

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Konkurranseloven §11 og eksklusivitetsavtaler

Kandidatnummer: 706

Leveringsfrist: 26.november 2012 kl. 12.00

Antall ord: 14 149



## **Innholdsfortegnelse**

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Noen begreper.....	2
1.3	Avgrensning.....	3
1.4	Problemstillingens aktualitet .....	4
1.5	Metode og den videre fremstilling.....	4
<b>2</b>	<b>RETTSKILDESITUASJONEN .....</b>	<b>7</b>
<b>3</b>	<b>DOMINERENDE STILLING .....</b>	<b>10</b>
3.1	Innledning .....	10
3.2	Avgrensning av det relevante markedet .....	12
3.3	Dominerende stilling i det relevante markedet.....	17
	<b>3.3.1 Markedsandeler.....</b>	<b>18</b>
	<b>3.3.2. Etableringshindre .....</b>	<b>19</b>
	<b>3.3.2 Kjøpermakt.....</b>	<b>20</b>
3.4	Kollektiv dominans.....	21
<b>4</b>	<b>UTILBØRLIG UTNYTTELSE AV DOMINERENDE STILLING.....</b>	<b>22</b>
4.1	Objektiv vurdering.....	24
4.2	Normal konkurranse .....	26
4.3	Krav om årsakssammenheng .....	28
4.4	Egnet til å skade konkurransen .....	29
4.5	Initiativ.....	30
4.6	Misbruk på kjøpersiden .....	30
<b>5</b>	<b>ANALYSE AV NÅR EN EKSKLUSIVITETSAVTALE VIL OMFATTES AV KONKURRANSELOVEN § 11 .....</b>	<b>31</b>

5.1	Hva er en eksklusivitetsavtale?.....	31
5.2	Mulige økonomiske virkninger av eksklusivitetsavtaler .....	31
5.3	Hvilke momenter har rettspraksis og forvaltningspraksis vektlagt ved analysen av eksklusivitetsavtaler ekskluderende virkning? .....	33
5.3.1	<b>Innledende bemerkninger</b> .....	33
5.3.2	<b>De-facto eksklusivitet</b> .....	34
5.3.3	<b>Løpetiden på den inngåtte avtalen</b> .....	35
5.3.4	<b>Graden av utestengelse</b> .....	36
5.3.5	<b>Etableringshindre</b> .....	39
5.3.6	<b>Kjøpermakt</b> .....	40
5.3.7	<b>Nettverkseffekter</b> .....	40
5.3.8	<b>Krav om negativ virkning på konkurransen?</b> .....	41
<b>6</b>	<b>KAN EN EKSKLUSVITETSAVTALE SOM FREMSTÅR SOM ULOVLIG ADFERD ALLIKEVEL ANSES SOM LOVLIG</b> .....	<b>44</b>
6.1	Effektivitetsgevinster .....	45
6.2	Doktrinen om objektivt nødvendig adferd.....	48
6.2.1	<b>Helse og sikkerhetshensyn som legitim begrunnelse</b> .....	50
6.2.2	<b>Hindre free-riding/beskytte investeringer som legitim begrunnelse</b> .....	50
6.2.3	<b>Forsyningssikkerhet som legitim begrunnelse</b> .....	51
6.3	Oppsummering .....	51
<b>7</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</b> .....	<b>52</b>
<b>8</b>	<b>LITTERATURLISTE</b> .....	<b>55</b>

## **1 Innledning**

### **1.1 Tema og problemstilling**

Det siste året har tre norske foretak blitt ilagt bot for å ha misbrukt sin dominerende stilling – alle tre hadde inngått eksklusivitetsavtaler. De tre foretakene er Tomra, Posten Norge og Color Line. Alle tre er ilagt straffen på europeisk nivå, av henholdsvis EU-domstolen, EFTA-domstolen og den europeiske kommisjonen. Tine ble frikjent av norsk Høyesterett for å ha misbrukt sin dominerende stilling ved å inngå eksklusivitetsavtale.

Denne oppgaven vil drøfte når en eksklusivitetsavtale vil utgjøre et misbruk av dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11. Spørsmålet er når kan en dominerende aktør inngå en eksklusivitetsavtale med sine distributører eller leverandører uten at dette er misbruk av dominerende stilling.

Konkurranseloven § 11 forbyr ikke eksklusivitetsavtaler direkte. De er ikke listet opp som eksempler på misbruk av dominerende stilling. Allikevel kan slike avtaler utgjøre et misbruk av dominerende stilling på grunn av sin ekskluderende effekt. Med ekskluderende effekt mener man at avtalen får som virkning at konkurransen på det relevante markedet reduseres eller elimineres slik at forbrukerne kommer dårligere ut.

Det er en sentral målsetning for konkurranselovgivningen å skape en effektiv konkurranse i markedet. Konkurransen er effektiv i samfunnsøkonomisk forstand når den fører til en effektiv allokering av samfunnets ressurser. For å fremme effektiv konkurranse har det blitt lagt begrensninger på foretak som har en dominerende stilling i sitt marked. I Norge er dette regulert gjennom Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenlutninger av 5. mars 2004 nr. 12 (heretter konkurranseloven eller krrl) som er Norges implementering av EØS-reglene og derigjennom også EU-traktatens bestemmelser om konkurranse i markedene.

Det er i henhold til konkurransereglene ikke galt i seg selv å inneha en dominerende stilling i markedet, heller ikke at et foretak henter ut monopolprofitt i en periode. Dette kan være resultat av at firmaet har vært dyktigere enn andre og kan også virke som et initiativ til å foreta produktutvikling og effektivisere, noe som vil komme forbrukerne til gode. Det er først når en bedrift bruker sin dominerende stilling til å hindre konkurranse, bruker sin stilling til å ta markedsandeler i et annet marked, eller tar urimelig monopolprofitt at man snakker om misbruk av dominerende stilling.<sup>1</sup>

## 1.2 Noen begreper

Oppgaven reiser en del problemstillinger knyttet til EU-rett, konkurranserett og rettøkonomi med tilhørende begreper. Det er derfor nyttig med en liten oversikt over begreper som vil bli brukt gjennom oppgaven.

1. desember 2009 trådte Lisboa-traktaten i kraft. Implementeringen av denne traktaten innebar en rekke institusjonelle reformer. EF (det europeiske fellesskap) byttet offisielt navn til EU (den europeiske union). EF-traktaten (Traktaten om opprettelse av det europeiske fellesskap, også kjent som Roma-traktaten) skiftet navn til Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte (forkortet til TEUF-traktaten), og nummereringen av artiklene ble endret. EF-traktatens artikler 81 og 82 er nå EUF artikler 101 og 102. De samme artiklene var i en tidligere utgave av EF-traktaten artiklene 85 og 86, og vil i tidligere dommer bli omtalt som det. Ordlyden i artiklene har vært uendret hele tiden. I denne oppgaven vil jeg bruke nummereringen i henhold til hvilken traktat som gjelder på det tidspunkt som omtales. Videre byttet også EF-domstolen navn til EU-domstolen (den europeiske unions domstol). Domstolen vil bli omtalt med det navn den hadde på domsavsigelsestidspunktet.

Domstolsystemet i EU består av tre domstoler; førsteinstansdomstolen (General Court), EU-domstolen (Court of Justice) og Forvaltningsdomstolen (Civil Service Tribunal). Det er

---

<sup>1</sup> Graver (2004) s 341-343

de to første som er av interesse for saker i konkurranseretten. EU-domstolen behandler anker over dommer fra Førsteinstansdomstolen når det gjelder spørsmål om juridisk tolkning.

Konkurranselovens hovedformål er å fremme konkurranse for derigjennom bidra til en effektiv allokering og bruk av samfunnets ressurser, jf. § 1. Konkurranseloven § 1 annet ledd presiserer at det ved anvendelsen av loven skal tas særlig hensyn til forbrukernes interesser når lovens materielle bestemmelser skal tolkes. Begrepet ”forbruker” her må imidlertid tolkes i overensstemmelse med begrepet forbruker i EØS-avtalens regler. Etter EØS-avtalens artikkel 53 (3) menes ikke kun sluttforbruker med begrepet ”forbruker”, men alle etterspørrere av et produkt er å anse som forbrukere, herunder produsenter som kjøper innsatsenheter til egen produksjon, grossister og detaljforhandlere.

Konkurranseloven § 11 og den norske oversettelsen av EØS-avtalen artikkel 54 bruker begrepet ”utilbørlig utnyttelse”, mens EF-traktaten artikkel 102 og EØS avtalen på engelsk bruker begrepet ”misbruk” (abuse). Det følger imidlertid av forarbeidene til EØS-loven at forskjellen i begrepsbruk ikke er ment å innebære en realitetsforskjell.

### **1.3 Avgrensning**

Eksklusivitetsavtaler kan omfattes både av konkurranseloven § 10 og § 11. Tema for denne oppgaven er kun de avtaler som omfattes av konkurranseloven § 11; det vil si avtaler som er inngått mellom et dominerende foretak og en annen aktør i markedet.

Denne oppgaven vil ikke drøfte situasjonen i markeder med oligopolistisk konkurranse<sup>2</sup>. I slike markeder er det utfordrende å avgjøre om et eller flere foretak opptrer kollektivt eller om mangelen på konkurranse mellom dem skyldes markedets oligopolistiske struktur. EF-domstolen har så langt ikke anvendt EF-traktaten artikkel 102 alene på grunnlag av at fore-

---

<sup>2</sup> Et marked med oligopoli er kjennetegnet av at det er et fåtall store foretak som deler markedet mellom seg, og som hver for seg har så store markedsandeler at de har mulighet til å sette prisene og foretakene konkurrerer normalt med andre virkemidler enn priser

tak er knyttet til hverandre som følge av en slik markedsstruktur, men har i flere saker funnet at foretak har opptrådt slik at de har hatt kollektiv dominans. Det kan være vanskelig å trekke grensen mellom kollektiv dominans og manglende konkurranse på grunn av oligopolitisk markedsstruktur, og det har blitt skrevet meget om teamet.<sup>3</sup> På grunn av begrensinger i oppgavens omfang, vil ikke oligopolitisk markedsstruktur bli drøftet.

#### **1.4 Problemstillingens aktualitet**

Konkurranseloven § 11 forbyr en del handlinger for foretak som har en dominerende posisjon i et eller flere markeder dersom disse handlingene vil være en utilbørlig utnyttelse av foretakets dominerende stilling. Foretakene må imidlertid selv vurdere hvorvidt deres handlinger er innenfor handlingsrommet i konkurranseloven § 11. Eksklusivitetsavtaler kan være et nyttig verktøy for foretak, spesielt dersom de skal etablere et nytt distribusjonsnettverk, slik Posten Norge gjorde da de utviklet Post i Butikk-konseptet<sup>4</sup>. Samtidig kan det for dominerende foretak være vanskelig å avgjøre når man er innenfor handlingsrommet i konkurranseloven § 11 og når man har trådt utenfor. Spørsmålet har derfor praktisk anvendelse.

Problemstillingen er også prinsipielt viktig. Eksklusivitetsavtaler kan føre til økt forbrukervelferd under visse vilkår, og dersom konkurransemyndighetene inkluderer for mye i misbrukskriteriet kan det gå utover forbrukerne. Og også motsatt; slike avtaler kan føre til redusert forbrukervelferd, og dersom konkurransemyndighetene ikke tolker misbrukskriteriet vidt nok, vil de ikke fange opp de avtalene som skader forbrukervelferden.

#### **1.5 Metode og den videre fremstilling**

Eksklusive kjøpsavtaler er ikke uttrykkelig nevnt i EU traktaten artikkel 102 eller konkurranseloven § 11, hvilket betyr at traktatteksten og lovens ordlyd gir begrenset veiledning

---

<sup>3</sup> Whish (2009), s. 556

<sup>4</sup> Jeg vil komme tilbake til denne saken senere i oppgaven

ved vurderingen av når det vil foreligge et misbruk av dominerende stilling i forbindelse med dette. Misbruksvilkårene er således innfortolket i artikkel 102 gjennom domstolpraksis fra EU-domstolen og Førsteinstansdomstolen. I Norge har kun en sak om dette teamet blitt behandlet i rettsapparatet, Rt-2011-910, den såkalte Tine-saken. Konkurransetilsynet har også bare behandlet denne ene saken om eksklusivitetsavtaler så langt. Denne oppgaven vil derfor baseres på en analyse av relevant rettspraksis fra EFTA-domstolen, EU – domstolen og førsteinstansdomstolen, Kommisjonens beslutningspraksis, samt den ene dommen fra Norge.

Samfunnsøkonomisk teori har også fått en stadig større plass i konkurranseretten, spesielt ettersom samfunnsøkonomien har utviklet seg og utviklet nye teorier innen konkurranseøkonomien. Som en følge av den rettslige utviklingen er det en del av begrepene i konkurranseretten som ikke kan fylles med innhold uten bruk av samfunnsøkonomisk teori. Slike begrep er for eksempel marked og relevant marked. I saken *United Brands*<sup>5</sup> ble det relevante markedet definert som markedet for bananer mens *United Brands* mente at det relevante markedet var all frisk frukt. Domstolen la imidlertid vekt på at bananer ikke var substituerbare med annen frisk frukt fordi bananer hadde tre karakteristika som skilte dem fra annen frukt: økonomisk: det var bare bananer som var tilgjengelige hele året, fysisk: utseende, smak, vitamininnhold, mineralinnhold, kjemisk sammensetning og mykhet, funksjonelt: enkel og hygienisk å håndtere, enkel å fordøye.<sup>6</sup> Videre la domstolen vekt på at små barn og gamle uten tenner ikke ville kunne spise annen frukt enn bananer. Bananer var derfor et eget marked. Med utviklingen av og inkluderingen av samfunnsøkonomisk teori er vurderingstemaet for å finne det relevante markedet nå om tilstrekkelig mange kunder vil bytte til et annet produkt dersom prisen settes opp slik at prisøkningen som følge av at kundene velger seg et annet produkt, ikke vil være lønnsom. Inkluderingen av samfunnsøkonomisk teori har vist at man må fokusere på de kundene som har alternativer, ikke de kundegrup-

---

<sup>5</sup> Sak C-27/67 *United Brands v Commission*

<sup>6</sup> Sak C-27/67 *United Brands v Commission*, s.225, høyre spalte



pene som har få eller ingen alternativer til produktet. Jeg kommer tilbake til avgrensningen av det relevante markedet i avsnitt 3.2.

Innledningsvis vil jeg i punkt 2 gjøre rede for rettskildesituasjonen og noen sentrale begreper.

Da det kun er dominerende foretak som omfattes av konkurranseloven § 11, vil jeg i punkt 3 redegjøre for hva det vil si å ha en dominerende stilling. Dernest i punkt 4 vil jeg drøfte hva som anses for å være en utilbørlig utnyttelse av en slik stilling.

I punkt 5 vil jeg behandle eksklusivitetsavtaler og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Etter en kort oversikt over hva en eksklusivitetsavtale er og hvorfor foretak ønsker å inngå slike, vil jeg analysere hvilke faktorer rettspraksis og forvaltningspraksis har vektlagt når eksklusivitetsavtaler er funnet å være ulovlige. Eksklusivitetsavtaler er ofte koblet sammen med lojalitetsrabatter, og også noen av disse avgjørelsene vil være relevante i analysen. Fremstillingen er strukturert som en gjennomgang av de sentrale momentene domstolene og forvaltningen har vektlagt i sine vurderinger. Fremstillingen er hovedsakelig en juridisk analyse av momentene som er vektlagt i avgjørelsene fra domstoler og forvaltning.

I punkt 6 undersøker jeg om en eksklusivitetsavtale som i utgangspunktet anses som ulovlig adferd etter konkurranseloven § 11 allikevel kan anses som lovlig. Ordlyden i konkurranseloven § 11 tilsier ikke at det foreligger en slik mulighet, men rettspraksis har innfortolket en slik unntaksadgang i misbrukskriteriet

I punkt 7 er det noen avsluttende bemerkninger.

## 2 RETTSKILDESITUASJONEN

Lov av 5. mars 2004 nr 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaksslutninger (heretter Konkurranseloven) avløste den tidligere Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. Juni 1993 nr 65. Loven var en implementering av deler av EØS-avtalen<sup>7</sup> i norsk lovgivning, og konkurranseloven § 11 tilsvarer EØS-avtalen artikkel 54 som igjen tilsvarer ordlyden i EU-traktaten artikkel 102. Men konkurranseloven § 11 oppstiller et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, men gjelder kun adferd innenfor Norges grenser,<sup>8</sup> i motsetning til EØS-avtalen artikkel 54 og TFEU artikkel 102 som forbyr utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling på henholdsvis EØS-markedet og EU-markedet.

Det følger av forarbeidene<sup>9</sup> til konkurranseloven at praksis fra EF-domstolen, Førsteinstansretten og EFTA-domstolen vil veie tungt ved tolkningen av konkurranseloven § 11. Det presiseres imidlertid i forarbeidene at en harmonisering av regelverket ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis vil bli identisk med praksis i EU og EØS. Grunnen til dette er at det er ulikheter i reglenes formål, virkeområde, samt rettskildesituasjonen, noe som kan spille inn og føre til et noe annerledes resultat.<sup>10</sup>

Konkurranseloven §15 regulerer forholdet mellom konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler. Bestemmelsen slår fast at §11 gjelder med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7<sup>11</sup>. EØS-konkurranseloven § 7 pålegger nasjonale domstoler og nasjonale konkurransemyndigheter å også anvende EØS-avtalen artikkel 54 i saker der de anvender norsk konkurranselovgivning på utilbørlig utnyttelse som er forbudt etter

---

<sup>7</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

<sup>8</sup> Jfr. Konkurranseloven § 5 første ledd

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)

<sup>10</sup> Ot.prp nr 6 (2003-2004) s. 61 venstre spalte og s. 68 høyre spalte

<sup>11</sup> Lov av 5. mars 2004 nr. 11

EØS-avtalen artikkel 54. Rettsreglene vil da bli anvendt parallelt og ha overlappende bruksområde.<sup>12</sup>

I Norge har Høyesterett kun behandlet en sak om eksklusivitetsavtale i forhold til konkurranse-loven § 11, Rt-2011-910, den såkalte Tine-saken. Forarbeidene drøfter i liten grad det materielle innholdet i § 10 og § 11 da disse er en harmonisering av de norske reglene og EU/EØS-reglene. I dette rettskildebildet er det derfor nødvendig også å se hen til avgjørelser fra EFTA-domstolen, EU-domstolen og Førsteinstantsretten.

EU har som tidligere nevnt to domstoler; Førsteinstansdomstolen og EU-domstolen. Det er EU-domstolen som dømmer i siste instans, og dens dommer kan derfor anses som gjeldende rett. EU-domstolen har utviklet sin egen tolkningslære som avviker noe fra tradisjonelle prinsipper for tolkning av folkerettslige prinsipper<sup>13</sup> og fra nasjonal rettskildelære i medlemstatene. EU-domstolen legger stor vekt på formålet med reglene spesielt prinsippet om markedsintegrasjon i EU, ikke sjelden på bekostning av lovteksten. Forarbeider og nasjonal praksis tillegges normalt liten eller ingen vekt. Begrepsdannelser og allmenne rettsprinsipper tillegges imidlertid stor betydning.<sup>14</sup> EU-domstolen har som følge av dette hatt en meget dynamisk tolkning av regelverket, og vært en pådriver for dypere integrasjon i EU.

Høyesterett har imidlertid slått fast at norske domstoler ikke skal foreta en like dynamisk tolkning av EØS-regelverket som EU-domstolen, eller ligge i forkant av rettsutviklingen på områder der EU- eller EFTA-domstolene ikke har behandlet spørsmålet. Dette kan føre til at norske domstoler vil komme til et annet resultat enn domstolene i EU og EFTA i en konkret sak. Dersom EFTA- eller EU-domstolene har presisert innholdet i en bestemmelse gjennom en eller flere avgjørelser, må den norske domstolen (eller forvaltningsorganet)

---

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 228

<sup>13</sup> Prinsippene om tolkningen av internasjonale traktater er nedfelt i Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

<sup>14</sup> Arnesen og Stenvik(2009), s. 22

skaffe seg oversikt over og tolke avgjørelsene, for deretter å anvende det på den konkrete saken.<sup>15</sup> Det er imidlertid utenfor denne oppgavens tema å behandle tolkningslæren.

I tillegg til domstolene i EU, har Europakommisjonen (heretter Kommisjonen) en sentral rolle i håndhevelsen av konkurransereglene i EU. Dens avgjørelser kan sammenlignes med forvaltningspraksis i Norge, og det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at Kommisjonens praksis er en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av konkurranseloven 11<sup>16</sup>.

Kommisjonen publiserer også veiledninger (såkalte Guidelines) om hvorledes EU-rettens konkurranseregler skal forstås basert på rettspraksis fra domstolene i EU og Kommisjonens egen praksis, samt Kommisjonens prioriteringer ved håndhevelsen av bestemmelsene. Slike veiledninger er ikke juridisk bindende for domstolene i EU, og det er usikkert hvorvidt de vil følge dem. Men Kommisjonen vil i stor grad føle seg bundet av dem for å sikre enhetlig praksis. Det er også Kommisjonen som i første instans håndhever konkurransereglene, så slike veiledninger vil ha stor praktisk betydning for foretakene. Det kan også antas at Konkurransetilsynet vil følge samme prioriteringer som Kommisjonen slik de fremkommer i veiledningene. 3. desember 2008 publiserte Kommisjonen en veiledning til artikkel 82 om misbruk av dominerende stilling gjennom ekskluderende adferd.<sup>17</sup>

Kommisjonen publiserer også diskusjonsnotater. Dette er imidlertid ikke en publikasjon fra Kommisjonen som konkurransemyndighet, men notater fra Kommisjonens ansatte. Diskusjonsnotatene vil kunne belyse rettstilstanden og gi gode eksempler på Kommisjonens praksis. Kommisjonen utga i desember 2005 et Discussion Paper knyttet til artikkel 82<sup>18</sup>. Publiseringen av dette diskusjonsnotatet utløste en langvarig debatt om det var nødvendig

---

<sup>15</sup> Arnesen og Stenvik (2009) s. 22-23

<sup>16</sup> Ot.prp nr 6 (2003-2004) s. 68 høyre spalte

<sup>17</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ 2009/ c 45/02

<sup>18</sup> DG Commission Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (Commission Discussion Paper 2005)

med en reform av artikkel 82.<sup>19</sup> Ordlyden i artikkel har imidlertid blitt videreført uendret i TEUF-traktaten. Kommisjonen og domstolene har heller ikke lagt opp til en endring av tolkningen.

### 3 DOMINERENDE STILLING

#### 3.1 Innledning

Det er kun dominerende foretak som omfattes av konkurranseloven § 11. Det er derfor nødvendig å redegjøre for hva det vil si å ha en dominerende stilling i konkurranseretten.

Definisjonen på hva det vil si å ha en dominerende stilling i et marked finner vi i EF-domstolens avgjørelse i saken mellom United Brands og Europakommisjonen fra 1978<sup>20</sup>. Denne definisjonen har i ettertid blitt lagt til grunn i alle andre saker. Definisjonen fremkommer i avsnitt 65 i avgjørelsen:

*”The dominant position thus referred to by Article 82 relates to the position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers.”*<sup>21</sup>

Å inneha en dominerende stilling i markedet innebærer altså at foretaket kan opptre uavhengig av konkurrenter og kunder. I en situasjon med perfekt konkurranse i markedet, vil kundene alltid kunne finne en annen produsent som kan levere et tilsvarende produkt dersom produsenten endrer kvalitet, pris eller lignende til ugunst for kunden. Dette er altså ikke mulig eller meget vanskelig dersom produsenten har en dominerende stilling.

---

<sup>19</sup> Whish (2009), s.171

<sup>20</sup> Sak C-27/67 United Brands v Commission

<sup>21</sup> Sak C-27/67 United Brands v Commission, avsnitt 65

Det å inneha en dominerende stilling er ikke det samme som å ha markedsrett. De fleste foretak vil ha noe markedsrett da det er de færreste som vil miste alt sitt salg ved å heve prisene til litt over kostanden ved å produsere siste enhet. Vilåret om dominerende stilling i konkurranseloven § 11 kan derfor tolkes som et krav om at foretaket må ha kvalifisert markedsrett, da det ikke er ønskelig å gripe inn mot ethvert foretak som har markedsrett.<sup>22</sup> Det er kun dominerende foretak som misbruker sin stilling som omfattes.

Det er også viktig å understreke at det å inneha en dominerende stilling ikke i seg selv krittiskverdigg, slik EF-domstolen skriver i Almelo:

*“However, a finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a ground of criticism but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market (see Michelin, paragraph 57)”.<sup>23</sup>*

Det påhviler imidlertid et dominerende foretak et spesielt ansvar for å sørge for at dets handlinger ikke ødelegger den gjenværende konkurransen i markedet; slik det fremgår av sitatet over og flere andre saker, se for eksempel sak C-52/09 TeliaSonera Sverige v Commission, avsnitt 24.

Vurderingen av hvorvidt et foretak har en dominerende stilling er todelt. Først må det relevante markedet defineres så vel produktmessig som geografisk. Deretter må foretakets markedsrett innen det relevante markedet vurderes.

---

<sup>22</sup> Evensen, Sæveraas (red) (2009), s. 321

<sup>23</sup> Sak C-393/92 Almelo v NV Energiebedrijf Ijsselmij, avsnitt 37

### 3.2 Avgrensning av det relevante markedet

Da EF-domstolen behandlet den første saken om bruken av artikkel 82 (nå artikkel 102) i saken *Continental Can v Commission*, uttalte den at avgrensningen av det relevante markedet var av avgjørende betydning.<sup>24</sup> I den saken omgjorde EF-domstolen Kommisjonens avgjørelse, fordi Kommisjonen ikke hadde avgrenset markedet korrekt. Kommisjonen hadde lagt til grunn at *Continental Can* hadde en dominerende stilling i tre forskjellige markeder uten å forklare hvorfor man anså disse markedene for å være forskjellige.

Begrepet ”det relevante markedet” er et samfunnsøkonomisk begrep, og det er nødvendig å bruke samfunnsøkonomisk metode for å finne det relevante markedet.

Det er viktig å avgrense markedet korrekt for å kunne foreta en korrekt vurdering av om foretaket har en dominerende stilling. I saken *United Brands*<sup>25</sup> ville ikke *United Brands* ha blitt ansett for å ha en dominerende stilling dersom markedet hadde blitt avgrenset til all frisk frukt i stedet for bare bananer. I *Alsattel v Novasam* kom EF-domstolen til at det relevante geografiske markedet var hele Frankrike, så selv om *Alsattel* hadde en høy markedsandel i Alsace, var det ingen forhold i saken som tydet på at de hadde en dominerende stilling i hele det relevante markedet.<sup>26</sup>

Markedsavgrensningen har til formål å identifisere faktiske konkurrenter, ikke potensielle. Grunnen til dette er at etterspørselssubstituerbarhet anses for å være det mest umiddelbare og mest effektivt disiplinerende i markedet, spesielt i prissettingen. Dersom en vare har høy etterspørselssubstituerbarhet betyr dette at en liten prisøkning vil føre til at kundene velger en annen vare de anser som like god i stedet, noe som fører til at selger vil være forsiktig med å øke prisene. Ved avgrensningen av markedet kartlegger man derfor kundenes alterna-

---

<sup>24</sup> Sak C-6/72 *Continental Can v Commission*, avsnitt 32

<sup>25</sup> Sak C-27/76 *United Brands v Commission*

<sup>26</sup> Sak C-247/86 *Alsattel v Novasam SA*, avsnittene 15-18

tive forsyningskilder til den aktuelle varen eller tjenesten, både geografisk og produktmessig.

Det skal normalt ikke tas hensyn til potensiell konkurranse ved markedsavgrensningen, da dette ikke har en umiddelbar effekt. Potensiell konkurranse er en faktor i vurderingen av hvorvidt foretaket har en dominerende stilling.<sup>27</sup> Et marked med lave etableringshindringer vil ofte ha stor grad av potensiell konkurranse fordi det vil være lett å starte opp et nytt foretak, noe som kan være aktuelt dersom prisene går opp.

I en sak om kjøpermakt, vil markedsavgrensningen i stedet undersøke alternative distribusjonskanaler for leverandørene av den aktuelle tjenesten eller varen.<sup>28</sup>

Det har etter hvert utviklet seg ulike metoder for å avgrense det relevante markedet.<sup>29</sup> Europakommisjonen har utgitt Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purpose of Community Competition Law<sup>30</sup> der den legger opp til å bruke den såkalte ”hypotetiske monopolist-testen”, også kjent som SSNIP-testen (Small but Significant Non-transitory Increase in Prices). Navnet ”den hypotetiske monopolist-testen” henspiller på at det relevante markedet i økonomisk forstand kan defineres som det minste markedet det er lønnsomt å monopolisere. Dersom et foretak kan oppnå kontroll over dette markedet, kan det sette monopolpriser<sup>31</sup>. Førstedomstolen viste til SSNIP-testen og overprøvde Kommisjonens anvendelse av den i France Télécom v Commission<sup>32</sup> ga førsteinstansdomstolen samtidig testen en rettskildemessig forankring og tyngde, selv om de ikke nevnte testen ved navn:<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> Evensen, Sæveraas (red) ((2009), s 285

<sup>28</sup> Se sak T-219/99 British Airways c Commission, påanket, men dommen opprettholdt av Court of Justice i sak C-95/04

<sup>29</sup> Whish (2009), s. 26

<sup>30</sup> OJ (1997) C 372/5 (1998) 4 CMLR 177

<sup>31</sup> Monopolpriser innebærer at foretaket kan sette høyere priser enn i et marked med konkurranse noe som fører til økt profitt for foretaket men redusert forbrukervelferd

<sup>32</sup> Sak T-340/03 France Télécom v Commission, avsnitt 87

<sup>33</sup> Evensen, Sæveraas (red) (2009), s. 288



*According to that notice, the assessment of demand substitution entails a determination of the range of products which are viewed as substitutes by the consumer. One way of making this determination can be viewed as a speculative experiment, postulating a hypothetical small but lasting change in relative prices and evaluating the likely reactions of customers to that increase. In paragraph 17 of the notice, the Commission states '[t]he question to be answered is whether the parties' customers would switch to readily available substitutes ... in response to a hypothetical small (in the range 5 to 10%) but permanent relative price increase in the products and areas being considered'.*

SSNIP-testen tar utgangspunkt i den vare eller tjeneste saken gjelder og det området det aktuelle foretaket selger denne i. Så antar man en liten men varig prisøkning på 5-10%, og vurderer så i hvilken grad kundene da vil gå over til andre leverandører eller produkter. Skjæringspunktet for hvilke geografiske områder og produkter som inkluderes eller ekskluderes bestemmes av hvorvidt prisøkningen er lønnsom eller ikke. Dersom prisøkningen ikke er lønnsom på grunn av tapt volum fordi et tilstrekkelig antall kunder da velger et annet produkt eller velger å kjøpe fra et annet geografisk område, inkluderes dette andre produktet eller området i det relevante markedet.

I saken France Télécom var det et spørsmål om høy- og lavkvalitetsvarianter av samme produkt var å anse som tilhørende samme produktmarked. France Télécom tilbød høy- og lavhastighet internetttilgang med ulik pris på de to produktene. I EU- og EØS-retten har det vært vanlig å anse høy- og lavkvalitetsvarianter av samme produkt som separate produktmarkeder, så også i denne saken. Men i følge SSNIP-testen er det avgjørende om substituerbarheten mellom høy- og lavkvalitetsproduktene er så stor at en prisøkning på 5-10% ikke vil være lønnsom, og det at kvalitetsforskjellen gjenspeiles i prisen utelukker ikke en så høy grad av substituerbarhet mellom produktene. Eksistensen av lavkvalitetsvarianten kan gjøre en liten prisøkning på høykvalitetsvarianten ulønnsom og omvendt.<sup>34</sup> Konkurransetilsynet la i vedtaket mot SAS om predasjonsprising på ruten Oslo-Haugesund til grunn at

---

<sup>34</sup> Evensen, Sæveraas (2009), s. 299

flyselskaper som tilbyr høykvalitetstjenester tilhører samme marked som lavprisselskaper. SAS henviste til EU-retten og mente at SAS og Coast Air konkurrerte i ulike markeder. Konkurransetilsynet tillot det betydelig vekt at SAS hadde senket prisene etter Coast Air hadde begynt å fly samme rute, og senket dem mer enn den generelle nedgangen i prisen på flyreiser, samt at de fleste passasjerene til SAS på denne ruten kun reiste mellom de to byene og ikke videre med SAS til andre destinasjoner.<sup>35</sup> Dette er i tråd med analysen som skal gjøres etter SSNIP-testen. Det kan derfor ikke antas at høy- og lavkvalitetsprodukter tilhører ulike markeder selv om EU-domstolene har lagt dette til grunn hittil i de sakene de har behandlet. Dette må vurderes konkret i her enkelt sak.

Svakheten ved SSNIP-testen er at markedet kan avgrense markedet for vidt, fordi prisene som finnes i markedet som undersøkes allerede nærmer seg monopolpriser. Grunnen til dette er at en hver rasjonell bedrift vil sette prisene slik at de oppnår størst mulig profitt. Dersom det er lite eller ingen konkurranse i markedet, kan foretaket sette prisene høyere enn dersom det hadde vært effektiv konkurranse i markedet, og dermed få høyere profitt. Dersom et slikt foretak øker prisene ytterligere, vil det føre til et volumtap som vil gjøre prisstigningen ulønnsom (en monopolist vil alltid sette prisene slik at en ytterligere prisøkning vil føre til et volumtap som gjør prisstigningen ulønnsom). Ifølge SSNIP-testen skulle volumtapet bety at det relevante markedet kan utvides, mens forklaringen kan være at volumtapet skyldes at det allerede er monopolpriser i markedet. For at SSNIP-testen skal gi en korrekt avgrensing av markedet, må man ta utgangspunkt i den prisen effektiv konkurranse i markedet ville gitt. Amerikansk høyesterett (US Supreme Court) begikk i saken *United States v E.I. du Pont de Nemours and Co* den feilen å anvende SSNIP-testen på et marked der det allerede var monopolpriser. Markedet som ble analysert var markedet for innpakkingsmaterialer, deriblant cellophane, og denne svakheten kalles ofte "the Cellophane Fallacy" etter denne saken.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2005-9 SAS AB, s. 16-17

<sup>36</sup> *United States v E.I. Du Pont de Nemours & Co* (1956) 351 US 377

Det er spesielt viktig å være oppmerksom på denne mulige feilkilden ved bruken av SSNIP-testen i saker etter konkurranseloven §11, da disse sakene nettopp gjelder foretak med betydelig markedsrett som kan sette prisene høyere enn ved effektiv konkurranse.

SSNIP-testen legger til grunn at det er marginalkundene<sup>37</sup> som er avgjørende for om substituerbarheten er tilstrekkelig til at prisøkningen ikke vil være lønnsom. Dette har allikevel ikke alltid vært klar praksis i EU-domstolene under TFEU artikkel 102. Det er flere eksempler på at forskjeller i produktenes pris og fysiske karakteristika uten videre tas til inntekt for at det dreier seg om separate produktmarkeder.<sup>38</sup> Et eksempel på dette er som allerede er diskutert er United Brands saken der bananer ble ansett som eget marked fordi noen kundegrupper ikke hadde et alternativt produkt. Et annet er France Télécom-saken som også er nevnt der høy- og lavhastighets internett-tilgang ble ansett som forskjellige markeder på grunn av deres ulike pris:

*”It should be pointed out, in this respect, that, first of all...that the migration rates of high-speed subscribers to integral low-speed offers were very low during the period covered, in spite of the difference in price between those services, which should have prompted numerous internet users to turn to low-speed access. This large discrepancy in the rates of migration between low-speed and high-speed access and between high-speed and low-speed access does not lend credence to the argument that those services are interchangeable in the eyes of consumers...*

*Consequently, on the basis of all the foregoing, it should be held that the Commission was right to find that a sufficient degree of substitutability between high-speed and low-speed access did not exist and to define the market in question as that of high-speed internet access for residential customers.”<sup>39</sup>*

En slik tilnærming vil i noen tilfeller gi riktig resultat, i andre ikke. I økonomisk forstand er

---

<sup>37</sup> Marginalkundene er de kundene som vil kjøpe et alternativt produkt ved en prisøkning

<sup>38</sup> Evensen, Sæveraas ((2009), s. 294.

<sup>39</sup> Sak T-340/03 France Télécom v Commission, avsnitt 89 og 91

bevis vedrørende forskjeller i prisutvikling over tid mer troverdig enn en sammenligning av absolutt prisnivå. Kommisjonen synes i større grad enn tidligere å anerkjenne dette i nyere praksis.<sup>40</sup>

SSNIP- testen ble utviklet i USA for bruk i fusjonssaker, og brukes normalt bare i disse.<sup>41</sup> I Europa har Kommisjonen lagt mindre vekt på SSNIP-testen i fusjonssaker de siste årene. I stedet har Kommisjonen brukt økonometriske modeller av til dels stor kompleksitet. Domstolene anvender fortsatt SSNIP-testen også i disse sakene, men de fleste sakene avgjøres av Kommisjonen og blir ikke tatt til domstolene. Det er et spørsmål om Kommisjonen også i andre saker vil gå over til å bruke økonometriske modeller. Det kan jo være spesielt relevant i saker som omfattes av TFEU artikkel 102 på grunn av svakheten ved SSNIP i avgrensningen av det relevante markedet. Ulempen med komplekse økonometriske modeller er at de krever god samfunnsøkonomisk forståelse, og kan være vanskelig for ikke samfunnsøkonomer å forstå og anvende.

### **3.3 Dominerende stilling i det relevante markedet**

Et foretaks reelle markedsrett er i prinsippet uavhengig av om markedet defineres vidt eller snevert fordi det kan være andre faktorer som disiplinerer foretakets markedsadferd. Disse forholdene vil være relevante faktorer i vurderingen av foretakets markedsrett i det relevante markedet. For eksempel kan det være eksternt konkurransepress fordi foretaket konkurrerer i to markeder et for primærprodukter og et for reservedeler. Dette kan konkurransemyndighetene velge å tillegge vekt. Men i praksis er det markedsavgrensningen som har betydning for om et foretak anses for å ha en dominerende stilling eller ikke.<sup>42</sup>

Ingen foretak kan opptre fullstendig uavhengig av markedet, heller ikke monopolister, da høyere pris vil føre til at noen kunder rett og slett ikke vil kjøpe produktet lenger. Derfor er terskelen i United Brands satt til å kunne i betydelig grad opptre uavhengig (”an appre-

---

<sup>40</sup> Evensen, Sæveraas (red) (2009), s. 294

<sup>41</sup> Whish (2009), s.31

<sup>42</sup> Evensen, Sæveraas (red) (2009), s. 305

ciable extent”). I vurderingen av om foretaket har mulighet til i betydelig grad kunne opptre uavhengig av andre aktører på markedet, vil særlig markedsandeler og etableringshindre være sentrale elementer. Men også andre forhold som for eksempel kjøpermakt har også betydning.

### 3.3.1 Markedsandeler

Domstolen har i flere tilfeller slått fast at en høy meget markedsandel i seg selv gir grunnlag for å presumere at foretaket har en dominerende stilling med unntak av noen eksepsjonelle saker. I saken AKZO skriver domstolen:

*“With regard to market shares the Court has held that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (judgment in Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission [1979] ECR 461, paragraph 41). That is the situation where there is a market share of 50% such as that found to exist in this case.”*<sup>43</sup>

Det er vanlig å tolke AKZO-dommen slik at den etablerte en regel om presumpsjon for dominerende stilling dersom foretaket har 50% eller høyere markedsandel.<sup>44</sup> Det betyr at foretaket i slike tilfeller har bevis byrden for at det ikke har en dominerende stilling. Men verken EF-domstolen, Kommisjonen eller Konkurransetilsynet har kommet frem til at et foretak har en dominerende stilling alene på grunnlag av presumpsjon ved markedsandeler rundt denne grensen.<sup>45</sup> I AKZO la EF-domstolen også vekt på andre faktorer; blant annet at AKZO hadde en overlegen teknisk kunnskap og en høyt utviklet markedsføringsorganisasjon. I praksis er det derfor en svak presumpsjon om dominerende stilling ved markedsandeler rundt 50% som må underbygges av andre faktorer. Det er først i saker med meget

---

<sup>43</sup> Sak C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission (1991), avsnitt 60

<sup>44</sup> Whish (2009), s. 40

<sup>45</sup> Evensen, Sæveraas (red) (2009), s.307

høye markedsandeler som i Hoffman-La Roche<sup>46</sup>, at markedsandeler over tid kan være tilstrekkelig alene.

Ved vurderingen foretakets markedsandel er det også av betydning hvorvidt markedsandelen til foretaket har vært stabil over tid og hvor store markedsandeler konkurrentene har.

Dersom aktørenes markedsandeler er uendret over tid, kan det tyde på manglende konkurranse dem i mellom. I United Brands viste EF-domstolen til at konkurrentene ikke hadde klart å ta fra United Brands markedsandeler, og at salgshallene til United Brands heller ikke hadde gått ned.<sup>47</sup> Det at det foretaks markedsandeler har sunket utelukker ikke at foretaket fortsatt har markedsrett.<sup>48</sup> Man må også ta med i vurderingen hva slags marked det er snakk om. Dersom det er et statisk marked med lite innovasjon, stabilt tilbud og etterspørsel, vil markedsandelen normalt gjenspeile markedsmakten til foretaket. I dynamiske markeder med høy grad av innovasjon og/eller vekst i omsatt volum, vil markedsandeler på et gitt tidspunkt gi lite pålitelig informasjon om et foretaks markedsrett. Et eksempel på dette er at for få år siden anklaget et konsortium med Google i spissen Microsoft for misbruk av dominerende stilling; i 2012 har et konsortium med Microsoft i spissen anklaget Google for misbruk av dominerende stilling.

Dersom markedsavgrensningen er usikker, må man tillegge betydningen av markedsandelene mindre vekt.

### **3.3.2. Etableringshindre**

Hvorvidt et marked har etableringshindre eller ikke har betydning for om foretakene i markedet kan sies å ha markedsrett eller ikke. Dersom det er høye etableringshindre, vil det

---

<sup>46</sup> Sak C- 85/76 Hoffman-La Roche v Commission

<sup>47</sup> Sak C-27/76 United Brands v Commission

<sup>48</sup> Se sak C-85/76 Hoffman- La Roche v Commission, sak T-219/99 British Airways v Commission, avsnitt 223-224, og Court of Justice avgjørelse i ankesaken sak C-95/04

være lettere for aktørene i markedet å utøve markedsrett dersom de er i en posisjon til å ha dette. Dersom det er lett å etablere seg på markedet, vil dette virke disiplinerende på aktørene på markedet og holde prisene nede, selv om en av dem skulle ha en dominerende stilling.

Samfunnsøkonomisk teori definerer som regel etableringshindre relativt snevert. Konkurransemyndighetene synes å ha basert seg på en videre forståelse av begrepet, der etableringshindre er en samlebetegnelse på alle forhold som kan hindre eller gjøre det vanskelig for nye foretak å etablere seg i det relevante markedet.<sup>49</sup>

Konkurransetilsynet påla Nettbuss Sør å fjerne tur-retur rabatten samt kundekortrabatten som selskapet hadde innført i vedtak av 19. juli 2004. Dette vedtaket ble senere omgjort av Konkurransetilsynet. I denne saken så Konkurransetilsynet det slik at behovet for høy avgangsfrekvens for å bli konkurransedyktig, overkapasitet blant etablerte aktører samt behovet for samordning av lokal- og ekspressbusstrafikk utgjorde etableringshindre.<sup>50</sup>

Også Kommisjonen har i sin Guidance on exclusionary practices<sup>51</sup> lagt listen høyt for å akseptere at potensiell konkurranse kan tilbakevise en presumpsjon for dominans basert på markedsandel. Det er ikke tilstrekkelig at nyetablering har skjedd eller sannsynligvis vil skje; det må også kunne skje raskt og i tilstrekkelig omfang.

### **3.3.2 Kjøpermakt**

Markedsrett på kjøpersiden kan begrense tilbyders mulighet til å opptre uavhengig av kundene, selv om foretaket på tilbydersiden har en stor markedsandel. Men kjøper må ha en reell valgmulighet slik at det blir en troverdig trussel å skifte til en annen leverandør.

---

<sup>49</sup> Evensen, Sæveraas (red) (2009), s. 310

<sup>50</sup> Omgjøringsvedtak V2004-34 Nettbuss Sør, s. 12

<sup>51</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ 2009/ c 45/02 avsnitt 16

Kommisjonen anerkjenner muligheten for at kjøpermakt kan oppveie tilbyders markeds-  
makt i sine retningslinjer for horisontale fusjoner.<sup>52</sup>

Det er først og fremst når kjøperen kan sette selgerne opp mot hverandre at det er tale om kjøpermakt. Man bør derfor sammenligne graden av konsentrasjon på henholdsvis kjøper- og selgersiden, og på dette grunnlaget vurdere hvor stor kjøpermakten er. Konkurransetilsynet vurderte dagligvarekjedenes kjøpermakt inngående i saken V2007-2 Tine BA, men kom til at kjøpermakten ikke var tilstrekkelig til å motvirke Tines markeds-  
makt.<sup>53</sup>

### 3.4 Kollektiv dominans

Konkurranseloven § 11 kan i prinsippet anvendes når to eller flere aktører innehar en dominerende stilling i fellesskap, jf. ordlyden ”et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt”. EF-domstolen har oppstilt noen krav for at for at to eller flere foretak skal anses som kollektivt dominerende. De vanlige vilkårene om at de aktuelle foretakene kan opptre uavhengig av handelspartnere, konkurrenter og kunder i tråd med dominansdefinisjonen fra United Brands-saken diskutert over må være oppfylt. I tillegg må foretakene opptre i markedet som om de var en enhet, det vil si parallelt.

Første gang førsteinstansdomstolen åpner for å anvende EF-traktaten artikkel 82 på kollektiv dominans var i 1992 i saken Italiana Vetro.<sup>54</sup> Tidligere hadde det vært vanlig å anta at ”et eller flere foretak” bare tok sikte på å dekke flere selskap innenfor samme gruppe, slik tilfellet var i Continental Can<sup>55</sup>.

I saken Italian Flat Glass hadde Kommisjonen fattet vedtak om brudd på EF-traktaten artikkel 81 fordi tre italienske glassprodusenter opptrådte som et kartell. I tillegg hadde

---

<sup>52</sup> Commission guidance on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ 2004 C 31/5, avsnittene 65-67

<sup>53</sup> Vedtaket er senere omgjort i Høyesterett, se Rt-2011-910

<sup>54</sup> Forende saker T-68/89, 77/89 og 78/89 Societa Italiana Vetro v Commission (1992) ECR II-1403

<sup>55</sup> Sak C-6/72 Continental Can v Commission, Evensen, Sæveraas (red) (2009), s. 319



Kommisjonen lagt til at de tre hadde en kollektivt dominerende stilling som de hadde utnyttet utilbørlig gjennom kartellet. Førsteinstansdomstolen opphevet dommen hva gjaldt artikkel 82, men uttaler i et obiter dictum at to eller flere uavhengige foretak kunne inneha en dominerende stilling dersom de var bundet sammen gjennom ”economic links”, og at det ikke var grunn til å anta at begrepet ”foretak” (”undertaking”) hadde en annen mening i artikkel 86 enn i artikkel 85 (dagens artikler 102 og 101). Som eksempel på ”economic link” nevner domstolen avtale mellom foretakene (”agreements or licences”).<sup>56</sup>

I saken *Almelo*<sup>57</sup> presiserte EF-domstolen at det kreves at foretakene opptrer likt i markedet som følge av avtalen. Domstolen redegjorde mer utfyllende for kollektiv dominans i avgjørelsen i saken *Compagnie Maritime Belge*<sup>58</sup>. Det er ikke tilstrekkelig at foretakene opptrer som en enhet i markedet, det vil si parallelt. I tillegg må de aktuelle foretakene kunne opptre uavhengig av konkurrenter og kunder i tråd med det som gjelder for enkeltstående foretak som har en dominerende stilling.

#### **4 UTILBØRLIG UTNYTTELSE AV DOMINERENDE STILLING**

Det er generelt et problem å trekke grensen mellom lovlig konkurranse og ulovlig ekskludering av konkurrenter.

Ordlyden i konkurranseloven, i EØS-avtalen og EF-traktaten gir ikke et svar på hvordan man skal tolke begrepet ”utilbørlig utnyttelse”. Forarbeidene gir heller ikke et klart svar på hva som ligger i vilkåret. Det følger imidlertid av forarbeidene at loven skal tolkes i overensstemmelse med EU- og EØS-retten, og rettspraksis fra felleskapsinstitusjonene kan derfor være veiledende. Det foreligger som tidligere nevnt få avgjørelser fra norske domstoler og norsk forvaltning.

---

<sup>56</sup> Forende saker T-68/89, 77/89 og 78/89 *Societa Italiana Vetro v Commission* (1992) ECR II-1403, avsnitt 358

<sup>57</sup> Sak C-393/92 *Almelo v NV Energiebedrijf Ijsselmij* (1994), avsnitt 42 og følgende

<sup>58</sup> Sak C-395/96 *Compagnie Maritime Belge v Commission* (2000), avsnitt 28 og følgende

EF-domstolen ga den første definisjonen av ”utilbørlig utnyttelse” i saken i *Hoffman-La Roche v Commission*, hvor EF-domstolen uttalte:

*”The concept of an abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market, where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products and services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.”*<sup>59</sup>

Denne definisjonen har blitt brukt også i senere rettspraksis.<sup>60</sup> Kriteriene er altså at foretakets adferd svekker konkurransen eller hindrer utvikling av ny konkurranse, samt at virkningen forårsakes av en adferd som fraviker normal konkurranseadferd.

EFTA-domstolen har lagt seg på samme linje:

*”The notion of abuse of a dominant position under Article 54 EEA is a legal notion that must be examined in the light of economic considerations”*<sup>61</sup> ...*The concept of abuse of a dominant position prohibited by Article 54 EEA is an objective concept relating to the conduct of a dominant undertaking which, on a market where the degree of competition is already weakened precisely because of the presence of the undertaking concerned, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of*

---

<sup>59</sup> Sak 85/76 Hoffmann-La Roche v Kommissjonen, avsnitt 91

<sup>60</sup> se for eksempel sak T-228/97 Irish Sugar v Commission avsnitt 111, sak T-219/99 British Airways v Commission, avsnitt 241 og sak T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission (Michelin II), avsnitt 54

<sup>61</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority, avsnitt 126

*that competition.*”<sup>62</sup>

I saken E-15/10 Posten v ESA fremhever domstolen at det ikke er bare adferd som direkte rammer forbrukerne som er forbudt, men også adferd som rammer forbrukerne gjennom redusert konkurranse:

*”The Court recalls that Article 54 EEA must be interpreted as referring not only to practices which may cause damage to consumers directly, but also to those which are detrimental to them through their impact on competition.”*<sup>63</sup>

Definisjonen har imidlertid en generell utforming og jeg skal derfor se nærmere på hva den inneholder slik det kommer til uttrykk gjennom rettspraksis.

#### **4.1 Objektiv vurdering**

Det fremgår av definisjonen at det skal være en objektiv vurdering; hva betyr dette og hvilken betydning skal da foretakets subjektive intensjoner tillegges?

Begrepet misbruk eller utilbørlig utnyttelse antyder noe klanderverdig. Evensen og Sæveraas (2009) mener at det fremgår klart av rettspraksis at det ikke forutsettes skyld hos foretaket eller at foretaket hadde til hensikt å skade konkurransen i markedet, og henviser til avsnitt 91 i Hoffman-La Roche-dommen.<sup>64</sup> Avsnittet sier følgende om dette:

*“For the purpose of rejecting the finding that there has been an abuse of a dominant position the interpretation suggested by the applicant that an abuse implies that the use of the economic power bestowed by a dominant position is the means whereby the abuse has been brought about cannot be accepted....”*<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority, avsnitt 130

<sup>63</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority, avsnitt 127

<sup>64</sup> Evensen, Sæveraas (2009; s. 339

<sup>65</sup> Sak C-85/76 Hoffman –La Roche v Commission, avsnitt 91

Jeg er ikke enig i deres tolkning av dette eksempelet. Det domstolen sier er at det ikke er nødvendig at det dominerende foretaket har brukt sin overlegne stilling som virkemiddel for å foreta den utilbørlige handlingen. EF-domstolen sier det samme i *Continental Can*.<sup>66</sup> Det er med andre ord ikke nødvendig at foretaket utnytter sin markedsrett til å opptre på en måte som ikke ville vært mulig for et foretak uten dominerende stilling.<sup>67</sup> Det er ikke det samme som å i at foretakets subjektive forhold er uten betydning.

Det domstolen sier i disse to dommene (og har gjentatt i flere andre) er at det i den objektive vurderingen er effekten på markedet som skal vurderes. EU-domstolene skiller ofte denne vurderingen ut i en egen drøftelse av praktiske og pedagogiske grunner. I vurderingen av adferdens faktiske virkninger på konkurransen, er det dominerende foretakets subjektive intensjoner er uten betydning.

Kombinasjonen av at EU-domstolen sier at det skal være en objektiv vurdering og at det er effekten på markedet som skal vurderes, trekker i retning av at foretakets subjektive forhold ikke har betydning.

Subjektive forhold kan ha en viss betydning i bevisvurderingen av om det har vært utilbørlig utnyttelse av stilling, og i forbindelse med anførsler om at adferden hadde en legitim begrunnelse. Det bør imidlertid utvises varsomhet med å tillegge subjektive forhold generelt vekt, da de subjektive forholdene er uten betydning for vurderingen av adferdens faktiske virkning på konkurransen.<sup>68</sup>

Generaladvokat Kokotts fremlegg for EF-domstolen i saken mot *British Airways* trekker i retning av at vurderingen av om et foretaks adferd er egnet til å skade konkurransen beror ikke bare på adferden i seg selv men også den konkrete markeds konteksten.<sup>69</sup> Kan det da

---

<sup>66</sup> I Australia og New Zealand er det krav om en slik årsaksammenheng mellom dominerende stilling og den misbrukende adferden

<sup>67</sup> Evensen, Sæveraas (red), s 340

<sup>68</sup> Evensen, Sæveraas (red), s. 339

<sup>69</sup> Generaladvokat Kokott i C-94/04 P *British Airways v Commission*

av dette sluttes at dersom den konkrete markeds konteksten er slik at den aktuelle adferden ikke er egnet til å skade konkurransen, så går adferden fri? Domstolen vurderte ikke dette forholdet i Bristish Airways saken. En streng tolkning av domstolens utsagn om objektiv vurdering og at det er effekten (eller potensiell effekt) på markedet som er avgjørende, trekker i retning av det. Det vil i så fall innebære at et dominerende foretak som har hatt til hensikt å presse ut sine konkurrenter for å skaffe seg en sterkere stilling eller monopol, og det finnes bevis for dette, ikke ville kunne dømmes for dette dersom handlingene de valgte ikke kunne oppnå det ønskede resultatet. Jeg er i tvil om at dette ville bli det faktiske resultatet dersom en slik sak skulle komme opp for domstolen. EF-domstolen tillegger formålet bak konkurransereglene, nemlig å beskytte konkurransen i markedet stor vekt, og da vil det bli underlig å frikjenne et foretak som ønsker å ødelegge denne konkurransen, men som velger virkemidler som ikke kan føre frem.

#### **4.2 Normal konkurranse**

I følge definisjonen fraviker den utilbørlige utnyttelsen fra normal konkurranseadferd. Det må derfor undersøkes nærmere hva som kjennetegner normal konkurranse. Normalt konkurrerer foretak hovedsakelig på pris, kvalitet, tilgjengelighet, men det sier ingenting om hvilke kommersielle verktøy som står til rådighet for firmaene og som de lovlig kan benytte seg av. Ordlyden åpner for at dominerende foretak skal kunne bruke de samme kommersielle verktøy som alle andre i markedet.

Men det er sikker rettspraksis at en konkurranseadferd som normalt er tillatt og utøves av mange aktører i markedet, ikke automatisk er tillatt for et dominerende foretak, selv om de ofte vil ha adgang til å gjøre det samme som sine konkurrenter. Rettspraksis begrunner dette med at dominerende foretak har et ekstra ansvar for å ivareta konkurransen i markedet da denne er svekket på grunn av det dominerende foretakets eksistens. Det påhviler derfor dominerende foretak et ansvar for å utøve sin adferd på en slik måte at det ikke skader konkurransen. Dette medfører en streng vurdering av dominerende foretaks adferd, og EF-domstolen ga uttrykk for dette allerede i Michelin I:

“A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”<sup>70</sup>

Det er altså ikke i strid med TFEU artikkel 102 å ha en dominerende stilling, men dersom foretaket er dominerende i sitt marked, påhviler det en foretaket en ekstra forpliktelse om å utøve sin forretningsvirksomhet på en slik måte at konkurransen ikke skades. Denne restriktive holdningen til et dominerende foretaks adferdsmuligheter har blitt opprettholdt av både EU-domstolen, Førsteinstansdomstolen og EFTA-domstolen i senere rettspraksis.<sup>71</sup> Et dominerende foretaks adgang til å utøve normal konkurranse gjelder dermed innenfor grensene av dette ekstra ansvaret.

EF-domstolen synes å skille mellom handlinger som har til hensikt å forsvare en markedsposisjon mot angrep fra konkurrentene, og handlinger som har til formål å styrke en markedsposisjon. EF-domstolen skriver i *United Brands*:

*“...the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests when they are attacked, and...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>72</sup>

I en annen sak, *Irish Sugar*, synes Førsteinstansdomstolen å ha strammet inn denne muligheten, da domstolen knyttet retten til å beskytte egne kommersielle interesser mot angrep opp til hensynet til effektivitet og forbrukervelferd:

---

<sup>70</sup> Sak C- 322/81 *Michelin I*, avsnitt 57

<sup>71</sup> Se blant annet sak T-228/97 *Irish Sugar v Commission*, sak T-203/01 *Michelin II*, Sak E-15/10 *Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority*, Sak T-155/06 *Tomra v Commission*

<sup>72</sup> Sak C-27/76 *United Brands v Commission* avsnitt 189

*“Thus, even if the existence of a dominant position does not deprive an undertaking placed in that position of the right to protect its own commercial interests when they are threatened (see paragraph 112 above), the protection of the commercial position of an undertaking in a dominant position with the characteristics of that of the applicant at the time in question must, at the very least, in order to be lawful, be based on criteria of economic efficiency and consistent with the interests of consumers. In this case, the applicant has not shown that those conditions were fulfilled.”<sup>73</sup>*

Doktrinen har fått en del kritikk for å ha fått et for vidt anvendelsesområde i nyere rettspraksis.<sup>74</sup> Spesielt har dommen France Télécom blitt kritisert. I denne saken kom førsteinstansdomstolen til at France Télécom ikke kunne sette sine priser lik konkurrentenes siden det innebar at de satte prisene under selskapets gjennomsnittlige variable kostnader. Domstolen henviste til AKZO saken og avviste at Kommisjonen hadde lagt til grunn en for snever adgang til å møte konkurransen.<sup>75</sup> I AKZO saken godtok Kommisjonen anførselen om at det dominerende foretaket kan senke prisene under de totale kostnadene som svar på tilsvarende tilbud fra en konkurrent, men mente at det ikke forelå slike tilbud i den saken. Domstolen synes å ha sluttet seg til dette. Men samfunnsøkonomisk teori støtter ikke teorien som synes å ligge under om at offensive priskutt er mer skadelige enn defensive. Det er av større betydning for forbrukervelferden om foretaket senere vil være i en posisjon til å heve prisene for å tjene inn igjen det de tapte ved å senke prisene på denne måten. Dette synes ikke å være et vurderingstema for EU-domstolene.

### **4.3 Krav om årssakssammenheng**

I *Continental Can* bestod misbrukshandlingen av at Continental Can kjøpte opp et annet foretak og dermed eliminerte en konkurrent. Oppkjøpet kom imidlertid ikke i stand på

---

<sup>73</sup> Sak T-228/97 Irish Sugar v Commission

<sup>74</sup> Allendesalazar (2008), s. 319 flg og Geradin (2008) s. 268

<sup>75</sup> Sak T340/03 France Télécom v Commission, avsnittene 176-187

grunn av Continental Cans dominerende stilling i markedet. Continental Can anførte at de måtte frikjennes fordi de ikke hadde brukt sin dominerende stilling til å foreta oppkjøpet. EF-domstolen forkastet argumentet om at det måtte være en årsakssammenheng mellom dominansen og adferden, og uttalte at en handling som har den virkning at konkurransen blir vesentlig redusert, rammes av EF-traktatens artikkel 86 (nå artikkel 102):

*Such being the meaning and the scope of Article 86 of the EEC Treaty, the question of the link of causality raised by the applicants which in their opinion has to question exist between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under Article 86 of the Treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, if it has the effects mentioned above.*<sup>76</sup>

Det er altså ikke et krav om årsakssammenheng mellom den dominerende stillingen til foretaket og misbrukshandlingen. Ordlyden ”utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling” i konkurranseloven § 11 må altså forstås som ”utilbørlig adferd foretatt av foretak i dominerende stilling”.<sup>77</sup>

#### **4.4 Eget til å skade konkurransen**

Det er ikke nødvendig at konkurransen faktisk har blitt begrenset på grunn av foretakets handlinger. Det er tilstrekkelig at handlingene er eget til å skade konkurransen:

*“For the purpose of establishing an infringement of Article 82 EC, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition, or in other words, that the conduct is capable of having that effect..”*<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Sak C-6/72 Continental Can v Commission, avsnitt 27

<sup>77</sup> Evensen, Sævværaas (red), s 340

<sup>78</sup> Sak T-203/01 Michelin v Commision (Michelin II), avsnitt 239



I tråd med dette anså Konkurransetilsynet Tines forsøk på å inngå eneleverandøravtale med ICA som misbruk.<sup>79</sup>

Jeg vil komme nærmere tilbake til dette i avsnitt 5.3.8

#### **4.5 Initiativ**

Hvilken av partene som tok initiativ til adferden er også uten betydning<sup>80</sup>. Det fritar ikke det dominerende foretaket for ansvar at det var avtalepartneren som tok initiativ til handlingene, for eksempel ved å be om lojalitetsrabatt eller eksklusivitetsavtale.

#### **4.6 Misbruk på kjøpersiden**

De fleste saker om misbruk vedrører dominerende stilling på selger- eller tilbudssiden. Men i prinsippet kan misbruk også opptre på kjøpersiden, og konkurranseloven § 11 er i prinsippet også anvendelig på utilbørlig utnyttelse av kjøpermakt. I slike saker er det leverandøren som vil være den direkte skadelidte, men i en del tilfeller vil det også kunne føre til velferdstap for forbrukerne. Det er svært få eksempler på at slike saker har blitt behandlet av Kommisjonen eller EF-domstolen. Et slikt tilfelle er saken der British Airways ble dømt for å ha misbrukt sin dominerende stilling som kjøper av reisebyråttjenester.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2007-2 Tine BA, senere omgjort i Rt 2011-910

<sup>80</sup> Sak T- C-85/76 Hoffman – La Rouche v Commission, avsnitt 88 og sak T-65/98 Van den Bergh Foods avsnitt 160

<sup>81</sup> Sak T-219/99 British Airways v Commission, påanket, men dommen opprettholdt av EF-domstolen som sak C-95/04, og Evensen, Sæveraas (red) (2009), s. 319

## 5 ANALYSE AV NÅR EN EKSKLUSIVITETSAVTALE VIL OMFATTES AV KONKURRANSELOVEN § 11

### 5.1 Hva er en eksklusivitetsavtale?

Eksklusivitetsavtaler også kjent som eneleverandøravtaler, foreligger når en distributør avtaler å kjøpe alt eller en vesentlig del fra kun en bestemt leverandør.<sup>82</sup> Slike avtaler kan føre til at konkurrerende leverandører blir utestengt fra markedet dersom foretaket er dominerende på det samme markedet som varen eller tjenesten tilhører. Dermed begrenses intermerkekonkurransen (konkurransen mellom ulike merker).

EF-domstolen har i saken Hoffman-La Roche uttalt at det ikke er nødvendig at det dreier seg om full eksklusivitet. Også dersom kunden har en plikt til å dekke en vesentlig andel av sitt behov fra samme leverandør kan ha en utestengende effekt:

*”by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking”.*<sup>83</sup>

### 5.2 Mulige økonomiske virkninger av eksklusivitetsavtaler

I økonomisk teori er effekter av eksklusivitetsavtaler grundig studert, og det pekes på at slike avtaler både kan ha gunstige og ugunstige effekter for forbrukerne.<sup>84</sup>

Under visse vilkår kan eksklusivitetsavtaler føre til økt konkurranse mellom leverandører. Hvis en detaljist annonserer at vedkommende kun vil føre en produsents merke i en produktkategori der det er to eller flere mulige leverandører, vil det presse frem hard konkurranse mellom leverandørene noe som igjen vil kunne presse innkjøpsprisen for detaljisten ned. Hvorvidt dette vil kun føre til økt profitt for distributøren eller om noe av den reduser-

---

<sup>82</sup> Kolstad og andre, 2007, s 454

<sup>83</sup> Sak C-85/76 Hoffman- La Roche, avsnitt 89

<sup>84</sup> Evensen, Sæveraas (red)(2009), s. 387

te innkjøpsprisen for distributøren vil komme forbrukerne til gode, vil avhenge av etterspørselastisiteten og tilbudet på markedet. Dersom det er konkurranse mellom detaljistene og høy etterspørselastisiteten (dvs. at forbrukerne er villig til å bytte til en annet tilsvarende produkt dersom dette er billigere), er det sannsynlig at forbrukerne vil nyte godt av detaljistens lavere innkjøpspris.

Eksklusivitetsavtaler kan også føre til at nye konsepter og produkter blir utviklet som ellers ikke ville blitt utviklet. Dersom utviklingskostnadene eller investeringskostnadene ved det nye konseptet eller produktet er meget høye, vil det i en del tilfeller kun lønne seg dersom produsenten kan inngå eksklusivitetsavtaler. Spesielt i tilfeller der produsenten må foreta store investeringer hos distributørene kan dette være aktuelt. I disse sakene vil økt forbrukervelferd i form av økt tilbud muligens stå mot redusert forbrukervelferd i form av mindre konkurranse og høyere priser i markedet.

I andre tilfeller kan eneleverandøravtaler være til skade for forbrukerne. Hvis en dominerende produsent inngår eneleverandøravtaler med alle eller en vesentlig andel av detaljistene, vil det være få eller ingen distributører tilgjengelig for andre leverandører. Dersom det ikke finnes andre måter å nå slutt kunder på vil dette føre til at de andre produsentene må forlate markedet. Dette vil føre til et dårligere tilbud for sluttkundene, og sannsynligvis høyere priser på grunn av manglende konkurranse i markedet. Forbrukervelferden vil da reduseres.

Hvilken av effektene en avtale vil ha, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

### 5.3 Hvilke momenter har rettspraksis og forvaltningspraksis vektlagt ved analysen av eksklusivitetsavtaler ekskluderende virkning?

#### 5.3.1 Innledende bemerkninger

EF-domstolen vurderte i saken *Brasserie de Haecht*<sup>85</sup> om en avtale om eksklusiv kjøpsplikt mellom et bryggeri og et serveringssted i Belgia var en overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 (nå artikkel 101). Saken gjelder derfor ikke direkte denne oppgavens tema, men EF-domstolens uttalelse om at avtaler om eksklusiv kjøpsplikt ikke kan sies å ha et konkurransebegrensende formål, men at de må vurderes ut ifra sine virkninger er allikevel av interesse.

EF-domstolen har slått fast at eneleverandøravtaler kan være misbruk etter EF-traktaten artikkel 82 (nå artikkel 102) i avgjørelsen i sak C- 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission*. Det samme må da gjelde for konkurranseloven § 11.

Utgangspunktet er at også dominerende foretak har anledning til å inngå eksklusivitetsavtaler med andre foretak uten at det er forbudt etter konkurranseloven § 11. I den del tilfeller vil imidlertid slike avtaler ha ekskluderende virkninger overfor foretakets konkurrenter slik at avtalen kan bli ansett som utilbørlig adferd og dermed omfattes av forbudet i § 11.

EF-domstolen har slått fast at det skal foretas en helhetsvurdering og en analyse av virkningene av avtalen.<sup>86</sup> Det samme legger EFTA-domstolen til grunn:

*”In determining whether Norway Post’s behaviour was abusive, it is necessary to consider all the circumstances, and to investigate whether the overall behaviour of Norway Post during the relevant period”*<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Sak C-23/67 *Brasserie de Haecht v Commission*

<sup>86</sup> se blant annet sak C- 322/81 *Michelin I* og sak C-95/04 P *British Airways v Commission* [2007]. EFTA-domstolen har lagt til grunn det samme, se blant annet sak E-15/10 avsnitt 128

<sup>87</sup> Sak E-15/10 *Posten Norge v ESA Surveillance Authority*

Det sentrale i vurderingen av eksklusivitetsavtaler er hvorvidt de vil virke ekskluderende overfor andre foretak. Med andre ord; om avtalen vil utestenge konkurrenter helt eller delvis fra markedet. Eksklusivitetsavtaler fordi de innebærer at et foretak forplikter seg til å handle alt (eller mesteparten) av sine innsatsfaktorer fra en bestemt leverandør, er i sin natur utestengende, noe også Førsteinstansdomstolen påpekte i Tomra-saken:

*”...exclusivity clauses, because they require customers to purchase all or a significant part of their requirements from a dominant supplier, are, by definition, liable to have a foreclosure effect.”<sup>88</sup>*

Jeg skal nå se nærmere på hvilke faktorer rettspraksis har vurdert. I de fleste saker vil det være flere utestengende faktorer til stede, og det er ofte summen av slike faktorer som blir avgjørende i helhetsvurderingen. Det er allikevel hjelpsomt å vurdere dem hver for seg for å få en bedre oversikt over hvilke forhold som vektlegges i retts- og forvaltningspraksis.

### **5.3.2 De-facto eksklusivitet**

For det første er det greit å påpeke at det ikke behøver å være en kontraktfestet eksklusivitet. Domstolen vurderer de faktiske forholdene, og det er nok at det er en de facto eksklusivitet. I saken Van der Bergh Foods<sup>89</sup> leverte Van der Bergh Foods gratis fryserer til utsalgsstedene, men med vilkår om at de kun kunne oppbevare deres is i disse fryserne. Dette førte til at de fleste forhandlerne sluttet å føre is fra andre produsenter da de ikke hadde plass til flere fryserer i butikken. Denne fremgangsmåten ble sett på som misbruk av EF-domstolen. Også i Tomra-saken var det snakk om både avtalefestet og de-facto eksklusivitetsavtaler.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> sak T-155/06 avsnitt 12, dommen opprettholdt av EU-domstolen i C-549/10 P

<sup>89</sup> T-65/98 Van der Bergh Foods v Commission 2003

<sup>90</sup> Sak T-155/06 Tomra avsnitt 12, opprettholdt av EU-domstolen i sak C-549/10 P

I Tine-saken<sup>91</sup> kom også spørsmålet opp. Flertallet kom til at det verken forelå en formell eller faktisk eneleverandøravtale mellom Tine og Rema. Mindretallet (annenvoterende) kom til at det forelå en faktisk eneleverandøravtale mellom dem. Han la vekt på at effekten av avtalen som var inngått ville være at Tine reelt ble den eneste leverandøren av harde oster til Rema.<sup>92</sup>

### 5.3.3 Løpetiden på den inngåtte avtalen

Dersom kjøperen har mulighet til å terminere den eksklusive kjøpsplikten på kort varsel, eller avtalen har kort varighet, kan det tale mot at konkurrerende foretak stenges ute fra markedet. Dette forutsetter at det er en reell mulighet til å avslutte avtalen, ikke bare en formell. Momenter som taler for at muligheten er reell er at konkurrenten vil ha mulighet til å levere, at produktene er like gode, samt at et skifte ikke vil innebære store kostander for kunden.

I Tine-saken anførte Tine at de markedsmessige konsekvensene som ble oppnådd på grunn av eneleverandørposisjonen var begrensede fordi avtalen kunne sis opp med kort varsel. Her må man imidlertid vurdere om det er mulig å inngå avtaler med andre foretak for å skaffe de samme produktene eller tilsvarende slik at dette er en reell mulighet til å avslutte avtalen, noe annenvoterende gjorde.<sup>93</sup> Kommisjonens Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings fremhever at:

*“However, if the dominant undertaking is an unavoidable trading partner for all or most customers, even an exclusive purchasing obligation of short duration can lead to anticompetitive foreclosure.”<sup>94</sup>*

---

<sup>91</sup> Rt 2011-910

<sup>92</sup> Rt 2011-910 avsnittene 94-95

<sup>93</sup> Rt-2011-910 avsnitt 109

<sup>94</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ 2009/ c 45/02 avsnitt 35

14. desember 2011 fattet ESA vedtak i saken om Color Lines bruk av eksklusive havneavtaler på linjen Sandefjord–Strømstad<sup>95</sup>. Vedtaket slår fast at Color Line brøt konkurranse-reglene ved å inngå en langvarig, eksklusiv avtale om bruk av havnefasiliteter i Strømstad havn, og Color Line ble ilagt en bot på ca MNOK 140. Color Line valgte å vedta boten og saken vil derfor ikke bli prøvd for EFTA-domstolen

Color Line inngikk først en 4-årig avtale som kunne fornyes om eksklusiv bruk av Torskholmen havn med Strømstad kommune. I 1991 ble denne erstattet av en ytterligere avtale som ga Color Line eksklusivitet i 25 (15 pluss 10) år. ESA mente at dette var uforholdsmessig lenge samt at det ikke tok høyde for at Color Line kapasitetsbehov kunne endre seg i fremtiden:

*”Ved å avtale en slik ordning forbeholdt Color Line seg i realiteten en eksklusiv rett til all tilgjengelig kapasitet på Torskholmen i Strømstad havn for en uforholdsmessig lang periode, uavhengig av Color Lines faktiske eller fremtidige kapasitetsbehov i Strømstad havn på den tiden.”*<sup>96</sup>

#### **5.3.4 Graden av utestengelse**

Hvor stor grad av dominans som foreligger og hvor stor andel av markedet den konkurrerende leverandøren utestenges fra er blant de momentene som er av betydning for vurderingen. Det er også av betydning hvor sterk utestengelsen er.

Graden av utestengelse beror på flere forhold. I Tine-saken<sup>97</sup> la Konkurransetilsynet vekt på den dominerende foretakets markedsandeler, styrken på etableringshindre, graden av kjøpermakt og antallet konkurrenter.

---

<sup>95</sup> Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL

<sup>96</sup> Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL, avsnitt 561

<sup>97</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2007-2 Tine BA

I saken Posten Norge<sup>98</sup> hadde Posten Norge inngått en eksklusivitetsavtale med Norges-Gruppen inkludert Shell i forbindelse med etableringen av Post i Butikk konseptet for perioden 2000-2006. Avtalen innebar at NorgesGruppen og Shell var forhindret i å inngå tilsvarende avtaler om utlevering av pakker med konkurrenter av Posten. I 2001 var således alle NorgesGruppen og Shells 3400 utsalg blokkert for Postens konkurrenter selv om Posten selv bare brukte 700 av disse (såkalt gruppeekklusivitet). Videre hadde Posten inngått avtaler med Coop og ICA som ikke bant opp hele gruppen, men som forbød Coop og ICA å ha konkurrerende virksomhet i samme butikk; dersom butikken hadde Post-i-Butikk kunne ikke samme butikk ha pakkeutlevering for en av konkurrentene til Posten (såkalt butikk-ekklusivitet). På grunn av kommende reforhandling – herunder mulighet for Coop og ICA til å rykke opp som preferert samarbeidspartner (stillingen NorgesGruppen/Shell fikk i første omgang) – mente ESA at disse to kjedende hadde lite insentiver til å inngå avtaler med andre virksomheter innen pakke-distribusjonsbransjen. Konsekvensen var at de to konkurrentene som prøvde å etablere seg i samme periode – Privpak og Tollpost – hadde liten suksess. Tollpost inngikk samarbeid med en blomsterkjede, noe som var mindre vellykket.

Posten hevdet at ESA ikke hadde tatt stilling til hvor stor del av markedet som må være åpent for konkurrentene, og at det er feil å anse enhver utestengning som et misbruk (om bare en del av markedet avstenges vil det fortsatt kunne etableres konkurranse ). EFTA-domstolen sier seg enig i at ikke enhver utestengning er ulovlig, men i dette tilfellet dreier det seg om utestengning fra mer enn 50 % av markedet og at dette må anses for å være en vesentlig del.

Det går ingen bestemt grense for hvor stor del av markedet som må være åpent for konkurranse for at eksklusivitetsavtalen ikke skal anses som utilbørlig utnyttelse. I Van der Bergh Foods kom domstolen til at 40% innelåsning innebar en utestengelse av konkurrentene, men antydte samtidig at 6% innelåsning ikke nødvendigvis er utestengende:

---

<sup>98</sup> Sak E-15/10 Posten Norge v ESA Surveillance Authority



*The fact that an undertaking in a dominant position on a market ties de facto — even at their own request — 40% of outlets in the relevant market by an exclusivity clause which in reality creates outlet exclusivity constitutes an abuse of a dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty. The exclusivity clause has the effect of preventing the retailers concerned from selling other brands of ice cream (or of reducing the opportunity for them to do so), even though there is a demand for such brands, and of preventing competing manufacturers from gaining access to the relevant market. It follows that HB's contention, set out in paragraph 149 above, that the percentage of outlets potentially likely to be inaccessible owing to the provision of freezer cabinets does not exceed 6%, is incorrect and must be rejected.<sup>99</sup>*

I Color Line saken la ESA til grunn at utestengelsen var 100% fordi det etter ESAs oppfatning ikke fantes alternative havner til Strømstad på svensk side, og uten en havn på hver side av fjorden var det ikke mulig å drive fergetrafikk. Color Line hevdet at fergeaktører som ønsket det lett kunne utvikle en dypvannshavn i Kålvik (1 km fra Nordby shopping-senter) til fergehavn og dermed starte en konkurrerende linje. På tross av at det faktisk ble startet fergetrafikk fra havnen i 2007 (taxfree-båten Mr. Shoppy mellom Kålvik og Sarpsborg), mente ESA at det var for mange hindre for å etablere Kålvik som alternativ til Strømstad, blant annet var ikke lokalisering attraktiv nok før fremveksten av Nordby-senteret. Color Line anførte også at det ikke var kapasitet nok på havnen til at en aktør til kunne drive fra Strømstad i konkurranse med Color Line, men ESA kom til at det var tilstrekkelig kapasitet til dette.

---

<sup>99</sup> Sak T-65/98 Van der Bergh Foods v Commission, avsnitt 160

### 5.3.5 Etableringshindre

I de fleste markeder er det ikke forbundet med uforholdsmessig store kostnader å starte som distributør av varer, og det vil normalt være andre distributører tilgjengelig for leverandører av konkurrerende produkter.

I noen markeder er nødvendige innsatsfaktorer en begrenset ressurs. Et eksempel er antall tilgjengelig radiofrekvenser, et annet havne- og flyplasskapasitet. Når slike ressurser er begrenset, vil det kunne innebære etableringshindres som gjør nyetablering vanskelig eller umulig. Dette er et moment som domstolene og forvaltningen vektlegger når man skal vurdere virkningen av en eksklusivitetsavtale.

I Tine BA la konkurransetilsynet vekt på den begrensede tilgangen på melk som råvare noe som gjorde det til en etableringshindring:

*”For å kunne starte produksjon og salg av fast hvitost og brunost i Norge, er tilgang på melkeråvare av avgjørende betydning ettersom melkeråvare er den viktigste innsatsfaktoren i disse produktene.”<sup>100</sup>*

I Color Line saken så ESA den eksklusive leieavtalen av havnen også som et etableringshinder:

*“Denne avtalefestede eksklusiviteten førte derfor til at Color Line, monopolisten på det relevante marked, opprettet en vesentlig, ytterligere etableringshindring på et marked som allerede var preget av betydelige etableringshindringer (kapittel 5.4.3). I tillegg, som også beskrevet ovenfor (kapittel 5.4.4), tok Color Line aktive skritt for å håndheve sine langsiktige eksklusive rettigheter.”<sup>101</sup>*

---

<sup>100</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2007-2 Tine BA s. 34, vedtaket er omgjort i Rt-2011-910

<sup>101</sup> Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL, avsnitt 564

### 5.3.6 Kjøpermakt

Kjøpermakt kan begrense eller helt fjerne en selgers mulighet til å utøve selgermakt selv om selger har en dominerende stilling. For at kjøpermakt skal foreligge, kreves det enten at det er flere troverdige alternative tilbydere som kundene kan spille ut mot hverandre, eller at kunden er villig til å sponse eller subsidiere etablering av nye aktører.

I Tine-saken fant Konkurransetilsynet at til tross for at fire dagligvarekjeder kontrollerte 99% av all omsetning i norsk dagligvarehandel, og derfor skulle kunne ha potensial til å utøve kjøpermakt, hadde de ikke det overfor Tine. Begrunnelsen for dette var at dagligvarekjedene vanskelige kunne klare seg uten Tines produkter da det var disse forbrukerne etterspurte.<sup>102</sup> Også annenvoterende i Høyesterett (mindretallet) tillegger det vekt at dagligvarekjedene ikke med troverdighet kunne true med å si opp avtalen med Tine da det var en ”unavoidable rading partner”.<sup>103</sup>

### 5.3.7 Nettverkseffekter

Dersom en leverandør inngår eksklusive innkjøpsavtaler med en rekke mindre forhandlere, vil ikke de enkelte avtalene påvirke konkurransesituasjonen i nevneverdig grad selv om leverandøren har en dominerende stilling. Men dersom leverandøren knytter til seg et tilstrekkelig stort antall distributører på denne måten, kan den samlede virkningen av avtalene påvirke konkurransen ved at det blir vanskelig for andre leverandører å få distribuert sine varer, og ved at det blir vanskelig å etablere seg på markedet.<sup>104</sup> EF-domstolen og EFTA-domstolen har ikke vurdert slike avtaler i forhold til TFEU artikkel 102 (EØS-avtalen artikkel 54), kun i forhold til TFEU artikkel 101 (EØS-avtalen artikkel 53), men et dominerende foretak som inngår en rekke slike eksklusivitetsavtaler vil kunne rammes av konkurranseloven §11.

---

<sup>102</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2007-2 Tine BA s. 26-38

<sup>103</sup> Rt-2011-910, avsnitt 110

<sup>104</sup> Kolstad og Ryssdal (2007) ss. 470-485

Et annet moment i slike saker er hva slags etableringskostnader det er i markedet for distributører. Dersom det er forholdsvis enkelt og det ikke krever for store investeringer å starte som distributør, skal det mer til for at en eksklusivitetsavtale skal ses som konkurranseskadelig. Det vil da være sannsynlig at noen vil starte opp som distributører for de konkurrerende leverandørene. Dersom det også er høye etableringsbarrierer, vil man fort kunne rammes av konkurranseloven §11 dersom man som dominerende foretak inngår mange slike avtaler.

### 5.3.8 Krav om negativ virkning på konkurransen?

Ordlyden i konkurranseloven § 11 oppstiller ikke noe vilkår om at adferden skal ha ”til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen” slik konkurranseloven § 10 gjør. Konkurranseloven § 10 lister en rekke avtaler som etter sitt formål anses å være ulovlige. Disse avtalene anses for å være skadelige etter sin art, slik at det ikke er nødvendig for konkurransemyndighetene å bevise konkurransebegrensning som følge av dem i markedet.<sup>105</sup> Spørsmålet om et slikt vilkår også må innfortolkes også i konkurranseloven §11, og hva et slikt vilkår eventuelt inneholder, har skapt stor debatt.

EF-domstolen har som det fremgår over lagt til grunn at det skal foretas en konkret helhetsvurdering i hver enkelt sak og der skal også virkningene av avtalen vurderes. Dette trekker i retning av at det foreligger et krav om negativ virkning på konkurransen.

Men i Michelin II avgjørelsen sier EF-domstolen:

*It is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect”<sup>106</sup>.*

---

<sup>105</sup> Whish (2009), s. 116-117

<sup>106</sup> Sak T-203/01 Michelin II, avsnitt 239

Førsteinstansdomstolen sier det samme i *British Airways v Commission*:

*“Finally, BA cannot accuse the Commission of failing to demonstrate that its practices produced an exclusionary effect. In the first place, for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned. It is sufficient in that respect to demonstrate that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition, or, in other words, that the conduct is capable of having, or likely to have, such an effect.”*<sup>107</sup>

I kommisjonens vedtak mot Tomra<sup>108</sup> ble selskapets eneleverandøravtaler og lojalitetsrabatter ansett i strid med EF-traktatens artikkel 82. Kommisjonen henviste til avgjørelsen i *Michelin II* og mente at det ikke var nødvendig å undersøke atferdens sannsynlige effekt i markedet. I denne konkrete saken gjorde Kommisjonen allikevel en vurdering av virkningen på konkurransen. Da førsteinstansdomstolen behandlet saken, slo den fast at det ikke var nødvendig å påvise effekten i markedet:

*“It must also be stated that, for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to show that the abuse under consideration had an actual impact on the relevant markets. It is sufficient in that respect to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect (*Michelin II*, paragraph 239, and *British Airways v Commission*, paragraph 293).”*<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Sak T-219/99 *British Airways v Commission* avsnitt 293.

<sup>108</sup> Vedtak av 26. Mars 2006, IP/06/398, opprettholdt av Førsteinstansdomstolen i sak T-155/06 og EU-domstolen i C-549/10 P

<sup>109</sup> Sak T-155/06 *Tomra* avsnitt 289. Dommen er opprettholdt av EU-domstolen som sak C-549/10 P

EFTA-domstolen legger også til grunn at det ikke er nødvendig å demonstrere en faktisk effekt på det relevante markedet for å konstatere utilbørlig utnyttelse. Det er tilstrekkelig å vise at den utilbørlige adferden kan ha en konkurransebegrensende effekt.<sup>110</sup>

ESA legger i Color Line vedtaket til grunn at det ikke er nødvendig å demonstrere virkningen på konkurransen, men at de i denne saken allikevel hadde gjort det:

*“I tillegg har Overvåkningsorganet, selv om det ikke er kreves i henhold til rettspraksis for å etablere et misbruk av dominerende markedsstilling i henhold til artikkel 54 EØS,473 i denne saken vist i detalj at Color Lines eksklusive havnetilgang på Torskholmen i Strømstad hadde negative virkninger på den potensielle konkurransen. Den eksklusive havnetilgang som var kontraktfestet i avtalen mellom Color Line og Strømstad kommune, hindret potensielle konkurrenter i å få tilgang til det relevante markedet, og stengte derved i realiteten markedet for nye aktører (se ovenfor, kapittel 5.4).”<sup>111</sup>*

Det samme gjentas senere:

*“Under eksisterende rettspraksis er det tilstrekkelig for å finne en overtredelse av artikkel 54 EØS, å vise at adferden til et dominerende foretak er tilbøyelig til å begrense konkurransen, i markedet, eller med andre ord at adferden er egnet til eller i stand til å ha en slik virkning.”<sup>112</sup>*

I samme vedtak legger ESA til grunn at det ikke er nødvendig å undersøke hvorvidt det dominerende foretakets adferd har vært til ulempe for forbrukerne.<sup>113</sup>

Posten forsøkte å forsvare seg med at ESA ikke hadde demonstrert på en tilfredsstillende måte at de eksklusive avtalene rent faktisk hadde hatt negative virkninger på konkurran-

---

<sup>110</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority, avsnitt 189

<sup>111</sup> Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL, avsnitt 567

<sup>112</sup> Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL, avsnitt 580

<sup>113</sup> Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL, avsnitt 568

sen.<sup>114</sup>

*”Although the applicant acknowledges that it is not necessary under Article 54 EEA for ESA to prove actual effects on competition, it goes on to argue that the absence of actual effects is a relevant indication that the conduct was in fact not liable to restrict competition, in particular where such conduct continued for a longer period.”<sup>115</sup>*

Videre ble det anført at den ene konkurrenten Privpak fortsatt var en marginal aktør på det norske markedet mange år etter at eksklusivitetsavtalene hadde opphørt, og at den andre konkurrenten Tollpost hadde klart å etablere seg i det norske markedet uten å bruke noen av butikkene som tidligere hadde vært omfattet av eksklusivitetsavtaler<sup>116</sup>.

EFTA-domstolen var ikke enig, og slo fast at det var tilstrekkelig å påvise at Postens handlinger var av en slik art at de kunne medføre negative virkninger på konkurransen ved å høyne etableringsbarrierene.<sup>117</sup>

EFTA-domstolen åpner imidlertid for at manglende negativ effekt på konkurransen over tid i noen saker kan indikere at ESAs avgjørelse om at adferden var konkurransebegrensende var feil.<sup>118</sup>

## **6 KAN EN EKSKLUSVITETSAVTALE SOM FREMSTÅR SOM ULOVLIG ADFERD ALLIKEVEL ANSES SOM LOVLIG**

I veiledningen om utestengende misbruk redegjør Kommisjonen for sin forståelse av muligheten for å rettferdiggjøre en handling som anses som ulovlig adferd. Kommisjonen deler forholdene inn i to hovedgrupper: effektivitetsgevinster og objektivt nødvendig adferd

---

<sup>114</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority, avsnitt 181 flg

<sup>115</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority, avsnitt 181

<sup>116</sup> *ibid*, avsnitt 183

<sup>117</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority, avsnittene 187-189

<sup>118</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority, avsnitt 192

(objectively necessary conduct). Kommisjonen utdyper i veiledningen EU-domstolens praksis.

Som det ble redegjort for i forrige avsnitt, blir det ikke stilt store krav til vurderingen av den faktiske virkningen av en handling på konkurransen og velferden ved anvendelse av TFEU artikkel 102. Det holder at det er sannsynliggjort at handlingen vil ha en konkurransebegrensende virkning, Det ville da vært naturlig at handlingen allikevel ikke ble rammet dersom det dominerende foretaket kunne godtgjøre at handlingen ikke hadde hatt eller ville få virkninger i strid med konkurransereglens formål. Ingen av domstolene i EU eller EFTA-domstolen har imidlertid tatt stilling i hvilken utstrekning en handling kan rettferdiggjøres ut fra et slikt synspunkt.

Hoffmann-La Roche saken slår fast at det at avtalepartnere ber om eksklusivitet, ikke er en akseptabel begrunnelse. I saker om eksklusivitet er ikke vurderingstemaet hvorvidt avtalen er undertrykkende overfor avtalepartneren, men hvorvidt avtalen vil begrense konkurransen i markedet. Så selv om eksklusivitetsavtalen er en god avtale for motparten til det dominerende foretaket, kan den bli kjent ugyldig av domstolen (eller forvaltningen) på grunn av virkningene på markedet. Det er således uten betydning om det er kunden som tar initiativ til avtalen.<sup>119</sup>

## **6.1 Effektivitetsgevinster**

I saken British Airways ble det lagt til grunn at en handling ikke anses som misbruk dersom den innebærer effektivitetsgevinster.<sup>120</sup> Saken gjaldt rabatter, men siden rabatter som tidligere nevnt har mye til felles med eksklusivitetsavtaler, har saken allikevel overføringsverdi, noe også Kommisjonen legger til grunn i sin veiledning.

---

<sup>119</sup> Se sak 85/76 Hoffman-La Roche v Commission og sak C-393/92 Almelo v NV Energiebedrijf Ijsselmij

<sup>120</sup> Sak T-219 British Airways v Commisison avsnitt 280, påanket og behandlet av EF-domstolen som sak C-95/94



Det fremgår av den samme dommen at det må foretas en helhetsvurdering og en analyse av virkningene av avtalen da det kan forekomme effektivitetseffekter til gode for forbrukerne som oppveier eller i det minste utligner effekten av den reduserte konkurransen i markedet. Domstolen slår samtidig fast at dersom den ekskluderende virkningen av handlingene ikke har en fordel for markedet som helhet eller forbrukerne, eller dersom det går lenger enn nødvendig for å oppnå disse fordelene, vil handlingene være et misbruk av stilling av det dominerende foretaket.<sup>121</sup>

Utover dette er det ikke nærmere avklart i domstolpraksis hva som skal til for at en anførsel om effektivitetsgevinster skal føre frem.

Kommisjonen foreslår i sin veiledning om utestengende misbruk under artikkel 82<sup>122</sup> å oppstille vilkår som gjenspeiler vilkårene for individuelt unntak under TFEU artikkel 101 tredje ledd (artikkel 81 da Kommisjonen skrev veiledningen). Kommisjonen lister dermed opp fire kumulative vilkår for at effektivitetsgevinster skal kunne rettferdiggjøre en ellers ulovlig adferd. For det første må det være sannsynlig at effektivitetsgevinstene er realisert eller vil realiseres som følge av handlingen. For eksempel kan det være tekniske forbedringer i kvaliteten av varen, eller en reduksjon i produksjonskostnader eller distribusjonskostnader. I tillegg må handlingen være nødvendig for å realisere disse effektivitetsgevinstene. Det kan ikke være andre mindre konkurransebegrensende virkemidler som kan skape de samme effektivitetsgevinstene. For det tredje er det et krav om at effektivitetsgevinstene må være større enn de negative virkningene på konkurransen og forbrukervelferden. Det fjerde vilkåret er at adferden ikke eliminerer den effektive konkurranse ved å fjerne all eller mesteparten av den gjenværende reell eller potensiell konkurranse.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> Sak C-95/04 *British Airways v Commission* avsnitt , se også sak C- 322/81 *Michelin I* avsnitt 73

<sup>122</sup> *Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*”, 2009/C 45/02

<sup>123</sup> *ibid*, avsnitt 29

I kommentarene til vilkårene fremgår det at Kommisjonen setter strenge krav til vurderingen.

Saken Irish Sugar<sup>124</sup> illustrerer avveiningen mellom de konkurranseskadelige og konkurransefremmende effektene av den aktuelle handlingen. I denne saken medførte Irish Sugars høye markedsandel på 88% en større fare for utestengelse av konkurrentene. De konkurransefremmende effektene kunne således ikke oppveie de konkurransebegrensende.

Posten Norge forsøkte å anføre effektivitetsgevinster som rettfærdiggjørende grunn for sine eksklusivitetsavtaler med butikkene, uten at dette førte frem:<sup>125</sup>

*”The applicant further claims that the effect of its conduct on competition was actually a positiv one, as it was indispensable to the establishment of the PiSnetwork, which, in turn, familiarised the market with the over-the-counter delivery concept and thereby paved the way for new entrants.”<sup>126</sup>*

Også Color Line anførte effektivitetsgevinster som rettfærdiggjørende grunn. Av vedtaket fremgår det at

*“Selskapet anfører at havneavtalen førte til betydelig bedring i tilbudet og at dets langvarige eksklusive rettigheter var nødvendige for å sikre stabil, forutsigbar og fleksibel havnetilgang og for at Color Line skulle kunne gjennomføre de investeringer i tonnasje, fasiliteter og markedsføring som muliggjorde denne utviklingen og disse forbedringene. Color Line anfører også at forbrukerne har fått vesentlige fordeler i form av et høyfrekvent rute tilbud av høy kvalitet, med store forbedringer siden 1991, noe passasjerveksten siden da viser.”<sup>127</sup>*

---

<sup>124</sup> Sak T-228/97 Irish Sugar v Commission, avsnitt 189 flg

<sup>125</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority,

<sup>126</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority, avsnitt 183

<sup>127</sup> Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL, avsnitt 590

Anførslene førte ikke frem da ESA fant det usannsynlig at adferden til et dominerende selskap med en markedsstilling som tilnærmet monopolist, kan rettferdiggjøres med at effektivitetsgevinster ville være tilstrekkelig til å oppveie adferds faktiske eller sannsynlige konkurranseskadelige virkninger. Videre har ESA gått inn og vurdert og funnet at eventuelle effektivitetsgevinster enten har vært utilstrekkelig dokumentert eller i beste fall av begrenset karakter.<sup>128</sup>

## 6.2 Doktrinen om objektivt nødvendig adferd

Doktrinen om objektivt rettferdiggjørende grunner (eller objektivt nødvendige grunner som den også kalles på norsk) er utviklet av EF-domstolen, og innfortolkes som en del av misbruksvilkåret. Allerede i saken *United Brands v. Commission*<sup>129</sup>, la domstolen til grunn at det vil være mulig å forsvare eksklusivitetsavtaler på visse vilkår. I avsnitt 184 av dommen skriver domstolen.

*“It is therefore necessary to ascertain whether the discontinuance of supplies by UBC in October 1973 was justified.”*

Bakgrunnen for denne doktrinen er konkurranseloven § 10 tredje ledd og tilsvarende bestemmelser i EU-traktaten og EØS-avtalen som åpner for at det som i utgangspunktet er ulovlig adferd for et foretak, allikevel kan være tillatt på visse vilkår. Disse vilkårene har EU-domstolen utviklet videre, og de er kjent som doktrinen om “objektivt nødvendig adferd”.

Det finnes ikke en slik unntaksbestemmelse i konkurranseloven § 11 og tilsvarende EU/EØS-bestemmelser, men det har allikevel utviklet seg en doktrine basert på praksis om det at også i disse forholdene kan være situasjoner der i utgangspunktet ulovlig adferd kan

---

<sup>128</sup> Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL, avsnitt 591 flg

<sup>129</sup> C- 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207

tillates. Til tross for mangelen på et eksplisitt unntak i konkurranseloven § 11 og de tilsvarende bestemmelsene i EU/EØS, har EU-domstolen allikevel innfortolket et “objektivt nødvendig adferd” unntak i TFEU-traktaten artikkel 102. Dette gir en viss åpning for at adferd som i utgangspunktet besitter kjennetegnene for utilbørlig utnyttelse kan legitimeres, og derigjennom tillates. Konkurransetilsynet i Norge har lagt til grunn at det samme unntaket gjelder under konkurranseloven § 11.<sup>130</sup>

Doktrinen om objektivt rettferdiggjørende grunner innebærer altså at adferd ikke vil være misbruk etter konkurranseloven § 11 dersom det dominerende foretaket kan forsvare adferden som objektivt nødvendig. Doktrinen oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. For det første må hensynet være begrunnet i et legitimt hensyn som ikke kan ivaretas på annen måte, det vil si en måte som ikke berører konkurransen negativt. I tillegg må det være proporsjonalitet mellom virkemiddelet og målet.<sup>131</sup> Dersom begge disse vilkårene er oppfylt, vil handlingene ikke rammes av misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11. Videre er det kun ”objektive” begrunnelser som kan medføre at unntaket kommer til anvendelse. Subjektive begrunnelser vil ikke bli akseptert.

Det er verdt å merke at det er konkurransemyndighetene som må påvise misbruk etter konkurranseloven § 11. Men det er det dominerende foretaket som må bevise at begge vilkårene for unntaket er oppfylt, slik at handlingene ikke omfattes av konkurranseloven § 11. Det er altså omvendt bevisbyrde for unntaket. Dette ble blant annet lagt til grunn i saken Microsoft v. Commission der førsteinstansdomstolen konkluderte med at Microsoft ikke hadde klart å bevise at det forelå objektivt rettferdiggjørende forhold.<sup>132</sup> Det samme legges til grunn av EFTA-domstolen og ESA.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Se V2007-2 Tine BA, omgjøringsvedtak V2004-34, Nettbuss Sør s. 13, vedtak V2005-9 SAS AB, s. 43 og A2006-46 Color Line avsnitt 8.3.7

<sup>131</sup> Sak C- 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207, avsnittene 189-191, Norsk Konkurranserett Bind I s. 373

<sup>132</sup> Sak T-201/04 Microsoft v Commission, avsnitt 688 og 697

<sup>133</sup> se for eksempel ESAs vedtak i Color Line saken: Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL, avsnitt 588

Hoffmann-La Roche saken slår fast at det at avtalepartnere ber om eksklusivitet, ikke er en akseptabel begrunnelse. I saker om eksklusivitet er ikke vurderingstemaet hvorvidt avtalen er undertrykkende overfor avtalepartneren, men hvorvidt avtalen vil begrense konkurransen i markedet. Så selv om eksklusivitetsavtalen er en god avtale for motparten til det dominerende foretaket, kan dem bli kjent ugyldig av domstolen (eller forvaltningen) på grunn av virkningene på markedet.

### **6.2.1 Helse og sikkerhetshensyn som legitim begrunnelse**

I Veiledningen til ekskluderende misbruk legger Kommisjonen til grunn at en handling kan rettferdiggjøres på grunnlag av helse og sikkerhet, og viser til Hilti<sup>134</sup> og Tetra Pak II<sup>135</sup>.

Saken Hilti omhandlet koblingssalg og der ble sikkerhetshensyn anført for å rettferdiggjøre misbrukshandlingene. Det er ingen saker om eksklusivitet der dette er anført, men det kan ikke utelukkes at det kan være aktuelt å anføre som begrunnelse. Da må man vite at terskelen for å få dette akseptert er høy. I denne saken viste domstolen til at det fantes lover i Storbritannia som forbød salg av farlige produkter og bruk av villedende markedsføring, og en eventuell sikkerhetsrisiko kunne derfor ikke begrunne koblingssalget.<sup>136</sup>

### **6.2.2 Hindre free-riding/beskytte investeringer som legitim begrunnelse**

I en del tilfeller må en leverandør foreta irreversible investeringer hos sine distributører for å få varene sine distribuert og solgt. I slike tilfeller kan eksklusivitetsavtaler aksepteres for å beskytte investeringene og hindre at andre aktører drar nytte av investeringene uten å bidra til dem selv. Men det må være en nær tilknytning mellom investeringene og eksklusiviteten.

---

<sup>134</sup> Sak T-30/89 Hilti v Commission

<sup>135</sup> Sak C-333/94 P Tetra Pak v Commission

<sup>136</sup> T-30/89 avsnittene 102-118. Anken til EF-domstolen omfattet ikke dette spørsmålet (behandlet som sak C-53/92)

ESA skriver i Color Line vedtaket:

*“Selv om det under visse omstendigheter vil kunne være mulig å rettferdiggjøre en langsiktig eksklusivitet for å beskytte visse interesser/irreversible investeringer, må eksklusiviteten være direkte knyttet til disse interessene/investeringene”<sup>137</sup>*

ESA fant ikke at det var tilfelle i denne saken.

Posten Norge forsøkte også å anføre at eksklusivitetsavtalene var nødvendige for å hindre free-riding på konseptet og informasjonsarbeidet de utførte for å introdusere konseptet om post i butikk i det norske markedet, men nådde ikke frem.<sup>138</sup> Domstolen mener at Posten ikke begrunner hvorfor det er utilstrekkelig å ha to adskilte utleveringsenheter i butikken, men at det i stedet er behov for eksklusivitet.<sup>139</sup>

### **6.2.3 Forsyningssikkerhet som legitim begrunnelse**

I forhold til avtaler om eksklusiv kjøpsplikt har Kommisjonen godtatt at hensynet til distributørens forsyningssikkerhet utgjør en objektiv begrunnelse i forhold til eksklusivitetsavtaler<sup>140</sup>. Dersom det er nødvendig for å sikre en distributørs forsyninger av et produkt vil distributøren således uhindret av § 11 kunne inngå en avtale om eksklusiv kjøpsplikt med en leverandør som har en dominerende stilling. Domstolene i EU og EFTA har ikke behandlet en sak hvor dette er tilfelle.

## **6.3 Oppsummering**

Den domstolskapte doktrinen om objektivt nødvendig adferd er et snevert unntak. Gjennomgangen av avgjørelsene fra EU-domstolene og EFTA-domstolen viser at effektivitets-

---

<sup>137</sup> Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL, avsnitt 594

<sup>138</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority, avsnittene 211-219

<sup>139</sup> Sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority, avsnitt 231

<sup>140</sup> Kommisjonens Report on Competition Policy 1981 (Vol XI) avsnitt 73-76

gevinster tillegges liten vekt i praksis, dette til tross for at eksklusivitetsavtaler i noen tilfeller kan være effektivitetsfremmende. Heller ingen anførsler om at avtalen har vært objektivt nødvendig har ført frem. Selv om prinsippet er anerkjent også i saker om eksklusivitetsavtaler, har det aldri blitt godtatt som begrunnelse i en konkret sak av domstolene i EU eller EFTA-domstolen. Spesielt i saker som omhandler eksklusivitetsavtaler synes det vanskelig å få aksept for at de kan ha en legitim begrunnelse fordi de i sin natur virker ute-stengende på konkurrenter.

Domstolene og forvaltning når de behandler disse sakene, vektlegger at adferd som virker, eller har potensial til å virke, negativt inn på konkurransen i markedet, må være så lite forstyrrende som mulig. De undersøker derfor alltid om en mindre inngripende adferd kunne oppnådd det samme. Dette handler om at adferden også skal være proporsjonal i forhold til målene som ønskes oppnådd, når

## **7 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER**

I denne oppgaven har jeg analysert eksklusivitetsavtaler og misbruksvilkåret i konkurranse-loven § 11. Etter å ha analysert og drøftet rettstilstanden synes det å være sjelden at slike avtaler aksepteres.

På bakgrunn av rettspraksis og Kommisjonens praksis, kan det synes som om det i realite-ten er et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler for dominerende foretak. Til tross for at EF-domstolen skriver i flere dommer at det i prinsippet ikke er et forbud, og at det ikke foreligger et per se forbud mot slike avtaler, trekker domsavsigelsene i en annen retning da det er vanskelig å se på bakgrunn av de dommer som er avsagt, når slike avtaler vil bli godkjent av forvaltningen og domstolene.

Det er verdt å merke seg at det både i dommen mot Posten og ESAs vedtak i Color Line saken ble fremhevet at aktørene hadde bundet opp en større del av markedet enn det de selv

hadde bruk for. Dersom man som dominerende aktør skal inngå eksklusivitetsavtaler er det viktig å ikke inngå avtaler som binder opp mer kapasitet enn det man har bruk for selv.

Det har vært en økende bruk av samfunnsøkonomisk teori og metode i konkurranseretten. Dette har sin bakgrunn i at en formalistisk applikasjon av rettsreglene vil kunne ramme handlinger som er samfunnsøkonomisk fornuftige og bra for forbrukervelferden, mens andre som burde vært rammet ikke blir. Den økte bruken av samfunnsøkonomiske analyser har til hensikt å identifisere de foretakene som påvirker negativt eller hindrer konkurransen i markedet, noe som er positivt sett hen til formålet med regelverket. På den annen side blir forvaltningen og domstolene avhengig av samfunnsøkonomiske eksperter, noe som kan gjøre det vanskelig å applisere de juridiske reglene da begrepsapparatet til samfunnsøkonomene i stor grad vil være ukjent for jurister med mindre de har spesialisert seg på konkurranserettsområdet, og selv om de kjenner begrepsapparatet vil de ikke nødvendigvis kjenne til metodene og teorien og kunne etterprøve analysene som er gjort. Juristene må derfor i stor grad stole på analysene og resultatene de får av samfunnsøkonomene. Det er også vanskelig for foretak å etterprøve og kontradiktere analysene uten å ansette eller leie inn samfunnsøkonomisk ekspertise. Dette kan få konsekvenser for rettssikkerheten til foretakene.

Det kan også være en utfordring for foretak å vite om de har en dominerende stilling i et relevant marked når konklusjonen på dette spørsmålet er avhengig av kompliserte samfunnsøkonomiske beregninger. Dette gjør det vanskelig for foretakene å vite hva de kan foreta av handlinger.

Det objektive ansvaret som følger med det å ha en dominerende stilling er ikke uproblematisk. I utgangspunktet kan ethvert foretak konkurrere ”on the merits”, men som dominerende foretak får man et ansvar for å bevare restkonkurransen i markedet og kan ikke lenger nødvendigvis ha det som ellers ville vært en normal konkurranseadferd i markedet. Siden analysen av dette bygger på samfunnsøkonomisk teori og metode, kan det være vanskelig for et foretak å vite når de har dette ansvaret, noe som kan begrense handlingsrommet deres



mer enn nødvendig, noe som ikke er samfunnsøkonomisk fornuftig eller ønskelig ut ifra et forbrukervelferds synspunkt.

Selv om samfunnsøkonomien har bragt mye til konkurranseretten, er altså ikke all bruken av samfunnsøkonomi uproblematisk.

## 8 Litteraturliste

### Artikler

- Graver (2004) Graver, Hans Petter, *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11*, Lov og rett 2004 nr. 06.

### Bøker

- Arnesen og Stenvik (2009) Arnesen, Finn og Stenvik, Are, *Internasjonalisering og juridisk metode*, Universitetsforlaget (2009)

- Allendesalazar (2008) Allendesalazar, Rafael, Can We Finally Say Farewell to the "Special Responsibility" of Dominant Companies? i Ehlerman, Claus Dieter og Marquis, Mel (red), *European Competition Law Annual 2007, A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing (2008)

- Evensen, Sæveraas (2009) Evensen, Harlad, Sæveraas, Eivind (red), *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, Gyldendal norsk forlag, AS, akademisk (2009)

- Kolstad (red) (2007) Kolstad, Olav og Ryssdal, Anders (red): *Norsk konkurranserett, Bind 1: Atferdsregler og strukturkontroll*, Universitetsforlaget (2007)

- Whish (2009) Whish, Richard, *Competition Law*, 6. utgave, London 2008

## **Traktater, lover og forskrifter**

EØS-avtalen                      Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1992.

EF-traktaten                      Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap, 1957

TFEU                              Treaty on the Functioning of the European Union

EØS-avtalen                      Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1992.

EØS-loven                        Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v., av 27. november 1992 nr. 107.

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

## **Dokumenter m.v.**

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)      A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Kommisjonen,	Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, Official Journal (OJ) C 45, 24.2.2009, p. 7–20
Kommisjonen	DG Commission Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (Commission Discussion Paper 2005)
Kommisjonen	Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purpose of Community Competition Law, OJ (1997) C 372/5 (1998) 4 CMLR 177
Kommisjonen	Guidance on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ 2004 C 31/5
Kommisjonen	Report on Competition Policy 1981 (Vol XI)

## **Avgjørelser**

### EF-domstolen

C-6/72 Continental Can v Commission

C-23/67 Brasserie de Haecht v Commission

C-27/67 United Brands v Commission

C- 85/76 Hoffman-La Roche v Commission

C- 322/81 Michelin I

C-247/86 Alsatel v Novasam SA

C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission

Forende saker T-68/89, 77/89 og 78/89 Societa Italiana Vetro v Commission  
C-393/92 Almelo v NV Energiebedrijf Ijsselmij  
C-333/94 P Tetra Pak v Commission  
C-395/96 Compagnie Maritime Belge v Commission  
C-95/04 British Airways v Commission (anke over sak T-219/99)

#### Førsteinstansdomstolen

T-30/89 Hilti v Commission  
T-228/97 Irish Sugar v Commission  
T-65/98 Van den Bergh Foods v Commission  
T-219/99 British Airways c Commssion  
Samt Generaladvokats Kokotts instilling til domstolen i denne saken  
T-203/01 Manufacture francaise des pneumatiques Michelin v Commission (Michelin II)  
Sak T-340/03 France Télécom v Commssion  
Sak T-201/04 Microsoft v Commission  
T-155/06 Tomra v Commission

#### EFTA-domstolen

E-15/10 Posten Norge AS v ESA Surveillance Authority

#### Norsk rettsprakis

Rt 2011-910 Tine

#### US Supreme Court

United States v E.I Du Pont de Memours & Co (1956) 351 US 377

#### Konkurransetilsynet

V2007-2 Tine BA  
V2004-34, Nettbuss Sør, omgjøringsvedtak  
V2005-9 SAS AB

#### EFTA Surveillance Authority

A2006-46 Color Line, Saksnr 59120, vedtak: 387/11/COL