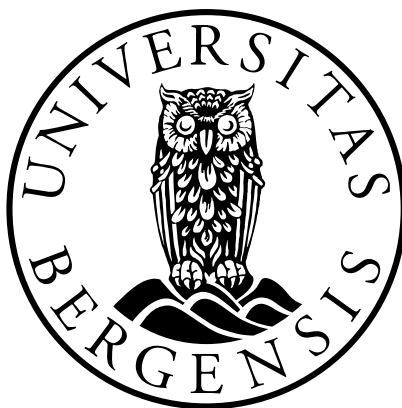


«As-efficient-competitor»-testen og -prinsippet

*Rollen til «As-efficient-competitor»-testen og -prinsippet i
vurderingen av om selvfavorisering i digitale markeder
utgjør et misbruk av dominerende stilling*

Kandidatnummer: 85

Antall ord: 14696



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1. Innledning	4
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet	4
1.2 Avgrensning, rettskildebilde og forholdet mellom EU/EØS-rett og norsk konkurranserett	6
1.2.1 Digital Markets Act	6
1.2.2 Rettskildebilde - Generaladvokatenes innstillinger, Veiledningen, EU-rettspraksis	7
1.2.3 EU/EØS-rett og forholdet til norsk konkurranserett	8
2. Konkurranseloven § 11	9
2.1 Presentasjon og utpensling av krrl. § 11	9
2.2 Fra en formbasert til en virkningsbasert vurdering	10
2.3 Hva innebærer en konkurransebegrensende virkning?	12
3. AEC-testen	14
3.1 Innhold	14
3.2 Anvendelsesområde	15
3.3 Vekt	17
4. AEC-prinsippet	19
4.1 Innledende om AEC-prinsippet.....	19
4.2 Anvendelsesområdet til AEC-prinsippet	20
4.3 AEC-prinsippet og kravet til ytelsesbasert konkurranse	22
4.3.1 Relasjonen mellom AEC-prinsippet og ytelsesbasert konkurranse	23
4.4 AEC-prinsippet som et verktøy for å fastslå årsakssammenheng	24
4.5 Replicability-testen fra <i>SEN</i>	26
4.5.1 Innledende om replicability-testen som et utslag av AEC-prinsippet.....	26
4.5.2 <i>TeliaSonera</i> som støtte for replicability-testen?	27
4.5.3 Unyansert tolkning av <i>Bronner</i>	27
4.5.4 Anvendes replicability-testen i subsumsjonen?	28
5. Tilfeller der AEC-prinsippet og -testen har liten til ingen betydning – når de mindre effektive konkurrentene har en konkurransefremmende funksjon	29
6. Hvordan kan AEC-prinsippet anvendes ved selvfavorisering i digitale markeder?	32
7. Særtrekk ved digitale markeder	33
8. Hva er selvfavorisering?	35

9. Selvfavorisering og ytelsesbasert konkurranse	36
10. Hvordan operasjonalisere AEC-prinsippet ved selvfavorisering i digitale markeder?.....	38
10.1 Innledning.....	38
10.2 Testen utformet av Gaudin og Mantzari	39
10.3 Analyse av testen til Gaudin og Mantzari	41
10.3.1 Ressursbesparende?.....	41
10.3.2 Grad av presisjon.....	42
10.3.3 Forutberegnelighet	42
10.3.3 Oppsummerende refleksjoner rundt testen til Gaudin og Mantzari	43
11. Avslutning.....	44
Litteraturliste.....	46

1. Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Temaet for masteroppgaven er rollen til «as-efficient-competitor» (AEC)-testen og -prinsippet i spørsmålet om selvfavorisering anses som misbruk av dominerende stilling.¹ Selvfavorisering innebærer handlinger hos dominerende foretak som favoriserer egne produkter eller tjenester fremfor konkurrentene sine, og har vist seg særlig aktuelt i digitale markeder. Med dette som bakteppe er oppgavens problemstilling: «**Hvilken rolle har As-efficient-competitor-testen og -prinsippet i vurderingen av om selvfavorisering i digitale markeder utgjør et misbruk av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11?**».

Konkurranseloven (Krrl). § 11 forbyr «utilbørlig utnyttelse» av et foretak sin «dominerende stilling». Hvilke rettslige grenser bestemmelsen setter for handlingsrommet til dominerende foretak er i stadig utvikling. Vurderingen av «utilbørlig utnyttelse» avhenger ikke bare av hvilken markedsatferd som er gjeldende, men av betydning er også type marked og grad av markedsrett hos det dominerende foretaket.² Derfor kan det være utfordrende for konkurransemyndighetene og det dominerende foretaket å fastslå hvilken markedsatferd som går klar av forbudsbestemmelsen, siden spørsmålet i stor grad beror på en konkret skjønnsmessig vurdering. Ikke minst reises uavklarte spørsmål i lys av den digitale utviklingen som medbringer nye typer markedsatferd, herunder selvfavorisering. Av mangel på rettspraksis som direkte regulerer selvfavorisering, er det nødvendig å finne andre rettsregler som kan være veiledende i spørsmålet om selvfavorisering anses som «utilbørlig utnyttelse» av en dominerende stilling. Det er her AEC-testen og -prinsippet trekkes frem som retningslinjer.

Helt overordnet er AEC-testen og -prinsippet en presumsjon om at ekskludering av en *hypotetisk like effektiv konkurrent* vil ha en konkurransebegrensende virkning.³ Altså fokuserer både AEC-testen og -prinsippet på virkningen av det dominerende foretakets atferd, ved å analysere hvilke konkurrenter som potensielt ekskluderes. Begrunnelsen er at beskyttelse av like effektive konkurrenter ivaretar konkurransen, og ikke konkurrentene som

¹ I fremstillingen brukes den norske oversettelsen «selvfavorisering» fremfor det engelske uttrykket «self-preferencing».

² Se oppgavens punkt 2 som utdyper om vilkåret «utilbørlig utnyttelse» i krrl. § 11.

³ Se også EU-Kommisjonens Veiledning fra 2009 avsnitt 23, som fastslår at «the Commission will generally intervene where the conduct concerned has already been or is capable of hampering competition from competitors which are considered to be as efficient as the dominant undertaking». Merk at dette er den reviderte versjonen av veiledningen annonsert av EU-Kommisjonen den 27. mars 2023.

sådan. Det er nemlig konkurransen, og ikke ineffektive konkurrenter, som sikrer forbrukere lave priser, utvalg og innovasjon i varer og tjenester.⁴ Beskyttelse av ineffektive konkurrenter kan derfor føre til en håndhevelse av konkurranseloven i strid med dens formål.⁵

En dom som er særlig aktuell for spørsmålet om rollen til AEC-testen og -prinsippet for selvfavorisering i digitale markeder, er *Google Shopping*.⁶ Dommen føyer seg inn i rekken av konkurranserettslige dommer innenfor rammen av digitale markeder. Digitale markeder har flere særpreg, eksempelvis datadrevne fordeler, nettverkseffekter og høye etableringshindringer, som igjen reiser uavklarte konkurranserettslige problemstillinger, noe som utdypes under oppgavens punkt 7.

I *Google Shopping* ble Google dømt etter TEUV artikkel 102 for misbruk av dominerende stilling på markedet for generelle søkemotorer, da Google favoriserte egen sammenlignende shoppingservice (heretter «SSS») kalt Google Shopping,⁷ på bekostning av konkurrentenes SSS.⁸ Mer spesifikt brukte Google rangeringsalgoritmer som plasserte Google Shopping iøynefallende øverst på resultatlisten etter søk på Googles generelle søkemotor, samtidig som konkurrentens SSS ble plassert langt ned som et alminnelig søkeresultat i blå linker.⁹

Et av tvistepunktene i dommen, er hvilken rolle AEC-testen og -prinsippet har i spørsmålet om Googles selvfavorisering anses som misbruk av dominerende stilling i strid med TEUV artikkel 102. Google anførte at «[...] *the Commission had also failed to show that comparison Shopping services competing with Google that had experienced difficulties were as efficient as Google or that they had exerted significant competitive pressure on prices or innovation. Such proof was necessary, even though the alleged abuse was not price-related. [...] The disappearance of less efficient or non-competitive competitors is a normal market situation, [...] Article 102 TFEU is not designed to protect inefficient undertakings.*» (min utheving). Denne anførselen avvises av Underretten som fastholder at «[...] *The use of the as-efficient-competitor test is warranted in the case of pricing practices (predatory pricing or*

⁴ Evensen og Sæveraas (2009) s. 333 og OECD Policy Roundtable (2005) s. 20. Hva angår forbrukerperspektivet for norsk konkurranserett, fremheves også forbrukerinteressen som et overordnet mål med konkurranseloven i krrl. § 1 annet ledd. Også EU-domstolen har autorisert forbrukervelferden som et overhengende hensyn, se eksempelvis *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 24, *Post Danmark I* [GC] C-209/10, avsnitt 20 og *Post Danmark II* [C5] C-23/14, avsnitt 69.

⁵ Se formålet i krrl. § 1.

⁶ *Google Shopping*, T-612/17.

⁷ SSS er en internettjeneste som gir en oversiktlig liste over online selgere og markeds plasser etter søk på et konkret produkt eller tjeneste. Slik fungerer SSS som et mellomledd mellom selgere og potensielle kjøpere, se beskrivelsen i *Google Shopping*, T-612/17, avsnitt 3.

⁸ *Ibid* avsnitt 58.

⁹ *Ibid* avsnitt 369 og avsnitt 167.

a margin squeeze, for example) [...] In the present case, the practices at issue are not pricing practices» (min utheving).¹⁰

Utdragene fra dommen viser at domstolen avviser *AEC-prinsippets* anvendelse ved å vise til at *AEC-testen* ikke er relevant ved ikke-prisbasert misbruk. At domstolen synes å blande prinsippet og testen, kan sies å illustrere at det ikke foreligger bred enighet om det nærmere kvalitative innholdet eller anvendelsesområdet for hverken testen eller prinsippet. Det er dette oppgaven skal avklare nærmere.

1.2 Avgrensning, rettskildebilde og forholdet mellom EU/EØS-rett og norsk konkurranserett

1.2.1 Digital Markets Act

Det avgrenses mot Digital Markets Act (Forordning om digitale markeder),¹¹ som også regulerer selvfavorisering i digitale markeder.¹² Imidlertid regulerer ikke forordningen selvfavorisering uttømmende, da anvendelsesområdet til forordningen er klart begrenset til en spesifikk type foretak. Mer presist gjelder forordningen for foretak som oppfyller vilkårene for å få karakteristikken «gatekeeper» etter kapittel 2. «Gatekeeper» omfatter de foretakene som har en «significant impact on the internal market»,¹³ noe som er oppfylt for foretak som er aktive i minst tre medlemsstater, med en årlig omsetning på minst 7,5 milliarder euro eller en markedsverdi på minst 75 milliarder euro.¹⁴ I tillegg må de operere en «core platform service», som omfatter digitale plattformer med minst 45 millioner aktive EU-forbrukere og 10 000 årlige profesjonelle brukere,¹⁵ og denne posisjonen må være stabil og varig, noe som antas dersom overnevnte tall var oppnådd de siste tre årene.¹⁶

For foretak som ikke oppfyller disse vilkårene, vurderes de rettslige grensene for selvfavorisering utelukkende etter TEUV artikkel 102, utfylt med rettspraksis fra EU-domstolen og Underretten (heretter «EU-rettspraksis») samt andre relevante rettskilder. Med tanke på de høye terskelverdiene som må være oppfylt for å anses som «gatekeeper», vil nok dette gjelde for et stort antall foretak.

¹⁰ *Google Shopping* avsnitt 538.

¹¹ Forordningen er per april 2023 ikke gjennomført i norsk rett, men under behandling i EØS-komiteen for å avklare om rettsakten skal innlemmes i EØS-avtalen.

¹² Digital Markets Act artikkel 6 (5).

¹³ *Ibid* artikkel 3 paragraf 2 bokstav a.

¹⁴ *Ibid*.

¹⁵ *Ibid* artikkel 3 paragraf 2 bokstav b.

¹⁶ *Ibid* artikkel 3 paragraf 2 bokstav c.

1.2.2 Rettskildebilde - Generaladvokatenes innstillinger, Veiledningen, EU-rettspraksis

Det er nødvendig å kommentere innholdet av og vekten til Generaladvokatenes innstillinger, da det henvises til enkelte innstillinger i oppgaven. Helt generelt er Generaladvokater formelle medlemmer av EU-domstolen.¹⁷ Innstillingene består av tolkningsuttalelser som gis i forkant av viktige saker til behandling i EU-domstolen, og skal inneholde forslag til hvordan saken bør avgjøres, med en utførlig begrunnelse for dette resultatet.¹⁸ Den rettskildemessige vekten til innstillingene er omdiskutert i juridisk teori. Fredriksen og Mathisen tar til orde for at det er riktigst å anse dem som viktige tolkningsbidrag for EU-rettspraksisen, men kan isolert sett vanskelig sies å ha rettskildemessig vekt.¹⁹ Motsatt mener Broberg og Fenger, at de har selvstendig rettskildemessig vekt på lik måte som obiter dicta i dommer.²⁰ Uten at det er nødvendig å avklare vekten innenfor rammen av denne oppgaven, er det nok klart at innstillingene vil være relevante som rettskilde hvis man tolker dem i lys av den etterfølgende dommen.²¹ Eksempelvis i tilfeller der dommen følger opp argumentene i innstillingene, så kan innstillingens mer utførlige redegjørelse brukes som en tolkningskilde for å klargjøre dommens innhold.

I oppgaven blir EU-kommisjonens Veiledning fra 2009 (Veiledningen) også referert til.²² Derfor er det av relevans å avklare den rettskildemessige vekten til Veiledningen. Her har *Post Danmark II* avklart at Veiledningen «*merely sets out the Commission's approach as to the choice of cases that it intends to pursue as a matter of priority; accordingly, the administrative practice followed by the Commission is not binding on national competition authorities and courts*».²³ Formelt er altså Veiledningen et prosessuelt hjelpemiddel for EU-kommisjonen i håndhevingen av misbruksbestemmelsen. Hverken nasjonale konkurransemyndigheter eller domstolene på nasjonalt og EU-nivå er bundet av Veiledningen, noe som samsvarer med den grunnleggende ansvarsfordelingen mellom EU-domstolen og EU-kommisjonen i EU-systemet.²⁴ Veiledningen har altså ikke selvstendig rettskildemessig vekt, og kan ikke isolert brukes som en rettskilde for å avklare gjeldende

¹⁷ Se TEUV artikkel 252.

¹⁸ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 188.

¹⁹ Ibid s. 355.

²⁰ Broberg og Fenger (2021) s. 410.

²¹ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 355.

²² Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02).

²³ *Post Danmark II* [C5] C-23/14, avsnitt 52.

²⁴ Se TEU artikkel 13.

rett. Likevel er det relevant å ta Veiledningen i betraktning, særlig i tilfeller der EU-rettspraksis autoriserer Veiledningens innhold.

Videre vil rettspraksis fra EU-domstolen og Underretten få stor plass i oppgaven.²⁵ Særlig rettspraksis fra Underretten er sentral på konkurranserettens område,²⁶ da Underretten behandler alle søksmål mot EU-kommisjonen.²⁷ Underrettens avgjørelser kan ankes til EU-domstolen, men ankemuligheten er begrenset til rettsanvendelsen. At EU-domstolen har siste ord vedrørende rettsanvendelsen i saken senker den rettskildemessige vekten til Underrettspraksis. Imidlertid betyr ikke dette at Underrettspraksis har liten rettskildemessig vekt. For eksempel skriver Fredriksen og Mathisen at dommer fra Underretten anses som en «viktig kilde til forståelsen av gjeldende EU-rett».²⁸

I den forbindelse er det viktig å nevne at *Google Shopping* er avsagt av Underretten, og anket til EU-domstolen,²⁹ som per april 2023 ikke har avsagt endelig dom i saken. Ettersom dommen ikke er rettskraftig kan den ikke legges til grunn som en avgjørende rettskilde for denne oppgavens problemstilling. Dommen vil likevel være relevant for oppgaven, da den er svært illustrerende for flere av problemstillingene som reises i relasjon til AEC-prinsippet og AEC-testen i digitale markeder.

1.2.3 EU/EØS-rett og forholdet til norsk konkurranserett

Helt overordnet er krrl. § 11 nærmest en tro kopi av EØS-avtalen artikkel 54, som igjen speiler TEUV artikkel 102.³⁰ Dette innebærer at konkurranseloven skal tolkes i samsvar med de likelydende bestemmelsene i EØS- og EU-retten, i tråd med homogenitetsprinsippet.³¹ For å oppnå harmonisert regelverk er det nødvendig å tolke relevant EU- og EØS-rettspraksis i anvendelsen av krrl. § 11, noe som er bekreftet av Høyesterett.³² Likevel er det rom for nasjonale tilpasninger i tolkningen av krrl. § 11 i tilfeller formål, virkeområde eller øvrig rettskildebildet tilsier en avvikende tolkning.³³

²⁵ Underretten tilsvare The General Court, og EU-domstolen tilsvare The Court of Justice.

²⁶ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 192.

²⁷ EU-kommisjonen har hovedansvar for å implementere, utvikle og håndheve konkurranserettslige regler, se TEUV artikkel 105 og Fredriksen og Mathisen (2022) s. 181.

²⁸ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 356.

²⁹ Anke avgitt av Google LLC og Alphabet Inc. den 20. januar 2022, C-48/22 P.

³⁰ Se Ot.prp.nr 6 (2003-2004) s. 225.

³¹ Ibid.

³² HR-2011-1251-A.

³³ Ot. Prp. Nr. 6 (2003-2004) s. 224.

2. Konkurranseloven § 11

2.1 Presentasjon og utpensling av krrl. § 11

Krrl. § 11 oppstiller forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Bestemmelsen består av to ledd, der første ledd anviser forbudsbestemmelsen, og annet ledd en opplisting av eksempler på markedsatferd som typisk er forbudt. Oppgaven avgrenser mot annet ledd, da ingen av eksemplene i opplistingen er relevante for problemstillingen. Heller ikke innholdet i det andre vilkåret «dominerende stilling» i første ledd, behandles i oppgaven.

I krrl. § 11 første ledd fastslås at «et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt».³⁴ I tråd med andre EU-språkversjoner brukes heller begrepet «misbruk» fremfor «utilbørlig utnyttelse» i fremstillingen, uten at det innebærer annet meningsinnhold.³⁵

Ordlyden «utilbørlig utnyttelse» gir begrenset veiledning, og EU-domstolen har utpenslet det nærmere innholdet i vilkåret. Den generelle definisjonen av ekskluderende misbruk ble først formulert i *Hoffman-laRoche*, og har blitt gjentatt i flere dommer siden.³⁶ Ekskluderende misbruk ble definert på følgende måte:

*«An objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition» (min utheving).*³⁷

Ekskluderende misbruk deles altså inn i to hovedelementer. Først må det foreligge en type markedsatferd som potensielt anses som misbruk. Det gjelder i tilfeller foretaket har anvendt

³⁴ EØS-avtalen artikkel 54 har lik ordlyd, og kommer til anvendelse ved siden av krrl. 11 dersom markedsatferden «kan påvirke handelen mellom avtalepartene», jf. artikkel 54, jf. EØS-konkurranseloven § 7 som regulerer forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og norsk konkurranserett.

³⁵ Dette begrepet er også veletablert i norsk konkurranserett, og har det samme meningsinnholdet, se eksempelvis «abuse» og «misbruk» etter den engelske og danske språkversjonen.

³⁶ Se eksempelvis *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 174 og *British Airways* [C3] C-95/04, avsnitt 66.

³⁷ *Hoffman-LaRoche* [C5] C-85/76, avsnitt 91.

metoder som ikke anses som «normal competition», som senere er blitt omformulert til spørsmålet om det er konkurrert ytelsesbasert.³⁸

Deretter må man vurdere om den aktuelle markedsatferden har en faktisk eller potensiell konkurransebegrensende virkning for å fastslå misbruk, som beskrevet i den siste setningen i *Hoffman-LaRoche*-definisjonen. Til dette spørsmålet har EU-domstolen utviklet atferdsspesifikke tester for å fastslå om man står overfor en markedsatferd som er antatt å medføre konkurransebegrensende virkning.³⁹ Avhengig av hvilken atferdsspesifikk test som kommer til anvendelse, må det videre suppleres med en konkret virkningsvurdering for å konkludere om den aktuelle markedsatferden faktisk anses som misbruk.⁴⁰ I hvilken grad virkningsvurderingen krever en konkret virkningsanalyse *utover* en atferdsspesifikk test har vært gjenstand for utvikling, noe som skal utdypes i neste punkt.

Dersom ingen atferdsspesifikke tester passer på atferden i saken, beror misbruksspørsmålet på en konkret vurdering av sakens omstendigheter for å fastslå om markedsatferden har en konkurransebegrensende virkning.⁴¹ Loven stenger ikke for en slik tolkning, gitt misbruksvilkårets vide ordlyd og oppstillingen i krrl. § 11 annet ledd som ikke er uttømmende.

Det er i vurderingen av konkurransebegrensende virkning at AEC-testen og -prinsippet kommer til anvendelse. Derfor utgreies kravet til konkurransebegrensende virkning mer inngående under punkt 2.2 og 2.3.

2.2 Fra en formbasert til en virkningsbasert vurdering

AEC-testen og -prinsippet retter seg mot markedsatferdens ekskluderende potensiale på de hypotetisk like effektive konkurrentene, og er følgelig del av den virkningsbaserte tilnærmingen til misbruksspørsmålet. For å plassere testen og prinsippet i en større rettslig kontekst er det hensiktsmessig å utdype utviklingen fra en formbasert til en virkningsbasert tilnærming til spørsmålet om misbruk.

³⁸ Se eksempelvis *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 177 og *Post Danmark I* [GC] C-209/10, avsnitt 22.

³⁹ Se marginskvis i *TeliaSonera* [C3] C-52/09, rovprising i *AZKO* [C5] C-62/86, eller rabattordning i *Intel* [GC] C-413/14.

⁴⁰ *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 64, *Post Danmark I* [GC] C-209/10, avsnitt 44, *Intel* [GC] C-413/14 avsnitt 138 og *Generics* [C5] C-307/18, avsnitt 154.

⁴¹ *British Airways* [C3] C-95/04, avsnitt 58-59 og 64.

I prinsippet har misbruk alltid inneholdt et krav om konkurransebegrensende virkning, som illustrert av den siste setningen i definisjonen av ekskluderende misbruk i *Hoffman-LaRoche*.⁴² Hvordan man anser virkningskravet som oppfylt har imidlertid vært gjenstand for en utvikling i rettspraksis. Tidligere gjaldt en formbasert tilnærming til spørsmålet om misbruk, som innebar at det var forhåndsdefinerte former for markedsatferd som i seg selv var ansett som konkurransebegrensende.⁴³ Konkurransebegrensende virkning ble altså utledet basert på markedsatferdens form alene, og det var ikke nødvendig med en konkret vurdering av markedssituasjonen for å fastslå at slik virkning faktisk inntraff.⁴⁴

Nyere rettspraksis viser en utvikling der markedsatferdens form får mindre betydning i spørsmålet om virkning, ved at konkurransebegrensende virkning ikke lenger kan antas på basis av atferdens form.⁴⁵ I stedet beror virkningsspørsmålet på en konkret helhetsvurdering av sakens fakta, særlig ved bruk av økonomiske analyser.⁴⁶ Det skal også påpekes at utviklingen fra en formbasert til en virkningsbasert misbruksvurdering ble drevet frem med Veiledningen som et sentralt bakteppe.⁴⁷

Særlig sentralt for denne oppgaven, er at det også gjelder et krav om en konkret vurdering av konkurransebegrensende virkning for å fastslå misbruk i digitale markeder. Dette illustreres av *Google Shopping*, der Underretten fastslår at «*in order to find that Google had abused its dominant position, the Commission had to demonstrate the – at least potential – effects attributable to the impugned conduct of restricting or eliminating competition on the relevant markets*».⁴⁸ Også *Google Android* understøtter en slik virkningsbasert tilnærming i digitale markeder.⁴⁹

En styrke ved en konkret vurdering av konkurransebegrensende virkning, er at det forebygger såkalte falske positive og falske negative.⁵⁰ Falske positive foreligger når markedsatferd som i realiteten ikke har konkurransebegrensende virkning, men riktigere en nøytral eller positiv virkning på konkurransen, likevel anses som misbruk. Falske negative innebærer at det ikke

⁴² Se oppgavens punkt 2.

⁴³ En slik formbasert tilnærming forklares nok også av TEUV artikkel 102 andre ledd som oppstiller visse typer markedsatferd som typisk konkurranseskadelige, og Jessen (2017) s. 70 sin beskrivelse av den formbaserte tilnærmingen.

⁴⁴ Se eksempelvis *Tomra* [C3] C-549/10, avsnitt 68, *Hoffman-LaRoche* [C5] C-85/76, avsnitt 89.

⁴⁵ Se eksempelvis *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 64, *Post Danmark II* [C5] C-23/14, avsnitt 67-68, *Intel* [GC] C-413/14 avsnitt 138, *Microsoft*, T-201/04, avsnitt 1035.

⁴⁶ Jessen (2017) s. 5.

⁴⁷ *Ibid*, og Østerud (2010) s. 68.

⁴⁸ *Google Shopping*, T-612/17, avsnitt 441.

⁴⁹ *Google Android*, T-604/18, avsnitt 295.

⁵⁰ Se Jessen (2017) s. 69 og Østerud (2010) s. 19.

slås ned på markedsatferd som potensielt *har* en konkurransebegrensende virkning.⁵¹ Faren for falske positive reduseres ved at det foretas en konkret vurdering av virkningen, i stedet for at det antas at virkning foreligger utelukkende basert på type markedsatferd. Falske negative minimeres ved at en dynamisk virkningsbasert tilnærming gir rom for å slå ned på markedsatferd som ikke passer inn i de forhåndsdefinerte misbruksformene, men som likevel medfører en potensiell konkurranseskade.

Mens en fordel med den virkningsbaserte tilnærmingen er mer treffsikker håndheving på markedsatferd som faktisk har en konkurransebegrensende virkning, kan en ulempe sies å være svekket forutberegnelighet. I motsetning til den virkningsbaserte tilnærmingen, gjorde den formbaserte tilnærmingen det enklere for foretak å operere i samsvar med konkurransereglene, så lenge man unngikk markedsatferd som på forhånd var bedømt som konkurranseskadelig.

En annen svakhet med den virkningsbaserte tilnærmingen knytter seg til bruken av ressurser. En virkningsbasert vurdering er mer ressurskrevende enn den formbaserte, da det trengs grundigere informasjon om markedsstrukturen og aktørene på markedet, og til dels avanserte økonomiske analyser, for å konkludere på misbruksspørsmålet.⁵²

2.3 Hva innebærer en konkurransebegrensende virkning?

Det er hensiktsmessig å konkretisere hva konkurransebegrensende virkning innebærer. Til forskjell fra virkningsvurderingen etter TEUV artikkel 101 er det ikke nødvendig etter TEUV artikkel 102 å bevise at den konkurransebegrensende virkningen er merkbar,⁵³ her forstått som omfangsrik eller betydelig.⁵⁴ Begrunnelsen er nok at TEUV artikkel 102 gjelder for foretak i dominerende stilling, og da vil enhver identifisert konkurransebegrensende virkning automatisk nå opp til merkbarhetsterskelen.⁵⁵

Videre er det sentralt å påpeke at det ikke gjelder krav om en faktisk virkning, da en *potensiell* virkning er tilstrekkelig.⁵⁶

⁵¹ Mandorff og Sahl (2013) s. 5.

⁵² Se Østerud (2010) s. 22.

⁵³ Etter den såkalte de minimis-doktrinen, se *Franz Völk v S.P.R.L* [C5] C-5/69, avsnitt 5.

⁵⁴ *Post Danmark II* [C5] C-23/14 avsnitt 73 og 74.

⁵⁵ Et mulig unntak her er tilfeller den konkurransebegrensende virkning inntreffer i et marked der foretaket ikke har dominerende stilling. For eksempel Jessen tar til orde for at det må bevises at virkningen også var merkbar, se Jessen (2017) s. 60.

⁵⁶ At det kun kreves en potensiell virkning må anses som sikker rett, se eksempelvis *British Airways* [C3] C-95/04, avsnitt 93, *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 62, *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 252.

For å klargjøre innholdet av «konkurransbegrensende virkning» er Veiledningen relevant. Veiledningen fastslår at konkurransbegrensende virkning foreligger i tilfeller der markedsatferden forhindrer «*effective competition by foreclosing their competitors in an anti-competitive way*».⁵⁷ Slik «anti-competitive foreclosing» forekommer i tilfeller der markedsatferden til det dominerende foretaket «*adversely impacts an effective competitive structure*».⁵⁸ Denne definisjonen av konkurransbegrensende virkning følger av EU-rettspraksis.⁵⁹

Med andre ord må to forhold foreligge for å fastslå konkurransbegrensende virkning: både en innvirkning på konkurransstrukturen, og slik innvirkning på konkurransstrukturen må ha et konkurransbegrensende element.⁶⁰

Innvirkning på konkurransstrukturen omfatter klart de tilfeller konkurrenter blir utestengt fra markedet, enten ved at potensielle konkurrenter forhindres fra å etablere seg på det aktuelle markedet, eller ved at etablerte konkurrenter presses ut av markedet.⁶¹ I tillegg omfattes tilfeller der etablerte konkurrenters muligheter til å hevde seg i konkurransen vanskeliggjøres, altså der ekspansjon forhindres.⁶² Med andre ord kreves ikke en *fullstendig* utestengelse fra markedet for å fastslå innvirkning på konkurransstrukturen.

Deretter må det påvises at en slik ekskludering eller forhindring av ekspansjon har en negativ virkning på konkurransen som sådan, altså et konkurransbegrensende element. EU-rettspraksis har fastslått at spørsmålet om konkurransbegrensende virkning beror på en konkret helhetsvurdering, der «*all the circumstances*» i saken må tas i betraktning.⁶³ Det er nettopp i denne vurderingen at AEC-testen og AEC-prinsippet kan komme til nytte som retningslinjer. Under neste punkt skal innholdet, anvendelsesområde og vekten til AEC-testen utdypes, deretter rettes fokuset mot AEC-prinsippet.

⁵⁷ Se Veiledningen avsnitt 19. Merk at dette er den reviderte versjonen av Veiledningen annonsert av Kommissjonen den 27. mars 2023.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ *Unilever* [C5] C-680/20, avsnitt 36 og *SEN* [C5] C-377/20, avsnitt 68.

⁶⁰ Jessen (2017) s. 46.

⁶¹ *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P avsnitt 177, *British Airways* avsnitt 68 og Evensen og Sæveraas (2009) s. 332.

⁶² *Hoffman-LaRoche* [C5] C-85/76, avsnitt 91, *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 252 og 253, *British Airways* [C3] C-95/04, avsnitt 68.

⁶³ *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 28, *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 175 og *Post Danmark I* [GC] C-209/10, avsnitt 26.

3. AEC-testen

3.1 Innhold

AEC-testen består av en økonomisk analyse av forholdet mellom kostnads- og prisnivået til det dominerende foretaket, og om foretaket priser under kostnadsnivået.⁶⁴ Siktemålet med testen er å avklare om en hypotetisk like effektiv konkurrent er i stand til å konkurrere med profitt på markedet, på tross av prissettingen til det dominerende foretaket. Dersom resultatet av testen viser at en hypotetisk like effektiv konkurrent ikke kan operere med profitt, kan prissettingen ha en potensiell konkurransebegrensende virkning.⁶⁵

Kostnadsterskelen beregnes etter summen av gjennomsnittlige uunngåelige kostnader (AAC) og summen av langsiktige gjennomsnittlige meromkostninger (LRAIC).⁶⁶ Typisk vil LRAIC være høyere enn AAC, da kostnader for en lengre tidsperiode inngår i LRAIC sammenlignet med AAC.⁶⁷ Som en klar hovedregel vil like effektive konkurrenter kunne konkurrere med fortjeneste dersom det dominerende foretaket setter priser over LRAIC, men ikke ved priser under AAC.⁶⁸ I tilfeller av prising mellom AAC og LRAIC, vil EU-kommisjonen ta i betraktning andre faktorer for å bedømme den utestengende effekten på like effektive konkurrenter.⁶⁹

AEC-testen bygger på et rasjonale om at det dominerende foretaket ikke skal bli straffet for å ha lavt kostnadsnivå, og slik kunne ta lavere priser enn konkurrentene.⁷⁰ Det må anses fordelaktig, og til og med ønskelig fra et forbrukerperspektiv, at foretaket kan senke prisen ned til eget kostnadsnivå uten å tenke på kostnadsnivået til konkurrentene. Imidlertid slår ikke forbrukerhensynet til i tilfeller hvor foretaket priser under eget kostnadsnivå, da konsekvensen av slik prissetting kan være ekskludering av like effektive konkurrenter som opererer med tilsvarende kostnader. Slik prissetting kan på kort sikt være positivt for forbrukerne, men ha negative konsekvenser på lang sikt siden det dominerende foretaket kan

⁶⁴ Enkelte ganger blir AEC-testen omtalt som «equal efficient competitor-test», uten å innebære annet meningsinnhold, se eksempelvis *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 178.

⁶⁵ Veiledningen avsnitt 27-29 for beskrivelsen av AEC-testen, se også *Post Danmark II* [C5] C-23/14, avsnitt 53-55.

⁶⁶ Veiledningen avsnitt 26.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid. Se også Jessen (2017) omtale prising over LRAIC som «a general safe harbour» på s. 143.

⁶⁹ Veiledningen avsnitt 44.

⁷⁰ Jessen (2017) s. 138.

skru opp prisene når det ikke lenger må hensynta potensiell kundeflukt til konkurrenter som nå er blitt utestengt fra markedet.⁷¹

Videre har EU-domstolen utviklet varianter av AEC-testen tilpasset den konkrete markedsatferden i saken.⁷² Testen er i sin enkleste form i rovprisingsaker, som kun inkluderer foretakets egne priser og kostnader, slik testen er presentert i avsnittet over. En justering av testen foretas i marginskvissaker der kostnadene også inkluderer oppstrømspriser som konkurrenter må betale til det dominerende foretak for å operere på nedstrømsmarkedet. Altså dekker kostnaden i testen både kostnaden til det dominerende foretaket, og prisen konkurrenter må betale til det dominerende foretaket for å operere i nedstrømsmarkedet. Hvis ikke testen skulle tatt høyde for den reelle kostnaden for konkurrenter å operere på nedstrømsmarkedet, men kun sett på kostnaden til det dominerende foretaket, ville det gitt et kunstig lavt kostnadsnivå for en hypotetisk like effektiv konkurrent.⁷³ Med en slik justering sikres altså en reell vurdering av kostnadene til en hypotetisk like effektiv konkurrent i nedstrømsmarkedet.

At AEC-testen kan tilpasses etter ulike typer prisbasert misbruk må sies å være en av styrkene til testen.⁷⁴ En annen styrke ved AEC-testen er at den sikrer forutberegnelighet for foretaket, fordi foretaket kun trenger kunnskap om egne kostnader og egne priser for å ta stilling til om atferden er lovlig.⁷⁵ Med testen får altså det dominerende foretaket et økonomisk verktøy for å evaluere på forhånd om foretaket misbruker sin dominerende stilling. Økt forutberegnelighet kan igjen komme forbrukerne til gode, ved at det dominerende foretaket utnytter det lovlige handlingsrommet fullt ut, og ikke er for tilbakeholdne når de presser ned prisene av frykt for sanksjoner fra konkurransemyndighetene.⁷⁶

3.2 Anvendelsesområde

Et annet spørsmål gjelder anvendelsesområdet til AEC-testen. Altså har AEC-testen generell anvendelse på tvers av samtlige atferdstyper, eller er den forbeholdt bestemte atferdstyper?

⁷¹ Østerud (2010) s. 60.

⁷² *Unilever* [C5] C-680/20, avsnitt 56.

⁷³ Se for eksempel *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 41-43.

⁷⁴ Også i rabattsaker introduseres en annen variant av AEC-testen, se Veiledningen avsnitt 41

⁷⁵ *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 202, *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 44, og Jessen (2017) s. 140.

⁷⁶ Jessen (2017) s. 6.

Til dette spørsmålet uttrykker Veiledningen at AEC-testen brukes ved prisbasert misbruk, eksempelvis ved rovprising, marginsvis og rabatter.⁷⁷

Veiledningens forståelse er i tråd med EU-rettspraksis. Første gang AEC-testen nevnes i EU-rettspraksis, er i *AZKO* der rovprising var den aktuelle atferdstypen.⁷⁸ Her fastslår domstolen at prising under kostnadsnivå kan anses som misbruk av dominerende stilling, da slik prisstrategi «*can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them*».⁷⁹

Videre er *Deutsche Telekom* og *TeliaSonera* sentrale i denne sammenheng, som begge omhandlet marginsvis som misbruk.⁸⁰ EU-domstolen gir også i disse dommene sin tilslutning til Underretten som fastslo at AEC-testen er relevant i vurderingen av konkurransebegrensende virkning i marginskvissaker.⁸¹

Til sist er det grunn til å trekke frem *Post Danmark II*,⁸² som gjaldt en rabattordning for reklamepost. I denne dommen fastsetter EU-domstolen *uttrykkelig* hvilke atferdstyper AEC-testen anvendes på. Det uttales at «*the as-efficient-competitor test has been specifically applied by the Court to low-pricing practices in the form of selective prices or predatory prices*» (min utheving).⁸³

Denne gjennomgangen av EU-rettspraksis viser at AEC-testen anvendes i spørsmålet om ulike typer *prisbasert* markedsatferd har en konkurransebegrensende virkning. At EU-domstolen har forbeholdt AEC-testen til prisbasert misbruk, betyr imidlertid ikke at lik avgrensning gjelder for det mer vidtrekkende AEC-prinsippet, noe som utdypes under punkt 4.

⁷⁷ Veiledningen avsnitt 24.

⁷⁸ *AZKO* [C5] C-62/86.

⁷⁹ *Ibid* avsnitt 72. Se også *Post Danmark I* [GC] C-209/10 avsnitt 27 og 28, der EU-domstolen henviser til dette avsnittet i *AZKO* i spørsmålet om selektiv prisnedsetting var misbruk av dominerende stilling.

⁸⁰ *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P og *TeliaSonera* [C3] C-52/09

⁸¹ Henholdsvis i avsnitt 196-197, og avsnitt 40-43.

⁸² *Post Danmark II* [C5] C-23/14.

⁸³ *Ibid* avsnitt 55.

3.3 Vekt

Vedrørende vekten til AEC-testen har EU-domstolen omtalt AEC-testen som et «tool amongst others» i vurderingen av misbruk.⁸⁴ At testen ikke er avgjørende i virkningsspørsmålet, harmonerer også med EU-domstolens uttalelser om at konkurransebegrensende virkning beror på en vurdering av «all the circumstances» i saken.⁸⁵ Altså er AEC-testen ikke tilstrekkelig for å påvise en konkurransebegrensende virkning, og resultatet av AEC-testen vil være et vurderingsmoment blant flere for å konkludere på konkurransebegrensende virkning i den konkrete saken.⁸⁶

Imidlertid må vekten til AEC-testen nyanseres etter hvilken type prisbasert misbruk som gjelder, og om det foreligger en negativ eller positiv AEC-test.⁸⁷ EU-rettspraksis har vist at AEC-testen er av særlig betydning for misbruksspørsmålet i rovprising- og marginskvissaker, mens den er gitt mindre vekt i rabattsaker.⁸⁸ Eksempelvis i rovprisingssaken *AZKO*, var det tilstrekkelig for misbruksspørsmålet med en negativ AEC-test i tillegg til en påvist predasjonshensikt hos det dominerende foretaket.⁸⁹ I marginskvissaken *Deutsche Telekom* fikk AEC-testen stor plass i virkningsvurderingen,⁹⁰ og i *TeliaSonera* anerkjente domstolen igjen viktigheten av AEC-testen i marginskvissaker,⁹¹ men var samtidig tydeligere på at andre faktorer utover en AEC-test må vurderes for å fastslå konkurransebegrensende virkning.⁹² For rabattsaker beror spørsmålet om konkurransebegrensende virkning i større grad på flere momenter utover en AEC-test, herunder vilkårene for rabatten, antall kunder som dekkes av rabatten, og den konkrete markedsstrukturen.⁹³

⁸⁴ Ibid avsnitt 61.

⁸⁵ *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 28, *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 175 og *Post Danmark I* [GC] C-209/10, avsnitt 29.

⁸⁶ Se også Østerud s. 78.

⁸⁷ Se *Intel*, T-286/09, avsnitt 158 som fastslår at en negativ AEC-test er tilfeller testresultatet viser at foretaket priser under kostnadsnivået med ekskluderende potensiale på like effektive konkurrenter, mens ved en positiv AEC-test viser testresultatet at foretaket priser over kostnadsnivået, som er antatt å kun ekskludere de mindre effektive konkurrentene.

⁸⁸ Gaudin og Mantzari (2022) s. 129.

⁸⁹ *AZKO* [C5] C-62/86, avsnitt 71-72. Merk at *AZKO* bruker andre kostnadsteskler enn AEC-testen presentert i Veiledningen, uten at det har betydning for spørsmålet om vekten til AEC-testen.

⁹⁰ Se *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 198.

⁹¹ *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 43.

⁹² Se *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 67-73 som fastslår at det både er relevant å vurdere om tjenesten oppstrøms er uerstattelig for å operere i nedstrømsmarkedet, og hvor betydelig marginskvisen er.

⁹³ Se *Post Danmark II* [C5] C-23/14, avsnitt 68.

Videre hevdes det i juridisk teori at det typisk legges større vekt på en negativ AEC-test, fremfor en positiv AEC-test i vurderingen av misbruk.⁹⁴ Altså vil en negativ AEC-test gi en sterkere indikasjon på en konkurransebegrensende virkning, sammenlignet med en positiv AEC-test som hold for at det *ikke* foreligger slik konkurransebegrensende virkning. Med andre ord må en positiv AEC-test oftere understøttes av andre kvalitative eller kvantitative bevis for å fastslå at det ikke foreligger misbruk, særlig i rabattsaker.⁹⁵ Uansett beror til syvende og sist vekten til AEC-testen på en konkret vurdering av sakens fakta, og nyansering av vekten til AEC-testen i dette og forrige avsnitt må anses som generelle retningslinjer fremfor absolutte regler.

En ny utvikling vedrørende vekten til AEC-testen kom den 27. mars 2023, da EU-kommisjonen annonserte endringer av Veiledningen med umiddelbar virkning. En av de mest sentrale endringene knyttet til AEC-testen. I Veiledningen endres formuleringen fra at EU-kommisjonen «normally only» griper inn i tilfeller like effektive konkurrenter potensielt ekskluderes fra markedet, til at EU-kommisjonen «generally» griper inn i slike tilfeller.⁹⁶ Altså nedjusteres vekten til AEC-testen sammenlignet med tidligere, i den forstand at testen sjeldnere brukes som et verktøy for Kommisjonen i etterforskningsfasen av misbruk. Begrunnelsen for endringen er å koordinere Veiledningen med nyere rettspraksis som har fastslått at de mindre effektive konkurrentene kan ha en konkurransefremmende funksjon i visse tilfeller. Rollen til de mindre effektive konkurrentene skal utdypes senere i oppgaven, se under punkt 5.

At AEC-testen kun er et av flere verktøy i spørsmålet om konkurransebegrensende virkning, betyr ikke at domstolen kan forholde seg fritt til AEC-testen i tilfeller testen inngår i beslutningsgrunnlaget til EU-kommisjonen. En slik overprøvningsplikt for domstolen fremkommer av *Intel*.⁹⁷ I *Intel* var det spørsmål om lovligheten av eksklusivitetsrabatter. EU-domstolen kritiserer at Underretten unnlot å vurdere Intel sine innvendinger mot EU-kommisjonens utførelse av AEC-testen,⁹⁸ noe Underretten burde gjort siden «*the AEC test played an important role in the Commission's assessment of whether the rebate scheme at*

⁹⁴ Se Hajnovicova, Lang, Usai (2019) s. 146, og Marinova (2019) s. 129. Se fotnote 87 for beskrivelsen av en negativ og positiv AEC-test.

⁹⁵ Hajnovicova, Lang, Usai (2019) s. 146.

⁹⁶ Veiledningen avsnitt 23.

⁹⁷ *Intel* [GC] C-413/14.

⁹⁸ *Ibid* avsnitt 146.

*issue was capable of having foreclosure effects on as efficient competitors».*⁹⁹ Denne unnlåtelsen var grunn nok til å annullere avgjørelsen, og sende saken tilbake til Underretten for en ny vurdering.¹⁰⁰ Man skal være forsiktig med å påstå at disse uttalelsene generelt har forsterket AEC-testen sin rolle i virkningsvurderingen, men det som anses klart fra dommen er at AEC-testen har klar rettslig betydning i tilfeller der testen er en sentral faktor i beslutningsgrunnlaget til EU-kommisjonen.

For å oppsummere angående vekten til AEC-testen, er ikke AEC-testen vurdert isolert tilstrekkelig for å konkludere på konkurransebegrensende virkning, men anses heller som et vurderingsmoment blant flere. Videre justeres vekten etter hvilken type prisbasert atferd som foreligger, og om det foreligger en positiv eller negativ AEC-test. For øvrig viser nye endringer i Veiledningen at EU-kommisjonen nedjusterer vekten til AEC-testen som et håndhevingsverktøy.

Videre i oppgaven skal AEC-prinsippet være fokuset. Der avklares innholdet og anvendelsesområdet til prinsippet, hvilken funksjon prinsippet kan ha i virkningsvurderingen, og til sist en vurdering av hvordan prinsippet får praktisk betydning i en sak, altså hvordan man kan operasjonalisere prinsippet.

4. AEC-prinsippet

4.1 Innledende om AEC-prinsippet

Der AEC-testen er en konkret økonomisk analyse som tar sikte på å avklare om de hypotetisk like effektive konkurrentene ekskluderes, representerer AEC-prinsippet grunntanken bak testen. Mer presist at TEUV artikkel 102 skal beskytte de like effektive konkurrentene, da det er slike konkurrenter som utøver et konkurransepress, og dermed har ekskludering av disse konkurrentene en potensiell konkurransebegrensende virkning. Altså rekker AEC-prinsippet videre enn AEC-testen som heller kan anses som et utslag av prinsippet.¹⁰¹

AEC-prinsippet er også en retningslinje for EU-kommisjonen i håndhevingen av TEUV artikkel 102, der Veiledningen fastslår følgende: «*With a view to preventing anti-competitive foreclosure, the Commission will generally intervene where the conduct concerned has*

⁹⁹ Ibid avsnitt 143.

¹⁰⁰ Ibid avsnitt 147.

¹⁰¹ Se eksempelvis Gaudin og Mantzari (2022) på s. 130 betegne AEC-testen som et «mathematical expression» av AEC-prinsippet.

already been or is capable of hampering competition from competitors which are considered to be as efficient as the dominant undertaking» (min utheving).¹⁰²

En annen viktig presisering er at AEC-prinsippet dekker *potensielle* konkurrenter som hypotetisk sett er like effektive som det dominerende foretaket. Dette innebærer at man ikke må vurdere grad av effektivitet hos de faktiske konkurrentene, men det er nok å avdekke at en *hypotetisk* like effektiv konkurrent ville blitt ekskludert fra markedet som følge av det dominerende foretakets markedsatferd.¹⁰³ Ved at det ikke kreves informasjon om de faktisk ekskluderte konkurrentene, som kan sies å være vanskelig å oppdrive,¹⁰⁴ får foretaket lettere forhåndsevaluert om markedsatferden har en potensiell konkurransebegrensende virkning. Dermed bidrar AEC-prinsippet til økt forutberegnelighet.

Videre er det lagt til grunn en vid definisjon av «effektivitet» i EU-rettspraksis. En like effektiv konkurrent vil ikke kun være den like effektive konkurrenten fra et kostnadsperspektiv, men omfatter også konkurrentene som er attraktive for forbrukerne basert på utvalg, kvalitet og innovasjon.¹⁰⁵ Altså rekker AEC-prinsippet over flere konkurranseparametere, og har større nedslagsfelt enn AEC-testen som kun brukes i saker der pris er den aktuelle konkurranseparameteren. En naturlig følge av at AEC-prinsippet rekker over flere konkurranseparametere, er at anvendelsen av AEC-prinsippet ikke begrenses til prisbasert misbruk slik som AEC-testen gjør. I neste del skal anvendelsesområdet til AEC-prinsippet utdypes.

4.2 Anvendelsesområdet til AEC-prinsippet

Hva angår anvendelsesområdet til AEC-prinsippet, har EU-domstolen formulert generelle rettssetninger som tilsier at AEC-prinsippet ikke kun avgrenses til prisbasert misbruk, men er anvendelig for samtlige atferdstyper. Illustrerende er *Post Danmark I*, der det uttales at TEUV artikkel 102 *ikke* har som formål å sikre «*competitors less efficient than the undertaking with the dominant position should remain on the market. Thus, not every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition. [...] Competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market or the marginalisation of competitors that are less efficient [...]»*.¹⁰⁶ En slik kobling mellom AEC-prinsippet og selve

¹⁰² Veiledningen avsnitt 23, merk den reviderte versjonen fra 27. mars 2023.

¹⁰³ *Servizio Elettrico Nazionale [C5] C-377/20*, avsnitt 79 og *Google Shopping, T-612/17*, avsnitt 539.

¹⁰⁴ Som forøvrig også kan være problematisk sett opp mot TEUV artikkel 101.

¹⁰⁵ *Intel [GC] C-413/14*, avsnitt 134.

¹⁰⁶ *Post Danmark I [GC] C-209/10*, avsnitt 21 og 22.

formålet med TEUV artikkel 102, gjenfinnes også i *Intel*.¹⁰⁷ Ved at EU-domstolen kobler AEC-prinsippet til formålet med TEUV artikkel 102, kan det argumenteres for at prinsippet gjøres anvendelig for alle atferdstyper, og ikke kun begrenset til prisbasert atferd.

Enda tydeligere hva gjelder anvendelsesområdet til AEC-prinsippet er *Servicio Elettrico Nazionale (SEN)*¹⁰⁸. Denne dommen kan sies å være banebrytende i den forstand at EU-domstolen for første gang uttrykkelig bekrefter anvendelsesområdet til AEC-prinsippet i relasjon til ikke-prisbasert markedsatferd. Av den grunn skal mer av saksforholdet i dommen belyses i det følgende.

Kort fortalt handler *SEN* om foretakskonsernet Enel Group som utnyttet brukerdata innsamlet gjennom dets tidligere statlige monopol på kraftmarkedet. Da markedet åpnet for konkurranse, var det kun datterselskapet av konsernet som fikk tilgang til nevnte brukerdata, og det ble hevdet at slik forskjellsbehandling medførte omfattende etableringshindringer for konkurrenter. På denne bakgrunn var spørsmålet om slik forskjellsbehandling kunne anses som misbruk av dominerende stilling.¹⁰⁹

Domstolen fastslår at

*«the relevance of the material or rational impossibility for a hypothetical competitor, which is as efficient but not in a dominant position, to imitate the practice in question, in order to determine whether that practice is based on means that come within the scope of competition on the merits, is clear from the case-law on practices both related and unrelated to prices» (min utheving)*¹¹⁰.

Her uttaler EU-domstolen uttrykkelig at AEC-prinsippet er anvendelig også for ikke-prisbasert atferd. For øvrig er det flere uttalelser i det refererte avsnitt som krever grundigere analyse, særlig uttalelsen om at AEC-prinsippet anviser en vurdering av om en like effektiv konkurrent er i stand til å imitere markedsatferden til det dominerende foretaket, noe som utdypes under punkt 4.5.

For å oppsummere, anviser EU-rettspraksis at AEC-prinsippet gjelder for både prisbasert og ikke-prisbasert markedsatferd. At AEC-prinsippet har videre anvendelsesområde enn AEC-testen kunne nok utledes alene fra den gjentatte rettssetningen som fastslår at formålet med

¹⁰⁷ Se *Intel* [GC] C-413/14, avsnitt 133.

¹⁰⁸ *SEN* [C5] C-377/20.

¹⁰⁹ *Ibid* avsnitt 5 til 14 for sakens fakta.

¹¹⁰ *SEN* [C5] C-377/20, avsnitt 79.

TEUV artikkel 102 ikke er beskyttelse av mindre effektive konkurrenter. Uansett fjernes all tvil rundt anvendelsesområdet med *SEN* som uttrykkelig fastslår at prinsippet er anvendelig for både prisbasert og ikke-prisbasert markedsatferd.

Under punkt 4.3 og 4.4 skal fokuset rettes mot hvilken *funksjon* AEC-prinsippet kan ha i misbruksvurderingen. Først ved å belyse hvordan prinsippet henger sammen med konseptet «ytelsesbasert konkurranse», deretter ved å utdype hvordan prinsippet kan brukes i vurderingen av årsakssammenheng mellom markedsatferden og den konkurransebegrensende virkningen.

4.3 AEC-prinsippet og kravet til ytelsesbasert konkurranse

AEC-prinsippet henger unektelig sammen med begrepet «ytelsesbasert konkurranse». En slik kobling er gjentatt av EU-domstolen i flere dommer.¹¹¹ I *Intel* fastslås at «*Competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market or the marginalisation 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*», en rettssetning som fikk gjenklang i *SEN*.¹¹²

Først er det hensiktsmessig å avklare de kvalitative rammene for begrepet «ytelsesbasert konkurranse». Begrepet ytelsesbasert konkurranse kan sies å ha et vagt innhold, og det er fortsatt ikke klart definert av EU-domstolen hva som konkret omfattes av begrepet.¹¹³ Denne uklarheten er også grunnlaget for skepsisen til et slikt begrep, altså at man bruker et innholdsfattig konsept for å argumentere for eller mot misbruk i den konkrete saken.

Selv om det er uklart hvilken markedsatferd som konkret omfattes av begrepet, er det enighet om ytterpunktene der visse former for markedsatferd relativt klart faller innenfor og utenfor begrepet. Her gir overnevnte rettssetning fra *Intel* veiledning, og antyder at ytelsesbasert konkurranse innebærer å konkurrere på egenskaper ved produktet eller tjenesten, herunder bedre kvalitet på grunn av økt funksjonalitet eller nyttig design, lavere priser som følge av et lavere kostnadsnivå eller innovasjon som et resultat av bedre teknologi.¹¹⁴ Mest tvilsomt er det om det dominerende foretaket holder seg innenfor ytelsesbasert konkurranse i tilfeller det benyttes metoder som i størst grad retter seg mot konkurrentene, uten en klar link til egne

¹¹¹ *Post Danmark I* [GC] C-209/10, avsnitt 22, *Intel* [GC] C-413/14, avsnitt 133, *Deutsche Telekom* [C5] C-280/08 P, avsnitt 177, *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 43 og *SEN* [C5] C-377/20, avsnitt 73.

¹¹² *Intel* [GC] C-413/14 avsnitt 134, *SEN* [C5] C-377/20 avsnitt 45.

¹¹³ Yan og Vedder (2022) s. 2.

¹¹⁴ Lik forståelse deles også av Evensen og Sæveraas (2009) s. 338, Østerud (2010) s. 42, og se også Veiledningen avsnitt 5.

produkter og tjenester. Mellom disse ytterpunktene kan det være utallige variasjoner, og konklusjonen på om det foreligger ytelsesbasert konkurranse beror til syende og sist på en konkret vurdering av «praksis sammenholdt med lovens formål, sakens konkrete omstendigheter og konkurranseøkonomisk teori og analyse».¹¹⁵

Før relasjonen mellom AEC-prinsippet og ytelsesbasert konkurranse utdypes, er det hensiktsmessig å tydeliggjøre forskjellen mellom disse konseptene. Ytelsesbasert konkurranse sikter til *midlene* det er tillatt å konkurrere med. AEC-prinsippet fokuserer på skillet mellom hvilke *aktører* misbruksbestemmelsen er ment å beskytte, her de effektive fra de ineffektive målt etter disse midlene. Så ytelsesbasert konkurranse retter seg mer mot *form*, og avgrenses til aktørens markedsatferd, mens AEC-prinsippet peker på *effekten* av slik markedsatferd.

4.3.1 Relasjonen mellom AEC-prinsippet og ytelsesbasert konkurranse

Markedsatferd som klart faller utenfor ytelsesbasert konkurranse, vil oftere ha potensiale til å utestenge de mer effektive konkurrentene. Forklaringen er at slike strategier har tettere bånd til den markedsmakten som den dominerende stillingen innebærer, og fjernere fra foretakets prestasjonsnivå på pris, kvalitet eller innovasjon. Den type strategier kan oftere sies å utestenge også de like effektive konkurrentene, som ikke evner å overvinne disse hindringene uansett hvor ytelseeffektive de er. Et eksempel er *Google Shopping*, der Google aktivt og konsekvent nedgraderte konkurrentenes SSS på resultatsiden for generelle søk, noe som var en medvirkende faktor for at Google ble ansett å operere utenfor ytelsesbasert konkurranse.¹¹⁶ Slik målrettet nedgradering av konkurrentene er vanskeligere å karakterisere som ytelsesbasert konkurranse, og vil samtidig kunne sies å gi et argument for at like effektive konkurrentene utestenges, fordi disse ikke kan overkomme denne hindringen uansett hvor effektive de er hva angår pris, kvalitet eller innovasjon. Motsatt vil markedsatferd som klart faller innenfor ytelsesbasert konkurranse, kunne brukes som et argument for at kun de mindre effektive konkurrentene utestenges, noe som har blitt tatt til orde for i EU-rettspraksis.¹¹⁷

I omvendt rekkefølge, altså at AEC-prinsippet kan brukes som et argument for at foretaket holder seg innenfor ytelsesbasert konkurranse, kom nok klarest til uttrykk i *SEN*. I dommen fastslås at AEC-prinsippet er «*one of the criteria which make it possible to determine whether that conduct must be regarded as being based on the use of means which come within the*

¹¹⁵ Se Evensen og Sæveraas (2009) s. 338.

¹¹⁶ *Google Shopping*, T-612/17, avsnitt 169 og 174.

¹¹⁷ Se eksempelvis *Intel [GC] C-413/14* avsnitt 134, og *SEN [C5] C-377/20*, avsnitt 73.

scope of normal competition». ¹¹⁸ Tanken er at dersom en like effektiv konkurrent er i stand til å hevde seg i konkurransen på tross av det dominerende foretakets atferd, taler dette for at foretaket har holdt seg innenfor grensene til ytelsesbasert konkurranse.

For å oppsummere punkt 4.3, ser man at AEC-prinsippet og konseptet om ytelsesbasert konkurranse gjensidig påvirker hverandre. Altså at ytelsesbasert konkurranse kan brukes som et argument for at kun de mindre effektive konkurrentene utestenges, og motsatt at dersom kun de mindre effektive konkurrentene ekskluderes, taler dette for at det dominerende foretaket har konkurrert ytelsesbasert.

4.4 AEC-prinsippet som et verktøy for å fastslå årsakssammenheng

Med en virkningsbasert tilnærming til misbruk, følger det et krav til årsakssammenheng mellom markedsatferden til det dominerende foretaket og den (potensielt) konkurransebegrensende virkningen. ¹¹⁹ Et krav til årsakssammenheng kom klart til uttrykk i *Post Danmark II*, ¹²⁰ men også *Google Shopping* kan trekkes frem, der Underretten understreket at «*the Commission had to demonstrate the – at least potential – effects attributable to the impugned conduct of restricting or eliminating competition on the relevant markets, taking into account all the relevant circumstances*» (min utheving). ¹²¹

At AEC-prinsippet henger tett sammen med kravet til årsakssammenheng tas til orde for i juridisk teori. Her er Colomo spesielt tydelig, og fastslår at AEC-prinsippet er et hjelpemiddel for å identifisere årsakssammenheng. ¹²² Sagt på en annen måte: det mangler kausalitet i tilfeller ekskludering fra markedet forklares av foretakets ineffektivitet, og ikke markedsatferden til det dominerende foretak. At manglende effektivitet hos konkurrentene kan kaste lys over årsakssammenhengsvurderingen understøttes også av *Qualcomm*. ¹²³

¹¹⁸ *SEN [C5] C-377/20*, avsnitt 82.

¹¹⁹ Andre mener nok det kan være riktigere å kalle det årsaksevne, all den tid det ikke kreves en faktisk konkurransebegrensende virkning. Så lenge det understrekes at årsakssammenheng i denne konteksten også dekker potensielle virkninger, er det etter min mening hensiktsmessig å bruke årsakssammenheng, som tydeligere får frem linken mellom markedsatferden og den (potensielle) virkningen.

¹²⁰ Se *Post Danmark II [C5] C-23/14*, avsnitt 47 der det fastslås konkurransebegrensende virkning må være «attributable to Post Danmark». Også juridisk teori ved Hjelmeng (2016) på s. 14 fastslår at det gjelder et årsakssammenhengskrav mellom misbrukshandlingen og konkurranseskaden.

¹²¹ *Google Shopping*, T-612/17, avsnitt 518

¹²² Se Colomo (2021) s. 64, men også Jessen (2017) på s. 131.

¹²³ I *Qualcomm*, T-235/18, avsnitt 414-417 fastslo domstolen at det ikke forelå årsakssammenheng mellom eksklusivitetsrabatten gitt av Qualcomm og den konkurransebegrensende virkningen, fordi det ikke eksisterte andre like effektive konkurrenter som kunne tilbudt produktet. Altså ville kjøperen uansett gått til Qualcomm uavhengig av eksklusivitetsrabatten.

For å utdype kan årsakssammenheng påvises etter en hypotetisk vurdering av konkurransesituasjonen uten den omtvistede markedsatferden, altså en *kontrafaktisk* vurdering der den nevnte markedsatferden tenkes borte.¹²⁴ Formålet bak en slik vurdering er å identifisere andre årsaksfaktorer som forklarer hvorfor konkurrentene ekskluderes. En slik årsaksfaktor kan være konkurrentenes ineffektivitet. Altså ville disse konkurrentene uansett blitt drevet ut av markedet som følge av å være mindre attraktive for forbrukere målt etter pris, variasjon eller innovasjon.¹²⁵ Med andre ord at den omtvistede markedsatferden ikke forklarer hvorfor konkurrenter ekskluderes fra markedet, men heller deres ineffektivitet. Og motsatt, dersom AEC-prinsippet viser at markedsatferden har potensiale til å ekskludere de hypotetisk like effektive konkurrentene, er det mer nærliggende at den konkurransebegrensende virkningen forklares av det dominerende foretakets markedsatferd.

Verdt å bemerke er at Underretten i *Google Shopping* synes å være uenig i at AEC-prinsippet er nyttig for å fastslå årsakssammenheng. Underretten fastslår at årsakssammenheng kan påvises uavhengig av om «*google was 'more efficient' than the other comparison Shopping services*», sett hen til at det er «*actually impossible to know when those practices are capable of distorting competition*».¹²⁶ Underretten begrunner et slikt syn med at konkurrentens grad av effektivitet ikke vil kunne måles realistisk i tilfeller konkurransesituasjonen allerede er preget av markedsatferden til det dominerende foretaket.¹²⁷

Underrettens tolkning kan nok kritiseres. Den første innvendingen retter seg mot Underrettens forståelse av AEC-prinsippet. Som nevnt overfor under punkt 4.1, dekker AEC-prinsippet også den *hypotetisk* like effektive konkurrenten, slik er det ikke nødvendig å påvise at de *faktiske* konkurrentene på markedet er like effektive. Den andre innvendingen går på hvordan årsakssammenhengsvurderingen forstås. Som belyst i avsnittet kan årsakssammenheng påvises etter en *hypotetisk* vurdering av konkurransesituasjonen *uten* den omtvistede markedsatferden. Det er i en slik konkurransesituasjon man skal vurdere hvilke årsaksfaktorer som forklarer ekskludering, der ineffektivitet hos konkurrentene kan være den forklarende årsaken. Underrettens forståelse kan nok tolkes på basis av at domstolen anså det

¹²⁴ Hjelmeng (2016) på s. 20 og igjen *Qualcomm*, T-235/18, avsnitt 414-417, selv om det skal sies at domstolen aldri uttrykkelig kaller det en «kontrafaktisk vurdering», men kun foretar en hypotetisk vurdering av konkurransesituasjonen tenkt eksklusivitetsrabatten borte.

¹²⁵ Det skal for øvrig sies at det kan være andre grunner til manglende årsakssammenheng enn påvist ineffektivitet hos konkurrentene, se Jessen (2017) s. 131.

¹²⁶ *Google Shopping*, T-612/17, avsnitt 541.

¹²⁷ *Ibid* avsnitt 540. Underrettens forståelse kan nok tolkes på bakgrunn av at de anså det unødvendig å foreta en kontrafaktisk analyse sett i lys av sakens fakta som gjorde det vanskelig å foreta en kontrafaktisk vurdering, se avsnitt 377. Om EU-domstolen følger lik linje gjenstår å se.

for vanskelig å foreta en kontrafaktisk analyse sett i lys av sakens fakta, men det gjenstår å se om EU-domstolen følger lik argumentasjon.¹²⁸

4.5 Replicability-testen fra *SEN*

4.5.1 Innledende om replicability-testen som et utslag av AEC-prinsippet

I denne delen skal EU-domstolens forståelse av AEC-prinsippet i *SEN* analyseres nærmere. EU-domstolen fastslår at AEC-prinsippet anviser en vurdering om en hypotetisk like effektiv konkurrent «*is capable of reproducing the conduct of the undertaking in a dominant position*».¹²⁹ En slik vurdering ga Colomo betegnelsen replicability-testen, som skal brukes i det videre.¹³⁰ Generaladvokat Rantos utdyper hva en slik replicability-test innebærer i innstillingen til *SEN*. Mer presist om en hypotetisk like effektiv konkurrent kan «*replicate [...] the practices of the dominant undertaking, for example by making use of lists that were undeniably available on the market and which contained data similar to that on the SEN lists*» (min utheving).¹³¹ Resultatet av replicability-testen vil da inngå i helhetsvurderingen av om det foreligger en konkurransebegrensende virkning.¹³²

I *SEN* bruker EU-domstolen *TeliaSonera* og *Bronner* som rettskildemessig grunnlag for replicability-testen som en måte å anvende AEC-prinsippet på.¹³³ Imidlertid reises spørsmål om hvor sterk rettskildemessig støtte domstolen i *SEN* har for replicability-testen i de to nevnte dommene. I det videre skal *TeliaSonera* og *Bronner* tolkes separat for å avklare hvor sterk rettskildemessig forankring replicability-testen har i disse dommene.¹³⁴ Basert på denne analysen skal gjeldende rettstilstand rundt replicability-testen som sådan kommenteres.

4.5.2 *TeliaSonera* som støtte for replicability-testen?

I *TeliaSonera* fastslås at AEC-testen anviser en vurdering om det dominerende foretaket måtte selge med tap dersom foretaket hadde samme kostnader som konkurrentene ble påført. Hvis dette besvares bekreftende så kan man ikke påstå at kun de mindre effektive konkurrentene utestenges fra markedet.¹³⁵ Det er følgelig en konkret vurdering av den negative virkningen på profitten til en hypotetisk like effektiv konkurrent, vurdert etter

¹²⁸ Ibid avsnitt 377.

¹²⁹ Se *SEN* [C5] C-377/20, avsnitt 80.

¹³⁰ Se Colomo i nettressursen «On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale: does the replicability test really work?».

¹³¹ Generaladvokat Rantos innstilling avsnitt 74.

¹³² *SEN* [C5] C-377/20, avsnitt 82.

¹³³ Ibid i henholdsvis avsnitt 80 og 83.

¹³⁴ *TeliaSonera* [C3] C-52/09 og *Bronner* [C5] C-7/97.

¹³⁵ *TeliaSonera* [C3] C-52/09, avsnitt 42-43.

kostnadene som det dominerende foretaket påførte konkurrentene. Altså er det ikke kun en vurdering av om en like effektiv konkurrent er i stand til å imitere markedsatferden til det dominerende foretaket, slik som replicability-testen anviser. Med andre ord tilsier dette at SEN overser tapselementet som inngår i AEC-testen fra *TeliaSonera*, ved å kun se om strategien til det dominerende foretaket kan imiteres av like effektive konkurrenter.

En viktig innvending mot *SEN* sin forenkling av *TeliaSonera*, er at man risikerer falske negative. Nærmere forklart ved at fokus på at hypotetisk like effektive konkurrenter kortsiktig klarer å imitere strategien, betyr ikke at disse nødvendigvis overlever på markedet dersom slik imitering medfører et uholdbart kostnadsnivå. Man kan hevde at tapselementet som overses fra *TeliaSonera*, illustrerer den konkurransebegrensende virkningen i størst grad, fordi en nærliggende konsekvens av at konkurrentene går med tap er utestenging fra markedet. Altså fanges ikke den reelle utestengende effekten opp ved en replicability-test, fordi det kan tenkes at replicability-testen består, og likevel ekskluderes like effektive konkurrenter fra markedet.

4.5.3 Unyansert tolkning av *Bronner*

Som tidligere nevnt brukes *Bronner* som støtte for AEC-prinsippet i form av en replicability-test i *SEN*.¹³⁶ Kort fortalt gjaldt *Bronner* essensiell fasilitet-doktrinen for ikke-prisbasert misbruk, der saksforholdet omhandlet tilgang til hjemleveringstjenesten i markedet for distribusjon av post.¹³⁷ I *Bronner* fremkom det såkalte indispensability-kravet som et vilkår for misbruk etter essensiell fasilitet-doktrinen.¹³⁸ Indispensability-kravet innebærer at tilgang til fasiliteten må være uerstattelig for konkurrentens evne til å operere på markedet på rimelige vilkår. En slik forståelse av indispensability-kravet hadde ikke domstolen i *SEN*. I stedet fastslo domstolen at indispensability-kravet slik den kom til syne i *Bronner*, sikter til konkurrenters evne til å erstatte fasiliteten for distribusjon av egne varer og tjenester.¹³⁹

Slik også Colomo tar til orde for, er det vanskelig å sidestille indispensability-kravet som beskrevet i *Bronner*, og replicability-testen i *SEN*.¹⁴⁰ Indispensability-kravet sikter til fasiliteten sin avgjørende betydning for å kunne konkurrere på markedet, fordi fasiliteten er uerstattelig. Replicability-testen vurderer konkurrentenes muligheter til å erstatte fasiliteten i

¹³⁶ *SEN* [C5] C-377/20, avsnitt 83.

¹³⁷ *Bronner* [C5] C-7/97, avsnitt 24.

¹³⁸ *Ibid* avsnitt 41.

¹³⁹ *SEN* [C5] C-377/20, avsnitt 83.

¹⁴⁰ Colomo i nettartikkelen «On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale: does the replicability test really work?».

seg selv. Selv om disse har delvis overlappende innhold, er de klart nok ikke det samme. Indispensability-kravet har en ytterligere dimensjon ved at den kobler fasiliteten til konkurrentens evne til å operere på markedet. Altså kan det tenkes at konkurrentene ikke makter å erstatte fasiliteten, uten at det betyr at fasiliteten var nødvendig for å konkurrere på markedet. Eksempelvis fordi konkurrenter evner å hevde seg på markedet ved hjelp av andre midler enn fasiliteten. Dette skillet mellom replicability og indispensability understøttes også av juridisk teori ved Van den Berg og Camesasca, som oppstiller kravene som to separate vilkår under analysen av essensiell fasilitet-doktrinen.¹⁴¹ Basert på disse betraktningene, er det betenkelig at *Bronner* brukes som et uforbeholdent argument for å forstå AEC-prinsippet i form av en replicability-test.

4.5.4 Anvendes replicability-testen i subsumsjonen?

Det kan også hevdes å være uklart om replicability-testen anvendes i selve subsumsjonen i *SEN*, eller om andre faktorer blir avgjørende for konklusjonen på misbruk i saken. Domstolen fastslår at tilbakeholdelsen av kundelistene har en potensiell konkurransebegrensende virkning, uten å vektlegge om like effektive konkurrenter kunne ha skaffet brukerdataben i kundelistene på andre måter.¹⁴² Det virker altså som at andre faktorer enn konkurrentenes evne til å imitere strategien var avgjørende for å fastslå en potensiell konkurransebegrensende virkning, der særlig markedsposisjonen til Enel Group som tidligere statlig monopol trekkes frem som betydningsfull.¹⁴³ At domstolen er tilbakeholden med å anvende replicability-testen i samme sak som testen introduseres, kan sies å underbygge betenkelighetene ved å anvende replicability-testen som et utslag av AEC-prinsippet i andre misbrukssaker.

For å oppsummere analysen i punkt 4.5, introduserer *SEN* replicability-testen som en måte å anvende AEC-prinsippet på. Imidlertid kan det hevdes at dommens prejudikatverdi nedjusteres av svak rettslig forankring i de dommene den selv bygger på, i tillegg til at domstolen synes å se bort fra replicability-testen i den konkrete subsumsjonen. Ikke minst er det betenkelig at en uforbeholden bruk av replicability-testen øker faren for falske negative. Basert på disse betraktningene er nok rettsstilstanden tilknyttet replicability-testen uavklart, og det gjenstår å se om EU-domstolen anvender replicability-testen i senere saker.

¹⁴¹ Van den Berg og Camesasca (2001) s. 276. Se også Mandorff og Sahl (2013) s. 8.

¹⁴² *SEN* [C5] C-377/20, avsnitt 102 siste setning.

¹⁴³ *Ibid* avsnitt 101.

5. Tilfeller der AEC-prinsippet og -testen har liten til ingen betydning – når de mindre effektive konkurrentene har en konkurransefremmende funksjon

Her skal fokuset rettes mot de mindre effektive konkurrentene, og hvordan disse kan ha en konkurransefremmende funksjon med den følge at AEC-prinsippet mister relevans i vurderingen av konkurransebegrensende virkning.

Vedrørende spørsmålet om beskyttelse av de mindre effektive konkurrentene er *Post Danmark II* sentral.¹⁴⁴ Selv om uttalelsene direkte omhandler AEC-testen, er det klart at uttalelsene gjelder for AEC-prinsippet mer generelt, da dommen belyser en grunnleggende svakhet ved premisset om at kun de effektive konkurrentene skal beskyttes under TEUV artikkel 102, nemlig at i visse tilfeller *er* det grunn til å beskytte de mindre effektive konkurrentene.

I saken hadde Post Danmark en dominerende stilling i form av et statlig monopol som dekket 70 % av postforsendelsen på det relevante markedet, kombinert med høye etableringshindringer.¹⁴⁵ På basis av denne markedsstrukturen fastslår domstolen at «*applying the as-efficient-competitor test is of no relevance inasmuch as the structure of the market makes the emergence of an as-efficient competitor practically impossible*».¹⁴⁶ Altså fastslår EU-domstolen at AEC-testen ikke kommer til anvendelse ved den aktuelle markedsstrukturen der inntreden av like effektive konkurrenter er nær umulig.¹⁴⁷

Så er spørsmålet om AEC-prinsippet er uten relevans også i andre saker der konkurransen er svært begrenset som følge av konsentrert markedsstruktur, noe som har blitt hevdet i juridisk teori.¹⁴⁸ Det er grunner til å være forsiktig med et slikt generaliserende syn. For det første kan det stilles spørsmålstejn ved det rettskildemessige grunnlaget for å strekke på rettssetningene fra *Post Danmark II* slik. For det andre stritter avgrensingsproblematikken mot en slik

¹⁴⁴ *Post Danmark II* [C5] C-23/14.

¹⁴⁵ Se *Post Danmark II* [C5] C-23/14, avsnitt 59.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Denne avgrensningen i anvendelsesområde for AEC-testen understøttes av generaladvokat Rantos sin innstilling til *SEN*, riktignok i fotnote 54. Med henvisning til *Post Danmark II* uttaler Generaladvokaten at testen ikke er relevant i tilfeller markedsstrukturen gjør det praktisk umulig for nye konkurrenter å etablere seg på markedet, slik som i et marked med et dominerende foretak med stor markedsandel kombinert med omfattende etableringshindringer.

¹⁴⁸ Se eksempelvis Davis (2019) s. 8 sitere fra Alexiadis og Wood: «economic analysis of the impact of the behaviour of dominant undertakings in markets where competition is already severely limited is scarcely relevant».

generalisering: når er konkurransen tilstrekkelig begrenset til at AEC-prinsippet mister sin relevans?

I stedet har forklaringen bak avgrensningen i *Post Danmark II* større overføringsverdi, mer presist at det i visse særtilfeller er så usannsynlig at like effektive konkurrenter entrer markedet, og da vil de mindre effektive konkurrentene kunne ha en konkurransefremmende funksjon.¹⁴⁹ De mindre effektive konkurrentene kan ha en slik effekt på en statisk måte, ved at selve tilstedeværelsen av mindre effektive konkurrenter er konkurransefremmende, i den forstand at de fungerer disiplinerende på det dominerende foretaket.¹⁵⁰ For å utdype kan bevisstheten om at flere konkurrenter opererer på markedet forhindre det dominerende foretaket å heve prisene, eller gi insentiv til økt kvalitet og innovasjon i foretakets produkter eller tjenester.¹⁵¹

Også på en dynamisk måte kan de mindre effektive konkurrentene ha en konkurransefremmende funksjon, og antakeligvis mer sammenlignet med de statisk ineffektive konkurrentene. Dynamisk ineffektive konkurrenter omfatter de konkurrentene som har potensiale til å bli like effektive *på sikt*, men som trenger tiden for å eksempelvis opparbeide nødvendig markedsandel, kutte kostnader eller utvikle produktene sine.¹⁵² Imidlertid er det viktig at vurderingen ikke kun baseres på svake indikasjoner om at konkurrenter har potensiale til å bli effektive, men at man har tilstrekkelig bevis for slikt potensiale. For uten tilstrekkelige bevis, kan man risikere falske positive.¹⁵³ Mer presist ved at konkurransemyndighetene på tynt grunnlag slår ned på markedsatferden fordi potensielt like effektive konkurrenter utestenges fra markedet, når det viser seg at disse konkurrentene forblir ineffektive. Motsatt burde man heller ikke legge til grunn for høy terskel, da dette kan føre til falske negative. Her at konkurransemyndighetene godtar markedsatferden siden kun de ineffektive konkurrentene ekskluderes, når disse faktisk har potensiale til å bli effektive med tiden.¹⁵⁴

Dessverre har ikke EU-domstolen klart formulert beviskravet for å identifisere når en ineffektiv konkurrent har potensiale til å bli like effektiv med tiden. Her tar Colomo til orde

¹⁴⁹ *Post Danmark II* [C5] C-23/14, avsnitt 60.

¹⁵⁰ Mandorff og Sahl (2013) s. 14, De Conick (2018) s. 75 og Marinova (2019) s. 95.

¹⁵¹ Østerud (2010) s. 166 og Evensen og Sæveraas (2009) s. 334.

¹⁵² De Conick (2018) s. 78.

¹⁵³ *Ibid* s. 80.

¹⁵⁴ OECD Policy Roundtable (2005) s. 30. Se også Østerud (2010) s. 109.

for at *Maxima Latvija* kan gi veiledning,¹⁵⁵ der EU-domstolen fastslo at det kreves «*real concrete possibilities*» for at potensielle konkurrenter entrer markedet, og altså ikke direkte i relasjon til sannsynligheten for at ineffektive konkurrenter blir effektive med tiden.¹⁵⁶ For å minimere risikoen for falske positive og falske negative som redegjort for i avsnittet over, virker det hensiktsmessig å anvende lik terskel i spørsmålet om ineffektive konkurrenter har potensiale til å bli effektive med tiden. Frem til EU-domstolen uttrykkelig autoriserer denne terskelen for å påvise slikt potensiale hos de ineffektive konkurrentene, må nok spørsmålet om beviskravet anses uavklart etter gjeldende rett.

Oppsummert ser man at i visse særtilfeller har de mindre effektive konkurrentene en konkurransefremmende funksjon, for eksempel i markeder med omfattende etableringshindringer og et dominerende foretak med stor markedsandel, som illustrert i *Post Danmark II*. I slike tilfeller er det grunn til å beskytte de mindre effektive konkurrentene, siden disse kan ha en konkurransefremmende funksjon ved å virke disiplinerende på det dominerende foretaket.

Hvordan spiller rollen til de mindre effektive konkurrentene inn på AEC-prinsippet som sådan? Dersom man står overfor en situasjon der de mindre effektive konkurrentene har en konkurransefremmende funksjon, vil en naturlig følge være at AEC-prinsippet mister sin relevans i vurderingen av konkurransebegrensende virkning. Grunnen er nettopp at grad av effektivitet hos konkurrentene i slike tilfeller ikke gir en god indikasjon på konkurransepresset mot det dominerende foretaket. Hvis man da hadde godtatt markedsatferden siden kun de mindre effektive konkurrentene utestenges, ville det resultert i en falsk negativ, nettopp fordi ekskludering av de mindre effektive konkurrentene faktisk har en konkurransebegrensende virkning til skade for forbrukerne.

¹⁵⁵ Colomo (2021) s. 40.

¹⁵⁶ *Maxima Latvija* [C5] C-345/14, avsnitt 27.

6. Hvordan kan AEC-prinsippet anvendes ved selvfavorisering i digitale markeder?

Resten av oppgaven skal fokusere på hvordan AEC-prinsippet kan anvendes i tilfeller der selvfavorisering i digitale markeder er den aktuelle atferdstypen.

Som nevnt innledningsvis, synes Underretten i *Google Shopping* å avskrive AEC-prinsippet ved å vise til at AEC-testen ikke kommer til anvendelse i tilfeller av ikke-prisbasert misbruk, herunder selvfavorisering. Google anførte at «[...] *the Commission had also failed to show that comparison Shopping services competing with Google that had experienced difficulties were as efficient as Google or that they had exerted significant competitive pressure on prices or innovation. Such proof was necessary, even though the alleged abuse was not price-related. [...] The disappearance of less efficient or non-competitive competitors is a normal market situation, [...] Article 102 TFEU is not designed to protect inefficient undertakings.*» (min utheving).¹⁵⁷ Denne anførselen avvises bastant av Underretten som fastholder at «[...] *The use of the as-efficient-competitor test is warranted in the case of pricing practices (predatory pricing or a margin squeeze, for example) [...] In the present case, the practices at issue are not pricing practices» (min utheving).¹⁵⁸*

Som vist i gjennomgangen av AEC-prinsippet under punkt 4., er det betenkelig med en kategorisk avvisning av AEC-prinsippet for ikke-prisbasert misbruk. EU-domstolen har fastslått relevansen av AEC-prinsippet for samtlige atferdstyper, altså uten å begrense AEC-prinsippet til prisbasert misbruk. I tillegg er skillet mellom AEC-prinsippet og -testen tydeliggjort, og det blir feilslått å avskrive prinsippet ved å vise til testen som er et utslag av prinsippet. Begrunnelsen til Underretten om at AEC-prinsippet ikke kommer til anvendelse for ikke-prisbasert misbruk *fordi* AEC-testen er irrelevant for den type misbruk, har dermed lite hold i gjeldende rett. En annen mulig tolkning av utdragene fra dommen, er at Underretten misforstod anførselen til Google som en henvisning til AEC-testen, slik at Underretten kun mente å avvise AEC-testen og ikke AEC-prinsippet som sådan. Uansett viser utdragene at det er stort rom for å mistolke Underretten på dette punktet, og man kan håpe at EU-domstolen er klarere når endelig dom i saken faller.

¹⁵⁷ *Google Shopping*, T-612/17, avsnitt 514.

¹⁵⁸ *Ibid*, avsnitt 538.

En annen sak er at EU-rettspraksis ikke har klargjort *hvordan* AEC-prinsippet kan komme til anvendelse på selvfavorisering i digitale markeder. Resten av oppgaven skal drøfte de lege lata hva selvfavorisering er, og hvordan AEC-prinsippet kan anvendes i tilfeller av selvfavorisering utført av det dominerende foretaket i digitale markeder.

Først skal særtrekk ved digitale plattformer utdypes. Deretter rettes fokuset mot selvfavorisering som markedsatferd, før koblingen mellom ytelsesbasert konkurranse og AEC-prinsippet beskrives i tilfeller selvfavorisering er den aktuelle markedsatferden. Til sist skal det vurderes hvordan AEC-prinsippet kan operasjonaliseres ved selvfavorisering, altså hvordan konkret identifisere om de hypotetisk like effektive konkurrentene ekskluderes i tilfeller av selvfavorisering, her ved å introdusere en AEC-test for selvfavorisering i digitale markeder. Denne siste delen av oppgaven er en de lege ferenda-vurdering, noe som utdypes nærmere under punkt 10.

7. Særtrekk ved digitale markeder

Før det presenteres ulike måter å anvende AEC-prinsippet i tilfeller den aktuelle atferdstypen er selvfavorisering, rettes fokuset mot digitale markeder. Begrunnelsen er at digitale markeder har visse særtrekk som kan påvirke relevansen av AEC-prinsippet, i tråd med tanken om at de mindre effektive konkurrentene er beskyttelsesverdige i visse situasjoner.

Digitale markeder har særskilte kjennetegn som ikke gjelder i de tradisjonelle markedene der produkter eller tjenester har fysisk tilstedeværelse. Noen sentrale kjennetegn er zero-pricing, nettverkseffekter i tosidige markeder, høye etableringshindringer, economies of scope og viktigheten av data.¹⁵⁹ Samspillet mellom disse kan medføre en «winner takes all/most»-marked, hvor brukerdata anses som en særlig viktig komponent.¹⁶⁰ Brukerdata fører nemlig til nettverkseffekter for plattformaktørene, særlig såkalte *indirekte* nettverkseffekter. Indirekte nettverkseffekter fremkommer i tosidige markeder, der ulike brukergrupper opererer på hver sin side av plattformen, hvor en økning i antall brukere på den ene siden av markedet, øker antall brukere på den andre siden av markedet og vice versa.¹⁶¹ Brukerne på hver side gagnes av at antallet økes på motsatt side, men ikke nødvendigvis ved en økning på samme side, noe som forklarer hvorfor nettverkseffekten kalles *indirekte*.¹⁶²

¹⁵⁹ Yan og Vedder (2023) s. 20.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Haucap og Heimeshoff (2014) s. 51.

¹⁶² Ibid.

For å illustrere med søk på Googles generelle søkemotor, vil den store mengden brukere på den ene siden, tiltrekke seg svært mange annonsører på den andre siden, fordi Google kan tilby mange klikk og svært tilpasset markedsføring. Både datamengden fra brukerne og profitten som følge av salg av annonseplasser gir et klart konkurransefortrinn i form av overlegen kvalitet på den generelle søkemotoren, og slik strømmer brukerne til Google fremfor andre generelle søkemotorer.¹⁶³ Disse faktorene kombinert kan igjen medføre store etableringshindringer for konkurrenter av Google som ikke kan dra nytte av slike datadrevne nettverkseffekter.¹⁶⁴

Det kan hevdes at AEC-prinsippet ikke er relevant i denne type digitale markeder, i tråd med synspunktet fra *Post Danmark II*,¹⁶⁵ som fastslår at ved visse markedsstrukturer blir det for hypotetisk å fokusere på like effektive konkurrenter, nettopp fordi det er minimale sjanser for at slike konkurrenter etablerer seg. I slike tilfeller vil også de mindre effektive konkurrentene kunne ha en konkurransefremmende funksjon.

Det er likevel for unyansert å avskrive AEC-prinsippet generelt for digitale markeder. At Google i markedet for generelle søkemotorer illustrerer hvor konsentrert markedsstrukturen i digitale markeder kan være, betyr ikke at samtlige digitale markeder er dominert av få og store aktører.¹⁶⁶ Her kan man også trekke frem den dynamiske naturen til slike markeder som er preget av lave byttekostnader for brukerne, noe som kan føre til at den dominerende stillingen ikke nødvendigvis vedvarer over lengre tid dersom brukerpreferansen endrer seg.¹⁶⁷ I tillegg vil den sentrale rollen innovasjon spiller i disse markedene kunne medføre at foretaket i dominerende stilling aktivt må forsvare rollen sin.¹⁶⁸ Ikke minst beror relevansen til AEC-prinsippet i digitale markeder på den aktuelle markedsatferden til det dominerende foretaket. Særlig selvfavorisering kan trekkes frem her. Selvfavorisering anses som en såkalt «leveraging»-strategi der foretaket bruker sin dominerende stilling på det ene markedet, for å styrke stillingen sin på et annet marked foretaket ikke nødvendigvis er dominerende, noe som

¹⁶³ Kvalitet i digitale markeder måles typisk etter presisjonen til søkeresultatene, opplastingshastighet og hvor oppdaterte søkeresultatene er, *ibid* s. 56.

¹⁶⁴ Stucke og Grunes (2016) s. 170.

¹⁶⁵ Som beskrevet under oppgavens punkt 5

¹⁶⁶ Her kan datingnettsider, og reisebyråsider trekkes frem som eksempler på markeder med mange aktører, se Haucap og Heimeshoff (2014) s. 52.

¹⁶⁷ Her forstått som kostnaden for forbrukeren å bytte til andre plattformer, *ibid* s. 54.

¹⁶⁸ *Ibid* s. 60.

skal utdypes under neste punkt. Slik er AEC-prinsippet i hvert fall relevant på markedet som er målet for «leveraging»-strategien.

Med andre ord kan man ikke avskrive AEC-prinsippet generelt for virkningsvurderingen i digitale markeder. Det beror heller på en konkret analyse av markedet den konkurransebegrensende virkning inntreffer, for å konkludere om AEC-prinsippet er av relevans eller ikke.

8. Hva er selvfavorisering?

Selvfavorisering har vist seg å ha høy forekomst i digitale markeder.¹⁶⁹ Likevel har ikke EU-domstolen gitt en generell og klar definisjon av selvfavorisering.¹⁷⁰ Uansett foreligger nok enighet om kjernen i selvfavorisering. Som beskrevet av Bunworth etter analyse av relevant rettspraksis, kjennetegnes selvfavorisering av såkalt intern diskriminering, her at foretaket i dominerende stilling, typisk vertikalt integrert, favoriserer egne varer eller tjenester på bekostning av konkurrentene sine produkter eller tjenester i nedstrømsmarkedet.¹⁷¹ For eksempel ved å gi fordelaktig adgang til, eller fremvisning av egne produkter eller tjenester.¹⁷²

Videre kan selvfavorisering plasseres under paraplybegrepet «leveraging», som rommer ulike strategier der foretaket bruker sin dominerende stilling på det ene markedet, for å styrke stillingen sin på et annet, ofte nært tilknyttet, marked.¹⁷³ I tillegg kommer selvfavorisering til syne på forskjellige måter, og omtales som en misbruksform med flere varianter.¹⁷⁴ Dette har vært en kilde for kritikk i juridisk teori, her at selvfavorisering som en «catch all»-markedsatferd blir for unyansert, fordi det ikke tar hensyn til potensielle ulike strategier som anses som en type selvfavorisering.¹⁷⁵ Det er ikke innenfor masteroppgavens rammer å redegjøre for den teoretiske diskusjonen i detalj, og heller ikke nødvendig da problemstillingen fokuserer på AEC-prinsippet og -testen sin rolle i spørsmålet om misbruk.

¹⁶⁹ Colomo (2020) s. 2.

¹⁷⁰ Ibid s. 5.

¹⁷¹ Bunworth (2022) s. 123.

¹⁷² Gaudin og Mantzari (2022) s. 132 og Pedro Caro de Sousa (2020) s. 1.

¹⁷³ *Google Shopping*, T-612/17, avsnitt 163. Andre former for leveraging er marginskvis, lojalitetsrabatter, produktsammenbinding, jf. henholdsvis *Telefónica* (C-295/12), *Michelin* (C-322/81), *Microsoft* (T-201/04).

¹⁷⁴ Se Colomo (2020) s. 16 og Bougette, Budzinski og Marty (2022) s. 3.

¹⁷⁵ Colomo (2020) s. 4.

9. Selvfavorisering og ytelsesbasert konkurranse

Under punkt 4.3. ble det fastslått at ytelsesbasert konkurranse kan kobles til AEC-prinsippet. En slik kobling fastslås også av Underretten i *Google Shopping*, som med henvisning til EU-rettspraksis uttalte at «*not every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition. Competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market or the marginalisation of competitors that are less attractive to consumers from the point of view of, among other things, price, choice, quality or innovation*». ¹⁷⁶ Her under punkt 9. skal fokuset rettes mot koblingen mellom ytelsesbasert konkurranse og AEC-prinsippet i tilfeller *selffavorisering* i digitale markeder er den aktuelle atferdstypen.

Som nevnt i innledningen, kom *selffavorisering* i *Google Shopping* til syne ved at Google favoriserte egen sammenlignende shoppingservice (SSS) kalt Google Shopping, på bekostning av konkurrentenes SSS. ¹⁷⁷ Mer spesifikt brukte Google rangeringsalgoritmer som plasserte Googles SSS iøynefallende øverst på resultatlisten etter søk på Googles generelle søkemotor, samtidig som konkurrentens SSS ble plassert langt ned på resultatlisten som et alminnelig søkeresultat i blå linker. ¹⁷⁸

Underretten kom med generelle avklaringer i relasjon til *selffavorisering* og ytelsesbasert konkurranse. Først uttales at strategier der foretaket utnytter sin dominerende stilling på det ene markedet for å styrke posisjonen sin på et annet marked, med den følgen at konkurrenter ekskluderes, ikke nødvendigvis betyr at foretaket opererer utenfor ytelsesbasert konkurranse. ¹⁷⁹ Med andre ord vil «leveraging»-strategier, som *selffavorisering* faller innunder, kunne anses som ytelsesbasert konkurranse.

Ikke bare «leveraging»-strategier generelt, men også *selffavorisering* konkret kan være innenfor ytelsesbasert konkurranse. Dette utledes, om noe indirekte, gjennom vektleggingen av andre faktorer *utover* *selffavorisering*, som begrunnelse for at Googles *selffavorisering* ble ansett som å falle utenfor ytelsesbasert konkurranse. ¹⁸⁰ En viktig faktor var at Google ikke kun ga egen SSS en mer fordelaktig plassering, men særlig problematisk var den konsekvente og målrettede nedgraderingen av konkurrentens SSS på resultatsiden etter søk

¹⁷⁶ *Google shopping*, T-612/17, avsnitt 157.

¹⁷⁷ *Ibid* avsnitt 57.

¹⁷⁸ *Ibid* avsnitt 369.

¹⁷⁹ *Ibid* avsnitt 164.

¹⁸⁰ *Ibid* avsnitt 196.

på Googles søkemotor, slik at disse var «*virtually invisible on those pages*».¹⁸¹ Andre faktorer avgjørende for hvorfor Googles selvfavorisering var utenfor ytelsesbasert konkurranse, var 1. viktigheten av Googles søkemotor for konkurrerende SSS, 2. brukeratferden ved søk på Googles søkemotor og 3. at nedgangen i brukertrafikk for konkurrerende SSS ikke effektivt kan erstattes fra andre kilder.¹⁸²

For å oppsummere, er selvfavorisering *alene* ikke tilstrekkelig for å fastslå at det dominerende foretaket opererer utenfor ytelsesbasert konkurranse. Det illustreres av *Google Shopping*, der konteksten selvfavorisering ble foretatt i fikk avgjørende betydning, i tillegg til den målrettede, betydelige og konsekvente nedgradering av konkurrerende SSS. En svakhet ved domstolens behandling av spørsmålet om selvfavorisering er innenfor ytelsesbasert konkurranse, er at domstolen ikke presiserer hva som kreves for at selvfavorisering anses *innenfor* ytelsesbasert konkurranse, men det fremheves kun de faktorene avgjørende for hvorfor Googles selvfavorisering må anses som å falle utenfor.

Om EU-domstolen følger opp Underrettens forståelse av at selvfavorisering vurdert isolert anses innenfor ytelsesbasert konkurranse, gjenstår å se. Dette er likevel mest nærliggende, da Underrettens forståelse er i tråd med EU-rettspraksis som har fastslått at markedsatferdens *form* er av underordnet betydning i spørsmålet om misbruk.¹⁸³ For øvrig er også juridisk teori ved Colomo og Caro de Sousa tydelige på at selvfavorisering i seg selv ikke medfører at det dominerende foretaket opererer utenfor ytelsesbasert konkurranse.¹⁸⁴ Mest nærliggende er altså at selvfavorisering vurdert isolert kan anses som ytelsesbasert konkurranse etter gjeldende rett.

For å trekke linjen tilbake til AEC-prinsippet, kan selvfavorisering som faller innenfor ytelsesbasert konkurranse brukes som et argument for at kun de mindre effektive konkurrentene ekskluderes. Tanken er at en hypotetisk like effektiv konkurrent kan operere på markedet med profitt, til tross for at det dominerende foretaket gir fordelaktig fremvisning av egne varer eller tjenester på bekostning av konkurrentene sine produkter eller tjenester.

Motsatt kan AEC-prinsippet virke inn på spørsmålet om selvfavorisering er utenfor ytelsesbasert konkurranse. Mer spesifisert, at en hypotetisk like effektive konkurrent

¹⁸¹ Ibid avsnitt 184 og 187.

¹⁸² Ibid avsnitt 170-173.

¹⁸³ Se den virkningsbasert tilnærmingen til misbruk utdypet under oppgavens punkt 2.2.

¹⁸⁴ Se Colomo (2020) s. 6 og Caro de Sousa (2020) s. 2.

utestenges, kan tilsi at selvfavoriseringen er utenfor ytelsesbasert konkurranse.¹⁸⁵ Imidlertid er en forutsetning for å bruke AEC-prinsippet som et bevis på at selvfavorisering er utenfor ytelsesbasert konkurranse, at den hypotetisk like effektive konkurrenten faktisk er identifisert i den konkrete saken. Altså må man operasjonalisere AEC-prinsippet, noe som skal drøftes under neste punkt.

10. Hvordan operasjonalisere AEC-prinsippet ved selvfavorisering i digitale markeder?

10.1 Innledning

Et spørsmål som hittil står ubesvart for ikke-prisbasert misbruk, er hvordan AEC-prinsippet får praktisk betydning i subsumsjonen, altså hvordan operasjonalisere prinsippet. Sagt på en annen måte: hvordan skal man i den konkrete saken avgjøre om en hypotetisk like effektiv konkurrent blir utestengt som følge av markedsatferden til det dominerende foretaket?

Dette spørsmålet er avklart i tilfeller av prisbasert misbruk, der AEC-testen fungerer som et operasjonelt verktøy for prinsippet. Det som er mer usikkert er hvordan man gir AEC-prinsippet praktisk anvendelse ved ikke-prisbasert misbruk.¹⁸⁶ Den videre fremstillingen tar ikke sikte på å avklare generelt hvordan AEC-prinsippet kan operasjonaliseres for ikke-prisbasert misbruk, men er begrenset til tilfeller der den aktuelle markedsatferden går ut på selvfavorisering i digitale markeder.

Den nylig avsatte dommen *Unilever*, er sentral i spørsmålet om det kan introduseres en AEC-test for ikke-prisbasert misbruk som selvfavorisering.¹⁸⁷ Det er viktig å påpeke at dommen ikke fastslår at den opprinnelige AEC-testen som redegjort for under punkt 3., nå er anvendelig på ikke-prisbasert misbruk.¹⁸⁸ Dommen åpner heller for en *ny* variant av AEC-testen som er anvendelig for ikke-prisbasert misbruk, særlig i saker der «*the consequences of the practice in question can be quantified*».¹⁸⁹ Imidlertid presenteres ikke den konkrete AEC-testen tilpasset ikke-prisbasert misbruk, men domstolen nøyer seg med å gi rom for en slik test. Utformingen av en AEC-test for ikke-prisbasert misbruk må derfor anses uavklart etter gjeldende rett.

¹⁸⁵ Se oppgavens punkt 4.3 om dette.

¹⁸⁶ Colomo (2021) s. 65.

¹⁸⁷ *Unilever* [C5] C-680/20.

¹⁸⁸ *Ibid* avsnitt 57.

¹⁸⁹ *Ibid* avsnitt 59.

Passende i lys av at *Unilever* har åpnet for en ny variant av AEC-testen tilpasset ikke-prisbasert misbruk, har en slik test blitt introdusert i juridisk teori av Gaudin og Mantzari. Denne testen skal presenteres og analyseres under neste punkt. Det er viktig å understreke at testen som presenteres tilhører de lege feranda-drøftelse, noe som betyr at testen ikke er uttrykk for gjeldende rett. Det er likevel hensiktsmessig å introdusere og analysere testen, da en slik øvelse vil avdekke styrker og svakheter til en AEC-test tilpasset selvfavorisering.

10.2 Testen utformet av Gaudin og Mantzari

Testen til Gaudin og Mantzari tok utgangspunkt i den type selvfavorisering som fant sted i *Google Shopping*, men testen er ment å ha generell anvendelse for selvfavorisering i digitale markeder.¹⁹⁰ Siktemålet med testen er å avdekke om en hypotetisk like effektiv konkurrent er i stand til å konkurrere med profitt på markedet på tross av selvfavorisering utført av det dominerende foretaket. Testen inkluderer kostnader og inntekter til det dominerende foretaket, men justert etter en nedgang i brukertrafikk slik som konkurrentene opplevde etter å ha blitt utsatt for selvfavorisering fra det dominerende foretaket.

Den konkrete testen ser slik ut:

$$(p_i - w - C_i) q_i - > F_i$$

P_i = pris for tjenesten i nedstrømsmarkedet betalt til det dominerende foretak, w = kostnad for tjenesten i oppstrømsmarkedet (som kan være lik 0), C_i = marginalkostnad for tjenesten i nedstrømsmarkedet (som kan være lik 0), q_i = etterspørselen på nedstrømsmarkedet justert etter selvfavorisering (merk «-» som illustrerer nedgangen i etterspørsel), F_i = faste kostnader i nedstrømsmarkedet

Parameterne i testen inkluderer det dominante firmaets priser og kostnader i både nedstrøms- og oppstrømsmarkedet, men med en spesialkomponent sammenlignet med den originale AEC-testen, her en parameter på etterspørsel i brukertrafikk « q_i ». Mer presist anviser « q_i » etterspørselen til det dominerende foretakets tjeneste, forutsatt at tjenesten ble utsatt for selvfavorisering slik som konkurrentenes tjeneste ble utsatt for. Altså anviser parameteren en *hypotetisk* etterspørsel der det dominerende foretaket blir plassert i den nedgraderte posisjonen til konkurrentene, og etterspørselsparameteren anviser da en reduksjon i brukertrafikk, som «-» skal illustrere.¹⁹¹

¹⁹⁰ Gaudin og Mantzari (2022) s. 133.

¹⁹¹ Gaudin og Mantzari (2022) s. 132.

Her skal testen anvendes med data fra *Google Shopping*. Parameteren «qi-» angir den hypotetiske etterspørsel etter at Googles SSS ble nedgradert på lik måte som konkurrentenes SSS, samtidig som konkurrentenes SSS fikk høy plassering som Googles SSS.¹⁹² Måling av den konkrete brukertrafikken viste at Googles SSS økte brukertrafikken 14 ganger i UK, 2 ganger i Tyskland, og 4,7 ganger i Frankrike, samtidig som konkurrerende SSS fikk et fall i brukertrafikken på 85 % i UK, 50 % i Tyskland og 85 % i Frankrike i perioden 2011 til 2016.¹⁹³ Det er ikke nødvendig å foreta den konkrete matematiske utregningen av «qi-» for å illustrere poenget, men tilstrekkelig å konkludere at «qi-» vil vise en markant nedgang i brukertrafikk dersom Googles SSS ble utsatt for selvfavorisering på lik måte som konkurrentenes SSS.

Videre er «w» lik 0, siden det er gratis for konkurrerende SSS å listes opp i Googles generelle søkemotor.¹⁹⁴ «Pi» er prisen Google tar betalt fra selgere og markeds plasser som listes opp på Googles SSS, her en fast pengesum per brukerklikk.¹⁹⁵ Deretter tilsvare «Ci» marginalkostnaden for hvert ekstra «salg» på Googles SSS, som antas å være nærmere 0.¹⁹⁶ Sist representerer «Fi» faste kostnader for å drive Googles SSS, som antakeligvis er betydelige summer.¹⁹⁷

Resultatet av testen kan vise at en hypotetisk like effektive konkurrent opererer med profitt på nedstrømsmarkedet på tross av slik selvfavorisering. Da er testen bestått, og en like effektiv konkurrent vil ikke bli ekskludert fra markedet. Hvis testen ikke består, betyr at selv en hypotetisk like effektiv konkurrent blir utestengt fra markedet som en følge av selvfavoriseringen, med påfølgende konkurransebegrensende virkning.¹⁹⁸

¹⁹² Ibid s. 134.

¹⁹³ Underretten viser til Kommisjonens analyse, se *Google Shopping*, T-612/17, avsnitt 403 og 404. Merk at tallene brukt kun viser et utdrag av brukertrafikknedgang i saken, og illustrerer ikke de fullstendige tallene på brukertrafikknedgang i saken, både etter land, antall SSS og tidsperiode.

¹⁹⁴ EU-kommisjonens avgjørelse, AT.39740, *Google Search (Shopping)*, avsnitt 17.

¹⁹⁵ Gaudin og Mantzari (2022) s. 135.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid s. 133.

10.3 Analyse av testen til Gaudin og Mantzari

10.3.1 Ressursbesparende?

Det første spørsmålet som reises er hvor ressursbesparende testen kan sies å være. Et viktig formål med AEC-testen er å være et forenklet verktøy i virkningsvurderingen, sammenlignet med en kvalitativ vurdering der sakens omstendigheter må vurderes bredt og konkret. For å oppnå målet om å være ressursbesparende må altså ikke testen være for komplisert å anvende. Her tenkes særlig på etterspørselsparameteren «qi-», altså den *hypotetiske* beregningen av etterspørselen til det dominerende foretaket plassert i konkurrentenes posisjon. At det kan være komplisert å beregne «qi-», illustreres av testen anvendt i *Google Shopping*, der parameteren «qi-» reiser to særlige spørsmål. Det første spørsmålet retter seg mot hvordan foreta selve beregningen av brukertrafikknedgangen for konkurrentene, mens det andre spørsmålet går på hvordan sikre en treffsikker hypotetisk vurdering av brukertrafikknedgangen for Googles SSS som er utsatt for selvfavorisering.

Til det første spørsmålet er selve beregningen av brukertrafikk ikke nødvendigvis rettfrem, og flere spørsmål reises i den forbindelse. Skal man avgrense tidsperioden til da det var brattest fall i brukertrafikk eller regne fra starttidspunktet for selvfavoriseringen? Videre kan det spørres om hvilke aktører som skal inkluderes i analysen, kun de største konkurrerende SSS eller samtlige konkurrenter i markedet for SSS? Beregningen kompliseres ytterligere av at etterspørselsnedgangen kan variere stort for de ulike SSS, sett i lys av hvor forskjelligartede SSS faktisk er, både etter funksjonalitet, kvalitet og design.

Enda mer problematisk er nok å sikre en treffende *hypotetisk* vurdering der det dominerende foretaket utsettes for nedgang i brukertrafikken slik som konkurrentene opplevde. Mer presist at det er utfordrende å fastslå om Googles SSS faktisk ville opplevd en nedgang i brukertrafikk dersom denne hadde blitt nedgradert som en følge av selvfavoriseringen. Vanskeligheten med en treffsikker beregning forklares av at det kan være utfordrende å predikere brukeratferd i digitale markeder som kan variere stort etter brukerpreferanse og lave byttekostnader.¹⁹⁹ Altså er det svært usikkert om nedgangen i brukertrafikken til Googles SSS blir slik som den hypotetiske «qi-» anviser, nettopp fordi Googles SSS har andre kvaliteter enn konkurrentenes SSS.

¹⁹⁹ Se oppgavens punkt 7.

En innvending mot å fokusere på hvor ressurskrevende beregningen av «qi-» kan være, er at nedgang i brukertrafikk til konkurrerende SSS antageligvis måtte beregnes uavhengig av AEC-testen, nettopp fordi brukertrafikk var en sentral konkurranseparameter i denne saken. Altså måtte eventuell nedgang i brukertrafikk til konkurrerende SSS uansett blitt målt, slik at AEC-testen kan bygge på data som allerede foreligger. Forøvrig kan det også nevnes at i andre saker trenger det ikke nødvendigvis være like komplisert å beregne «qi-», eksempelvis i markeder med få aktører som selger relativt homogene produkter eller tjenester.

10.3.2 Grad av presisjon

Den potensielle utfordringen med å beregne en treffende hypotetisk nedgang i etterspørsel som samsvarer med den faktiske utviklingen, reiser igjen spørsmål om hvor treffsikker testen kan sies å være. Dersom «qi-» blir for upresis, øker risikoen for både falske positive og falske negative. Falske positive kan oppstå dersom resultatet av «qi-» illustrerer en betydelig nedgang i etterspørsel, når realiteten viser at en hypotetisk like effektiv konkurrent ikke opplevde slik nedgang. Altså viser testresultatet at den hypotetisk like effektive konkurrenten ekskluderes, mens den faktiske utviklingen viser at slik ekskludering uteblir. Motsatt kan en falsk negativ oppstå, fordi den hypotetiske nedgangen «qi-» er mindre enn den faktiske nedgangen, og slik fanger ikke testen opp den reelle ekskluderende effekten på en hypotetisk like effektiv konkurrent.

Som en innvending mot kritikken angående grad av presisjon, kan det minnes om at AEC-testen kun er et verktøy i virkningsvurderingen som anvendes i tilfeller det anses hensiktsmessig. For eksempel i saker der konkurransemyndighetene eller det dominerende foretaket har et solid datagrunnlag for å fastslå både den faktiske brukertrafikken, og den hypotetiske vurderingen av «qi-». Forøvrig kan det hevdes at bevisstheten om utfordringene med å beregne en treffsikker «qi-», fører til at konkurransemyndighetene eller det dominerende foretaket foretar en ekstra grundig vurdering, og dermed senkes risikoen for både falske positive og falske negative. Til sist skal det påpekes at heller ikke den opprinnelige AEC-testen er uten usikkerhetsfaktorer, selv om datagrunnlaget ved rovprising- og marginskvissaker normalt sett er bedre tilgjengelig ved anvendelse av en AEC-test i disse type saker.

10.3.3 Forutberegnelighet

I tillegg er det tvilsomt om hensynet til forutberegnelighet ivaretas i lik grad av Gaudin og Mantzari sin AEC-test, sammenlignet med den opprinnelige AEC-testen. Et argument for at

Gaudin og Mantzari sin AEC-test ivaretar hensynet til forutberegnelighet, er at også denne testen kun krever oversikt over egne priser og kostnader for det dominerende foretaket, herunder oppstrømspriser konkurrentene betaler foretaket. Imidlertid reiser etterspørselsparameteren «qi-» visse betenkeligheter med tanke på grad av forutberegnelighet. Denne parameteren beror på faktorer utenfor det dominerende foretakets kontroll, herunder informasjon om etterspørselsnedgangen for konkurrerende SSS. Slik sett er ikke testen et like forenklende verktøy for å bedømme rettmessigheten til markedsatferden på forhånd.

10.3.4 Oppsummerende refleksjoner rundt testen til Gaudin og Mantzari

Oppsummert *kan* testen til Gaudin og Mantzari være et hensiktsmessig verktøy for å påvise konkurransebegrensende virkning ved selvfavorisering i digitale markeder. Det avhenger nok om testen brukes som et håndhevingsverktøy for konkurransemyndighetene, eller om det brukes som en rettesnor for det dominerende foretaket som ønsker å gå klar av misbruksregelen. Begrunnelsen er at konkurransemyndighetene i en etterforskningsfase er mer ressurssterke ved innhenting av nødvendig data fra aktørene på markedet, samtidig som at testen ikke ivaretar forutberegnelighetshensynet for det dominerende foretaket på lik måte som den opprinnelige AEC-testen. Disse to faktorene kombinert gjør det mer sannsynlig at konkurransemyndighetene, og ikke foretaket i dominerende stilling, anser testen til Gaudin og Mantzari som et nyttig analyseverktøy.

I tillegg kan testens nytteverdi sies å variere både etter antall aktører, og etter variasjonsbredden på produktene eller tjenestene som tilbys i nedstrømsmarkedet, siden dette spiller inn på hvor komplisert det er å beregne etterspørselsparameteren «qi-». At testens hensiktsmessighet varierer slik etter sakens fakta, kan nok hevdes å være en svakhet, særlig sett hen til at testen er ment å være et verktøy med generell anvendelse ved selvfavorisering i digitale markeder.

11. Avslutning

Helt overordnet har oppgaven analysert rollen til AEC-testen og -prinsippet i spørsmålet om selvfavorisering i digitale markeder anses som misbruk av dominerende stilling etter krrl. § 11. Denne problemstillingen ble særlig aktualisert av *Google Shopping*, som etterlot tvil om AEC-testen eller -prinsippet kom til anvendelse ved ikke-prisbasert misbruk, herunder ved selvfavorisering i digitale markeder.

I drøftelsen av gjeldende rett ble det avklart at både AEC-testen og -prinsippet handler om beskyttelse av de hypotetisk like effektive konkurrentene. Begrunnelsen er at ekskludering av disse konkurrentene kan medføre en konkurranseskade til ulempe for forbrukerne. Slik sett er både AEC-testen og -prinsippet en del av vurderingen om markedsatferden har en konkurransebegrensende virkning, som utdypet under punkt 2. Dette må imidlertid ikke tas til inntekt for at AEC-testen og -prinsippet ikke trenger å skilles fra hverandre, slik man kan tolke Underretten sin forståelse av AEC-testen og -prinsippet i *Google shopping*, som utdypet innledningsvis. EU-rettspraksis har fastslått at AEC-testen og -prinsippet er to ulike rettslige konsepter som eksisterer ved siden av hverandre. AEC-testen er en konkret økonomisk analyse av forholdet mellom kostnads- og prisnivået til det dominerende foretaket, med sikte på å avklare om en hypotetisk like effektiv konkurrent er i stand til å konkurrere med profitt på markedet, som presentert under punkt 3. AEC-prinsippet på sin side representerer grunntanken bak AEC-testen, her at TEUV artikkel 102 kun er ment å beskytte de hypotetisk like effektive konkurrentene, målt etter pris, utvalg, kvalitet eller innovasjon. En slik vid forståelse av effektivitet har som følge at AEC-prinsippet har bredt anvendelsesområde på tvers av atferdstyper, og må ikke begrenses til prisbasert markedsatferd slik som AEC-testen avgrenses etter. Dette åpner igjen for at AEC-prinsippet er anvendelig for ikke-prisbasert markedsatferd, herunder ved selvfavorisering i digitale markeder. Videre kan AEC-prinsippet komme til nytte på ulike måter i misbruksvurderingen, både i spørsmålet om det er konkurrert ytelsesbasert, og som en retningslinje i vurderingen av årsakssammenheng mellom markedsatferden og den konkurransebegrensende virkningen, som beskrevet under punkt 4.3 og 4.4.

En vesentlig begrensning i anvendelsesområdet til både AEC-testen og -prinsippet, er tilfeller det er grunn til å beskytte de mindre effektive konkurrentene. Dette gjelder i situasjoner der også disse konkurrentene utøver et konkurransepress på det dominerende foretaket, eksempelvis i markeder som har en konsentrert markedsstruktur med høye

etableringshindringer og et dominerende foretak med stor markedsandel, som forklart nærmere under punkt 5. Det er tatt til orde for at digitale markeder typisk kjennetegnes av slik konsentrert markedsstruktur. Imidlertid blir det for unyansert å avskrive både AEC-testen og -prinsippet generelt for digitale markeder, og spørsmålet om AEC-testen eller -prinsippet kommer til anvendelse beror på en konkret vurdering av det aktuelle digitale markedet i saken, som beskrevet under punkt 7.

Hva som må anses uavklart etter gjeldende rett, er hvordan man skal operasjonalisere AEC-prinsippet for ikke-prisbasert markedsatferd, herunder ved selvfavorisering i digitale markeder. Som beskrevet under punkt 10.1, har EU-domstolen fastslått at det kan være rom for en ny variant av AEC-testen som er anvendelig ved ikke-prisbasert markedsatferd.

Passende i lys av at det er åpnet for en variant av AEC-testen for ikke-prisbasert misbruk, er det introdusert en AEC-test for selvfavorisering i digitale markeder i juridisk teori, som ble analysert under punkt 10.2 og 10.3. Frem til EU-domstolen autoriserer enten denne eller en annen variant av AEC-testen, må spørsmålet om hvordan man kan operasjonalisere AEC-prinsippet for ikke-prisbasert misbruk anses uavklart etter gjeldende rett. Dermed blir det spesielt interessant å se om endelig dom i *Google shopping* gir et avklarende bidrag eller ikke.

Litteraturliste

Lover

EØS-loven

Lov 27. november 1992 nr. 104 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

EØS-konkurranseloven

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

Konkurranseloven

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

Rettspraksis fra Høyesterett

HR-2011-1251-A

Forarbeider

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004).

A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS konkurranseloven).

Traktater

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1992, ikrafttredelse 1. januar 1994 (EØS-avtalen)
TEU	Treaty on European Union – TEU, signert 13. desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009 [Traktaten om Den europeiske union – TEU – Maastricht-traktaten konsolidert 2016]
TEUV	Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU, signert 13. desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009 [Traktaten om Den europeiske unions virkemåte – TEUV – Roma-traktaten konsolidert 2016].

Forordninger

Forordning om digitale markeder	Europaparlamentets og rådets forordning (EU) 2022/1925 av 14. september 2022 om åpne og rettferdige markeder i den digitale sektoren og om endring av direktiv (EU) 2019/1937 og (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).
---------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Rettspraksis fra EU-domstolen

- Dom av 9. juli 1969, [C5], *Franz Völk v. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, C-5/69, EU:C:1969:35
- Dom av 13. februar 1979 [C5], *Hoffmann-LaRoche v. Commission*, C-85/76, EU:C:1979:36
- Dom av 9. november 1983 [P], *Michelin v. Commission* (Michelin 1), C-322/81, EU:C:1983:313

Dom av 3. juli 1991 [C5], *AKZO Chemie v. Commission*, C-62/86, EU:C:1991:286

Dom av 14. november 1996 [C5], *Tetra Pak International SA v. Commission*, C-333/94, EU:C:1996:436

Dom av 26. november 1998 [C5], *Bronner v. Mediaprint*, C-7/97, EU:C:1998:569

Dom av 15. mars 2007 [C3], *British Airways v. Commission*, C-95/04, EU:C:2007:166

Dom av 14. oktober 2010 [C5], *Deutsche Telekom AG v. Commission*, C-280/08 P, EU:C:2010:603

Dom av 17. februar 2011 [C3], *TeliaSonera Sverige AB v. Konkurrenceverket*, C-52/09, EU:C:2011:83

Dom av 27. mars 2012 [GC], *Post Danmark v. Konkurrencerådet (Post Danmark I)*, C-209/10, EU:C:2012:172

Dom av 19. april 2012 [C3], *Tomra Systems ASA and Others v. European Commission*, C-549/10, EU:C:2012:221

Dom av 10. juli 2014 [C5], *Telefónica SA Telefónica de España SAU v. European Commission*, C-295/12, EU:C:2014:2062

Dom av 6. oktober 2015 [C5], *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, C-23/14, EU:C:2015:651

Dom av 26. november 2015 [C5], *Maxima Latvija v. Konkurences padome*, C-345/14, EU:C:2015:784

Dom av 6. september 2017 [GC], *Intel v. Commission*, C-413/14, EU:C:2017:632

Dom av 30. januar 2020 [C5], *Generics (UK) Ltd and Others v. Competition and Markets Authority*, C-307/18, EU:C:2020:52

Dom av 12. mai 2022 [C5], *Servizio Elettrico Nazionale SpA and Others v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato and Others*, C-377/20, EU:C:2022:379

Dom av 19. januar 2023 [C5], *Unilever Italia Mkt. Operations Srl v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, EU:C:2023:33

Rettspraksis fra Underretten

Dom av 17. september 2007, *Microsoft Corp. V. Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289

Dom av 10. november 2021, *Google and Alphabet v. Commission*, T-612/17, EU:T:2021:763

Dom av 26. januar 2022, *Intel Corporation v. Commission*, T-286/09, EU:T:2022:19

Dom av 15. juni 2022, *Qualcomm v. Commission*, T-235/18, EU:T:2022:358

Dom av 14. september 2022, *Google and Alphabet v Commission (Google Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541

Innstillinger fra Generaladvokater

Opinion of Advocate Generale Rantos, EU:C:2021:998

Veiledningen fra EU-Kommisjonen

Veiledningen fra EU-kommisjonen fra 2009

Guidance on the Commission' enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24.02.2009, s. 7-20

Reviderte versjonen av Veiledningen fra 27.03.23

Amendments to the Communication from the Commission Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertaking, 27.03.2023, C (2023)

Avgjørelser fra EU-kommisjonen

EU-kommisjonens avgjørelse av 27.06.2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)*

Litteratur

Bougette, Patrice, Budzinski, Oliver og Frederic Marty, «Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses», *Antitrust bulletin*, Vol.67 (2), 2022, s. 190-207

Bunworth, Richard. «In the Market for a New Form of Abuse? Google Shopping and the law on Self-Preferencing in the EU.» *Hibernian Law Journal*, Vol. 21, 2022, s. 121-139

Broberg, Morten og Niels Fenger, *Broberg and Fenger on preliminary References to the European Court of Justice*, 3. utgave, Oxford University Press 2021

Caro de Sousa, Pedro, «What shall we do about Self-preferencing?», *Competition Policy International*, June Chronicle 2020, s. 1-12

Colomo, Pablo Ibáñez, «Anticompetitive Effects in EU Competition Law», *Journal of competition law & economics*, Vol.17 (2), 2021, s. 309-363

Colomo, Pablo Ibáñez, «Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles», *World competition*, Vol.43 (4), 2020, s. 417-446

Davis, Peter, *As Efficient Competitor Test: An overview of EU and national case law*, e-Competitions Special Issue As Efficient Competitor test, 2019

De Conick, Raphael, «The as-efficient competitor test: some practical considerations following the ECJ Intel judgment», *Competition Law & Policy Debate*, Vol. 4 (2), 2018, s. 73-80

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 1. utgave, Gyldendal 2009

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2022

Gaudin, Germain og Despoina Mantzari_«Google Shopping and the As-Efficient-Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead», *Journal of European competition law & practice*, Vol.13 (2), 2022, s.125-135

Hajnovicova, Romana, Lang Ngoc-Lan og Andrea Usai, «Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10 (3), 2019, s. 141–158

Haucap, Justus og Ulrich Heimeshoff, «Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization?», *International economics and economic policy*, Vol. 11, 2014, s. 49-61

Hjelmeng, Erling, *Årsaksvurderinger i konkurranseretten – særlig om det kontrafaktiske scenariet*. Tidsskrift og forretningsjuss, 22 (1. utg.), s. 10-45, Universitetsforlaget 2016

Jessen, Anders, *Exclusionary abuse after the Post Danmark I case: the role of the effects-based approach under article 102 TFEU*, Kluwer Law International 2017

Mandorff, Martin og Johan Sahl, *The role of the "Equally Efficient Competitor" in the Assessment of Abuse of Dominance*, IDEAS Working Paper Series from RePEc 2013

Marinova, Miroslava, *Fidelity rebates in competition law: application of the 'as efficient competitor' test*, 1. utgave, Wolters Kluwer 2019

Stucke, Maurice og Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 1. utgave, Oxford University Press 2016

Van den Berg, Roger J. og Peter Camesasca, *European Competition Law and Economics – A comparative Perspective*, 1. utgave, Intersentia 2001

Østerud, Eirik, *Identifying exclusionary abuses by dominant undertakings under EU competition law: the spectrum of tests*, Kluwer Law International 2010

Yan, Xingyu og Hans Vedder, «Minimum Efficient Scale, Competition on the Merits, and The Special Responsibility of a Dominant Undertaking», *Journal of competition law & economics*, Vol.19 (1), 2023, s. 123-145

Andre nettressurser

OECD Policy Roundtable, *Competition on the Merits*, 2005, DAF/COMP (2005) 27

Colomo, Pablo Ibáñez, «*On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (II): does the replicability test really work?*», blogginnlegg, ChillingCompetition, mai 2022, tilgjengelig på <https://chillingcompetition.com/2022/05/18/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-ii-does-the-replicability-test-really-work/>, sist lest 07.05.2023