippet om ”meeting competition defence”, *Compagnie Maritime Belge-dommen*, *Irish Sugar-dommen* og *France Télécom-dommen* endte alle med at det dominerende foretaket ble dømt for misbruk av dominerende stilling på markedet. Problemstillingen da blir hvorvidt ”meeting competition defence”-prinsippet i realiteten kun eksisterer i teorien og er uten praktisk betydning. Den juridiske teorien er preget av uvisshet om hva som er det konkrete omfanget av ”meeting competition defence”-prinsippet, det synes imidlertid å være bred enighet om at prinsippet ikke bare er teoretisk, men også har en praktisk funksjon.

Olav Kolstad mener at ”meeting competition defence” har et relativt vidt omfang.<sup>82</sup> For priser under GVK mener han at dominerende foretak kan hevde ”meeting competition defence” såfremt det dominerende foretaket ikke underbyr konkurrentene, men begrenser seg til å møte prisen. Det dominerende foretaket vil altså etter denne tolkningen ikke kunne ta initiativet i priskrigen dersom det innebærer at det må prise under GVK. Kolstads

---

<sup>82</sup> Norsk Konkurranserett Bind I (2007) s. 524-525.

tolkning av omfanget av proporsjonalitetskravet synes altså å være at det i utgangspunktet vil være oppfylt så lenge det dominerende foretaket for priser under GVK ikke underbyr sine konkurrenter, men begrenser seg til en tilpasning til deres priser.

Når det gjelder priser mellom GVK og GTK tolker Kolstad ”meeting competition defence”-prinsippet dithen at det gis rom for at dominerende foretak kan møte en priskonkurranse mer offensivt, altså slik at det ikke er noen automatikk i at det ikke kan hevdes ”meeting competition defence” selv om det dominerende foretaket underbyr konkurrentene. Dette innebærer imidlertid at det dominerende foretaket også er nødt til å avslutte priskrigen dersom konkurrentene tar initiativ til dette. ”Meeting competition defence” skal altså ikke kunne utnyttes som en unnskyldning for rovprising ved at prisnedsettelsen i utgangspunktet er av en defensiv karakter, men deretter går over til å bli av en mer offensiv art med den hensikt å enten eliminere konkurrenter eller eventuelt disiplinere konkurrenten som innledet priskrigen.

Saksforholdet i Compagnie Maritime Belge-dommen vil imidlertid nødvendigvis måtte utgjøre et unntak fra denne hovedregelen.<sup>83</sup> Kolstad mener som nevnt at det avgjørende i den saken kan ha vært at Cewal kun hadde én konkurrent på markedet slik at konkurransen sto i fare for å bli fullstendig utradert.

Martin Andreas Gravengaard definerer på bakgrunn av lovforarbeider og rettspraksis ”meeting competition defence”-prinsippet med følgende setning:

”en dominerende virksomhed er berettiget til at foretage (1) *defensive pristilpasninger*, hvormed virksomheden (2) *i god tro* (3) *møder* (4) en *konkurrents* lavere pris, for at bevare virksomhedens (5) *faste kundekreds*”<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Nærmere om Compagnie Maritime Belge-dommen under punkt 6.3.2.

<sup>84</sup> Martin Andreas Gravengaard: ”Meeting competition defence-prinsippet – et forsvar for prisdiskriminering og predatory pricing?” (2006), punkt 1.4.



Gravengård mener altså at fem betingelser må være oppfylt for at et dominerende foretak skal kunne forsvare sin prispolitikk med ”meeting competition defence”-prinsippet.

Den første betingelsen er at det dominerende foretaks lave priser skal være et resultat av en defensiv pristilpasning. Denne betingelsen retter seg først og fremst mot hvilken hensikt det dominerende foretaket har. Det vil si at hensikten med pristilpasningen må være å beholde sin allerede eksisterende kundekrets. Skulle derimot hensikten være å offensivt utvide kundekretsen sin på bekostning av konkurrenters eksisterende eller potensielle kunder vil ikke betingelsen være oppfylt. Dernest retter også betingelsen seg mot at pristilpasningen for det dominerende foretak må være foranlediget av og komme som en reaksjon på et konkret angrep fra en eller flere konkurrenters side. Etter Gravengårds syn vil konkurrenters listepriiser og alminnelige rabatter kunne karakteriseres som et angrep. Det er altså ikke nødvendig med et spesielt tilbud rettet mot det dominerende foretakets kundekrets.

Den andre betingelsen er at det dominerende foretaket må ha handlet i god tro når det har foretatt pristilpasningen. Dette vil si at det stilles krav om at det dominerende foretaket har gjort en viss innsats for å sikre seg dokumentasjon som beviser eller i det minste indikerer at dets kommersielle interesser faktisk har blitt angrepet. På den annen side må denne betingelsen også sees på som et skyldkrav, slik at det ikke er et absolutt krav om at det dominerende foretaks kommersielle interesser i realiteten er under angrep, men at det er tilstrekkelig at det dominerende foretaket i god tro oppfatter situasjonen slik. I teorien vil dermed et krav om god tro kunne ha den konsekvens at et dominerende foretak kan hevde ”meeting competition defence” selv om det i realiteten har underbydd konkurrentene, og utgjør således et forbehold i forhold til den tredje betingelsen.

Hva som er omfanget av betingelsen om god tro utover at det ikke stilles krav om absolutt sikker kjennskap til konkurrentenes priser er ikke klargjort i EF-domstolens rettspraksis. ”Good faith”-kravet er imidlertid gjenstand for omfattende rettspraksis i amerikansk rett hvor det grovt sett kan defineres slik at det er et krav om en subjektiv god tro som objektivt

sett er rimelig. Den amerikanske reguleringen av rovprising skiller seg imidlertid på en rekke områder vesentlig fra EU-rettens, den amerikanske definisjonen på god tro kan således ikke uten videre overføres til EU-retten, men Gravengaard mener like fullt den kan fungere som inspirasjon for hva som er EU-rettens krav til god tro.

Den tredje betingelsen er at det dominerende foretaket kun skal møte, men ikke underby konkurrentens pris. Denne betingelsen overlapper til en viss grad den første, og det ligger dessuten i navnet "meeting competition defence" at det ikke rettferdiggjør å sette prisen lavere enn konkurrentens da dette ville være et mer offensivt tiltak, altså "beating competition".

Denne betingelsen må kunne sies å utgjøre selve kjernen i prinsippet om "meeting competition defence". Formålet med å ha et forbud mot rovprising er nettopp å forhindre at dominerende foretak ved å utnytte sin sterke posisjon i markedet skal kunne eliminere konkurrerende foretak som er enten like effektive eller mer effektive enn det dominerende foretaket. En betingelse om at det dominerende foretak ikke kan underby sine konkurrenter, naturligvis forutsatt at betingelsene for å dømme for rovprising forøvrig er oppfylt, vil fungere som en forsikring mot at dominerende foretak kamuflerer en hensikt om å eliminere konkurrenter bak "meeting competition defence". På denne måten vil konkurrentene til det dominerende foretaket langt på vei ha hele initiativet i en eventuell priskrig. Med denne betingelsen inntar Gravengaard samme standpunkt som Kolstad med tanke på hvordan det dominerende foretak skal opptre dersom konkurrentene hever prisene sine igjen, nemlig at det da vil være nødt til å også justere prisene opp igjen.

En problemstilling Gravengaard tar opp er hvilket handlingsrom et dominerende foretak har dersom en konkurrent tilbyr et produkt som ikke er kvalitativt det samme som produktet det dominerende foretak tilbyr, men som likevel tilhører det samme relevante marked. Gravengaard mener at det dominerende foretak må kunne svare på konkurransen med det produkt som ligger kvalitativt nærmest konkurrentens, dog forutsatt at det ikke er noen vesentlig verdiforskjell på de aktuelle produktene.

Den fjerde betingelsen er at det foretak som angivelig angriper det dominerende foretakets kommersielle interesser faktisk må være en konkurrent av det dominerende foretaket. Dette betyr at varen eller tjenesten som tilbys fra henholdsvis det dominerende foretak og dets angivelige konkurrent må for kundene være substituerbare, altså tilhøre samme produktmarked. Faktorer som skal vurderes i forhold til om varene eller tjenestene tilhører samme produktmarked er pris, egenskaper og bruksområde.

Den femte betingelsen er at det dominerende foretaket kun skal foreta pristilpasningen overfor sin faste kundekrets eller faste kunder. Dette er en betingelse som vil kunne medføre avgrensingsproblemer. Det er vanskelig å komme med generelle betraktninger angående hvor strengt en slik betingelse skal tolkes, da dette må vurderes konkret i hver enkelte sak, men det bør i alle fall være snakk om et kundeforhold som er preget av en viss varighet og omfang.

Når det gjelder dominerende foretaks rett til å møte konkurransen med priser som ligger under GVK synes Gravengaard å ha en noe mer restriktiv holdning til dette enn Kolstad. Gravengaard mener at det er mulig å hevde ”meeting competition defence” også for prising under GVK, men understreker at det må stilles strenge krav på det dominerende foretak for å påvise at formålet med prisingen ikke er å eliminere en konkurrent. Gravengaards standpunkt er ikke direkte motstridende med Kolstads, men han synes å være mer bastant i sitt syn på at adgangen til å hevde ”meeting competition defence” i saker som gjelder prising under GVK er svært snever.

Michal S. Gal hadde hovedfokus på betydningen av France Télécom-dommen i sin artikkel ”Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition?”.<sup>85</sup> Han mente at France Télécom-dommen, i forhold til spørsmålet om dominerende foretaks adgang til å tilpasse prisene sine til konkurrentenes dersom disse ligger lavere enn kostnadene, kunne tolkes på to forskjellige måter. Den ene mulige tolkningen er at førsteinstansretten ved å slå fast at

---

<sup>85</sup> Michal S. Gal: ”Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition?” (2007).

det er et skille mellom tilfeller hvor et dominerende foretak forsvarer sine kommersielle interesser og hvor det har som formål å forsterke om misbruke stillingen holder døren åpen for ”meeting competition defence” også ved prising lavere enn kostnadene:

”It should be recalled that, according to established case-law, although the fact that an undertaking is in a dominant position cannot deprive it of the right to protect its own commercial interests if they are attacked and such an undertaking must be allowed the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect those interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it ( United Brands v Commission, paragraph 101 above, paragraph 189; Case T-65/89 BPB Industries and British Gypsum v Commission [1993] ECR II-389, paragraph 117; and Compagnie maritime belge transports and Others v Commission, paragraph 104 above, paragraph 146).”<sup>86</sup>

Den andre mulige tolkningen av France Télécom-dommen er, etter Gals mening, at førsteinstansretten ved å benytte seg av AKZO-testen for å fastslå hvorvidt Wanadoos prising skulle klassifiseres som rovprising uten å ta uttrykkelig stilling til hvorvidt Wanadoos prising var nødvendig for å beskytte deres kommersielle interesser med det stengte døren for at prising under GVK kan være noe annet enn rovprising. Gal tar ikke direkte stilling til hvilken tolkning som er den rette i forhold til å fastslå hva som er gjeldende rett, men argumenterer for at den første tolkningen vil være den beste dersom formålet skal være å beskytte konkurransen som sådan.

Når det gjelder situasjoner hvor et dominerende foretaks priser ligger over GTK, mener Gal at det i saker hvor det ikke er snakk om selektive priskutt kun må være aktuelt for konkurransemyndighetene å gripe inn hvor det er helt åpenbart at en ny konkurrent vil være mer effektiv enn det dominerende foretaket bare det får etablert seg på markedet.

---

<sup>86</sup> France Télécom-dommen, premiss 185.

Angående prising under GVK argumenterer Gal for at dominerende foretak ikke bør være rettslig fullstendig avskjernet fra dette. Han kritiserer førsteinstansretten for kategorisk å ha avvist Wanadoos argument om at prising under GVK kunne ha andre motiver enn en eliminasjonshensikt ved at de kunne oppnå stordriftsfordeler og en læringseffekt:

”The arguments advanced by WIN as to the economies of scale and learning effects in order to justify its pricing below cost are not such as to call into question the finding made by the Court. An undertaking which charges predatory prices may enjoy economies of scale and learning effects on account of increased production precisely because of such pricing. The economies of scale and learning effects cannot therefore exempt that undertaking from liability under Article 82 EC.”<sup>87</sup>

Gal påpeker også et problem med påstanden som er et utgangspunkt for ”meeting competition defence”-prinsippet, nemlig at et dominerende foretak som regel ikke kan skade et konkurrerende foretak som har minst like høy effektivitet ved kun å tilpasse prisene sine til konkurrenten. Det er ikke nødvendigvis slik at et dominerende foretak ikke kan påføre sine konkurrenter skade dersom de er begrenset til å bare kunne møte deres prisnivå. For det første vil et dominerende foretak ved å møte prisnivået til konkurrenter kunne svekke, eller i verste fall fullstendig nøytralisere effekten av deres prisangrep. Dette vil kunne føre til at det dominerende foretak i større grad kan dra fordel av andre konkurransefortrinn, for eksempel større finansiell styrke enn sine konkurrenter og at det dermed kan overleve en priskrig som innebærer å selge med tap lenger enn konkurrentene. Et annet fortrinn et dominerende foretak ofte vil ha er at de allerede er etablert på markedet og vil av den grunn normalt ha et sterkere merkenavn og naturligvis en større etablert kundebase. Dette vil medføre at konkurrenter vil være avhengig av å kunne tilby markedet noe ekstra sammenlignet med det dominerende foretaket for å kunne angripe dets kundekrets, slik som for eksempel lavere priser.

---

<sup>87</sup> France Télécom-dommen, premiss 217.

For det andre kan en mer effektiv konkurrent av det dominerende foretaket la seg skremme vekk fra markedet på grunn av at det ikke kjenner til detaljene rundt kostnadene til det dominerende foretaket og av den grunn ikke er klar over at det er det mest effektive av de to. Dette vil da i ytterste konsekvens kunne føre til at en mer effektiv konkurrent får inntrykk av at det dominerende foretaket er mer effektivt enn det faktisk er og at det av den grunn føles håpløst å ta opp konkurransen. Resultatet vil da i et slikt tilfelle bli at det dominerende foretaket konkurrerer ut et mindre, men mer effektivt foretak av markedet selv uten å underby konkurrenten. Problematikken rundt dette kan imidlertid la seg løse med en streng tolkning av proporsjonalitetskravet som er knyttet til ”meeting competition defence”-prinsippet.

I motsetning til Kolstad og Gravengaard tar altså ikke Gal stilling til hvorvidt prising under GVK kan forsvares med ”meeting competition defence”-prinsippet, men påpeker at det er en mulig tolkning av France Télécom-dommen. Han argumenterer dessuten for at dette vil være den foretrukne tolkningen.

## 6.5 Oppsummering

Det foreligger en beskjeden mengde med rettspraksis som direkte eller indirekte angår prinsippet om ”meeting competition defence”. Dette, i kombinasjon med EF-domstolens tilnærming til spørsmålet som er preget av at hver sak skal vurderes individuelt utfra sitt konkrete faktum, fører til at det er knyttet mye usikkerhet til hva som er omfanget av prinsippet. EF-domstolen har gjentatte ganger slått fast at dominerende foretak har en rett til å forsvare sine kommersielle interesser.<sup>88</sup> Det faktum at både Compagnie Maritime Belge-dommen og Irish Sugar-dommen endte med at det dominerende foretaket ble dømt for misbruk av sin dominerende stilling på markedet, samt at Wanadoo ble dømt av førsteinstansretten i France Télécom-dommen,<sup>89</sup> indikerer imidlertid at ”meeting competition defence”-prinsippet har et beskjedent omfang. Dette er naturlig da man må huske på at ”meeting competition defence” først er aktuelt når vilkårene for rovprising

---

<sup>88</sup> Se blant annet United Brands-dommen, premiss 189.

<sup>89</sup> Som altså ikke er rettskraftig.

forøvrig er oppfylt. Med andre ord, dersom prisen enten ikke er så lav at den kan klassifiseres som rovprising eller det ikke er påvist eliminasjonshensikt<sup>90</sup> så er det heller ikke nødvendig med ”meeting competition defence” for at det dominerende foretaket ikke skal bli dømt.

Selv om spørsmålet om omfanget av ”meeting competition defence”-prinsippet neppe kan sies å være fullstendig avklart har man i den juridiske teorien, på bakgrunn av EF-domstolens rettspraksis, forsøkt å komme med visse retningslinjer for hvordan ”meeting competition defence”-prinsippet kan tolkes. Det synes å være enighet om at det kun er en snever tilgang til å hevde ”meeting competition defence” for pricing under GVK, det forutsetter i alle fall at prisingen overhodet ikke har noe offensivt preg over seg. Forøvrig kan man se at momenter som graden av dominans, antall konkurrenter, omfang og om prisnedsettelsen er selektiv eller til alle kunder har betydning for hvor strengt ansvar som legges på det dominerende foretaket i forhold til konkurransen, og vil dermed også ha betydning for hvorvidt ”meeting competition defence”-prinsippet vil kunne gjøre seg gjeldende i den aktuelle sak.

## **7 Avslutning**

Dominerende foretak har grunnet sin posisjon i markedet et spesielt ansvar overfor konkurransen. Dette innebærer at de ikke har like stor frihet til å konkurrere på pris som foretak som ikke har en dominerende stilling i markedet. I hvilken grad dominerende foretak kan konkurrere på pris er derfor en viktig problemstilling i konkurranseretten. Dette er imidlertid et spørsmål som ikke kan gis noe generelt svar, men må vurderes fra sak til sak utfra hver enkelte saks konkrete faktum.

---

<sup>90</sup> For priser over GVK.

EF-domstolens praksis gir veiledning i forhold til hvilke momenter som kan ha relevans når grensen mellom restriktiv og ytelsesbasert konkurranse skal fastslås i hver enkelt sak. Både foretakets posisjon i markedet, forhold vedrørende markedet, foretakets opptreden og konkurrentenes opptreden vil kunne ha relevans i en helhetsvurdering.

Når det gjelder foretakets posisjon i markedet har for eksempel avgjørelsene i Tetra Pak I-dommen, Compagnie Maritime Belge-dommen og Irish Sugar-dommen vist at foretak som har en super-dominerende posisjon i markedet har et spesielt stort ansvar overfor konkurransen, og derfor også en innskrenket adgang til å konkurrere på pris sammenlignet med foretak som har en svakere dominans. Videre tyder de to sistnevnte dommene på at også kollektivt dominerende foretak kan bli strengere bedømt.

Særlige forhold vedrørende markedet som sådan kan også ha relevans. Dersom markedet er spesielt gjennomslukt eller konsentrert så vil dette kunne begrunne en snevrere adgang til å konkurrere på pris for det dominerende foretaket. Antall konkurrenter vil også kunne være relevant.

Angående foretakets opptreden er det mange momenter som kan ha relevans. Det viktigste momentet vil kanskje være forholdet mellom kostnad og pris på den aktuelle vare. Et dominerende foretak vil ha anledning til å konkurrere langt mer offensivt så lenge prisen holder seg over GTK. Ligger prisen under GVK er det etter AKZO-dommen en presumsjon for at prisen skal klassifiseres som rovprising, men prinsippet om ”meeting competition defence” har blitt tolket dithen i juridisk teori at det gir dominerende foretak anledning til å møte konkurranse med defensive pristilpasninger. Dette forutsetter imidlertid at prisen også blir justert opp igjen dersom konkurrentene tar initiativ til dette.

Ved prising mellom GVK og GTK vil det i utgangspunktet ikke klassifiseres som rovprising med mindre det er del av en plan om å eliminere en konkurrent. Særlig relevante momenter her vil være foretakets hensikt, muligheter for tjene inn det tapte og om det dominerende foretak har begått andre former for misbruk i tillegg til prisingen.



Til slutt kan også forholdet mellom kostnader og pris hos konkurrentene av det dominerende foretaket ha relevans. Formålet med forbudet mot rovprising er først og fremst at dominerende foretak ikke skal utnytte sin stilling i markedet til å presse ut konkurrenter som er like effektive eller mer effektive. Dersom konkurrentene er mindre effektive og må prise under sine GVK for å konkurrere med det dominerende foretaket er det mindre grunn til å beskytte dem enn om de hadde vært mer effektive og således kunne konkurrere gjennom bruk av priser over GVK.

## Litteraturliste

### Juridisk litteratur:

*Norsk Konkurranserett Bind I Atferdsregler og strukturkontroll.* Olav Kolstad ... [et al.]. Oslo, 2007.

Jones, Alison og Brenda Sufrin *EC Competition Law* 3. utg. Oxford, 2008.

Whish, Richard *Competition Law* 6. utg. Oxford, 2009.

*Bellamy & Child. European Community Law of Competition.* Redigert av Peter Roth QC og Vivien Rose. 6. utg. Oxford, 2008.

Lang, John T. og Robert O'Donoghue *Defining legitimate competition: How to clarify pricing abuses under Article 82 EC*, 26 *Fordham International Law Journal* s. 83, (2002-2003).

O'Donoghue, Robert og Jorge Atilano Padilla *The Law and Economics of Article 82*, (2006).

Slater, Donald og Denis Waelbroeck *Meeting Competition: Why it is not an Abuse under Article 82*, *Research Papers in Law* (3/2004).

Gravengaard, Martin Andreas *Meeting competition defence-principippet – et forsvar for prisdiskriminering og predatory pricing* (2006).

Gal, Michael S. *Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition?* *European Competition Law Review* s. 382, (2007).

Rettspraksis:

Sak C-62/86 AKZO Chemie BV mot Kommisjonen. Saml. 1991 I- 03359.

Sak C-333/94 P Tetra Pak International SA mot Kommisjonen. Saml. 1996 I-05951.

Sak C-53/92 P Hilti AG mot Kommisjonen. Saml. 1994 I-00667.

Sakene C-395/96 P og C-396/96 P Compagnie Maritime Belge Transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) and Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) mot Kommisjonen. Saml. 2000 I-01365.

Sak 27/76 United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommisjonen. Saml. 1978 00207.

Sak T-228/97 Irish Sugar plc mot Kommisjonen. Saml. 1999 II-02969.

Sak T-340/03 France Télécom SA mot Kommisjonen. Saml. 2007 II-00107.

Sakene T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93 Compagnie maritime belge transports SA og Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. og Nedlloyd Lijnen BV mot Kommisjonen. Saml. 1996 II-01201.

Lover:

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

Traktater:

EF-traktaten Traktaten om opprettelse af det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 15.mars 1957.

EØS-avtalen Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, i kraft 1.januar 1994.

Annet:

DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005.

