

UiO : **Det juridiske fakultet**

Eksklusivavtaler som misbruk av dominerende stilling

En analyse av EFTA-domstolens dom i Posten-saken i lys av EU-praksis

Kandidatnummer: 704

Leveringsfrist: 25.april 2013

Antall ord: 17984



Innholdsfortegnelse

1	INTRODUKSJON	2
1.1	Innledning.....	2
1.2	Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EØS art 54.....	5
1.3	Sentrale begreper	6
2	SAKSFORHOLDET I DOMMEN OG DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	7
2.1	Kort presentasjon av saksforholdet i dommen	7
2.2	Den videre fremstillingen	8
3	EFTA-DOMSTOLENS TILNÆRMING TIL EKSKLUSIVAVTALER OG FORHOLDET TIL EU-DOMSTOLENES RETTSPRAKSIS	9
3.1	Generelt om misbrukskriteriet i art 102, jf. EØS art 54	9
3.2	EFTA-domstolens tilnærming til eksklusivavtalene inngått av Posten Norge.....	11
3.3	EU-domstolens tilnærming til eksklusivavtaler under art 102 TFEU	15
3.4	Konklusjon.....	24
4	ANALYSEN AV HVORVIDT AVTALENE HAR MEDFØRT ”SUBSTANTIAL FORECLOSURE” PÅ DET RELEVANTE MARKEDET.	26
4.1	Spørsmålet om hvorvidt "substantial foreclosure" viser til en kvantitativ terskel.....	26
4.2	Innholdet i kravet til "substantial foreclosure"	29
4.3	Konklusjon.....	34
5	EFTA-DOMSTOLENS VURDERING AV DE GJENVÆRENDE TILGJENGELIGE ALTERNATIVENE UNDER EØS ART 54	36
5.1	Vilkåret om at de alternativene tilgjengelige distribusjonskanalene må sikre effektiv konkurranse på markedet.....	36

5.2	Konklusjon.....	43
6	BETYDNINGEN AV AT KONKURRENTENE ER MINST LIKE EFFEKTIVE SOM DET DOMINERENDE FORETAKET.....	44
6.1	EU-domstolenes vektlegging av om konkurrentene er minst like effektive som det dominerende foretaket	45
6.2	Konkurrentenes effektivitet som et moment under misbruksvurderingen av eksklusivavtaler	48
6.3	Konklusjon.....	56
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	58
8	LITTERATURLISTE.....	60
8.1	Juridisk litteratur.....	60
8.2	Lovgivning.....	61
8.3	Traktater.....	61
8.4	Domsregister.....	61
8.4.1	Saker fra EU-domstolen.....	61
8.4.2	Saker fra Underretten	62
8.4.3	Saker fra EFTA-domstolen	62
8.4.4	Saker fra EFTAs overvåkningsorgan	62
8.4.5	Amerikansk rettspraksis	62
8.5	Nettsider.....	63
8.6	Nettdokumenter	63

1 Introduksjon

1.1 Innledning

Den 24. juni 2002 mottok EFTAs overvåkningsorgan, heretter ”ESA” en klage fra Schenker Privpak AB(Privpak). Det ble i klagen påstått at Posten Norge hadde opptrådt på en måte i Norge som begrenset konkurransen i strid med EØS-avtalens artikkel 54.¹ Det angivelige misbruket bestod i at Posten Norge hadde inngått avtaler med noen av de ledende dagligvare-, kiosk og bensinstasjonskjedene, som sikret Posten eksklusive rettigheter til utleveringen av pakker i kjedenes utsalgssteder.² ESA konkluderte med at avtalene var egnet til å begrense konkurransen på markedet og utgjorde et misbruk etter EØS art 54.³ Avgjørelsen ble opprettholdt av EFTA-domstolen ved dom den 18.april 2012.⁴

EFTA- domstolen gikk i dommen inn i en konkret drøftelse av hvorvidt avtalene ville være egnet til å begrense konkurransen på det relevante markedet. Domstolen viste til at alle sakens omstendigheter, samt den kontekst som avtalene stod i, ville være avgjørende for om avtalene kunne være egnet til å gi slike konkurranseskadelige virkninger.⁵ Dommen er på dette punktet interessant fordi den ikke legger til grunn en antakelse om at slike avtaler automatisk er egnet til å skade konkurransen på markedet. Dette har karakter av å være en virkningsbasert tilnærming.⁶

Tradisjonelt har ikke EU-domstolene ansett en konkret analyse som en nødvendig forutsetning for å komme til at eksklusivavtaler utgjør et misbruk.⁷ EU-praksis har tvert imot inntatt en formalistisk holdning til eksklusivavtaler som baserer seg på at eksistensen av en slik avtale i seg selv vil være nok til å utgjøre et misbruk under art 102 TFEU.⁸ Bakgrunnen for dette er en presumpsjon for at slike avtaler i kraft av sin art alltid vil medføre konkurranseskadelige

¹ Sak No. 34250 Norway Post / Privpak, heretter *Vedtak ESA*, avsnitt 7.

² *ibid.* avsnitt 27-29.

³ *ibid.* avsnitt 808.

⁴ Sak E-15/10, heretter *Posten-dommen*

⁵ Se punkt 3.2.

⁶ Se definisjon i Whish (2012), s. 208-209

⁷ Se punkt 3.3

⁸ Rousseva (2010) s, 355-356, EØS art 54 er parallellbestemmelsen til art 102 TFEU, se punkt 1.2.

virksomheter.⁹ EFTA-domstolens analyse synes således å gå lenger enn hva som tradisjonelt er blitt ansett som nødvendig.

Problemet med en formalistisk tilnærming under art 102 TFEU er at den også vil ramme eksklusivavtaler som ikke nødvendigvis medfører konkurranseskadelige virkninger på markedet.¹⁰ I stedet for å bygge på antakelser om at visse avtaler alltid vil være konkurranseskadelige, har det blitt hevdet at avtalenes mulige virkninger må underkastes en nærmere analyse før de kan regnes for å utgjøre et misbruk under art 102 TFEU.¹¹ En slik tilnærming vil være i tråd med Kommisjonen formål om å beskytte konkurransen, snarere enn konkurrentene.¹²

Gitt at eksistensen av en eksklusivavtale i seg selv ikke er nok til å utgjøre et misbruk, er et sentralt spørsmål hvor langt man skal gå i virkningsanalysen. Posten Norge hevdet at det i tråd med en moderne virkningsanalyse også burde vært undersøkt om atferden var egnet til å ha skadelige virkninger på forbrukerne på markedet.¹³ Dette reiser spørsmålet om hvor langt EFTA-domstolen krever at man går i virkningsanalysen, og hvordan dette forholder seg til EU-domstolens rettspraksis.

EFTA-domstolen viser i dommen til at enhver grad av utelukkelse på markedet ikke vil være tilstrekkelig til å utgjøre et misbruk.¹⁴ Uttalelsen er interessant fordi den skiller seg fra tidligere EU-praksis hvor graden av avskjerming på markedet verken har blitt undersøkt eller ansett som relevant.¹⁵ Et sentralt spørsmål er når utelukkelsen vil være stor nok til å utgjøre et misbruk. EFTA-domstolen viste til at det avgjørende momentet ville være om konkurrentene, gjennom de gjenværende tilgjengelige distribusjonskanalene, ble sikret effektiv tilgang på markedet.¹⁶ Hvor

⁹ Ridyard (2008), s. 594, Lugard (2006), s. 178-179.

¹⁰ Rousseva (2010), s. 354-355, Østerud (2010), s. 67.

¹¹ Bishop (2010), s. 226.

¹² Se punkt 3.3 om Kommisjonens tilnærming til eksklusivavtaler.

¹³ Se punkt 3.2.

¹⁴ *ibid.*

¹⁵ Lugard (2006), s. 179.

¹⁶ Se punkt 5.

utelukkelsen med hensyn til slike viktige distribusjonskanaler derimot er "substantial", viser domstolen til at avtalen er egnet til å ha konkurranseskadelige virkninger.¹⁷

Sitatet reiser for det første spørsmålet om henvisning til "substantial foreclosure" av distribusjonskanalene på markedet må forstås som et selvstendig vilkår som setter krav til at avtalene må avskjerme en konkret del av markedet for å utgjøre et misbruk. Et videre spørsmål er hva som skal til for at konkurrentene gjennom de tilgjengelige distribusjonskanalene er gitt effektiv tilgang til markedet. Stiller dommen konkrete kvalitative krav til de tilgjengelige distribusjonskanalene, eller er det tilstrekkelig at det foreligger tilgjengelige alternativer som gjør det mulig for konkurrentene å få tilgang til markedet?

Ved vurderingen av hvorvidt eksklusivavtalene var egnet til å begrense konkurransen på markedet, legger EFTA-domstolen ubetinget til grunn at det er irrelevant om konkurrentene var mindre effektive enn Posten Norge.¹⁸ Uttalelsen er interessant, og gir uttrykk for et annet syn enn hva som tidligere er lagt til grunn av EU-domstolene når det gjelder prisbasert ekskluderende atferd.¹⁹ At domstolen ikke vurderte hvorvidt avtalene var egnet til å utelukke like effektive konkurrenter, kan ses som et steg tilbake fra en mer virkningsbasert analyse som blant annet kommer til uttrykk i *Veiledningen*.²⁰ Et sentralt spørsmål er om EFTA-domstolen hadde rettskildemessig grunnlag for å avvise betydningen av en slik test i misbruksvurderingen.

Med utgangspunkt i de sentrale problemstillingene som dommen behandler, vil avhandlingen i de ulike punktene redegjøre for hva EFTA-domstolen anså som relevant ved spørsmålet om hvorvidt avtalene til Posten Norge utgjorde et misbruk. Det er hevdet at EU-domstolene beveger seg mot en stadig mer konkret virkningsanalyse under art 102 TFEU.²¹ Et sentralt spørsmål er hvordan EFTA-domstolens avgjørelse kan plasseres i dette bildet.

¹⁷ Se punkt 4.

¹⁸ Se punkt 6.

¹⁹ For visse typer pris-basert atferd er det anvendt en "as efficient-competitor test, se punkt 6.1.

²⁰ "Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying art 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings", heretter *Veiledningen*. Se punkt 6.2

²¹ Whish (2012), s. 199-201.

Oppgaven avgrenses mot problemstillingene knyttet til de øvrige vilkårene under EØS art 54, jf. art 102 TFEU.

1.2 Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EØS art 54

Det avgjørende spørsmålet for EFTA-domstolen var hvorvidt avtalene utgjorde et misbruk av dominerende stilling i strid med EØS-avtalen art 54.²² Bestemmelsen lyder slik:

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse [²³] av sin dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av denne avtale, eller i en vesentlig del av det, skal være forbudt og uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggstyelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

EØS art 54 har sin parallellbestemmelse i art 102 TFEU.²⁴ Det grunnleggende rettskildепrinsipp innenfor EØS-retten er hensynet til homogenitet.²⁵ Ved tolkningen av EØS art 54 er derfor rettspraksis fra EU-domstolene under art 102 TFEU den sentrale tolkningsfaktoren.²⁶ Rettspraksis fra EU-domstolene er den sentrale rettskilden ved analysen av EFTA-domstolens avgjørelse.

²² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, heretter EØS-avtalen.

²³ Synonymt med misbruk, jf. art 102 TFEU. Dette begrepet brukes i det følgende.

²⁴ Treaty on the functioning of the European Union, heretter TFEU.

²⁵ *EØS-rett* (2011), s. 223, EØS-avtalen art 6.

²⁶ *EØS-rett* (2011), s. 252.

Dommen er ikke kun relevant for forståelsen av EØS art 54. Også ved anvendelsen av kkrl. § 11²⁷, som forbyr misbruk av dominerende stilling som ikke nødvendigvis har en EØS-dimensjon, er hensynet til homogenitet et grunnleggende prinsipp.²⁸ Rettspraksis fra EU-domstolene og EFTA-domstolen vil derfor være sentrale tolkningsfaktorer for forståelsen av bestemmelsen.²⁹

1.3 Sentrale begreper

I oppgaven blir begrepet eksklusivavtaler brukt. Begrepet omfatter både eksklusive kjøps-, og leveringsforpliktelser.³⁰ Eksklusive leveringsforpliktelser er avtaler hvor en leverandør forplikter seg til å selge et bestemt produkt utelukkende til en dominerende kunde.³¹ Kjennetegnet ved eksklusive kjøpsforpliktelser er at kundene blir kontraktsmessig forpliktet til å la det dominerende foretaket dekke hele eller størstedelen av deres etterspørsel av et visst produkt.³² Eksklusive kjøpsforpliktelser har flest likhetstrekk med avtalene inngått av Posten Norge, og er temaet for oppgaven.

Videre viser oppgaven gjennomgående til betegnelsen EU-domstolene. Begrepet brukes her som en fellesbetegnelse på EU-domstolen³³ og Underretten.³⁴ Når det er nødvendig for forståelsen av sammenheng, vises det spesifikt til den enkelte instans.

²⁷ Konkurranseloven § 11.

²⁸ Graver (2004), s. 340.

²⁹ Ibid.

³⁰ Whish (2012), s. 682-683.

³¹ *ibid.* s. 682.

³² Jones (2011) s. 419.

³³ The European Court of Justice (ECJ)

³⁴ The General Court

2 Saksforholdet i dommen og den videre fremstillingen

2.1 Kort presentasjon av saksforholdet i dommen

Den 18.april 2012 opprettholdt EFTA-domstolen ESAs avgjørelse fra 2010, hvor Posten Norge AS ble funnet å ha misbrukt sin dominerende stilling i markedet for utlevering av pakker fra bedrift til forbruker i strid med artikkel 54 i EØS-avtalen.³⁵

Misbruket bestod i at Posten Norge i perioden 2000 til 2006 hadde inngått eksklusivavtaler med NorgesGruppen, ICA, COOP og Shell.³⁶ De omstridte avtalene gjaldt Posten Norges etablering av såkalt Post-i-butikk i kjedenes utsalgssteder. Konseptet gikk ut på at det i kjedenes utsalgssteder ble tilbudt posttjenester, inkludert en tjeneste for utlevering av pakker som kundene hadde bestilt fra distansehandelsforetak.³⁷

Avtalene med NorgesGruppen og Shell fastsatte at disse var Postens prefererte partner. I avtalen ble det inntatt en eksklusivitetsklausul som gav Posten en enerett til å formidle posttjenester innenfor alle utsalgssteder som var eid eller tilknyttet disse kjedene.³⁸ Dette medførte at uansett om det ikke ble etablert Post-i-butikk i alle kjedenes utsalgssteder, ville Posten Norge likevel ha eksklusive rettigheter i den enkelte butikk. Avtalene med COOP og ICA gav Posten Norge eksklusive rettigheter i den enkelte butikk³⁹ hvor det ble opprettet Post-i-butikk.⁴⁰ I disse utsalgsstedene ble andre konkurrenter forhindret fra å tilby lignende tjenester.⁴¹

³⁵ Posten-dommen

³⁶ *ibid.* avsnitt 2-3.

³⁷ *ibid.* avsnitt 13, Vedtak ESA avsnitt 6 fotnote 8; "Distansehandelsforetak er bedrifter som selger varer eller tjenester over internett, telefon eller postordre"

³⁸ Posten-dommen avsnitt 18.

³⁹ Såkalt *butikkeksklusivitet*, jf. Vedtak ESA avsnitt 429.

⁴⁰ Posten-dommen avsnitt 19-20.

⁴¹ *ibid.*

Utlevering av slike pakker er en tjeneste som er åpen for konkurranse på markedet.⁴² EFTA-domstolen kom til at eksklusivavtalene var egnet til å begrense konkurransen på det relevante markedet ved at konkurrentene ble hindret tilgang til kjedenes utsalgssteder.⁴³

2.2 Den videre fremstillingen

I punkt 3 gis det en fremstilling av analysen som EFTA-domstolen la til grunn for bedømmelsen av hvorvidt avtalene utgjorde et misbruk. Det vil deretter ses på EU-domstolens tradisjonelle tilnærming til slike avtaler. Et sentralt spørsmål er om en eventuell forskjell kan forklares med at EU-praksis nærmer seg en stadig mer detaljert virkningsanalyse.

I punkt 4 vil det drøftes hvilke momenter EFTA-domstolen anså som avgjørende for analysen av om det forelå "substantial foreclosure" på markedet. Spørsmålet som drøftes i punkt 5, er hvilke kvalitative krav som kan stilles til de gjenværende distribusjonkanalene på det relevante markedet for at avtalene ikke skal utgjøre et misbruk.

EFTA-domstolen avviste at konkurrentenes effektivitet kunne være et relevant moment ved vurderingen av om eksklusivavtalene var egnet til å begrense konkurransen. Hvorvidt dette gir uttrykk for gjeldende rett, blir gjennomgått i punkt 6.

I punkt 7 vil det gis noen avsluttende bemerkninger.

Oppgaven avgrenses mot problemstillinger rundt de øvrige vilkårene i art 102 TFEU, jf. EØS art 54.

⁴² Posten-dommen avsnitt 9.

⁴³ *ibid.* avsnitt 180.

3 EFTA-domstolens tilnærming til eksklusivavtaler og forholdet til EU-domstolenes rettspraksis

3.1 Generelt om misbrukskriteriet i art 102, jf. EØS art 54

Eksklusivavtaler er ikke uttrykkelig nevnt som en form for misbruk under art 102 TFEU, jf. EØS art 54. Hvilke typer atferd eller avtaler som kan utgjøre et misbruk er imidlertid ikke uttømmende regulert i bestemmelsen.⁴⁴ Eksklusivavtaler vil derfor kunne utgjøre et misbruk i strid med bestemmelsen, noe som er bekreftet i en rekke av EU-domstolens avgjørelser.⁴⁵ Ved vurderingen av om en atferd eller avtale utgjør et misbruk av dominerende stilling under art 102 TFEU, er det misbruksdefinisjonen, vist til i saken *Hoffman-La Roche*⁴⁶, som EU-domstolene tradisjonelt har lagt til grunn:⁴⁷

The concept of 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 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 that competition.⁴⁸

Det er derfor to vilkår som må være oppfylt for å kunne si at det foreligger et misbruk.⁴⁹ For det første må det dominerende foretaket anvende metoder som skiller seg fra hva som vil være vanlig under ”normal konkurranse”.⁵⁰ For det andre er det et vilkår som angår virkningene på markedet.

⁴⁴ Sak C-6/72 *Continental Can v. Commission*, premiss 26.

⁴⁵ F.eks i Sak C-85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission*, sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission*.

⁴⁶ Sak C-85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission*

⁴⁷ Jones (2011), s. 365.

⁴⁸ Sak C-85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission*, premiss 91. Dommen behandler misbrukskriteriet under art 86 EC. Bestemmelsen tilsvarer art 102 TFEU.

⁴⁹ Kolstad (2007) s. 179, Faull (2007) s. 349-351, Bishop (2010), s. 229.

⁵⁰ *ibid.*

For å utgjøre et misbruk må atferden eller avtalen hindre, eller være egnet til å hindre at konkurransen på markedet blir styrket eller opprettholdt.⁵¹

Vilkåret om at avtalen må være egnet til å begrense konkurransen på markedet, har blitt tolket på ulike måter. En måte EU-domstolene har tolket kravet på, er at dersom det foreligger en avtale av en viss art, vil det legges til grunn en antakelse om at denne avtalen er egnet til å påvirke konkurransen på markedet.⁵² Under en slik tilnærming vil det ikke være nødvendig å foreta en konkret analyse av om avtalene i den sammenheng de opptrer i faktisk vil kunne ha skadelige virkninger på markedet.⁵³ Det foreligger en presumpsjon for at visse typer avtaler eller atferd i kraft av sin art alltid vil medføre konkurranseskadelige virkninger på markedet.⁵⁴ Noe mer enn å slå fast eksistensen til en slik avtale, vil derfor ikke være nødvendig for å komme til at det foreligger et misbruk.⁵⁵ En slik måte å vurdere avtaler og atferd på under art 102 TFEU, er hva man kaller en formbasert eller per-se tilnærming.⁵⁶

En annen måte som EU-domstolene har tolket kravet på, er at en avtale eller atferd ikke vil utgjøre et misbruk under art 102 TFEU før det er foretatt en konkret analyse av hvorvidt avtalen eller atferden faktisk vil kunne medføre konkurranseskadelige virkninger på markedet.⁵⁷ Analysen krever altså en mer detaljert vurdering av avtalen i lys av de konkrete omstendighetene i saken.

En slik vurdering av avtaler og atferd under art 102 TFEU, har karakter av å være en mer virkningsbasert tilnærming.⁵⁸ Med hensyn til hvor langt en slik analyse skal gå, foreligger det imidlertid gradforskjeller. En måte å analysere virkningene på er at det må bevises at avtalen vil kunne ha skadelige virkninger på konkurransen i form av at andre aktører blir utestengt fra

⁵¹ Kolstad (2007) s. 179, Faull (2007) s. 349-351, Bishop (2010), s. 229.

⁵² Lugard (2006), s. 178 – 179, O'Donoghue (2007) s. 330.

⁵³ Geradin (2011), s. 17, Whish (2012), s. 200.

⁵⁴ Waelbroeck (2005), s. 161, O'Donoghue (2007), s. 330.

⁵⁵ Whish (2012), s. 208.

⁵⁶ O'Donoghue (2007), s. 330.

⁵⁷ Whish (2012), s. 208.

⁵⁸ *ibid*, O'Donoghue (2007), s. 330-331.

markedet.⁵⁹ Det er imidlertid mulig å gå enda lenger i analysen ved å kreve bevis for at avtalen vil kunne ha virkninger på konkurransen i form av en nedgang i forbrukervelferden.⁶⁰

Som punkt 3.2 i oppgaven vil vise, tyder mye på at EFTA-domstolen la til grunn en konkret virkningsanalyse ved vurderingen av eksklusivavtalene inngått av Posten Norge. Gjennomgangen ovenfor viser at det også er mulig å legge en mer formalistisk tilnærming til grunn under art 102 TFEU. Et sentralt spørsmål er hvordan EU-domstolene tradisjonelt har vurdert eksklusivavtaler, og om det foreligger en motstrid i forhold til hva EFTA-domstolens premisser gir uttrykk for. Spørsmålet er om det har skjedd en utvikling i EU-domstolenes rettspraksis som eventuelt kan forklare en slik motstrid.

3.2 EFTA-domstolens tilnærming til eksklusivavtalene inngått av Posten Norge

For å kunne avgjøre om atferden til Posten Norge utgjorde et misbruk av dominerende stilling, la EFTA-domstolen til grunn at det måtte foretas en analyse av de konkrete omstendighetene i saken og avtalenes potensielle virkninger på markedet:

In determining whether Norway Post's conduct was abusive, it is necessary to consider all the circumstances, and to investigate whether the overall behavior of Norway Post during the relevant period tended to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition.^{61 62}

En formbasert tilnærming til eksklusivavtaler inngått av et dominerende foretak baserer seg i stor grad på en presumpsjon om konkurranseskadelige virkninger på markedet når slike avtaler er inngått.⁶³ Presumpsjonen legitimerer en forenklet analyse under art 102 TFEU, slik at en undersøkelse av avtalens faktiske eller potensielle virkninger på markedet ikke vil være

⁵⁹ Faull (2007), s. 351.

⁶⁰ Veiledningen avsnitt 19.

⁶¹ Posten-dommen avsnitt 128.

⁶² Min kursivering

⁶³ Lugard (2006) s. 179.

nødvendig.⁶⁴ Sitatet ovenfor tyder på at EFTA-domstolen ikke baserer seg på en slik presumpsjon. Uttalelsen viser tvert imot at domstolen anså en nærmere analyse av sakens konkrete omstendigheter som en nødvendig forutsetning for å kunne avgjøre om avtalene til Posten Norge faktisk var egnet til forstyrre eller begrense konkurransen på markedet. Dette tyder på at EFTA-domstolen har lagt til grunn en konkret virkningsanalyse.

Domstolen fortsatte med å vise til at selv om eksklusivavtalene medførte en viss avskjerming av markedet, ville det likevel ikke være slik at enhver grad av utelukkelse ville utgjøre et misbruk under EØS art 54.⁶⁵ I forlengelsen av dette, viste domstolen til at utelukkelsen for å ha slike konkurranseskadelige følger måtte være "substantial".⁶⁶ Hadde domstolen lagt til grunn en formbasert tilnærming til avtalene, ville motsatt graden av utelukkelse på markedet vært uten relevans for misbruksspørsmålet.⁶⁷ Avtalenes art ville her i seg selv vært nok til å statuere et misbruk.⁶⁸ Sitatet understøtter derfor at det er en konkret virkningsanalyse som er lagt til grunn.

Under en slik tilnærming til eksklusivavtaler vil det avgjørende spørsmålet være om avtalene har skadet eller vil være egnet til å skade konkurransen på det relevante markedet.⁶⁹ For å kunne avgjøre dette viste EFTA-domstolen til at det var nødvendig å se konkret på hvilke følger avtalene kunne ha for den foreliggende konkurransen når man vurderte avtalene i sin konkrete kontekst.⁷⁰ EFTA-domstolen gikk inn i en slik konkret virkningsanalyse ved blant annet å vurdere viktigheten for konkurrentene av å inngå en avtale med en av de ledende dagligvare-, kiosk eller bensinstasjonskjedene for å kunne konkurrere effektivt med Posten Norge.⁷¹ Når konklusjonen var at en slik tilgang var nødvendig for at den effektive konkurransen kunne bevares på markedet, var spørsmålet om Posten Norges avtaler var egnet til å hindre en slik tilgang.⁷² Avgjørelsen går derfor inn i en konkret drøftelse av omstendighetene i saken for å se

⁶⁴ O'Donoghue (2007), s. 330, Østerud (2010) s. 66.

⁶⁵ Posten-dommen avsnitt 135.

⁶⁶ *ibid.*

⁶⁷ Lugard (2006), s. 179.

⁶⁸ O'Donoghue (2007), s. 330.

⁶⁹ Faull (2007), s. 351.

⁷⁰ Posten-dommen avsnitt 129.

⁷¹ *ibid.* avsnitt 145 flg.

⁷² *ibid.* avsnitt 162 og 170 flg.

om avtalene inngått av Posten Norge var egnet til å forstyrre markedskonkurransen, og synes ikke å basere seg på en forutgående presumpsjon om konkurranseskadelige virkninger på markedet.

EFTA-domstolen stilte imidlertid ikke krav til at det måtte påvises at avtalene hadde medført faktiske konkurranseskadelige virkninger på markedet. Det avgjørende var etter deres vurdering om atferden til Posten Norge potensielt kunne virke forstyrrende på konkurransen.⁷³ Dette er i tråd med EU-domstolens rettspraksis.⁷⁴ Faktiske virkninger på markedsstrukturen er derfor ikke en nødvendig forutsetning for å kunne konkludere med at det foreligger et misbruk.

Det har blitt hevdet at det faktum at EFTA-domstolen ikke gikk inn i en økonomisk analyse av avtalenes faktiske virkninger på markedet, kan tilsi at det ikke fullt ut er en virkningsanalyse som er lagt til grunn.⁷⁵ I følge dette synet ble de konkurranseskadelige virkninger kun ansett som en presumert følge av eksklusivavtalene.⁷⁶ Å skulle kreve bevis for at avtalene har medført faktiske konkurranseskadelige følger, vil imidlertid gjøre anvendelsen av art 102 TFEU nærmest umulig.⁷⁷

"Guidance on the Commission`s enforcement priorities in applying art 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings", heretter *Veiledningen*, gir uttrykk for det samme synet som fremkommer av EFTA-domstolens avgjørelse. Det fremgår her at Kommisjonen normalt vil gripe inn mot atferd hvis denne er "likely to lead to anticompetitive foreclosure".⁷⁸ Faktiske følger er således ikke nødvendig for at Kommisjonen skal kunne gripe inn. Bevis på at atferden har medført faktisk utestenging fra markedet kan likevel være en indikasjon på at det foreligger et misbruk.⁷⁹

⁷³ Posten-dommen avsnitt 131.

⁷⁴ Forente saker C- 6 og 7/73 Commercial Solvents v. Commission premiss 25; "*risks eliminating all competition*", Sak C-280/08 Deutsche Telekom v. Commission, avsnitt 250.

⁷⁵ Temple Lang (2012), s. 469-470.

⁷⁶ *ibid.*

⁷⁷ Whish (2012), s. 208.

⁷⁸ *Veiledningen* avsnitt 20.

⁷⁹ *ibid.*

Veiledningen gir uttrykk for en konkret virkningsbasert tilnærming til avtaler under art 102 TFEU.⁸⁰ EFTA-domstolens avvisning av at faktiske konkurranseskadelige virkninger måtte påvises for at avtalene kunne innebære et misbruk etter EØS art 54, er derfor ikke uforenlig med at det er en virkningsbasert tilnærming som er lagt til grunn i dommen.⁸¹ Muligens kan dette anses som uforenlig med en virkningsanalyse dersom konkurransen, til tross for det påståtte misbruket, synes å være upåvirket.⁸² Et eksempel vil være der konkurrentene har lyktes i å etablere seg på markedet og konkurransen har utviklet seg positivt. I slike tilfeller kan det være avgjørende å bevise at konkurransen på markedet faktisk ville utviklet seg enda mer i fravær av atferden.⁸³ Dette var imidlertid ikke tilfellet i saken mot Posten Norge.⁸⁴ EFTA-domstolens avvisning av relevansen til faktiske virkninger kan derfor ikke tolkes som en generell avvisning av at en konkret virkningsanalyse er nødvendig for å kunne komme til at det foreligger et misbruk.⁸⁵

Posten Norge hevdet at EFTA-domstolen i tråd med en moderne virkningsbasert tilnærming skulle gått enda lenger i analysen av avtalenes sannsynlige virkninger på markedet, blant annet ved å bevise at avtalene gjorde det mulig for Posten Norge å heve prisene eller senke kvaliteten til skade for forbrukerne.⁸⁶ En slik analyse er i tråd med *Veiledningen*, hvor det fremgår at det kun vil foreligge et misbruk dersom atferden er egnet til å begrense konkurransen til skade for forbrukerne.⁸⁷ EFTA-domstolen uttalte her følgende:

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.⁸⁸

⁸⁰ Gravengaard (2010), s. 285, se punkt 3.3.

⁸¹ Peeperkorn (2011), s. 37, uttalelser om sak T-155/06 Tomra Systems and Others v. Commission, hvor Underretten avviste at faktiske virkninger var nødvendig for å komme til at det forelå et misbruk.

⁸² *ibid.*

⁸³ *ibid.*, Posten-dommen avsnitt 192.

⁸⁴ Posten-dommen avsnitt 195.

⁸⁵ Peeperkorn (2011), s. 37.

⁸⁶ Posten-dommen avsnitt 121.

⁸⁷ *Veiledningen* avsnitt 19, Peeperkorn (2009), s. 17.

⁸⁸ Posten-dommen avsnitt 127.

Sitatet tyder på at domstolen ikke anser det som nødvendig i misbruksvurderingen å undersøke om atferden gjør det mulig for det dominerende foretaket å heve priser eller senke kvaliteten på varene til skade for forbrukerne.⁸⁹ Dersom det foreligger konkurranseskadelige virkninger på markedet, legges det til grunn en presumpsjon for en nedgang i forbrukervelferden.⁹⁰ Dette synes å være et skritt tilbake fra *Veiledningen*. *Veiledningen* gir imidlertid kun uttrykk for hva Kommisjonen selv vil legge vekt på i en misbruksvurdering, og er ikke rettslig bindende.⁹¹ At EFTA-domstolen ikke gikk like langt i virkningsanalysen som *Veiledningen* gir anvisning på, er derfor ikke et moment som taler imot at det er en virkningsbasert tilnærming som er lagt til grunn. Som nevnt under punkt 3.1 vil det også for en virkningsanalyse foreligge gradforskjeller. Det sentrale med dommen er at EFTA-domstolen analyserte avtalenes potensielle konkurranseskadelige virkninger i den konkrete markedskonteksten, og ikke automatisk regnet dem for å utgjøre et misbruk.⁹²

På dette grunnlaget konkluderes det med at EFTA-domstolen anså en konkret analyse av avtalenes egnede virkninger på markedet som en nødvendig forutsetning for å komme til at de utgjorde et misbruk etter EØS art 54.

3.3 EU-domstolens tilnærming til eksklusivavtaler under art 102 TFEU

På bakgrunn av at EFTA-domstolen la til grunn en konkret virkningsanalyse under EØS art 54, reiser spørsmålet seg om dette er i samsvar med EU-domstolens tradisjonelle tilnærming til eksklusivavtaler. Spørsmålet er videre om en eventuell motstrid kan forklares med at EU-praksis beveger seg mot en mer konkret virkningsanalyse under art 102 TFEU.

Hovedargumentet mot eksklusivavtaler er at kundene forhindres fra å kjøpe varer eller tjenester fra konkurrentene til det dominerende foretaket.⁹³ Dette kan føre til utestenging av konkurrenter,

⁸⁹ EFTA-domstolen pekte også på at slike misbruk ikke nødvendigvis vil føre til prisøkninger, og at dette derfor ikke kunne være avgjørende, jf. avsnitt 193.

⁹⁰ Whish (2012), s. 196 "*Article 102 protects competition; and competition is for the benefit of consumers.*"

⁹¹ *Veiledningen* avsnitt 3.

⁹² I motsetning til en formbasert tilnærming, jf. O'Donoghue (2007) s. 330.

⁹³ Østerud (2010), s. 63.

og således begrense konkurransen på det relevante markedet.⁹⁴ EU-domstolene har lenge inntatt en formbasert tilnærming til eksklusivavtaler.⁹⁵ For slike avtaler har det altså blitt lagt til grunn en presumpsjon om konkurranseskadelige virkninger.⁹⁶ Dersom en dominerende aktør inngår eksklusivavtaler har det derfor ikke vært ansett som nødvendig å foreta en konkret analyse av avtalens egnede virkninger på markedskonkurransen for å konkludere med at det foreligger et misbruk etter art 102 TFEU.⁹⁷

*Hoffman- La Roche*⁹⁸ er den sentrale avgjørelsen som har blitt lagt til grunn i EU-domstolenes etterfølgende rettspraksis ved behandlingen av eksklusivavtaler.⁹⁹ EU-domstolen uttalte i saken følgende om eksklusivavtaler:

An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers— even if it does so at their request — by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.¹⁰⁰

Dommen konkluderte på denne bakgrunn med at det forelå et misbruk uten at det ble foretatt en nærmere analyse av om avtalene under de konkrete omstendighetene faktisk ville være egnet til å begrense eller forstyrre konkurransen på markedet. Avgjørelsen viser at EU-domstolen har inntatt en formbasert tilnærming til eksklusivavtaler.¹⁰¹ Dersom det foreligger en avtale som binder kunden til å dekke hele eller størstedelen av sin etterspørsel hos det dominerende foretaket, vil

⁹⁴ Bishop (2010), s. 249, Jones (2011), s. 420.

⁹⁵ Whish (2012), s. 683-684, Lugard (2006), s. 178, Ridyard (2008) s. 594.

⁹⁶ Lugard (2006), s. 178-179.

⁹⁷ Østerud (2010), s. 66, Lugard (2006), s.178-179, O'Donoghue (2007), s. 330-331.

⁹⁸ Sak C-85/76 Hoffman-La Roche v. Commission

⁹⁹ Se sak C-310/93 BPB Industries v. Commission, Sak T-66/01, Imperial Chemical Industries Ltd v. Commission, Sak T-57/01 Solvay v. Commission

¹⁰⁰ Sak C-85/76 Hoffman-La Roche v. Commission, premiss 89.

¹⁰¹ O'Donoghue (2007), s. 331, Jones (2011), s. 420, Whish (2012) s. 683-684.

det etter denne dommen foreligge et misbruk etter art 102 TFEU.¹⁰² Samme formalistiske tilnærming ble lagt til grunn i dommen *Imperial Chemical Industries Ltd.*¹⁰³

Også i dommen *BPB Industries*¹⁰⁴ la Underretten til grunn en svært streng tilnærming til eksklusivavtaler inngått av et dominerende foretak.¹⁰⁵ EU-domstolen opprettholdt Underrettens avgjørelse om at avtalene utgjorde et misbruk av dominerende stilling, og viste til Generaladvokat Lègers uttalelser i saken.¹⁰⁶ Det sentrale i Generaladvokatens uttalelser er henvisningen til saken *Delimitis*.¹⁰⁷ *Delimitis* viser til at en eksklusivavtale inngått på et marked hvor ingen aktører innehar en dominerende stilling, kun vil stride imot art 101 TFEU dersom en økonomisk virkningsanalyse viser at avtalene, sett i sammenheng med andre lignende avtaler på markedet, har gjort det vanskeligere eller umulig for konkurrentene å komme inn på markedet.¹⁰⁸ Generaladvokaten i *BPB Industries* uttalte at slike analyser ikke vil gjøre seg gjeldende på markeder hvor det foreligger et dominerende foretak, fordi avtalene da befinner seg på et marked hvor graden av konkurranse allerede har blitt svekket som følge av tilstedeværelsen av dette foretaket.¹⁰⁹ Med bakgrunn i uttalelsene fra *Hoffman-La Roche*, ble slike avtaler hevdet å medføre "additional interference" på markedet.¹¹⁰ Generaladvokaten konkluderte på dette grunnlaget med at eksklusivavtaler inngått av et dominerende foretak i prinsippet derfor alltid vil utgjøre et misbruk etter art 102 TFEU.¹¹¹ Også dette gir uttrykk for en formalistisk tilnærming til eksklusivavtaler.¹¹²

Så langt viser gjennomgangen at EU-domstolene tradisjonelt har lagt til grunn en formbasert tilnærming til eksklusivavtaler inngått av dominerende foretak.¹¹³ Det vil her ikke være nødvendig å vise til at avtalene i den konkrete konteksten begrenset, eller var egnet til å begrense

¹⁰² Østerud (2010), s. 63-64, Jones (2011), s. 420.

¹⁰³ Sak T-66/01 *Imperial Chemical Industries Ltd v. Commission* avsnitt 315-323, Whish (2012) s. 684.

¹⁰⁴ Sak T-65/89 *BPB Industries v. Commission*

¹⁰⁵ Whish (2012), s. 684.

¹⁰⁶ Sak C-310/93 *BPB Industries v. Commission*, avsnitt 11.

¹⁰⁷ Sak C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu*, Generaladvokat Lègers uttalelser i sak C-310/93 *BPB Industries v. Commission* avsnitt 43.

¹⁰⁸ Sak C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu* avsnitt 15.

¹⁰⁹ Generaladvokat Lègers uttalelser i sak C-310/93 *BPB Industries v. Commission* avsnitt 44-45.

¹¹⁰ *ibid.* avsnitt 46.

¹¹¹ *ibid.* avsnitt 47.

¹¹² Østerud (2010), s. 65.

¹¹³ Lugard(2006) s. 178, Ridyard(2008) s. 594, Gravengaard (2010), s. 292.

konkurransen på markedet.¹¹⁴ Dette er en annen tilnærming til eksklusivavtaler, enn hva som ble lagt til grunn i EFTA-domstolens avgjørelse.¹¹⁵ Det foreligger derfor en motstrid mellom EU-domstolens rettspraksis og EFTA-domstolens avgjørelse med hensyn til hvordan eksklusivavtaler skal bedømmes under art 102 TFEU, jf. EØS art 54. Avgjørelsene *Hoffman-La Roche* og *BPB Industries* er imidlertid dommer av eldre dato, og det kan derfor tenkes at nyere rettspraksis har utviklet seg i en annen retning.¹¹⁶ Avgjørelsen i *Imperial Chemical Industries Ltd* er av nyere dato og gir og uttrykk for en formbasert tilnærming til eksklusivavtaler.¹¹⁷ Dette kan tilsa at EU-domstolene også i nyere rettspraksis har holdt fast på en formbasert tilnærming til eksklusivavtaler. Et sentralt spørsmål er om det foreligger rettspraksis fra EU-domstolene som har beveget seg vekk fra en formalistisk tilnærming, og lagt til grunn mer detaljerte virkningsanalyser for å avgjøre om eksklusivavtaler utgjør et misbruk.

Avgjørelsen i *Van den Bergh Foods*¹¹⁸ kan gi uttrykk for en mer virkningsbasert tilnærming til eksklusivavtaler som skiller seg fra hva som fremgår av de ovenfor nevnte dommene.¹¹⁹ Saksforholdet i dommen var at det dominerende foretaket hadde sikret seg faktisk eksklusivitet over 40 % av iskremutsalgene som forelå på det relevante markedet. Dette ble gjort ved å la forhandlerne disponere et av deres fryseshop, enten gratis eller mot et lite gebyr, på den betingelse at dette kun ble brukt til oppbevaring av deres is.¹²⁰ Underretten konkluderte med at dette medførte faktisk eksklusivitet, ved at det var lite sannsynlig at utsalgsstedene ville gå til innkjøp av en tilleggsfryser til oppbevaring av is fra andre leverandører. Avtalene bandt således ”reelt” de forretningene som rådet over slike fryser.¹²¹ Underretten uttalte følgende:

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*

¹¹⁴ O'Donoghue (2007), s. 330, Østerud (2010), s. 64.

¹¹⁵ Se punkt. 3.1.

¹¹⁶ Avsagt i 1979 og 1993.

¹¹⁷ Avsagt i 2010.

¹¹⁸ Sak T-65/98 *Van den Bergh Foods v. Commission*

¹¹⁹ Lugard (2006), s. 179, Jones (2011), s. 424.

¹²⁰ Sak T-65/98 *Van den Bergh Foods v. Commission* avsnitt 2.

¹²¹ *ibid.* avsnitt 98.

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".^{122 123}

Uttalelsen har blitt tatt til inntekt for at det har skjedd en utvikling innenfor EU-domstolenes rettspraksis mot en mer virkningsbasert tilnærming til eksklusivavtaler.¹²⁴ Sitatet viser at domstolen ikke automatisk regnet avtalene for å utgjøre et misbruk, men derimot kom til at det forelå et brudd på art 102 TFEU på grunnlag av en vurdering av avtalenes konkurranseskadelige virkninger på det relevante markedet.¹²⁵ Fryseeksklusivitet var altså alene ikke tilstrekkelig til å utgjøre et misbruk.¹²⁶ Det sentrale var at avtalene hindret konkurrentene adgang til markedet ved at forhandlerne ble forhindret fra å selge deres is, eller mulighetene til å gjøre dette ble redusert.¹²⁷

Et annet interessant moment med dommen, er at domstolen gikk inn i en konkret analyse av hvor stor markedsandel som var avskjermet fra konkurrentene ved eksklusivklausulene.¹²⁸ Dette tyder på at enhver grad av avskjerming ikke ville vært tilstrekkelig til å utgjøre et misbruk under art 102 TFEU.¹²⁹ Hadde dommen basert seg på en antakelse om at eksklusivavtaler alltid vil medføre konkurranseskadelige virkninger, ville tvert imot en slik kvantifisering av graden av markedsavskjerming vært unødvendig.¹³⁰ En naturlig slutning er at dommen går i retning av en mer detaljert virkningsanalyse ved bedømmelsen av eksklusivavtaler under art 102 TFEU.¹³¹ Dette kan tyde på at EU-domstolene har begynt å bevege seg bort fra en formalistisk tilnærming til eksklusivavtaler.¹³²

¹²² *ibid.* avsnitt 160, oppretthold i sak C-552/03 P Van den Bergh Foods v. Commission.

¹²³ Min kursivering

¹²⁴ Lugard (2006) s. 179, O'Donoghue s. 331.

¹²⁵ Jones (2011), s. 424, Waelbroeck (2005), s. 162.

¹²⁶ Sher (2003) s. 8.

¹²⁷ Sak T-65/98 Van den Bergh Foods v. Commission avsnitt 160.

¹²⁸ *ibid.* avsnitt 156 og 160, se partenes anførsler i avsnitt 149 og 152.

¹²⁹ Sher (2003), s. 8.

¹³⁰ Lugard (2006), s. 179.

¹³¹ O'Donoghue (2007), s. 331.

¹³² *ibid.*

I den forbindelse er det relevant å nevne reformen som ble fremmet av EU-kommisjonen i 2005, blant annet ved *Diskusjonsnotatet*.¹³³ *Diskusjonsnotatet* tok sikte på å modernisere art 102 TFEU ved å gi plass til moderne økonomiske teorier, og ved å sikre at forbrukerne var dem som ble endelig begunstiget ved anvendelsen av bestemmelsen.¹³⁴ En av oppgavene som Kommisjonen stod overfor i modernisering av art 102 TFEU, var å ta stilling til den økende kritikken mot at bestemmelsen ble anvendt overfor dominerende selskaper uten å analysere atferdens faktiske eller potensielle virkninger på konkurransen på markedet.¹³⁵ Det ble hevdet at EU-domstolene gjennom sin formalistiske tilnærming under art 102 TFEU beskyttet konkurrentene, snarere enn selve konkurransen på markedet.¹³⁶

Som en respons på kritikken tok Kommisjonen til orde for en mer virkningsbasert tilnærming til avtaler og atferd av dominerende selskaper under art 102 TFEU.¹³⁷ For å kunne fastslå at avskjermingen av markedet er konkurranseskadelig, viser *Diskusjonsnotatet* til at man ikke bare må undersøke atferdens natur, men også de mulige virkninger på markedet, størrelsen på den markedsandel som er avskjernet osv.¹³⁸ Følgende ble uttalt av kommisjonær Kroes:

It would be rather strange if we concluded that a particular form of conduct is not anti-competitive under Article 81, but infringes Article 82, with the only explanation for the divergence being that we cannot work out how to take the pro-competitive aspects into account under art 82.¹³⁹

Den 3. desember 2008 vedtok og publiserte Kommisjonen *Veiledningen*. Ved behandlingen av ekskluderende atferd viser Kommisjonen til en rekke momenter som vil være av betydning i en nærmere analyse av hvorvidt eksklusivavtaler vil være egnet til å skade konkurransen.¹⁴⁰

¹³³ "DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", heretter *Diskusjonsnotatet*.

¹³⁴ Rouseva (2010), s. 353.

¹³⁵ Rouseva (2010), s. 354-355, Bishop (2010) s. 225-226.

¹³⁶ Bishop (2010), s. 226.

¹³⁷ Rouseva (2010), s. 355.

¹³⁸ *Diskusjonsnotatet* avsnitt 59.

¹³⁹ N Kroes Commissioner for Competition "Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82", tale på Fordham Law Institute New York, 23. September 2005 http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm

¹⁴⁰ *Veiledningen*, avsnitt 19-21 og 32-36.

Veiledningen legger således ikke til grunn en presumpsjon om at eksklusivavtaler alltid vil være konkurranseskadelig.¹⁴¹

Veiledningen representerte derfor et tydelig skifte fra en formalistisk tilnærming til en mer økonomisk virkningsbasert tilnærming, hvor det avgjørende vil være om avtalene etter en konkret analyse er egnet til å ha konkurranseskadelige virkninger på markedet.¹⁴² Formålet med analysen av for eksempel eksklusivavtaler, vil da være å slå fast om atferden er egnet til å skade den effektive konkurransen på markedet.¹⁴³

Som nevnt tidligere er ikke *Veiledningen* et uttrykk for gjeldende rett.¹⁴⁴ Et sentralt spørsmål er derfor om EU-domstolene vil følge etter Kommisjonen i en mer detaljert virkningsanalyse ved bedømmelsen av om ekskluderende atferd, som for eksempel eksklusivavtaler, utgjør et misbruk under art 102 TFEU.¹⁴⁵

Avgjørelsen i *Tomra*¹⁴⁶ har blitt tatt til inntekt for at EU-domstolene i tiden etter *Veiledningen* har begynt å legge til grunn en mer detaljert virkningsanalyse ved bedømmelsen av eksklusivavtaler under art 102 TFEU.¹⁴⁷ Spørsmålet i dommen var om Tomra, en norsk produsent av panteautomater, hadde misbrukt sin dominerende stilling på markedet ved blant annet å inngå eksklusivavtaler med kjøperne på det relevante markedet.¹⁴⁸ Det sentrale i dommen er Underrettens uttalelse om at det må foretas en vurdering av alle sakens omstendigheter, samt den sammenheng som avtalene inngår i, for å kunne avgjøre om det foreligger et misbruk av dominerende stilling.¹⁴⁹

¹⁴¹ Gravngaard (2010), s. 292- 293.

¹⁴² *ibid.* s. 285.

¹⁴³ Rouseva (2010), s. 377-378.

¹⁴⁴ Whish (2012), s. 197, *Veiledningen* avsnitt 3.

¹⁴⁵ Whish (2012), s. 209, Gravngaard (2010), s. 305.

¹⁴⁶ Sak T-155/06 *Tomra Systems and Others v. Commission*

¹⁴⁷ Marsden (2007), s. 316, Peepkorn (2011), s. 38.

¹⁴⁸ Sak T-155/06 *Tomra Systems and Others v. Commission* avsnitt 11.

¹⁴⁹ *ibid.* avsnitt 215.

Avgjørelsen ble opprettholdt av EU-domstolen i ankeomgangen:

Further, the General Court stated [...], that only an analysis of the circumstances of the case, such as the analysis carried out by the Commission in the contested decision, may make it possible to establish whether the practices of an undertaking in a dominant position are capable of excluding competition [...]. That conclusion of the General Court cannot be regarded as containing any error of law.¹⁵⁰

Dette sitatet går i motsatt retning av Generaladvokatens uttalelser i *BPB Industries*, hvor det nettopp ble fremhevet at en vurdering av sakens omstendigheter og den kontekst avtalene står i, ikke er avgjørende når det foreligger en dominerende stilling på markedet.¹⁵¹ *Tomra* er interessant fordi den går lenger enn tidligere rettspraksis, ved å vurdere *Tomra* sin praksis i den aktuelle økonomiske kontekst, og ved å identifisere hvorvidt den var egnet til å ha negative virkninger på markedet.¹⁵² Det kan her også nevnes at *Tomra* anførte at Kommisjonen hadde anvendt en per se-tilnærming til avtalene, og at avtalene derfor hadde blitt regnet for å utgjøre et misbruk uten at de aktuelle eller potensielle virkningene på markedet hadde blitt undersøkt.¹⁵³ Underretten besvarte dette ved å vise til at Kommisjonen først hadde kommet til at avtalene kunne begrense konkurransen på markedet, etter at de konkrete momentene av relevans for analysen hadde blitt undersøkt.¹⁵⁴ Disse momentene var blant annet avtalenes varighet, dekningsgraden på markedet og kundenes størrelse.¹⁵⁵ Påstanden om at Kommisjonen utelukkende hadde basert misbruksvurderingen på avtalens innhold, og ikke den sammenheng som disse inngikk i, ble derfor forkastet.¹⁵⁶ Dette tyder på at domstolen anså en konkret virkningsanalyse som nødvendig for å avgjøre om avtalene var egnet til å begrense konkurransen på markedet.

Det har imidlertid blitt hevdet at *Tomra* ikke medfører at rettstilstanden med hensyn til eksklusivavtaler er endelig fastlagt, blant annet fordi Underretten ikke gikk inn i en mer konkret og detaljert analyse av den økonomiske konteksten som avtalene stod i.¹⁵⁷ Dommens

¹⁵⁰ Sak C- 549/10 *Tomra and Others v. Commission*, avsnitt 43-45.

¹⁵¹ Generaladvokatens uttalelser i sak C-310/93 *BPB Industries v. Commission*, avsnitt 43 flg.

¹⁵² Peeperkorn (2011) s. 38.

¹⁵³ Sak T-155/06 *Tomra Systems and Others v. Commission*, avsnitt 200-202.

¹⁵⁴ *ibid.* avsnitt 218.

¹⁵⁵ *ibid.*

¹⁵⁶ *ibid.* avsnitt 225.

¹⁵⁷ Peeperkorn (2011), s. 38.

konklusjonen kan derfor synes å være identisk med hva som hadde blitt resultatet dersom domstolen hadde anvendt en formbasert tilnærming.¹⁵⁸

At Underretten uttrykkelig henviste til uttalelsene i *Hoffman-La Roche*¹⁵⁹, er også et argument som kan tale for at den formbaserte tilnærmingen ikke er endelig forlatt.¹⁶⁰ I likhet med hva som er gjort gjeldende i forbindelse med EFTA-dommen, har det videre blitt hevdet at domstolens avvisning av relevansen til faktiske konkurranseskadelige virkninger på markedet, kan tyde på at det er lagt til grunn en formalistisk tilnærming.¹⁶¹ Som nevnt ovenfor, kan dette være riktig i tilfeller hvor konkurransen tilsynelatende er upåvirket av atferden til det dominerende foretaket.¹⁶² Dette var ikke tilfellet i Tomra, og domstolens avvisning kan derfor ikke tas til inntekt for en generell avvisning av en virkningsbasert tilnærming til slike avtaler.¹⁶³ Det faktum at domstolen forkastet klagernes anførsel om at avtalene hadde blitt funnet ulovlige etter en per se-tilnærming, er også et klart skritt fremover i retning av en mer virkningsbasert analyse.¹⁶⁴

Til tross for at domstolen avstod fra å ta i betraktning alle de konkrete momentene som *Veiledningen* fremsetter som relevante i en økonomisk analyse, går dommen i større grad enn rettspraksis tidligere inn i en viss økonomisk analyse ved å vurdere avtalene i sin kontekst og ved å identifisere deres potensielle virkninger på markedskonkurransen.¹⁶⁵

Dommen er avsagt i 2010, og er derfor av nyere dato enn dommene behandlet ovenfor som har en formalistisk tilnærming til eksklusivavtaler.¹⁶⁶ Dette kan gi uttrykk for at EU-domstolene beveger seg mot en mer detaljert virkningsanalyse ved bedømmelsen av eksklusivavtaler.

¹⁵⁸ Marsden (2007), s. 316.

¹⁵⁹ Sak C-85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission* premiss 89, sak T-155/06 *Tomra Systems and Others v. Commission*, avsnitt 208

¹⁶⁰ Whish (2012), s. 200.

¹⁶¹ Peeperkorn (2011), s. 37, Miralles (2011), s. 132.

¹⁶² Peeperkorn (2011), s. 37.

¹⁶³ *ibid.*

¹⁶⁴ *ibid.* s. 38.

¹⁶⁵ *ibid.*

¹⁶⁶ Opprettholdt i sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission*

3.4 Konklusjon

På grunnlag av den foregående drøftelsen kan det konkluderes med at EU-domstolen i sin rettspraksis tradisjonelt har lagt til grunn en formalistisk tilnærming til eksklusivavtaler under art 102 TFEU.¹⁶⁷ Ved å holde denne rettspraksisen opp mot den mer virkningsbaserte tilnærmingen som fremgår av EFTA- domstolens avgjørelse, vil resultatet tilsynelatende være at det foreligger en motstrid. Nyere avgjørelser fra EU-domstolene kan imidlertid tyde på at rettspraksis har begynt å bevege seg bort fra en formbasert tilnærming til eksklusivavtaler, og lagt til grunn en mer detaljert virkningsanalyse.¹⁶⁸

Det kan hevdes at domstolen i *Tomra*¹⁶⁹ avstod fra å gå inn i en mer detaljert økonomisk analyse av avtalenes egnede virkninger på markedet, og at det derfor er en del som gjenstår før rettspraksis fullt ut har lagt en virkningsbasert tilnærming til grunn lik den som fremgår av *Veiledningen*.¹⁷⁰ Uavhengig av dette gikk domstolen i større grad enn tidligere inn i en viss konkret vurdering av avtalenes potensielle og aktuelle virkninger på markedet, noe som må ses som et steg i retning mot en mer virkningsbasert tilnærming til eksklusivavtaler. At domstolen forkastet anførselen om at Tomra sine avtaler var blitt bedømt etter en per se-regel, er også et moment som kan tale for at man har tatt et skritt fremover i retning av en mer virkningsbasert analyse.¹⁷¹

Oppsummert kan derfor mye tyde på at gjeldende rett beveger seg mot en mer konkret virkningsanalyse ved bedømmelsen av eksklusivavtaler under art 102 TFEU. EFTA-domstolens avgjørelse kan muligens ses som et resultat av at EU-domstolenes rettspraksis beveger seg i en slik retning. Den endelige konklusjonen med hensyn til hvilken linje rettspraksis befinner seg på

¹⁶⁷ Rousseva (2010) s. 355-356.

¹⁶⁸ Jones (2011), s. 424, Peepkorn (2011), s. 38, Lugard (2006), s. 179.

¹⁶⁹ Sak T-155/06 *Tomra and Others v. Commission*

¹⁷⁰ Peepkorn (2011), s. 38, Miralles (2011), s. 132.

¹⁷¹ Peepkorn (2011), s. 38.

når det gjelder eksklusivavtaler er det likevel for tidlig å gi.¹⁷² Dette gjenstår å se ut ifra rettspraksis fremover.

Som følge av at EFTA-domstolen inntok en virkningsbasert tilnærming til eksklusivavtalene inngått av Posten Norge, var det nødvendig å analysere hvorvidt avtalene, i lys av de konkrete omstendighetene i saken, var egnet til å begrense konkurransen på markedet.¹⁷³ Under denne analysen måtte flere problemstillinger besvares. Disse er utgangspunktet for drøftelsene i punkt 4, 5 og 6.

¹⁷² Peepkorn (2011), s. 38.

¹⁷³ Posten-dommen avsnitt 128-129.

4 Analysen av hvorvidt avtalene har medført "substantial foreclosure" på det relevante markedet

Det sentrale i EFTA-domstolens misbruksvurdering var, som nevnt i punkt 3.2, om avtalene etter en konkret vurdering var egnet til å begrense eller hindre konkurransen på det relevante markedet. EFTA-domstolen viser i dommen klart til at det ikke vil være slik at enhver grad av utestengning fra distribusjonskanaler på markedet vil være tilstrekkelig til å statuere et misbruk.¹⁷⁴ Hadde graden av utelukkelse på markedet motsatt blitt ansett for å være irrelevant, ville man vært over i en formbasert tilnærming til eksklusivavtaler.¹⁷⁵

EFTA-domstolen viser i forlengelsen av dette til at avtalene for å være egnet til å ha slike konkurranseskadelige virkninger, må medføre "substantial foreclosure" på det relevante markedet, eller at det motsatt ikke må dreie seg om utestengning fra en "insignificant part of the market."¹⁷⁶ For å kunne konkludere med at det foreligger et misbruk av dominerende stilling må avtalene til det dominerende foretaket derfor avskjerme, eller være egnet til å avskjerme, en betydelig del av markedet for potensielle eller aktuelle konkurrenter.¹⁷⁷

Et sentralt spørsmål er hvilke analyser EFTA-domstolen la til grunn for å avgjøre om avtalene medførte "substantial foreclosure" på det relevante markedet, og hva som konkret ligger i uttrykket.

4.1 Spørsmålet om hvorvidt "substantial foreclosure" viser til en kvantitativ terskel

I den foreliggende saken kom EFTA-domstolen til at 50 % eller mer av distribusjonskanalene på det relevante markedet for utlevering av pakker fra bedrift til forbruker, var dekket av

¹⁷⁴ Posten-dommen avsnitt 135.

¹⁷⁵ Lugard (2006), s. 179.

¹⁷⁶ Posten-dommen avsnitt 135

¹⁷⁷ Faull (2007), s. 366.

eksklusivklausuler og dermed gjort utilgjengelige for konkurrerende aktører i markedet.¹⁷⁸ Etter først å ha slått fast at en tilgang til de ledende kjedene var nødvendig for konkurrentene for å kunne konkurrere effektivt med Posten Norge, ble det videre lagt til grunn at 50 % utgjorde "substantial foreclosure".¹⁷⁹ Dette reiser spørsmålet om EFTA-domstolens premisser må forstås slik at 50 % avskjerming av markedet viser til en grense, slik at en markedsavskjerming som er mindre enn dette ikke vil være "substantial". En interessant problemstilling er om EU-domstolene og de øvrige rettskildene viser til en annen forståelse av kravet, eller om det er samsvar med EFTA-domstolens premisser på dette punktet.

EFTA-domstolen viser i sine premisser til at en utelukkelse av 50 % av etterspørselen på det relevante markedet "[i]n any event[...] must be considered as substantial".¹⁸⁰ Dette tyder på at den prosentvise andelen som var avskjernet på det relevante markedet ikke utgjorde noen fastlagt grense, og at muligens også en mindre andel ville ha oppfylt kravet. Utsagnet bekreftes av en annen uttalelse i dommen:

It was only after ESA had shown that access to the leading grocery stores, kiosks and petrol station chains was important for providers of B-to-C parcel services and that Norway Post's conduct has significantly limited its rivals' possibilities of being able to roll out their delivery concepts in these chains that it considered what degree of foreclosure on the relevant market would be sufficient. Only in that respect, and without committing an error in law, did ESA consider that having regard to the very weak degree of competition on the market for B-to-C parcel services with over-the-counter delivery, even a limited degree of foreclosure was liable to restrict or distort the competition which still existed in the market.^{181 182}

Det er særlig siste setning i sitatet som er interessant. Fordi den eksisterende konkurransen på markedet fra før av var svært svak, konkluderes det med at selv en svært liten avskjerming av markedet ville vært i stand til å ha konkurranseskadelige effekter og innebære et misbruk av dominerende stilling. En naturlig forståelse av sitatet er at 50 % avskjerming av markedet ikke var en absolutt forutsetning for at kravet til "substantial foreclosure" skulle anses oppfylt. Sitatet

¹⁷⁸ Posten-dommen avsnitt 160 og 180.

¹⁷⁹ *ibid.* avsnitt 145 flg.

¹⁸⁰ *ibid.* avsnitt 160.

¹⁸¹ *ibid.* avsnitt 136.

¹⁸² Min kursivering

tilsier at EFTA-domstolen kunne ha kommet til samme konklusjon også om en langt mindre andel av markedet var avskjermet som følge av avtalene. På dette grunnlaget må det kunne hevdes at EFTA-domstolen med "substantial foreclosure" ikke viser til en fastlagt kvantitativ grense, men baserer seg på en forutgående analyse av avtalenes konkurranseskadelige virkninger.

At det ikke kan legges til grunn et krav om at avtalene må avskjerme en konkret andel av markedet for å utgjøre et misbruk av dominerende stilling, blir også lagt til grunn i dommen *Tomra*.¹⁸³ EFTA-domstolen henviste i sin avgjørelse til denne dommen til støtte for at 50 % avskjerming av markedet var tilstrekkelig for at avtalene ville utgjøre et misbruk.¹⁸⁴

Tilsvarende som i saken mot Posten Norge ble det i *Tomra* slått fast at vurderingen av om det foreligger et brudd på art 102 TFEU, først og fremst må baseres på de konkrete omstendighetene i saken, og på en vurdering av om praksisen til det dominerende foretaket er egnet til å begrense konkurransen på markedet.¹⁸⁵ Sakens faktum var at Tomra-konsernet hadde inngått 49 eksklusivavtaler med et visst antall supermarkeder.¹⁸⁶ Klagerne anførte at Underretten ved å vise til uttrykk som "substantial part" og "far from being small", ikke hadde anvendt en tilfredsstillende terskel for når en avskjerming av markedet ville være egnet til å utelukke konkurransen på markedet.¹⁸⁷

EU-domstolen sluttet seg til Underrettens premisser, hvor det var lagt til grunn at det på forhånd ikke kunne fastsettes et krav om at en viss andel av markedet måtte være avskjermet fra konkurrentene for å kunne regnes som et misbruk etter art 102 TFEU.¹⁸⁸ En slik vurdering måtte basere seg på en konkret analyse av sakens omstendigheter.¹⁸⁹ Etter EU-domstolens mening kunne fastsettelsen av en konkret terskel for utelukkelse på markedet derfor ikke anses å være en nødvendig forutsetning for å komme til at det forelå et misbruk.¹⁹⁰ Resultatet ble likevel at man

¹⁸³ Sak T-155/06 *Tomra Systems and Others v. Commission*, sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission*

¹⁸⁴ *Posten*-dommen avsnitt 160-161.

¹⁸⁵ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission*, avsnitt 43-45.

¹⁸⁶ *ibid.* avsnitt 11.

¹⁸⁷ *ibid.* avsnitt 31-32.

¹⁸⁸ *ibid.* avsnitt 43-46.

¹⁸⁹ *ibid.* avsnitt 43-44.

¹⁹⁰ *ibid.* avsnitt 46 og 48.

regnet en betydelig del av markedet for å være dekket av eksklusivavtalene, i denne saken 2/5 av det relevante markedet, altså en vesentlig mindre andel enn i saken mot Posten Norge.¹⁹¹

På bakgrunn av dette kan det konkluderes med at EU-domstolene, i likhet med EFTA-domstolen, ikke behandler "substantial foreclosure" som et krav til at det må foreligge avskjerming av en viss del av markedet før eksklusivavtalene vil utgjøre et misbruk. Når det ikke kan opereres med en slik konkret terskel, vil det sentrale spørsmålet være hva som da ligger i kravet til "substantial foreclosure".

4.2 Innholdet i kravet til "substantial foreclosure"

Sitatet fra EFTA-domstolen gjengitt i punkt 4.1, vil ha relevans for hva som kan sies å ligge i kravet til "substantial foreclosure". Som nevnt vises det her til at en forutgående analyse av avtalenes egnede konkurranseskadelige virkninger, er en nødvendig forutsetning for å kunne avgjøre om avskjermingen på markedet er tilstrekkelig til å utgjøre et misbruk.¹⁹²

Samme synspunkt fremgår av *Tomra*.¹⁹³ Domstolen forkastet klagernes anførsel om at domstolen skulle ha fastsatt en konkret grad av avskjerming på markedet for å kunne konkludere med at det forelå et misbruk og uttalte følgende:

Further, the General Court stated, in paragraph 242 of the judgement under appeal, that only an analysis of the circumstances of the case, such as the analysis carried out by the Commission in the contested decision, may make it possible to establish whether the practices of an undertaking in a dominant position are capable of excluding competition. *It would, however, be artificial to establish without prior analysis the portion of the tied market beyond which the practices of the dominant undertaking may have an exclusionary effect on competitors.* The general court accordingly determined, following that analysis of this case,[...] that a considerable proportion(two fifths)of total demand during the period[...] was foreclosed to competition^{194 195}

¹⁹¹ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission* avsnitt 44.

¹⁹² *Posten-dommen* avsnitt 136.

¹⁹³ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission*

¹⁹⁴ *ibid.* avsnitt 43- 44.

¹⁹⁵ Min kursivering

Sitatet viser at spørsmålet om hvorvidt graden av avskjerming på markedet kan regnes som "substantial", ikke kan løsrives fra den konkrete analysen av omstendighetene i saken. De foreliggende uttalelsene fra EFTA-domstolen i Posten-saken og uttalelse i saken *Tomra*, viser derfor at kravet til "substantial foreclosure" ikke har et innhold som er statisk fastlagt.

Begge dommene viser som nevnt, til at en analyse av avtalene i sin konkrete kontekst er nødvendig for å avgjøre om de er egnet til å medføre konkurranseskadelige virkninger på markedet.¹⁹⁶ Etter å ha foretatt en slik analyse, blir det deretter fastslått av det foreligger "substantial foreclosure".¹⁹⁷ Dersom analysen viser at eksklusivavtalene er egnet til å begrense eller forstyrre konkurransen, kan det synes som om kravet til "substantial foreclosure" vil være oppfylt uavhengig av hvor stor del av markedet som rent faktisk er avskjernet fra konkurrentene. Også *Van den Bergh Foods*¹⁹⁸ kan understøtte en slik tolkning. Domstolen kom her til at 40 % av de relevante utsalgsstedene var avskjernet fra konkurrentene ved eksklusivavtaler.¹⁹⁹ Det har blitt hevdet at dommen underforstått gir uttrykk for at 6% avskjerming, som ble anført av klagerne, ikke ville vært tilstrekkelig til å oppfylle kravet.²⁰⁰ Domstolen viser imidlertid til at avskjermingen hadde som virkning at konkurrentene ble forhindret fra å konkurrere på markedet.²⁰¹ Det faktum at 40 % her ble regnet som tilstrekkelig til å innebære et misbruk, hang således sammen med domstolens virkningsbaserte analyse av hvorvidt avtalene var egnet til å skade konkurransen på markedet.²⁰² Uttalelsen kan derfor ikke tas til inntekt for at 6 % avskjerming på markedet prinsipielt ikke kunne utgjort et misbruk. Et annet moment er likevel at en avskjerming av en så liten del av markedet, sjelden vil medføre konkurranseskadelige virkninger av tilstrekkelig omfang til å innebære et misbruk.²⁰³

Er den eksisterende konkurransen på markedet svak, kan således en eksklusivavtale som også kun binder et begrenset antall kunder utgjøre et misbruk ved at den effektive konkurransen på

¹⁹⁶ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission* avsnitt 43, *Posten*-dommen avsnitt 129.

¹⁹⁷ *Posten*-dommen avsnitt 160, Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission* avsnitt 44-45.

¹⁹⁸ Sak T-65/98 *Van den Bergh Foods v. Commission*

¹⁹⁹ *ibid.* avsnitt 160.

²⁰⁰ *Sher* (2003), s. 8.

²⁰¹ Sak T-65/98 *Van den Bergh Foods v. Commission* avsnitt 160.

²⁰² *Jones* (2011), s. 424.

²⁰³ Se her *Posten*-dommen avsnitt 135.

markedet blir skadelidende.²⁰⁴ Dette var tilfellet i saken mot Posten Norge, hvor konkurransen på markedet fra før av var så begrenset at også en vesentlig mindre avskjerming av markedet trolig ville utgjort "substantial foreclosure".²⁰⁵ Dette tyder på at kravet til "substantial foreclosure" vil være forskjellig alt ettersom hvordan den dominerende aktørens stilling allerede er på det relevante markedet. Det avgjørende vil være om graden av avskjerming på markedet, i lys av sin kontekst, er vesentlig nok til å kunne resultere i konkurranseskadelige virkninger.²⁰⁶ Begrepet "substantial foreclosure" synes derfor å være synonymt med konkurranseskadelige virkninger på markedet.²⁰⁷

Legger man til grunn at en viss grad av avskjerming på markedet kan være forenlig med et velfungerende og konkurransedyktig marked, er det konkrete spørsmålet når denne avskjermingen blir for stor.²⁰⁸ En naturlig forståelse er at eksklusivavtalene ikke må dekke en så stor andel av markedet at konkurrentene ikke er i stand til å konkurrere effektivt.²⁰⁹ Inntar man denne tilnærmingen, kan 10 % avskjerming på et marked utgjøre "substantial foreclosure", mens 70 % utelukkelse på et annet markedet motsatt vil kunne være i samsvar med en levende og effektiv konkurranse.²¹⁰ Innfallsvinkelen legger til grunn at "substantial foreclosure" må gis en økonomisk og funksjonell definisjon²¹¹, hvor alle konkrete omstendigheter i saken må vurderes for å kunne avgjøre om avskjermingen er betydelig. Svaret på om avskjerming av en viss andel av markedet vil kunne medføre konkurranseskadelige virkninger, vil da avhenge av markedsstrukturen, og vil være bestemmende for om den avskjermede andelen kan regnes som "substantial".²¹²

²⁰⁴ Rouseva (2010), s. 387.

²⁰⁵ Posten-dommen avsnitt 136.

²⁰⁶ Miralles (2011), s. 132.

²⁰⁷ Crane (2007), s. 638 hvor "substantial og anticompetitive" brukes som synonymer

²⁰⁸ Miralles (2011), s. 132

²⁰⁹ Veiledningen, avsnitt 36. Miralles(2011), s. 132

²¹⁰ Crane (2011), s. 639

²¹¹ *ibid.* s. 633.

²¹² Crane (2011), s. 639, Miralles (2011), s. 132

Veiledningen kan gi støtte for en slik tilnærming. Kommisjonen bruker her uttrykket "anti-competitive foreclosure", noe som må antas å være synonymt med "substantial foreclosure".²¹³

Det vises her til at eksklusivavtaler prinsipielt vil kunne

result in anti-competitive foreclosure if the exclusive supply obligation[...]ties most of the efficient input suppliers and customers competing with the dominant undertaking are unable to find alternative efficient sources of input supply.²¹⁴

Uttalelsen gjelder dominerende foretak som har avskjermet markedet fra konkurrenter ved å inngå eksklusive leveringsforpliktelser. I saken mot Posten Norge var det ikke snakk om eksklusivavtaler inngått med leverandører. De mulige konkurranseskadelige virkninger av disse to typer eksklusivavtaler vil imidlertid være like, og uttalelsen kan derfor ha overføringsverdi for den foreliggende saken.

Ordlyden i sitatet, jf. "most of", kan forstås slik at det må være en større del av de effektive tilbyderne som er belagt med eksklusivitet enn dem som ikke er det for at avtalene kan utgjøre et misbruk under art 102 TFEU. Ser man sitatet samlet, fremgår det imidlertid at det overordnede spørsmålet er om konkurrentene grunnet eksklusivavtalene blir forhindret fra å opptre effektivt på markedet. Dette understøttes også av uttalelser senere i *Veiledningen*, hvor det vises til at Kommisjonen vil fokusere på om det er inngått eksklusivavtaler med et så stort antall kunder at konkurrentene er forhindret fra å tre inn på eller ekspandere på det relevante markedet.²¹⁵ Det er således de konkurranseskadelige virkningene av avtalene, og ikke størrelsen på den andelen som er avskjermet fra konkurrentene, som er avgjørende for om det foreligger et misbruk. Den riktige forståelsen av sitatet må være at dersom de fleste av de effektive distribusjonskanalene på det relevante markedet er bundet av en eksklusivavtale, vil det foreligge en presumpsjon for at den effektive konkurransen på markedet vil bli hindret.²¹⁶ Dette kan likevel ikke forstås som en absolutt forutsetning for å komme til at det foreligger "substantial foreclosure", og således et misbruk. Dette bekreftes av Kommisjonens uttalelse om at det også kan foreligge et misbruk når

²¹³ Crane (2011), s. 638 hvor "substantial og anticompetitive" brukes som synonymer.

²¹⁴ *Veiledningen* avsnitt 32, fotnote 4.

²¹⁵ *ibid.* avsnitt 34.

²¹⁶ Rousseva (2010), s. 388, Diskusjonsnotatet avsnitt 149.

kun en beskjeden andel av kundene er bundet av eksklusivavtaler, dersom dette var kunder som egnet seg særlig godt for konkurrenter som ønsket å ekspandere på eller komme inn på markedet.²¹⁷

I denne sammenheng kan det være av interesse å vise til amerikansk rettspraksis, hvor spørsmålet om det foreligger "substantial foreclosure" tradisjonelt har blitt besvart ved å vise til at prosentvise andeler av markedet må være avskjermet fra konkurrentene.²¹⁸ Dersom avtalene har avskjermet av en viss del av markedet fra konkurrenter, har de som hovedregel blitt regnet for å utgjøre et misbruk, uten at det har blitt foretatt noen nærmere analyse av avtalens aktuelle eller potensielle virkninger på konkurransen.²¹⁹

Det interessante er at også amerikansk rettspraksis, særlig i tiden etter 1997, har begynt å bevege seg vekk fra en slik tilnærming.²²⁰ Domstolene har i økende grad begynt å la avtalenes faktiske og potensielle virkninger på markedskonkurransen, snarere enn prosentvise krav, være bestemmende for om det foreligger et misbruk av dominerende stilling.²²¹ Et eksempel er dommen *Omega Environmental Inc v. Gilbarco Inc*²²², hvor markedsavskjermingen utgjorde 38 %, men hvor avtalene likevel ikke ble ansett å utgjøre et misbruk etter en nærmere undersøkelse av de sannsynlige konkurranseskadelige følgene på markedet.²²³ Det ble i dommen lagt vekt på at det fantes alternative distribusjonskanaler som satte de øvrige aktørene på markedet i stand til å konkurrere effektivt med det dominerende foretaket.²²⁴ I en rekke påfølgende saker har amerikanske domstoler gått vekk fra kun å se på den prosentvise graden av avskjerming på markedet til å fokusere gradvis mer på en virkningsbasert analyse.²²⁵

Selv om slike uttalelser neppe har noen formell rettskildevikt for vurderingen av kravet innenfor EU-retten, kan det gi et bidrag til analysen av hva som ligger i kravet. Tilnærmingen er

²¹⁷ Veiledningen avsnitt 20, Diskusjonsnotatet avsnitt 145.

²¹⁸ Wright (2012) s. 1165, Jacobson (2002), s. 311-312.

²¹⁹ Jacobson (2002), s. 312.

²²⁰ *ibid.*

²²¹ *ibid.* s. 312-313, Wright (2012), s. 1175-1176.

²²² Sak *Omega Environmental Inc v. Gilbarco Inc* 127 F.3d 1157

²²³ Wright (2012), s. 1175-1176.

²²⁴ Kallaugh (2004), s. 273.

²²⁵ *ibid.*

liknende den vi finner i både EFTA-domstolens avgjørelse mot Posten Norge og *Tomra*²²⁶, hvor kravet til "substantial foreclosure" synes å henge nært sammen med en analyse av de konkrete omstendighetene i saken og avtalenes potensielle konkurranseskadelige virkninger på markedet.

4.3 Konklusjon

EFTA-domstolens premisser tyder på at kravet til "substantial foreclosure" ikke viser til at avtalene må avskjerme en konkret del av markedet for å utgjøre et misbruk.²²⁷ Også EU-domstolens rettspraksis gir anvisning på at kravet til "substantial foreclosure" ikke er statisk, men heller avhengig av de konkrete omstendighetene på det relevante markedet.²²⁸ Foreligger det stor konkurranse på markedet fra før av, vil kravet innebære at avtalene må avskjerme en stor del av markedet for å utgjøre et misbruk.²²⁹ Dersom det motsatt foreligger svak restkonkurranse på markedet, tyder mye på at også en beskjeden avskjerming av markedet vil kunne utgjøre et misbruk.²³⁰

En naturlig følge av dette er at det vil være vanskelig for domstolene å operere med et kvantitetskrav etter art 102 TFEU, jf. EØS art 54.²³¹ Et slikt forhåndsbestemt krav vil ikke være en egnet fremgangsmåte for å avgjøre om avtalene er egnet til å skade konkurransen på markedet, og gir uttrykk for en formalistisk tilnærming.²³² Dette vil være et steg tilbake fra en konkret virkningsanalyse, hvor det avgjørende er å analysere hvorvidt avtalene er egnet til å begrense eller forhindre konkurransen på det relevante markedet.²³³

Kommer man til at eksklusivavtalene har hatt, eller er egnet til å ha konkurranseskadelige virkninger, vil dette være bestemmende for om kravet til "substantial foreclosure" er oppfylt. Det er derfor nødvendig å undersøke fra sak til sak hvorvidt graden av utelukkelse på markedet, i sin

²²⁶ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission*

²²⁷ *Posten-dommen* avsnitt 136.

²²⁸ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission* avsnitt 43-44.

²²⁹ Crane (2011), s. 639, Miralles (2011), s. 132.

²³⁰ *Ibid.*, *Posten-dommen* avsnitt 136.

²³¹ Miralles (2011), s. 132.

²³² Wright (2012), s. 1165, Crane (2011), s. 639.

²³³ Crane (2011), s. 639.

konkrete kontekst, vil være vesentlig nok til å resultere i konkurranseskadelige virkninger.²³⁴ Kravet til "substantial foreclosure" gir således verken anvisning på når en eksklusivavtale vil være "trygg", eller når den motsatt risikerer å utgjøre et misbruk.

På bakgrunn av dette er det mer dekkende å omtale "substantial foreclosure" som navnet på et resultat, snarere enn å regne det som et kvantitetskrav. Dersom eksklusivavtalene medfører konkurranseskadelige virkninger av et visst omfang, vil det også foreligge "substantial foreclosure" på det relevante markedet, og dermed et misbruk etter art 102 TFEU, jf. EØS art 54.

²³⁴ Miralles (2011), s. 132.

5 EFTA-domstolens vurdering av de gjenværende tilgjengelige alternativene under EØS art 54

Spørsmålet om det foreligger "substantial foreclosure" vil, som konkludert med i punkt. 4.3, være avhengig av en analyse av hvorvidt avtalene i sin konkrete kontekst er egnet til å begrense konkurransen på markedet. Dette understøttes av EFTA-domstolens uttalelse som viser til at det ikke ville foreligge et misbruk av dominerende stilling dersom de gjenværende alternativene på markedet "still allows competitors effectively unfettered access to the entire market".²³⁵ Det sentrale vurderingstemaet som domstolen stod overfor var således om de tilgjengelige distribusjonskanalene på markedet satte de øvrige markedsaktørene i stand til å konkurrere effektivt med Posten Norge.²³⁶

5.1 Vilkåret om at de alternativene tilgjengelige distribusjonskanalene må sikre effektiv konkurranse på markedet

Ut ifra sakens omstendigheter kan man lese at det forelå alternative utsalgssteder som kunne benyttes av konkurrentene til å levere ut sine pakker over disk. Det fremgår at Privpaks nettverk hovedsakelig bestod av små dagligvarebutikker, kiosker, videoutleieforretninger og bensinstasjoner.²³⁷ Til tross for at det forelå alternative distribusjonskanaler på markedet, ble dette i dommen ikke ansett som tilstrekkelig for å komme til at det ikke forelå et misbruk.²³⁸ EFTA-domstolen viser med andre ord til at det ikke automatisk vil være nok at det foreligger tilgjengelige alternativer for konkurrentene til det dominerende foretaket.

Samme synspunkt kan utledes av dommene *Van den Bergh Foods* og *Tomra* hvor avtalene henholdsvis dekket 40- og 39 % av den totale etterspørselen på markedet.²³⁹ Med andre ord forelå

²³⁵ Posten-dommen avsnitt 135.

²³⁶ *ibid.* avsnitt 145 flg.

²³⁷ *ibid.* avsnitt 150.

²³⁸ *ibid.* avsnitt 162 og 180.

²³⁹ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission* avsnitt 34, sak T-65/98 *Van den Bergh Foods v. Commission* avsnitt 160.

det også i disse sakene alternative distribusjonskanaler på markedet. Til tross for dette kom domstolen i begge sakene til at avtalene utgjorde et misbruk i strid med art 102 TFEU.²⁴⁰ Som nevnt foreligger det ikke noe kvantitetskrav med hensyn til den delen av markedet som må være avskjermet ved avtalene.²⁴¹ Dette reiser spørsmålet om hvorvidt rettspraksis stiller konkrete kvalitative krav til de tilgjengelige alternativene på markedet for at avtalene ikke skal utgjøre et misbruk i strid med art 102 TFEU, jf. EØS art 54.

EFTA-domstolen viser til at det avgjørende i misbruksvurderingen var om de alternative distribusjonskanalene gjorde konkurrentene i stand til å konkurrere effektivt med Posten Norge.²⁴² På bakgrunn av dette baserte vurderingen av de gjenværende alternativene på markedet seg i stor grad på en sammenligning med de utsalgsstedene som Posten Norge hadde sikret seg eksklusiv tilgang til.²⁴³ Et avgjørende punkt i misbruksvurderingen synes å være om utsalgsstedene som var åpne for konkurrentene, hadde trekk som satte konkurrentene i en konkurransemessig ufordelaktig posisjon i forhold til Posten Norge.²⁴⁴ En mulig måte å forstå kravet på vil være at alternativene som forelå, måtte være både kvalitativt og kvantitativt like gode som de distribusjonskanaler som Posten Norge hadde skaffet seg tilgang til. En annen mulig innfallsvinkel er en mellomløsning, for eksempel at de tilgjengelige alternativene ikke måtte være like gode, men likevel fremstå som effektive og velfungerende for konkurrenter som ønsket å tre inn på eller ekspandere på det relevante markedet. Det sentrale spørsmålet er hvordan EFTA-domstolen vurderte kravet, og hvilke slutninger som kan trekkes ut av dette med hensyn til hvordan kravet skal forstås.

I vurderingen av de distribusjonskanalene som faktisk var tilgjengelige for konkurrentene, trekker domstolen frem blant annet åpningstider og tilgjengelighet, i tillegg til det faktum at enkeltstående utsalgssteder som ikke er tilknyttet noen kjede har vesentlig større kredittap, at det er mer kostbart å operere utenfor en kjede, og at det er av avgjørende verdi for aktørene å bli

²⁴⁰ Sak C-549/10 Tomra and Others v. Commission avsnitt 112, sak T-65/98 Van den Bergh Foods v. Commission avsnitt 160.

²⁴¹ Se punkt 4.3

²⁴² Posten-dommen avsnitt 162.

²⁴³ *ibid.* avsnitt 145 flg.

²⁴⁴ *ibid.*

assosiert med en veletablert kjede.²⁴⁵ Av ESA sitt vedtak fremgår en uttalelse som kan kaste lys over hva som ligger i kravet:

Suppliers of B-to-C parcel distribution services need to provide delivery services which their customers (distance selling companies) regard as satisfactory and which are of a comparable quality to the delivery services that competing distributors offer. Distance selling companies will take into account which delivery options are likely to be well-regarded by consumers when choosing a distributor for the delivery of B- to-C parcels.²⁴⁶

Av særlig interesse er ESAs uttalelse om at kvaliteten på distribusjonstjenestene som tilbys må være *sammenlignbar* med det som konkurrerende distributører tilbyr. Spørsmålet er om uttalelsen har noen støtte i EFTA-domstolens premisser. Tilsvarende begrep blir ikke uttrykkelig anvendt av EFTA-domstolen. Dommens premisser synes imidlertid å basere seg på en presumpsjon om at det foreligger visse kriterier som er av vesentlig betydning for etableringen av Post-i-butikk, for eksempel lange åpningstider, god tilgjengelighet, og ansatte som er godt opplært.²⁴⁷ Dette var kriterier som var oppfylt i de ledende dagligvare-, kiosk og bensinstasjonskjedene som Posten Norge hadde sikret seg tilgang til.²⁴⁸ På bakgrunn av dette drøftet domstolen hvorvidt også andre typer utsalgssteder møtte disse kravene, noe som ble besvart benektende.²⁴⁹ EFTA-domstolen kom på dette grunnlaget frem til at en avtale med en dagligvare-, kiosk eller bensinstasjonskjede ville være av vesentlig betydning for en konkurrent som ønsket å konkurrere effektivt med Posten Norge.²⁵⁰ Langt på vei er dette å regne som en sammenligning mellom de utsalgsstedene som var åpne for konkurrentene, og de som motsatt var bundet av en eksklusivavtale med Posten Norge. Spørsmålet er imidlertid om kravet må forstås slik at alternativene må være kvalitativt eller kvantitativt identiske med de som er bundet opp av eksklusivavtalene.

Som vist til gikk EFTA-domstolen inn i en relativt detaljert drøftelse av hvorvidt kvaliteten på de alternative utleveringskanalene var sammenlignbar med de Posten Norge hadde sikret seg

²⁴⁵ *ibid.* avsnitt 152 og 154.

²⁴⁶ Vedtak ESA avsnitt 507.

²⁴⁷ Posten-dommen avsnitt 146.

²⁴⁸ *ibid.* avsnitt 154.

²⁴⁹ *ibid.*

²⁵⁰ *ibid.* avsnitt 162.

eksklusivitet over. Vurderingen synes å være et resultat av det overordnede spørsmålet om hvorvidt de gjenværende alternativene satte konkurrentene i stand til å konkurrere effektivt på markedet.²⁵¹ Hadde de gjenværende alternativene for eksempel hatt tilsvarende åpningstider, beliggenhet, og opplært personale som de ledende dagligvare-, kiosk og bensinstasjonskjedene, tyder mye på at det ville hatt lite betydning om disse var blomsterbutikker, apotek eller lignende. Dette kan man også lese ut ifra dommens premisser hvor det vises til at kvalitative kriterier som tilgjengelighet og opptrent personale er uavhengig av type utsalgssted.²⁵²

Dommen snakker imidlertid også om at disse kravene må gjøres operasjonelle i praksis, og at det da vil være spesielt gunstig å ha tilgang til en kjede.²⁵³ Dette handler ikke om typen utsalgssted, men tvert imot om hvilke egenskaper slike utsalgssteder må ha for å være egnet for det forretningskonseptet som Posten Norge og dets konkurrenter hadde.²⁵⁴ Ut ifra dommens premisser er det ikke treffende å snakke om et krav til at alternativene fullt ut må være identiske med dem som er belagt med eksklusivklausuler. Vurderingen baserer seg ikke på om det foreligger kvalitativ identitet, men derimot på om kjedebutikkene hadde spesielle egenskaper som gjorde dem spesielt godt egnet for en ny aktør som ønsket å etablere et leveringsnettverk i stand til å konkurrere effektivt med Posten Norge.²⁵⁵ Det pekes her særlig på fjernsalgsbedriftenes vurdering av hvilke distributører de ville valgt å inngå avtaler med.²⁵⁶ På dette grunnlaget konkluderte EFTA-domstolen med at det var lite sannsynlig at en aktør med avtaler med enkeltstående utsalgssteder ville være i stand til å kunne inngå konkurrerende avtaler med slike bedrifter uten å ha tilgang til et tilsvarende utleveringsnettverk som det Posten Norge hadde skaffet seg eksklusive rettigheter over.²⁵⁷

Ut ifra EFTA-domstolens premisser er det naturlig å trekke den slutning at det ikke er noe krav at alternativene som foreligger på markedet, må være fullt ut identiske med dem som er belagt med eksklusivklausuler. At de alternative, tilgjengelige distribusjonskanalene må sikre konkurrentene

²⁵¹ Posten-dommen avsnitt 145 flg.

²⁵² *ibid.* avsnitt 146.

²⁵³ *ibid.*

²⁵⁴ *ibid.*

²⁵⁵ *ibid.* avsnitt 145 flg.

²⁵⁶ *ibid.* avsnitt 157.

²⁵⁷ *ibid.* avsnitt 157 og 162.

uforstyrret tilgang til det relevante markedet²⁵⁸, må forstås som et krav til at distribusjonskanalene har egenskaper som setter aktørene i stand til å konkurrere effektivt på det relevante markedet. Hvis de alternative distribusjonskanalene mangler kvaliteter av spesiell betydning for den type virksomhet det er snakk om, vil konklusjonen trolig være at avtalene er egnet til å begrense konkurransen på markedet. Spørsmålet som reiser seg er om en slik tolkning har forankring i rettpraksis og teori, eller om det her gis uttrykk for en annen tilnærming som skiller seg fra EFTA-domstolens premisser.

Det foreligger lite avgjørende rettspraksis fra EU-domstolene som gir anvisning på et slikt krav. *Tomra*²⁵⁹ er som nevnt, den avgjørelsen fra EU-domstolen som gir tydeligst uttrykk for en konkret virkningsanalyse.²⁶⁰ En uttrykkelig vurdering av om de gjenværende alternativene kunne sikre den effektive konkurransen på markedet, fremgår likevel ikke av dommens premisser.²⁶¹

Kommisjonen kommer imidlertid i *Veiledning* med en uttalelse som kan ha betydning for spørsmålet om hvordan de tilgjengelige alternativene skal vurderes:

The Commission considers that such input foreclosure is in principle liable to result in anti-competitive foreclosure if the exclusive supply obligation or incentive ties most of the efficient input suppliers and customers competing with the dominant undertaking *are unable to find alternative efficient sources of input supply*.^{262 263}

Uttalelsen gjelder dominerende foretak som har avskjermet markedet ved å inngå avtaler om eksklusive leveringsforpliktelser. I saken mot Posten Norge var det ikke snakk om eksklusivavtaler inngått med leverandører. De mulige konkurranseskadelige virkninger av disse to typer eksklusivavtaler vil imidlertid være like, og uttalelsen kan derfor ha overføringsverdi for den foreliggende saken. *Veiledningen* snakker her om *effektive* alternativer som kan benyttes av konkurrentene til det dominerende foretaket. Dette kan ikke

²⁵⁸ Posten-dommen avsnitt 135.

²⁵⁹ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission*

²⁶⁰ Peepkorn (2011), s. 38.

²⁶¹ Dette kan synes å være en svikt i analysen, jf. Miralles (2011), s. 130-131.

²⁶² *Veiledningen*, avsnitt 32, fotnote 4.

²⁶³ Min kursivering

forstås slik at det kan stilles krav til at alternativene er kvalitativt eller kvantitativt identiske med dem som er bundet av eksklusivavtaler med det dominerende foretaket. Det avgjørende må være om alternativene kvalitativt er på et nivå som setter konkurrentene i stand til å opptre effektivt på det relevante markedet. Dette er i tråd med EFTA-domstolens vurdering av alternativene i saken mot Posten Norge, hvor det avgjørende var om de gjenværende alternativene på markedet satte aktørene i stand til å konkurrere effektivt med det dominerende foretaket.²⁶⁴

EFTA-domstolens uttalelser viser som nevnt til at det i denne vurderingen særlig vil undersøkes om de distribusjonskanaler som er gjort utilgjengelige for konkurrentene, innehar egenskaper som var spesielt viktig for en ny aktør for å kunne lykkes på markedet.²⁶⁵ En slik tilnærming fremkommer også av *Veiledningen*. Kommisjonen viser til at de spesielt vil undersøke om det dominerende foretaket har inngått avtaler med kunder som er særlig viktige for konkurrenter som vil tre inn på eller ekspandere på markedet.²⁶⁶ Dette er en indirekte måte å vurdere hvorvidt atferden kan begrense konkurransen ved å frata konkurrentene en effektiv kundebase.²⁶⁷ Slik det fremgår vil det her for eksempel være av betydning om det dreier seg om kunder som anvender distribusjonsmetoder som er spesielt anvendelige for nye aktører, og om det er snakk om en geografisk plassering som vil være særlig velegnet for ny markedsadgang.²⁶⁸

Dette var tilfellet i saken *Irish Sugar*²⁶⁹ hvor det dominerende foretaket tilbød rabatter til utvalgte kunder lokalisert ved grensen.²⁷⁰ Fordi kundene ville være spesielt godt egnet for konkurrenter som ønsket å tre inn på markedet, ble atferden funnet å være særlig konkurranseskadelig og et misbruk i strid med art 102 TFEU.²⁷¹ Også hvis den bundne

²⁶⁴ Posten-dommen avsnitt 162.

²⁶⁵ *ibid.* avsnitt 154.

²⁶⁶ *Veiledningen*, avsnitt 20.

²⁶⁷ Rouseva (2010), s. 373.

²⁶⁸ *Veiledningen* avsnitt 20.

²⁶⁹ Sak T-228/97 *Irish Sugar plc v. Commission* avsnitt 188.

²⁷⁰ Saken har overføringsverdi fordi lojalitetsrabatter og eksklusivavtaler langt på vei har blitt bedømt etter samme standard, jf. Whish (2012), s. 730.

²⁷¹ Rouseva (2010), s. 373

markedsandelen i slike tilfeller er lav, vil atferden kunne ha en negativ effekt på konkurransen.²⁷² Til tross for at man ikke med sikkerhet kan si hva dommens konklusjon hadde vært dersom kundene ikke hadde hatt en slik stilling, er det nærliggende å regne med at de konkurranseskadelige virkningene da ikke ville vært like store. Samme synspunkt gis det uttrykk for i *Van den Bergh Foods* hvor det ble lagt særlig vekt på at en avtale med arealmessig små forretninger ble regnet for det viktigste ved salg av såkalt impulsis, til tross for at slik is også kunne selges andre steder.²⁷³

Dersom det foreligger andre effektive måter konkurrentene kan tre inn i, eller ekspandere på markedet på, er det derimot lite sannsynlig at atferden til det dominerende foretaket er egnet til å ha ekskluderende virkninger på markedet.²⁷⁴ I likhet med fremgangsmåten som EFTA-domstolen anvendte i saken mot Posten Norge, er det derfor klart at EU-domstolene og *Veiledningen* gir anvisning på at man i misbruksvurderingen må foreta en viss sammenligning mellom de alternativer som er åpne for konkurrentene, og dem som er belagt med eksklusivklausuler.

Også i amerikansk rettspraksis er et slikt vurderingstema lagt til grunn, noe som kan være interessant for den foreliggende analysen.²⁷⁵ I saken *United States v. Microsoft Corp*²⁷⁶ kom domstolen til at det forelå et misbruk ved at det dominerende foretaket hadde inngått eksklusivavtaler med en vesentlig del av de mest effektive distributørene på markedet som var særlig godt egnet for konkurrentene.²⁷⁷ Man ser at spørsmålet også her var om de distribusjonskanaler som var avskjermet fra konkurrentene hadde kvaliteter som gjorde dem spesielt attraktive for andre aktører.

²⁷² Veiledningen avsnitt 20, Diskusjonsnotatet avsnitt 145 og 149, Rousseva (2010), s. 388.

²⁷³ Sak T-65/98 *Van den Bergh Foods v. Commission*, avsnitt 87.

²⁷⁴ Gravengaard (2010) s. 289.

²⁷⁵ Se gjennomgangen i Wright (2012) s. 1173.

²⁷⁶ Sak *United States v. Microsoft Corporation* 253 F.3d 34

²⁷⁷ *ibid.* avsnitt 70-71, Wright (2012) s. 1173.

5.2 Konklusjon

Gjennomgangen viser at EFTA-domstolens uttalelse om at de alternative tilgjengelige distribusjonskanalene må sikre effektiv konkurranse, ikke kan tolkes som et krav til at de kvalitativt fullt ut må være identiske med de distribusjonskanaler som er bundet av eksklusivavtalene. Det avgjørende spørsmålet er om distribusjonskanalene som er bundet av eksklusivklausuler har egenskaper som er av vesentlig betydning for at konkurrentene til det dominerende foretaket skal kunne opptre effektivt på markedet.²⁷⁸ Det overordnede vurderingstemaet er derfor om konkurrentene grunnet eksklusivavtalene blir sittende i en ufordelaktig konkurransemessig posisjon ved at de blir fratatt tilgangen til distribusjonskanaler som er nødvendige for å kunne konkurrere effektivt med det dominerende selskapet på markedet.²⁷⁹

Hvilke egenskaper som kan regnes for å være av slik vesentlig betydning, vil variere etter hva slags bransje det er snakk om. Det avgjørende er om de kundene som er bundet av en eksklusivklausul, egner seg spesielt godt for distribusjon av den type produkt det er snakk om.²⁸⁰ Dersom konkurrentene til det dominerende foretaket, som en følge av eksklusivavtalene, sitter igjen med distribusjonskanaler som er mindre effektive enn dem som er bundet av klausulene, er det nærliggende å konkludere med at avtalene er egnet til å skade den effektive konkurransen på markedet, og følgelig vil utgjøre et misbruk i strid med art 54 i EØS-avtalen, jf. art 102 TFEU.²⁸¹

²⁷⁸ Veiledningen avsnitt 20, Diskusjonsnotatet avsnitt 145 og 149, Rouseva (2010), s. 388, Sak T-65/98 Van den Bergh Foods v. Commission avsnitt 87, Sak T-288/97 Irish Sugar plc v. Commission, avsnitt 188.

²⁷⁹ Crane (2011) s. 633.

²⁸⁰ Rouseva (2010), s. 388

²⁸¹ *ibid.*

6 Betydningen av at konkurrentene er minst like effektive som det dominerende foretaket

Rettspraksis og teori har utviklet flere tester for å avgjøre om et dominerende foretak har misbrukt sin stilling gjennom ekskluderende atferd.²⁸² En slik test er den såkalte "as efficient competitor test".²⁸³ Under denne testen vil bare avtaler eller atferd egnet til å ekskludere aktører som er minst like effektive som det dominerende foretaket, regnes for å utgjøre et misbruk etter art 102 TFEU, jf. EØS art 54.²⁸⁴ Tanken er at dersom det dominerende foretaket har en mer effektiv produksjon enn sine konkurrenter, og derfor kan sette prisene lavere enn andre aktører på markedet, skal ikke atferden fordømmes selv om konkurrentene med dette kan lide tap i form av for eksempel reduserte markedsandeler.²⁸⁵ Atferd som ekskluderer mindre effektive konkurrenter vil være tillatt på bakgrunn av en presumpsjon om at slike aktører uansett ville blitt eliminert fra markedet som følge av en normal konkurranseprosess.²⁸⁶ Testen skiller således mellom konkurranseskadelig ekskludering, og ekskludering som kun er et resultat av en uforstyrret konkurranseprosess på markedet basert på prinsippet om at konkurranseretten ikke skal beskytte ineffektive konkurrenter.²⁸⁷

I avgjørelsen av om avtalene til Posten Norge ville være egnet til å begrense konkurransen, fokuserte EFTA-domstolen i hovedsak på om en avtale med en av de ledende dagligvare-, kiosk, eller bensinstasjonskjedene ville være avgjørende for en ny aktør som ønsket å konkurrere effektivt med Posten Norge på det relevante markedet.²⁸⁸ Klagerne anførte at analysen skulle ha fokusert på om de faktiske tilgjengelige alternativene ville tillatt minst like effektive aktører å

²⁸² O'Donoghue s. 333.

²⁸³ O'Donoghue (2007) s. 333, Nazzini (2011) s. 221.

²⁸⁴ Vickers (2005) s. 256, Nazzini (2011) s. 221.

²⁸⁵ Kolstad (2007), s. 82, Rousseva (2010) s. 336.

²⁸⁶ O'Donoghue (2007), s. 333.

²⁸⁷ Nazzini (2011), s. 72-73.

²⁸⁸ Posten-dommen avsnitt 145 flg.

konkurrere effektivt med Posten Norge.²⁸⁹ EFTA-domstolen forkastet anførselen og uttalte følgende:

[...] it is immaterial whether an “as efficient competitor” could have competed effectively with Norway Post. As ESA has correctly pointed out, it is for the competitive process to decide, without being distorted, which firms stay in the market.²⁹⁰

For å kunne statuere et misbruk under art EØS art 54, ble det av EFTA-domstolen ikke regnet som avgjørende om avtalene var egnet til å utelukke konkurrenter som var minst like effektive som Posten Norge. Uttalelsene viser at domstolen ikke anser en slik test som anvendelig når det er snakk om et dominerende foretak som har bundet distributører til seg ved bruk av eksklusivavtaler.²⁹¹ Spørsmålet som reiser seg er om EU-domstolens rettspraksis gir uttrykk for samme synspunkt, eller om det faktisk foreligger rettskildemessig grunnlag for å anvende en slik test for å avgjøre om eksklusivavtaler utgjør et misbruk.

6.1 EU-domstolens vektlegging av om konkurrentene er minst like effektive som det dominerende foretaket

Ved misbruksvurderinger under art 102 TFEU, er det klart at en slik test i en viss utstrekning har blitt anvendt av EU-domstolene ved prisbasert ekskluderende misbruk, som for eksempel rovprising²⁹² og marginskvis.²⁹³ ²⁹⁴ Ved spørsmålet om det foreligger et misbruk, vil det her være avgjørende om atferden er egnet til å utelukke minst like effektive konkurrenter fra markedet.²⁹⁵

²⁸⁹ Posten-dommen avsnitt 122.

²⁹⁰ *ibid.* avsnitt 132.

²⁹¹ Temple Lang (2012), s. 468.

²⁹² Det dominerende foretaket setter f.eks. prisene til et tapsbringende nivå for å ekskludere andre konkurrenter fra markedet, se Whish (2012), s. 739.

²⁹³ Når selskapet er dominerende i et oppstrømsmarked, og leverer nødvendige innsatsfaktorer til konkurrenter i et nedstrømsmarked hvor det også er tilstedeværende, kan foretaket fastsette prisene på en måte som gjør det vanskelig for konkurrentene å operere effektivt på markedet, se Whish (2012), s. 754-755.

²⁹⁴ O'Donoghue (2007), s. 338, Vickers (2005), s. 256, Nazzini (2011), s. 221.

²⁹⁵ *ibid.*

Hovedargumentet for å anvende en slik test er at det vil redusere risikoen for at det er konkurrentene som blir beskyttet på bekostning av selve konkurransen på markedet.²⁹⁶ Forbrukerne vil også være tjent med en slik tilnærming, ettersom de mest effektive aktørene ofte er dem med lavest kostnadskurve, og følgelig lavest priser.²⁹⁷ Dette synet ble understreket i Generaladvokat Fennelys forslag til avgjørelse i *Compagnie Maritime Belge Transports*:

Price competition is the essence of the free and open competition which it is the objective of Community policy to establish on the internal market. It favours more efficient firms and it is for the benefit of consumers both in the short and the long run [...] Community competition law should thus not offer less efficient undertakings a safe haven against vigorous competition even from dominant undertakings.²⁹⁸

Det foreligger også argumenter mot å anvende en slik test, blant annet at mindre effektive konkurrenter kan bli tilsvarende eller mer effektive dersom de ikke blir utestengt fra markedet før de får startet sin produksjon.²⁹⁹ Når en ny aktør kommer inn på et marked hvor det foreligger en dominerende aktør med stordriftsfordeler³⁰⁰, vil kostnadene til denne nye aktøren ofte være høye inntil de oppnår en viss produksjon. Selv om konkurrentene ved etableringen på markedet er mindre effektive enn det dominerende foretaket, kan de derfor ha potensialet til å bli tilsvarende og også mer effektive enn det dominerende foretaket på sikt.³⁰¹

Det kan derfor hevdes at spørsmålet ikke bør være om konkurrentene er like effektive som det dominerende foretaket på tidspunktet for den ekskluderende atferden, men heller om de potensielt kan bli dette dersom de gis tilgang til markedet.³⁰² Dersom mindre effektive aktører får tilgang på markedet, kan dette utøve konkurransemessig press på det dominerende foretaket som kan være gunstig for forbrukervelferden.³⁰³ Argumentet kan tilsi at ansvaret til et dominerende foretak for ikke å utelukke konkurransen på markedet også må omfatte konkurrenter som er mindre effektive

²⁹⁶ O'Donoghue (2007), s. 338, Østerud (2010), s. 306.

²⁹⁷ O'Donoghue s. 338.

²⁹⁸ Generaladvokat Fennelys forslag til avgjørelse i forente saker C-395 og 396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports and Others v. Commission* avsnitt 117 og 132.

²⁹⁹ Nazzini (2011), s. 75-76.

³⁰⁰ Såkalt "economies of scale" hvor kostnaden pr. produserte enhet synker når produksjonen øker, jf. Whish (2012), s. 10.

³⁰¹ Nazzini (2011), 75-76, Østerud (2010), s. 306.

³⁰² Nazzini (2011), s. 75-76.

³⁰³ O'Donoghue (2007), s. 339, Rousseva (2010) s. 337, Vickers (2005) s. 256.

på det tidspunktet hvor den ekskluderende atferden finner sted.³⁰⁴ Det finnes derfor et visst grunnlag for å hevde at en slik test ikke ubetinget bør aksepteres under art 102 TFEU.³⁰⁵

Uavhengig av om det foreligger argumenter mot å anvende en slik test under art 102 TFEU, har dette som nevnt blitt gjort av EU-domstolene ved prisbasert ekskluderende misbruk, som rovprising³⁰⁶ og marginskvis.³⁰⁷ Saken *Deutsche Telekom*³⁰⁸ gjaldt et dominerende foretak som hadde foretatt en marginskvis. Domstolen kom til at det forelå et misbruk av dominerende stilling, men poengterte at atferden kun vil utgjøre et misbruk dersom den har, eller er egnet til å ha en utelukkende virkning på ”its equally efficient actual or potential competitors”.³⁰⁹ Også i EU-domstolens avgjørelse i *AKZO*³¹⁰ viste domstolen til at det avgjørende ville være om rovprisingsstrategien var egnet til å utestenge minst like effektive konkurrenter fra markedet.³¹¹

Det relevante spørsmålet vil i slike tilfeller være om det dominerende foretaket tar i bruk andre metoder enn dem som er vanlige under normal konkurranse, for eksempel at de selger med tap, slik at like effektive konkurrenter blir utestengt fra markedet.³¹² En like effektiv konkurrent vil her være en hypotetisk aktør med samme kostnadskurve som det dominerende selskapet.³¹³ Hvorvidt atferden er egnet til å ekskludere minst like effektive konkurrenter fra markedet, vil basere seg på kostnadsanalyser utviklet gjennom EU-domstolenes rettspraksis.³¹⁴

Gjennomgangen så langt viser at EU-domstolenes rettspraksis gir rettskildemessig grunnlag for å anvende en slik test på visse typer prisbasert ekskluderende atferd.³¹⁵ Kommisjonen legger også til grunn at en slik test vil være avgjørende ved vurderingen av om prisbasert ekskluderende

³⁰⁴ O`Donoghue (2007), s. 339.

³⁰⁵ *ibid.*

³⁰⁶ Sak C-62/86 *AKZO v. Commission*, sak C-202/07 *France Télécom SA v. Commission*

³⁰⁷ Sak C-280/08 *P Deutsche Telekom v. Commission*, Sak C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, Sak C- 209/10 *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*

³⁰⁸ Sak C-280/08 *P Deutsche Telekom AG v. Commission*

³⁰⁹ *ibid.* avsnitt 177.

³¹⁰ Sak C-62/86 *AKZO v. Commission*

³¹¹ *ibid.* avsnitt 72.

³¹² Sak C- 209/10 *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet* avsnitt 25-27, Veiledningen avsnitt 25.

³¹³ Diskusjonsnotatet avsnitt 63, Nazzini (2011), s. 73.

³¹⁴ Se f.eks Whish (2012), s. 742.

³¹⁵ Vickers (2005), s. 256, Nazzini (2011) s. 221.

atferd utgjør et misbruk.³¹⁶ Kommisjonen indikerer med dette at en mindre effektiv konkurrent ikke har krav på beskyttelse fra prisbasert atferd som ikke har evnen til å utelukke aktører som er minst like effektive som det dominerende foretaket.³¹⁷

Som konkludert med i 3.4 tyder mye på at EU-domstolene har begynt å bevege seg mot en mer virkningsbasert tilnærming til eksklusivavtaler, hvor beskyttelse av konkurransen vil være det sentrale.³¹⁸ Legger man til grunn at beskyttelsen av ineffektive konkurrenter vil være i strid med art 102 TFEU, vil et sentralt spørsmål være om det også foreligger rettslig grunnlag for å la en slik test være avgjørende ved vurdering av om eksklusivavtaler utgjør et misbruk.³¹⁹

6.2 Konkurrentenes effektivitet som et moment under misbruksvurderingen av eksklusivavtaler

At EU-domstolene i hovedsak har anvendt testen på prisbasert ekskluderende misbruk, er ikke noe som i seg selv utelukker at testen også kan anvendes for å avgjøre om eksklusivavtaler utgjør et misbruk under art 102 TFEU. En mulig årsak til at EU-domstolen i sin rettspraksis ikke har gjort dette, kan skyldes at det er vanskeligere å finne passende metoder for å foreta en slik test når atferden ikke er prisbasert. Som nevnt er et sentralt spørsmål under prisbasert ekskluderende atferd om det dominerende selskapet tar i bruk andre metoder enn dem som er vanlige under normal konkurranse, for eksempel at de selger med tap, slik at like effektive konkurrenter blir utestengt fra markedet.³²⁰

Når det kommer til eksklusivavtaler, kan ikke en slik test basert på kostnadsanalyser anvendes på samme måte, ettersom det dominerende foretaket ikke har avskjermet markedet ved prisbasert atferd. Skal en slik test anvendes på eksklusivavtaler, må derfor andre metoder legges til grunn. Spørsmålet er hvilke metoder som eventuelt kan anvendes, og om det foreligger rettslig grunnlag for å bruke disse.

³¹⁶ Veiledningen avsnitt 23-26, Diskusjonsnotatet avsnitt 63.

³¹⁷ Gravengaard (2010), s. 289-290.

³¹⁸ Se sak C-549/10 Tomra and Others v. Commission avsnitt 41, avtalene "limited the intensity of competition on the market as a whole."

³¹⁹ Nazzini (2011), s. 247.

³²⁰ Sak C-280/08 P Deutsche Telekom v. Commission avsnitt 177.

Per dags dato foreligger det ingen avgjørende rettspraksis fra EU-domstolene som gir anvisning på anvendelse av en slik test ved bedømmelsen av om eksklusivavtaler utgjør et misbruk av dominerende stilling. Saken *Oscar Bronner*³²¹ kan imidlertid tenkes å gi et viktig bidrag i analysen. Det var her snakk om leveringsnektelse etter læren om nødvendige fasiliteter³²², og saken dreide seg derfor om en ikke-prisbasert ekskluderende atferd. Med hensyn til hva som skal til for at innsatsfaktoren til det dominerende foretaket skal kunne regnes som en nødvendig fasilitet, viser dommen til følgende:

It should be emphasised in that respect that, in order to demonstrate that the creation of such a system is not a realistic potential alternative and that access to the existing system is therefore indispensable, it is not enough to argue that it is not economically viable by reason of the small circulation of the daily newspaper or newspapers to be distributed.³²³

Sitatet tyder på at konkurrentenes økonomiske situasjon vil være uten betydning for om innsatsfaktorene til det dominerende foretaket kan regnes som en nødvendig fasilitet. Vurderingen av om det er mulig å opprette et konkurrerende distribusjonsnettverk skal etter dommens premisser ta utgangspunkt i et foretak med en distribusjon av tilsvarende størrelse som det dominerende foretaket.³²⁴ Hvis det for et slikt hypotetisk foretak ville vært økonomisk mulig å kopiere distribusjonsnettverket, kan man ikke basere seg på læren om nødvendige fasiliteter hvis grunnen til at dette ikke blir gjort, er at det konkurrerende selskapet ikke er tilstrekkelig effektivt til å gjennomføre en slik investering.³²⁵

Dommen er av interesse fordi den viser at det er en objektiv, og ikke en subjektiv test som blir brukt for å avgjøre om innsatsfaktoren som det ønskes tilgang til kan regnes som en nødvendig fasilitet.³²⁶ Domstolen tar ikke utgangspunkt i de subjektive forutsetningene som den aktuelle konkurrenten hadde på tidspunktet, men derimot i en objektiv standard som baserer analysen på

³²¹ Sak C-7/97 Bronner v. Mediaprint

³²² Leveringsnektelser refererer seg til tilfeller hvor det dominerende selskapet er aktiv både i en oppstrøms-, og nedstrømsaktivitet og nekter konkurrerende firmaer tilgang til helt nødvendige innsatsfaktorer eller tjenester når disse ønsker å være aktive enten i det oppstrøms-, eller nedstrøms markedet, se Bishop(2010), s. 323.

³²³ Sak C-7/97 Bronner v. Mediaprint, avsnitt 45.

³²⁴ *ibid.* avsnitt 46 og Generaladvokatens forslag til avgjørelse, avsnitt 51.

³²⁵ Bishop (2010), s. 327.

³²⁶ Scholar (2004), s.17.

en hypotetisk konkurrent som opererer på markedet med like stort omfang som den dominerende aktøren.³²⁷ Dommens premisser kan tyde på at konkurrentenes mangel på effektivitet også kan være et moment under misbruksvurderingen for atferd som ikke er prisbasert.

Leveringsnektelser refererer seg imidlertid til situasjoner hvor det dominerende foretaket selv eier infrastruktur eller innsatsfaktorer.³²⁸ Som det riktig ble påpekt av ESA skiller den foreliggende saken seg fra *Oscar Bronner*, ettersom Posten Norge ikke var eier av distribusjonsnettverket som konkurrentene var blitt utestengt fra.³²⁹ Eksklusivavtaler som er inngått av et dominerende foretak, vurderes derfor etter en annen standard enn leveringsnektelser.³³⁰

Et annet moment er at en kontraheringsplikt er vesentlig mer inngripende for det dominerende foretaket enn en plikt til ikke å binde kundene sine gjennom eksklusivavtaler. Dette kan tale for at det stilles strengere krav til konkurrentenes effektivitet etter læren om leveringsnektelse. Til tross for at det foreligger forskjeller mellom de to typer ekskluderende atferd, har de imidlertid det fellestrekk at de ikke er prisbasert. Dommen gir derfor et visst rettslig grunnlag for at konkurrentenes effektivitet vil være relevant ved vurderingen av ikke-prisbasert ekskluderende misbruk.

Et av forslagene som er gjort gjeldende for å avgjøre hvorvidt en eksklusivavtale har utestengt minst like effektive konkurrenter fra markedet, er en såkalt "reasonable sales opportunity"-test.³³¹ Utgangspunktet for testen er at en eksklusivavtale kun bør anses for å medføre konkurranseskadelig avskjerming av markedet dersom like effektive konkurrenter grunnet avtalen blir forhindret fra å tilby sine egne kontrakter til kundene.³³² Hvis andre aktører på markedet hadde en rimelig mulighet til å gi et konkurrerende tilbud til de aktuelle kundene, men

³²⁷ Scholar (2004), s.17.

³²⁸ *ibid.* s. 1

³²⁹ Vedtak ESA avsnitt 682

³³⁰ *ibid.*

³³¹ Crane (2011), s. 634.

³³² *ibid.*

tapte fordi deres tilbud var mindre attraktivt for kjøperen, vil det etter denne testen ikke foreligge konkurranseskadelig utestengning fra markedet.³³³

En slik test ble foreslått av Posten i den foreliggende sak, nemlig en vurdering av om utelukkelsen kun hadde skjedd som et resultat av konkurrentenes mangel på å gi konkurransedyktige tilbud til kundene. Posten hevdet at en rekke av kjedebutikkene ville ha inngått avtaler med konkurrentene dersom de hadde mottatt et konkurransedyktig tilbud.³³⁴ Det ble anført at utelukkelsen kun ville utgjøre et misbruk dersom den var egnet til å avskjerme markedet fra like effektive konkurrenter.³³⁵

Veiledningen kan gi en viss rettskildemessig dekning for å anvende en slik test.³³⁶ Kommisjonen henviser ikke direkte til at en test som baserer seg på konkurrentenes effektivitet skal anvendes ved atferd som ikke er prisbasert.³³⁷ Det fremgår imidlertid klart at formålet til art 102 TFEU er å beskytte den effektive konkurransen på markedet og ikke konkurrentene som sådan.³³⁸ I forlengelsen av dette viser både *Veiledningen* og *Diskusjonsnotatet* til at aktører som er mindre interessante for forbrukerne med hensyn til priser, kvalitet og innovasjon, må forlate markedet.³³⁹ Hovedformålet til konkurranseretten er således å beskytte den *effektive konkurransen*. På denne bakgrunn er det nærliggende å tolke art 102 TFEU slik at den først og fremst tar sikte på å beskytte konkurransen mellom effektive konkurrenter.³⁴⁰ Legger man til grunn at en beskyttelse av mindre effektive konkurrenter vil være uforenlig med art 102 TFEU, er en naturlig slutning at konkurrenter som har mindre attraktive produkter må forlate markedet dersom de ikke klarer å gi konkurransedyktige tilbud. Dersom konkurrentene har hatt en rimelig mulighet til å komme med sine egne tilbud til kundene, er det liten grunn til at eksklusivavtalene skal regnes som et ekskluderende misbruk.³⁴¹

³³³ Crane (2011), s. 634.

³³⁴ Posten-dommen avsnitt 164.

³³⁵ Ibid avsnitt 182.

³³⁶ Rousseva (2010), s. 364-365.

³³⁷ I motsetning til lojalitetsrabatter, hvor det uttrykkelig henvises til en slik test, jf. *Veiledningen* avsnitt 23.

³³⁸ *Veiledningen* avsnitt 6.

³³⁹ *ibid.*, *Diskusjonsnotatet* avsnitt 54.

³⁴⁰ Rousseva (2010), s. 365.

³⁴¹ Crane (2011), s. 634.

Veiledningen viser videre til at det avgjørende vil være om forbrukerne som følge av atferden er skadelidende.³⁴² Dette er også et moment som kan tale for at Kommisjonen vil legge en slik test til grunn. Bakgrunnen for dette er at de mest effektive aktørene på markedet trolig også vil være dem med lavest kostnadskurve og laveste priser, noe som vil komme forbrukerne til gode.³⁴³ Dersom avtalene kun er egnet til å utestenge mindre effektive konkurrenter, kan det derfor hevdes at dette ikke vil skade forbrukerne. Det er gjort gjeldende at en nedgang i forbrukervelferden, enten i form av et høyere prisnivå eller en nedgang i kvalitet, først og fremst vil være et resultat av at like effektive konkurrenter blir utestengt fra markedet.³⁴⁴ Det hevdes her at faktorene som Kommisjonen fremsetter som avgjørende i misbruksvurderingen, tilsier at en slik test også vil gjelde for eksklusivavtaler.³⁴⁵ Dersom man legger dette til grunn, kan *Veiledningens* uttalelse om at avtalene må være egnet til å skade forbrukerne, tas til inntekt for at Kommisjonen gir uttrykk for en "as efficient competitor test".³⁴⁶ *Veiledningen* er imidlertid ikke et uttrykk for gjeldende rett, og at en slik test også vil brukes av EU-domstolene er derfor ikke gitt.³⁴⁷

Problemet med en "reasonable sales opportunity"-test, er at den forutsetter at konkurrentene allerede er etablert på markedet når den ekskluderende atferden finner sted.³⁴⁸ Når det dominerende selskapet har bundet markedet ved langsiktige eksklusivavtaler *før* nye aktører etablerer seg på markedet, vil en slik test komme til kort.³⁴⁹ I slike tilfeller foreligger det ingen reell mulighet for konkurrentene til å komme med et konkurrerende tilbud.³⁵⁰ I saken mot Posten Norge var dette tilfellet ved at Privpak først kom inn på markedet i 2001.³⁵¹ Posten Norge hadde da allerede i 2000 inngått en eksklusivavtale med NorgesGruppen/Shell, og avtalene med ICA og COOP ble begge inngått i januar 2001.³⁵² På dette grunnlaget kan det hevdes at Privpak ikke fikk noen rimelig mulighet til å konkurrere om kontraktene med de ledende kjedene. Om Privpak

³⁴² *Veiledningen* avsnitt 19.

³⁴³ O'Donoghue s. 338.

³⁴⁴ Nazzini (2011), s. 246, Rousseva (2010), s. 364-365.

³⁴⁵ Nazzini (2011), s. 246.

³⁴⁶ Se også Jones (2011), s. 420 som viser til at det avgjørende bør være om avtalene er egnet til å skade forbrukerne.

³⁴⁷ *Veiledningen* avsnitt 3.

³⁴⁸ Crane (2011), s. 636.

³⁴⁹ *ibid.*

³⁵⁰ *ibid.*

³⁵¹ Posten-dommen avsnitt 29.

³⁵² *ibid.* avsnitt 18-20.

allerede hadde vært etablert på markedet når avtalene ble inngått, kan det tenkes at situasjonen hadde vært annerledes. Dette reiser spørsmålet om hvorvidt en test som baserer seg på om utelukkelsen har skjedd av minst like effektive aktører, uansett ikke er anvendelig når det er snakk om konkurrenter som ikke har etablert seg på markedet.

EFTA-domstolens premisser kan tenkes å understøtte et slikt synspunkt. At domstolen ikke hadde analysert hvorvidt Privpak var en effektiv konkurrent, ble av Posten Norge påstått å være en vesentlig feil ved vurderingen av om avtalene faktisk var egnet til å ha utelukkende virkninger på markedet.³⁵³ EFTA-domstolen forkastet anførselen:

The Court recalls that it does not matter whether the conduct had actual negative effects on competition, but only whether it was objectively liable to have such effects[...]. *A fortiori*, in a situation where the conduct in question raised additional barriers to entry, its legality cannot depend on the efficiency of the undertakings affected [...].³⁵⁴

EFTA-domstolen viser med sitatet at det faktum at eksklusivavtalene har medført etableringshindringer på markedet, vil være et moment som taler for at testen ikke vil være anvendelig. Hvorvidt dette hadde stilt seg annerledes om konkurrentene allerede hadde befunnet seg på markedet på tidspunktet for misbruket, er imidlertid vanskelig å si.

Også i *Tomra*³⁵⁵ var spørsmålet om det dominerende foretaket med sin atferd hadde hindret det tyske selskapet Prokent AG i å etablere seg på markedet.³⁵⁶ I likhet med saken mot Posten Norge, var det derfor også her snakk om konkurrenter som ikke var etablert på markedet på det tidspunktet da avtalene ble inngått. Tomra hevdet at Kommisjonen i vurderingen av om avtalene var egnet til å begrense konkurransen, skulle ha tatt hensyn til deres "revolutionary horizontal in-feed technology".³⁵⁷ Til tross for at det ikke foretas noen uttrykkelig henvisning til en "as efficient competitor" test, er det nærliggende å forstå anførselen til å gjelde nettopp dette.

³⁵³ Posten-dommen avsnitt 182.

³⁵⁴ *ibid.* avsnitt 196.

³⁵⁵ Sak T-155/06 *Tomra Systems and Others v. Commission*, avsnitt 2.

³⁵⁶ *ibid.* avsnitt 2.

³⁵⁷ *ibid.* avsnitt 203

Underretten forkastet Tomra sine argumenter og uttalte:

First, the applicants' alleged technical superiority – as the only manufacturers of RVMs capable of offering 'revolutionary horizontal in-feed technology' between 1997 and 2001 – cannot affect the assessment of whether the agreements were capable of restricting competition.³⁵⁸

Sitatet tilsier at det faktum at Tomra muligens hadde det beste produktet på markedet og således var mer konkurransedyktig enn sine konkurrenter, ikke var relevant for spørsmålet om det forelå konkurranseskadelig utestegning på markedet. Muligens kan dommen tas til inntekt for at testen ikke er anvendelig når konkurrentene ikke har etablert seg på markedet på tidspunktet for misbruket. Dommen sier imidlertid ingenting om hvorvidt en slik test kunne vært anvendelig dersom konkurrentene hadde befunnet seg på markedet på tidspunktet for misbruket. Avgjørelsens rekkevidde er derfor begrenset.

Det er imidlertid gjort gjeldende en tolkning av *Veiledningen* som kan understøtte en slik sondring.³⁵⁹ Det hevdes her at konkurranseskadelige følger av eksklusivavtaler først og fremst vil foreligge hvor like effektive konkurrenter ikke kan konkurrere på like vilkår på det relevante markedet, *eller* hvor konkurrenter som ennå ikke er etablert på markedet blir fratatt muligheten til å bli like effektive som det dominerende foretaket.³⁶⁰ Følger man dette synet kan det argumenteres for at anvendelsen av testen vil være forskjellig, alt ettersom om konkurrentene befinner seg på markedet når kontraktene blir inngått, eller om det er snakk om konkurrenter som ennå ikke har etablert seg på markedet.

Bakgrunnen for en slik sondring er at det dominerende foretaket ofte vil ha stordriftsfordeler på markedet som gjør dem fordelaktig stilt i forhold til nye aktører som enda ikke har oppnådd en viss produksjon, og som derfor i begynnelsen må operere med høyere priser.³⁶¹ Dersom man anvender en test som baserer seg på at utelukkelsen må ha skjedd av like effektive konkurrenter,

³⁵⁸ Sak T-155/06 Tomra Systems and Others v. Commission avsnitt 221

³⁵⁹ Nazzini (2011), s. 246-247.

³⁶⁰ *ibid.*, Veiledningen avsnitt 36; Tilfeller hvor konkurrentene ikke vil være i stand til å konkurrere på like vilkår, vil ifølge Veiledningen typisk være situasjoner hvor aktørene ennå ikke er tilstedeværende på markedet.

³⁶¹ Nazzini (2011), s. 75-76.

får man i slike tilfeller et definisjonsproblem.³⁶² Skal man si at konkurrenten kunne vært like effektiv som det dominerende foretak dersom det hadde fått et stort nok volum, men faktisk ikke er det, gitt dagens produksjon? Eller skal man si at konkurrenten er like effektiv på bakgrunn av at den faktisk har forutsetningene for å kunne bli det? Hva som er definisjonen på en like effektiv konkurrent vil her være et vanskelig spørsmål.³⁶³ Når det er snakk om aktører som ennå ikke har etablert seg på markedet kan det derfor være vanskelig å anvende en test som baserer seg på at utelukkelsen må ha skjedd av like effektive konkurrenter for å kunne utgjøre et misbruk. Det kan hevdes at det "riktige" spørsmålet i slike tilfeller bør være om eksklusivavtalene inngått av det dominerende foretaket, har fratatt aktørene muligheten til i fremtiden å bli like effektive som dem.³⁶⁴

Dette synes å være vurderingstemaet som blir tatt opp av EFTA-domstolen i saken mot Posten Norge, nemlig om en avtale med de ledende dagligvare-, kiosk og bensinstasjonskjedene var av avgjørende betydning for en ny aktør på markedet som ønsket å konkurrere effektivt med Posten Norge.³⁶⁵ Når Posten Norge hadde bundet en vesentlig andel av de effektive distribusjonskjedene, ble konkurrentene satt i en ufordelaktig konkurransemessig posisjon, som gjorde dem ute av stand til å opprette et distribusjonsnettverk av tilsvarende størrelse som Posten Norge.³⁶⁶ Konkurrentene ble altså fratatt muligheten til å bli like konkurransedyktige som Posten Norge. Mye kan tale for at ansvaret som påhviler det dominerende foretaket i slike tilfeller, også vil omfatte en plikt til å inkludere mindre effektive konkurrenter på markedet.³⁶⁷ Dette er i tråd med EFTA-domstolens uttalelser som gir uttrykk for at konkurrentene må få en viss mulighet til å etablere seg på markedet, og at det deretter vil være opp til konkurranseprosessen å avgjøre om disse overlever.³⁶⁸

³⁶² O'Donoghue (2007), s. 339.

³⁶³ *ibid.*, Melamed (2006), s. 388.

³⁶⁴ Nazzini (2011), s. 247.

³⁶⁵ Posten-dommen avsnitt 145 flg.

³⁶⁶ *ibid.* avsnitt 162 og 180.

³⁶⁷ O'Donoghue (2007), s. 339.

³⁶⁸ Posten-dommen avsnitt 132.

Dersom man legger til grunn at det avgjørende spørsmålet i misbruksvurderingen er avtalenes virkninger for forbrukervelferden på markedet³⁶⁹, bør det imidlertid undersøkes om en slik inntreden på markedet av mindre effektive konkurrenter har en gunstig virkning for forbrukerne.³⁷⁰ I EFTA-domstolens avgjørelse ble dette ikke undersøkt, men tvert imot presumert.³⁷¹ Mye kan tale for at domstolen i tråd med en konkret virkningsanalyse burde ha undersøkt hvorvidt konkurrentenes inntreden var egnet til å gi slike gunstige effekter.

6.3 Konklusjon

På grunnlag av den foregående drøftelsen kan det konkluderes med at det for tilfeller hvor konkurrentene allerede befinner seg på markedet muligens er et visst rom for å anvende en test som baserer seg på om utelukkelsen har skjedd av minst like effektive konkurrenter.³⁷² Særlig avgjørelsen *Oscar Bronner* gir uttrykk for at konkurrentenes effektivitet kan være av betydning selv om atferden ikke er prisbasert.³⁷³ Testen har imidlertid ikke blitt direkte anvendt av EU-domstolene ved vurderingen av om eksklusivavtaler utgjør et misbruk. Den rettskildemessige rekkevidden av en slik test ved vurderingen av eksklusivavtaler er derfor høyst usikker.

Når det motsatt gjelder konkurrenter som ennå ikke har etablert seg på markedet, har det blitt hevdet at spørsmålet ikke bør være om konkurrentene er like effektive som det dominerende foretaket på tidspunktet for den ekskluderende atferden, men heller om de potensielt kan bli dette dersom de gis adgang til det relevante markedet.³⁷⁴ Heller ikke på dette punkt foreligger det oppklarende rettspraksis fra EU-domstolene. EFTA-domstolens uttalelser synes derfor ikke å bryte med EU-domstolenes rettspraksis. Hvorvidt domstolen hadde rettskildemessig dekning for å si at en slik test vil være ”immaterial”³⁷⁵, er imidlertid usikkert.

³⁶⁹ Jones(2011), s. 420.

³⁷⁰ Rouseva (2010), s. 365, fotnote 45.

³⁷¹ Posten-dommen avsnitt 127.

³⁷² Nazzini (2011), s. 246-247, Veiledningen avsnitt 6, Diskusjonsnotatet avsnitt 54, sak C-7/97 Bronner v. Mediaprint

³⁷³ Sak C-7/97 Bronner v. Mediaprint.

³⁷⁴ Nazzini (2011), s. 75-76.

³⁷⁵ Posten-dommen avsnitt 132.

Det sentrale hensynet under misbruksvurderingen bør være om atferden skader forbrukervelferden på markedet.³⁷⁶ Denne målsettingen ivaretas best ved at det er konkurransen mellom *effektive konkurrenter* som beskyttes gjennom bestemmelsen.³⁷⁷ Dersom EU-domstolene gradvis begynner å innta en mer detaljert virkningsanalyse hvor virkningene på forbrukervelferden er det sentrale, bør det i større grad åpnes opp for en slik test under art 102 TFEU, hvor det avgjørende er om eksklusivavtalene er egnet til å utelukke like effektive konkurrenter fra markedet.³⁷⁸ Den endelige rettstilstanden med hensyn til hvorvidt en "as efficient competitor" test kan anvendes for å avgjøre om eksklusivavtaler utgjør et misbruk, gjenstår derfor å se ut ifra EU-domstolenes fremtidige rettspraksis.

³⁷⁶ Jones (2011), s. 420, Veiledningen avsnitt 19.

³⁷⁷ Rousseva (2010), s. 364-365.

³⁷⁸ Med mindre det kan bevises at inntredenen på markedet av mindre effektive konkurrenter vil være gunstig for forbrukervelferden, se Rousseva (2010), s. 365, fotnote 45.

7 Avsluttende bemerkninger

EFTA-domstolens avgjørelse er tydelig på at eksklusivavtalene til Posten Norge i seg selv ikke ville utgjøre et misbruk før det var foretatt en nærmere analyse av avtalenes egnede virkninger på markedskonkurransen. Avgjørelsen går således lenger i analysen enn tidligere dommer fra EU-domstolen, som i stor grad bygger på antakelser om konkurranseskadelige virkninger når slike avtaler blir inngått.³⁷⁹ Mye taler for at dommen kan ses som et resultat av en gradvis utvikling innenfor EU mot en mer økonomisk og virkningsbasert tilnærming til ekskluderende atferd under art 102 TFEU.³⁸⁰ Ved å innta en konkret virkningsanalyse, unngår man å fordømme eksklusivavtaler som ikke nødvendigvis ville medført konkurranseskadelige virkninger.³⁸¹ Tilnærmingen vil således gi rom for avtaler som kan tenkes å ha en positiv effekt på konkurransen på markedet. I tråd med konkurranserettens formål om å beskytte konkurransen³⁸², vil en slik tilnærming være den best egnede fremgangsmåten.³⁸³

EFTA-domstolens avgjørelse synes likevel å ha gått et skritt lengre i analysen enn EU-domstolen i for eksempel *Tomra*.³⁸⁴ EFTA-domstolen gikk blant annet inn i en konkret drøftelse av hvorvidt de gjenværende alternativene kunne sikre den effektive konkurransen, noe som motsatt ikke ble gjort i *Tomra*. Det er imidlertid viktig å huske på at dette er uttalelser som kommer fra EFTA-domstolen, og som ikke sier noe om hva som er gjeldende rett innenfor EU. Om også EU-domstolene i tiden fremover vil legge en slik mer konkret vurdering til grunn, gjenstår å se.

Hvor langt man kan kreve at en slik analyse skal gå er imidlertid ikke gitt. Dersom man legger *Veiledningen* til grunn, bør man også gå inn i en analyse av avtalenes egnede skadelige virkninger på forbrukervelferden.³⁸⁵ Dette ble verken gjort i avgjørelsen mot Posten eller i

³⁷⁹ Se punkt 3.2 og 3.3.

³⁸⁰ Samme tilnærming ble lagt til grunn i sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission* avsnitt 43-45.

³⁸¹ Såkalte "false negatives", se Whish (2012), s. 193, Østerud (2010), s. 67.

³⁸² Whish (2012), s. 196-197.

³⁸³ Bishop (2010), s. 226.

³⁸⁴ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission*

³⁸⁵ *Veiledningen* avsnitt 19.

Tomra.³⁸⁶ En av årsakene til dette kan som nevnt være at dersom det foreligger utelukkelse av et visst omfang på markedet, presumeres det også å foreligge en nedgang i forbrukervelferden.³⁸⁷ Dette er imidlertid ikke gitt, og som det er hevdet, vil slike konkurranseskadelige følger for forbrukerne først og fremst komme som et resultat av at like effektive konkurrenter blir utestengt fra markedet.³⁸⁸ Dersom man i tråd med en mer moderne virkningsanalyse krever at det foreligger bevis for at avtalen er egnet til å skade forbrukerne, bør man derfor også se på om utelukkelsen har skjedd av minst like effektive konkurrenter.³⁸⁹ At dette ikke ble gjort i de nevnte dommene kan tale for at det fortsatt er hensynet til konkurrentene, og ikke konkurransen som er beskyttet gjennom art 102 TFEU, jf. EØS art 54.

En slik detaljert virkningsanalyse er omfattende og tidkrevende.³⁹⁰ Dette taler for at det også må settes en grense for hvor langt domstolen må gå i å bevise avtalenes egnede konkurranseskadelige virkninger. Hvordan ønsket om en moderne tilnærming under art 102 TFEU skal forenes med enkle og operasjonelle analyser i praksis, er derfor en oppgave som domstolene må løse i tiden fremover.

³⁸⁶ Sak C-549/10 *Tomra and Others v. Commission*

³⁸⁷ *Posten-dommen* avsnitt 127.

³⁸⁸ Nazzini (2011), s. 246, Gravengaard (2010) s. 289-290.

³⁸⁹ Rousseva (2010), s. 364-365.

³⁹⁰ Østerud (2010), s. 67.

8 Litteraturliste

8.1 Juridisk litteratur

Bishop 2010: Simon Bishop og Mike Walker, *The Economics of EC Competition law: Concepts, Application and Measurement*, 3.utg. Sweet & Maxwell, London 2010.

EØS-RETT 2011: Fredrik Sejersted...[et al.], 3 utg. Universitetsforlaget, Oslo 2011.

Faull 2007: Jonathan Faull og Ali Nikpay, *The EC law of competition*, 2.utg. Oxford University Press Inc., New York 2007.

Jones 2011: Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 4.utg. Oxford University Press Inc., New York 2011.

Kolstad 2007: Olav Kolstad, *Misbruk av dominerende stilling*. Universitetsforlaget, Oslo 2007.

Nazzini 2011: Renato Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law – The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press Inc., New York 2011.

Rousseva 2010: Ekaterina Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, Hart Publishing, USA 2010.

Whish 2012: Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, 7.utg. Oxford University Press Inc., New York 2012.

Østerud 2010: Eirik Østerud, *Identifying Exclusionary Abuses By Dominant Undertakings under EU Competition Law – The Spectrum of Tests*, Kluwer Law International, Nederland 2010.

8.2 Lovgivning

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

1992: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m. v. (*EØS-loven*) av 27. november 1992 nr. 109. (I oppgaven benyttes EØS-avtalens hoveddel.)

8.3 Traktater

TFEU Treaty on the Functioning of the European Union, Lisboa 13. desember 2007. (Traktaten om Den europeiske unions virkeområde.)

8.4 Domsregister

8.4.1 Saker fra EU-domstolen

Sak C-6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Company v. Commission	1973 00215
Forente saker C-6 og 7/73 Commercial Solvents v. Commission	1974 00223
Sak C-85/76 Hoffman-La Roche v. Commission	1979 00461
Sak C-62/86 AKZO v. Commission	1991 I-03359
Sak C-234/89 Delimitis v. Henninger Bräu	1991 I-00935
Sak C-310/93 BPB Industries and British Gypsum v. Commission	1995 I-00865
Forente saker C-395 og 396/96 Compagnie Maritime Belge Transports and Others v. Commission	2000 I-01365
Sak C-7/97 Bronner v. Mediaprint	1998 I-07791
Sak C-552/03 P Van den Bergh Foods v. Commission	2006 I-09091
Sak C-202/07 P France Télékom SA v. Commission	2009 I-02369
Sak C-280/08 P Deutsche Telekom v. Commission	2010 I-09555
Sak C-52/09 Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB	2011 I-00527

Sak C-209/10 Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet *Ikke publisert*
Sak C-549/10 Tomra and Others v. Commission *Ikke publisert*

8.4.2 Saker fra Underretten

Sak T-65/89 BPB Industries and British Gypsum v. Commission 1993 II-00389
Sak T-228/97 Irish Sugar plc v. Commission 1999 II-02969
Sak T-65/98 Van den Bergh Foods v. Commission 2003 II-04653
Sak T-57/01 Solvay v. Commission 2009 II-04621
Sak T-66/01 Imperial Chemical Industries Ltd v. Commission 2010 II-02631
Sak T-155/06 Tomra Systems and Others v. Commission 2010 II-04361

8.4.3 Saker fra EFTA-domstolen

Sak av 18. april 2012, E-15/10 Posten Norge AS v. EFTA Surveillance Authority,
http://www.eftacourt.int/uploads/tx_nvcases/15_10_Judgment_EN.pdf

8.4.4 Saker fra EFTAs overvåkningsorgan

Sak av 14. juli 2010, Nr. 34250 Norway Post/Privpak
http://www.eftasurv.int/media/competition/College_Decision_322-10-COL_EN_Non-confidential.pdf

8.4.5 Amerikansk rettspraksis

Omega Environmental Inc v. Gilbarco Inc, 127 F.3d 1157 (9th Cir. 1997)
United States v. Microsoft Corporation, 253 F.3d 34 (D.C.Cir.200)

8.5 Nettsider

<http://europa.eu>

8.6 Nettdokumenter

Crane 2011: Daniel A. Crane og Graciela Miralles, *Toward a unified theory of exclusionary vertical restraints*, Southern California Law Review, Vol. 84:605, 2010-2011, s. 605-660.

home.heinonline.org [sitert 20 Februar 2013]

Communication from the Commission-*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertaking*, 2009/C 45/02.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Brussel, desember 2005. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

Geradin 2011: Damien Geradin og Ianis Girgenson, *The counterfactual method in EU Competition Law: The cornerstone of the effect-based approach*, desember 2011.

<http://ssrn.com/abstract=1970917> [Sitert 12. april 2013]

Gravengaard 2010: Martin Andreas Gravengaard og Niels Kjærsgaard, *The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance- and its consequences in practice*, European Competition Law Review, Issue 7, 2010, s.285-305. <http://www.plesner.com/resources/330.pdf>

[Sitert 11.mars 2013]

Graver 2004: Hans Petter Graver, *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i Konkurranseloven § 11. Fagfelleurdert artikkel*. Lov og rett, 2004, nr. 6, s. 340-359. <http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/markedsrett/publikasjoner/artikler/forbudet%20mot%20misbruk..pdf> [Sisert 18.april 2013]

Jacobson 2002: Jonathan M. Jacobson, *Exclusive dealing, "foreclosure," and consumer harm*. Antitrust Law Journal. Vol. 70, 2002, s. 311-369. home.heinonline.org [Sisert 22.mars 2013]

Kallaugher 2004: John Kallaugher og Brian Sher, *Rebates revisited: anti-competitive effects and exclusionary abuse under Article 82*. European Competition Law Review, 2004, 25(5), s. 263-285. www.westlawinternational.com [Sisert 9.april 2013]

Temple Lang 2012: John Temple Lang, *Judicial review of competition decisions under the European Convention on Human Rights and the importance of the EFTA court: the Norway Post judgment*. European Law Review, 2012, 37(4), s. 464-480. www.westlawinternational.com [Sisert 9.april 2013]

Lugard 2006: Paul Lugard, *Eternal sunshine on a spotless policy? Exclusive dealing under article 82 EC*. European Competition Journal, juli 2006, Vol.2 Special issue, s. 163-184. www.ingentaconnect.com [Sisert 14.mars 2013]

Marsden 2007: Philip Marsden og Simon Bishop, *Editorial intellectual leaders still need ground to stand on*. European Competition Journal, desember 2007, Vol. 3, Nr. 2, s. 315-318. Home.heinonline.org [Sisert 14.april 2013]

Melamed 2006: A. Douglas Melamed, *Exclusive dealing agreements and other exclusionary conduct- are there unifying principles?* Antitrust Law Journal, Vol.73, No.2 2006, s. 375-412. www.jstor.org [Sisert 8.april 2013]

Miralles 2011: Graciela Miralles, *Tomra: Exclusive Dealing and Rebates in the Light (and Shadows) of Dominance*. European Journal of Risk Regulation 1, 2011, s. 129-133. home.heinonline.org [Sitert 14.mars]

O`Donoghue 2007: Robert O`Donoghue, *Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC*. European Competition Law Annual, 2007, s. 327- 358. home.heinonline.org [Sitert 20. februar 2013]

Peeperkorn 2009: Luc Peepkorn og Katja Viertiö, *Implementing an effect-based approach to Article 82*, Competition Policy Newsletter, No. 1, 2009, s. 17-20. http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_5.pdf [Sitert 12. april 2013]

Peeperkorn 2011: Luc Peepkorn og Ekaterina Rousseva, *Article 102 TFEU: Exclusive Dealing and Rebates*. Journal of European Competition Law & Practice, 2011, Vol. 2, No. 1, s. 36-38. www.oxfordjournals.org [Sitert 28.Februar 2013]

Ridyard 2008: Derek Ridyard, *Exclusive contracts and article 82 enforcement: An effects-based perspective*. European Competition Journal, Desember 2008, Vol. 4, No. 2, s. 579-594. www.ingentaconnect.com [Sitert 20.mars 2013]

Scholar 2004: James Kent Scholar og Walter Gellhorn Prize, *Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond*. Columbia Journal of European Law, Vol.10, 2004, s. 1-20. <http://www.jonesday.com/files/Publication/e2d79ea9-8440-49e6-a879-c834f4b0b557/Presentation/PublicationAttachment/9cf89b02-295b-43cf-8a00-3cbea13a85bf/Article%20essential%20facilities.pdf> [Sitert12. mars 2013]

Sher 2003: Brian Sher og Annukka Ojala, *Effects and inherent effects under article 82: Michelin 2 and Van den Bergh Foods*. Competition Law Insight, Desember 2003, s.7-9. http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub878_1.pdf [Sisert 7.mars 2013]

Vickers 2005: John Vickers, *Abuse of market power*. The Economic Journal, Vol. 115, juni 2005, s. 244-261. www.onlinelibrary.wiley.com [Sisert 7.mars 2013]

Waelbroeck 2005: Denis Waelbroeck, *Michelin II: A per se rule against rebates by dominant companies?* Journal of Competition Law and Economics 1(1), 2005, s. 149-171. www.oxfordjournals.org [Sisert 5.mars 2013].

Wright 2012: Joshua D. Wright, *Moving beyond naïve foreclosure analysis*. Georg Mason Law Review, Vol.19:5 2012, s. 1163-1198. home.heinonline.org [Sisert 22.mars 2013]