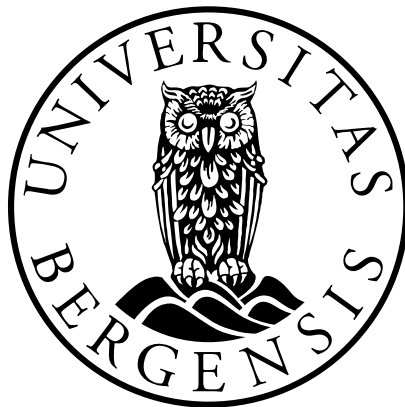


# Betydningen av subjektiv hensikt etter konkurranseloven § 11

*Betydningen av et foretaks subjektive hensikt i  
misbruksvurderingen*

Kandidatnummer: 20

Antall ord: 14498



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01. juni 2017



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema.....	4
1.1.1 Hva som menes med hensikt.....	6
1.2 Legislative hensyn.....	7
1.2.1 Introduksjon.....	7
1.2.2 Harmoniseringshensynet.....	8
1.2.3 Risiko for falske positive og falske negative.....	9
1.3 Oppgavens inndeling og struktur.....	10
2 Bruk av hensikt i rettspraksis.....	11
2.1 Det objektive misbruksbegrepet.....	11
2.2 Prismisbruk.....	14
2.2.1 Introduksjon.....	14
2.2.2 Rovprising.....	14
2.2.3 Selektiv prising.....	19
2.2.4 Falske positive eller falske negative?.....	23
2.3 Misbruk av offentlige lisenser.....	26
2.3.1 Introduksjon.....	26
2.3.2 AstraZeneca-saken.....	27
2.4 Eksklusivitetsavtaler.....	29
2.4.1 Introduksjon.....	29
2.4.2 Tomra-saken.....	29
2.4.3 Tine-saken.....	32
2.5 Rabatter.....	33
2.5.1 Introduksjon.....	33
2.5.2 Intel-saken.....	34
2.5.3 Eksempel på et falsk positiv?.....	38
3 Konklusjoner.....	40
3.1 Implikasjoner for tolkningen av konkurranseloven § 11.....	40
3.1.1 Subjektiv hensikt som middel for å identifisere konkurranseskadelig atferd.....	41
3.1.2 "Objektiv" hensikt eller virkning?.....	41

Litteraturliste..... 43

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Denne oppgaven vil ta for seg hvilken betydning et foretaks subjektive hensikt med en gitt atferd har for vurderingen av om forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling er overtrådt. Konkurranseloven § 11 første avsnitt lyder slik:

*"Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt".<sup>1</sup>*

Det følger av ordlyden at bestemmelsen kommer til anvendelse på *dominerende foretak* som på en *utilbørlig* måte utnytter sin markedsrett. Det som kjennetegner et dominerende foretak, er at det har en så sterk økonomisk stilling at deres tilstedeværelse på markedet gjør det mulig å hindre opprettholdelsen av en effektiv konkurransen, og at foretaket kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere.<sup>2</sup> At det dominerende foretaket kan opptre uavhengig, betyr igjen at andre aktører på markedet er avhengig av å samarbeide med dem. I tillegg har det dominerende foretaket en slik økonomisk situasjon at de har mulighet til å iverksette virkemidler, for eksempel en prisrig, som hindrer opprettholdelsen av en effektiv konkurranse ved at konkurrenter, som følge av det dominerende foretakets opptreden, på sikt blir utestengt fra markedet.<sup>3</sup>

Det er kort fortalt slike mekanismer som omtales som konkurransebegrensende virkning i denne sammenhengen. Det er en rekke faktorer som avgjør om et foretak er å anse som dominerende, der markedsandel kanskje er den viktigste faktoren. Hvis markedsandelen er over 50 % over en viss tidsperiode, presumeres det at foretaket er dominerende.<sup>4</sup> Men dette i seg selv er imidlertid ikke nødvendigvis tilstrekkelig, en rekke andre faktorer som etableringshindringer, profitt, tidligere atferd, teknologisk forsprang, varemerker, relativ størrelse og så videre har betydning.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

<sup>2</sup> Se for eksempel definisjonen i sak 27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, premiss 65. Se også Kolstad og Ryssdal, *Norsk konkurranserett, Bind 1: Atferdsregler og strukturkontroll*, (Oslo 2007), s. 347-348

<sup>3</sup> Om konkurransebegrensende misbruk, se Kolstad og Ryssdal s. 365 flg.

<sup>4</sup> Jf. Kolstad og Ryssdal, s. 352

<sup>5</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 350-357 gir en oversikt over forskjellige faktorer som rettspraksis bruker for å fastslå dominans

Denne oppgaven tar imidlertid ikke sikte på å gjøre rede for dominansvurderingen. Det som skal analyseres i denne oppgaven er innholdet i vilkåret "utilbørlige utnyttelse" – kriteriet som setter rammene for hvordan et dominerende foretak kan opptre på markedet. Også dette vilkåret kan gi opphav til mange spørsmål som det vil være for omfattende å drøfte i denne sammenhengen. Fokuset vil derfor ligge på hvordan rettspraksis bruker henholdsvis subjektive og objektive faktorer i vurderingen for å fastslå misbruk av markedsrett. Hovedproblemstillingen er hvilken rolle subjektiv hensikt har å si for om et foretak har opptrådt utilbørlig.

Ordene "utilbørlige utnyttelse" isolert sett gir bare en vag angivelse av hva bestemmelsen forbyr. At en handling, opptreden, tiltak el. er *utilbørlig*, tilsier at den er en form for misbruk som ikke aksepteres av rettsordenen. Også ordet utnyttelse har et negativt preg – at den stilling en har *utnyttes* tilsier at dette skjer til fortrengelse for andre. Hvilke faktorer som er relevante i misbruksvurderingen, hvorvidt konseptet skal forstås som objektivt eller hvilken relevans subjektive faktorer har, er lovteksten taus om.<sup>6</sup> Det er gjennom rettspraksis at innholdet i bestemmelsen, herunder hvilken betydning hensikt har, blir nærmere klarlagt.

Det finnes lite norsk rettspraksis om konkurranseloven § 11 etter at den nåværende loven trådte i kraft. Den mest relevante dommen er Rt. 2011 s. 910 (Tine). I den saken ble Tine frifunnet for påstått misbruk av dominerende stilling. Det ble påstått at Tine i praksis hadde inngått en eneleverandøravtale med Rema 1000 om levering av hvitost som fotrengte konkurrenten Synnøve Finden, men virkemidlene Tine tok i bruk og dens påvirkning ble altså ikke funnet å være i strid med konkurranseloven § 11. Dommen omtales nærmere under punkt 2.4.3. Det finnes med dette ingen saker hvor foretak er dømt for overtredelse av konkurranseloven § 11 per dags dato.

Grensen for når et foretak har misbrukt sin markedsrett er sånn sett ikke klarlagt i høyesterettpraksis. Det er derfor nødvendig å gå til andre kilder for å fastslå regelens innhold. Primært er det rettspraksis fra EU som brukes som kilder til tolkningen. Årsaken til at denne praksisen er så sentral for tolkningen av konkurranseloven § 11, er for det første at det er lite rettskilder av tradisjonell karakter, det vil si lovtekst, forarbeider og norsk rettspraksis som belyser temaet. Det andre er at konkurranseloven ble vedtatt med et mål om å harmonisere norsk konkurranserett med EU- og EØS-konkurranseretten. Denne sammenhengen forklares

---

<sup>6</sup> I motsetning til konkurranseloven § 10, som har "formål" og "virkning" som alternative vilkår

nærmere nedenfor i avsnitt 1.2.2. Først er det imidlertid grunn til å se nærmere på hva som er det sentrale analyseobjektet for denne oppgaven, det vil si hva som menes med objektive og subjektive faktorer, herunder subjektiv og objektiv hensikt.

### **1.1.1 Hva som menes med hensikt**

Gjennomgående i denne oppgaven skilles det mellom subjektive og objektive faktorer. En faktor er et element i den rettslige vurderingen som foretas under et gitt rettslige vilkår, i dette tilfellet hva som er meningsinnholdet i vilkåret "utilbørlige utnyttelse" etter konkurranseloven § 11. En objektiv faktor er et fenomen som kan observeres i den ytre verden, for eksempel at en vare selges til en gitt pris (x) og at det kostet en gitt sum (y) å produsere den. Forholdet mellom x og y kan konstateres objektivt i den betydning at eksistensen av disse faktorene er uavhengig av menneskelig tankevirksomhet.

Motsatt er en subjektiv faktor relatert til den tankevirksomhet som ligger bak en handling. Subjektiv hensikt er en tenkt, tilsiktet virkning av en gitt handling. Hensikt er altså ikke hva som faktisk ble virkningen av en handling, men hva som var det ønskede målet med handlingen. Subjektiv hensikt er hva som faktisk ble tenkt av personen eller personene – eller med andre ord hva som var den indre begrunnelsen for å iverksette handlingen eller handlingene.<sup>7</sup>

Vi har dermed et skille mellom objektive og subjektive faktorer der det objektive er ytre manifestasjoner, og det subjektive er den indre tankevirksomheten. Det kan likevel tenkes et skille mellom subjektiv og "objektiv" hensikt.<sup>8</sup> At en hensikt er objektiv er ikke selvforklarende, men det kan beskrives som slutninger som trekkes fra den ytre verden for å kunne anta hva hensikten var. For eksempel har vi de objektive faktorene pris (x) og kostnad (y), som kan observeres (tilnærmet) objektivt. Hvis x er høyere enn y, og et foretak som selger varen gir uttrykk for at hensikten er å selge varen med fortjeneste i interne strategidokumenter, har vi midler (dokumentene) som kan bevise hva foretakets subjektive

---

<sup>7</sup> For en generell redegjørelse av vurdering av hensikt, se Eirik Østerud, "Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of tests", *International Competition Law Series*, Volume 45, Chapter 5: Intent-Based Tests, 2010, s. 127-157

<sup>8</sup> Se for eksempel Pinar Akman, "The role of intent in the EU case law on abuse of dominance", *European Law Review*, 2014, s. 316-337, som gjennomgående skiller mellom "subjective intent" og "intent" i en objektiv forstand, se særlig s. 317-318

hensikt var.<sup>9</sup> Dersom vi ikke har slike dokumenter, kan vi trekke slutninger fra de objektivt observerbare omstendighetene – at selskapet selger varer med fortjeneste – og si med en viss grad av sikkerhet at den objektive hensikten med slike handlinger må være å tjene penger.<sup>10</sup>

"Objektiv" hensikt bygger på en presumsjon om hva som med rimelighet kan antas å være det tilsiktede målet. Dette kan basere seg på alminnelige erfaringssetninger, teorier etc., for eksempel økonomisk teori der en grunnsetning er at foretaks primære hensikt er å gå med overskudd.

En spesiell type hensikt som er gjennomgående i denne oppgaven, er det som kan kalles utestengende hensikt.<sup>11</sup> Det relaterer seg til at et foretak har til hensikt – altså som mål – å hindre konkurrenter fra å etablere seg fra markedet, eller på sikt tvinge konkurrenter ut av markedet. Hva som nærmere ligger i en slik hensikt vil behandles underveis, herunder distinksjonen mellom subjektiv utestengende hensikt og objektivt utestengende hensikt – og hvordan slike faktorer brukes i misbruksvurderingen. Videre kan det imidlertid først være relevant å se på bakgrunnen for forbudet mot utilbørlig utnyttelse av markedsrett og noen av de hensyn som begrunner et slikt forbud.

## 1.2 Legislative hensyn

### 1.2.1 Introduksjon

Det følger av konkurranseloven § 1 at lovens formål er å "fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser" og at det skal tas "særlig hensyn til forbrukernes interesser". Målet med konkurransereglene er å utnytte samfunnets ressurser mest mulig effektivt. Virkemiddelet for å oppnå målet er konkurranse.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Om tolkning av bevis generelt for å klarlegge faktum, se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (Bergen 2004) s. 124-125

<sup>10</sup> Akman, s. 318, synes å skille mellom objektiv og subjektiv hensikt etter hvordan de kan bevises, gjennom ytre omstendigheter, eller typisk gjennom interne dokumenter, men understreker at begge deler er en vurdering av "the state of mind"

<sup>11</sup> Se Østerud, særlig s. 141 flg. Se også Akman, 2014 og Colm O'Grady, "The Role of Exclusionary Intent in the Enforcement of Article 102 TFEU", *World Competition Law and Economics Review*, 2014, s. 459-486. Det synes å være enighet om skillet mellom objektive og subjektive faktorer, mens der Akman er negativ til relevansen av hensikt, er O'Grady positiv. Se også Antonio Bavasso, "The role of intent under Article 82 EC: from "flushing the turkeys" to "spotting lionesses in Regent's Park"", *European Competition Law Review*, 2005, s. 616-623

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 33



Grunnhensynet som konkurransereglene skal ivareta er dermed å fremme effektiv konkurranse, fordi tanken er at det er gjennom konkurranse ressursutnyttelsen er best mulig.

Av forarbeidene kan det videre leses at det ikke alltid er "manglende konkurranse som er årsaken til at det sløses med samfunnets ressurser."<sup>13</sup> Det er dermed nødvendig med en gjennomgang av rekkevidden for misbruksvurderingen for å vurdere hva som er hensiktsmessig at konkurransereglene omfatter. I denne sammenhengen skal det ikke gås nærmere inn på alle de forskjellige aspektene ved hensyn som kan gjøres gjeldende for anvendelsen av konkurranseloven § 11. Først skal det heller kort redegjøres for bakgrunnen for lovbestemmelsen, som er med på å styre hvilke rettskilder som er relevante ved tolkningen. Deretter, relatert til rekkevidden av bestemmelsen, følger en kort gjennomgang av det som ofte kalles for risiko for falske positive eller falske negative.<sup>14</sup> Årsaken er at disse aspektene har betydning for det som vil være hovedfokuset videre i oppgaven: Hvordan foretaks hensikt brukes i vurderingen av misbruk, og hensiktsmessigheten av dette.

## 1.2.2 Harmoniseringshensynet

Da den nye konkurranseloven kom i 2004, var det med et mål om å harmonisere norsk konkurranserett med EU/EØS-konkurranseretten. Konkurranseloven § 11 svarer til EØS-avtalen artikkel 54, som igjen bygger på TEUV artikkel 102. I forarbeidene til loven uttales det at "praksis i EU og EØS [vil] være relevant ved tolkning av bestemmelsen, og veie tungt som rettskilde ved anvendelsen av den norske forbudsbestemmelsen".<sup>15</sup> Det fremgår klart av forarbeidene at harmonisering med EU/EØS-retten var et grunnleggende hensyn ved vedtakelsen av konkurranseloven. Likevel presiseres det at "en harmonisering i den nye loven ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis i alt og ett vil bli identisk med praksis fra EU og EØS. Her vil blant annet ulikheter i reglens formål, virkeområde, samt rettskildesituasjonen, kunne spille inn og føre til et noe annerledes resultat".<sup>16</sup>

I hovedsak kan det derfor sluttet at konkurranseloven § 11 skal tolkes i overenstemmelse med EØS-avtalen art. 54 og TEUV art. 102. Som nevnt presiserer imidlertid forarbeidene at reglene kan ha noe ulikt innhold. Dette må forstås slik at det ikke er noen plikt for norske rettsanvendere å følge enhver praksis fra EU/EØS, men at det er rom for nasjonale

---

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 33

<sup>14</sup> Jf. for eksempel Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 6. utgave (Oxford 2016), s. 47

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 225

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

tilpasninger. Grunnleggende sett er det slik at det norske rettssystemet er dualistisk.<sup>17</sup> Det betyr at vi i prinsippet har flere regler; en norsk regel med grunnlag i konkurranseloven § 11, en EØS-regel med grunnlag i EØS-avtalen art. 54 og en EU-regel med grunnlag i TEUV art.

102. Betydningen av den prinsipielle forskjellen må imidlertid ikke overdrives. Som nevnt er det i forarbeidene klart forutsatt at EU-og EØS-rettslige kilder vil veie tungt ved tolkningen av bestemmelsen. Det kan derfor antas at det må finnes tungtveiende kilder i intern norsk rett for å fravike praksis som kan utledes fra for eksempel EU-domstolen og Førsteinstansretten.<sup>18</sup>

Rt. 2011 s. 910 (Tine) kan gi noe veiledning for hvordan rettsanvendelsen av § 11 skal være. Både flertallet og mindretallet bruker rettsavgjørelser fra EU aktivt i drøftelsen. Forskjellen mellom de to votaene er hvordan praksisen skal tolkes, ikke at kildene skal anvendes eller at de skal gis ulik vekt. Ut i fra dommen kan det heller ikke sees noen rettskilder i intern norsk rett, som for eksempel lovformål eller anvendelsesområde, som begrunner et avvikende resultat fra det som finnes i EU-retten.

### **1.2.3 Risiko for falske positive og falske negative**

Det følger av det som til nå er sagt om de hensyn som begrunner misbruksforbudet, at for å oppnå formålet om å fremme konkurransefremmende atferd må anvendelsesområdet – rekkevidden av regelen – presiseres. Det er som nevnt nesten ingen høyesterettspraksis på dette området, mens det finnes mye rettspraksis fra EU. Tatt i betraktning det som ble sagt like ovenfor om rettskildesituasjonen, er det derfor rom for å vurdere hvor hensiktsmessig regelen kan anvendes, eller sagt på en annen måte, hvordan regelen kan utformes for å bedømme konkurranseskadelig atferd som misbruk, mens ikke-skadelig atferd ikke vil sanksjoneres. Dette kalles ofte for henholdsvis falske positive og falske negative.<sup>19</sup> Det problematiske ved falske negative er opplagt at konkurranseskadelig atferd fra et dominerende foretak sin side ikke vil sanksjoneres. Falske positive derimot, har en noe mer indirekte effekt, som kan bidra til en kjølede virkning på blant annet innovasjon, og for så vidt konkurransen i markedet som helhet.<sup>20</sup>

Disse aspektene – hvordan vi kan unngå både falske positive og falske negative – er et underliggende hensyn når grensen for misbruk klarlegges.

---

<sup>17</sup> Se for eksempel Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode* (Oslo 2009), s. 49

<sup>18</sup> Sistnevnte vil i denne oppgaven som regel bare bli kalt Retten

<sup>19</sup> Jf. for eksempel Jones og Sufurin s. 47

<sup>20</sup> Jones og Sufurin, s. 47

## **1.3 Oppgavens inndeling og struktur**

Det som til nå er sagt er ment som introduksjon til oppgavens tema. Videre i oppgaven er det av nevnte grunner nødvendig å analysere rettspraksis nærmere for å finne ut om, og eventuelt hvordan og hvorfor hensikt brukes i misbruksvurderingen. Del 2 av oppgaven er strukturert etter forskjellige misbrukskategorier, men langt i fra alle. Dommene som gjennomgå er kun et utvalg rettsavgjørelser som kan være relevant for det spesifikke tema som behandles i denne oppgaven. I del 3 oppsummeres funnene for å se hvilke konklusjoner som kan trekkes og hvilken betydning dette kan ha for tolkningen og anvendelsen av konkurranseloven § 11.

## 2 Bruk av hensikt i rettspraksis

### 2.1 Det objektive misbruksbegrepet

Etter TEUV art. 102 første avsnitt er "[a]ny abuse by one or more undertakings of a dominant position" forbudt. Ordet "abuse" kan best oversettes med misbruk, og derfor er også misbruk stort sett brukt i denne oppgaven. I konkurranseloven § 11 brukes "utilbørlige utnyttelse", uten at det er tiltenkt noen realitetsforskjell.<sup>21</sup> Noen forskjell i regelens innhold basert på forskjellen i ordvalget er det heller ikke.<sup>22</sup>

*Hoffmann-La Roche*<sup>23</sup> fra 1976 regnes som en grunnleggende dom på dette området, som tok sikte på å presisere de rettslige kriteriene for misbruksvurderingen. Det uttales her følgende:

*"The concept of abuse is an **objective concept** relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, **has the effect** of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition."<sup>24</sup>*

Utgangspunktet er altså at misbruk er et objektivt konsept relatert til foretakets opptreden i markedet, som på grunn av dets tilstedeværelse har den *effekt* at konkurransen svekkes eller veksten av konkurransen svekkes. Uttalelsen fokuserer videre på at det brukes virkemidler som ikke er normale i næringslivet, og som altså påvirker konkurransen negativt.

Nettopp disse virkemidlene har gjort at misbruksvurderingen ofte deles opp, for eksempel etter eksklusivitetsavtaler, rovprising, lojalitetsrabatter, diskriminerende vilkår etc. Selv om disse kategoriene er funksjonelle måter å dele inn i typetilfeller på, har EU-domstolen fått kritikk for å ha anlagt i for stor grad en formbasert metode for å vurdere misbruk.<sup>25</sup> Enkelt sagt kan en si at ved en slik tilnærming er det tilstrekkelig å påvise eksistensen av for eksempel en eneleverandøravtale. I en virkningsbasert analyse vil derimot effekten av handlingen være det sentrale, ikke eksistensen av for eksempel en eneleverandøravtale i seg

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 225-226

<sup>22</sup> Jf. Rt. 2011 s. 910, premiss 66

<sup>23</sup> Sak 85/76, *Hoffman-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36

<sup>24</sup> Premiss 91, min utheving

<sup>25</sup> Jones og Sufirin s. 257 flg.

selv. I denne oppgaven tas det utgangspunkt i ulike typetilfeller i et utvalg rettsavgjørelser fra EU for å analysere hvordan hensikt brukes i praksis.

Temaet for denne oppgaven er altså hvilken betydning subjektiv hensikt har i misbruksvurderingen. Intuitivt kan det, tatt i betraktning det som nettopp er sagt om misbruksvurderingens objektive karakter, virke rart å i det hele tatt vurdere en slik problemstilling. Det skilles i juridisk tenkning ofte klart mellom subjektive og objektive faktorer, en tradisjon som for eksempel tydelig har en parallell i strafferetten<sup>26</sup>, men også i privatretten, for eksempel i reglene for avtaletolkning.<sup>27</sup> Går vi ut i fra utgangspunktet om at misbruk av markedsrett er objektivt, er det nærliggende å tenke at subjektiv hensikt er irrelevant. For eksempel uttaler Sejersted mfl. når det gjelder EØS-avtalen art. 54 at det ikke er relevant "hva som var virksomhetens formål med den atferd som vurderes", med henvisning til *Hoffmann-La Roche*, uten å drøfte problemstillingen nærmere.<sup>28</sup>

Dette spørsmålet er imidlertid omdiskutert, særlig i europeisk juridisk teori. For eksempel drøfter Akman<sup>29</sup> hvordan hensikt brukes i EU-rettspraksis. Hun er gjennomgående svært negativ og mener at misbruksbegrepet ikke er så objektivt som EU-domstolen påstår, og ser det slik at subjektiv hensikt ikke brukes som annet enn substitutt for å påvise konkurransebegrensende virkning. O'Grady er på motsatt side, og ser det som både ønskelig og nødvendig at subjektiv hensikt inngår som en del av misbruksvurderingen.<sup>30</sup>

Retningslinjene i *Hoffmann-La Roche* tyder på at misbruksvurderingen skal være en objektiv vurdering av hvilken *faktisk virkning* atferden har på konkurransen. En presisering av dette grunnleggende utgangspunktet finner vi blant annet i *Michelin*<sup>31</sup>, hvor retten uttaler at:

*"The effect referred to in the case-law cited in the preceding paragraph does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct complained of. For the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC [TEUV 102], it is sufficient to show that the*

---

<sup>26</sup> Tradisjonelt skilles det gjerne mellom objektiv overtredelse av straffebud, og de subjektive straffvilkårene

<sup>27</sup> Avtaletolkning kan være subjektiv, ut i fra partenes egen forståelse av avtalen, eller objektiv, se for eksempel Johan Giertsen, *Avtaler*, 2. utgave, (Bergen 2012), s. 105 flg

<sup>28</sup> Sejersted, mfl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011), s. 552

<sup>29</sup> Akman, er gjennomgående negativ til å hvordan hensikt brukes i rettspraksis, se særlig s. 331 flg

<sup>30</sup> O'Grady, s. 459-486

<sup>31</sup> Sak T-203/01, *Michelin*, ECLI:EU:T:2003:250

*abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect*"<sup>32</sup>

Det er tilstrekkelig å påvise at den påklagede atferden *tends to restrict competition* – noe domstolen altså mener er det samme som at "the conduct is capable of having that effect". Det er i denne sammenhengen interessant å se på den danske oversettelsen av den samme dommen. Det skrives der at det er tilstrekkelig å påvise at "en dominerende virksomheds misbrug har til hensigt at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærd er egnet til at have denne virkning". I den danske oversettelsen har altså "tends to" blitt til "hensigt", som sidestilles med at atferden er egnet til å begrense konkurransen. En opplagt innvending er at oversettelsen neppe kan anses korrekt. En bedre oversettelse av "tends to" er at noe har en tendens til, eller pleier eller vanligvis inntreffer. Dette er ikke relatert til hensikten – eller motivasjonen bak atferden – men sannsynligheten for at et gitt utfall vil inntreffe.

I den franske oversettelsen brukes uttrykket "tend à restreindre la concurrence", som språklig er omtrent det samme som det engelske "tends to". I den svenske versjonen står det likeledes "tenderar att inskränka konkurrensen eller, med andra ord, att beteendet har eller kan ha sådana verkningar". Ordet "tenderar" kan også antas å ha omtrent samme innhold som "tends to" eller "tend à", som igjen ikke er det samme som hensikt.

På denne bakgrunn er det nærliggende å anta at den danske versjonen simpelthen er oversatt feil, og at domstolen ikke setter likhetstegn mellom tendensen til at en atferd har konkurransebegrensende virkning og at det er hensikten med atferden.<sup>33</sup> Det kan likevel gi en viss indikasjon på at det er en sammenheng mellom disse to størrelsene. Men det kan også gi en indikasjon på at intensjonsdybden i uttalelsene ikke alltid er så stor, eller med andre ord at ordvalgene ikke alltid er like gjennomtenkte.

Oppsummert kan det ut i fra det overnevnte sluttet at misbruksvurderingen skal være en objektiv vurdering, der det som vurderes er det dominerende foretakets atferd og dens evne til å begrense konkurransen. Det følger av det overnevnte at dominerende foretak har en objektiv plikt til å ivareta restkonkurransen i markedet eller markedene de opererer i. Spørsmålet er da om eksistensen av subjektive faktorer, som utestengende hensikt, er relevant for vurderingen.

---

<sup>32</sup> Premiss 239, min utheving

<sup>33</sup> Om språktolkning av EU-dommer, se Sejersted m.fl. *EØS-rett*, s. 236. Synspunktet der er at forskjellige språkversjoner kan ha betydning i spesielle tilfeller, men at det normalt ikke skal ha betydning. Det er strengt tatt kun dommens prosessspråk som er autentisk, som ofte er fransk. I denne oppgaven brukes de engelskspråklige versjonene av dommene

Det krever nærmere analyse av hvordan rettspraksis anvender subjektive faktorer for å kunne si noe sikkert om dens relevans og vekt i misbruksvurderingen. Først gjennomgås tilfeller av prismisbruk. Årsaken er at det er i disse sakene subjektiv hensikt tradisjonelt har vært mest fremtredende. Deretter vil et tilfelle av påstått misbruk av offentlige lisenser gjennomgås, som er et mer spesielt tilfelle som ikke passer inn i de nevnte hovedkategoriene av misbruk. Til slutt vil tilfeller av eksklusivitetsavtaler og rabatter gjennomgås.

## **2.2 Prismisbruk**

### **2.2.1 Introduksjon**

Såkalt rovprising, eller på engelsk predatory pricing, beskriver en situasjon hvor et selskaps produkter tilbys til unaturlig lave priser. Det forutsettes at den grunnleggende tanken for de fleste selskap er å sette prisene høyere enn det koster å produsere dem, for på den måten å gå med overskudd. Med unaturlig lave priser menes derfor i denne sammenhengen først og fremst priser under egne kostnader. Settes prisen til under gjennomsnittlige variable kostnader (her kalt AVC) – altså de kostnader som er avhengige av produksjonsmengden – vil hvert salg generere tap. Settes prisen over disse, men under gjennomsnittlige totale kostnader (variable pluss faste kostnader, her kalt ATC), kan foretaket tjene på enkeltsalg, men disse er ikke nok til å dekke de totale kostnadene over tid. Som vi skal se nedenfor har slike distinksjoner betydning for misbruksvurderingen.<sup>34</sup>

Å konkurrere på pris er i utgangspunktet ønskelig og legitimt – det er dette som ligger til grunn for den EU-rettslige forbrukervelferdsstandard som tilsier at når flere foretak konkurrerer om å ha lavest pris, kommer dette forbrukerne til gode. Som det vil bli redegjort for i det følgende, er imidlertid ikke all konkurranse på pris tillatt. Med noen utvalgte dommer fra EU vil det bli redegjort for noen tilfeller av underprising, selektiv prissetting og hvilken betydning hensikt har hatt for misbruksvurderingen i disse tilfellene.

### **2.2.2 Rovprising**

---

<sup>34</sup> Om rovprising generelt, se Kolstad og Ryssdal s. 490 flg, og Jones og Sufrin s. 385 flg.

AKZO<sup>35</sup> var det første tilfellet av rovprising som ble bedømt som misbruk av dominerende stilling etter EU-retten.<sup>36</sup> AKZO, et stort multinasjonalt selskap, var dominerende innenfor markedet av organiske peroksider. Konkurrenten ECS var et langt mindre selskap, som ekspanderte i et av de markedene som AKZO opererte i. AKZO svarte på konkurrentens ekspansjon med blant annet å senke prisene for en del produkter, og tilbydde lave priser til ECSs kunder. AKZO hadde i sin kommunikasjon også sagt til ECS at de var villig til å kutte prisene, noe som ble oppfattet som trusler. Kommisjonen fattet vedtak om at AKZO hadde misbrukt sin dominerende stilling som følge av rovprising, trusler og hensikt om å utestenge ECS fra markedet.<sup>37</sup>

Vedtaket ble påklaget og saken havnet til slutt i EU-domstolen. Domstolen understreket først retningslinjene som ble trukket opp i *Hoffman-La Roche*.<sup>38</sup> Misbruksvurderingen skal være objektiv sett hen til den dominerende aktørens atferd, som kan "influence the structure of a market" og har "the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition."<sup>39</sup> Det sentrale er med andre ord *påvirkningen* på markedsstrukturen og hvilken *effekt* atferden har hatt for restkonkurransen eller veksten av restkonkurransen.

Domstolen går så videre, og uttaler seg generelt om tilfeller av underprising:

*"Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive. A dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, since each sale generates a loss, namely the total amount of the fixed costs (that is to say, those which remain constant regardless of the quantities produced) and, at least, part of the variable costs relating to the unit produced."*<sup>40</sup>

Priser under gjennomsnittlige variable kostnader vil, etter denne uttalelsen, alltid bli ansett som misbruk. Dette kan for så vidt sees som å være i tråd med de utgangspunkter som trekkes opp ovenfor; priser og kostnader kan konstateres objektivt – altså helt uavhengig av subjektiv hensikt. Imidlertid legges det ikke opp til en vurdering av sannsynlige virkninger, slik som

---

<sup>35</sup> Sak C-62/86, *AKZO*, ECLI:EU:C:1991:286

<sup>36</sup> Jones og Sufirin, s. 387

<sup>37</sup> EUT 1985 L374/1, *AKZO*

<sup>38</sup> Sak 85/76, *Hoffman-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36

<sup>39</sup> *AKZO*, Premiss 69

<sup>40</sup> Premiss 71, min utheving



retningslinjene fra blant annet *Michelin* legger opp til – priser under variable kostnader er misbruk *per se*<sup>41</sup> etter denne uttalelsen.

Avgjørelsen tolkes ikke alltid så strengt, men kriteriene forstås heller slik at priser under gjennomsnittlige variable kostnader er presumert å være ulovlige.<sup>42</sup> Dette er fordi rettssetningen i *AKZO* må sees i sammenheng med rettspraksis sin utvikling av "objective justification".<sup>43</sup> Priser under AVC er presumert å være ulovlige, fordi foretaket i prinsippet kan høres med påstander om at det var objektivt sett nødvendig å kreve slike priser. Denne muligheten beskrives imidlertid som mer teoretisk enn praktisk og reell.<sup>44</sup> Terskelen for å bli hørt med at priser under AVC var objektivt sett nødvendige er svært høy.

Den høye terskelen for "objective justification" av slike priser må sees i sammenheng med begrunnelsen for at priser under AVC er presumert ulovlige. Når Domstolen skriver at et dominerende foretak "has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors", sikter det til foretakets subjektive hensikt. I *AKZO* kunne ikke dommerne se noen annet rasjonell forklaring på slike priser enn at det var meningen å utestenge konkurrenten. Den presumerte hensikten kjennetegnes dermed av fraværet av andre, meningsfulle forklaringer på hvorfor foretaket aksepterer å selge med tap.<sup>45</sup> Priser under AVC er derfor presumert å være motivert ut i fra konkurranseskadelig, utestengende hensikt, og er derfor presumert å utgjøre misbruk.

Det kan imidlertid spørres om det finnes rasjonelle forklaringer på hvorfor et foretak priser under AVC.<sup>46</sup> Det kan for eksempel tenkes at det er fornuftig av et foretak å selge varer med

---

<sup>41</sup> Med *per se* menes at noe er forbudt i seg selv, altså uavhengig av sakens øvrige omstendigheter. På grunn av utviklingen av læren om "objective justification", argumenterer noen med at det strengt tatt ikke finnes "per se-regler" ved misbruk av dominerende stilling, se Jones og Sufrin s. 369-370. Uttrykket må likevel regnes som så vanlig at det brukes en del steder i denne oppgaven

<sup>42</sup> Jones og Sufrin, s. 389, tolker *AKZO* til å gi en presumsjon om at priser under AVC er misbruk. Kolstad og Ryssdal, s. 493 legger ikke inn et slikt forbehold, men anerkjenner i en fotnote at en "objective justification" er mulig, men finner ikke "noe behov for en slik åpning gjennom å klassifisere *AKZO*-testen som en presumsjonsregel". I tillegg gjentas på s. 494 at priser som ikke dekker de variable kostnadene er tilstrekkelig til å konstantere misbruk i strid med krrl. § 11

<sup>43</sup> Jones og Sufrin, s. 369

<sup>44</sup> Jones og Sufrin, s. 370. Østerud skriver imidlertid på s. 130 at priser "below AVC must always be considered abusive", men på s. 143 at dominerende foretak "is presumed to pursue no other economic objective save that of eliminating its competitors" når prisen er under AVC. Sistnevnte synes å åpne opp for at det er *mulig* å forklare prisene på andre måter enn som en plan om å eliminere konkurrenter, men det er samlet sett uklart om Østerud mener dette er en reell mulighet å bli hørt med

<sup>45</sup> Se i samme retning Østerud s. 143

<sup>46</sup> Jones og Sufrin, s. 390 nevner flere, for eksempel: Lansering av nye produktlinjer, salg av foreldede varer og å bruke kontinuerlige produksjonsfasiliteter

tap, dersom alternativet er å ikke selge varene i det hele tatt.<sup>47</sup> Deres subjektive hensikt må ikke dermed nødvendigvis være å utestenge konkurrenter. For eksempel kan dette forekomme i et marked med fallende etterspørsel og/eller økende tilbud. Presumsjonen om utestengende hensikt er i slike tilfeller ikke nødvendigvis treffende, og vi kan da spørre om det presumerte utfallet – konkurranseskadelig virkning – av underprisingen også nødvendigvis er treffende.<sup>48</sup> I slike tilfeller må en da holde det åpent om foretaket kan forklare prisene på en annen måte enn med utestengende hensikt.

EU-domstolen går så videre og omtaler tilfeller hvor et selskap setter prisene over egne gjennomsnittlige variable kostnader (AVC), men under totale gjennomsnittlige kostnader (ATC). Dette "must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor".<sup>49</sup> Denne delen av AKZO-testen består dermed av to deler: Den ene delen er en kostnadsanalyse, og dersom denne viser at prisen er mellom AVC og ATC, er neste steg å vurdere om prisingen er en del av en plan om å eliminere en konkurrent. Sistnevnte kan ikke forstås som annet enn at et foretaks subjektive hensikt om å utestenge konkurrenter er et materielt vilkår.<sup>50</sup> Dette kan tolkes som et unntak fra hovedregelen om at misbruk av markedsrett er et objektivt konsept.<sup>51</sup>

Spørsmålet videre er hva som ligger i "a plan for eliminating a competitor". Kolstad og Ryssdal argumenterer med at prisene må være en del *av en plan*, og ikke være planen alene.<sup>52</sup> De konkluderer med at de lave prisene og intensjonen bak disse ikke er tilstrekkelig, men at det er det "dominerende foretakets plan eller strategi som i sum objektivt sett må fremstå som et misbruk".<sup>53</sup> Kolstad og Ryssdal peker på et sentralt problem i denne sammenhengen, som

---

<sup>47</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 494 presiserer at når prisen ikke dekker de variable kostnadene er det bedre å la være å produsere varene, og at det er "nærliggende å anta at prisatferden er rettet mot konkurrentene" når slikt salg likevel skjer. De vurderer imidlertid for eksempel ikke en situasjon hvor varene allerede er produsert og prisen i markedet er fallende

<sup>48</sup> Østerud, s. 150 fremholder at ikke-suksessfulle forsøk på å ekskludere konkurrenter fra markedet også utgjør misbruk, fordi testen nettopp *ikke* er en vurdering av konkurranseskadelig virkning

<sup>49</sup> AKZO, premiss 72

<sup>50</sup> Jones og Sufrin, s. 390-391 legger til grunn at "plan" brukes synonymt med "intent". Se også Akman, som mener "plan", "intent" og "purpose" brukes synonymt i rettspraksis, se særlig s. 319. Også Østerud, s. 141 nevner en rekke eksempler på ord som brukes synonymt med "plan to eliminate competition", for eksempel "exclusionary intention", "eliminary intention", "eliminary strategy", "intention to eliminate", "predatory intent" etc. I motsatt retning er Kolstad og Ryssdal, s. 495-499 som mener subjektiv hensikt eller intensjon ikke er det samme som "plan" eller "strategi" om å eliminere konkurrenter

<sup>51</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 499 synes å være uenig i en slik konklusjon. Østerud s. 129 derimot, kommenterer denne tilsynelatende motstriden med at "[t]he objective nature of the concept of abuse has not prevented the EU courts from articulating more specific tests ... that require the demonstration of exclusionary intent"

<sup>52</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 496-497

<sup>53</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 496

er at et forbud basert på intensjon står "i fare for å forby den intensjon som ligger bak all konkurranse, nemlig å påføre en konkurrent "skade" gjennom bedre ytelser i markedet".<sup>54</sup>

Det som imidlertid fortsatt ikke er besvart, er hvordan det å ha en "plan" eller "strategi" om å utestenge konkurrenter er noe substansielt annet enn et foretaks subjektive hensikt. Også der et foretaks hensikt fastslås gjennom ytre omstendigheter, som atferd i markedet, priser, etc., er en plan noe som gir uttrykk for en måte å oppnå en ønsket tilstand på. Det er med andre ord fortsatt en vurdering av hensikt.

I saken mot *France télécom*<sup>55</sup> refererer domstolen til AKZO-testen da de vurderer om France télécom (tidligere Wanadoo) misbrukte sin markedsrett i internetmarkedet, ved prising mellom variable og totale kostnader. Sakens bakgrunn var at Wanadoo, senere France Telecom, ekspanderte i ADSL-markedet og i perioder priset tjenestene sine slik at de ikke dekket deres totale kostnader. Domstolen ser i denne saken ut til å vurdere om foretaket ønsket å "pre-empting the market" – og at dette er synonymt med å "eliminate a competitor".<sup>56</sup>

Interne dokumenter var sentrale i bevisførselen. Blant annet siteres et internt strategidokument hvor selskapet uttalte at "[t]he high-speed and ADSL market will, for the next few years, continue to be conquest-driven, the strategic objective being to gain a dominant position in terms of market share, the period of profitability only coming later."<sup>57</sup>

I ankesaken anførte France Télécom at Retten hadde funnet en strategi basert på subjektive i stedet for objektive faktorer.<sup>58</sup> Domstolen uttalte til dette at strategien om å pre-empt the market var "deduced ... from objective factors such as that undertaking's internal documents".<sup>59</sup> Denne uttalelsen er slående, i den forstand at det er vanskelig å se at hvis ikke interne dokumenter, som viser et foretaks strategi i markedet de opererer i, er en subjektiv faktor i vurderingen, hva som da skal være subjektive faktorer.<sup>60</sup> I det hele tatt er det vanskelig å se hva Domstolen mener skillet mellom objektive og subjektive faktorer er med en slik uttalelse.

---

<sup>54</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 497. Jones og Sufrin, s. 391 er inne på det samme problemet, men mener som nevnt at "plan" om å eliminere en konkurrent og "intent to eliminate" brukes synonymt

<sup>55</sup> Sak C-202/07 P, *France Télécom*, ECLI:EU:C:2009:214

<sup>56</sup> Uttrykket "pre-empt the market" synes å bli brukt synonymt med en plan om å eliminere en konkurrent, se premiss 36

<sup>57</sup> Sak T-340/03, *France Télécom*, ECLI:EU:T:2007:22, premiss 215

<sup>58</sup> *France Télécom*, premiss 97, se også Jones og Sufrin s. 391

<sup>59</sup> Premiss 98

<sup>60</sup> I samme retning, se Akman, s. 326

Oppsummert fremstår det, på tross av noe uenighet blant forfattere og uklarheter i rettspraksis, som klart at det foretas en vurdering av hensikt, som ikke bare fungerer som en faktor for å vurdere om en atferd er egnet til å ha konkurranseskadelig virkning, men er et selvstendig vilkår. Hensiktsvilkåret er grunnleggende sett et subjektivt vilkår. Selv om foretakets hensikt vurderes "objektivt" er hensikt like fullt en vurdering av "the state of mind" til personene involvert.<sup>61</sup> Om hensikten kan bevises direkte, gjennom for eksempel interne dokumenter, eller indirekte gjennom markedsatferd, er poenget like fullt å vurdere hva foretaket ønsket å oppnå. Dette er noe annet enn å vurdere potensialet en atferd har til å begrense konkurransen i en virkningsbasert analyse.<sup>62</sup>

Det er blitt pekt på noen problemer med en slik fremgangsmåte, særskilt hvordan vi kan skille mellom et legitimt ønske om å vinne konkurransen, og en illegitim hensikt om å skade konkurransen. Overordnet er også spørsmålet om det er hensiktsmessig med et hensiktsvilkår fremfor et vilkår om (potensiell) virkning. Noen av disse aspektene vil bli kommentert nærmere nedenfor. Først er det imidlertid grunn til å se på et annet typetilfellet av prismisbruk, selektive priskutt, som ikke passer direkte inn i AKZO-testen.

### 2.2.3 Selektiv prising

De sakene som til nå er gjennomgått, omhandler prismisbruk hvor det dominerende foretaket setter prisen til under egne kostnader i forskjellig grad, og et viktig skille er om prisen er over eller under gjennomsnittlige variable kostnader. Men det er også saker hvor priser over egne kostnader har blitt bedømt som misbruk.<sup>63</sup> Slike tilfeller passer sånn sett ikke inn i rovprisingskategorien, ettersom det ikke er tale om å selge varer eller tjenester med tap. Det er derimot snakk om å selektivt kutte priser på noen varer eller tjenester eller overfor noen kunder, men ikke andre. Det må kunne sies å være kontroversielt om en slik praksis i det hele tatt skal anses som misbruk.<sup>64</sup> Årsaken er at nettopp det å senke prisene er et legitimt og ønskelig mål med konkurransen, som skal komme forbrukerne til gode. Videre vil noen tilfeller der dominerende foretak har blitt ansett å misbruke sin stilling ved blant annet selektive priskutt gjennomgås, for å klarlegge hvordan hensikt har blitt brukt i slike saker.

---

<sup>61</sup> Akman, s. 318 bruker uttrykket "state of mind" for å argumentere for at også "objektiv hensikt" er en vurdering av partens tankevirksomhet

<sup>62</sup> I samme retning Østerud, s. 151

<sup>63</sup> Jones og Suftrin, s. 403, nevner sak C-53/92P, *Hilti AG mot Kommisjonen*, ECLI:EU:T:1991:70, sak C-395-396/96, *Compagnie Maritime Belge Transports mfl. mot kommisjonen*, ECLI:EU:C:2000:132 og sak T-228/97, *Irish Sugar mot kommisjonen*, ECLI:EU:T:1999:246

<sup>64</sup> Jones og Suftrin, s. 406-407 og Kolstad og Ryssdal, s. 409-501

I *Compagnie Belge*<sup>65</sup> var saken at foretaket var en del av en linjekonferanse som kontrollerte omtrent 90 % av det relevante markedet innen skipsfart og hadde én konkurrent. Fraktprisene ble på noen linjer satt ned under gjeldende tariff for enkelte skip som seilte omtrent samtidig med konkurrenten, men ikke under egne kostnader. Saken skiller seg dermed fra de rene rovprisingstilfellene.

I sin rettslige vurdering av anken uttaler Domstolen at den forpliktelsen en dominerende aktør har for restkonkurransen "must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show that competition has been weakened"<sup>66</sup>. Dette tilsier at restkonkurransen *faktisk*, i motsetning til potensielt, har blitt svekket som følge av tiltakene fra den dominerende aktørens side.

Videre understrekes så de spesielle omstendighetene i det aktuelle markedet, herunder at linjekonferanser ble gitt spesiell autorisasjon til å utarbeide faste fraktrater for å stabilisere markedet og kunne tilby effektive transportsystemer til sjøs. Det følger av dette systemet at det etter rettens mening var svært liten mulighet for konkurrenten til å konkurrere annet enn på pris. Når den dominerende aktøren "selectively cuts its prices in order deliberately to match those of a competitor"<sup>67</sup> får de altså to fordeler; utestenge konkurrenten på linjene med konkurranse og opprettholde prisene på linjer uten konkurranse. Det var derfor ikke nødvendig å undersøke generelt når en slik type linjekonkurranse legitimt kunne redusere prisene på visse linjer<sup>68</sup>. Det ble ansett som tilstrekkelig å vise til at linjekonferansen hadde 90 % av markedet og bare én konkurrent, og at de i tillegg hadde innrømmet "that the *purpose* of the conduct complained of was to eliminate G & C from the market"<sup>69</sup>.

Bruken av subjektiv hensikt kan da tolkes som et type støtteargument. Det må nevnes at situasjonen utvilsomt var spesiell, med en meget dominerende aktør og svært liten restkonkurranse. Domstolen holder seg likevel ikke til en vurdering av de faktiske konkurranseforholdene i det aktuelle markedet, men tillegger linjekonferansens subjektive hensikt vekt i retning av misbruk.

---

<sup>65</sup> Sak C-395-396/96, *Compagnie Maritime Belge Transports*, ECLI:EU:C:2000:132

<sup>66</sup> Premiss 114

<sup>67</sup> Premiss 117

<sup>68</sup> Premiss 118

<sup>69</sup> Premiss 119, min utheving

Men dommen kan også forstås slik at den påviste subjektive hensikten inngår som en del av misbruksvurderingen, og ikke bare som et bevis for hvor egnet atferden var for å begrense konkurransen.<sup>70</sup> Om sistnevnte var tilfelle, er det kanskje å forvente at Domstolen ville presisert at subjektiv hensikt brukes som bevis, og ikke som en selvstendig faktor i misbruksvurderingen.<sup>71</sup>

For eksempel kan vi også tenke oss det motsatte, at linjekonferansen ikke hadde innrømmet konkurransebegrensende hensikt og dette heller ikke ble påvist gjennom interne dokumenter eller lignende. Ville fravær av slike bevis telle til deres fordel? Og spørsmålet er også hvorfor slike faktorer har betydning i vurderingen, hvis den selektiv prising ville skadet restkonkurransen uavhengig av hva den dominerende aktøren ønsket å oppnå. Uansett kan det ikke være tvilsomt at rent subjektiv hensikt talte mot de anklagede i denne saken. Hvilken vekt dette momentet hadde er imidlertid ikke helt klart.

En annen sak om selektive priskutt over egne kostnader er *Irish Sugar*.<sup>72</sup> Foretaket var eneste produsent av sukkerroer i Irland og Nord-Irland. De reagerte på økende import fra andre medlemsland i EU ved blant annet å kutte prisene selektivt for noen kunder, men ikke under egne kostnader. Jones og Sufrin påpeker en del likhetstrekk mellom denne saken og *Compagnie Belge*.<sup>73</sup> Det var i begge sakene tale om kollektivt dominerende foretak, hvor dominansen var så stor at den omtales som semimonopolitisk eller "superdominant".<sup>74</sup> Foretakene tok i tillegg i bruk flere virkemidler, i tillegg til at utestengende hensikt klart ble påvist.

Kolstad og Ryssdal omtaler praksisen med å dømme selektive priskutt over egne kostnader som misbruk som unntak fra hovedregelen, som bare vil skje i "særlige tilfeller".<sup>75</sup> De legger samme sted vekt på at priskuttene må være del av en klar strategi om å eliminere konkurrenter, og at pris er det eneste eller vesentlige konkurranseparameteret konkurrentene

---

<sup>70</sup> O'Grady s. 479 mener denne saken ikke hviler på en "objective standard", men at det er hensikt i seg selv som legitimerer intervensjon i slike "extremely limited situations"

<sup>71</sup> Østerud, s. 154 er uenig, og mener *Compagnie Belge* er et eksempel på at utestengende hensikt blir brukt som bevis sammen med flere andre faktorer for å fastslå "the practice's likely effect"

<sup>72</sup> Sak T-228/97, *Irish Sugar*, ECLI:EU:T:1999:246

<sup>73</sup> Jones og Sufrin, s. 406

<sup>74</sup> "Super-dominance"-uttrykket ble brukt i generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Compagnie Belge*, se Fennelly AG, ECLI:EU:C:1998:518, avsnitt 137

<sup>75</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 506

har til rådighet. Selektive priskutt vil da ikke kunne ha et annet formål enn å utestenge konkurrenter, og være et egnet virkemiddel for å oppnå formålet.<sup>76</sup>

I *Post Danmark*<sup>77</sup> ble det også påstått misbruk av dominerende stilling som følge av prisdiskriminering, der prisene Post Danmark krevde varierte noe, fra under til litt over totale kostnader. I relasjon til priser over totale kostnader, uttaler Domstolen at "[i]n those circumstances, it cannot be considered that such prices have anti-competitive effects".<sup>78</sup> Med andre ord ble ikke prisene over gjennomsnittlige totale kostnader ansett som misbruk. I *Post Danmark* nevnes *Compagnie Belge* kun med referanse til utgangspunktene for vurderingen, og ikke priser over egne kostnader spesifikt.<sup>79</sup> *Irish Sugar* nevnes ikke. Reservasjonen "[i]n those circumstances" tilsier imidlertid at priser over egne kostnader ikke alltid er lovlige.<sup>80</sup> Spørsmålet er da om disse sakene samlet sett gir retningslinjer for når priskutt over egne kostnader er misbruk.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Post Danmark* kan klargjøre spørsmålet noe.<sup>81</sup> Generaladvokaten mente at *Compagnie Belge* og *Irish Sugar* bare var "marginally relevant"<sup>82</sup>, fordi i de sakene ble det påvist utestengende hensikt, de dominerende foretakene var i en situasjon nært opp til monopol, og de tok i bruk flere virkemidler som kunne ha kumulerende effekt.<sup>83</sup>

Det er altså et fellestrekk blant de sakene som er gjennomgått her, at der hvor priser over egne kostnader er blitt ansett for å være misbruk, er subjektiv utestengende hensikt blitt påvist. Tatt i betraktning presumsjonen om at slike priser normalt er lovlige, kan vi tenke oss en parallell til tilfellene av rovprising, som AKZO-testen legger opp til: Ved priser over egne kostnader må det foreligge hensikt om å utestenge konkurrenter for at atferden skal anses som misbruk. Subjektiv hensikt er da ment å fungere på samme måte som ved priser mellom AVC og ATC, å skille mellom konkurranseskadelig og konkurransefremmende atferd. De sakene som er

---

<sup>76</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 506

<sup>77</sup> Sak C-209/10, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172

<sup>78</sup> Premiss 36

<sup>79</sup> Premiss 21

<sup>80</sup> Jf. Jones og Sufirin, s. 407

<sup>81</sup> Sak C-209/10, *Post Danmark*, Mengozzi AG, ECLI:EU:C:2011:342

<sup>82</sup> Premiss 94

<sup>83</sup> Premiss 91-93, se også Jones og Sufirin s. 407 om det samme

gjennomgått til nå, kan med dette tilsi at subjektiv hensikt – en plan om å eliminere en konkurrent – oppstilles som vilkår for å bedømme selektive priskutt over kost som misbruk.<sup>84</sup>

Ut i fra de foreliggende dommene er det imidlertid ikke klart om det er korrekt å oppstille subjektiv hensikt som et vilkår, på linje med tilfellene av rovprising mellom AVC og ATC. I *Compagnie Belge* blir det tvert om presisert at det ikke er tale om "a new definition of an abusive practice".<sup>85</sup> Imidlertid er det heller ikke sagt uttrykkelig at AKZO-testen representerer en ny – eller snarere en modifisering – av misbrukskonseptet. Likevel fremstår det, som redegjort for ovenfor, rimelig klart at et foretaks utestengende hensikt stilles som vilkår i noen tilfeller. Det er dermed ikke gitt at misbruksvurderingen ikke kan modifiseres også i tilfeller av selektiv prising til å inneholde subjektive vilkår, i tråd med rettsutviklingen i de rene rovprisingstilfellene. Det er imidlertid fortsatt et spørsmål om det er hensiktsmessig å generelt inkludere slike vilkår når påstått prismisbruks vurderes – eller med andre ord om det oppstår risiko for falske negativer eller falske positive.

#### **2.2.4 Falske positive eller falske negative?**

Som det fremgår av gjennomgangen ovenfor, er det klart at subjektiv hensikt er et vilkår i misbruksvurderingen når et foretak priser sine varer eller tjenester mellom AVC og ATC. Hvis prisen er over kostnadene, men det dominerende foretaket selektivt setter den ned, som i *Compagnie Belge*, er det uklart om subjektiv hensikt er et vilkår eller om det bare anses relevant der det kan påvises. Subjektiv hensikt er uansett ikke irrelevant.

Et spørsmål som er ubesvart er likevel hvorfor – tatt i betraktning misbruksvurderingens i utgangspunktet objektive karakter – subjektiv hensikt er relevant for tilfeller av underprising og selektiv prising. Det neste spørsmålet er om det er hensiktsmessig å inkludere slike faktorer. Problemstillingen kan illustreres med et eksempel. Foretak A og foretak B er begge dominerende i hver sine tøffe markeder. Når så en ny konkurrent, C, bestemmer seg for å etablere seg på markedet hvor A er dominerende, finner A ut at de må endre sin strategi. De bestemmer seg for å sette prisene ned under egne gjennomsnittlige totale kostnader, men over gjennomsnittlige variable kostnader, i et forsøk på å utestenge C fra å etablere seg, og lager en detaljert plan for å oppnå dette. Samtidig vil D etablere seg i markedet B opererer i. B har utviklet en plan om å lansere flere produkter de vil selge, og finner ut at de totalt sett vil tjene

---

<sup>84</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 501 synes å være inne på noe av det samme

<sup>85</sup> *Compagnie Belge*, premiss 120



mest ved å prise de allerede eksisterende produktene lavt en stund, i den tro at det vil skape lojale kundegrupper som senere vil omfavne deres nye produkter. B vet ikke om at D vil etablere seg, men prisingen mellom AVC og ATC fører likevel utilsiktet til at D ikke får finansiert sin inntreden på markedet.

Som vi ser av eksempelet, er poenget at både A og B gjennomfører en lik prisstrategi med den virkning at konkurrentene C og D ikke får etablert seg. I henhold til AKZO-testen er det kun A som har overtrådt misbruksforbudet. Den eneste forskjellen er at A hadde til hensikt å utestenge konkurrenten, noe B ikke hadde. For å oppnå formålet med konkurransereguleringene, som er å beskytte konkurransen,<sup>86</sup> er det selvsagt likegyldig at B ikke hadde utestengende hensikt, når virkningen uansett var at konkurransen ble skadelidende.

Et vanlig brukt argument mot å inkludere subjektiv hensikt i misbruksvurderingen er at det kan føre til falske positive. O'Grady tar utgangspunkt i et slikt argument, men argumenterer mot det. Han hevder at det rent faktisk ikke har forekommet falske positive, og viser til at det er kun tre rovprisingssaker hvor hensikt har hatt betydning.<sup>87</sup> Det følger av det som er sagt her at innvendingen ikke nødvendigvis er treffende. I tilfellene med rovprising er subjektiv hensikt et *nødvendig tilleggsvilkår*, ikke et *alternativ* til å påvise virkning. Terskelen er derfor høyere, som fører til at falske negative er mer å forvente enn falske positive.

Situasjonen er motsatt når objektive og subjektive faktorer er alternative – altså at det ene kan fungere som substitutt for det andre. Som i eksempelet ovenfor kan vi spørre hvorfor ikke B også har misbrukt sin markedsrett, all den tid de som dominerende foretak har et "special responsibility" for å ivareta konkurransen.

Om risikoen for enten falske positive eller falske negative øker, kommer med andre ord an på hva som er alternativet. Jo flere alternative vilkår som kan utgjøre misbruk, desto større blir regelens anvendelsesområde. Men for priser mellom AVC og ATC er utestengende hensikt et nødvendig vilkår å bevise, og som i eksempelet over kan det kanskje hevdes at situasjonen med foretak B vil være et falsk negativ.

---

<sup>86</sup> Jf. konkurranseloven § 1

<sup>87</sup> O'Grady, s. 464. Han nevner ikke eksplisitt hvilke tre saker dette er, men at i den fjerde saken, *Deutsche Post*, Sak COMP/35.141, *Deutsche Post AG*, OJ L 125 27 (2001), spilte hensikt ikke en rolle i vurderingen. Det kan da antas at han sikter til *AKZO*, *France telecom*, og sak C-333/94 P, *Tetra Pak International*, ECLI:EU:C:1996:436

Eksempelet ovenfor er imidlertid satt på spissen, der konkurransebegrensende virkning er forutsatt. Det viser hvordan regelen kan få uheldige utslag. I praksis kan det likevel være slik at der foretak har til hensikt å skade konkurransen, vil dette oftere føre til konkurranseskadelig virkning enn dersom de ikke har det.<sup>88</sup> Spørsmålet er da om vilkåret om utestengende hensikt kan være med på å balansere hensynet til å unngå både falske negativer og falske positive på en fornuftig måte.

Tar vi en kikk på amerikansk antitrustrett synes svaret klart å være nei. I *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* tok den amerikanske høyesteretten avstand fra å bruke hensikt i vurderingen av mulig misbruk som følge av rovprising.<sup>89</sup> I stedet for ble to kriterier satt opp. For det første må prisene være under et visst nivå av foretakets kostnader. Ettersom partene i saken var enige om av grensen mellom pris og kostnad var gjennomsnittlige variable kostnader, tok ikke retten stilling til om dette generelt vil være det korrekte nivået å vurdere etter. For det andre må det påvises "a dangerous probability of recouping its investment in below-cost prices". Det er dermed recoupment-kriteriet som er det essensielle etter amerikansk rett. Recoupment betyr, kort fortalt, at foretaket i perioden etter pricing under kost øker prisene igjen og totalt sett tjener mer penger enn de ellers ville gjort, ettersom konkurrenter har blitt utestengt. Det er målet om å gjenvinne tapet senere som er rasjonale bak kriteriet om recoupment. Domstolen skriver at recoupment "is the ultimate object of an unlawful predatory pricing scheme", og at "without it, predatory pricing produces lower aggregate prices in the market, and consumer welfare is enhanced".<sup>90</sup> Det er altså slik at det etter amerikansk rett må påvises en viss grad av sannsynlighet for at foretak vil gjenvinne tapet for at rovprisingen vil være et misbruk. På den måten unngår regelen å dømme tilfeller som ikke er suksessfulle som misbruk.<sup>91</sup>

I amerikansk rett velger man altså helt å se vekk fra subjektiv hensikt. Recoupment-kriteriet legger opp til en vurdering av potensielle virkninger for fremtidige priser i markedet. Det forklares i *Brooke Group*-dommen med at "cutting prices is the very essence of competition", og at det ville vært "ironic if the standards for predatory pricing liability were so low that antitrust suits themselves became a tool for keeping prices high".<sup>92</sup> Risikoen for at falske positive i seg selv kan få negative virkninger på prisene i et marked leder altså til at retten er

---

<sup>88</sup> Se blant annet Østerud, s. 127, som fremholder at dette er uavklart og gjenstand for uenighet i teorien

<sup>89</sup> *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993)

<sup>90</sup> *Brooke Group*, premiss 224

<sup>91</sup> Østerud, s. 131-132. For en kritikk av recoupmentkriteriet, se O'Grady s. 476 flg

<sup>92</sup> *Brooke Group*, premiss 226-227

tilbakeholden med å anvende både subjektiv hensikt og per-se-regler. Et av de grunnleggende problemene er hvordan en kan bruke hensikt til å skille mellom prokonkurransetferd, der det å være billigere enn konkurrentene er et av de viktigste virkemidlene, og antikurransetferd. Dette problemet "unngås" sånn sett ved å ikke vurdere hensikt, i form av interne notater, språket som foretaket bruker osv. Det er hevdet at den amerikanske høyesteretten med en slik fremgangsmåte har foretrukket risikoen for falske negativer fremfor risikoen for falske positive.<sup>93</sup>

Oppsummert er det sprikende oppfatninger om hvor hensiktsmessig det er å inkludere subjektiv hensikt som vilkår i misbruksvurderingen. Det er hevdet at kjernen i en hensiktsbasert vurdering er om atferden det dominerende foretaket foretar er om den rasjonelt kan forklares på en annen måte enn som et middel for å utestenge konkurrenter.<sup>94</sup> Problemet er likevel fortsatt hvordan vi kan skille mellom det å utestenge konkurrenter og det å vinne konkurransen, basert på en slik forklaring. Det kan antas at foretak alltid har som hensikt å "utestenge" konkurrenter, i betydningen utkonkurrere dem. Dette i seg selv er rasjonelt, økonomisk fundert mål.

Fordi dette skillet er så vanskelig å trekke, bør man ved anvendelsen av konkurranseloven § 11 være tilbakeholden med å tillegge subjektiv hensikt for stor vekt, og å være bevisst på hvordan subjektiv hensikt brukes, for å unngå å domfelle tilfeller av ikke-skadelig atferd.

## 2.3 Misbruk av offentlige lisenser

### 2.3.1 Introduksjon

Oppgaven til nå har sett på prismisbruk og hvordan foretaks hensikt brukes i vurderingen av disse kategoriene av misbruk. Som nevnt er imidlertid ikke misbruksvurderingen begrenset til typetilfellene av misbruk. Etter den generelt utformede ordlyden i konkurranseloven § 11 og TEUV art. 102<sup>95</sup> kan det tenkes tilfeller av misbruk som ikke passer inn i noen av de typiske

---

<sup>93</sup> Østerud, s. 132. Bavasso, s. 618 mener på sin side den manglende bruken av hensikt i amerikansk rett "is an extreme one", men gir sin tilslutning til at "subjective expression of intent is likely to result in false positives". Det kan antas at uttalelsen sikter til bruk av hensikt som "a substantial test", altså som et nødvendig vilkår

<sup>94</sup> Østerud, s. 155. Se også s. 150, hvor han skriver at det er "the absence of any rational explanation for engaging in the conduct" som er essensen i hensiktanalysen

<sup>95</sup> Henholdsvis "utilbørlige utnyttelse" og "abuse" av dominerende stilling, jf. krrl. § 11 og TEUV art. 102

kategoriene.<sup>96</sup> For å få med bredden av misbrukstilfeller kan det være interessant å se på mer spesielle tilfeller av misbruk.

### 2.3.2 AstraZeneca-saken

For å eksemplifisere kan vi se på saken mot *AstraZeneca*<sup>97</sup>, som ikke passer inn i de tradisjonelle misbrukskategoriene som til nå er redegjort for. Saken var at foretaket var anklaget for å ha misbrukt patentsystemet for medisiner, ved å mislede patentmyndighetene, trekke patentsøknader og lignende for å hindre konkurrenter i å få registrert nye medisiner. Poenget var at deregulering av noen patenter skulle hindre parallellimport fra konkurrerende foretak. Dette var et nytt typetilfelle av misbruk som Kommisjonen først tok stilling til.<sup>98</sup>

I Kommisjonen vedtak slår de først fast et dominerende foretak er berettiget til å beskytte sine kommersielle interesser, og ta i bruk virkemidler som på en rimelig måte ivaretar disse interessene.<sup>99</sup> Imidlertid, hevdet Kommisjonen, kan atferd som er tillatt selv for et dominerende foretak være ulovlig "if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it."<sup>100</sup> Med andre ord, mente Kommisjonen i vedtaket at handlinger som ellers er tillatt, kan være ulovlig dersom hensikten er å utestenge konkurrenter.<sup>101</sup> Kommisjonen viser til *AKZO* og *ITT Promedia*<sup>102</sup> til støtte for et slikt syn. Kommisjonen søkte dermed å bruke blant annet testen som brukes i tilfellene av rovprising på et slikt nytt tilfelle av påstått misbruk. I sin konkrete bevisførsel fant Kommisjonen støtte i interne dokumenter som de mente viste AstraZeneca sin hensikt med strategien om å trekke patentsøknader med mer.

Kommisjonen fikk ikke støtte for sitt syn i EU-domstolen. Domstolen vurderte hvorvidt de interne dokumentene kan være tilstrekkelig for å konstatere misbruk.<sup>103</sup> De slår for det første fast at dokumentene viser at foretakets ansatte hadde en forventning om at deregistreringen ville føre til at patentmyndighetene ville stanse parallellimport, men fant at "AZ's expectations do not suffice to prove that deregistration of the MA in Denmark was objectively

---

<sup>96</sup> For eksempel gjennomgår Kolstad og Ryssdal overprising, rovprising, lojalitetsrabatter, diskriminering, leveringsnektelser, kjøpsplikt og utnyttelse gjennom å begrense produksjon med mer, kap. IX

<sup>97</sup> Sak C-457/10 P, *AstraZeneca*, ECLI:EU:C:2012:770

<sup>98</sup> Se Akman, s. 326 flg

<sup>99</sup> Sak COMP/A. 37.507/F3-AstraZeneca (2006) OJ L322/24

<sup>100</sup> Avsnitt 327

<sup>101</sup> Avsnitt 327

<sup>102</sup> Sak T-111/96, *ITT Promedia*, ECLI:EU:T:1998:183. For en gjennomgang av dommen, se Østerud s. 136 flg. Han fremholder at den saken, sammen med tilfellene av rovprising, er typetilfellene hvor hensikt spiller en mest fremtredende rolle i misbruksvurderingen

<sup>103</sup> *AstraZeneca*, premiss 197

such as to lead to the withdrawal of the parallel import licences in that country".<sup>104</sup> Det var dermed avgjørende at sannsynligheten for at handlingene faktisk ville føre til det målet foretakets hensikt var, ikke ble påvist. Avgjørelsen gir dermed uttrykk for at eksistensen av subjektiv hensikt alene ikke er tilstrekkelig for å påvise at en atferd er egnet til å konkurransbegrensende virkning. Den påklagede atferden til AstraZeneca kan sees på som en type "utjenlig forsøk"<sup>105</sup>. Deres hensikt var å begrense konkurransen, men virkemidlene de valgte var ikke i tilstrekkelig grad egnet til å oppnå målet.

Det avgjørende momentet som talte til AstraZenecas fordel var at "a presumption of a causal link between the deregistration of the Losec capsule MA in Denmark and the cessation of the parallel imports of that product in that country is incompatible with the principle that doubt must operate to the advantage of the addressee of the decision finding the infringement".<sup>106</sup> At en *presumsjon* om forbindelsen mellom hensikten og virkningen ikke var tilstrekkelig, kan tyde på at domstolen beveger seg vekk fra bruken av "per-se-regler". For det andre var det etablert såpass med tvil at dette måtte komme foretaket til gode. Dette tyder igjen på at virkningen må vurderes konkret. Imidlertid er det interessant at domstolen ikke ser vekk i fra bruken av de interne dokumentene som bevis for subjektiv hensikt; at en hensikt om å utestenge konkurrenter var til stede synes å være klart. Det er altså slik at det ikke var irrelevant hva foretaket hadde til hensikt, men dette i seg selv var ikke tilstrekkelig i dette tilfellet.

Hovedpoenget i denne sammenhengen er imidlertid det interessante ved forskjellene i bruk av et foretaks hensikt. EU-kommisjonen synes å hevde at det er en nær sammenheng mellom hensikt og virkning – og at disse nærmest kan fungere som substitutt for hverandre. Når Domstolen ikke gir sin tilslutning er det ikke fordi påvisingen av subjektiv hensikt var irrelevant, men at det i det konkrete tilfellet ikke var tilstrekkelig.<sup>107</sup> Dette kan generelt tyde på at subjektiv hensikt er relevant for alle typer misbruk. Referansene til blant annet *AKZO* kan også tyde på at misbruk i én kategori til en viss grad kan skape presedens for andre. Videre vil temaet eksklusivitet gjennomgå, herunder avtaler baser på eksklusivitet og rabatter.

---

<sup>104</sup> Premiss 197

<sup>105</sup> Uttrykket er lånt fra strafferetten, se for eksempel Grønning, Husabø og Jacobsen, "*Frihet, forbrytelse og straff*", (Bergen 2015), (Foreløpig versjon av del 1 og 2) s. 466 flg.

<sup>106</sup> *AstraZeneca*, premiss 199

<sup>107</sup> For en gjennomgang av dommen og hvilken terskel for misbruk den etablerer, se Akman, s. 326-329, som argumenterer for at selv om dommen er frifinnende gir den uttrykk for en lav terskel for misbruk

## 2.4 Eksklusivitetsavtaler

### 2.4.1 Introduksjon

Dominerende foretak står i utgangspunktet fritt til å inngå avtaler om kjøp og salg på lik linje med andre foretak. Det som imidlertid er blitt bedømt strengt i relasjon til misbruksforbudet er tilfeller hvor det dominerende foretaket oppnår en eksklusiv kjøpsplikt for motparten, til å handle alt eller nesten alt av behovet for en vare eller tjeneste hos dem.<sup>108</sup> Denne typen avtaler kan kalles eksklusivitetsavtaler eller eneleverandøravtaler. Poenget er at det dominerende foretaket oppnår en gunstig stilling som følge av andres avhengighet til dem, som sikrer salg av sine produkter og potensielt kan gjøre det vanskelig for ikke-dominerende foretak å etablere seg eller vokse i markedet. En slik streng bedømmelse av eksklusivitetsavtaler ble slått fast allerede i *Hoffmann-La Roche*:

*An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.*<sup>109</sup>

Som følge av disse kriteriene er det etablert "per se-regler", som betyr at eneleverandøravtaler inngått av dominerende foretak i utgangspunktet er forbudt. Regelen hviler på en presumsjon om at denne typen avtaler sannsynligvis vil ha konkurranseskadelig effekt. Uttalelsen gir også en indikasjon på at det er en nær sammenheng mellom eksklusivitetsavtaler og rabatter, fordi det dominerende foretaket typisk er i en posisjon til å kunne tilby produktene til rabatterte priser, for på den måten å opprettholde eller forsterke sin posisjon i markedet. Videre vil oppgaven se nærmere på hvordan denne typen avtaler er blitt bedømt i rettspraksis, herunder hvordan hensikt brukes i vurderingen.

### 2.4.2 Tomra-saken

---

<sup>108</sup> Kolstad og Ryssdal, s. 531

<sup>109</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 89

I saken mot *Tomra*<sup>110</sup> ble det konstatert misbruk av dominerende stilling som følge av eksklusivitetsavtaler, individualiserte kvantumsrabatter og individualiserte retroaktive rabatter.<sup>111</sup> Retten fant det bevist at Tomra hadde "a strategy having an anti-competitive *object* or *effect*"<sup>112</sup> som altså hadde til hensikt eller gjorde at konkurrenter ble utestengt fra markedet.

En av Tomras anførsler i ankesaken<sup>113</sup> var at de nettopp ikke hadde noen hensikt, intensjon, plan eller lignende om å utestenge konkurrenter fra markedet, men tvert imot at:

*"the General Court was wrong to endorse an alleged finding by the Commission of anti-competitive intent on the part of the Tomra group, in particular by failing to take into account internal documents proving that the Tomra group was intent on competing on the merits"*<sup>114</sup>.

Til dette uttaler domstolen først at misbruk etter TEUV art. 102 "is an objective concept relating to the conduct of a dominant undertaking". Isolert sett skulle en slik uttalelse tyde på at vurderingen av subjektiv hensikt er irrelevante faktorer.

Domstolen holder seg likevel ikke til å utelukkende vurdere objektive faktorer. De skriver nemlig videre at "all of the *relevant* facts surrounding that conduct" må vurderes<sup>115</sup>. Det var da korrekt av underinstansen å vurdere om forretningsstrategien til Tomra inneholdt subjektiv utestengende hensikt, fordi kommisjonen "is necessarily required to assess the business strategy pursued", og altså legitimt kunne vurdere subjektive faktorer, "namely the motives underlying the business strategy in question"<sup>116</sup>. Det begrunnes imidlertid ikke nærmere hvorfor forretningsstrategien må vurderes, eller hvorfor foretakets "motiver" er relevante. Det går klart frem at domstolen skiller mellom subjektive og objektive faktorer, og mellom hensikt og virkning. Ettersom faktorer som markedsandeler, priser, kostnader etc. kan måles (tilnærmet) objektivt er grunnvingen av at foretakets hensikt *nødvendigvis* må vurderes ikke selvforklarende. Det er heller selvsagt ikke slik at alle omstendigheter rundt foretakets opptreden skal vurderes, noe domstolen selv påpeker ved å understreke at det er *relevante* faktorer som skal vurderes.

---

<sup>110</sup> Sak T-155/06, *Tomra*, ECLI:EU:T:2010:370

<sup>111</sup> Jones og Sufrin, s. 460

<sup>112</sup> Sak C-549/10 P, *Tomra mot kommisjonen*, ECLI:EU:C:2012:221, premiss 11, min utheving

<sup>113</sup> Sak C-549/10 P, *Tomra mot kommisjonen*, ECLI:EU:C:2012:221

<sup>114</sup> Premiss 16

<sup>115</sup> Premiss 18, min utheving

<sup>116</sup> Premiss 19

Som det ble nevnt ovenfor, kan det tenkes tilfeller der utestengende hensikt ikke blir påvist, eller at det blir bevist at foretaket kun har til hensikt å konkurrere "on the merits". Til dette uttalte domstolen at "The existence of an intention to compete on the merits, even if it were established, could not prove the absence of abuse"<sup>117</sup>. Standpunktet begrunnes med at konseptet misbruk er objektivt.<sup>118</sup> Hvordan denne bruken av subjektiv hensikt mot foretaket er forsvarlig, men bevis for at hensikten var legitim ikke er relevant, gjør misbruksvurderingen "objektiv" er vanskelig å forstå. En sak er at det ikke er et vilkår å påvise subjektiv utestengende hensikt. Men der slik hensikt blir bevist, brukes det som en relevant faktor: Av den grunn er ikke misbruksvurderingen på en meningsfull måte objektiv, men kan etter omstendighetene også inneholde subjektive faktorer. At eksistensen av subjektive faktorer alene ikke er tilstrekkelig, endrer ikke på dette.

Det må imidlertid bemerkes at Domstolen påpeker at bevis for at foretaket har til hensikt å konkurrere med konkurransefremmende midler, ikke er bevis for at misbruk ikke har funnet sted. Sånn sett er plikten til å overholde misbruksforbudet objektiv, i den forstand at noen form for "subjektiv skyld" ikke er nødvendig å påvise. Domstolen legger likevel opp til en vurdering av "all the relevant facts", herunder foretakets hensikt med den forretningsstrategien de opererer etter. Uttalelsene er generelle i den forstand at de må antas å ha betydning for misbruksvurderingen generelt. Dette tilsier at vurderingen ikke er så objektiv som Domstolen selv hevder, fordi subjektiv hensikt generelt er en relevant faktor. Sagt på en annen måte tilsier *Tomra* at plikten til å ikke bryte misbruksforbudet er objektiv, men vurderingen av om det har skjedd er ikke (rent) objektiv.

Det er nærliggende å se Rettens og Domstolens behandling av Tomrasaken i sammenheng med den formbaserte tilnærming til misbruksvurderingen som mange kommentatorer har kritisert rettspraksis for.<sup>119</sup> Herunder kan det kanskje ses slik at det er en sammenheng mellom bedømmelsen av eksklusivitetsvilkår og subjektiv, utestengende hensikt, fordi begge deler hviler på presumsjonen om at eksistensen av dem er egnet til å fremme konkurranseskadelig virkning. For eksempel oppsummerer Jones og Sufrin det slik at *Tomra* var en mulighet til å bevege rettsanvendelsen mot en mer "moderne", virkningsbasert analyse.<sup>120</sup> På tross av dette

---

<sup>117</sup> Premiss 22

<sup>118</sup> Premiss 23

<sup>119</sup> Jones og Sufrin, s. 461

<sup>120</sup> Jones og Sufrin, s. 461



opprettholdt Domstolen misbruksvurderingens karakter av formalistisk og presumsjonsbasert analyse, hvor foretakets hensikt er en integrert del.

### 2.4.3 Tine-saken

Bedømmelsen av eksklusive plikter til å handle med dominerende foretak er som vi har sett streng. Det kan imidlertid oppstå tilfeller hvor det ikke eksisterer noen kontraktsbasert plikt, men det dominerende foretaket likevel opptrer på en slik måte at det oppstår avhengighetsforhold nært opp til eksklusivitetsavtaler. Det var tilfellet i Rt. 2011 s. 910, hvor Tine under dissens 3-2 ble frifunnet for påstått overtredelse av konkurranseloven § 11. Bakgrunnen var at Tine hadde forhandlet med Rema 1000 om leveranse av fast hvitost, og Rema hadde ønsket å redusere antall leverandører. Den eneste reelle konkurrenten til Tine var Synnøve Finden. Spørsmålet var om Tine hadde misbrukt sin markedsrett etter konkurranseloven § 11 gjennom å inngå leveranseavtalen med Rema, i tillegg til et rabattsystem, utforming av planogram og tilbud om utvikling av tilpassede produkter.

Flertallet på tre dommere kom frem til at Tine hadde konkurrert innenfor grensen av det lovlige. Førstevoterende gjør først rede for den EU-rettslige praksisen på området, ved å vise til blant annet *Hoffmann-La Roche* og *Compagnie Belge*, og fokuserer videre på hvilke virkemidler som er tillatt å brukes. Relatert til Tine mulige hensikt om å øke leveransen til Rema, og sistnevntes uttalte ønske om å kutte ned på antall leverandører, skriver førstevoterende at et "motiv om å vinne konkurransen kan imidlertid ikke være nok til å overtre § 11".<sup>121</sup> Ordene "ikke vil være nok" tyder på at flertallet mener det å ha til hensikt å vinne konkurransen taler for misbruk, men at det ikke er tilstrekkelig. En slik bruk av et foretaks hensikt forutsetter at det *ikke* er et skille mellom å vinne konkurransen, og å ha til hensikt å utestenge konkurrenter.

Det kan imidlertid innvendes at det må være et slikt skille for at en vurdering av hensikt skal være meningsfull.<sup>122</sup> Som Høyesterett selv skriver har dominerende foretak "anledning til å konkurrere, og også konkurrere hardt".<sup>123</sup> Det kan klart nok ikke gjøres uten å som "motiv om å vinne konkurransen".

---

<sup>121</sup> Rt. 2011 s. 910, premiss 79

<sup>122</sup> Østerud, s. 142

<sup>123</sup> Rt. 2011 s. 910, premiss 68

Dette illustrerer med andre ord et av problemene med å tillegge subjektiv hensikt vekt. På den ene siden hadde Tine et legitimt ønske om å øke sine leveranser, på den andre siden har de en objektiv plikt til å ivareta restkonkurransen. Flertallet går i sin vurderingen ut i fra *hvordan* dette gjøres – altså med hvilke virkemidler Tine prøvde å vinne konkurransen, men går ikke nærmere inn på skillet mellom objektive eller subjektive faktorer, selv om det grunnleggende utgangspunktet fra *Hoffmann-La Roche* understrekes innledningsvis. At et "motiv om å vinne konkurransen" taler for misbruk, heller enn å være et motiv om å konkurrere lovlig, er dermed ikke klargjort.

Mindretallet hadde et annet syn på saken. Sentralt i vurderingen er et internt notat hvor fordelene av å ha én leverandør i stedet for to fremheves.<sup>124</sup> Etter annenvoterendes mening viser notatet at det "ikke [er] bedre ytelser eller gunstigere betingelser som tilbys Rema, men fremhevelse av fordelene ved å gi Tine en eneleverandørposisjon".<sup>125</sup> Notatet gav dermed uttrykk for det tilbudet Tine gav, men det går ikke eksplisitt frem om det er virkningen av at det inngås en eneleverandøravtale eller hensikten om å inngå eneleverandøravtale som drøftes. Mindretallet vektlegger også at avtalen er knyttet til ytelsene Tine gav Rema, som økte suksessivt med at Tine nærmet seg en eneleverandørposisjon. Det er altså som oftest en sammenheng mellom eksklusivitetsvilkår og motytelser, gjerne i form av rabatter.

## 2.5 Rabatter

### 2.5.1 Introduksjon

Dominerende foretak kjennetegnes av at de kan operere uavhengig på markedet.<sup>126</sup> Det betyr at andre aktører på markedet som regel vil være avhengig av å handle med det dominante selskapet. Det finnes altså en skjevhet i "styrkeforholdet" mellom de som fritt kan velge hvem de vil samarbeide med, og de som i større eller mindre grad er prisgitt en dominerende aktør. Denne skjevheten kan utnyttes av dominerende foretak, for eksempel ved å tilby rabatter basert på kvantum eller lojalitet, som er med på å opprettholde eller øke salget av egne produkter. På den måten kan minst like effektive konkurrenter holdes unna markedet, fordi

---

<sup>124</sup> Premiss 97

<sup>125</sup> Premiss 98

<sup>126</sup> Jf. definisjonen av dominerende foretak som redegjøres for innledningsvis

bruken av rabatter skaper barrierer som kan være vanskelig å komme over, eller det blir vanskelig å tilby tilsvarende produkter til like eller lavere priser.

Av slike grunner har rettspraksis slått ned på dominerende aktører som utnytter andres avhengighet til seg selv ved å tilby forskjellige rabatter. Det er to hovedformer for rabatter: Kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter.<sup>127</sup> Den første kategorien anses som regel for å være akseptabel, mens den andre fort leder til å konstatere misbruk. Det kan også forekomme blandinger av slike rabatter. Et eksempel er Michelin mot kommisjonen.<sup>128</sup> Michelin utviklet et poengsystem, der forhandlere ble gitt poeng, som korresponderte med en årlig rabatt, basert på hvor stort salg de hadde av Michelin-produkter. Rabattene var altså knyttet til solgt kvantum, men hadde også en "loyalty-inducing effect" fordi bonussystemet også var knyttet til en prosentsats av solgte nye produkter fra Michelin.<sup>129</sup> Fokuset til domstolen ser ut til å være på den avhengighet rabattsystemet skapte – altså hvilken virkning den hadde på forhandlerens frihet til å velge leverandør, og hvilke etableringshindre dette medførte.

I den pågående saken mot Intel<sup>130</sup> fant i tillegg Retten støtte for en tredje type rabatt, som ikke er kvantumsrabatt og heller ikke direkte knyttet til eksklusivitet eller semiekklusivitet.<sup>131</sup> Dette synspunktet er, som det blir redegjort for like nedenfor, imidlertid blitt kritisert av blant annet generaladvokaten i sitt forslag til avgjørelse i *Intel*.

## 2.5.2 Intel-saken

I saken mot *Intel* var den påklagede atferden skjedd i form av lojalitetsrabatter. Intel ble funnet å være dominerende innenfor markedet som leverer deler til datamaskinprodusenter. Deres eneste reelle konkurrent var AMD. For det første ble det konstatert misbruk på bakgrunn av at Intel gav rabatter til fire store PC-produsenter hvis de kjøpte hele eller nesten hele sitt behov for CPU-er hos Intel, men dette ble avgrenset til også å gjelde visse segmenter av markedet. For det andre hadde Intel tilbudt såkalte "naked restrictions" til tre av PC-produsentene, som innebar at Intel ville betale dem for å utsette eller kansellere kjøp av CPU-er fra AMD.

---

<sup>127</sup> Jones og Sufrin, s. 436

<sup>128</sup> Sak T-203/01, *Michelin*, ECLI:EU:T:2003:250

<sup>129</sup> Premiss 119

<sup>130</sup> Sak T-286/09, *Intel*, ECLI:EU:T:2014:547

<sup>131</sup> Jones og Sufrin, s. 437

Når det gjelder hvilken virkning rabattsystemet til Intel var antatt å ha, uttalte domstolen at "showing an anti-competitive object and an anti-competitive effect may, in some cases, be one and the same thing."<sup>132</sup> Dette forklares med at dersom det dominerende foretaket har til hensikt å stenge ute konkurrenter, "that conduct will also be liable to have such an effect". Domstolen setter med andre ord, tilsynelatende i noen tilfeller, likhetstegn mellom det at foretaket har til hensikt å stenge ute konkurrenter, og at deres handlinger på markedet har en slik virkning. Retten går dermed svært langt i å mene at subjektiv hensikt kan fungere fullt ut som substitutt for å påvise sannsynlig konkurransebegrensende virkning, som baseres på objektive faktorer. Ser vi disse uttalelsene i tråd med de utgangspunktene som ble skissert innledningsvis, kan vi kanskje se det slik at retten mener eksistensen av subjektiv utestengende hensikt kan bevise at en atferd er egnet til å ha konkurransebegrensende virkning. Det er derimot uklart hva som ligger i reservasjonen "i noen tilfeller". Den tyder i hvert på at i noen tilfeller er det tilstrekkelig å påvise subjektiv hensikt, uten å sannsynliggjøre konkurransebegrensende virkninger.

Som det ble argumentert med tidligere i denne oppgaven, er en slik antakelse langt fra sikker. Det er fullt mulig at et foretak som har til hensikt å utestenge konkurrenter, velger utjenlige midler og dermed ikke oppnår noen utestengende virkning. Motsatt er det også slik at utestengende virkning kan forekomme uten at dette er foretakets hensikt.

Retten begrunnet sitt standpunkt med den inndelingen av rabatter de mener å ha støtte for i tidligere rettspraksis, som er kvantumsrabatter, eksklusivitets/lojalitetsrabatter, og en tredje kategori rabatter som avgrensenses negativt – altså at det ikke er knyttet direkte til kvantum eller lojalitet.<sup>133</sup> Av denne inndelingen følger det etter Rettens mening at det er "only in the case of rebates falling within the third category that it is necessary to assess all the circumstances"<sup>134</sup>, fordi eksklusivitetsrabatter "are by their very nature capable of restricting competition".<sup>135</sup> Ettersom Retten mente at Intel hadde gitt rabatter basert på lojalitet, var det dermed ikke nødvendig å undersøke alle omstendighetene i saken.

Det er nærliggende å se rettsanvendelsen i *Intel* i sammenheng med anvendelsen av tilnærminger som presumptivt anser noen typer ensidige tiltak som konkurranseskadelige. Som det også er blitt argumentert for, kan dette også ha sammenhenge med hvordan et

---

<sup>132</sup> *Intel*, premiss 203

<sup>133</sup> *Intel*, premiss 74-78

<sup>134</sup> Premiss 84

<sup>135</sup> Premiss 85

foretaks hensikt bedømmes. Retten går i *Intel* langt i å hevde at "object" og "effect" er det samme, og avstår dermed fra å foreta konkrete virkningsanalyser. Når eksistensen av slike presumptivt konkurranseskadelige tiltak er til stede, er det heller ikke nødvendig å skille skarpt mellom hva som objektivt sett kan være virkningen av tiltaket, og hva som er hensikten med tiltaket. Til støtte for dette viser *Intel* at det i følge Retten ikke var nødvendig å anvende AEC-test<sup>136</sup> på eksklusivetsrabatter<sup>137</sup>, eller påvise potensiell eller faktisk konkurransebegrensende virkning.<sup>138 139</sup> Ved det motsatte standpunktet, at (i hvert fall) potensiell konkurransebegrensende virkning må påvises, har rettsanvenderen langt større grunn til å skille mellom objektive funn gjennom virkningsanalyser, og subjektiv hensikt.<sup>140</sup> Men Rettens anvendelse har nok også sammenheng med presieringen om at det diskuterte rabattsystemet var et spørsmål om eksklusivitet heller enn priser.<sup>141</sup> Pristesten var dermed ikke relevant, av nevnte grunner.<sup>142</sup>

Dommen mot Intel førte for øvrig til en rekordstor bot på ca. én milliard euro. Dommen ble anket, og i skrivende stund er domsavgjørelsen enda ikke kommet. Generaladvokaten har imidlertid kommet med sitt forslag til avgjørelse.<sup>143</sup> Han er svært kritisk til rettens behandling av Intel-saken. I sin uttalelse skriver han blant annet at "a strategy of foreclosure may certainly provide an indication of a subjective intent to foreclose competitors, the mere will to do so does not translate into capability to restrict competition".<sup>144</sup> Dette tyder på at Generaladvokaten er kritisk til en presumsjon om at subjektiv, utestengende hensikt fra et dominerende foretaks side tilstrekkelig sannsynliggjør at virkningen vil være konkurranseskadelig.

Videre er det generaladvokatens mening at retten baserte seg på "the existence of an overall strategy based on two complementary infringements to determine the capability of the

---

<sup>136</sup> As efficient competitor-testen: En vurdering av om en like effektiv konkurrent vil kunne konkurrere med samme priser uten tap, se for eksempel Jones og Sufrin s. 383 flg

<sup>137</sup> *Intel*, premiss 140-166, særlig premiss 150

<sup>138</sup> Premiss 95-100

<sup>139</sup> Se også Jones og Sufrin, s. 443-444

<sup>140</sup> Se om dette for eksempel Ibanez Colomo, "Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy", *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 29/2014, som skiller mellom anvendelsen av en "rule" og en "standard" som atferden vurderes etter, hvor førstnevnte tradisjonelt er basert på en presumsjon om konkurranseskadelig hensikt

<sup>141</sup> *Intel*, premiss 99, se også Jones og Sufrin s. 444

<sup>142</sup> Motsatt er Richard Whish positiv til avgjørelsen, se Richard Whish, "Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, s. 1-2

<sup>143</sup> Sak C-413/14 P, *Intel mot kommisjonen*, generaladvokatens forslag til avgjørelse, ECLI:EU:C:2016:788

<sup>144</sup> Sak C-413/14 P, *Intel mot kommisjonen*, generaladvokatens forslag til avgjørelse, ECLI:EU:C:2016:788, premiss 128

impugned conduct to restrict competition. In doing so, the General Court began its reasoning from the assumption that the strategy under consideration was abusive, rather than assessing all the circumstances to determine whether an infringement had been established to the requisite legal standard". Generaladvokaten peker på at retten baserte seg på en presumsjon om at de påklagede virkemidlene, rabattsystemet og "naked restrictions", var en del av en strategi om å utestenge konkurrenten og dermed var egnet til det, fremfor å vurdere om handlingene faktisk hadde en slik potensiell effekt.

Det generaladvokaten påpeker er en del av den samme kritikken som Akman påpeker i sin kritikk; at domstolen ikke alltid skiller klart mellom hva som *er* misbruk og hva som er *bevis* for misbruk.<sup>145</sup> Inkluderes subjektive faktorer er det altså ikke sikkert at bruken av disse kun er midler for å bevise potensiell konkurransebegrensende virkning, det er risiko for at tilstedeværelsen av subjektiv hensikt reelt vil være et alternativ til å påvise konkurransebegrensende virkning, og dermed være i strid med regelens objektive karakter. Generaladvokaten skriver også i sin uttalelse at rettens plikt til å vurdere "all of the circumstances" burde ledet dem til "an analysis of the actual or potential effects of that conduct" – noe han altså mener retten ikke gjorde på en tilfredsstillende måte.<sup>146</sup>

Generaladvokatens kritikk har også sammenheng med at han er uenig i Rettens kategorisering av rabatter. I følge forslaget til avgjørelse er det, basert på tidligere rettspraksis, kun to former for rabatter.<sup>147</sup> Mens kvantumsrabatter presumeres å være lovlig, presumeres eksklusivitetsrabatter å være ulovlig. For at førstnevnte skal finnes å være ulovlig, kreves dermed en vurdering av alle relevante omstendigheter som taler mot presumsjonen, mens det motsatte er tilfelle for sistnevnte kategori rabatter. Generaladvokaten mener imidlertid at tidligere rettspraksis, som *Hoffmann-la Roche* og *Michelin*, vurdert konteksten som rabattene er gitt i.<sup>148</sup> Det er ikke tilstrekkelig å vurdere rabattene "in the abstract", men deres potensielle effekt på markedet må vurderes konkret.<sup>149</sup>

Generaladvokatens syn på tidligere rettspraksis er ikke helt på linje med det som er vanlig, nemlig at for eksempel *Hoffmann-La Roche* behandlet eksklusivitetsrabatten som misbruk "by

---

<sup>145</sup> Akman, s. 316-337. At rettspraksis blander hva som er misbruk og hva som beviser misbruk er et av hovedpoengene hennes

<sup>146</sup> Premiss 136

<sup>147</sup> Premiss 81

<sup>148</sup> Premiss 83

<sup>149</sup> Premiss 84

object".<sup>150</sup> Det er dermed ikke gitt om en tilslutning til generaladvokaktens forslag vil bryte med retningslinjene i rettspraksis, eller etablere en ny linje.

For ordens skyld kan det bemerkes at generaladvokatens uttalelse ikke er bindende for EU-domstolen. Som rettskilde har slike uttalelser klart mest tyngde dersom de får tilslutning fra domstolen, men har liten selvstendig vekt. Skal vi likevel følge generaladvokat Wahls argumentasjon i Intel-uttalelsen, går imidlertid rettsutviklingen mot at subjektiv hensikt ikke kan presumeres å gi konkurransebegrensende virkninger, men at sistnevnte krever en selvstendig vurdering. I en slik vurdering kan subjektiv hensikt være en relevant faktor, men da som bevis og ikke som selvstendig, materielt vilkår. Det gjenstår fortsatt å se om EU-domstolen gir sin tilslutning i saken mot Intel.

### 2.5.3 Eksempel på et falsk positiv?

Oppsummeringsvis har en rekke kommentatorer kritisert avgjørelsen i *Intel* for manglende vurdering av potensiell virkning på konkurransen og i siste instans lavere forbrukervelferd.<sup>151</sup> En hovedbekymring synes å være at med den rettsanvendelsen som *Intel* bygger på, er terskelen for misbruk så lav at atferd med liten eller ingen konkurranseskadelig virkning kan bli bedømt som misbruk. Sagt med andre ord, at *Intel* er et eksempel på et falsk positiv, eller at det kan oppstå falske positive på bakgrunn av presedensen fra *Intel*.

Går vi nærmere inn på fakta i saken blir bildet tydeligere. På overflaten kan rabattsystemet, med blant annet "naked restrictions", kontantbetalinger til noen PC-produsenter, virke som et hardt virkemiddel for Intels konkurrenter. I realiteten måtte kjøperne, for å få oppnå rabatter hos Intel, kjøpe minimum 95 % av sin etterspørsel etter x86 CPU-er i et *segment av markedet*, som for HPs tilfelle tilsvarte 28 % av deres totale etterspørsel.<sup>152</sup> Retten avsto fra å etablere en terskel for hvor stor grad av binding eksklusivitetsvilkårene skaper, eller hvor store rabatter som kreves, fordi "competitors of the undertaking in a dominant position must be able to

---

<sup>150</sup> For eksempel Jones og Sufrin, s. 437

<sup>151</sup> For eksempel Jim Venit, "Case T-286/09 Intel v Commission – The judgment of the General Court: All steps backward and no steps forward", *European Competition Journal*, 2014, s. 203-230, Luc Peeperkorn, "Conditional pricing: Why the General Court is Wrong in *Intel* and What the Court of Justice Can Do to Rebalance the Assessment of Rebates", *Concurrences Review*, 2015, s. 43-63, Patrick Rey og Jim Venit, "An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils", *World Competition*, 2015, s. 3-28, men i motsatt retning Richard Whish, "Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, s.1-2

<sup>152</sup> *Intel*, premiss 129. Se også Jones og Sufrin s. 436

compete on the merits for the entire market and not just for a part of it".<sup>153</sup> Det kan argumenteres med at en slik rettsanvendelse beskytter konkurrenten, i dette tilfellet AMD, som var Intels eneste konkurrent, snarere enn konkurransen som sådan. Videre er det nærliggende å se bedømmelsen av misbrukstyper som etter sin form er konkurranseskadelig i sammenheng med vurderingen av utestengende hensikt. Retten holdt det i *Intel* åpent om tiltakene kunne være lovlig dersom foretaket hadde "objectively justified"<sup>154</sup> sin atferd, men det hadde ikke skjedd.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> *Intel*, premiss 132

<sup>154</sup> Mer om "objective justification", se Jones og Sufrin s. 369 flg.

<sup>155</sup> *Intel*, premiss 81 og premiss 173



## 3 Konklusjoner

### 3.1 Implikasjoner for tolkningen av konkurranseloven § 11

Avslutningsvis er det noen hovedpunkter som kan være hensiktsmessig å oppsummere. For det første kan det innvendes at misbrukskonseptet ikke er så objektivt som rettspraksis fra EU selv hevder. Aller tydeligst ser vi dette ved prismisbruk, der det ved prising mellom AVC og ATC er et vilkår at foretakets priser er et ledd i en plan om å utestenge konkurrenter. Det er lite tvilsomt at et slikt vilkår er subjektivt; det knytter seg til foretakets hensikt, enten det kan føres bevis for subjektiv hensikt eller at hensikten er objektiv i den forstand at den kan presumeres ut i fra sakens omstendigheter.

Noe mer uklart er det ved priser over egne kostnader, men der foretaket foretar selektive priskutt. Det er, med grunnlag i rettspraksis, en del som tyder på at foretakets hensikt må være å utestenge konkurrenter i slike tilfeller, ettersom priser over egne kostnader presumptivt både er lovlige, og at lave priser er ønskelige å oppnå.

Det følger imidlertid også av gjennomgangen ovenfor at subjektive faktorer, enten det er subjektiv eller objektiv hensikt, er relevant generelt i misbruksvurderingen. Til støtte for et slikt syn kommer både at domstolene i EU i en rekke avgjørelser har uttalt seg generelt om at hensikt er relevant, og at slike faktorer brukes i forskjellige misbrukstyper.

Hvordan hensikt brukes kan det imidlertid være mer tvil om. Rettspraksis synes å være noe sprikende, og utviklingen kan både tenkes å gå i retning av at hensikt har en mindre fremtredende rolle, og at den fortsatt brukes som en integrert del av misbruksvurderingen. Det kan tenkes to hovedformer: at utestengende hensikt er et *vilkår* (nødvendig og/eller tilstrekkelig), eller at utestengende hensikt kan være med på å *bevise misbruk*.

Ved sistnevnte kategori kan det hevdes at misbruksvurderingen bevarer sitt objektive preg. Det forutsetter at et foretaks hensikt brukes som bevis for potensiell konkurranseskadelig virkning.

### **3.1.1 Subjektiv hensikt som middel for å identifisere konkurranseskadelig atferd**

I oppgaven har det blitt pekt på noen problemer med å la et foretaks hensikt være faktoren som skiller konkurranseskadelig fra konkurransefremmende atferd. Et hovedproblem er hvordan vi kan skille mellom at et foretak vil "vinne konkurransen" og å utestenge konkurrenter. Det ble argumentert med at det er virkemidlene og deres sannsynlige effekt som er kjernen i misbrukskonseptet, som altså substansielt er noe annet enn subjektiv hensikt.

Det er likevel et åpent spørsmål om det er hensiktsmessig å anvende subjektiv hensikt i misbruksvurderingen. Ulike kommentatorer har som nevnt forskjellig oppfatning av dette, og det er til dels et empirisk heller enn normativt spørsmål om bruken av subjektiv hensikt fører til et bedre konkurransesystem eller ikke. Med den praksisen som er gjennomgått er det vanskelig å se for seg at norske domstoler skal kunne se helt vekk fra subjektiv hensikt – og heller ikke at det er ønskelig. Hvordan subjektiv hensikt anvendes er det imidlertid grunn til å være bevisst på. Dersom subjektiv hensikt knyttes opp til en vurdering av potensiell konkurransebegrensende virkning, er det mindre grunn til kritikk enn dersom misbruksvurderingen i seg selv "subjektiveres" ved at manglende sannsynlighet for virkning avhjelpes av påvist utestengende hensikt.

### **3.1.2 "Objektiv" hensikt eller virkning?**

En spesiell side ved hensiktanalysen er det som kan kalles objektiv hensikt. Bruken av hensikt i en slik forstand er spesielt problematisk fordi det er vanskelig å se andre grunner til relevansen av presumert hensikt enn som annet enn substitutt for virkning. Sagt på en annen måte: Når rettsanvenderen ut i fra sakens omstendigheter trekker slutninger om hva som sannsynligvis var foretakets hensikt med atferden, sier ikke det noe mer om potensiell skadelighet enn presumsjoner om potensiell virkning. I stedet for å vurdere sannsynlige virkninger, kan rettsanvenderen da vurdere hva som sannsynligvis var hensikten. Det ble i oppgaven argumentert med at det er en sammenheng mellom å anvende de facto per se-regler og påvist eller presumert hensikt, i den forstand at rettspraksis synes å være mer tilbøyelig til å anvende hensikt når tiltak i seg selv anses som misbruk.



# Litteraturliste

## Lover og traktater

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

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføringen i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, vedtatt som norsk lov i kraft av EØS-loven, tredde i kraft 01.01.1994

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TEUV), tredde i kraft 1. desember 2009, 2010 OJ C83/47

## 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)

## Litteratur

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

Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Foreløpig versjon av del 1 og 2 (Bergen 2015)

Jones, Alison og Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 6. utgave (Oxford 2016)

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, *Norsk konkurranserett, Bind I: Atferdsregler og strukturkontroll* (Oslo 2007)

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004)

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011)

## Artikler

Akman, Pinar, "The role of intent in the EU case law on abuse of dominance", *European Law Review*, 2014, s. 316-337

Bavasso, Antonio, "The role of intent under Article 82 EC: from "flushing the turkeys" to "spotting lionesses in Regent's Park", *European Competition Law Review*, 2005, s. 616-623

Colomo, Ibanez, "Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy", *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 29/2014

O'Grady, Colm, "The Role of Exclusionary Intent in the Enforcement of Article 102 TFEU", *World Competition Law and Economics Review*, 2014, s. 459-486

Peeperkorn, Luc, "Conditional pricing: Why the General Court is Wrong in *Intel* and What the Court of Justice Can Do to Rebalance the Assessment of Rebates", *Concurrences Review*, 2015, s. 43-63

Rey, Patrick og Jim Venit, "An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils", *World Competition*, 2015, s. 3–28

Venit, Jim, "Case T-286/09 Intel v Commission – The judgment of the General Court: All steps backward and no steps forward", *European Competition Journal*, 2014, s. 203-230

Whish, Richard, "Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, s. 1-2

Østerud, Eirik, "Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of tests", *International Competition Law Series*, Volume 45, Chapter 5: Intent-Based Tests, 2010, s. 127-157

## **Norske rettsavgjørelser**

Rt. 2011 s. 910

## **Utenlandske rettsavgjørelser**

### **Retten**

Sak 27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22

Sak T-228/97, *Irish Sugar*, ECLI:EU:T:1999:246

Sak T-111/96, *ITT Promedia*, ECLI:EU:T:1998:183

Sak T-203/01, *Michelin*, ECLI:EU:T:2003:250

Sak T-340/03, *France Télécom*, ECLI:EU:T:2007:22

Sak T-155/06, *Tomra*, ECLI:EU:T:2010:370

Sak T-286/09, *Intel*, ECLI:EU:T:2014:547

### **Domstolen**

Sak 85/76, *Hoffman-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36

Sak C-62/86, *AKZO*, ECLI:EU:C:1991:286

Sak C-53/92P, *Hilti AG*, ECLI:EU:T:1991:70

Sak C-395-396/96, *Compagnie Maritime Belge Transport*, ECLI:EU:C:2000:132

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

Sak C-202/07 P, *France Télécom*, ECLI:EU:C:2009:214

Sak C-209/10, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172

Sak C-457/10 P, *AstraZeneca*, ECLI:EU:C:2012:770

Sak C-549/10 P, *Tomra*, ECLI:EU:C:2012:221

### **EU-kommisjonens avgjørelser**

EUT 1985 L374/1, *AKZO*

Sak COMP/A. 37.507/F3-AstraZeneca OJ L322/24 (2006)

Sak COMP/35.141, *Deutsche Post AG*, OJ L 125 27 (2001)

### **Forslag til avgjørelse fra generaladvokaten**

Sak C-395-396/96, *Compagnie Belge*, Fennelly AG, ECLI:EU:C:1998:518

Sak C-209/10, *Post Danmark*, Mengozzi AG, ECLI:EU:C:2011:342

Sak C-413/14 P, *Intel*, Wahl AG, ECLI:EU:C:2016:788

### **Den amerikanske Høyesterett**

Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)

