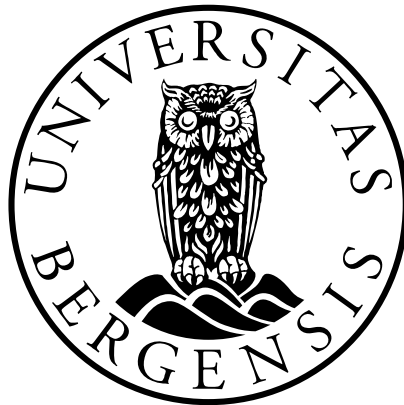


Årsaksevne og virkningsanalyse ved misbruk av dominerende stilling

*Terskelen for misbruk etter henholdsvis form- og
virkningsbaserte tilnærminger, med fokus på
etterfølgende faktisk utvikling*

Kandidatnummer: 106

Antall ord: 28 427



JUS396 Stor masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

02.06.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1. Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Aktualitet – Telenorsaken.....	5
1.3 Metode	8
1.3.1 Innledning.....	8
1.3.2 Rettskildesituasjonen.....	8
1.3.3 Legislative hensyn.....	9
1.3.4 Norsk konkurranseretts forhold til EU-retten – EØS-dimensjonen	10
1.4 Den videre fremstillingen	12
1.4.1 Struktur.....	12
1.4.2 Avgrensninger	13
2. Nærmere om innholdet i virkningsanalysen – Kravet til årsaksevne.....	15
2.1. Innledning.....	15
2.2 Om begrepet «årsaksevne»	16
2.3 Årsaksevne som materielt vilkår – forholdet til EMK	17
2.4 Overordnet – Misbruk som objektivt konsept	17
2.4.1 Misbruk og årsakssammenheng	19
2.4.2 Plassering av «yteslusesbasert konkurranse» i misbruksvurderingen.....	21
2.4.3 Størrelsen «konkurransebegrensende virkning»	28
2.5 Terskelen for tilstrekkelig årsaksevne	32
2.5.1 Innledning.....	32
2.5.2 Formbasert tilnærming	33
2.5.3 Formbasert tilnærming sett med kritiske øyne.....	39
2.5.4 Virkningsbasert tilnærming.....	42
2.5.5 Veiledningen	43
2.5.6 <i>Post Danmark I</i>	46
2.5.7 <i>Tomra</i>	48
2.5.8 <i>Intel</i>	49
2.5.9 Den nåværende situasjonen	51
2.5.9.1 Valg av tilnærming som mulig skranke for terminologisk forskjell	52

2.5.9.2	<i>Post Danmark I og II</i>	55
2.5.10	Norsk rett	59
2.5.11	Telenorsaken og form/virkning	62
3.	Betydningen av den etterfølgende utviklingen	64
3.1	Innledning	64
3.2	Utgangspunktet for vurderingen av årsaksevne	65
3.2.1	Handlingstidspunkt som tidsmessig utgangspunkt	65
3.2.2	Kontrafaktisk virkningsanalyse	66
3.3	Etterfølgende utvikling i Europa	69
3.3.1	British Airways	69
3.3.2	<i>Posten Norge</i>	73
3.3.3	<i>Krka</i>	76
3.4	Andre eksempler på vektlegging av etterfølgende utvikling	77
3.4.1	<i>Streetmaps.EU mot Google</i>	77
3.4.2	<i>Remicade</i>	79
3.5	Etterfølgende utvikling <i>de lege lata</i>	81
3.6	Telenorvedtakene	84
4.	Konklusjon	88
	Litteraturliste	90
	Lister over tabeller, figurer o.l.	97

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingen skal se nærmere på terskelen for å konstatere misbruk av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11, og hvilken betydning faktisk etterfølgende utvikling har i denne vurderingen.¹ Avhandlingen vil særlig konsentrere seg om skillet mellom en form- og virkningsbasert tilnærming til misbruksspørsmålet, rettsutviklingen på dette området, begrepsbruk i EU-retten samt hvorvidt etterfølgende faktisk utvikling kan kaste tvil over hvorvidt en atferd er egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning. Et sentralt spørsmål er også i hvilken grad dominerende foretak med hell kan forsvare seg mot overtredelsesgebyr ved å føre bevis for dette. Hovedspørsmålet for avhandlingen er om det i slike tilfeller er anledning til å vektlegge denne faktiske utviklingen i foretakets favør, for slik å utfordre standpunktet om at atferden var egnet til å være konkurranseskadelig. Konkurranseloven § 11 forbyr:

«ett eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling»

Ordlyden er modellert etter EØS-avtalen artikkel 54 og TEUV art. 102. De tre antas langt på vei å være innholdsmessig identiske. Dette er nok også begrunnelsen for at terminologien «misbruk» er hevdvunnen også i norsk teori, på tross av formuleringen i loven «utilbørlig utnyttelse».² For at forbudet mot misbruk av dominerende stilling skal komme til anvendelse må det for det første konstateres at den aktuelle aktøren har en dominerende stilling i det aktuelle markedet. For det andre må det foreligge et *misbruk* av nevnte dominerende stilling. Etter konkurranseloven § 29 første ledd, bokstav a, kan brudd på misbruksforbudet i § 11 medføre overtredelsesgebyr.

¹ LOV-2004-03-05-12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven); (krrl.) § 11, første ledd.

² Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU/TEUV) art. 102 benytter ordlyden «*abuse*».

Konkurranseloven § 11 andre ledd, i likhet med avsnitt nummer to i både EØS-avtalen artikkel 54 og TEUV artikkel 102, lister opp en rekke eksempler på atferd som etter omstendighetene kan utgjøre misbruk. Listen er ikke uttømmende.³

Det må tenkes at en bevisst har unngått en uniform legaldefinerings av misbruksbegrepet. Slik kan nye og innovative misbrukstyper som kanskje ikke var påtenkt på vedtakelsestidspunktet likevel fanges opp av håndhevelsesorganene. I realiteten kan derfor et bredt spekter av atferdstyper utgjøre et relevant misbruk. Grunnvilkåret synes å være at atferden har egenskaper som gjør det sannsynlig i en viss utstrekning at et konkurranseskadelig hendelsesforløp med varierende grad av sannsynlighet vil finne sted.⁴ Avhandlingen vil gjøre nærmere rede for årsakskravet nedenfor. Det er i hovedsak tolkningen av dette årsakskravet som er gjenstand for drøftelse i denne avhandlingen.

Problemstillingen tar et visst utgangspunkt i Telenorvedtakene truffet av Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda. Saken gikk i januar og februar 2021 for Gulating lagmannsrett (som direkte ankeinstans fra Nemnda, jf. konkurranseloven § 38, fjerde ledd). Per 2. juni 2021 er det enda ikke avsagt dom i saken.

I sakene for konkurransetilsynet og nemnda ble Telenorgruppen ASA ilagt et betydelig overtredelsesgebyr. Det interessante i Telenorvedtakene er særlig behandlingen, og dissensen, i Nemnda. Både flertallet og mindretallet benytter den etterfølgende utviklingen som moment i den innledende vurderingen av om atferden er egnet til å være konkurransebegrensende. Det særlig interessante er at mindretallet i lys av denne etterfølgende utviklingen ikke finner det godtgjort at Telenors atferd var egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning.⁵

³ Se sak 6-72 *Continental Can Co. & Europemballage Corporation mot Kommisjonen*, EU:C:1973:22, avsnitt 26. Se også O'Donoghue, Robert & Padilla, Jorge, «*The Law and Economics of Article 102 TFEU*» (2020), Hart, side 314 flg. Ordlyden «*Such abuse may in particular consist in [...]*» i TEUV art. 102 indikerer nokså tydelig at det er tale om ikke-uttømmende eksempler (min understreking). Den tilsvarende formuleringen i den norske konkurranseloven benytter ordlyden «*kan bestå i*» understreker også dette.

⁴ Se saker 86/75 «*Hoffman La-Roche mot Kommisjonen*», EU:C:1979:36; C-209/10 «*Post Danmark A/S mot Konkurrancerådet (Post Danmark I)*», EU:C:2012:172; C-52/09 «*TeliaSonera AB mot Konkurrensverket*», EU:C:2011:83.

⁵ Se Konkurransklagenemndas vedtak av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34), avsnitt 456.

Avhandlingens konkrete hovedproblemstilling er derfor følgende: Hva er den årsaksmessige terskelen for konstatering av misbruk av dominerende stilling og hvilken betydning har den faktiske etterfølgende utviklingen for vurderingen av om et foretaks atferd er «egnet» til å utgjøre en konkurransebegrensning? Spørsmålet er særlig i hvilken grad en kan argumentere for at den faktiske utviklingen i ettertid tilsier at en atferd *ikke* var egnet til å utgjøre en konkurransebegrensning likevel. Det knytter seg derfor spørsmål til den nedre grensen for årsakskravet i krrl. § 11, samt til den kronologiske skranken for vurderingen bestemmelsen legger opp til. Kravet om at atferden må være egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning går frem av praksis i EU-domstolen og vil behandles nærmere.⁶ Som avhandlingen vil behandle i det følgende, er det knyttet noe usikkerhet til årsakskravets innhold. Dette skyldes i hovedsak EU-domstolens inkonsekvente begrepsbruk.

1.2 Aktualitet – Telenorsaken

Problemstillingen har sitt opphav i Telenorvedtakene truffet av Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda. Avgjørelsen opprettholder konkurransetilsynets vedtak av 21. juni 2018 om å ilegge Telenor ASA overtredelsesgebyr på 788 millioner kroner for overtredelse av konkurranseloven § 11.⁷ Vedtaket i seg selv er særlig interessant av to grunner; for det første er misbrukssaker generelt en sjeldenhet. Kun én høyesterettsdom foreligger i skrivende stund som tar opp konkurranseloven § 11 eksplisitt. For det andre var overtredelsesgebyret, da det ble ilagt, det største i norsk konkurranserettslig historie.⁸ En tredje interessant dimensjon er spørsmålene om virkningslæren i konkurranseretten som faktum i saken aktualiserer.

Spørsmålet om overtredelse av konkurranseloven § 11 og påfølgende overtredelsesgebyr oppsto som følge av Telenors overenskomst med selskapet Network Norway mellom 2008 og 2010.⁹ Network Norway planla og gjennomførte i denne perioden en utbygging av et tredje fullverdig mobilnett i Norge. Det var kun Telenor og Telia som eide og driftet egne nett før

⁶ Se saker 6-72 *Continental Can*, avsnitt 26; C-95/04 «*British Airways*», EU:C:2007:166, avsnitt 77; og C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 67.

⁷ Se Konkurransetilsynets vedtak av 21. juni 2018, (KT-2018-20V), avsnitt 1213.

⁸ E. Valvik m.fl., "Konkurransetilsynet gir Telenor 788 millioner i gebyr" i *Aftenpostens* nettutgave: <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/rLJz0R/konkurransetilsynet-gir-telenor-788-millioner-i-gebyr> (publisert 21. juni 2018, lastet ned 19. august 2020)

⁹ Se konkurranseklagenemndas vedtak av 19. juni 2019, (KTKN-2019-34), avsnitt 1.

dette. Mobile Norway, Network Norways morselskap, skulle imidlertid tilby mobiltjenester mens utbyggingen pågikk. Ettersom Network Norway ikke disponerte et eget mobilnett, måtte de derfor inngå en nasjonal gjestingsavtale (en såkalt *National roaming agreement* eller NRA), med en mobilnettverksoperatør, mens utbyggingen pågikk. Telenor og Network Norway inngikk NRA 2008 i 2008. I enkelhet går NRA-avtaler generelt sett ut på at en får tilgang til mobilnettverksoperatøren sitt nett for å kunne tilby tjenester til sluttbrukere, mot en variabel avgift, normalt beregnet etter trafikkvolum per termin, kombinert med et fastpriselement.¹⁰ En rekke omstendigheter, blant annet at Telenor fikk kjennskap om Network Norways planer om utbygging av et tredje nett, som ville konkurrert med Telenors nett, gjorde at det fra begge sider ble ansett nødvendig å foreta visse tilpasninger til NRA 2008. I 2009 og 2010 inngås derfor henholdsvis Tilleggsavtale 1 og 2 (TA1 og TA2).¹¹

Det er særlig TA2 pkt. 4.1 og 4.2 som i et konkurranserettslig misbruksperspektiv er blitt ansett som problematisk. Kontraktbestemmelsen innebar en endring av prisstrukturen for gjestingsavtalen. I stedet for kun å betale for faktisk trafikkforbruk, skulle Network Norway etter TA2 også betale en avgift per registrerte sim-kort som innen terminen hadde hatt «*originerende trafikk eller som [hadde] hatt trafikk som er terminert i radionettet*» per en gitt termin. Dette innebærer altså en avgift per sim-kort som enten foretar et anrop i Telenor sitt nett (originering) eller tar imot et anrop i Telenor sitt nett (terminering). Samtidig ble prisen for trafikk redusert noe.¹²

Prisstrukturen innebærer at Network Norway med TA2 per termin fremdeles ville betale for summen av trafikk som gikk gjennom Telenors nett, i tillegg en fast avgift per sim-kort som enten hadde originerende eller terminerende trafikk i nettet, uavhengig av volum. I motsetning til TA1, hvor det eneste variable priselementet var trafikkvolumet, ble det i TA2 altså lagt til et fastopriselement ved sim-avgiften. Det kan derfor slås fast at TA2 *svekker* Network Norways insentiver til videre utbygging. Ved den mer konstante sim-kortavgiften, kombinert med den senkede trafikkprisen, ville besparelsen ved å flytte *trafikkvolum* over i eget nett bli mindre. Slik ville fortjenesten som trengtes for ytterligere investeringer i nettet reduseres.¹³

¹⁰ Habanova, Martina; Husar, Boris & Komada, Marek, «Recommendations document on national roaming access terms and conditions, as well as MVNO access terms and conditions» (2019) s. 13.

¹¹ Se Konkurranseskjennemndas vedtak av 19. juni (KTKN-2019-34), avsnitt 77 flg.

¹² Ibid., avsnitt 86 flg.

¹³ Se Konkurranseskjennemndas vedtak av 19. juni (KTKN-2019-34), avsnitt 293.

Det var sistnevnte forståelse som var avgjørende for konkurransemyndighetenes vedtak, uten at avhandlingen skal konkludere denne problemstillingen allerede innledningsvis.

Tilsyns- og nemndsvedtakene bygger på at dette reduserte incitamentet til å fortsette den videre utbyggingen var egnet til å svekke konkurransen i markedet.¹⁴ At TA2 var *egnet* til å svekke konkurransen i markedet, innebærer et fremtidsrettet, hypotetisk perspektiv. Det spesielle i saken, er at innen konkurransetilsynet fattet vedtak i saken, hadde Network Norway mellom 2010 til 2013 bygget ut nettet slik at det hadde 75% befolkningsdekning.¹⁵ I 2015 ble selskapets aksjer kjøpt av Ice.net (i dag «Ice») som har bygget ut nettet ytterligere.¹⁶ Ice sitt nett har per første kvartal 2021 en befolkningsdekningsgrad på 94%.¹⁷ Likevel valgte konkurransemyndighetene å ilegge overtredelsesgebyr i to instanser. Dette gir grunnlag for en rekke spørsmål knyttet til hvordan en i misbrukssaker behandler spørsmål om faktisk og hypotetisk kausalitet.

Spørsmålet om hvordan en rettslig sett skal behandle egnethetsspørsmålet i slike tilfeller er nok mest påfallende, og hvor avhandlingens hovedtyngde vil ligge. For det første, hvilken terskel er det som skal oppnås, og hvordan kan man forene at konkurransen tilsynelatende ikke svekkes, med en konklusjon om at atferden likevel var egnet til dette, uten å ta høyde for den etterfølgende utviklingen, når denne tross alt er for hånden? Generelt sett kan en også stille spørsmålet om måten virkningsanalysen foretas på, med egnethet på handlingstidspunktet som utgangspunkt, gir en forhøyet risiko for falske positive enn andre metoder.

¹⁴ Se Konkurransetilsynets vedtak av 21. juni 2018 (KT-2018-V20), avsnitt 867; Konkurransklagenemndas vedtak (KTKN-2019-34).

¹⁵ Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, «Analyse av markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett» (2020), s. 39

¹⁶ «Ice.net inngår avtale med TeliaSonera», <https://www.ice.no/om-ice/pressemeldinger/ice.net-inngar-avtale-med-teliasonera/>, 05.02.2015, hentet 29.03.2021.

¹⁷ «Dekningskart» <https://www.ice.no/dekning/>, hentet 29.03.2021.

1.3 Metode

1.3.1 Innledning

Avhandlingen vil metodisk deles i to hovedsegmenter. For en del av avhandlingen, vil anvendes en rettsdogmatisk analyse. Denne delen vil, gjennom identifisering og tolkning av relevant rettskildemateriale, fremstille gjeldende rett i en teoretisk kontekst. Avhandlingen vil ta utgangspunkt i norsk rett og konkurranseloven § 11 med forarbeider.

Fremstillingen vil ikke utelukkende anvende en rettsdogmatisk metode. Avhandlingen vil søke å klarlegge gjeldende rett for spørsmålet om etterfølgende utvikling, men også inkorporere noe argumentasjon fra et rettspolitisk perspektiv, såkalt argumentasjon *de lege ferenda*. Her vil rettstilstanden vurderes i lys av særlige hensyn og konkurranserettslige rettsprinsipper. Avhandlingen anvender således både en rettsdogmatisk og rettspolitisk metode.

1.3.2 Rettskildesituasjonen

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), i kraft siden 2004, er norsk retts lovregulering av konkurranseretten. Det er § 11 som regulerer et foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende markedsstilling. At det i det hele tatt gjelder et virkningskrav for denne bestemmelsen, går ikke frem av ordlyden selv.¹⁸ Utover å henvise til EU- og EØS-rettslige kilder gir også lovens forarbeider relativt begrenset materiell veiledning.¹⁹

Det er også svært lite norsk Høyesterettspraksis om forbudet mot misbruk av dominans. Siden ikrafttredelsen i 2004, er Rt. 2011 s. 910 det eneste tilfellet av at Høyesterett har behandlet § 11 særskilt. Utgangspunktet er derfor at innenfor dens rekkevidde, har dommen betydelig rettskildemessig vekt i fastleggingen av gjeldende rett i Norge. Et spørsmål er likevel hvorledes denne avgjørelsen forholder seg til Domstolspraksis i EU. Som fremstillingen drøfter i pkt. 1.3.4 nedenfor, må utgangspunktet være, når EU-rettsstoff kun benyttes som

¹⁸ Se Konkurranseloven § 11 første ledd.

¹⁹ Se NOU 2003:12 Ny konkurranselov, side 236. Se også Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), side 226.

tolkningsbidrag i fastleggelsen av norsk rett, at norsk Høyesterettspraksis i tilfelle motstrid gis forrang.

Det finnes videre noe underrettspraksis som behandler bestemmelsen.²⁰ Slutninger fra disse vil imidlertid kun kunne yte tolkningsbidrag av beskjeden vekt, idet forarbeidene *samt* Høyesterett tydelig indikerer at EU-/og EØS-rettslige kilder skal veie tungt.²¹ Også vedtakspraksis fra Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda kan tenkes å gi tolkningsbidrag av en viss vekt.

1.3.3 Legislative hensyn

Norsk konkurranselovgivning har et overordnet formål om å «*fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser*», jf. krrl. § 1. Bestemmelsen er tydelig på at effektiv konkurranse ikke nødvendigvis er målet i seg selv, men heller et middel til et overordnet mål om samfunnsøkonomisk effektivitet. Bestemmelsen sier imidlertid lite om hva som utgjør «*effektiv bruk av samfunnets ressurser*».

Rettspraksis relevant til TEUV artikkel 102 går også langt i å etablere et lignende formål. Etter *Continental Can*-avgjørelsen skal bestemmelsen beskjeftige seg ikke kun med atferd som skader forbrukerinteresser direkte, men også atferd som skader forbrukerinteresser *indirekte* via skade på en *effektiv konkurransestruktur*.²² Det har imidlertid rådet noe usikkerhet i EU-retten om i hvilken grad forbrukerinteresser skal forstås som en selvstendig del av den henynsmessige begrunnelsen av artikkel 102 som følge av Kommisjonens veiledningsnotat, som vil bli behandlet inngående nedenfor.²³ Senere praksis tyder imidlertid på at dette hensynet er integrert i hensynet til en effektiv konkurransestruktur, se særlig *Post Danmark I*:

«In order to assess the existence of anti-competitive effects in circumstances such as those of that case, it is necessary to consider whether that pricing policy, without

²⁰ Se bl.a. LB-2011-164879 «*CargoNet*»

²¹ Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 226

²² Se sak 6-72 *Continental Can mot Kommisjonen*, avsnitt 26

²³ Se Kommisjonen, «*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*» (Veiledningen), avsnitt 19 flg.

objective justification, produces an actual or likely anti-competitive effect, to the detriment of competition and, thereby, of consumers' interests» (uthevet her).²⁴

Dette standpunktet er fulgt opp i *Post Danmark II*.²⁵

1.3.4 Norsk konkurranseretts forhold til EU-retten – EØS-dimensjonen

Konkurranseloven § 11 er et utslag av harmonisering av norsk konkurranserett med EU-retten.. Avhandlingen tar sikte på en avklaring i *norsk rett*, men EØS-avtalen art. 54 og Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) art. 102 (1) vil utgjøre sentrale sekundærkilder.²⁶

EØS-avtalens sentrale formål er å integrere EFTA-statene (herunder Norge) i EUs indre marked.²⁷ Med dette følger et nokså nærliggende forhold til EUs egne regulering av det indre markedet. Bestemmelsen om misbruk av dominerende stilling i EØS-avtalen er nærmest en direkte oversettelse av misbruksbestemmelsen i EU-primærretten, TEUV art. 102.²⁸ Denne bestemmelsen utgjør en sentral del av den EU-rettslige markedsreguleringen. Forarbeidene til konkurranseloven er dessuten klare på at EU-rettsstoff relevant til denne bestemmelsen anvendes aktivt i fastleggingen av gjeldende rett også på norsk område, selv om Norge ikke er part i EU-traktatene som utgjør den EU-rettslige primærretten.²⁹

Norge er ikke medlem av EU. Et metodisk utgangspunkt er derfor at anvendelse av EU-rettslige kilder i saker som hører under norsk saklig jurisdiksjon, etter vanlig norsk rettskildelære krever et særskilt rettsgrunnlag.³⁰ Dette følger direkte av det dualistiske prinsipp. Norge har ved inngåelsen av EØS-avtalen, imidlertid forpliktet seg til at en betydelig mengde EU-rettsstoff har blitt gjennomført i norsk rett. For slikt rettsstoff er det ingen tvil om

²⁴ Sak C-209/10 *Post Danmark I*, avsnitt 44.

²⁵ Se sak C-23/14 «*Post Danmark mot Konkurrencerådet (Post Danmark II)*», EU:C:2015:651, avsnitt 69.

²⁶ Bestemmelsene antas langt på vei å ha samme innhold, jf. Ot.prp.nr 6 (2003-2004) side 226.

²⁷ *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)* (1992) artikkel 1.

²⁸ Se EØS-avtalen art. 54.

²⁹ Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 226

³⁰ Jf. det dualistiske prinsipp. Se forutsetningsvis Grunnloven § 26.

at homogenitetsbetraktninger gjør seg gjeldende også internt i norsk rett.³¹ I slike tilfeller vil det være ukontroversielt å slutte tolkningsbidrag fra EU-rettskilder.

EØS-avtalen inneholder imidlertid ingen forpliktelser til å harmonisere nasjonal konkurranserett med EØS-avtalens bestemmelser.³² Likevel er konkurranseloven § 11 identisk til EØS-avtalen artikkel 54, som igjen er tilnærmet en direkte oversettelse av TEUV artikkel 102. Det følger videre av EØS-konkurranseloven § 7, første ledd andre punktum at «[n]år konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på utilbørlig utnyttelse som er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 54, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 54». Konkurranselovens forarbeider er også tydelige på at praksis i EU og EØS skal veie tungt som rettskilde ved tolkningen av konkurranseloven § 11.

Rettstilstanden er derfor slik at dersom en skulle undergi § 11 en mer liberal tolkning enn fellekapsrettslige kilder tilsier og tilfellet likevel fanges opp av EØS-avtalen artikkel 54, vil den liberale § 11 være uten betydning, idet en er forpliktet til å ta utgangspunkt i EØS-avtalens bestemmelse, jf. EØS-konkurranseloven § 7, første ledd, andre punktum. I tillegg har lovgiver kommunisert et ønske i forarbeidene om at EU- og EØS-retten skal tillegges vekt.³³ På bakgrunn av dette, må det heftes liten tvil om at disse kildene er relevante og tungtveiende ved tolkningen av konkurranseloven § 11. Det synes imidlertid metodisk ryddig å presisere at dette er begrunnet i koherenshensyn og den lovgiverviljen kommunisert i forarbeidene, og ikke homogenitetsprinsippet.³⁴

Dette har betydning for fremstillingens behandling og av anvendelse av EU- og EØS-rettslige kilder. Som det følger av forarbeidene til konkurranseloven, kan, og skal, disse benyttes som rettskilder ved fastleggelsen av innholdet i konkurranseloven.³⁵ Disse kildene anvendes da som tolkningsbidrag til fastlegging av *norsk rett*, og ikke EU- eller EØS-retten. Anvendelsen av EU- og EØS-rettslige kilder inngår derved som en del av vanlig norsk juridisk metode, slik

³¹ Ot.prp. nr. 92 (2008-2009) side 12.

³² Se Graver «*Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11*», Lov og Rett 2004, side 344 flg.

³³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 226.

³⁴ Se Graver, Op.Cit. (2004) for en detaljert drøftelse av problemstillingen.

³⁵ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) på side 243.

at disse kildene behandles etter alminnelige metodiske regler for skriftlige kilder. Dette antas å ha liten praktisk betydning for forståelsen av EU-retten.

1.4 Den videre fremstillingen

1.4.1 Struktur

Avhandlingen skal innledningsvis gi en noe generell oversikt over hva som skal til for å konstatere misbruk av dominans. Fremstillingen gir i pkt. 2.4 en redegjørelse for hovedtrekkene i EU-retten, med særskilt fokus på å forklare misbruk som et objektivt konsept, samt konsepter som ytelsesbasert konkurranse og konkurransebegrensende virkning.

Punkt 2.5 vedrører den årsaksmessige terskelen for å konstatere misbruk av dominerende stilling og markerer dermed begynnelsen på selve den materielle drøftelsen av problemstillingen. For å redegjøre for dette temaet, benyttes en dels rettshistorisk stil, samtidig som det redegjøres generelt for en formbasert og en virkningsbasert tilnærming. Fremstillingen vil så, i pkt. 2.5.9, redegjøre for gjeldende rett, særlig med henhold til hvor rettstilstanden står i dag i lys av den mulige utviklingen mot en mer generell virkningsbasert holdning til misbruk av dominerende stilling. Funnene i pkt. 2.5 flg. vil så, i pkt. 2.5.10 flg. ligge til grunn for en drøftelse av hvorvidt Domstolens inkonsekvente begrepsbruk representerer ulike kvalitative terskler for misbruk av dominans, eller om nyanseforskjellene i Domstolens begrepsbruk er uten betydning.

Kapittel 3 gjelder betydningen av den etterfølgende utviklingen. I denne delen vil det innledes med en nærmere redegjørelse for problemstillingen, og hvorfor det kan argumenteres for at det er et behov for å kunne vektlegge den etterfølgende utviklingen. Fremstillingen redegjør så generelt, i pkt. 3.2.1 og 3.2.2, for det tidsmessige utgangspunktet for misbruksvurderingen, samt den kontrafaktiske virkningsanalysen som er vanlig å foreta ved en virkningsbasert tilnærming til misbruksspørsmålet.

Punkt 3.3 flg. presenterer og redegjør for praksis i EU knyttet til etterfølgende faktisk utvikling. Sakene i denne presentasjonen antas å kunne bidra til å oppklare gjeldende rett på området. I 3.4 følgende inkluderes også noen ytterligere eksempler på vektlegging av etterfølgende utvikling for å gi drøftelsen en komparativ dimensjon, før fremstillingen i pkt.

3.5 gir en oppsummering av rettstilstanden på området, begrunnet i de kildene avhandlingen behandler.

Telenorvedtakene vurderes så i lys av gjeldende rett, for bedre å forstå dissensen i konkurranseklagenemndas vedtak, samt forskjellen mellom nemndas vedtak og konkurransetilsynets. Gjeldende rett vil her forsøke slå fast hvilket av de to vedtakene som på den beste måten avgjør og behandler problemstillingen.

1.4.2 Avgrensninger

Avhandlingen vedrører misbruk av dominerende stilling, med enkelte materielle avgrensninger. Det avgrenses for det første mot vilkåret om at foretaket må inneha en «*dominerende stilling*» i et marked. Vilkåret rommer vurderinger til hva som utgjør et «foretak», den nærmere generelle fastleggingen av en «*dominerende stilling*», samt definering av det relevante markedet. Dette er alle problemstillinger som ikke er nødvendige for å ta stilling til avhandlingens problemstilling.

Det er vanlig å dele misbruk av dominans i tre hovedkategorier; ekskluderende atferd, utnyttende atferd og diskriminerende atferd.³⁶ For avhandlingens problemstilling er det først og fremst ekskluderende atferd som er aktuelt. Det vil si, grovt forenklet, atferd som har som sitt formål eller sin virkning å ekskludere konkurrenter fra det aktuelle markedet, og som derigjennom øver skade på den effektive konkurransestrukturen.³⁷ Fremstillingen avgrenser derfor i hovedsak mot diskriminerende og utnyttende atferd i den grad de ikke overlapper med eller consumerer ekskluderende atferd.

Videre foretas en avgrensning, så langt det er praktisk mulig mot temaer som er utelukkende av økonomisk-teoretisk art. Konkurranseretten henger naturligvis tett sammen med konkurranseøkonomien, og en viss henvisning til økonomisk teori er derfor tilnærmet umulig i en konkurranserettslig fremstilling som dette. Derfor vil enkelte økonomiske elementer ha sin plass i avhandlingen, men kun i den utstrekning det er nødvendig for en forsvarlig redegjørelse for de *rettslige* problemstillingene den reiser.

³⁶ Se O'Donoghue, & Padilla, Op.Cit., (2020), side 294 til 306.

³⁷ Se Veiledningen, avsnitt 19 flg.

Avhandlingen tar heller ikke sikte på å redegjøre for virkningslæren *generelt*. Det presiseres derfor at det er selve kravet om årsaksevne atferden må ha, som står i fokus, med sikte på en særskilt avklaring av hvordan denne reguleringen forholder seg til tilfellet hvor utviklingen viser noe annet enn en hypotetisk virkningsanalyse *ex ante*.

2.Nærmere om innholdet i virkningsanalysen – Kravet til årsaksevne

2.1. Innledning

Hovedformålet med avhandlingen er å redegjøre for i hvilken utstrekning konkurranseloven § 11 åpner for å vektlegge den etterfølgende utviklingen under vurderingen om en atferd er egnet til å produsere et konkurranseskadelig hendelsesforløp. Dette er for alle praktiske formål et spørsmål om *hva som skal til for å konstatere misbruk av dominans*. I vid forstand favner dette spørsmålet bredere enn denne avhandlingens kontekst, som konsentrerer seg kun om virkningsanalysen i en rettslig sammenheng. Likevel, satt i et rettslig perspektiv, er det fullt mulig å formulere problemstillingen som et spørsmål om hva som er terskelen for henholdsvis årsak og eventuell virkning i konkurranserettslige misbrukssaker.

Avhandlingen tar primært sikte på problemstillingen vedrørende etterfølgende utvikling. En fullverdig redegjørelse for denne tematikken vil vanskelig kunne bli fullverdig om den ikke var ledsaget av en redegjørelse for årsakskravet. Begrunnelsen for denne betraktningen er at all den tid det råder usikkerhet om hvor årsaksterskelen for misbruk ligger, har denne drøftelsen direkte betydning for i hvilken utstrekning (hvis noen) det er et rettslig behov for vektlegging av etterfølgende utvikling.

Vurderingen av årsakskravets omfang og betydning reiser en rekke underordnede spørsmål. *For det første* har det betydning om man betrakter vilkåret som et prosessuelt bevisspørsmål eller et materielt krav til årsaksevne. *For det andre* må det avklares om det kreves noe form for faktisk årsakssammenheng mellom den påståtte konkurranseskadelige atferden og en konkret, faktisk svekkelse av konkurransen i markedet. *For det tredje* er det av betydning å avklare, i tilfelle fravær av et krav om faktisitet, hvilken grad av årsaksevne atferden må ha for at den skal kvalifisere til størrelsen «utilbørlig utnyttelse».

2.2 Om begrepet «årsaksevne»

Fremstillingen benytter begrepet «årsaksevne» om terskelen for sannsynlighet i virkningsvurderingen.³⁸ Ettersom dette ladde begrepet er egnet til å skape visse assosiasjoner som kanskje avviker fra innholdet som tillegges det i fremstillingen her, vil det foretas en kort presisering av begrepets innhold for avhandlingens anliggende.

Begrepet er sammensatt av ordene «årsak» og «evne». Det er derfor en åpenbar, og tilsiktet, forskjell fra begrepet «årsakssammenheng». Grunnen til dette er at begrepet årsakssammenheng tar utgangspunkt i å begrunne og forklare en faktisk begivenhet, ut fra hvilke faktiske begivenheter som har utløst den. Diskusjonen i avhandlingen her vil derimot ikke i hovedsak dreie seg om årsaksmessige begrunnelser av faktiske hendelser, men årsaksmessige begrunnelser av *potensielle* hendelser. Dette gjør at begrepet «årsakssammenheng» rent faktisk beskriver noe annet enn det som er tema for avhandlingen.

Derfor er suffikset «sammenheng» byttet ut med «evne». Dette gjør at utgangsposisjonen flyttes fra et *retrospektivt* perspektiv, hvor man begrunner begivenheten etter mulige årsaker, til et *prospektivt* perspektiv, hvor man bruker en potensiell årsak for å begrunne mulige fremtidige begivenheter.³⁹

Hva sikter så begrepet «årsaksevne» til i en konkurranserettslig sammenheng? Begrepet gis i avhandlingen her følgende innhold. En atferds *årsaksevne* sikter til hvilken grad av sannsynlighet det er for at den gitte atferden vil forårsake en konkurransebegrensende virkning. Når avhandlingen drøfter kravet til årsaksevne som et vilkår for misbruk, er det altså snakk om kravet til potensiell eller hypotetisk årsakssammenheng mellom atferden og en konkurransebegrensende virkning. Det skal presiseres at dette er en objektiv størrelse, og at vurderingen av årsaksevne i utgangspunktet beror på atferdens karakteristik, samt en hypotetisk virkningsanalyse, ofte ledsaget av økonomiske prognoser og beregninger.⁴⁰

³⁸ Se Nygaard, Nils, «Skade og Ansvar» (2007), Universitetsforlaget, side 325

³⁹ Dette begrepsparet benyttes gjennomgående synonymt med *ex ante* og *ex post*.

⁴⁰ Jf. misbruk som et objektivt konsept, se sak 85/76 *Hoffmann-La Roche* avsnitt 91.

2.3 Årsaksevne som materielt vilkår – forholdet til EMK

Et sentralt spørsmål for den videre drøftelsen er hvor vurderingen av årsaksevne skal plasseres i rettsanvendelsesprosessen. Sett at terskelen for å konstatere misbruk er at atferden er *egnet til* å ha en konkurransebegrensende virkning – oppstår spørsmålet om dette er uttrykk for en bevisstandard eller et materiellrettslig vilkår? Er atferdens egnethet et bevistema som har en egen, annen bevisstandard, eller er egnetheten i seg selv beviskravet?

Avhandlingen legger til grunn at vurderingen av årsaksevne er et materielt vilkår og ikke uttrykk for et beviskrav. Det kanskje klareste uttrykket for dette er at EU-domstolen gjennomgående ikke behandler årsaksevne som et beviskrav.

I tillegg vil en årsaksevne kvalifiserende til plausibilitet eller alminnelig sannsynlighet ikke oppfyller kravene til beviskrav som gjelder etter EMK artikkel 6.⁴¹ Også juridiske personer har et visst vern etter EMK.⁴² Etersom overtredelsesgebyr, som nærmest alltid er aktuelt i misbrukssaker er å anse som straff etter EMK, vil det i slike saker bli stilt krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.⁴³ Det ville derfor stride med dette utgangspunktet om *bevisstandard* skulle være for eksempel egnethet, det vil si en mulighet opp mot 50 % sannsynlighet for konkurransebegrensning.

Det som derfor klart må være det riktige, er å betrakte årsaksevnevurderingen som et utpreget materielt vilkår for misbruk, som i seg selv er et *bevistema*. Det vil si det samlede bevisgrunnlaget for atferdens årsaksevne, for å tilfredsstillе EMKs krav til beviskrav, må tilsi med klar sannsynlighetsovervekt at atferden er egnet til å være konkurransebegrensende.

2.4 Overordnet – Misbruk som objektivt konsept

⁴¹ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (EMK) (1950); inkorporert ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) artikkel 6. Se også Rt. 2011 s. 910 (*Tine ASA*), avsnitt 59.

⁴² Jf. EMK artikkel 34. Det er sikker rett at EMKs rettergangsgarantier i artikkel 6 gjelder for juridiske personer.

⁴³ Se Rt. 2011 s. 910; se også Rt. 2008 s. 1409.

Både konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen § 54 er vagt utformet. Det er derfor vanskelig å trekke noen klare slutninger fra ordlydene. Konkurranselovens forarbeider er også tause om utnyttelsesvilkårets nærmere innhold, utover å vise til et ønske om harmonisering med EØS-retten, og at EU- og EØS-rettslige kilder må ha betydelig vekt i den nærmere anvendelsen av bestemmelsen.⁴⁴

Ordlyden i artikkel 102 TEUV gir også lite materiell veiledning for spørsmålet om når terskelen for misbruk er overtrådt. «*Abuse [...] of a dominant position*» er forbudt uten at det går videre frem av bestemmelsen hva som ligger i misbruksbegrepet. Det mest konkrete en synes å kunne slutte fra ordlyden, er nok at det å inneha, og dermed også å oppnå, en dominerende stilling i et marked, ikke i seg selv er forbudt, men at det heller er, som den norske bestemmelsen også antyder, måten stillingen utnyttes på til foretakets uberettigede vinning som står i sentrum.⁴⁵ Hva dette nødvendigvis skulle innebære har i stor grad blitt overlatt praksis å definere. Bestemmelsen angir altså ikke selv hvilken metodologi som skal legges til grunn for vurderingen av når terskelen «abuse» er nådd.⁴⁶

Det nokså klare prejudikatet for forståelsen av misbruksbegrepet i vid forstand, går frem av EU-Domstolens uttalelse i sak 85/76 *Hoffman-La Roche*. Formuleringen Domstolen legger til grunn i *Hoffmann La-Roche* er i langvarig og konsekvent senere Domstolspraksis lagt til grunn som den generelle definisjonen for misbruk:⁴⁷

«The concept of abuse is an objective concept relating to the behavior of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market here, 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

⁴⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) på side 69.

⁴⁵ Se konkurranseloven § 11: «*Utilbørlig utnyttelse*». Se også hhv. den danske og tyske språkversjonen av TEUV artikkel 102: «*misbrug*» og «*misbräuchliche Ausnutzung*».

⁴⁶ Se Jones, Alison & Sufrin, B.E., «*EU Competition Law*», Oxford (2016), s. 353

⁴⁷ Se saker C-280/08 P «*Deutsche Telekom mot Kommisjonen*», EU:C:2010:603, avsnitt 174; C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 27; C-549/10 P «*Tomra mot Kommisjonen*», EU:C:2012:221, avsnitt 17. Se også for EFTA-domstolens vedkommende sak E-15/10, «*Posten Norge AS mot ESA*», avsnitt 130.

the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition»
(uthevet her).⁴⁸

Misbruk av dominans er for det første et objektivt konsept knyttet til et dominerende foretaks atferd. I dette ligger først og fremst antitesen om at det ikke er et *subjektivt* konsept. Misbruk er derfor en objektiv størrelse som i utgangspunktet ikke avhenger av noen subjektive momenter. I dette ligger blant annet at foretakets subjektive intensjoner spiller en underordnet rolle, og at det er atferdens objektive karakteristikker som er det sentrale.⁴⁹ Avgjørelsen stiller videre som vilkår at det benyttes uakseptable konkurransemidler, eller «*methods different from those which condition normal competition*». Dette vilkåret behandles i pkt. 2.4.1 nedenfor.

I *Hoffmann-La Roche* kreves det også at atferden «*has the effect of hindering [...] competition*». Dette er et uttrykk for det som i fremstillingen her betegnes som virkningskravet for misbruk av dominerende stilling. Formuleringen kan ved første øyekast virke egnet til å gi inntrykket av at den oppstiller årsakssammenheng mellom atferd og «*effect*» som et vilkår for misbruk. Rent språklig må uttalelsen likevel ved nærmere undersøkelse anses potensielt å romme både faktisk og potensiell årsakssammenheng, selv om faktisk årsakssammenheng rent semantisk fremstår som mest nærliggende. Dette er et tema som er gjenstand for omfattende drøftelse nedenfor (se pkt 2.5 og 2.6).

2.4.1 Misbruk og årsakssammenheng

I *Hoffmann-La Roche* uttaler domstolen at misbruk er et objektivt konsept som refererer seg til bruk av ikke-ytelsesbaserte konkurransemidler som «*has the effect of hindering [...] the degree of competition*». Drøftelsen vil i det følgende konsentrere seg om hvorvidt gjeldende rett skal forstås slik at det kreves at konkurransemyndighetene kan påvise et reelt og faktisk konkurransesvekkende hendelsesforløp som kan knyttes til atferden eller ei.

I teorien formuleres kravet til konkurransesvekkelse som «*anti-competitive foreclosure effect*». Spørsmålet er om det er et vilkår for misbruk av dominerende stilling at det har

⁴⁸ Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 91

⁴⁹ Se generelt saker C-95/04 *British Airways*; T-219/99 «*British Airways mot Kommisjonen*», EU:T:2003:343. Temaet behandles inngående i pkt. 3.3 flg.

funnet sted en faktisk sådan virkning, slik ordlyden «*has*» er egnet til å antyde.⁵⁰ For dette spørsmålet er konklusjonen ikke tvilsom; det er *ikke* et vilkår for konstatering av misbruk at det foreligger årsakssammenheng mellom atferden og en faktisk begrensning i konkurransen. Dette følger av konsekvent og langvarig praksis i etterkant av *Hoffmann-La Roche*. I plenumssaken *Tomra mot Kommisjonen*, fremholder Domstolen at det for ekskluderende rabattstrategier «*is [...] unnecessary to undertake an analyse [sic] of the actual effects of the rebates on competition given that, for the purposes of establishing an infringement of Article 102 TFEU, it is sufficient to demonstrate that the conduct at issue is capable of having an effect on competition*».⁵¹ I *British Airways mot Kommisjonen*, en annen rabattsak, nøyer til og med saksøker, British Airways, seg med å selv slå fast at faktiske virkninger ikke er et vilkår i sin anførsel om at *fraværet* av virkning skulle vektlegges i årsaksevne vurderingen.⁵² Også i EFTA-domstolen er det samme lagt til grunn, jf. *Posten Norge mot ESA* og at faktisk virkning ikke er et vilkår, må ellers anses som et generelt utgangspunkt.⁵³

Hva angår norsk rett isolert sett, er dette en problemstilling som også behandles i Rt. 2011 s. 910 (Tine). Også etter denne avgjørelsen er det tilstrekkelig at atferden er *egnet* til å ha en konkurransebegrensende virkning.⁵⁴ Dette er i samsvar med EU-retten og må anses som sikker rett også for norsk retts vedkommende. Hensynet til en effektiv håndhevelse av konkurransereglene tilsier med tyngde at konkurransemyndighetene ikke pålegges en så streng bevisbyrde. Et krav om faktisk virkning ville dessuten klart stride mot konkurranselovgivningens overordnede formål, nemlig å legge til rette for en effektiv konkurranse for derigjennom å sørge for samfunnseffektiv ressursdisponering, jf. konkurranseloven § 1. Skulle en operert med et rigid og absolutt krav til materialisert konkurranseskadelig virkning ville skaden i mange tilfeller allerede være skjedd før konkurransemyndighetene ville hatt mulighet til å gripe inn med sanksjonering. Den avskrekkende og preventive effekten av sanksjoneringsmuligheten må antas å være klart

⁵⁰ Se sak 85/76 *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 91.

⁵¹ Se sak C-549/10 P *Tomra*, avsnitt 79.

⁵² Se sak C-95/04 *British Airways*, avsnitt 93.

⁵³ Se sak E-15/10 *Posten Norge AS mot ESA*, avsnitt 131. Se ellers saker C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 62; C-280/08 P *Deutsche Telekom*, avsnitt 252; C-209/10 *Post Danmark I*, avsnitt 44.

⁵⁴ Rt. 2011 s. 910, avsnitt 64.

sterkere, dersom et dominerende foretak kan risikere både at den destruktive atferden ikke når sitt mål, i tillegg til et potensielt betydelig overtredelsesgebyr.

2.4.2 Plassering av «ytelsesbasert konkurranse» i misbruksvurderingen

Den generelle misbruksdefinisjonen i *Hoffmann-La Roche* og etterfølgende praksis understreker grovt oversatt at det kreves at det benyttes metoder som skiller seg fra de som kjennetegnes som vanlig konkurranse (såkalt *competition on the merits*, eller «ytelsesbasert konkurranse») og at bruken av slike metoder «*has the effect of hindering [...] the degree of competition*».⁵⁵ Uttalelsen aktualiserer to viktige spørsmål. For det første er det av interesse å avklare hva som er henholdsvis «normal» og «unormal» konkurranse, ergo redegjøre for hva termen «ytelsesbasert konkurranse» rommer. Dernest er det av interesse å avklare hvilken rolle dette momentet spiller i vurderingen av om det foreligger misbruk.

Behandler først begrepet ytelsesbasert konkurranses kvalitative rammer. Formuleringen «*methods different from those which condition normal competition*» antyder for det første at også dominerende foretak har anledning til å konkurrere. Vilkåret er imidlertid at de i lys av sin stilling i markedet konkurrerer på en legitim måte.

Dette er også uttrykkelig fastslått av norsk Høyesterett i Tine-saken:

*«Utgangspunktet er altså at dominerende foretak har anledning til å konkurrere, og også å konkurrere hardt, så lenge det skjer på grunnlag av kvalitet, pris mv. Derimot er det ikke adgang for et dominerende foretak til å påvirke konkurransen ved hjelp av andre midler enn det som må anses som normalt i forbindelse med næringsdrivendes utbud av varer eller tjenester.»*⁵⁶

Både Rt. 2011 s. 910 (Tine) og *Hoffmann-La Roche* hentyder, på hver sin måte, til at konkurranseformen, som normal eller unormal, er sentralt i misbruksvurderingen. Senere praksis i EU-domstolen har formulert normal konkurranse som «*competition on the merits*» –

⁵⁵ Se sak 85/76 *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 91.

⁵⁶ Se Rt. 2011 s. 910 «Tine ASA»

ytelsesbasert konkurranse.⁵⁷ Problemet med normal, meritt- eller ytelsesbasert konkurranse er at konseptet bygger på et innholdsfattig begrep.⁵⁸

At det er innenfor regelverket å konkurrere på «meritt» og/eller «ytelse» synes i det minste å indikere en kobling til selve produktet. Uttalelsen i *Hoffmann-La Roche* må derfor forstås slik at normale konkurransemidler primært sikter til konkurranse på produkt, pris og funksjonalitet, og ikke nødvendigvis til enhver tid sedvanlig bransjekonkurransepraksis.

Det må for eksempel, også for dominerende aktører, være en vid adgang til å konkurrere på produkters kvalitative egenskaper. En dominerende aktør i telekommunikasjonsmarkedet må kunne være først ute med å tilby 5G-dekning, og slik sett ha et vesentlig konkurransefortrinn, uten at dette medfører brudd på konkurranselovgivningen kun fordi foretaket innehar en dominerende markedsstilling. Tøff konkurranse på pris må også som utgangspunkt kunne aksepteres, men her har Domstolen oppstilt en lang rekke begrensninger for akseptabel priskonkurranse.⁵⁹ Når det gjelder priskonkurranse, må det for eksempel generelt kunne slås fast at det å være mer effektiv og derved kunne ta lavere priser enn mindre effektive konkurrenter, må ønskes velkommen. Skillet blir mindre skarpt når det gjelder priskonkurranse som ikke nødvendigvis har grunnlag i det dominerende foretakets effektivitetsfortrinn.⁶⁰

De vanskelige grensedragningene gjelder stor sett konkurransehandlinger som knytter seg til konkurrenter, og ikke nødvendigvis ytelse eller produkt. Det vil trolig kunne være problematisk i relasjon til § 11 om Norgesgruppen, en åpenbart dominerende aktør i dagligvaremarkedet i Norge, brukte sin stilling for å systematisk erverve konkurrenters butikklokaler. Også omfattende og systematisk «*poaching*» av nøkkelpersonell hos konkurrenter, for å styrke egen stilling, og svekke konkurrentenes, har en fjernere kobling til

⁵⁷ Se sak C-209/10 *Post Danmark I*, avsnitt 22.

⁵⁸ For kritikk av domstolenes terminologi i konkurransesaker, se OECD, «*Roundtable on competition on the merits*» (2005).

⁵⁹ Se saker C-62/86 «*AKZO Chemie BV mot Kommisionen*», EU:C:1991:286; C-209/10 *Post Danmark I*, C-333/94 P «*Tetra Pak mot Kommisjonen (Tetra Pak II)*», EU:C:1996:436; C-280/08 P *Deutsche Telekom*.

⁶⁰ Se generelt sak C-62/86 *AKZO*.

ytelse, og må som utgangspunkt betraktes som problematisk.⁶¹ For å dra parallellen til Telenorsaken, er det også slik at Telenor som innehaver av en dominerende stilling, for eksempel ikke står (helt) fritt å nekte MVNO'er eller tjenesteleverandører tilgang til gjesting i sitt mobilnett.⁶² Situasjonen i eksempelet er riktignok særskilt regulert i Nasjonal Kommunikasjonsmyndighets (Nkom) vedtak av 14. mai 2020, slik at Telenor på dette grunnlaget har en selvstendig plikt til å tillate gjesting. Dette er i seg selv en nyttig indikator på at en situasjon som eksempelet illustrerer i det minste vil *ha potensiale* til å være problematisk i et konkurranseperspektiv.

Det går heller ikke klart frem av konseptet ytelsesbasert konkurranse, eller definisjonen i *Hoffmann-La Roche* for øvrig hvorvidt formuleringen skal forstås som en nødvendig eller tilstrekkelig betingelse for misbruk. Kan en atferd som åpenbart har svekket konkurransen aksepteres dersom den likevel var innenfor rammene av konkurranse på ytelse? Kanskje enda mer interessant; dersom årsak- og virkningsbildet er uklart, kan et dominerende foretak havne i ansvar dersom atferden i seg selv kun brøt med normen om ytelsesbasert konkurranse?

Misbruksdefinisjonen i *Hoffmann-La Roche* kan tolkes på to måter. Den kan for det første forstås dithen at det er et *vilkår*, eller i det minste et viktig *vurderingsmoment* at den konkurranseformen det gjelder avviker fra en gitt, ikke nærmere definert, standard for konkurranse. Dette innebærer at en betrakter ytelsesbasert konkurranse som én størrelse, og et fullverdig misbruk av dominans som en annen. Den kan for det andre forstås som en definisjon, slik at man identifiserer misbruket med bruddet på ytelsesbasert konkurranse.⁶³ Å betrakte ytelsesbasert konkurranse som et vilkår eller vurderingsmoment blir da paradoksalt, idet det ikke er konstituerende for misbruk, men heller *utgjør selve misbruket*.

⁶¹ Med «poaching» menes situasjonen hvor et foretak «kaprer» dyktige ansatte i konkurrerende selskaper, typisk gjennom å tilby særdeles attraktive ansettelsesvilkår, gjerne utover hva konkurrenten har anledning til å tilby. For en mer helhetlig drøftelse av problemstillingen, se O'Donoghue & Padilla, Op.Cit., (2020), på side 795 flg.

⁶² Med MVNO menes «mobile virtual network operator», et foretak som ikke opererer et fullverdig mobilnett selv, og som derfor er avhengig av å leie tilgang (gjesting) hos en MNO («mobile network operator») for å tilby tjenester til sluttbrukere.

⁶³ Jf. forståelsen OECD virker å legge til grunn i blant annet *Roundtable on Competition on the Merits* (2005). Denne forståelsen synes ikke å reflektere praksis i EU-instansene, skjønt OECDs virkekrets klart rekker videre enn EU. Det skal også med rette bemerkes at OECD-dokumentet er noe eldre enn Veiledningen (2009).

Rent generelt må praksis i EU-domstolen tolkes dithen at det forhold at ytelsesbasert konkurranse ikke praktiseres som et absolutt vilkår verken den ene eller den andre veien.⁶⁴

Særlig to avgjørelser illustrerer dette:

AstraZeneca mot Kommissjonen gjaldt spørsmålet om AstraZeneca PLC og det svenskregistrerte datterselskapet AstraZeneca AB gjennom defensive patenstrategier hadde misbrukt sin dominerende stilling i farmasimarkedet etter dagjeldende EF-traktaten artikkel 82. Domstolen slår fast at atferden særlig var konsentrert rundt å gi feilaktig og misvisende informasjon til patentmyndighetene for å sikre patentrettigheter, og at «[s]uch an approach is manifestly not consistent with competition on the merits and the specific responsibility on such an undertaking not to prejudice, by its conduct, effective and undistorted competition [...]».⁶⁵

Tomra Systems ASA mot Kommissjonen gjaldt ekskluderende rabattordninger. Til tross for at vurderingen også her tok utgangspunkt i *Hoffmann-La Roche*-uttalelsen, bruker ikke Domstolen særlig tid på å drøfte om den aktuelle rabattordningen var tilstrekkelig ytelsesbasert. I stedet uttaler den generelt at det for å konstatere misbruk etter artikkel 102 er «[...] sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or that the conduct is capable of having that effect.»⁶⁶

Lest i sammenheng, tyder dommene først og fremst på to ting: for det første, synes det ikke å være et *selvstendig vilkår* for konstatering av misbruk at atferden strider med ytelsesbasert konkurranse, jf. særlig *Tomra*. Avgjørelsen går, i alle fall hva rabattordninger angår, langt i å fastslå at det er tilstrekkelig at atferden etter sin art er «kapabel» til å ha konkurransesvekkende virkning. Om uttalelsens videre rekkevidde og betydning for årsakskravet, se nedenfor, pkt. 2.6.7. All den tid konkurranselovgivningen skal verne om *konkurransen* for derigjennom å sikre samfunnseffektiv ressursbruk, synes det riktig å orientere seg konkret rundt handlingens materielle årsaksevne heller enn rundt hvorvidt den formelt er ytelsesbasert eller ei.⁶⁷ Det fremstår, særlig i lys av dette hensynet, umiddelbart som klart uholdbart å unnlate å sanksjonere potensielt eller faktisk konkurranseskadelig atferd med den begrunnelse at den var innenfor rammene av ytelsesbasert konkurranse. Det må være

⁶⁴ Se saker C-549/10 P *Tomra* og C-457/10 P «*AstraZeneca AB mot Kommissjonen*», EU:C:2012:770

⁶⁵ Sak 457/10 P *AstraZeneca*, avsnitt 90.

⁶⁶ Sak C-549/10 P *Tomra*, avsnitt 79.

⁶⁷ Se Konkurranseloven § 1.

dette perspektivet dominerende aktører anlegger når de planlegger sin strategi, og ikke hvorvidt de konkurrerer på produkt eller ei.

Ettersom ytelsesbasert konkurranse ikke er noe absolutt vilkår for misbruk, oppstår umiddelbart spørsmålet om hva omfanget av formuleringens rekkevidde er. *AstraZeneca*-dommen går nok lengre i å faktisk plassere vurderingen om ytelsesbasert konkurranse under artikkel 102. I dommens avsnitt 98 (sitert over) legger Domstolen unektelig betydelig vekt på at konkurransen ikke var basert på ytelse. Dette skulle indikere at vurderingen *har* en viss betydning, i hvert fall som moment i den samlede vurderingen av om misbruk foreligger. I *AstraZeneca* konsentrerer Domstolen seg særlig om å knytte konkurransemiddelets karakter opp mot det overordnede ansvaret dominerende foretak har for å sikre at konkurransen i markedet ikke svekkes, jf. *Michelin*.⁶⁸ Dette må også være den riktige tilnærmingen. En rettstilstand som heller mot en mer virkningsorientert måte å vurdere misbrukssaker på, jf. *Veiledningen* og *Intel*, er vanskelig å forene med et strengt fokus på hvorvidt det konkurreres på ytelse eller ei. Dersom det er snakk om en atferd som enten vitterlig har voldt skade på konkurransen i markedet, eller helt åpenbart var egnet til det, kan det ikke virke frifinnende at handlingen var innenfor konkurranse på ytelse. Dette følger direkte av *Tomra*. I motsatt scenario, hvor det er klart at atferden *ikke* verken har eller kunne virke konkurransehemmende, kan nok heller ikke dette medføre overtredelse selv om det ble brukt andre konkurransemidler enn ytelsesbaserte. Der det imidlertid klart må være rom for en vektlegging av ytelsesbasert konkurranse, er tilfellene hvor det ikke nødvendigvis er klart hvorvidt atferden er egnet eller «kapabel» til å ha en konkurranseskadelig virkning. Dersom dette sentrale vurderingstemaet er uklart, må det faktum at det brytes med ytelsesbasert konkurranse kunne vektlegges i foretakets disfavør, og tilsvarende motsatt. Dette er i alle fall den mest nærliggende måten å tolke *AstraZeneca*-avgjørelsen, på, sett i sammenheng med *Tomra* og *Hoffmann-La Roche*. I en hypotetisk virkningsanalyse som ofte kan være vanskelig, kan det være behov for å trekke frem dominerende foretaks særskilte ansvar til å sikre konkurransen. Domstolen virker da å bygge på en formodning om at bruk av andre konkurransemidler enn konkurranse på ytelse, har høyere skadepotensiale enn konkurranse på ytelse, og at dette skal legges det dominerende foretaket til last. Dette gjør at konseptet

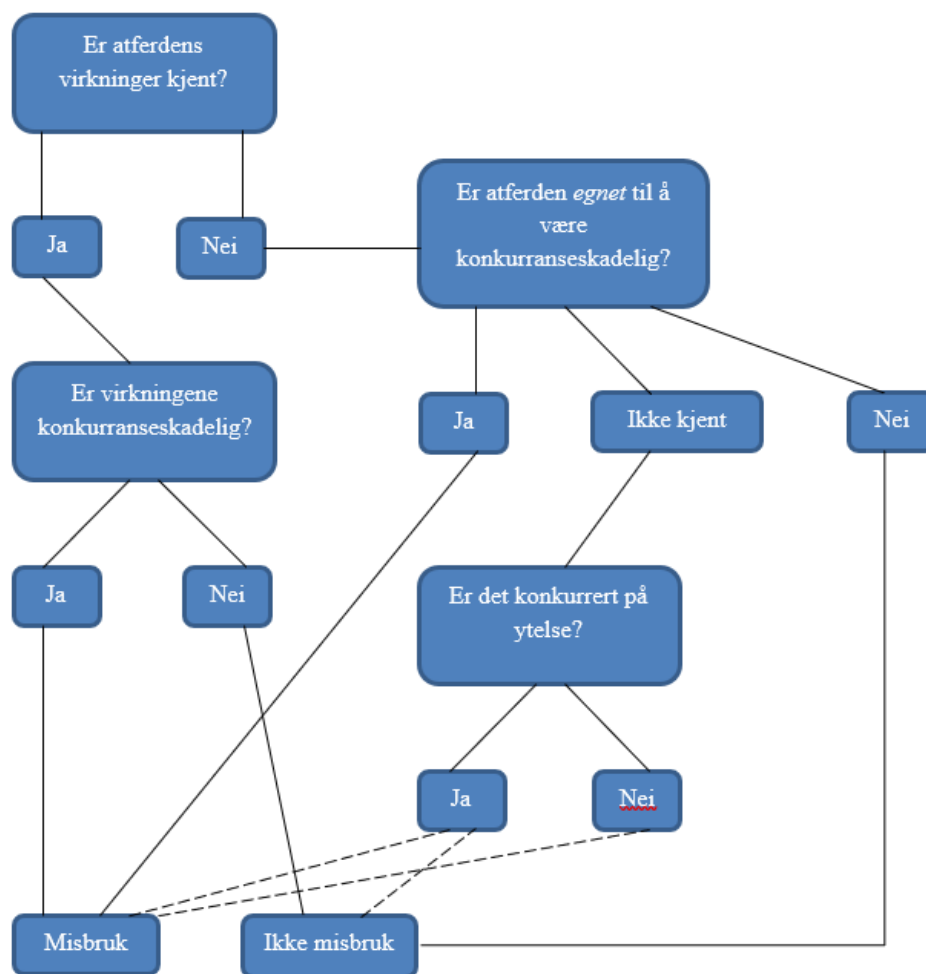
⁶⁸ Sak 322/81 «*NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Kommisjonen*», avsnitt 57, EU:C:1983:313.

ytelsesbasert konkurranse nokså klart kan kobles til den formbaserte tilnærmingen til vurdering av årsaksevne, såkalt «*by object abuse*».

I lys av praksis i EU-Domstolen, og da særlig *Intel mot Kommisjonen*, taler nok de beste grunner for å anlegge det første alternativet som ble presentert innledningsvis som det riktige.⁶⁹ Altså at man trekker et skille mellom ytelsesbasert konkurranse på den ene siden, og et fullverdig misbruk på den annen. Dette har særlig grunnlag i utviklingen i retning av en mer konkret og virkningsorientert vurdering som *Intel*-avgjørelsen manifesterer, se nedenfor, pkt. 2.5.8. Det understrekes også at avhandlingen skiller klart mellom ytelsesbasert konkurranse som potensielt avgjørende moment og den formbaserte tilnærmingen til misbrukssaker (såkalt «*by object abuse*»), selv om disse er nært beslektet.⁷⁰

⁶⁹ Se generelt sak 413/14 P «*Intel Corp. mot Kommisjonen*», EU:C:2017:632.

⁷⁰ Se Jessen, Anders F., «*Exploring restrictions by Object under Article 102 TFEU; Rethinking the latest case law with an emphasis on Intel*» (2015), Artikkel, side 13 flg.



Figur 1. Rollen til vurderingstemaet "ytelsesbasert konkurranse" kan i forenklet form illustreres slik. Notér at faktiske eller mulige virkninger gir nokså klare svar i vurderingen, men at ytelsesbasert konkurranse ikke er absolutt styrende for konklusjonen i noen retning.

Begrunnelsen for denne løsningen ligger i hensynet til en konkurranse som fremmer samfunnseffektiv ressursforvaltning.⁷¹ Det er en vedtatt sannhet at en sunn konkurranse kommer forbrukermassen til gode. Konkurrenter som holder hverandre på tå hev, vil hele tiden utfordre hverandre til å tilby de beste produktene, til den beste prisen.⁷² Formodningen må derfor være at konkurransemyndighetenes feilaktige inngripen i konkurransen antitetisk kommer forbrukerne til skade, idet det dominerende foretaket blir avskåret fra å konkurrere så

⁷¹ Se Konkurranseloven § 1.

⁷² Se Jessen, Anders F., «Exclusionary Abuse After the Post Danmark I Case: The Role of the Effects Based Approach under Article 102 TFEU» (2017) Wolters Kluwers International, side 44 og 45.

aggressivt som det kan. Dette perspektivet må være grunnen til at et såpass vagt moment som ytelsesbasert konkurranse, ikke gis avgjørende vekt i vurderingen.

2.4.3 Størrelsen «konkurransebegrensende virkning»

Oppgavens hovedproblemstilling gjelder terskelen for konkurransebegrensende virkning og i hvilken grad etterfølgende utvikling, eksempelvis i form av at ingen virkning har funnet sted, er relevant for denne vurderingen. Begge spørsmålene har et tett forhold til begrepet «konkurransebegrensende virkning». Dette begrepet er imidlertid lite til hjelp i vurderingen dersom det ikke kan tillegges et innhold som sier noe om den kvalitative eller kvantitative størrelsen det er uttrykk for.

Veiledningen gir et visst bidrag til denne problemstillingen, hvor Kommissjonen slår fast at den vil konsentrere seg om atferd som har en konkurransenegativ ekskluderende virkning:

«The aim of the Commission's enforcement activity in relation to exclusionary conduct is to ensure that dominant undertakings do not impair effective competition by foreclosing their competitors in an anti-competitive way [anti-competitive foreclosure], thus having an adverse effect on consumer welfare [...]»⁷³

Termen «*Anti-competitive foreclosure effect*» har også fått et visst fotfeste i juridisk teori, og vil legges til grunn i fremstillingen her, i den norske språkdrakten «konkurransebegrensende ekskludering».⁷⁴ Det er ikke tilsiktet noe innholdsmessig avvik. Det store spørsmålet er imidlertid hva dette begrepet rommer. Veiledningen gir noe hjelp på veien, idet det fra avsnitt 19 (sitert over) kan sluttes at begrepet innebærer et eksklusjonselement («*foreclosure*») i tillegg til et konkurransebegrensende element («*anti-competitive*»)⁷⁵ Disse er også, som Jessen fremhever, helt avhengige av hverandre for å etablere et misbruk;

«[...] [I]f there is no foreclosure effect, there can be no anti-competitive effect. Accordingly, there must be some degree of foreclosure effect as harm to competition

⁷³ Veiledningen, avsnitt 19.

⁷⁴ Se Jessen, Op.Cit. (2017) side 45 flg.; Se også O'Donoghue & Padilla, Op. Cit. (2020), side 726.

⁷⁵ Slik også Jessen, Op.Cit. (2017) på side 45.

and consumers' interest will otherwise constitute exploitative or discriminatory abuse»⁷⁶

Det må nokså enkelt kunne slås fast at eksklusjonselementet i det minste omfatter enten total utestengelse fra minst ett marked, og begrensning av tilgangen til minst ett marked. Dette følger av Domstolens avgjørelser i *Tomra* og *Post Danmark I*.⁷⁷ Atferden må i det minste være egnet til å ha denne virkningen.

Videre kan en stille spørsmålet om hvor en eventuell *nedre* terskel for eksklusjon befinner seg. Det fremgår i alle fall klart av Domstolspraksis at også det å *vanskeliggjøre* tilgangen til markedet også er omfattet av eksklusjonselementet, også der det ikke nødvendigvis gjelder en konkret konkurrent, men potensielle konkurrenter.⁷⁸ Altså, både atferd som er egnet til å begrense eller eliminere markedstilgangen for konkurrenter, samt vanskeliggjøre den, omfattes av eksklusjonselementet i artikkel 102. Spørsmålet om nedre terskel er, som slike merkelapper ofte er i jussen, vanskelig å si noe generelt om. Den mest generelle merkelappen en kan sette på en slik terskel vil man oppnå ved å definere negativt; ettersom det, naturlig nok må foreligge eksklusjon for å etablere misbruk for ekskluderende atferd. Ingen eksklusjon i det hele tatt er dermed utilstrekkelig. Videre kan man, med utgangspunkt i misbruksreguleringens formål, stadfeste at selv den minste ekskludering kan være tilstrekkelig. All den tid reguleringen skal beskytte effektiv konkurranse, vil selv den minste grad av eksklusjon være egnet til å omfattes, idet også denne vil kunne skade en effektiv konkurranse.⁷⁹

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at atferdens virkning er at en konkurrent ekskluderes fra markedet. Som begrepet «*konkurransbegrensende ekskludering*» antyder, kreves det at virkningen ikke kun er ekskluderende for *konkurrenter*, men også at den begrenser en effektiv *konkurranse*. Dette er kjernen i det konkurransbegrensende elementet.⁸⁰ En ekskludering av en konkurrent som ikke har en konkurransbegrensende virkning, må tross alt ønskes velkommen. Slik eksklusjon vil være et klart utslag av nettopp effektiv konkurranse. En

⁷⁶ Jessen, Op.Cit. (2017) på side 47.

⁷⁷ Se saker C-549/10 P *Tomra*, avsnitt 42; C-209/10 *Post Danmark I*, avsnitt 22

⁷⁸ Se bl.a. saker C-280/08 P *Deutsche Telekom*, avsnitt 252 og 253; C-52/09 *Teliasonera*, avsnitt 63

⁷⁹ Se Jessen, Op.Cit. (2017) på side 47.

⁸⁰ Ibid., side 50 og 51.

sentral funksjon ved effektiv konkurranse er jo nettopp at den vil føre til uttreden av markedet for svake konkurrenter, gitt at alle konkurrerer legitimt. Domstolen formulerer dette på en god måte i *Post Danmark I*:

«[...] [N]ot every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition [...]. Competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market or the marginalization of competitors that are less efficient and so less attractive to consumers from the point of view of among other things, price, choice, quality or innovation.»⁸¹

Konkret hva det er som kjennetegner en *konkurransebegrensning*, er gjenstand for omfattende debatt, særlig illustrert av debatten formbasering *versus* virkningsorientering som avhandlingen drøfter nedenfor, i punkt 2.5.2 flg. Det som kan stadfestes generelt, er nok at forbrukerinteresser har fått en stadig mer fremtredende plass i denne vurderingen.⁸²

Likevel, på tross av diskursen, både i juridisk teori og i praksis i Domstolen siden «reformen» først ble initiert i 2005, og også på tross av at man siden da har diskutert en *virkningsbasert* tilnærming, er begrepet konkurransebegrensende virkning paradoksalt nok slående innholdsfattig den dag i dag. Det mest generelle en kan slå fast, er at det kreves noe mer enn at konkurrenten opplever en form for konkurransemessig ulempe.⁸³ I *Post Danmark I* formulerer Domstolen konkurransemessig ulempe som et klart utgangspunkt:

«In order to determine whether a dominant undertaking has abused its dominant position by its pricing practices, it is necessary to consider all the circumstances and to examine whether those practices tend to remove or restrict the buyer's freedom as regards choice of sources of supply, to bar competitors from access to the market,

⁸¹ Sak C-209/10 *Post Danmark I*, avsnitt 22.

⁸² Se eksempelvis sak C-209/10 *Post Danmark I*, avsnitt 44; se også O'Donoghue & Padilla, Op.Cit. (2020) side 355 flg; se også Rousseva, Ekaterina & Marquis, Mel, «Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013 s. 32-50.

⁸³ Se sak C-525/16 *MÉO* – «*Serviços de Comunicações e Multimédia SA mot Autoridade da Concorrência*», EU:C:2018:270, avsnitt 26: «The mere presence of an immediate disadvantage [...] does not, however, mean that competition is distorted or capable of being distorted»; se også sak C-280/08 *Deutsche Telekom*, avsnitt 250; se også sak C-209/10 *Post Danmark I*, avsnitt 38.

to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage, or to strengthen the dominant position by distorting competition.»

Domstolen redegjør her først for eksklusjonsdimensjonen i misbruksforbudet. At forbrukere eller engroskunders produktvalgfrihet reduseres, barrierer for markedsadgangen og ubalanserte vilkår, er eksempler på eksklusjon som ikke nødvendigvis er forbudt i seg selv uten en konkurransebegrensende dimensjon.⁸⁴ Det konkurransebegrensende elementet i sitatet fra *Post Danmark I* er derfor enten at konkurrenter opplever en «*competitive disadvantage*» eller at konkurransen fordreies og foretaket derigjennom styrker sin dominerende stilling.

Likevel, legger Domstolen til grunn at ikke en *hvilken som helst* konkurransemessig ulempe kan oppfylle det konkurransebegrensende vilkåret. Domstolen formulerer dette som at det avgjørende i prisingstilfeller, er om en like effektiv konkurrent kan konkurrere uten å lide tap som er «*unsustainable in the long run*».⁸⁵ Dette standpunktet er fulgt opp i senere praksis.⁸⁶ Med andre ord, det konkurransebegrensende elementet kan ikke anses oppfylt dersom det (like effektive) konkurrerende foretaket har mulighet og vilje til å konkurrere på tross av det dominerende foretakets strategi.⁸⁷ Argumentet her må være at hvor det dominerende foretaket rent faktisk fremdeles *kan* konkurrere, er konkurransen ikke nødvendigvis svekket, og praksisen må betraktes som legitim.⁸⁸

En slik definisjon med utgangspunkt i størrelsen «konkurransebegrensende ekskludering» er imidlertid fremdeles dårlig egnet til å si noe generelt om hvorledes en skal håndtere tilfeller hvor de virkningene som er lagt til grunn *ex ante* ikke materialiserer seg. Det eneste som kan slås fast generelt er det som allerede er kjent, nemlig at det ikke er et vilkår for misbruk at virkningene har materialisert seg, og derfor at fravær av virkning ikke er synonymt med manglende egnethet.

⁸⁴ Se Jessen, Op.Cit., (2017), side 50 og 51.

⁸⁵ Se sak C-208/10 *Post Danmark I*, avsnitt 38.

⁸⁶ Se sak 525/16 *MÉO*, avsnitt 26

⁸⁷ Se Colomo, Pablo Ibáñez, «*What is an anticompetitive effect*», muntlig foredrag holdt ved Université Liberté Bruges, 2018.

⁸⁸ Se sak C-208/10 *Post Danmark*, avsnitt 39.

En må derfor falle tilbake på utgangspunktet og erkjenne at en stort mer treffende generell definisjon av «konkurransbegrensende virkning» enn negativ virkning på den effektive konkurransestrukturen, er vanskelig å gi. Utover å illustrere rettskildebruken i disse avgjørelsene, kan en også stille spørsmålet om det i det hele tatt er hensiktsmessig å tillegge begrepet en stort strengere rammebeskrivelse. Det er i dette lyset *British Airways* må forstås. Selv om virkningen egnethetsvurderingen tok utgangspunkt ikke materialiserte seg, var ikke det i seg selv synonymt med at konkurransestrukturen ikke var svekket. I tilfeller hvor en konkurrent som følge av fratas sin evne til å konkurrere jf. ovenfor, må konkurransen uansett allerede anses som svekket, idet den effektive konkurransestrukturen fordreies, jf. betraktningen i *Post Danmark I*.⁸⁹

2.5 Terskelen for tilstrekkelig årsaksevne

2.5.1 Innledning

Ettersom det er på det rene at faktisk konkurransebegrensende virkning ikke er et vilkår for misbruk oppstår spørsmålet om hvilken grad av årsaksevne det er som kreves for å konstatere misbruk av dominans. Også for dette spørsmålet, foreligger et omfattende rettskildemateriale, idet det er snakk om et absolutt vilkår for misbruk, jf. ovenfor, pkt. 2.4.

Svaret på dette spørsmålet ligger ikke like lyst for dagen som spørsmålet om faktisk virkning er et vilkår, som drøftes ovenfor i pkt. 2.4.1. Dette skyldes først og fremst at relevant praksis i EU-domstolen ikke er uniform i sin språkbruk. I en rekke forskjellige «typetilfeller» av misbruk er det benyttet en rekke forskjellige formuleringer for å uttrykke vilkåret om årsaksevne, uten at det er videre klart hva de forskjellige språkdraktene kvalitativt sett rommer.

Kravet til årsaksevne har blitt formulert i en rekke varianter. I *Tomra* anvendes følgende formulering: «[...]it is sufficient to show that the abusive conduct [...] tends to restrict competition or that the conduct is capable of having that effect.»⁹⁰ Ordlyden “capable” er å finne igjen i en rekke andre avgjørelser, blant andre *Michelin I* og *Intel*.⁹¹ I andre saker finner man formuleringen «likely», se bl.a.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Se sak C-549/10 P *Tomra*, avsnitt 68.

⁹¹ Se hhv. Saker 322/81 *Michelin I* avsnitt 104; og C-413/14 P *Intel*, avsnitt 129 til 147.

*TeliaSonera, Deutsche Telekom og Post Danmark I.*⁹² Tomra-avgjørelsen synes også å likestille formuleringen «*tend to*» med «*capable of*».

Etter sine rene språklige karakteristikk, skulle formuleringene «*likely to*» og «*capable of*» nokså klart gis et ulikt meningsinnhold. At noe er *sannsynlig* (*likely*), innebærer typisk at det er *større* sjanse for at det aktuelle skal inntreffe, enn at det ikke inntreffer. Satt i kontekst tilsier en slik formulering at muligheten for et konkurranseskadelig hendelsesforløp er større enn 50 %. «C» kan direkte oversettes til kapabilitet, og sikter til subjektets *evne* til å fremkalle et resultat, heller enn den konkrete muligheten for at en gitt begivenhet skal inntreffe. Denne formuleringen er altså nærmere beslektet den norske standarden «*egnet*», som finnes i både Telenorvedtakene og Tine-dommen.⁹³ Satt i kontekst, må «kapabilitet» tolkes dithen at atferden *har de nødvendige egenskaper* til å fremkalle et konkurranseskadelig hendelsesforløp. Det er ikke nødvendigvis *sannsynlig*, men det kan heller ikke utelukkes, gitt atferdens karakteristikk som iboende risikable.

Selv om begrepene rent språklig må tolkes noe forskjellig, er det ikke uten videre gitt at dette er avgjørende for forståelsen av begrepsbruken i rettslig kontekst. I forlengelsen av dette oppstår følgende spørsmål: (i.) Er det tilsiktet et forskjellig meningsinnhold, slik at formuleringene anviser forskjellige grader av årsaksevne, og hvis ja, (ii.) når er det henholdsvis sannsynlighet eller kapabilitet som er riktig terskel? De nevnte problemstillingene forstås slik denne fremstillingen er bygget opp best i lys av en historisk gjennomgang av utviklingen av misbruksreguleringen i nyere tid. Fremstillingen vil derfor i det følgende gi en redegjørelse for senere utvikling, særlig hva gjelder form- og virkningsbaserte tilnærminger for å vurdere spørsmålet om misbruk.

2.5.2 Formbasert tilnærming

For best mulig å forstå nyansene i Domstolens rettskilde- og begrepsbruk, bør det innledningsvis for denne redegjørelsen anlegges et overordnet, rettshistorisk perspektiv. Det finnes en rekke konkurranseøkonomiske teorier for å avgjøre spørsmålet om misbruk. De to ekstremene som har vært mest fremtredende i EU-sammenheng er en formbasert og en

⁹² Se saker C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 67; C-280/08 P *Deutsche Telekom*, avsnitt 198; og C-209/10 *Post Danmark I*, avsnitt 44.

⁹³ Jf. Konkurranseskjoldenemndas vedtak av 19. juni 2019, (KTKN-2019-34) avsnitt 218; Rt-2011-910 *Tine ASA*, avsnitt 44.

virkningsbasert tilnærming. Den formbaserte tilnærmingen konkluderer at atferden etter sin art er konkurransenegativ og derfor konstituerer et misbruk. Ved en virkningsbasert test er de konkrete faktiske eller sannsynlige virkningene er styrende for om det foreligger et misbruk.⁹⁴ Forskjellen ligger ikke først og fremst i virkningselementet, men i hvilken grad vurderingen er konkretisert etter sakens omstendigheter.

Forholdet mellom Domstolens begrepsbruk forstås best i lys av utviklingen i retning av en (mer) virkningsbasert tilnærming til misbrukssaker. Fremstillingen vil derfor i det følgende redegjøre omhyggelig for de forskjellige tilnærmingene, for så å bringe fremstillingen tilbake til spørsmålet om terskelen for årsaksevne.

Et startskudd for diskusjonen rundt årsakstilnærmingen kan sies å være *Continental Can-* avgjørelsen.⁹⁵ Avgjørelsen slår fast at forbudet mot misbruk av dominans ikke kun beskjefter seg med atferd som *direkte* påvirker forbrukere negativt, men også «*those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure*» (understreket her).⁹⁶

Dette utgangspunktet er selvsagt ukontroversielt, og nesten ordrett i tråd med formålet til den norske konkurranseloven og dermed klart relevant også i dag.⁹⁷ Konkurransereglene, herunder reglene om misbruk av dominans, har som formål å beskytte den *effektive* konkurransen i markedet. I dette ligger en uunngåelig erkjennelse av at atferdens virkninger er helt sentrale. Det er *resultatet* svekket konkurransestructur, som *følge av* uønsket konkurransepraksis fra dominerende aktører man er ute etter å forhindre. Spørsmålet for etterfølgende praksis har derfor vært, all den tid faktiske virkninger ikke er et vilkår for misbruk, hvordan en hypotetisk virkningsanalyse kan gjennomføres med høyest mulig grad av både presisjon og effektivitet.

Den formbaserte tilnærmingen til konkurranserettslige misbrukssaker tar et visst utgangspunkt TEUV art. 102, andre avsnitt.⁹⁸ Bestemmelsen angir en rekke eksempler på misbruk. Ut fra disse springer en rekke velkjente ekskluderende konkurransestrategier, blant

⁹⁴ Se Jessen, Op.Cit. (2015), side 17.

⁹⁵ Sak 6-72 *Continental Can*.

⁹⁶ Ibid., avsnitt 26.

⁹⁷ Jf. Krrl. § 1.

⁹⁸ Avhandlingen benytter terminologien «formbasert» for å hindre forveksling med prinsippet om misbruk som et objektivt konsept.

annet rovprisning, marginskvis, eksklusive rabattordninger (lojalitetsrabatter), «refusal to deal» og kjøpsplikt. Sistnevnte er også kjent som «*tying and bundling*» og innebærer i kombinasjon at en konkurrents kjøp av ett produkt er avtalerettslig betinget av at konkurrenten forplikter seg til kjøp av et ytterligere (ofte beslektet) produkt.⁹⁹

En formbasert tilnærming tar utgangspunkt i atferdens *form*. Dette innebærer at atferdens karakteristikk og egenskaper tilsier at den anses som *iboende* konkurransenegativ.¹⁰⁰ Denne konklusjonen hviler ofte på betraktninger knyttet til disposisjonens objektive formål. I tilfeller hvor det objektivt sett ikke finnes andre plausible forklaringer for foretakets disposisjon annet enn å eksempelvis ekskludere konkurrenter (jf. misbruk som objektivt konsept etter *Hoffmann-La Roche*), har Domstolen sett seg mindre bundet av en hypotetisk virkningsanalyse.¹⁰¹

AKZO mot Kommisjonen gir et godt eksempel på dette. Saken gjaldt spesifikt prising over gjennomsnittlig variable kostnader (GVK), men under gjennomsnittlig total kostnad (GTK).¹⁰² Domstolen bemerker imidlertid i avsnitt 71 at priser under GVK «*must be regarded as abusive*», idet foretaket ikke kan ha noen andre interesser i å selge med tap enn å ekskludere en konkurrent, for så å heve prisene igjen som monopolist. I saken var det imidlertid tale om prising *over* GVK, men under GTK. For det tilfellet la Domstolen til et tilleggsvilkår for å etablere misbruk. En slik prisstrategi «*must be regarded as abusive if they are determined as a plan for eliminating a competitor. Such prices can drive form the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but, which because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them*».

AKZO-tilfellet er godt egnet til å illustrere skillet mellom en formbasert (eller objektiv) tilnærming til misbruksspørsmålet og såkalt misbruk «*by object*» eller misbruk «*per sé*», selv om det bør presiseres at det er en viss distinksjon mellom de to. Avgjørelsen tatt på ordet skulle tilsi at prising under gjennomsnittlig variabel kost under enhver omstendighet utgjør et misbruk, uten hensyntagen til faktiske eller potensielle virkninger, eller for øvrig andre

⁹⁹ Se Kolstad mf.l., «*Norsk konkurranserett: Bind I: Atferdsregler og strukturkontroll*» (2006) s. 531.

¹⁰⁰ Jf. også Jessen, Op.Cit. (2015), s. 2

¹⁰¹ Slik også Colomo, «*Persistent myths in competition law (V): 'there is no such thing as an abuse by object (or by effect) under Article 102 TFEU*», ChillingCompetition, januar 2020 ; jf. Sak C-62/86 «*AKZO mot Kommisjonen*», avsnitt 71.

¹⁰² Med gjennomsnittlig variable kostnader menes kostnader som varierer avhengig av produsert kvantitet. Med gjennomsnittlig totale kostnader menes faste kostnader pluss variable kostnader, jf. sak C-62/86 «*AKZO*» avsnitt 71 og 72.

omstendigheter. Dette er det som i teorien har fått stempelet misbruk *per sé*.¹⁰³ Dersom prisingen derimot er over gjennomsnittlig variabel kost, avhenger misbruksspørsmålet av foretakets subjektive intensjoner (intensjonsbasert test), og hvorvidt prisingen er under variabel total kost. Slik prising er konstaterer ikke et misbruk *per sé*, men tilnærmingen er likevel formbasert, idet det er atferdens egenskaper og det dominerende foretakets intensjoner som er det relevante, og ikke en konkret virkningsanalyse. Grensen mellom misbruk *per sé* ligger i det dominerende foretakets mulighet til å rettferdiggjøre atferden, såkalt «*objective justification*», eller effektivitetsgevinster på norsk.¹⁰⁴ En rettferdiggjøring kan for eksempel gå ut på at atferden har visse effektivitetsgevinster som i sum veier tyngre enn den presumerte konkurransebegrensende virkningen har etter en formbasert vurdering, jf. forutsetningsvis *British Airways*.¹⁰⁵ For denne avhandlingens del er det den formbaserte tilnærmingen som er det sentrale, med en avgrensning atferd som utgjør misbruk *per sé*. Regelen om effektivitetsgevinster har imidlertid i Europeisk Domstolspraksis aldri ført til frifinnelse og det må nok legges til grunn at terskelen for å ikke gripe inn mot en atferd som allerede er funnet å være objektivt konkurransebegrensende er svært høy. I verste fall er regelen om effektivitetsgevinster illusorisk, og i beste fall er den lite praktisk.

Spørsmålet er da hva som kjennetegner en formbasert tilnærming avgrenset mot *per sé*-misbruk. På dette punktet kan den pedagogiske sondringen teorien har foretatt mellom henholdsvis «*form- and effects based approach*» virke noe misvisende. Begge dreier seg, som antydnet ovenfor, utvilsomt om å kartlegge potensielle «*effects*», altså virkninger. Dette er ikke til hinder for et skille mellom en formbasert og en konkret virkningsorientert metode for virkningsanalyse.

Den formbaserte tilnærmingens klassiske kjennetegn er at den «hopper over gjerdet der det er lavest». Ved bruk av konkurranseøkonomisk teori kan atferdstyper som betraktes som særskilt risikable enkelt fanges opp og sanksjoneres slik at markedet gis en effektiv beskyttelse. Det er dette Domstolen sikter til i *AKZO*-avgjørelsen. Det er ikke snakk om en *per sé* atferd som

¹⁰³ Gavil, Andrew I. & Salop, Steven C., «*Probability, presumptions and Evidentiary Burdens in Antitrust Analysis: Revitalizing the Rule of Reason for Exclusionary Conduct*» (2020), side 10. University of Pennsylvania Law Review.

¹⁰⁴ Se sak 27/76 «*United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommisjonen*», EU:C:1978:22, avsnitt 184.

¹⁰⁵ Se sak C-95/04 *British Airways*, avsnitt 86.

nesten alltid vil føre til at konkurrenten ekskluderes, men den aktuelle atferden er likevel så risikabel og uønsket at den er forbudt uten en eksplisitt prøving av *hvordan* et hypotetisk hendelsesforløp vil se ut. I prinsippet er det atferden selv som er forbudt, og ikke dens virkninger som konkurransebegrensende. En annen styrke ved en formbasert tilnærming er at former for misbruk som forekommer ofte, slik som de som er nevnt i art. 102, andre avsnitt og konkurranseloven § 11 andre ledd, lett vil kunne settes i en kjent kontekst. *Tomra*-avgjørelsen er et godt eksempel på dette.¹⁰⁶ Saken gjaldt eksklusivitetsrabatter, en praksis som kort og upresist innebærer at kunder forplikter seg til å benytte det dominerende foretaket som hovedleverandør mot en rabatt.¹⁰⁷ Praksisen var fra før velkjent fra en rekke saker, blant andre *Hoffmann-La Roche*, *Michlin* og *British Airways*.¹⁰⁸ På bakgrunn av presedens skapt av tidligere saker og den konkurranseøkonomiske kunnskapen om slike praksiser, uttalte Domstolen at:

«As regards the present case, it is clear from paragraph 213 of the judgment under appeal that a rebate system must be regarded as infringing Article 102 TFEU if it tends to prevent customers of the dominant undertaking from obtaining their supplies from competing producers».¹⁰⁹

Det var derfor ikke av interesse for Domstolen å undersøke de nærmere konkrete virkningene atferden kunne tenkes å ha. Når domstolen uttaler at *rabatter* utgjør et misbruk så lenge rabatten *etter sin art* («*tends to*») hindrer det dominerende foretakets kunder i å handle fra konkurrerende produkter, går den også langt i slå fast at eksklusivitetsrabatter etter sin art alltid vil utgjøre et misbruk. Et interessant spørsmål i denne sammenheng er om ethvert tilfelle av eksklusivitetsrabatter nødvendigvis vil produsere en konkurransenegativ *virkning*. Med konkurranseskadelig virkning menes skade for forbrukere enten direkte eller indirekte som følge av skade på en effektiv konkurransestruktur, jf. *Continental Can*.¹¹⁰ Dette vil for eksempel kunne være aktuelt i tilfeller hvor avtaletiden er kort. En kritisk gjennomgang av den formbaserte tilnærmingen til misbrukssaker foretas nedenfor, se pkt. 2.4.

¹⁰⁶ Sak C-549/10 *Tomra*.

¹⁰⁷ *Ibid.*, avsnitt 11.

¹⁰⁸ Se saker 85/76 *Hoffmann-La Roche*; 322/81 *Michelin mot Kommisjonen*; C-95/04 *British Airways*.

¹⁰⁹ Sak 549/10 P *Tomra*, avsnitt 72.

¹¹⁰ Se sak 6-72 «*Continental Can m.fl. mot Kommisjonen*», avsnitt 26.

Også marginskvisaker har blitt undergitt en formbasert prøving.¹¹¹ En marginskvis er en prisingspraksis hvor et vertikalt integrert dominerende foretak som konkurrer i sluttbrukermarkedet øker sine engrospriser, slik at konkurrenter på sluttbrukermarkedet må betale en høyere pris for essensiell input for sitt eget sluttprodukt. En marginskvis foreligger når konkurrenter som er minst like økonomisk effektive som det dominerende foretaket ikke lenger kan drive lønnsomt i sluttbrukermarkedet.:

«A margin squeeze exists if the charges to be paid to [the applicant] for wholesale access, [...] are so expensive that competitors are forced to charge their end-users prices higher than the prices [the applicant] charges to its own end-users for similar services»¹¹²

Dette var tilfellet i *Deutsche Telekom*-saken. Saken deler enkelte likhetstrekk med Telenorsaken, selv om sistnevnte ikke kan karakteriseres som en marginskvis sak. Deutsche Telekom, en fullverdig MNO (se note 49) var underlagt regulatorisk plikt til å gi tilgang til mobilnettet til tjenesteleverandører i sluttbrukermarkedet.¹¹³ Selskapet økte prisene for tilgang til kjernenettet, slik at konkurrenter i sluttbrukermarkedet ikke lenger kunne drive lønnsomt.

Kommisjonsavgjørelsen i *Deutsche Telekom* legger til grunn en utpreget formbasert test, basert på konkurranseøkonomi:

«[...] there is an abuse of a dominant position where the wholesale prices that an integrated dominant undertaking charges for services provided to its competitors on an upstream market and the prices it itself charges end-users on a downstream market are in a proportion such that competition on the wholesale or retail market is restricted.»¹¹⁴

Det er verdt å merke seg at ordbruken Kommisjonen benytter for å beskrive en marginskvis i en kvalitativ forstand og så får å beskrive et misbruk av dominans i slike tilfeller er tilnærmet identisk. Kommisjonen får dermed en kort vei fra å konstatere at den aktuelle atferden stemte

¹¹¹ Se.

¹¹² Ibid. Avsnitt 102.

¹¹³ Se sak C-280/08 P «*Deutsche Telekom AG mot Kommisjonen*», avsnitt 5.

¹¹⁴ Se Kommisjonsavgjørelse COMP/C-1/37.578, 37.579, L 263, 14.01.2003, *Deutsche Telekom AG* avsnitt 106.

med størrelsen «marginiskvis» til å konstatere at Deutsche Telekom hadde begått et fullverdig misbruk av dominans:

*«By proving the existence of a margin squeeze, the Commission has therefore done enough to establish the existence of an abuse of a dominant market position».*¹¹⁵

Både Underretten og Domstolen tilbakeviste imidlertid denne anvendelsen av artikkel 102 og stilte som vilkår for misbruk at konkrete, konkurransehemmende virkninger kunne demonstreres.¹¹⁶ *Deutsche Telekom* er for ordens skyld derfor ikke et prejudikat på en formalitstisk tilnærning til marginiskvissaker. Rettstilstanden Domstolen gir uttrykk for i *Deutsche Telekom* er fulgt opp i *TeliaSonera*.¹¹⁷

2.5.3 Formbasert tilnærning sett med kritiske øyne

Som diskutert i pkt. 2.4.2, har den formbaserte tilnærmingen vært en tydelig trend i EU-rettspraksis i mange år (*AKZO*-avgjørelsen ble gitt i 1986, og *Tomra* i 2011). Tilnærmingen hviler i grunn heller ikke på et svakt grunnlag. Begrunnelsen for en formbasert tilnærning ligger i hensynet til beskyttelse av effektiv konkurranse.¹¹⁸ Atferd hvis objektive formål er å styrke et dominerende foretaks dominerende posisjon sanksjoneres absolutt for mest mulig effektivt å beskytte en effektiv konkurransestruktur. Der en effektiv konkurransestruktur ikke er truet, skal atferden heller ikke sanksjoneres. Tanken er den samme som i konkurranseloven § 1 – gjennom en effektiv konkurransestruktur, sikres en effektiv disponering av samfunnets kollektive ressurser. Dominerende foretak kan etter en slik lære ikke forsvare seg med et faktisk hendelsesforløp som ikke stemmer overens med atferdens objektive formål. Formulert på en annen måte – man skal ikke simpelthen kunne slippe unna dersom den ekskluderende prisstrategien ikke lykkes i å ekskludere konkurrenten.

Dette er tett opp mot det som i amerikansk juridisk teori kalles en «*irrebuttable presumption*» (ugjendrivbar antakelse), hvor man antar at en gitt konklusjon, hvis faktum er ukjent, er sann,

¹¹⁵ Ibid., avsnitt 180.

¹¹⁶ Sak C-280/08 P *Deutsche Telekom* avsnitt 250.

¹¹⁷ Sak C-52/09 «*TeliaSonera mot Konkurrensverket*»

¹¹⁸ Slik også Lovdahl-Gormsen, Liza, «*Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?*», *World Competition*, 36, no. 2 (2013) sider 223-246, på sider 231 til 233.

på bakgrunn av et allerede konstatert, sant faktum.¹¹⁹ Ved at det sanne, konstaterte basisfaktumet A gir grunnlag for konklusjon av det hypotetiske faktumet B, aksepteres det hypotetiske faktumet B som sant. Da blir det umulig å forsvare seg, selv om det skulle vise seg at det hypotetiske faktumet B i realiteten er det faktiske faktumet C. Den eneste måten å forsvare seg på i et slikt tilfelle, vil være å føre bevis for at basisfaktumet A i realiteten er et annet. Satt i kontekst av artikkel 102, gir basisfaktumet rovprising (etter *AKZO*-testen) grunnlag for å konkludere det hypotetiske faktumet skade på effektiv konkurransestruktur, og det siste «aksepteres» som sant. Selv om det da senere skulle vise seg at *resultatet* ikke faktisk ble skade på en effektiv konkurransestruktur, vil det dominerende foretaket likevel være henvist til å føre bevis for at det ikke hadde funnet sted en rovprisingsstrategi for å unngå å havne i ansvar.¹²⁰

Proponenter av en formbasert tilnærming til misbrukssaker vil hevde at en slik tilnærming er effektiv, fordi den kun skal ivereta en *effektiv* konkurransestruktur. Et viktig poeng i forlengelsen av dette prinsippet er at ekskludering av *ineffektive* konkurrenter i prinsippet ikke skader en effektiv konkurransestruktur.¹²¹ Dette vil kun endre en struktur som allerede var effektiv, idet den aktuelle konkurrenten per definisjon var ineffektiv, og således ikke bidro til effektiv konkurranse i utgangspunktet. Slik hindrer en i prinsippet at en konstruerer falske positiver.

En formbasert tilnærming bidrar også i en utstrekning til forutberegnelighet. Atferd som har som sitt objektive formål å ekskludere konkurrenter, er enkelt å identifisere. Når reglene er tydelige og rigide, er de i det minste enkle for dominerende aktører å forholde seg til. En formbasert måte å vurdere atferd som kan utgjøre et misbruk på er også egnet til å lette håndhevelsesorganenes arbeidsbyrde. Ved at atferd kan vurderes etter fastsatte kriterier og tester, slipper konkurransehåndhevelsesmyndigheter å foreta en individuell (og ofte meget komplisert) hypotetisk virkningsanalyse som en virkningsbasert tilnærming legger opp til.¹²²

¹¹⁹ Jf. Lovdagl-Gormsen Op.Cit. (2013) på side 230, jf. også «*The irrebuttable Presumption Doctrine in the Supreme Court*», Harvard Law Review, May 1974, Vol. 87, No. 7, sider 1534 til 1556, på side 1534 (note 7).

¹²⁰ Jf. også C-95/04 *British Airways*, avsnitt 192.

¹²¹ Se sak C-209/10 *Post Danmark I* avsnitt 22.

¹²² Slik også Jessen Op.Cit. (2017) på side 32.

Kritikken som kan rettes mot en formbasert tilnærming til misbrukssaker er i hovedsak følgende. En formbasert tilnærming beskjeftiger seg med å fange opp atferd som etter sin art er egnet til å øve vold på en effektiv konkurransestruktur, uten at dette skal prøves nærmere. Dette medfører en iboende risiko for at det oppstilles falske positive, altså at atferd som ikke sannsynligvis ville produsert skade på den effektive konkurransestrukturen, likevel stemples som konkurransenegativ. Et eksempel på dette er at et dominerende foretak blir sanksjonert for atferd som var egnet til å ekskludere en ineffektiv konkurrent.¹²³ Det er bred enighet om at aggressiv konkurranse på legitime vilkår (effektiv konkurransestruktur) kommer forbrukermassen til gode, da dette skaper høyere kostnadseffektivitet, lavere priser og fortsatt innovasjon og produktutvikling.¹²⁴ Den klare antitesen fra dette er at dersom listen for legitim konkurranse gjennom presedens basert på en formbasert tilnærming legges for lavt, vil det komme forbrukermassen til skade, fordi konkurransen heller ikke da kan sies å være *effektiv*. Falske positive i kontekst av artikkel 102, vil altså virke direkte mot bestemmelsens grunnleggende hensikt, jf. også tittelen på Borks klassiske verk, «*The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*».¹²⁵ Paradokset oppstår dersom falske positive får presedens, hvorpå dominerende aktører tilpasser sin atferd, og derfor ikke konkurrerer så aggressivt som de tross sin dominerende stilling har anledning til. I et slikt scenario vil konkurransen i markedet heller ikke være effektiv i tråd med bestemmelsens formål.

En annen mulig kritikk er at formbaserte tilnærminger har bredest nedslagsfelt for atferdsformer som er typiske. Man har tatt seg bryet med å oppstille en økonometrisk modell for ulovlige prisstrategier (som AKZO-testen) fordi ekskluderende konkurranse på pris forekommer ofte. Også i denne sammenhengen utgjør forutberegneligheten en formbasert tilnærming advokerer et janusansikt. Dominerende foretak som kjenner til hvorledes en formbasert prøving av potensielt misbrukende markedsatferd foregår, vil klart nok kunne tilpasse sin atferd for å unngå å havne i ansvar. Dette er selvsagt i utgangspunktet positivt i tilfellet hvor det dominerende foretak opererer under terskelverdiene for eksempelvis marginskvis og rovprising. Et problem her er at en formbasert tilnærming som begrenses til allerede etablerte prøvingsmetoder, åpner døren for at dominerende foretak tilpasser sin atferd

¹²³ Se Lovdahl-Gormsen, Op.Cit. (2013) på side 230.

¹²⁴ Se Jessen, Op.Cit.,(2017), side 38 og 39.

¹²⁵ Bork, Robert, «*The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*» (1978), Basic Books, Inc. Publishers.

overfor konkurrenter på en negativ måte og innoverer nye måter å ekskludere konkurrenter på. Slike metoder behøver ikke nødvendigvis å være konkurransespositive.

Dette gir Telenorvedtakene et godt eksempel på. Det fremgår tydelig av vedtakene at Telenor våren 2009 tilpasset gjestingsprisene sine for å unngå å sette konkurrentene i sluttbrukermarkedet i en marginskvis.¹²⁶ Avtalestrukturen overfor Network Norway satte heller ikke sistnevnte i en marginskvisituasjon, idet TA2 fremdeles gav mulighet for å drive lønnsomt i sluttbrukermarkedet. Isolert sett må det kunne hevdes at en avtalestruktur som gjør driften i sluttbrukermarkedet *mindre* lønnsom bør betraktes som vanlig, legitim konkurranse, som ikke er egnet til å øve vold på en effektiv konkurransesstruktur, såkalt «*competition on the merits*», om man vil.¹²⁷ Opptreden overfor effektive konkurrenter som vanskeliggjør deres inntreden i markedet, er selvsagt sanksjonerbart under artikkel 102, dersom dette kan påvises, men det forutsetter en metodologi for å avgjøre atferdens objektive formål som strekker til, jf. misbruk som et objektive konsept etter *Hoffmann-La Roche*.¹²⁸

Det aktuelle avtaleverket byr derfor på problemer for en formbasert tilnærming. Det representerer ikke en typisk atferdsmåte innenfor den formbaserte tilnærmingen. Tilnærmingen mangler derfor allerede etablerte verktøy for å vurdere om atferden etter sin art er egnet til å øve vold på en effektiv konkurransesstruktur.

2.5.4 Virkningsbasert tilnærming

Den formbaserte tilnærmingen var lenge den foretrukne av Domstolen. Som redegjort for ovenfor, hviler læren på et akseptabelt grunnlag, med fokus på å verne om *konkurransen som institusjon* (effektiv konkurransesstruktur) for *derigjennom* å sikre forbrukervelferden.¹²⁹ Mens et forbud mot visse atferdstyper *per sé* er én ekstrem for vurdering av årsaksevne under artikkel 102, er en *absolutt konkret hypotetisk* (eventuelt *faktisk*) *virkningsanalyse* en annen.¹³⁰

For å forstå diskusjonen og debatten rundt valgt av tilnærming i misbrukssaker, er det hensiktsmessig først å rette blikket mot artikkel 101 og fusjonskontrollreguleringen i EU. På 2000-tallet gjennomgikk europeisk konkurranserett en reform, eller rettere sagt en

¹²⁶ Se Konkurranseskjennemndas vedtak 19. juni 2019, KTKN-2019-34 på avsnitt 77 og 78.

¹²⁷ Se pkt. 2.2.1.

¹²⁸ Sak 85/86 *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 91.

¹²⁹ Se sak 6/72 *Continental Can*, avsnitt 26.

¹³⁰ Se O'Donoghue & Padilla. Op.Cit. (2020), side 277.

omformulering av de bærende hensynene bak reguleringene.¹³¹ Mens praksis tidligere hadde vært preget av sterk emfase på å bevare et effektivt indre marked (det såkalte *integrasjonsformålet*), skulle konkurransen etter reformen skyve oppmerksomheten mot *virkingen* konkurransenegativ atferd har på forbrukervelferden gjennom en effektiv konkurransestruktur (*det økonomiske formålet*).¹³²

En virkningsbasert tilnærming innebærer at vurderingen av et dominerende foretaks konkurransepraksis tar utgangspunkt i atferdens sannsynlige eller faktiske virkninger i stedet for dens art, og har i lengre tid vært anbefalt av økonomer.¹³³ Der en formbasert tilnærming har sine svakheter, har en virkningsbasert tilnærming sine styrker. En tilnærming som konkret tilpasser vurderingen etter atferdens sannsynlige eller faktiske virkninger vil gjøre det vanskeligere for dominerende foretak å omgå artikkel 102 ved å tilpasse sin praksis slik at den vanskeligere oppfattes av en formbasert prøving.¹³⁴ En konkurransepraksis kan vitterlig være skadelig for konkurransen, selv om dens *objektive formål* ikke er å begrense konkurransen eller den ikke passer inn i parameterne etter en objektiv tilnærming. I tillegg er en konkret, virkningsbasert tilnærming egnet til å redusere risikoen for falske negative og positive. En slik tilnærming er med andre ord egnet til å oppnå høyere presisjon. En virkningsbasert tilnærming tar høyde for at én og samme konkurransepraksis kan ha en konkurransenegativ virkning i ett scenario, og en konkurransepositivt en i et annet. Dette er nok den største forskjellen fra et forbud av atferd per *form*, hvor konkurransenegativt hendelsesforløp presumeres uavhengig av hvilket faktisk scenario som har inntruffet, eller som er sannsynlig.

2.5.5 Veiledningen

En modernisering kom også på trappene for artikkel 102, ved Kommisjonens Veiledning i 2009. Selv om det ikke er gitt at kommisjonens egne erklæringer rundt egen håndhevelsesaktivitet er bindende for domstolene, har man sett en tydelig utvikling både for

¹³¹ Jf. Veiledningen (2004), «*Guidelines on Vertical Restraints*», Kommisjonskommunikasjon av 27 april 2004, OJ 2004/C 101/08 og Rådets direktiv nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om kontroll med konsentrasjon av foretak (fusjonskontrollreguleringen). Slik også Jessen Op.Cit. (2017) på side 4 og 5.

¹³² Jf. Jessen Op.cit. (2017) side 23 til 25.

¹³³ Se generelt: Rapport av Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) «*An economic approach to Article 82*», juli 2005.

¹³⁴ Se Jessen Op.Cit. (2017), side 69 og 70.

artikkel 101 og fusjonsreguleringen.¹³⁵ Man skulle derfor tenke seg at praksis relevant til denne bestemmelsen skulle reflektere utviklingen sett for artikkel 101 og fusjonskontrollreguleringen, jf. ovenfor.¹³⁶ Veiledningen la tydelig til rette for en modernisering av hvordan bestemmelsen skulle tilnærmes teleologisk sett, på samme måte som dokumentene relevant til artikkel 101 og fusjonskontrollreguleringen:

«[t]he aim of the Commission's enforcement activity in relation to exclusionary conduct is to ensure that dominant undertakings do not impair effective competition by foreclosing their competitors in an anti-competitive way, thus having an adverse impact on consumer welfare, whether in the form of higher price levels than would have otherwise prevailed or in some other form such as limiting quality or reducing consumer choice. In this document the term 'anti-competitive foreclosure' is used to describe a situation where effective access of actual or potential competitors to supplies or markets is hampered or eliminated as a result of the conduct of the dominant undertaking whereby the dominant undertaking is likely to be in a position to profitably increase prices to the detriment of consumers. The identification of likely consumer harm can rely on qualitative and, where possible and appropriate, quantitative evidence. The Commission will address such anti-competitive foreclosure either at the intermediate level or at the level of final consumers, or at both levels»¹³⁷

Også Veiledningen representerer en tydelig modernisering sammenlignet med en tilnærming basert på form. Selv om utdraget ovenfor er klar på at den effektive konkurransestrukturen fremdeles er av vesentlig betydning, flyttes samtidig en stor del av fokuset over på *hvordan skade på en effektiv struktur skader forbrukervelferden*. I stedet for å betrakte kun hvordan effektiv konkurransestruktur ser ut isolert sett, skal man etter Veiledningen betrakte hvordan det faktiske *markedet* ser ut *som følge av* en konkurransestruktur som er henholdsvis enten effektiv eller ineffektiv.

Likevel har man ikke sett den samme utviklingen i en mer konkret forbrukerorientert (og kanskje virkningsbasert) tilnærming som Veiledningen legger opp til, i alle fall ikke

¹³⁵ Jf. Jessen, Op.Cit (2017) side 65

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Veiledningen, avsnitt 19.

sammenlignet med især artikkel 101.¹³⁸ Begrunnelsen for dette er delt. For det første har den akademiske interessen for artikkel 102 lenge vært lav, hvilket har ført til at Domstolen kun ved få anledninger har hatt muligheten til å tilpasse sin praksis.¹³⁹ Når praksisen i etterkant av Veiledningen attpåtil har vært tilsynelatende motstridende, jf. forholdet mellom henholdsvis *Post Danmark I*- og *Tomra*-avgjørelsene (se pkt. 2.5.6 og 2.5.7 nedenfor), blir selvsagt en fullverdig reform ytterligere vanskeliggjort.¹⁴⁰ Reformen ble for første gang lansert i 2005, ved Generaldirektoratet for konkurranses «*discussion paper*»,¹⁴¹ og mellom denne publiseringen og skrivende stund har Domstolen behandlet kun 46 artikkel 102-saker, altså i snitt kun mellom to og tre saker i året.¹⁴²

I forlengelsen av dette poenget oppstår den andre delen av begrunnelsen for Veiledningens tilsynelatende manglende gjennomslag. Veiledningen er selv tydelig på at den ikke tar sikte på å binde verken domstolen eller andre:

«This document is not intended to constitute a statement of the law and is without prejudice to the interpretation of Article 82 by the Court of Justice or the Court of First Instance of the European Communities»¹⁴³

Veiledningen staker i grunn kun ut kursen for *Kommisjonens egne vedkommende*, idet en bindende instruks fra Kommisjonen til Domstolen ville brutt med den grunnleggende makt- og ansvarsfordelingen i TEU artikkel 13.¹⁴⁴ Veiledningen er altså etter dette å betrakte som en form for *soft law*. For at den i det hele tatt skal noen som helst form for normerende effekt, er den grunnleggende avhengig av at også Domstolen gjennom sin praksis viser seg enig i håndehevelseprioriteringene Kommisjonen legger frem.

Tomra-avgjørelsen som på tross av å være avsagt etter publiseringen av Veiledningen (og *Post Danmark I*) taler nokså sterkt for en formbasert tilnærming, kan muligens forstås i dette

¹³⁸ Se Rousseva, «*Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*», Hart (2010), side 1

¹³⁹ Jf. Jessen. Op.Cit. (2017), side 4

¹⁴⁰ Denne motstriden er, som fremstillingen redegjør for i de nevnte punktene, nettopp tilsynelatende.

¹⁴¹ Generaldirektoratet for Konkurranses, «*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*»

¹⁴² Jf. Domstolens offisielle database @ curia.europa.eu, søk foretatt 16. april 2021.

¹⁴³ Veiledningen, avsnitt 3.

¹⁴⁴ Se *Consolidated version of the Treaty on European Union*, artikkel 13.

lyset. Kommisjonen råder i prinsippet kun over sine egne prioriteringer hva gjelder håndhevelse av artikkel 102. Domstolen står tilsvarende fritt til å råde over sine egne, uavhengig av dokumenter som Veiledningen.

En annen mulig begrunnelse for at reformen Veiledningen gir uttrykk for ikke har slått ut i full blomst er den lange tiden som ofte går mellom handlingstidspunktet og avgjørelsetidspunktet i misbrukssaker. *Tomra*-avgjørelsen er avsagt i 2012, to år etter publiseringen av veiledningen, men omhandler likevel en atferd som fant sted så tidlig som i 2001. Det er vanskelig å konkludere på bakgrunn av praksisen utover at domstolen legger til grunn en formbasert tilnærming. Det kan likevel tenkes at Domstolen vegrer seg for å anvende Veiledningen med tilbakevirkende kraft, og derfor velger en tradisjonalistisk tilnærming på tross av den forsøkte reformen. Tilsvarende kan det tenkes at den simpelthen er uenig i kursen presentert i Veiledningen og bevisst velger å fravike den, i tråd med sin sådanne kompetanse. Praksisen gir på dette punktet ikke grunnlag for annet enn nokså spekulative drøftelser, og kan ikke i seg selv gi klart grunnlag for en konklusjon.

2.5.6 Post Danmark I

Post Danmark I er det første eksempelet fra EU-rettspraksis hvor Domstolen benytter en virkningsbasert tilnærming.

Saken gjaldt Post Danmark A/S' prisstrategi i det danske markedet for uadressert post, dvs. brosjyrer, telefonkataloger, gratis lokalaviser o.l.¹⁴⁵ Mens Post Danmark drev både i dette markedet og markedet for *adressert* post som monopolist, drev også foretaket Forbrugerkontakt A/S i markedet for uadressert post i konkurranse med Post Danmark.¹⁴⁶ En rekke konserner i det danske dagligvaremarkedet, navnlig SuperBest, Spar Group og Coop Group, hadde frem til 2004 distribuert sin uadresserte reklame gjennom Forbruger-Kontakt, inntil de da gikk i forhandlinger med begge parter for en ny kontraktsperiode. Post Danmarks tilbud var marginalt lavere enn Forbruger-Kontakts, og dagligvareforetakene sluttet kontrakt med førstnevnte, hvorpå Forbruger-Kontakt klagde til det danske Konkurrencerådet.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Se sak C-209/10 *Post Danmark I* avsnitt 2.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid., avsnitt 6 og 7.

Prisene Post Danmark hadde tilbudt til Coop Group var lavere enn gjennomsnittlig total kostnad (GTK) og høyere enn gjennomsnittlig inkrementell kostnad (GIK). Til dette uttaler Domstolen:

«[...] Article 82 EC must be interpreted as meaning that a policy by which a dominant undertaking charges low prices to certain major customers of a competitor may not be considered to amount to an exclusionary abuse merely because the price that undertaking charges one of those customers is lower than the average total costs attributed to the activity concerned, but higher than the average incremental costs pertaining to that activity. [...] In order to assess the existence of anti-competitive effects in circumstances as such as those in that case, it is necessary to consider whether that pricing policy, without objective justification, produces an actual or likely exclusionary effect, to the detriment of competition and, thereby, of consumers' interests» (mine understrekinger).¹⁴⁸

Som Domstolen viser avslutningsvis i dommen i det siterte, tar den avstand fra å trekke slutninger basert på atferdens karakteristikk og form, og tar til orde for at i hvert fall et slikt spesifikt tilfelle, skal vurderes etter en virkningsbasert tilnærming.

Når Domstolen først tar standpunktet at utgangspunktet i saken er en virkningsbasert tilnærming, oppstår umiddelbart spørsmålet om avgjørelsens rekkevidde. Kan *Post Danmark I* sies å være et generelt prejudikat for en virkningsbasert tilnærming til artikkel 102? For dette spørsmålet spiller en rekke faktorer inn.

For det første må dommen leses med tidligere praksis for øyet. Praksis forut for *Post Danmark I* har nokså konsekvent favorisert en formbasert tilnærming til misbrukssaker, både for ekskluderende prispraksis (som i *Post Danmark I*) og andre typer atferd, som bl.a. lojalitetsrabatter.¹⁴⁹ Denne informasjonen må også sammenholdes med det faktum at Domstolen ikke under noen omstendighet er bundet at Veiledningen.

For det andre må drøftelsen av spørsmålet om rekkevidde ta for seg sakens spesielle omstendigheter. Sakens rettslige spørsmål bygger på prising under GTK men over GIK. Dette gjør at saken også skiller seg fra faktum i *AKZO*-avgjørelsen, som gjaldt prising under GTK,

¹⁴⁸ Ibid., avsnitt 44.

¹⁴⁹ Se henholdsvis sak C-62/86 *AKZO* og sak C-95/04 *British Airways*.

men over GVK (gjennomsnittlig variabel kost).¹⁵⁰ *Post Danmark I* kan derfor ikke slå fullstendig beina under *AKZO*-testen, som manifesterer en formbasert tilnærming, heller. Domstolen er selv tydelig på at den virkningsbaserte tilnærmingen den foreslår gjelder for tilfellet hvor prisstrategien er pris under GTK og over GIK, jf. formuleringen «*in circumstances such as in that case*».

For det tredje må *Post Danmark I* leses i sammenheng med *Tomra*-avgjørelsen, avsagt bare noen uker senere, hvor Domstolen igjen favoriserer en formbasert tilnærming.¹⁵¹

Konklusjonen når det gjelder rekkevidden av den virkningsbaserte tilnærmingen i etterkant av *Post Danmark I* må derfor være at den er begrenset. Det er vanskelig å si klart hvorvidt den skal betraktes som en generell oppfordring til en virkningsbasert tilnærming i saker som gjelder ekskluderende prisstrategier. Det var i saken ikke var snakk om subjektiv intensjon om å ekskludere konkurrenten, hvilket er et vilkår etter *AKZO*-testen. Avgjørelsen selv går også langt i å begrense sin egen rekkevidde. På bakgrunn av disse betraktningene, må den virkningsbaserte tilnærmingen i alle fall etter *Post Danmark I* konstateres å være begrenset til tilfellet hvor det gjelder prising under GTK, men over GIK.

2.5.7 *Tomra*

Tomra-avgjørelsen kan ved første øyekast fremstå som et nokså tydelig steg tilbake når det gjelder implementering av en virkningsbasert tilnærming på en mer generell basis. Saken gjaldt retroaktive eksklusivitetsrabatter. På tross av Veiledningen og presedensen skapt av *Post Danmark I*, jf. over, pkt 2.4.4.1 nøyet Domstolen seg med å legge til grunn en formbasert tilnærming:

*«As regards the present case, it is clear from paragraph 213 of the judgment under appeal that a rebate system must be regarded as infringing article 102 if it tends to prevent customers of the dominant firm from obtaining their supplies from competing producers»*¹⁵²

¹⁵⁰ Se sak C-62/86 *AKZO*, avsnitt 71 og 72.

¹⁵¹ Se sak C-549/10 P *Tomra* avsnitt 79.

¹⁵² *Ibid.*, avsnitt 72.

Tomra-avgjørelsen blir imidlertid mindre kontroversiell når den ikke stilles opp mot *Post Danmark I* kun på basis av resultat og valg av tilnærming. Dette er uansett en lite nyansert måte å betrakte relasjonen mellom de to avgjørelsene på. Der *Post Danmark I* til dels behandler en ny form for atferd under artikkel 102 (rovprising mellom GTK og GIK), vedrører *Tomra* eksklusivitetsrabatter. Det kan derfor argumenteres for at Domstolen i *Tomra*-saken ikke hadde fullt like frie tøyler med hensyn til tidligere praksis som den hadde i *Post Danmark I*, særlig hensett til tidligere rabattsaker som *Hoffmann-La Roche* og *British Airways*.¹⁵³ Poenget med *Post Danmark I* var tross alt nettopp at det ikke eksisterte en formbasert parameter for å konkludere at prising i intervallet mellom GIK og GTK uten intensjon om å ekskludere konkurrenten etter sin art var iboende konkurransenegativ.

Selv om det kan argumenteres for at en virkningsbasert tilnærming vil kunne være effektivt også for rabattsaker isolert sett (se f.eks. *Intel*-avgjørelsen), er det enklere å forstå Domstolens tilnærming i *Tomra*-avgjørelsen i lys av det ovennevnte.

2.5.8 Intel

Intel-avgjørelsen gjelder, som *Tomra*, eksklusivitetsrabatter. Den er for øvrig også første eksempel på at såkalte «*naked restrictions*,» som innebærer at lanseringen av et konkurrerende produkt blir utsatt mot betaling, blir subsumert under artikkel 102.¹⁵⁴

Intel-avgjørelsen er særlig interessant idet Domstolen avviser Kommisjonens og Underrettens anvendelse av en formbasert tilnærming for eksklusivitets- og lojalitetsrabatter, som i og for seg var i tråd med tidligere Domstolspraksis.¹⁵⁵ *Intel*-avgjørelsen markerer derfor et langt tydeligere brudd med tidligere praksis enn hva som er tilfellet for *Post Danmark I*.¹⁵⁶

Intel anførte gjennomgående at det ikke i tilstrekkelig grad kunne bevises årsakssammenheng mellom den aktuelle atferden og en konkret skade på konkurransen.¹⁵⁷ Kommisjonen la til grunn, i tråd med tidligere praksis (se *Tomra*) at det ikke var et vilkår for misbruk å demonstrere skade på konkurransesstruktur, så lenge atferden etter sin art var egnet til å

¹⁵³ Se saker 85/76 *Hoffmann-La Roche* og C-95/04 *British Airways*.

¹⁵⁴ Se Jessen, Op.Cit., (2015), side 12.

¹⁵⁵ Se sak C-413/14 P *Intel*, avsnitt 140 til 147.

¹⁵⁶ Se sak C-209/10 *Post Danmark I*

¹⁵⁷ Se sak C-413/14 P *Intel mot Kommisjonen*, avsnitt 72.

fremkalle et slikt scenario. Kommisjonen foretok likevel en «*as efficient competitor*»- eller «like effektiv konkurrent»-test (LEK-test), i tråd med Veiledningen.¹⁵⁸ Underretten la i ankesaken til grunn at en slik økonomisk analyse var overflødig, og adresserte heller ikke Intels kritikker av Kommisjonens like effektiv konkurrent-analyse.¹⁵⁹

Domstolen la derimot i ankesaken til grunn at dersom et dominerende foretak tilbyr bevis for at dets atferd ikke kunne ekskludere konkurrenten og således ha en negativ innvirkning på konkurransen, er vedtaksorganet eller den kompetente tribunal pålagt å vurdere dette. Selv om Kommisjonen foretok en virkningsorientert analyse (ved en like effektiv konkurrent-test), hadde ikke Underretten vurdert Intels anførsler om at Kommisjonens analyse beheftet mangler:

«In this case, while the Commission emphasised, in the decision at issue, that the rebates at issue were by their very nature capable of restricting competition such that an analysis of all the circumstances of the case and, in particular, an AEC test were not necessary in order to find an abuse of a dominant position (see, inter alia, paragraphs 925 and 1760 of that decision), it nevertheless carried out an in-depth examination of those circumstances, setting out, in paragraphs 1002 to 1576 of that decision, a very detailed analysis of the AEC test, which led it to conclude, in paragraphs 1574 and 1575 of that decision, that an as efficient competitor would have had to offer prices which would not have been viable and that, accordingly, the rebate scheme at issue was capable of having foreclosure effects on such a competitor.

It follows that, in the decision at issue, the AEC test played an important role in the Commission's assessment of whether the rebate scheme at issue was capable of having foreclosure effects on as efficient competitors.

*In those circumstances, the General Court was required to examine all of Intel's arguments concerning that test».*¹⁶⁰

Det en derfor kan slutte fra *Intel*-avgjørelsen er at Domstolen, i alle fall hva angår rabattsaker, må demonstrere konkrete negative virkninger på konkurransen som følge av den

¹⁵⁸ Se Kommisjonsvedtak COMP/C-3 /37.990 – Intel, 13. mai 2009, avsnitt 1281

¹⁵⁹ Se sak C-413/14 P «*Intel mot Kommisjonen*», avsnitt 119.

¹⁶⁰ Se sak 413/14 P *Intel*, avsnitt 142 til 144.

aktuelle atferden, dersom det dominerende foretaket tilbyr bevis for at atferden ikke var egnet til å ha slik virkning. Dette er å gå langt i retning av å etablere en virkningsbasert tilnærming som et utgangspunkt heller enn et unntak i tilfeller hvor et forbud etter form eller karakteristikk ikke allerede er etablert i praksis (som i *Post Danmark I*).

2.5.9 Den nåværende situasjonen

Spørsmålet er, etter utviklingen i Domstolspraksis fra Veiledningen til *Intel*, hvor håndhevelsen av forbudet mot misbruket av dominans står i dag. Drøftelsen ovenfor reiser spørsmål både knyttet til hvilken tilnærming som i dag skal legges til grunn, og til hvilken betydning, hvis noen, dette har for tolkningen av Domstolens begrepsbruk.

Svaret på hvilken rolle konkurransebremsende *virknings* har i vurderingen etter artikkel 102, beror i stor grad på den generelle rekkevidden av *Intel*-avgjørelsen. En rekke forhold er egnet til å gi et inntrykk av avgjørelsens rekkevidde. Et viktig poeng i denne sammenheng, går frem av Domstolens argumentasjon i *MEO*.¹⁶¹ Interessen i denne dommen ligger først og fremst i Domstolens referanse virkningstilnærmingen lagt til grunn i *Intel* til tross for at saken ikke gjaldt rabatter eller «*naked restraints*», men potensielt utilbørlig diskriminering. MEO, et foretak i det portugisiske TV- og underholdningsmarkedet, hadde klaget inn GDA (*Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes*), en paraplyorganisasjon for artistmanagement-bransjen, inn for den portugisiske konkurransemyndigheten.¹⁶² MEOs klage gikk ut på at GDA hadde diskriminert et foretak som MEO var forretningsmessig engasjert med.¹⁶³ Domstolen henviser blant annet til at diskrimineringen i et nedstrøms marked må vurderes blant annet ut fra om det foreligger en strategi for å ekskludere foretak som er minst like effektive som MEOs partner.¹⁶⁴ Dommen er en viktig oppfølging etter *Intel*, idet den sammen med *Intel* og den snevrere *Post Danmark I*, gir et nokså konsekvent uttrykk for en generell anvendelse av en (mer) virkningsbasert tilnærming.

¹⁶¹ Se sak C-525/16 *MEO*

¹⁶² *Ibid.*, avsnitt 3.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*, avsnitt 31.

Et annet poeng fremgår av relasjonen mellom *Intel* og *Tomra* (og *Post Danmark I*). I førstnevnte setter Domstolen bevisst regelen *Tomra* gir uttrykk for til side, til fordel for en virkningsbasert tilnærming. Det kan hevdes at Domstolen i *Intel* foretrekker argumentasjonsmønsteret favorisert i *Post Danmark I* til tross for at faktum i *Tomra* er langt mer parallelt med *Intel*-tilfellet enn *Post Danmark*, som gjaldt en helt annen form for misbruk, navnlig rovprising. Dette perspektivet er imidlertid grovt forenklet, idet motstriden mellom *Post Danmark I* og *Tomra* kun er tilsynelatende, hvilket drøftelsen i pkt. 2.5.6 er egnet til å illustrere. *Post Danmark* må, som redegjort for over (pkt. 2.5.6 avslutningsvis) forstås i lys av sakens faktum, og derfor slik at dens rekkevidde er begrenset til det spesielle faktiske tilfellet den gjelder (prising under GTK men over GIK, uten intensjon om å begrense konkurransen).

Det nevnte tyder uansett langt del på vei hen til at Domstolen, vel å merke i storkammer, tar avstand fra reglen *Tomra* er uttrykk for, om at rabatter er gjenstand for et objektivt forbud, hvor bevisbyrden for objektiv rettferdiggjøring hvilte hos det dominerende foretaket.

Samlet sett gjør dette at *Intel*-avgjørelsen, sett i sammenheng med øvrig praksis må ses på som en *tydelig* kursendring i EU-retten, i retning av å vurdere potensielt utilbørlig atferd etter sine virkninger, heller enn sin form.¹⁶⁵ Begrunnelsen for at det er *Intel* som må anses som landemerkeavgjørelsen og ikke *Post Danmark I*, ligger nettopp i at den i motsetning til sistnevnte går på tvers av tidligere praksis (*Tomra*). Forestillingen om at *Post Danmark I* i noen grad er særlig nyskapende er grovt forenklet, idet det for det tilfellet ikke eksisterte en standardisert test for å ta stilling til atferdens egnethet. I slike tilfeller, hvor det ikke finnes standardiserte utgangspunkter, er det åpenbart at en må ta en bredere virkningsbasert tilnærming til spørsmålet om årsaksevne.

2.5.9.1 Valg av tilnærming som mulig skranke for terminologisk forskjell

Spørsmålet som reises i lys av utviklingen i EU-rettspraksis, har sammenheng med fremstillingens tidligere tema, og drøftelsen om begrepene tjener en forskjellig kvalitativ terskel for misbruk, eller om skillet er ubetydelig.

En mulig hypotese er følgende. Vurdering av misbruk etter *virkning* hviler på et grunnleggende hensyn om at effektiv konkurranse og forbrukervelferd maksimeres dersom

¹⁶⁵ Slik også O'Donaghue & Padilla, Op.Cit. (2020), side 114 og 115.

summen falske positive minimeres.¹⁶⁶ Dette tilsier nokså klart at en virkningsorientert metode *i det minste* krever at den aktuelle konkurransebegrensende virkningen er nettopp en sannsynlig følge av den aktuelle atferden. En annen årsaksterskel ville ikke være særlig godt egnet til å ivareta hensynene som begrunner en virkningsbasert tilnærming. Det vil derfor ikke være en urimelig antakelse å hevde at Domstolens referanser til f.eks. «*likely exclusionary effect*» eller lignende formuleringer, henviser til en vurdering av atferden etter dens sannsynlige faktiske eller potensielle virkninger. Idet terskelen for å etablere et misbruk er lempeligere for konstatering av misbruk á atferdens *form*, kan en slik tilnærming synes å ligge nærmere en semantisk forståelse av formuleringen «*capable of*». Avhandlingen vil i det følgende utforske denne tesen.

Marginsskvisakene *Deutsche Telekom* og *TeliaSonera* anvender begge som vilkår for å etablere misbruk at foretak som er minst like effektive som det dominerende foretaket i en utstrekning ekskluderes fra markedet, eller at dette er sannsynlig.¹⁶⁷ Under denne vurderingen, oppstilles vurderingsmomentet om «*whether the effect of TeliaSonera's pricing practice was likely to hinder the ability of competitors at least as efficient as itself to trade on the retail market for broadband connections to end users*».¹⁶⁸

En isolert språklig forståelse er konklusjonen klar: ordlyden *likely* sikter til en terskel lik den norske varianten «alminnelig sannsynlighetsovervekt». Det må være *mer sannsynlig* at atferden vil vanskeliggjøre drift i sluttbrukermarkedet for en like effektiv konkurrent, enn at den *ikke vil det*.¹⁶⁹

Grunnen til dette er at det for marginsskviser som er *positive* legges til grunn en virkningsbasert test med en konkret tilnærming:

«*If, on the other hand, such a margin remains positive, it must then be demonstrated that the application of that pricing practice was, by reason, for example, of reduced*

¹⁶⁶ Se Lovdahl-Gormsen, Op.Cit., (2013) side 231 og 232..

¹⁶⁷ Se saker C-280/08 P *Deutsche Telekom*, avsnitt 183; C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 31.

¹⁶⁸ Se sak C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 63.

¹⁶⁹ Se til sammenligning Rt. 1992 side 65, *P-pille I* på side 71.

profitability, likely to have the consequence that it would be at least more difficult for the operators concerned to trade on the market concerned.»¹⁷⁰

Som redegjort for ovenfor, hviler en virkningsbasert tilnærming på en grunnforutsetning om å minimere antallet falske positive. Et annet sannsynlighetskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt ville derfor brutt med hele forutsetningen for i det hele tatt å anvende en slik test.¹⁷¹

I så måte byr *TeliaSonera* på en utfordring. Domstolen uttaler at dersom marginskvisen sannsynligvis vil ekskludere like effektive konkurrenter, er den «kapabel» til å utgjøre et misbruk etter artikkel 102.¹⁷² Mangelen på konsekvens i begrepsbruken kan tilsi én av to ting: Enten anser Domstolen i denne saken termene for å ha et tilsvarende innhold, eller så hentyder den et objektivt forbud mot marginskviser som sannsynligvis vil ekskludere konkurrenter som er minst like effektive som det dominerende foretaket.

Formodningen for at en marginskvis som sannsynligvis vil ekskludere like effektive konkurrenter som det dominerende foretaket nærmest automatisk vil medføre brudd på artikkel, er, og bør være, sterk. En slik atferd fra et dominerende foretak medfører høy risiko for at det konkurrerende foretaket skyves bort fra markedet, og at det dominerende foretaket ytterligere får styrket sin posisjon. Dette vil føre til et redusert utvalg for forbrukere, hvilket er selve resultatet en virkningsbasert tilnærming skal forhindre.¹⁷³ Dette taler isolert sett for at det er sistnevnte konklusjon som er den riktige, men konklusjonen er noe spekulativ, og problemstillingen er avhengig av en ytterligere analyse av rettspraksis.

Også for dette spørsmålet er forholdet mellom *Tomra* og *Post Danmark I* egnet til å belyse problemstillingen. I førstnevnte dom konkluderer Domstolen med at Underretten hadde anvendt gjeldende rett korrekt da den slo fast at det for rabatter som saken gjaldt var *tilstrekkelig* å demonstrere at atferden «*tends to restrict competition or that the conduct is capable of having that effect*».¹⁷⁴ Domstolen la videre til grunn at «*it is therefore unnecessary to undertake an analyse [sic] of the actual effects of the rebates on competition given that, for*

¹⁷⁰ Se sak C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 74.

¹⁷¹ Se ovenfor, pkt. 2.5.4.

¹⁷² Se sak C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 31.

¹⁷³ Se Veiledningen, avsnitt 19.

¹⁷⁴ Se sak C-549/10 P *Tomra*, avsnitt 68.

the purposes of establishing an infringement of Article 102 TFEU, it is sufficient to demonstrate that the conduct at issue is capable of having an effect on competition». Det ble ikke lagt til grunn en virkningsbasert test som for eksempel «like effektiv konkurrent»-testen, og avgjørelsen er derfor et klart eksempel på atferd som forbys etter sin art, derav terskelen «capable».

Også denne avgjørelsen skulle trekke i retning av at distinksjonen «capable» versus «likely» representerer to forskjellige kvalitative terskler for sannsynlighet, forankret i henholdsvis en formbasert og virkningsbasert tilnærming.

2.5.9.2 Post Danmark I og II

Post Danmark I, legger klart opp til en virkningsbasert vurdering, hvoretter «*it is necessary to consider whether that pricing policy [...] produces an actual or likely exclusionary effect*».¹⁷⁵ Denne avgjørelsen indikerer en forbindelse mellom en virkningsbasert tilnærming og begrepet «*likely exclusionary effect*». Den gir likevel klart ikke i seg selv grunnlag for å hevde at en slik forbindelse er uttrykk for et generelt utgangspunkt. Fremstillingen har tidligere presisert avgjørelsens begrensede materielle rekkevidde, og det er ikke grunn til å tillegge språkbruken i saken noe videre anvendelsesområde.

Det som imidlertid skaper et problem for en hypotese om et ikke-omforent meningsinnhold i de to begrepene er *Post Danmark II*.¹⁷⁶

Domstolen innleder resonnementet i saken med å slå fast utgangspunktet: «*[...]in order to determine whether a dominant undertaking has abused its position by operating a rebate scheme, it is necessary, inter alia, to examine whether that rebate tends to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, [...]*».¹⁷⁷

Domstolen går så videre til å slå fast at «*only dominant undertakings whose conduct is likely to have an anti-competitive effect fall within the scope of Article 82 EC*», før den igjen lanserer vurderingstemaet om «*whether a rebate scheme is capable of restricting*

¹⁷⁵ Se sak C-209/10 *Post Danmark I*, avsnitt 44

¹⁷⁶ Sak C-23/14 *Post Danmark II*.

¹⁷⁷ *Ibid.*, avsnitt 64.

competition» (uthevet her).¹⁷⁸ Domstolen utdyper dette vurderingstemaet ytterligere, og slår fast at vurderingen «*seeks to determine whether the conduct of the dominant undertaking produces an actual or likely exclusionary effect [...]*».¹⁷⁹

Post Danmark II er med andre ord en salig blanding av de fleste begrepene som har blitt lansert for å sette ord på krevet til årsaksevne. Spørsmålet som melder seg da er hvordan dette skal forstås opp mot hvilken terskel som eventuelt gjelder.

Det råder forskjellige oppfatninger i den juridiske teorien om hvorledes distinksjonen mellom de forskjellige begrepene, og særlig forholdet mellom *Post Danmark*-avgjørelsene er å forstå. O'Donaghue & Padilla slår fast at «*'capable' (or 'tends') is synonymous with 'likely'*», særlig på bakgrunn av de nevnte uttalelsene i henholdsvis *Post Danmark I* og *II*. De skriver, nokså kortfattet, at kapabilitet og sannsynlighet i relasjon til artikkel 102 er én og samme størrelse og begrunner dette standpunktet i *Post Danmark*-avgjørelsene, uten at det går klart frem hva det er i disse avgjørelsene som gir opphav til konklusjonen.¹⁸⁰ Colomo argumenterer på sin side for at begrepene representerer ulike kvalitative terskler, uten hensyntagen til de forskjellige tilnærmingene.¹⁸¹

Det fremstår imidlertid som klart mest nærliggende å forstå *Post Danmark II* slik at Domstolen i saken anvender begrepene synonymt. Når avsnitt 64 til 69 leses i sammenheng, vil en konklusjon om at Domstolen benytter forskjellige terskler innad i samme resonnement, være anstrengt. Dette skyldes først og fremst det faktum at domstolen i avsnitt 64 definerer det overordnede vurderingstemaet om «*the likelihood of an anti-competitive effect*», og at dette vurderingstemaet beror på hvorvidt atferden «*tends to remove or restrict the buyers freedom [...]*».¹⁸² Når Domstolen så slår fast i avsnitt 67 at kun atferd som er «*likely to have an anticompetitive [sic] effect*» omfattes av artikkel 102, må det da være denne «likelihood»-terskelen det refereres til, altså hvorvidt atferden «*tends to restrict buyers choice*», og ikke nødvendigvis den semantiske betydningen av ordet «*likely*».¹⁸³ Vurderingstemaet er altså ikke

¹⁷⁸ Ibid., avsnitt 67 og 68.

¹⁷⁹ Ibid., avsnitt 69.

¹⁸⁰ Se O'Donaghue & Padilla, Op.Cit. (2020), side 324 og 325.

¹⁸¹ Se Colomo, «*Capability and likelihood of anticompetitive [sic] effects: why the difference exists, and why it matters*», januar 2021, *Chillin'Competition*.

¹⁸² Se sak C-52/14 *Post Danmark II*, avsnitt 64.

¹⁸³ Ibid., avsnitt 67 og 64.

egentlig hvorvidt det er *sannsynlig* med en konkurransebegrensende virkning i sin alminnelighet, men snarere om det er sannsynlig *nok* at det en slik virkning vil finne sted.

Basert på en slik forståelse av Domstolens begreps- og rettskildebruk i *Post Danmark II*, må O'Donoghue & Padillas resonnement og konklusjon langt på vei være den riktige.

Rettspraksis, i særdeleshet i lys av *Post Danmark II*, gir ikke støtte for en konklusjon om at begrepene «capable of/tend to» og «likely to», på tross av den semantiske nyanseforskjellen, *generelt sett* representerer ulike terskler for etablering av misbruk.

Spørsmålet er i neste omgang hva dette er egnet til å fortelle om den *generelle* terskelen for misbruk som de forskjellige formuleringene gir uttrykk for. Dette spørsmålet må besvares ut fra hvilken tilnærming som legges til grunn for virkningsspørsmålet.

Ved en *formbasert* tilnærming, er det anstrengt og overflødig å i det hele tatt tale om en årsaksmessig sannsynlighetsterskel. Dette er fordi at en slik tilnærming iboende ikke først og fremst konsentrerer seg om konkret sannsynlighet for et konkurransebegrensende hendelsesforløp, men tar utgangspunkt i den *generelle* risikoen atferdens form fører med seg.¹⁸⁴ For å ta det banale eksempelet. Dersom et dominerende foretak selger varer til under gjennomsnittlig variabel kostpris (GVK), konstateres misbruk nærmest automatisk, jf. Domstolens resonnement i *AKZO*.¹⁸⁵ Det samme gjelder marginskviser hvor det dominerende foretakets input-pris er så høy at konkurrentens margin i sluttbrukermarkedet blir negativ slik at den nødvendigvis må gå med tap per enhet for å konkurrere på sluttpris.¹⁸⁶ I slike tilfeller er tilnærmingen mindre konsentrert rundt faktiske eller sannsynlige virkninger, ettersom det på bakgrunn av atferdens iboende skadepotensiale, presumeres at konkurransen vil bli begrenset. Denne presumpsjonen tar utgangspunkt i atferdens art, og ikke en konkret virkningsanalyse.¹⁸⁷

Det er derfor slik at spørsmålet om en virkningsterskel kun gjelder i tilfeller hvor det anlegges en *virkningsbasert* tilnærming, altså for atferd hvor det ikke allerede er rettskildemessig grunnlag for å konstatere misbruk grunnet atferdens art. Spørsmålet er likevel hva som er den

¹⁸⁴ Se bl.a. Jessen, Op.Cit. (2017), side 67.

¹⁸⁵ Se sak C-62/86 *AKZO*, avsnitt 71. Det samme gjelder hvor prisen er mellom GVK og GTK, dersom foretaket har hatt intensjon om å ekskludere en konkurrent, jf. avsnitt 72.

¹⁸⁶ Se sak C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 73.

¹⁸⁷ Se også sak C-549/10 P *Tomra*, avsnitt 68 til 74.

nødvendige graden av årsaksevne for å konstatere misbruk etter en virkningsbasert tilnærming.

For dette spørsmålet kan semantikk være egnet til å gi et lite tolkningsbidrag. Også en formbasert tilnærming anlegger vurderingstemaet om hvorvidt en atferd er «*capable of/likely to*» å ha en konkurransebegrensende virkning.¹⁸⁸ Sett i lys av den retts-og vedtakspraksis som foreligger i norsk rett, må det antas at den beste språklige omformuleringen på norsk er hvorvidt atferden er *egnet til* å ha en konkurransebegrensende virkning.¹⁸⁹ En sentral presisering er at begrepet, og for øvrig vurderingstemaet «*egnet til*» etter EU-rettspraksis rommer *både* en formbasert og en virkningsbasert tilnærming. Slik sett, er det riktige å tolke relevant EU-praksis slik at terskelen *egnet til* (eller «*capable of/likely to/tend to*») gjelder generelt og *i første omgang* referer seg til atferdens art. Dersom atferdens art ikke nødvendigvis i seg selv klart tilsier konkurransebegrensende virkning isolert sett, vil det bli aktuelt med en nærmere konkret virkningsanalyse, jf. bl.a. Domstolens resonnement om positive marginskviser i *TeliaSonera*:

*«if, on the other hand, such a margin remains positive, it must then be demonstrated that the application of that pricing practice was, by reason, for example, of reduced profitability, likely to have the consequence that it would be at least more difficult for the operators concerned to trade on the market concerned»*¹⁹⁰

Formulert med andre ord: atferdens art er det overordnede vurderingstemaet, men kan bli supplert med en virkningsbasert tilnærming dersom atferden ikke kan sies å være konkurransenegativ etter sin art. For alle praktiske formål er sannsynlighetsstandarden da alminnelig sannsynlighetsovervekt, ettersom *egnet til* avhenger av den virkningsorienterte testen som legges til grunn, hvor sannsynlighetsovervekt er det eneste rasjonelle sannsynlighetskravet å anlegge, jf. ovenfor, pkt. 2.6.10.

En slik konklusjon bygger imidlertid på en grunnleggende forutsetning om at en virkningsbasert tilnærming ikke *alltid* legges til grunn. Hadde det motsatte vært tilfellet, ville begrepenes innhold naturligvis være sammenfallende. For det første kan ikke rettsutviklingen,

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Jf. Rt. 2011 s. 910 (*Time*), avsnitt 64. Se også Konkurransetilsynets vedtak av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34) *Telenor*, avsnitt 209.

¹⁹⁰ Sak 52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 74.

selv sett i lys av *Intel* og *MEO*, gi grunnlag for en konklusjon om at en virkningsbasert tilnærming er det absolutt utgangspunktet. Med andre ord: den formbaserte tilnærmingen har fremdeles en plass i anvendelsen av artikkel 102.¹⁹¹ Den trenger heller ikke nødvendigvis å være overflødig. I saker hvor det dreier seg om for eksempel prising under GVK, er det vanskelig å se for seg andre plausible virkninger enn en ekskludering av like effektive konkurrenter.¹⁹² I slike tilfeller kan en virkningsbasert tilnærming bli kunstig omstendelig og unødvendig for å realisere formålene staket ut i Veiledningen. I slike tilfeller er det naturlig at standarden «*capability*» består, uten at en foretar en virkningsorientert analyse som ville krevd sannsynlighetsovervekt. Plausibilitetsstandarder som ordlyden «*capable*» antyder, vil derfor kunne legges til grunn.

Konklusjonen er derfor at selv om begrepene «*likely to*» og «*capable of/tend to*» i utgangspunktet har ulikt semantisk innhold, er de ikke nødvendigvis anvendt slik i rettspraksis, jf. særlig *Post Danmark II*. Dette er imidlertid ikke det samme som å slå fast at det ikke er en distinksjon mellom hvordan de to tilnærmingene forholder seg til sannsynlige virkninger. Standarden egnethet rommer i første omgang en formbasert tilnærming, men vil kunne suppleres av et krav om sannsynlighetsovervekt i tilfeller hvor en virkningsorientert analyse legges til grunn for å kartlegge atferden som utilbørlig («*abusive*»). Dersom dette ikke er tilfellet, står den formbaserte tilnærmingen på egne ben, også den under i den språklige drakten «*likely*», jf. *Post Danmark II*.

2.5.10 Norsk rett

Fremstillingen har redegjort for rettstilstanden hva gjelder kravet til årsaksevne i EU-retten. Det er på det rene at dette er et viktig ledd i fastleggingen av gjeldende rett også i Norge, jf. departementets betraktninger i forarbeidene til konkurranseloven. Departementet presiserer også tydelig i samme dokument at norsk rett ikke er tiltenkt en fullstendig gjenspeiling av EU-retten.¹⁹³ Det presiseres for øvrig igjen at det EØS-rettslige homogenitetsprinsippet ikke gjelder, ettersom Norge ikke har noen EØS-rettslig forpliktelse til harmonisering med EU-

¹⁹¹ Jf. f.eks. sak 52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 73 om negativ marginskvis. Se også O'Donoghue & Padilla, Op.Cit. (2020), side 114 og 115.

¹⁹² Se Colomo, Op.Cit. (2021); se også sak C-62/86 *AKZO*, avsnitt 71.

¹⁹³ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 68; se også Rt. 2011 s. 910 *Tine ASA*, avsnitt 68.

retten.¹⁹⁴ Legger man til grunn at forarbeidene kan *autorisere* generell relevans for EU-rettskildene på konkurranserettens område, må de i fravær av homogenitetsprinsippet også ha kompetanse til å *begrense* denne relevansen.

Spørsmålet som da reises, gitt EU-rettens ikke-absolutthet er derfor hvordan den påvirker konklusjonen etter norsk rett. I denne sammenhengen, er det naturlig å se til Høyesteretts rettskildebruk i Tine-saken.¹⁹⁵ Saken gjaldt spørsmålet hvorvidt det var inngått en eksklusiv leverandøravtale for ost som Tine ASA (Tine) hadde inngått med Rema 1000 Norge AS (Rema). Det sentrale i saken var at Tine hadde kunnskap om at Rema vurderte å kun ha én leverandør, og at Tine vant konkurransen på bekostning av Synnøve Finden, og dermed styrket sin dominerende stilling i det norske ostemarkedet. Spørsmålet var om dette utgjorde en utilbørlig utnyttelse av Tines dominerende stilling. Det var derfor ikke snakk om en typisk misbruksform ofte funnet i EU-domstolens praksis.

Ettersom det finnes få norske rettskilder på området, er praksis i EU-domstolen naturlig nok en viktig kilde for Høyesterett. Høyesterett fremhever også konkurranselovens formålsparagraf i § 1.¹⁹⁶ Dette er i tråd med forarbeidenes uttalelse om at regelformål kan gi en forskjellig anvendelse av forbudet enn EU-kildene:

«Hensynet til like konkurransevilkår på det indre marked innen EØS kan føre til en vektlegging av konkurranse- og etableringsmuligheter som i det enkelte tilfellet kan komme i konflikt med målsettingen om samfunnsøkonomisk effektivitet som den norske konkurranseloven bygger på»¹⁹⁷

Høyesterett kan videre ikke sies å ha en utpreget virkningsorientert tilnærming til hvorvidt atferden er å karakterisere som utilbørlig utnyttelse. Flertallet synes heller å være opptatt av hvilken *form* atferden har, som enten «legitim» eller «illegitim» konkurranse.¹⁹⁸ Dette er konsekvent med en formbasert tilnærming, godt kjent fra EU-retten.¹⁹⁹ Dette må anses som

¹⁹⁴ Se Graver, LoR, Op.Cit. (2004) side 344 flg.

¹⁹⁵ Rt. 2011 s. 910.

¹⁹⁶ Ibid., avsnitt 73.

¹⁹⁷ Se NOU 2003:12 om ny konkurranselov, side 52.

¹⁹⁸ Se Rt. 2011. s. 910 avsnitt 74.

¹⁹⁹ Se særlig sak C-62/86 AKZO.

ukontroversielt, ettersom de sentrale dommene i retning av en virkningsbasert tilnærming i EU-retten, *Post Danmark*-dommene og (særlig) *Intel*, ikke enda var avsagt.²⁰⁰

Høyesterett uttaler seg i kortfattet om hvor selve sannsynlighetsterskelen for å konstatere misbruk ligger, utover å konstatere at atferden må være *egnet* til å ha en «*merkbar konkurransebegrensende virkning*».²⁰¹ Dette gjør at det er liten grunn til å trekke tydelige slutninger fra Høyesteretts semantikk, utover at ordlyden «egnet til» i *det minste* rommer en terskel om plausibilitet forankret i atferdens karakteristikk.

Det en derfor kan trekke generelt fra dommen må derfor være det overordnede utgangspunktet Høyesterett legger til grunn: nemlig at EU-retten for fastleggingen etter norsk rett er av stor betydning, men ikke absolutt.²⁰²

Dommen kan nok kritiseres noe for å legge til grunn en formbasert tilnærming på en atferdsform som ikke er særlig typisk og derfor er vanskelig å vurdere i relasjon til dens iboende risiko for å faktisk begrense konkurransen. Her kan en selvsagt innvende at landemerke dommene for en virkningsbasert tilnærming i EU er avsagt i etterkant Tine-dommen. Likevel er både *Deutsche Telekom* og *TeliaSonera*, avsagt i henholdsvis oktober 2010 og februar 2011, klare eksempler på en virkningsbasert tilnærming for en atferdsform som tilsier en konkret prøving (marginskvis).²⁰³ En virkningsanalyse basert på *hvordan* leverandøravtalen sannsynligvis ville påvirket konkurransen og forbrukervelferden, ville i Tine-saken vært langt bedre egnet til å gi en materielt riktig avgjørelse. Selv om bruddet med etablert EU-praksis kanskje ville vært noe større ved en slik tilnærming, hjemler forarbeidene avvik begrunnet i regelens formål. Når det er på det rene at effektiv konkurranse (og derigjennom forbrukervelferd) maksimeres dersom sum falske positiver minimeres, er det liten tvil om at en slik tilnærming i Tine-saken ville hatt et solid rettslig fundament.²⁰⁴

²⁰⁰ Se saker C-209/10 P *Post Danmark I*; C-23/14 *Post Danmark II*; C-413/14 P *Intel*

²⁰¹ Rt. 2011 s. 910 avsnitt 64.

²⁰² Ibid., avsnitt 73.

²⁰³ Se saker C-280/09 *Deutsche Telekom*; C-52/09 *TeliaSonera*.

²⁰⁴ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 68; Se også Lovdahl-Gormsen, Op.Cit. side 231 og 232.

2.5.11 Telenorsaken og form/virkning

Fremstillingen har nå nådd følgende, sentrale konklusjoner. Det er for det første *ikke* et krav for misbruk av dominans at atferden har materialisert seg i en faktisk, konstaterbar skade på konkurranse.²⁰⁵ Det kreves imidlertid at atferden fører med seg en viss form for objektiv sannsynlighet for at slik skade potensielt kan finne sted, enten begrunnet i atferdens art eller en virkningsanalyse. For det andre, avhengig av hvilken type atferd det er snakk om, og således hvilken tilnærming som legges til grunn, er dette kravet til sannsynlighet enten knyttet til atferdens art, eller et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt ved en virkningsbasert tilnærming.²⁰⁶

I kortfattethet går Telenors atferd ut på misbruk av dominans gjennom vilkårene i en gjensidig forpliktende avtale. Dersom denne avtalen med tilstrekkelig grad av sannsynlighet har en ekskluderende effekt på den andre avtalepart, hindrer i prinsippet ikke det faktum at avtalen er gjensidig bebyrdende, misbruk av dominans.²⁰⁷

I så måte er Telenorsaken et godt eksempel på behovet for en virkningsbasert tilnærming. Det sier seg selv at dominerende aktører som eier essensiell infrastruktur er i en posisjon hvor den dominerende stillingen enkelt kunne forsterkes. I telekommunikasjonsbransjen har ikke tjenesteleverandører, MVNO'er eller utbyggere noen særlig annet valg enn å leie tilgang hos sin dominerende konkurrent om de ønsker å være på markedet. Dette medfører en risiko for at disse avtaleforholdene kan bli svært ubalanserte. Denne utgangsposisjonen for dominerende foretak gir fleksibilitet, hvilket gjør at en ved å utvikle utspekulerte avtalestrukturer kan eludere en formbasert testing. Hele forutsetningen for i det hele tatt å operere med en virkningsbasert tilnærming er nettopp at ikke enhver potensielt konkurransebegrensende atferd er i seg selv etter sin art iboende konkurransebegrensende.

Dette er selve kjernen i Telenorsaken. Det er vanskelig å vurdere TA2s konkurransebegrensende virkning for den ikke er uttrykk for en «typisk» misbruksform. Det finnes ingen økonomisk test som gjør at man kan sette en merkelapp på atferden å kalle den konkurransebegrensende i alle tilfeller, og det er enormt mange variabler som avgjør hvorvidt en konkurransebegrensende virkning finner sted eller ikke. En TA2 med en annen, kanskje

²⁰⁵ Se sak C-549/10 P *Tomra*, avsnitt 79.

²⁰⁶ Se f.eks. sak C-23/14 *Post Danmark II*, avsnitt 64 til 69.

²⁰⁷ Jf. krrl. § 11.

bedre finansiert konkurrent, ville muligens kun hatt beskjedne følger for utbyggingsinsentivene.

Dette aktualiserer behovet for å kunne ha en generell regel å falle tilbake på, slik at atferd som vitterlig har som sin sannsynlige følge at konkurransen svekkes, kan fanges opp og variabler kan tas høyde for så godt det lar seg gjøre. Dette vil bidra til at selv utspekulerte former for misbruk av dominans kan sanksjoneres, og ikke glir mellom to formbaserte stoler.

3. Betydningen av den etterfølgende utviklingen

3.1 Innledning

Fremstillingen har så langt vært konsentrert rundt terskelen for å konstatere misbruk av dominans. Dette er et spørsmål om hvilken målestokk atferden må oppnå, med henhold til dens (sannsynlige) virkninger, for å kvalifisere til misbruk av dominans. Ettersom det ikke er et vilkår for misbruk at risikoen for den pretenderte skaden har materialisert seg i et faktisk konkurransebegrensende hendelsesforløp, er det naturlig å ta utgangspunkt i en *hypotetisk virkningsanalyse* for å vurdere dette spørsmålet.²⁰⁸

En slik hypotetisk virkningsanalyse har nær sammenheng med spørsmålet som er tema for dette kapitlet, nemlig hvordan en skal håndtere eventuell etterfølgende, faktisk utvikling. En hypotetisk virkningsanalyse har den iboende svakhet at den er nettopp hypotetisk. Dette gjelder spesielt når den foretas *ex ante*, altså *før begivenheten inntreffer*, og må oppstille minst to scenarier som begge kun har begrensede faktiske holdepunkter. Konkurranse, og hva som påvirker den henholdsvis positivt og negativt, er en meget kompleks størrelse. Vurderingen skal derfor ta høyde for et meget bredt spektrum av påvirkningsfaktorer. Øvelsens presisjon må derfor antas å synke relativt med antallet ukjente variabler som ligger til grunn for konkurransepåvirkningen.

Dermed oppstår spørsmålet: hvordan skal en forholde seg til en hypotetisk virkningsanalyse *ex ante* som avviker fra atferdens faktiske, etterfølgende virkning? Et eksempel fra rettspraksis som er egnet til å sette problemstillingen på spissen er forsvaret om at konkurransen ikke har blitt svekket og derfor at atferden heller ikke var egnet til å ha slik virkning.²⁰⁹ Problemstillingen ligger i kjernen av kausalitetsvurderingen i misbrukssaker og aktualiserer særlig spørsmål knyttet til hvordan konkurransebegrensning skal og bør defineres, samt skillet mellom sannsynlighet og materiell virkning.

²⁰⁸ Se sak T-203/01 *Michelin II*, avsnitt 239.

²⁰⁹ Se særlig sak C-95/04 *British Airways*, avsnitt 93.

En kan likevel stille spørsmålet om det er grunnlag for en gylden middelvei, hvor man kan vurdere hvilke virkninger som var «sannsynlige» eller «plausible» i lys av den faktiske utviklingen. Man vil i slike tilfeller ha en bedre oversikt over hvilke årsaksfaktorer som bidratt, og i hvilken utstrekning. Sett at det hypotetiske hendelsesforløpet A, i realiteten viser seg å være det faktiske hendelsesforløpet B, utelukker ikke det nødvendigvis at A var mest sannsynlig. Clouet er at dersom man i konkrethet kan *vurdere* årsaksfaktorene som bidro til B, kan man med større sikkerhet fastslå om A var enten sannsynlig eller usannsynlig.

Fremstillingen vil i det følgende utforske denne problemstillingen *de lege lata*. Den vil ta utgangspunkt i EU-domstolspraksis, idet problemstillingen ikke er særlig nøye behandlet i norsk rett.²¹⁰ Et visst utgangspunkt vil også tas i Telenorvedtakene for å gi problemstillingen et aktuelt og relevant eksempel.

3.2 Utgangspunktet for vurderingen av årsaksevne

3.2.1 Handlingstidspunkt som tidsmessig utgangspunkt

Diskusjonen om den rettslige plasseringen og betydningen av den etterfølgende utviklingen aktualiserer spørsmålet om det tidsmessige utgangspunktet for årsaksevnevurderingen.

Dette spørsmålet knytter seg til hvilket tidspunkt vedtaksorganet skal, eller rettere sagt, kan ta utgangspunkt i for vurderingen av årsaksevne. Særlig tre tidspunkt er aktuelle:

Handlingstidspunktet er tidspunktet- eller rommet hvor atferden fant sted, og aktualiserer en utelukkende hypotetisk virkningsanalyse, hvor atferdens karakteristikk, samt hva som i lys av forholdene der og da må ha fremstått som sannsynlig, plausibelt, et cetera.

Avgjørelsetidspunktet er den andre ekstreme enden av skalaen. Dømmende organ, enten det er konkurransemyndighetene eller domstolen, tar hver utgangspunkt i sitt nå-tidspunkt.

Virkningstidspunktet er en mulig middelvei, og refererer seg til tidspunktet hvor den aktuelle konkurransebegrensende virkningen inntreffer, eller eventuelt på det tidspunktet man mener at den skulle ha inntrefft. Spørsmålet er hvilket av disse som skal anlegges som utgangspunkt.

²¹⁰ Telenorvedtakene (KT-2018-20V og KTKN-2019-34) er i skrivende stund eneste eksempel på at materien berøres. For en fastlegging av retten *de lege lata* må de imidlertid anses å ha svært beskjeden rettskildemessig vekt i forhold til EU-retten.

I EU-retten kan en løsning på denne problemstillingen bygges på *AstraZeneca*-avgjørelsen, som slår tydelig fast at «*the anti-competitive nature of its acts must be evaluated at the time when those acts were committed*».²¹¹ Også Telenorvedtakene slår fast at *utgangspunktet* er forholdene på handlingstidspunktet, eventuelt med påvirkning som følge av den etterfølgende utviklingen.²¹² Begrunnelsen for dette for Telenorvedtakene sin del virker først og fremst å være betraktningen om at misbruksbestemmelsen er en forbudsbestemmelse og derfor at handlingene er forbudt *på handlingstidspunktet*.²¹³

Vurderingen som flertallet og mindretallet foretar *ex post* går ikke direkte på tvers av dette utgangspunktet, idet det er snakk om at den etterfølgende utviklingen potensielt kaster lys over forholdene på handlingstidspunktet. Analysen skifter derfor ikke fullstendig karakter og form til en *ex post*-analyse i sin reneste form, ankerpunktet er fremdeles handlingstidspunktet

3.2.2 Kontrafaktisk virkningsanalyse

Ved vurderingen av om det foreligger kausalitet mellom atferd og konkurransebegrensende virkning i misbrukssaker, er det vanlige å anlegge en såkalt hypotetisk kontrafaktisk virkningsanalyse.²¹⁴

En kontrafaktisk virkningsanalyse innebærer generelt at et gitt faktisk scenario sammenlignes med et hypotetisk scenario i samme tidsrom, men hvor én eller flere sentrale årsaksfaktorer tenkes bort. Kommisjonen anlegger i Veiledningen følgende definisjon:

«*The assessment will usually be made by comparing the actual or likely future situation in the relevant market (with the dominant undertaking's conduct in place) with an appropriate counterfactual, such as the simple absence of the conduct in question or with another realistic alternative scenario, having regard to established business practices*»²¹⁵

²¹¹ Se sak C-457/10 P *AstraZeneca*, avsnitt 110.

²¹² Se Konkurransetilsynets vedtak av 21. juni 2018 (KT-2018-20V), avsnitt 727; Konkurranseskjennemndas vedtak av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34), avsnitt 217.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Se bl.a. betraktningene i sak T-219/99 *British Airways*, avsnitt 297, og C-280/08 P *Deutsche Telekom* avsnitt 80.

²¹⁵ Veiledningen, avsnitt 21.

Det kontrafaktiske scenariet som ledd i en hypotetisk virkningsanalyse er egnet til å si noe om hvorvidt det foreligger kausalitet mellom atferd og virkning, eventuelt fravær av sådan. Grunntanken har likhetstrekk med betingelseslæren i norsk erstatningsrett.²¹⁶ *Ergo*, ville det inntrufne funnet sted dersom potensiell årsaksfaktor X tenkes borte?

Betingelsesutgangspunktet er godt egnet til å vurdere hvorvidt det foreligger årsakssammenheng mellom en årsaksfaktor og en allerede inntruffet begivenhet. I konkurransesaker, hvor det ikke er et vilkår at årsaksevnen har materialisert seg i en konkret skade på konkurransen, stiller det seg imidlertid noe annerledes. Et slikt utgangspunkt gjør at det kan være aktuelt å foreta en kontrafaktisk virkningsanalyse *ex ante*, altså før begivenheten faktisk inntreffer. I stedet for at det oppstilles *ett* hypotetisk scenario (hvor årsaksfaktoren tenkes bort), oppstilles det ved en vurdering *ex ante* to hypotetiske scenarier. Ett hypotetisk scenario tar utgangspunkt i en tenkt utvikling *med* den aktuelle atferden implementert (i, og med, at skaden ikke er materialisert og kjent), mens den tenkes bort i et annet.²¹⁷ I et slikt tilfelle har man ingen eller få konkrete, faktiske holdepunkter å støtte seg på ved vurderingen av om A med tilstrekkelig grad av sannsynlighet kan være årsak til B. Det er derfor naturlig å tenke at muligheten for å oppnå maksimal presisjon ved kontrafaktisitet *ex ante* er markert lavere, fordi analysen i sin helhet bygger på hypoteser fremfor minst én faktisk hendelsesrekke, som på sett og vis er «skrevet i stein».

Domstolen beskriver dette på en treffende måte i *Tetra Laval*. Avgjørelsen gjelder riktignok fusjonsreguleringen, men det er lite som skulle tilsi at den prospektive virkningsanalysen skulle være annerledes her enn for misbruksreguleringens vedkommende:

«A prospective analysis of the kind necessary in merger control must be carried out with great care since it does not entail the examination of past events – for which often many items of evidence are available which make it possible to understand the causes – or of current events, but rather a prediction of events which are more or less likely to occur in future if a decision prohibiting the planned concentration or laying down the conditions for it is not adopted»²¹⁸

²¹⁶ Se f.eks. Rt. 1992 s. 64 *P-pilledom II*, på side 71.

²¹⁷ Se Veiledningen avsnitt 21: «a realistic alternative scecnario, having regards to established business practices».

²¹⁸ Sak C-12/03 P *Tetra Laval BV mot Kommisjonen*, EU:2005:87, avsnitt 42

Det er først og fremst det Domstolen beskriver i *Tetra Laval* som er den primære begrunnelsen for et ønske som å vurdere årsaksevne *ex post* heller enn *ex ante* i tilfeller hvor det er mulig.²¹⁹ Eksistensen av allerede inntrufne begivenheter gjør det enklere å forstå hvilke forutgående begivenheter som har hatt innvirkning på hendelsesrekken. Den gjør det også mulig i langt større grad å analysere *graden* av påvirkning i hendelsesrekken. Satt i kontekst av misbrukssaker er det i særlig grad denne attributteringsdimensjonen som er det sentrale.

Det er først og fremst dette dissensen i Konkurransklagenemndas Telenor-vedtak står om. Gitt at Mobile Norways insentiver for videre utbygging i tilstrekkelig grad var svekket, var det likevel ikke klart at svekkelsen i tilstrekkelig grad skyldtes TA2. Også endringer i Nkoms skjevtermineringsregulering til Mobile Norways disfavør var egnet til å ha en viss negativ innvirkning på Mobile Norways insentiver for videre utbygging.²²⁰ Med skjevterminering menes at Nkom for å stimulere til at det tredje nettet ble bygget, tillot Network Norway å ta høyere termineringspriser enn konkurrentene.²²¹ Det må derfor anses som nokså klart at insentivene for bygging av nett er større, *med* slik skjevtermineringsregulering enn *uten*. Det fenomenet som derfor volder problemer for årsaksevnevurderingen *ex post* er derfor (potensielt) *samvirkende årsaksfaktorer*.

En eventuell kritikk som kan rettes mot virkningsanalyse *ex post* er utfordringer knyttet til *når* en eventuelt har for hånden *nok* etterfølgende utvikling til at den kan tillegges noe betydning. Dette er særlig aktuelt i tilfellene hvor det anføres at fravær av faktisk virkning medfører at atferden ikke er egnet til å ha konkurransebegrensende virkning. Et utgangspunkt som en *ex ante*-vurdering skisserer, er vanskelig å angi i generelle termer, nettopp på grunn av tilnærmingens konkrete «case-by-case»- karakteristikk.

²¹⁹ I fusjonskontrollen er riktignok dette utgangspunktet et helt annet, gitt at konkurransemyndighetene stopper foretakskonsentrasjonen og vurderer dens virkninger før den eventuelt gis grønt lys. Se generelt krrl. § 19, jf. § 18.

²²⁰ Se Konkurransklagenemndas vedtak av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34), avsnitt 438 flg.

²²¹ Med termineringsgebyr menes noe forenklet det beløpet én MNO krever en annen MNO for selve overføringen av en samtale i sitt kjernenett fra den andres (samtaleteterminering). Se generelt Konkurransklagenemndas vedtak av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34) avsnitt 39.

3.3 Etterfølgende utvikling i Europa

3.3.1 British Airways

Særlig ett eksempel fra EU-domstolens praksis stikker seg ut når det gjelder rollen til den etterfølgende utviklingen. *British Airways*-avgjørelsen gjaldt ekskluderende lojalitetsrabatter.²²² I saken ble det anført fra British Airways at markedsandelene til konkurrentene hadde steget mens British Airways gjennom reisebyråene som hadde blitt innrømmet rabattene solgte færre billetter. Dette hevdet British Airways måtte forstås som bevis for at rabattene ikke hadde hatt noe materiell virkning på konkurransen i markedet.²²³ Til dette bemerker domstolen følgende:

«Concerning BA's allegations of evidence showing that no exclusionary effect arose from the bonus schemes at issue, of which evidence the Court of First Instance is to have taken insufficient account, it is sufficient to note that this part of the second plea is inadmissible on an appeal for the reasons already set out in paragraph 78 of this judgment»²²⁴

Avsnitt 78 henviser til at kun *rettslige* mangler ved Underrettens dom kan påankes, jf. Artikkel 225 TEUV og Domstolens vedtekter artikkel 58, første avsnitt.²²⁵

Per denne henvisningen, synes Domstolen å legge til grunn at Underrettens vurdering av om den etterfølgende utviklingen hadde betydning for atferdens egnethet til å være konkurransebegrensende, hører til sakens *faktiske* side. Dermed behandler ikke Domstolen spørsmålet i det hele tatt. Spørsmålet befinner seg i det minste rundt skjæringspunktet mellom faktisitet og jus, idet det gjelder faktiske omstendigheter som er såkalt «rettsstiftende».²²⁶ British Airways' anførsel angriper vel så mye Underrettens *anvendelse* av virkningskravet i

²²² Se sak C-95/04 P *British Airways*.

²²³ *Ibid.*, avsnitt 93.

²²⁴ *Ibid.*, avsnitt 101.

²²⁵ *Statute of the Court of Justice of the European Union*, C 83/210.

²²⁶ Se til sammenligning Lov 17.06.2005 om meklings og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) § 11-2 første ledd, annet punktum.

artikkel 102, som den angriper bevisvurderingen, og dette er for alle formål et spørsmål om Underrettens *rettslige* skjønnsutøvelse.

Når Domstolen likevel avviser ankepunktet, må en da legge til grunn at den stiller seg bak, og autoriserer Underrettens vurdering av dette spørsmålet, gitt at ingen rettslige feil ble begått.²²⁷ Underretten avviser ganske enkelt anførselen med følgende betraktning:

«[...] [W]here an undertaking in a dominant position actually puts into operation a practice generating the effect of ousting its competitors, the fact that the hoped-for result is not achieved is not sufficient to prevent a finding of abuse of a dominant position within the meaning of Article 82 EC.»²²⁸

Underretten, og effektivt også Domstolen, jf. betraktningen ovenfor, avviser i realiteten en vektlegging av etterfølgende atferd, med den begrunnelse at det forhold at atferdens formål ikke ble realisert, ikke kan fritta for ansvar. Det knytter seg spørsmål til rekkevidden av dette standpunktet.

For det første, må Underrettens (og Domstolens) konklusjon forstås i lys av det aktuelle rettsgrunnlaget i saken. Avgjørelsen er avsagt før *Intel*, det vil si før det for alvor fant sted en rettsutvikling på området for rabatter.²²⁹ Domstolen legger derfor til grunn, i tråd med gjeldede presedens, en tilnærming basert på at rabattene etter sin art var egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning.²³⁰ Denne tilnærmingen har, som redegjort for ovenfor (se pkt. 2.4.2), en klar sammenheng med atferdens *objektive formål*.²³¹ Atferdens art må altså tilsi at dens objektive formål er å begrense konkurransen. For argumentet her sitt vedkommende, kan man derfor si at klanderverdigheten i handlemåten til det dominerende foretaket som utgangspunkt måles i atferdens objektive formål, og ikke for eksempel dens konkrete skadeevne eller foretakets subjektive intensjoner.

En naturlig slutning er derfor at det skal mye til for å rettferdiggjøre atferd som kun kan ha som naturlig formål å begrense konkurransen. Det er nærliggende å anta at Domstolen legger

²²⁷ Sak T-219/99 *British Airways plc. mot Kommisjonen*, EU:2003:343, avsnitt 297

²²⁸ *Ibid.*, avsnitt

²²⁹ Se sak 413/14 *Intel*

²³⁰ Se sak 95/04 P *British Airways* avsnitt 68.

²³¹ Jf. mibruksbegrepet som et objektive konsept, se sak 85/76 *Hoffmann-La Roche*, avsnitt

til grunn en tilsvarende betraktning. Når et dominerende foretak anlegger en strategi som har som sitt objektive formål å begrense konkurransen, blir forholdet kun marginalt mindre klanderverdig av at det objektive formålet ikke realiseres. Det er selve atferden og dens iboende risiko og uønskethet som gjør atferden klanderverdig, og dette er i utgangspunktet uavhengig av om atferden når sitt formål eller ei.

Det et slikt resonnement bygger på, er imidlertid grunnforutsetningen at man allerede har å gjøre med atferd som er egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning, det vil si at denne konklusjonen allerede er gitt. Dette er ukontroversielt i seg selv, men det gir ikke svar på spørsmålet om hvordan et slikt hendelsesforløp kan *påvirke* denne gitte konklusjonen, slik British Airways' anførsel kan være å forstå. Det en i det minste kan trekke fra standpunktet, er det som allerede er kjent, nemlig at det ikke er et vilkår for misbruk at konkurransen faktisk begrenses. En kan derfor med sikkerhet slå fast det velkjente: det er ikke *automatikk* i at en atferd på bakgrunn av manglende faktisk konkurransebegrensning ikke er egnet til å ha slik virkning.²³²

Spørsmålet denne avhandlingen søker å besvare er imidlertid et annet, dog beslektet, et. Kan det tenkes at den etterfølgende utviklingen kan *påvirke* spørsmålet om hvorvidt adekvat årsaksevne foreligger? Dette spørsmålet berøres kun i begrenset grad i *British Airways*. British Airways' anførsel gikk ut på en nokså primitiv analyse av at konkurrentene hadde tatt markedsandeler fra dem i den relevante perioden og at Kommisjonens hypotetiske scenario ikke hadde materialisert seg.²³³ Det kan riktignok da fremstå som fristende å konkludere med at atferden ikke har hatt en konkurransebegrensende virkning. Problemet er at en slik analyse blir grovt forenklet idet den kun tar utgangspunkt i én variabel og presumerer kausalitet på bakgrunn av denne. For eksempelets skyld: LIDLs tatte markedsandeler i det norske dagligvaremarkedet vil være mager trøst for konkurransen dersom foretaket i fravær av Norgesgruppens rabattsystem ville gått forbi sistnevnte i markedsandeler. I et slikt tilfelle vil Norgesgruppen ved bruk av uakseptable midler ha svekket konkurransen, sett i forhold til det kontrafaktiske scenarioet.²³⁴

²³² Jf. saker T-219/99 *British Airways*, avsnitt 297; C-52/09 *TeliaSonera*, avsnitt 65.

²³³ Se sak C-95/04 *British Airways*, avsnitt 93.

²³⁴ Se generelt Hjelmeng, «Årsaksvurderinger i konkurranseretten – særlig om det kontrafaktiske scenariet» (2016), Tidsskrift for forretningsjus, 01/2016, årgang 22, side 10 til 45.

Det er også en lignende betraktning Underretten legger vekt på:

« [...] [T]he growth in market shares of some of BA's airline competitors, which was modest in absolute value having regard to the small size of their original market shares, does not mean that BA's practices had no effect. In the absence of those practices, it may legitimately be considered that the marked shares of those competitors would have been able to grow more significantly [...] »²³⁵

Underretten berører her noe sentralt. Det er klart at kausalitetsvurderingen er langt mer kompleks enn at en kan fingere kausalitet kun på bakgrunn av ett, riktignok sentralt, konstatert faktum. Slik fingering av årsakssammenheng, rettere sagt fravær av sådan, samsvarer mer med begrepet *korrelasjon* enn kausalitet. En må samtidig ha klart for øyet at det forhold at det spesifikke scenariet Kommisjonen (eller andre håndhevelsesorganer) estimerer ikke materialiserer seg, ikke på langt nær er det samme som at konkurransen er (eller vil bli) uhemmet.²³⁶

En kan likevel stille spørsmålet om hva Underretten egentlig mener med denne uttalelsen. På den ene siden, skulle henvisningen til Kommisjonens vurdering av om konkurrentenes økte markedsandeler kunne vært større, indikere at den etterfølgende utviklingen *har* en betydning. Denne konklusjonen bygger nettopp i seg selv på et *retrospektivt* perspektiv. Underretten ville dessuten simpelthen kunne lent seg på konklusjonen om at atferden *ex ante* var «*capable of*» å begrense konkurransen, og turnere anførselen ad den veien. En kan også fremme argumentet om at Underretten her faktisk benytter seg av den etterfølgende utviklingen for å underbygge sin egen konklusjon for egnethetsspørsmålet. Altså et slags støtteargument uten rettskildemessig vekt i det hele tatt.

På den annen side, når Underretten legger til grunn, tilsynelatende nokså ukritisk, at markedsandelene tatt av British Airways' konkurrenter kunne vært større, må det antas at å vinne frem med en anførsel som British Airways' ofte vil være utfordrende. Dersom terskelen for å etablere at konkurrentens ulempe kunne vært større et at det «*may legitimately be considered*», eller grovt oversatt at det ville vært rimelig å vurdere, er det for praktiske formål langt på vei snakk om en umulighet.

²³⁵ Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen* avsnitt 298.

²³⁶ Denne betraktningen taler i seg selv tungt for at den etterfølgende utviklingen vektlegges.

Et tredje problem med uttalelsen er at dersom Underretten uansett mener at det er tilstrekkelig at atferden er egnet til å være konkurransebegrensende, så vil avsnitt 298 (sitert over), være å betrakte som et *obiter dictum*. Slik avgjørelsen er formulert, kan det virke som om Underretten dels redegjør for egen vurdering knyttet til egnethetsvurderingen, kun bruker betragtningen om etterfølgende utvikling som et slags støtteargument uten vekt. For alle praktiske formål er konklusjonen imidlertid den samme. *British Airways*-avgjørelsen gir ikke i seg selv sterkt rettskildemessig grunnlag for vektlegging av etterfølgende utvikling i egnethetsvurderingen, tvert går den langt i å begrense adgangen til en slik vurdering.²³⁷

Spørsmålet om rettsgrunnlag for vektlegging av etterfølgende utvikling beror likevel på rekkevidden av *British Airways*-avgjørelsen. Er den uttrykk for en generell regel om at etterfølgende utvikling kun har begrenset betydning, uansett hvilken tilnærming som legges til grunn? Eller kan den begrenses innenfor sin egen tilnærming til misbruksspørsmålet (formbasert tilnærming)?

3.3.2 *Posten Norge*

Innenfor domstolsystemet i EU, er *British Airways* den eneste avgjørelsen hvor spørsmålet om påvirkning av egnethetsvurderingen i etterpåklokskapens lys har vært eksplisitt oppe. En tilsvarende anførsel ble imidlertid gjort gjeldende i *Posten Norge*-avgjørelsen, som riktignok gikk for EFTA-domstolen.²³⁸ Denne avgjørelsen har like fullt betydning for spørsmålet etter norsk rett.²³⁹

Saken gjaldt Posten Norges rabattstrategi overfor bensinstasjons- og daglivarekjedene som var engasjert i foretakets «post i butikk»-løsning. Blant Posten Norges anførsler var argumentet om at selv om man erkjente at atferden var *egnet* til å ha en konkurransebegrensende virkning («*liable to distort competition*»), så kunne ingen markedsmessig påvirkning som følge av atferden påvises. En måtte på bakgrunn av denne observasjonen forkaste standpunktet om at atferden var *egnet* til å ha en slik virkning.²⁴⁰

²³⁷ Slik også O'Donoghue & Padilla, Op.Cit. (2020), side 325.

²³⁸ Sak E-151/10 *Posten Norge AS mot ESA*.

²³⁹ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) på side 226.

²⁴⁰ Se sak E-15/10 *Posten Norge* avsnitt 181.

Anførselen er i realiteten langt på vei den samme som British Airways gjorde gjeldende for Underretten noen år tidligere.²⁴¹ EFTA-domstolen legger imidlertid til grunn en annen tilnærming, og går samtidig langt i å legge til rette for vektlegging av etterfølgende utvikling i egnethetsvurderingen:

«While the Court agrees with the applicant that, in some cases, the persistent lack of actual negative effects on competition may cast doubt on a finding by ESA that a certain conduct is liable to restrict competition, the Court considers that the claims of the applicant in this particular case are not convincing»²⁴²

Selv om det strengt tatt ikke var nødvendig for resultatet, klargjør likevel EFTA-domstolen sitt standpunkt om at etterfølgende utvikling kan tenkes å påvirke egnethetsvurderingen i tilfeller hvor konkurransebegrensende virkninger konsekvent uteblir. Når domstolen i tillegg finner at Posten Norges anførsler om dette ikke er overbevisende, tyder også dette på at den faktisk har tatt en vurdering med døren åpen for å dømme i Posten Norges favør. EFTA-domstolen anvender også den etterfølgende utviklingen for å underbygge konklusjonen om at atferden var egnet til å være konkurransebegrensende.²⁴³

Posten Norges argumentasjon for poenget om fravær av virkning gikk i hovedsak ut på at konkurrenten, Schenker Privpak AS (Privpak), konkurrerte ineffektivt, og at eksklusjonen av Privpak fra markedet derfor var et utslag av legitim, ytelsesbasert konkurranse.²⁴⁴ Også dette argumentet ble forkastet av retten, idet det avgjørende momentet for retten var at atferden var *«liable to distort competition»*.²⁴⁵ Domstolens konsekvente avvisning av LEK-testing, peker tydelig i retning av en formbasert tilnærming. Domstolen uttaler konkret i avsnitt 132 at:

²⁴¹ Se sak T-219/99 *British Airways*, avsnitt 255.

²⁴² Sak E-15/10 *Posten Norge mot ESA*, avsnitt 192.

²⁴³ Ibid., avsnitt 195. Dette argumentet går særlig ut på den, i hvert fall tilsynelatende, korrelasjonen mellom at Privpak, den ekskluderte konkurrenten, lyktes i å inngå en post i butikk-avtale med MIX etter at Posten Norges praksis hadde opphørt. Mens praksisen fremdeles var i effekt, hadde Privpak ikke lyktes å oppnå samarbeid med MIX. Denne fingerte årsakssammenhengen er imidlertid minst like spekulativ som British Airways' anførsler i sak C-95/04 *British Airways* (se denne avgjørelsen, avsnitt 93).

²⁴⁴ Sak E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 182.

²⁴⁵ Ibid., avsnitt 195.

«[...] 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, without being distorted, which firms stay in the market»

Det kan derfor se ut som at EFTA-domstolen anvender en tilnærming som befinner seg et sted mellom en utpreget formbasert og en utpreget virkningsbasert tilnærming. Det er atferdens form som i utgangspunktet er det avgjørende momentet for retten, og den tar heller ikke høyde for hvorvidt det gjelder en like effektiv konkurrent som Posten Norge. I stedet begrunner den dette standpunktet med at det er en ufordreid konkurransestruktur i seg selv som avgjør hvilke foretak som ekskluderes fra markedet.²⁴⁶ Slutningen herfra må derfor være at retten legger til grunn at all atferd som kan fordreie konkurransestrukturen er konkurransebegrensende. Dette skiller seg fra en klar virkningsbasert tilnærming, hvor man vier økt oppmerksomhet til virkningene atferden har på forbrukernivå, det vil si, hvordan forbrukere rent faktisk rimeligvis vil påvirkes av atferden.²⁴⁷ Likevel er det vanskelig å beskrive EFTA-domstolens turnering av Posten Norges anførsel om fravær av virkning som annet enn virkningsbasert. Selv om anførselen og vurderingen deretter ikke hadde betydning for resultatet, fremstår det likevel som om retten har tatt en vurdering av atferdens virkninger, og vurdert *ex post* om de gir grunnlag for å justere utgangspunktet om egnethet.

Spørsmålet er da hvordan man ved fastleggingen av norsk rett skal harmonere *Posten Norge* og *British Airways*. Som forklart i pkt. 3.2.1, er ikke *British Airways* nødvendigvis en absolutt spiker i kista for en vektlegging av etterfølgende utvikling. Underrettens uttalelse om at det faktum at det ønskede resultatet ikke ble realisert ikke i seg selv kan føre til frifinnelse gir et forenklet inntrykk av den vurderingen retten har foretatt.²⁴⁸ For det første er det ingenting kontroversielt med dette utgangspunktet, og for det andre, er den ikke i direkte motstrid med det EFTA-domstolen legger til grunn i *Posten Norge*. Det at en atferd er egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning er tilstrekkelig for misbruk er i seg selv en «føre var»-mekanisme. Erkjennelsen om at den aktuelle virkningen kanskje ikke realiserer seg er en integrert del av en slik mekanisme. Man ønsker gardering på alle fronter. Når Underretten i *British Airways* konkluderer med at konkurrentenes markedsandeler kunne vært større i det kontrafaktiske scenariet, har den for det første tatt en vurdering med et visst *ex post*-

²⁴⁶ Sml. sak 6-72 *Continental can*, avsnitt 26.

²⁴⁷ Se Veiledningen, avsnitt 19 og 20.

²⁴⁸ Se sak T-219/99 *British Airways*, avsnitt 297.

element.²⁴⁹ Dessuten, bygger Underretten i *British Airways* i prinsippet på den helt klare antitesen at dersom konkurrentenes markedsandeler sannsynligvis *ikke* hadde vært større i lys av det kontrafaktiske, så ville dette ha hatt en betydning for vurderingen av atferdens egnethet. At løsningen Underretten lander på i praksis gir lite til intet rom for å faktisk vinne frem med anførsler knyttet til etterfølgende utvikling, er i prinsippet en annen sak.²⁵⁰

Det en kan slutte samlet fra disse to avgjørelsene er derfor at de ikke verken klart utelukker eller gir tydelig grunnlag for vektlegging av etterfølgende utvikling.

3.3.3 *Krka*

Underrettens avgjørelse i *Krka mot Kommisjonen* gjelder anvendelsen av virkningskravet som følger eksplisitt av artikkel 102 TEUV om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak (kartellreguleringen).²⁵¹ Bestemmelsen forbyr avtaler som har «*as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market*».²⁵²

Vurderingen som skal foretas hva angår atferdens sannsynlige eller faktiske virkninger er med andre ord den samme som etter en virkningsbasert anvendelse av artikkel 102, og vurderingen etter artikkel 101 kan derfor benyttes som en viss illustrasjon også for artikkel 102 sitt vedkommende.

Saken gjaldt spørsmålet om et forlik mellom Krka, et slovensk legemiddelkonsern og farmasøytisk selskapet Servier vedrørende et patent, var å anse som ulovlig samarbeid etter virkning under artikkel 101.²⁵³ Det spesielle i saken var at Kommisjonen la til grunn en hypotetisk virkningsanalyse fra et *ex ante*-perspektiv på tross av tilgjengelig etterfølgende utvikling som tilsa en annen virkning enn Kommisjonens analyse, og som attpåtil ikke tilsa konkurransebegrensning.²⁵⁴ Til dette uttalte Underretten følgende:

«Irrespective of the structure of the market, the anticompetitive effects of the non-marketing clause remain largely hypothetical if it is likely, given the actual course of

²⁴⁹ Ibid., avsnitt 298.

²⁵⁰ Slik også O'Donoghue & Padilla, Op.Cit. (2020), side 325.

²⁵¹ Se sak T-684/14

²⁵² TEUV artikkel 101 (1).

²⁵³ Se sak T-684/14 *Krka Tovarna Zdravil d.d. mot Kommisjonen*, EU:T:2018:918, avsnitt 1 flg.

²⁵⁴ Ibid., avsnitt 419.

events as it could have been observed when the Commission adopted its decision, that, even in the absence of that clause, the potential competitor concerned might have behaved similarly to how it did in the presence of the clause, that is to say, in the present case, that Krka would have remained outside the three markets in respect of which the Commission found a restriction by effect.» (min understreking).²⁵⁵

Slik underretten formulerer seg kan det virke som om den ikke bare tar utgangspunkt i at den etterfølgende utviklingen har vesentlig betydning i tilfeller hvor den er tilgjengelig. Det kan også virke som om Underretten oppstiller en plikt for Kommisjonen (eller konkurransemyndigheter generelt) til å ta den under betraktning når den foretar en hypotetisk virkningsanalyse. I tilfeller hvor den etterfølgende utviklingen kan si noe om atferdens årsaksevne, kan altså Kommisjonen etter Underrettens oppfatning i *Krka*, risikere at neste instans slår beine under den analysen den har foretatt, dersom den etterfølgende utviklingen ikke hensyntas.

Som *rettskilde* er avgjørelsen i utgangspunktet av begrenset verdi og vekt. Saken er anket til Domstolen og vedrører en annen bestemmelse enn artikkel 102. I lys av mangelen på kilder som behandler problemstillingen må det likevel antas at den har en viss vekt når virkningsvurderingen stort sett er den samme etter artikkel 102 som etter artikkel 101.

3.4 Andre eksempler på vektlegging av etterfølgende utvikling

3.4.1 *Streetmaps.EU mot Google*

Streetmaps.EU mot Google er en sak som gikk for England and Wales High Court.²⁵⁶ Streetmap, et selskap som leverte gratis karttjenester på internett (sml. Google Maps), hadde saksøkt Google, med påstand om at Google hadde misbrukt sin dominerende stilling i markedet for gratis internettsøkemotorer blant annet ved å plassere Streetmap lengre ned på

²⁵⁵ Sak T-684/14 *Krka mot Kommisjonen*, avsnitt 420.

²⁵⁶ Se sak *Streetmap.EU mot Google Inc., Google Ireland Limited og Google UK Limited* (2016), England and Wales High Court (EWHC) 253 (Chancery Division).

sin SERP.²⁵⁷ Google hadde i tillegg til å plassere Streetmap-resultatet lengre nede på SERP-siden, arrangert SERP-siden slik at Googles egne kartprogramvare Google Maps ble vist øverst på SERP-siden, med en klikkbar bildefil av det aktuelle området på kartet, som var lenket til det aktuelle område på kartet i Google Maps.²⁵⁸

En ytterligere spesiell faktor ved saken er nettopp anførselen om at Googles atferd i markedet hvor det hadde en dominerende stilling, som var konkurransefremmende, skulle være et misbruk i markedet for internettkarttjenester, et marked hvor Google *ikke* hadde en dominerende stilling.²⁵⁹

Retten la derfor til grunn at virkningen i det tilknyttede, ikke svekkede markedet for gratis internettbaserte karttjenester, måtte være «*appreciable*» (betydelig).²⁶⁰ Det var uansett anført fra Google at arrangementet av SERP-siden ikke hadde hatt noen faktisk konkurransebegrensende virkning i det hele tatt. Til dette bemerker retten:

«[I]f it were found that the impugned conduct had no anti-competitive effect it seems to me that would be very relevant. [...] In a case such as the present, I would find it difficult in practical terms to reconcile a finding that conduct had no anti-competitive effect at all with a conclusion that it was nonetheless reasonably likely to have such an effect»²⁶¹

Retten setter her ord på den helt grunnleggende betraktningen som gjør seg gjeldende i favør av vektlegging av den etterfølgende utviklingen. Rent intuitivt er det vanskelig å forene det faktum at en atferd ikke har hatt noen konkurransebegrensende virkning med en konklusjon om at den likevel var tilstrekkelig egnet til å ha slik virkning, det vil si, at den hadde den tilstrekkelige årsaksevnen. Standpunktet fremstår likevel som noe unyansert. Slik uttalelsen er mest nærliggende å forstå, legger retten til grunn at det i praksis *alltid* vil være vanskelig å forene fravær av virkning med sannsynlighet for virkning. Til dette bør det tilføyes at det kan

²⁵⁷ Ibid., avsnitt 35. Med SERP menes «search engine results page», det vil si siden hvor søkerresultatene vises med hyperkoblinger i blå tekst etter at søket har blitt tastet inn og er ferdig foretatt av søkemotorprogramvaren. Se ellers *Streetmap.EU mot Google Inc. m.fl* (2016), EWHC 253 (Chancery Division), avsnitt 10.

²⁵⁸ Ibid., avsnitt 35.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ Ibid., avsnitt 96

²⁶¹ Ibid., avsnitt 90.

tenkes scenarier hvor det mest sannsynlige ikke inntreffer. Spørsmålet er da om det er riktig, slik retten antyder i *Streetmap mot Google*, at det dominerende foretaket går klar av ansvar som følge av en usannsynlig tilfeldighet som bryter den mest sannsynlige hendelsesrekken. Dersom et dominerende foretak anlegger en omfattende rabattstrategi med en kjøper i det underordnede markedet, kan det for eksempel, avhengig av markedsstruktur og rabattenes oppbygning, foreligge 75% sjanse for konkurranseskade. Dersom kjøperselskapet uventet skifter daglig leder til en som trekker selskapet ut av avtalen, vil det på handlingstidspunktet mest sannsynlige utfallet, ikke materialisere seg. I et slikt tilfelle må det riktige være å falle tilbake på grunnsetningen fra *British Airways* – det faktum at det håpede (eller mest sannsynlige) resultatet ikke oppnås, kan ikke i seg selv medføre ansvarsfrihet.²⁶²

Retten bemerker også at den betrakter et fravær av faktisk virkning *ex post* som «*very relevant*», som et motstykke til utgangspunktet Domstolen gir uttrykk for i *British Airways*.²⁶³ Dette standpunktet er egnet til å underbygge en hypotese om at den etterfølgende utviklingen vil ha større betydning i saker hvor det anlegges en virkningsbasert tilnærming enn en formbasert tilnærming. Denne problemstillingen behandles nærmere nedenfor, se pkt. 3.5.

Rent rettskildemessig må *Streetmap.EU mot Google* antas å ha begrenset vekt. I den grad den er i motstrid med *British Airways*, er den ubetydelig. Presiserer imidlertid at avgjørelsene anvender forskjellige tilnærminger til misbruksspørsmålet. Derfor går ikke *Streetmap.EU mot Google* nødvendigvis på tvers av *British Airways*.

3.4.2 *Remicade*

Som et eksempel og en kuriositet, kan også nevnes *Remicade*-vedtaket truffet av det britiske konkurransetilsynet (Competition and Markets Authority).²⁶⁴ Det bør likevel presiseres at den *rettskildemessige* verdien av denne avgjørelsen for norsk retts vedkommende er tilnærmet lik null. Den kan likevel tjene til å eksemplifisere en anvendelse av egnethetsvurderingen etter artikkel 102 *ex post*.

²⁶² Se sak T-219/99 *British Airways*, avsnitt 297.

²⁶³ Ibid.; se også sak T-219/99 *British Airways*, avsnitt 297.

²⁶⁴ Se Competition and Markets Authority, sak 50236, 14. mars 2019 «*Remicade*»

Saken gjaldt Merck Sharp & Dohmes (MSD) lojalitetsrabatter for Remicade, et legemiddel mot sykdommer som Crohns syndrom og leddgikt.²⁶⁵ Rabattpraksisen skulle sikre at det britiske helsevesenet National Health Service (NHS), skulle foretrekke Remicade i stedet for andre konkurrerende medikamenter.²⁶⁶

Vedtaket resultat er interessant. Konkurransemyndighetene tar først utgangspunkt i at MSDs rabattstrategi var utformet med formål om å begrense konkurransen og at den klart var egnet til å produsere en konkurransebegrensende virkning. Likevel, for at det skulle være *sannsynlig* at rabattpraksisen skulle ha slik virkning, måtte markedet på atferdstidspunktet stemme overens med de forestillingene MSD hadde om den daværende markedssituasjonen. MSDs forestillinger viste seg i ettertid å være feilaktige på en rekke sentrale punkter. Særlig gjaldt dette at NHS' instilling til konkurrerende produkter var mer positiv, og at de økonomiske incentivene rabattpraksisen gav, var svakere enn MSD hadde forutsett da strategien ble introdusert.²⁶⁷ På bakgrunn av dette, konkluderte konkurransemyndighetene med at atferden likevel ikke var egnet til å produsere en konkurransebegrensende virkning.²⁶⁸

Det britiske konkurransetilsynets avgjørelse i *Remicade* er oppsiktsvekkende.²⁶⁹ For det første er den et relativt sjeldent eksempel på at en atferd som i utgangspunktet var egnet til å ha en konkurransebegrensende ekskluderende virkning, blir ansett ikke å være egnet til sådan «*in hindsight*». I tillegg finner den at atferden ikke var egnet til å være konkurransebegrensende *på tross av* at foretakets subjektive intensjon var å begrense konkurransen. Likevel bryter den ikke tydelig med EU-praksis når det gjelder å anvende en virkningsbasert tilnærming i rabattsaker, og vurdering av alle relevante momenter.²⁷⁰ En kan imidlertid stille spørsmålet om EU-instansene ville endt på samme konklusjon.

²⁶⁵ Ibid., punkt 1 til 1.6.

²⁶⁶ Ibid., punkt 4.2.

²⁶⁷ Ibid., punkt 4.3.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Slik også O'Donoghue & Padilla, Op.Cit. (2020), side 325.

²⁷⁰ Se sak C-413/14 P *Intel*, avsnitt 147; se også generelt James Killick, Assimakis Komninos, Strati Sakellariou-Witt, Axel Schulz, «*The CMA Remicade decision: discount schemes and abuse of dominance – effects matter!*», Kluwer Competition Law Blog, 28. mars 2019,

<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/03/28/the-cma-remicade-decision-discount-schemes-and-abuse-of-dominance-effects-matter/>

CMAAs rettskild bruk og konklusjon i *Remicade* er i alle henseender interessant i relasjon til Telenorvedtakene. Dette gjelder særlig spørsmålet om det dominerende foretakets subjektive intensjon om å begrense konkurransen, som CMA i *Remicade* avgjør på tross av.²⁷¹

3.5 Etterfølgende utvikling *de lege lata*

Spørsmålet en sitter igjen med i lys av fremstillingen så langt i kapittel 3 vedrører først og fremst det rettkildemessige grunnlaget for å vektlegge etterfølgende utvikling i egnethetsvurderingen, altså *ex post*. Også dette er det vanskelig å besvare generelt.

Rettskildematerialet er ekstremt begrenset, og i lys av *obiteret* i *British Airways* og uttalelsen i *Posten Norge*, som er de eneste autoritative kildene som behandler problemstillingen, kan en neppe konkludere annerledes enn at rettstilstanden på området må beskrives som uavklart.²⁷²

At rettstilstanden er uavklart er imidlertid også et funn. Det skal også nevnes av at den praksisen som er gjennomgått i fremstillingen her, er innstillingen ikke nødvendigvis utelukkende negativ. *British Airways* behandler først og fremst spørsmålet om fravær av faktisk virkning automatisk medfører at atferden ikke lenger er egnet til å ha slik virkning. I tillegg gjør Underretten en (kort) vurdering av om markedsandelene ville vært større i lys av det kontrafaktiske, hvilken kan indikere en viss i tillegg legger den til grunn en nokså rigid, formbasert tilnærming for spørsmålet om årsaksevnen.²⁷³

Også i *Posten Norge* avsier EFTA-domstolen en dom som heller ikke eksplisitt utelukker vektlegging av etterfølgende utvikling. Tvert imot, går den langt i å slå fast det motsatte.²⁷⁴ Er den etterfølgende utviklingen den at konkurransebegrensende virkninger konsekvent ikke manifesterer seg, vil dette være egnet til å kaste tvil over vurderingen om atferdens egnethet.²⁷⁵

²⁷¹ Se Competition and Markets Authority, sak 50236, 14. mars 2019, «*Remicade*»; Se også Killick, Komminos, Sakellariou-Witt & Schulz, Op.Cit. (2019), hvor forfatterne skriver at CMA har foretatt en uavhengig økonomisk analyse, «[w]ithout over-relying on the alleged intention of the dominant undertaking in question».

²⁷² Slik også O'Donoghue & Padilla, Op.Cit., (2020), side 325 for EU-rettens vedkommende.

²⁷³ Se sak T- *British Airways*, avsnitt 297.

²⁷⁴ Se sak E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 192.

²⁷⁵ Ibid.

Spørsmålet har imidlertid ikke vært oppe EU- eller EFTA-domstolen for saker som har behandlet spørsmålet etter en utpreget virkningsbasert tilnærming. Et interessant spørsmål er derfor om velviljen overfor vektlegging av etterfølgende utviklingen i lys av utviklingen i retning av en mer generell virkningsbasert holdning til misbrukssaker vil være større.²⁷⁶

Post Danmark II fremstår som et godt springbrett for en slik hypotese.²⁷⁷ Domstolen synes, nokså ukontroversielt, å legge til grunn at den aktuelle virkningen må være «*attributable*» til det dominerende foretaket.²⁷⁸ Med andre ord, ved en virkningsbasert tilnærmin er det et vilkår at det foreligger et årsak/virkning-forhold mellom foretakets atferd og den konkurransebegrensende virkningen som enten har funnet sted eller estimeres under årsaksevnevurderingen. Fremstillingen betegner dette årsak/virkning-forholdet som «*kausalforbindelse*». Når Domstolen i samme sak i tillegg slår fast at saker som vurderes etter virkning må vurderes i lys av «*all relevant circumstances*», må det antas at den etterfølgende utviklingen har en betydning for vurderingen av den kausale forbindelsen mellom det dominerende foretakets atferd og den konkurransebegrensende virkningen.²⁷⁹ Det er vanskelig å se for seg at den faktiske virkningen, der hvor den er kjent, *ikke* skulle være en «*relevant circumstance*» som det avgjørende organet ikke bare har anledning, men en *plikt* til å inkludere i vurderingen. Dette må antas å gjelde også der hvor atferdens virkninger ikke har manifestert seg på tross av at det har gått lang tid.²⁸⁰ For norsk retts vedkommende, må også forvaltningens plikt til å fullstendig opplyse saken etter forvaltningsloven § 17, første ledd, første punktum antas å trekke i samme retning.²⁸¹ Dette står heller ikke i konflikt med grunnregelen om at faktisk virkning ikke er et vilkår for misbruk. Døren for å dømme for overtredelse er derfor vitterlig fremdeles åpen. Erkjennelsen fra *British Airways* og *Posten Norge* står seg også – fravær av konkurransebegrensende virkning behøver ikke å være synonymt med at det dominerende foretaket frifinnes, og *tilsynelatende* fravær av

²⁷⁶ Se særlig saker C-208/10 *Post Danmark I*; og C-415/14 *Intel*

²⁷⁷ Sak C-23/14 *Post Danmark II*.

²⁷⁸ *Ibid.*, avsnitt 47.

²⁷⁹ *Ibid.*, avsnitt 68. Som en sak som ble avgjort etter en «*by effect approach*» (virkningsbasert tilnærming), antas det at de nevnte uttalelsenes rekkevidde er begrenset til en slik tilnærming. En formbasert tilnærming

²⁸⁰ Sml. sak E-15/10 *Posten Norge* avsnitt 192.

²⁸¹ Se Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven) § 17 første ledd, første punktum.

konkurransbegrensende virkning, er ikke synonymt med *faktisk* fravær konkurransebegrensende virkning.²⁸²

Begrunnende hensyn bak misbruksreguleringen kan også tas til inntekt for å tale for en løsning som foreslått ovenfor. At kausalforbindelsen må være intakt i lys også av den etterfølgende utviklingen vil kunne bidra til at konkurransefremmende atferd ikke sanksjoneres på bakgrunn av simpel korrelasjon eller «fingert kausalitet» i tilfeller hvor en konkurransebegrensende virkning har funnet sted, men som ikke er attributtabel til det dominerende foretakets konkurransepraksis.²⁸³ Til dette poenget kan *Streetmaps.EU mot Google* tjene som illustrasjon. Streetmaps anførte at de var blitt marginalisert fra markedet som følge av Googles strategi i markedet for gratis internettsøk. Streetmaps' posisjon tok altså utgangspunkt i at det forelå kausalitet mellom Googles atferd og den konkurransebegrensende virkningen. Det var uomtvistet at Streetmaps hadde blitt ekskludert fra markedet. Spørsmålet var hva som var den årsaksmessige begrunnelsen for dette. Rettens konklusjon går i det vesentlige ut på en *ex post*-analyse av at den angivelig konkurransebegrensende virkningen, Streetmaps marginalisering fra markedet, var et utslag av årsaksfaktorer som ikke kunne knyttes til Googles atferd. Retten hadde med andre ord det synspunkt at Streetmap ville blitt ekskludert fra markedet uansett, fordi produktet var dårligere.²⁸⁴

En slik løsning er ønskelig fordi den gir incentiv til å konkurrere på ytelse, og sikrer at legitim konkurranse som ekskluderer konkurrenter, selve kjernen i effektiv konkurranse, ikke feilaktig sanksjoneres. Som drøftet ovenfor (pkt. 2.4.3), er det antatt at feilaktig inngripen i ellers effektiv konkurranse i seg selv er egnet til å fordreie og skade konkurransen. I disse tilfellene blir ikke en effektiv konkurransestruktur (jf. *Continental Can*²⁸⁵) fordreid, men det er nettopp effektiv konkurranse som gjør at ineffektive konkurrenter ekskluderes.

²⁸² Se sak T-219/99 *British Airways* avsnitt 297 og 298; se også sak E-15/10 *Posten Norge*, avsnitt 192.

²⁸³ Jf. vilkåret oppstilt i sak C-23/14 *Post Danmark II*, avsnitt 47. Se også dissensen i Konkurransklagenemndas vedtak av 16. juni 2019, *Telenor*, KTKN-2019-34. Både flertallet og mindretallet i nemnda mente den etterfølgende utviklingen hadde betydning, men dissensen sto om den kausale forbindelsen mellom TA2 og svekket konkurranse. Mindretallet la særlig vekt på endringer i skjevtermineringsreguleringen fra Nasjonal Kommunikasjonsmyndighet (Nkom) i Mobile Norways disfavør var den avgjørende bidragsfaktoren i Mobile Norways utbyggingsplaner, og ikke TA2.

²⁸⁴ Se sak *Streetmap.EU mot Google*, England and Wales High Court (EWHC) 253, (Chancery Division), avsnitt XXX.

²⁸⁵ Sak 6-72 *Continental Can m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 26.

3.6 Telenorvedtakene

Som det klart siste eksempelet i tid på vektlegging av etterfølgende utvikling og det eneste eksempelet fra norsk rett, er det naturlig å avslutningsvis rette oppmerksomheten tilbake og slutte sirkelen ved Telenorvedtakene.

Saken gjaldt, som referert i korthet ovenfor, i pkt. 1.2, inngåelse av en tilleggsavtale til en national roaming agreement (NRA) mellom Telenor som mobilnettverksoperatør, og Network Norway som mobilnettverksutbygger.²⁸⁶ Spørsmålet var særlig om tilleggsavtalen (TA2) var egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning ved at den svekket Network Norways intensiver til videre utbygging av det tredje mobilnettet i Norge og slik sett hindret sistnevnte i å skaffe seg tilgang til det norske MNO-markedet.²⁸⁷ Sakens kjerne gjaldt både hvorvidt den etterfølgende utviklingen hadde noen materiell betydning, og dernest hvordan utviklingen var egnet til å påvirke den innledende egnethetsvurderingen.

Telenor anførte for begge instanser at den etterfølgende utviklingen måtte forstås slik at TA2 ikke var egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning. Konkurransetilsynet bemerket i sitt vedtak til dette følgende:

«Konkurransetilsynet viser til at det er tilstrekkelig at det dominerende foretakets atferd er egnet eller tilbøyelig til å begrense konkurransen, for å kunne konstatere et misbruk av dominerende stilling [...]. Det understrekes i den sammenheng at det ikke er nødvendig å påvise at en handling har en faktisk konkurransebegrensende virkning for at handlingen skal kunne utgjøre et misbruk. Tilsynet viser også til at vurderingen av hvorvidt atferden var egnet til å begrense og/eller forsinke utbyggingen, skal foretas i lys av de relevante omstendighetene på handlingstidspunktet [...]. Manglende bevis for faktisk virkning, eller at det i etterkant konstateres at Telenor ikke lyktes med sin strategi, betyr ikke at handlingen ikke var egnet til å begrense utbyggingen, og derigjennom konkurransen, på handlingstidspunktet [...].»²⁸⁸

Konkurransetilsynet legger med andre ord til grunn den strenge, noe forenklete, tilnærmingen til spørsmålet om etterfølgende utvikling, sml. *British Airways*, uten at det vises til denne

²⁸⁶ Se Konkurranseskjennemndas vedtak av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34), avsnitt 82 flg.

²⁸⁷ *Ibis.*, avsnitt 238.

²⁸⁸ Konkurransetilsynets vedtak av 21. juni 2018 *Telenor*, avsnitt 969.

avgjørelsen.²⁸⁹ Standpunktet er ellers svakt forankret i EU-rettslige kilder, utover at det i et generelt resonnement i avsnitt 728 om at vurderingen skal foretas «*i lys av omstendighetene på handlingstidspunktet*».²⁹⁰

Dette er for så vidt korrekt isolert sett, men det er grunn til å sette spørsmålstegn ved denne drøftelsens presisjon. Som avhandlingen har vist ovenfor, er det, når det anlegges en virkningsbasert tilnærming, ikke en smakssak om man ønsker å ta høyde for den etterfølgende utviklingen. Senere praksis er klar på at en atferd som faller inn under en slik tilnærming må vurderes «*in the light of all relevant circumstances*».²⁹¹ Som fremstillingen slår fast ovenfor, i pkt. 3.5, må etterfølgende utvikling være en slik relevant circumstance, i alle fall når det også er et vilkår at (den sannsynlige) virkningen kan kausalforbindnes med den aktuelle atferden, ved en kontrafaktisk analyse.²⁹² Med andre ord, at fravær av virkning ikke automatisk medfører ansvarsfrihet, er ikke det samme som at den etterfølgende utviklingen ikke under noen omstendighet kan ha betydning for egnethetsvurderingen.

Dette adresseres i Konkurransklagenemndas klagebehandling av saken. Særlig flertallets betraktning setter godt ord på hvordan også fremstillingen her forstår gjeldende rett:

*«Konkurransklagenemnda har i punkt 7.4.5 lagt til grunn at vurderingen av om en handling utgjør et misbruk av dominerende stilling, skal ta utgangspunkt i omstendighetene som forelå på tidspunktet for handlingen. Etterfølgende utvikling i markedet kan likevel gi indikasjoner på hvilke virkninger atferden var egnet til å ha på handlingstidspunktet. Spørsmålet er om den faktiske, etterfølgende utviklingen skaper tvil om den egnethetsvurderingen som flertallet har foretatt i punkt 8.4, hvor det er konkludert med at TA2 var egnet til å begrense konkurransen i grossist- og sluttbrukermarkedet gjennom effekten på investeringene i Mobile Norways nett.»*²⁹³

Også mindretallet tiltrer dette synspunktet, og viser samtidig til *Posten Norge*, samt O'Donaghue & Padilla.²⁹⁴ Poenget nemnda løfter frem som tilsynet enten overser eller er

²⁸⁹ Se sak 95/04 *British Airways*, avsnitt X

²⁹⁰ Konkurransetilsynets vedtak av 21. juni 2018, *Telenor*, avsnitt 728.

²⁹¹ Se sak C-23/14 *Post Danmark II*, avsnitt 68. Se også forutsetningsvis sak 413/14 P *Intel*, avsnitt 141 flg.

²⁹² Jf. sak C-23/14 *Post Danmark II*, avsnitt 47.

²⁹³ Se Konkurransklagenemndas vedtak av 19. juni 2019 *Telenor*, avsnitt 406

²⁹⁴ *Ibid.*, avsnitt 452.

uenig i, er at et utgangspunkt i handlingstidspunktet for egnethetsvurderingen ikke stenger døren for vektleggingen av etterfølgende utvikling. Spørsmålet må da heller bli hvorvidt den etterfølgende utviklingen, som nemnda presiserer, kan gi indikasjoner på hvilke virkninger atferden var egnet til å ha på *handlingstidspunktet*.

Dissensen i nemnda gjelder altså ikke generelt spørsmålet om hvorvidt den etterfølgende utvikling har noen betydning. For dette spørsmålets vedkommende er nemnda samstemt i bekreftende fall. Dette må også være det riktige, jf. drøftelsen ovenfor. Dissensen gjelder spesielt graden av påvirkning den etterfølgende utviklingen ble ansett å ha hatt, hvilket for alle praktiske formål er et subsumsjonsspørsmål. Det som likevel er interessant med mindretallsvotumet er den rettslige dimensjonen som ligger i konklusjonen om at den etterfølgende utviklingen tilsier at atferden ikke var egnet til å ha konkurransebegrensende virkning, *på tross av* at foretaket hadde intensjon om dette:

*«Slik mindretallet vurderer det, kan ikke Telenors intensjoner om å begrense utbyggingen av det tredje nettet oppveie for usikkerheten om i hvilken grad TA2 var egnet til å redusere utbyggingsintensivene».*²⁹⁵

Også flertallet har hatt et nøkternt forhold til Telenors intensjoner og uttaler at det ikke ble tillagt avgjørende vekt, men likevel at intensjonene underbygger den endelige konklusjonen om at atferden var egnet til å ha konkurransebegrensende virkning. Flertallet i nemnda slår også fast at *«Telenors interne vurderinger er en sterk indikasjon på at avtalen kunne få den virkning som Telenor ønsket og forventet»*.²⁹⁶

At intensjonsbevis ikke tillegges avgjørende vekt ved en virkningsbasert tilnærming må også anses som riktig, idet det bærende hensynet bak en virkningsbasert tilnærming er presisjonsmaksimering og derigjennom forbrukervelferd, jf. bl.a. Veiledningen.²⁹⁷

Rent rettskildemessig, bør det likevel presiseres at en bør utvise forsiktighet med å trekke generelle slutninger fra to enkelte forvaltningsvedtak. De kan neppe sies å være uttrykk for en generell forvaltningspraksis på området, og kan derfor kun tillegges meget beskjeden rettskildemessig vekt. I den anledning er det nevneverdig at nemndas vedtak ble påanket til

²⁹⁵ Ibid., avsnitt 457.

²⁹⁶ Ibid., avsnitt 393.

²⁹⁷ Se Veiledningen, avsnitt 19.

Gulating Lagmannsrett. I skrivende stund er saken tatt opp til doms, og det må antas at avgjørelsen vil bli en sentral rettskilde på området, særlig i lys av mangelen på andre norske rettskilder som behandler problemstillingen.

4. Konklusjon

Fremstillingens utgangspunkt var å besvare to sentrale spørsmål; hva er terskelen for å etablere misbruk av dominans etter krrl. § 11, og hvordan stiller denne bestemmelsen seg til etterfølgende faktisk utvikling?

Spørsmålet om terskelen for virkning gjelder i stor grad den usikkerheten som har oppstått som følge av EU-Domstolens inkonsekvente begrepsbruk. Fremstillingen har i stor grad tatt utgangspunkt i den rettsutviklingen som har skjedd i EU-rettspraksis de senere år, og forsøkt og begrunne en terminologisk forskjell ut fra dette. Konklusjonen er imidlertid at begrepsbruk i EU-praksisen, på tross av semantiske nyanseskjeller, er insignifikant.

Det langt mer interessante skillet å foreta er mellom de forskjellige tilnærmingene, hvor den sentrale distinksjonen er at en formbasert tilnærming til misbruksspørsmålet ikke konsentrerer seg om konkrete virkninger i det hele tatt. Det sentrale for en formbasert tilnærming er heller atferdens art og de generelle virkninger på konkurransen som kan forbindes med en slik atferd.

Den endelige konklusjonen for denne problemstillingen er derfor at det ikke eksisterer en generell terskel for årsaksevne, fordi både en formbasert og en virkningsbasert tilnærming kan være aktuelt, avhengig av atferdens art. Kravet til årsaksevne, at atferden må være *egnet* til å ha en konkurransebegrensende virkning, rommer derfor begge tilnærmingene, i utgangspunktet en formbasert tilnærming der atferdens art tilsier det, og en virkningsbasert der hvor atferdens art ikke nødvendigvis i seg selv er konkurransenegativ. For den virkningsbaserte tilnærmingen er kravet til årsaksevne alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf, særlig hensynet bak en slik tilnærming om å maksimere presisjon.

Hva angår problemstillingen vedrørende etterfølgende faktisk utvikling, har fremstillingen presentert det rettskildemessige grunnlaget som behandler spørsmålet. For det første er det sentralt å ha klart for seg at det faktum at en atferd som isolert sett var ansett som tilstrekkelig egnet, ikke fikk den estimerte kvalitative eller kvantitative virkningen, er ikke synonymt med at den ikke hadde den nødvendige årsaksevnen, jf. *British Airways*.²⁹⁸

²⁹⁸ Sak T-219/99 *British Airways*, avsnitt 297.

Dette er imidlertid ikke synonymt med at etterfølgende utvikling er irrelevant. Slik fremstillingen har analysert relevant praksis, er det rettskildemessig grunnlag for å vektlegge den etterfølgende utviklingen. Dette gjelder særlig hvor den etterfølgende utviklingen blottlegger svakheter ved den innledende vurderingen av atferdens egnethet, eller peker tydelig i retning av at det endelige resultatet skyldes årsaksfaktorer som ikke kan knyttes til det dominerende foretakets atferd.²⁹⁹ Videre er det vist at ved en virkningsbasert tilnærming, er det et vilkår for misbruk at avgjørende organ vurderer «*all relevant circumstances*».³⁰⁰ Ettersom det i tillegg er et vilkår at virkningen må være attributabel til atferden, er fremstillingens endelige konklusjon at dette er en relevant omstendighet som dømmende organ har plikt til å vurdere.

Oppsummeringsvis kan det derfor slås fast at dømmende organ har plikt til å vurdere den etterfølgende utviklingen der den er tilgjengelig, men det er ikke gitt at dette vil medføre endring i konklusjonen vedrørende atferdens egnethet.

²⁹⁹ Se forutsetningsvis sak E-15/10 *Posten Norge* avsnitt 192.

³⁰⁰ C-23/14, *Post Danmark II*.

Litteraturliste

- Bork (1978) Bork, Robert, «*The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*» 1978, Basic Books, Inc. Publishers
- Colomo (2018) Colomo, Pablo Ibáñez, «*What is an anticompetitive effect*», muntlig foredrag holdt ved Université Liberté Bruges, 2018.
- Colomo (2020) Colomo, Pablo Ibáñez, «*Persistent myths in competition law (V): 'there is no such thing as an abuse by object (or by effect) under Article 102 TFEU*», blogginnlegg, ChillingCompetition, januar 2020, tilgjengelig på <https://chillingcompetition.com/2020/01/10/persistent-myths-in-competition-law-v-there-is-no-such-thing-as-an-abuse-by-object-or-by-effect-under-article-102-tfeu/> , sist lest 02.06.2021.
- Colomo (2021) Colomo, Pablo Ibáñez, «*Capability and likelihood of anticompetitive [sic] effects: why the difference exists, and why it matters*», januar 2021, , blogginnlegg, Chillin'Competition. Tilgjengelig på <https://chillingcompetition.com/2021/01/29/capability-and-likelihood-of-anticompetitive-effects-why-the-difference-exists-and-why-it-matters/> sist lest 02.06.2021.
- E. Valvik m.fl. (2018) E. Valvik m.fl., ”Konkurransetilsynet gir Telenor 788 millioner i gebyr” i Aftenpostens nettutgave: <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/rLJz0R/konkurransetilsynet-gir-telenor-788-millioner-i-gebyr> (publisert 21. juni 2018, lastet ned 19. august 2020).
- Gavil & Salop (2020) Gavil, Andrew I. & Salop, Steven C., «*Probability, presumptions and Evidentiary Burdens in Antitrust Analysis: Revitalizing the Rule of Reason for Exclusionary Conduct*» 2020, University of Pennsylvania Law Review, 2020.
- Graver (2004) Graver «*Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranse-loven § 11*», Lov og Rett 2004, nr. 6 på side 340.

- Habanova, Husar & Komada (2019) Habanova, Martina; Husar, Boris & Komada, Marek, «*Recommendations document on national roaming access terms and conditions, as well as MVNO access terms and conditions*», 2019.
- Hjelmeng (2016) Hjelmeng, «*Årsaksvurderinger i konkurranseretten – særlig om det kontrafaktiske scenariet*» (2016), Tidsskrift for forretningsjus, 01/2016, årgang 22, side 10 til 45
- Jessen (2015) Jessen, Anders F., «*Exploring restrictions by Object under Article 102 TFEU; Rethinking the latest case law with an emphasis on Intel*» (2015), Artikkel.
- Jessen (2017) Jessen, Anders F., «*Exclusionary Abuse After the Post Danmark I Case: The Role of the Effects Based Approach under Article 102 TFEU*», 2017, Wolters Kluwers International.
- Jones & Sufrin (2016) Jones, Alison & Sufrin, B.E., «*EU Competition Law*», 2016, Oxford.
- Killick, Komninos, Sakallariou-Witt & Schulz (2019) Killick, James; Komninos, Assimakis; Sakellariou-Witt Strati & Schulz, Axel, «*The CMA Remicade decision: discount schemes and abuse of dominance – effects matter!*», Kluwer Competition Law Blog, 28. mars 2019. Tilgjengelig på <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/the-cma-remicade-decision.pdf>. Sist lest 02.06.2021.
- Kolstad, m.fl. (2007) Graver, Hans Petter; Hjelmeng, Erling; Kolstad, Olav & Ryssdal, Anders, «*Norsk konkurranserett: Bind I: Atferdsregler og strukturkontroll*» (2007).
- Lovdahl-Gormsen (2013) Lovdahl-Gormsen, Liza, «*Are Anti-competetive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?*», World Competition, 36, nr. 2 (2013) på side 223.

- Marquis & Rousseva (2013) Marquis, Mel & Rousseva, Ekaterina, «*Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU*», Journal of European Competition Law & Practice, 2013.
- Nygaard (2007) Nygaard, Nils, «*Skade og Ansvar*» 2007, Universitetsforlaget.
- O'Donaghue & Padilla (2020) O'Donaghue, Robert & Padilla, Jorge, «*The Law and Economics of Article 102 TFEU*», 2020, Hart.
- Rousseva (2010) Rousseva, Ekaterina, «*Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*», 2010, Hart.
- Ukjent forfatter (1974) Ukjent forfatter: *The irrebuttable Presumption Doctrine in the Supreme Court*», Harvard Law Review, May 1974, Vol. 87, No. 7, sider 1534 til 1556

Norske lover, folkerettslige avtaler, EU/EØS-regelverk og dokumenter fra EU-Kommisjonen

Kongeriket Norges Grunnlov.

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMK) av 4. november 1950.

Statute of the Court of Justice of the European Union, C 83/210.

Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) av 2. mai 1992.

Consolidated version of the Treaty on the European Union (TEU) av 7. juni 2016.

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU/TEUV) av 7. juni 2016.

Rådets direktiv nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om kontroll med konsentrasjon av foretak (fusjonskontrollreguleringen), OJ L 24, 29.1.2004.

Kommisjonskommunikasjon av 27 april 2004, «Guidelines on Vertical Restraints», OJ 2004/C 101/08.

Kommisjonskommunikasjon av 24. februar 2009 «Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings», OJ 2009/C 45/02.

Generaldirektoratet for Konkurransen, høringsnotat, «*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*» av desember 2005.

Norske forarbeider

NOU 2003:12, Ny konkurranselov.

Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2008 s. 1409

Rt. 2011 s. 910 (*Tine ASA*)

Rt. 1992 s. 64 (*P-pilledom II*)

Lagmannsrettspraksis

LB-2011-164879 (*CargoNet*)

Rettspraksis i EU/EØS

EFTA-Domstolen

Sak E-15/10 *Posten Norge AS mot ESA*.

EU-Domstolen

Sak 6-72, *Continental Can m.fl. mot Kommisjonen*, EU:C:1973:22.

Sak 27/76, *United Brands m.fl. mot Kommisjonen*, EU:C:1978:22.

Sak 85/76, *Hoffman-La Roche mot Kommisjonen*, EU:C:1979:36.

Sak 322/81, *Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*, EU:C:1983:313.

Sak C-62/86, *AKZO Chemie BV mot Kommisjonen*, EU:C:1991:286.

Sak C-333/94 P *Tetra Pak International mot Kommisjonen*, EU:1996:436.

Sak C-12/03 P *Tetra Laval mot Kommisjonen*, EU:C:2005:87.

Sak C-95/04, *British Airways mot Kommisjonen*, EU:C:2007:166.

Sak 280/08 P, *Deutsche Telekom mot Kommisjonen*, EU:C:2010:603.

Sak C-52/09, *TeliaSonera mot Konkurrentverket*, EU:C:2011:83.

Sak C-209/10, *Post Danmark mot Konkurrenterådet (Post Danmark I)*, EU:C:2012:172.

Sak C-549/10 P, *Tomra Systems mot Kommisjonen*, EU:C:2012:221.

Sak C-457/10 P, *AstraZeneca mot Kommisjonen*, EU:C:2012:770.

Sak C-23/14 *Post Danmark mot Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, EC:2015:651.

Sak C-413/14 P *Intel mot Kommisjonen*, EU:C:2017:632.

Sak C-525/16, *MÉO*, EU:C:2018:270.

Underretten

Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, EU:T:2003:343.

Sak T-684/14 *Krka Tovarna Zdravil d.d mot Kommisjonen*, EU:T:2018:918.

Kommisjonsvedtak

Kommisjonsavgjørelse COMP/C-1/37.578, 37.579, L 263, 14.01.2003, *Deutsche Telekom AG*.

Kommisjonsvedtak COMP/C-3 /37.990 – *Intel*, 13. mai 2009

Norske forvaltningsvedtak

Konkurransetilsynets vedtak av 21. juni 2018, KT-2018-V20, *Telenor ASA*.

Konkurranseskjennemndas vedtak av 19. juni 2019, KTKN-2019-34, *Telenor ASA*.

Fremmed retts- og vedtakspraksis

Streetmap.EU mot Google Inc., Google Ireland Limited og Google UK Limited (2016), England and Wales High Court (EWHC) 253 (Chancery Division)

Competition and Markets Authority, sak 50236, avgjørelse av 14. mars 2019 «*Remicade*»

Øvrig kildemateriale

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, «*Analyse av markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett*» (2020).

Pressemelding fra Ice.net, «*Ice.net inngår avtale med TeliaSonera*», <https://www.ice.no/om-ice/pressemeldinger/ice.net-inngar-avtale-med-teliasonera/>, 05.02.2015, hentet 29.03.2021.

Ice, kart over befolkningsdekning per uthentingsdato, «*Dekningskart*» <https://www.ice.no/dekning/>, hentet 29.03.2021.

OECD, «*Roundtable on competition on the merits*» 2005, DAF/COMP(2005)27.

Lister over tabeller, figurer o.l.

Figur 1:

