



Konkurranseloven § 11:

Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Utarbeidet 8. november 2007, oppdatert 1. januar 2014.

Det følger av konkurranseloven § 11 at et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt. Bestemmelsen er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 54 og TEUV art 102. Praksis knyttet til disse forbudene vil veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelse av omfanget av konkurranseloven § 11.

Forbudet retter seg mot foretak, og oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en overtredelse. For det første må foretaket ha en dominerende stilling, og for det andre må foretakets atferd innebære en utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen. Det er ikke forbudt i seg selv å ha en dominerende stilling i et marked, men konkurranseloven § 11 setter visse grenser for hvordan dominerende foretak kan opptre i markedet. Et dominerende foretak har et særlig ansvar for å unngå at dets atferd begrenser konkurransen.

Europakommisjonen har publisert et veiledningsdokument (guidance paper) om Kommisjonens prioriteringer etter TEUV art. 102 (tidligere EF art 82) som kan gi veiledning på området.

Foretaksbegrepet

Begrepet foretak er definert i konkurranseloven § 2 og omfatter enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet, uavhengig av i hvilken form virksomheten utøves. Det er virksomhetens art som er avgjørende, ikke enhetens rettslige status eller finansiering.

Dominerende stilling

For å ta stilling til om et foretak har en dominerende stilling, må det gjennomføres en totrinns vurdering. Først må det markedet hvor foretaket kan tenkes å være dominerende avgrenses (det relevante markedet). Deretter må det vurderes om foretaket er dominerende i dette markedet. En avgrensning av det relevante markedet gir rammene for vurderingen av konkurranseforholdene. Hovedformålet med markedsavgrensningen er på en systematisk måte å identifisere de begrensninger i den konkurransemessige handlefriheten foretaket(ne) står overfor. Ved avgrensningen av det relevante markedet tas det utgangspunkt i kjøpernes muligheter til å velge alternative varer og/eller tjenester. Generelt vil en kjøper velge tilbyder på bakgrunn av egenskaper ved produktene og tilbydernes lokalisering. Det relevante markedet har derfor en produktdimensjon og en geografisk dimensjon.

Det relevante *produkt*markedet omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.

Det relevante *geografiske* markedet omfatter området der de berørte foretakene tilbyr varer eller tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensende områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige.

For mer informasjon om metoden for avgrensning av det relevante markedet, se eget temaark. Se dessuten EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for avgrensning av det relevante markedet.

Når det relevante markedet er avgrenset, må det vurderes om foretaket har en dominerende stilling i dette markedet. Det følger av EU-domstolens praksis at et foretak har en dominerende stilling dersom foretaket er i stand til i betydelig grad å opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og sluttbrukere i det relevante markedet.

Hvorvidt et foretak kan sies å ha en dominerende stilling, må vurderes ut fra en helhetsvurdering av konkurranseforholdene i det relevante markedet. En høy markedsandel kan indikere at et foretak er dominerende. Det følger av praksis fra EU-domstolen at dersom et foretak har en markedsandel på over 50 prosent i en viss periode, kan en dominerende stilling presumeres å foreligge med mindre det foreligger spesielle omstendigheter. Et foretak vil sjelden ha en dominerende stilling ved en markedsandel på under 40 prosent, selv om dette ikke kan utelukkes.

Høye markedsandeler er imidlertid ikke i seg selv avgjørende for om et foretak har en dominerende stilling. Det må foretas en vurdering av om det er andre forhold i markedet som innebærer at foretaket i betydelig grad er i stand til å opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og sluttbrukere. For det første kan antallet konkurrenter og deres markedsandeler være av betydning.

Videre er det relevant å se hen til etableringshindringer i markedet. Etableringshindringer er en samlebetegnelse på alle forhold som kan hindre etablering fra nye foretak. Eksempler på etableringshindringer er offentlige reguleringer, behov for store investeringer som er ugjenkallelige ('sunk cost'), begrenset tilgang til sentrale innsatsfaktorer og distribusjonskanaler, eksistensen av stordriftsfordeler i markedet og nettverkseffekter. Det kan også være relevant å se hen til eksistensen av kjøpermakt i markedet, som etter omstendighetene kan oppveie mulighetene for utøvelse av markedsrett.

Ifølge ordlyden i konkurranseloven § 11 kan også "flere foretak" ha en dominerende stilling. Det følger av praksis fra EU-domstolen at to eller flere uavhengige foretak etter omstendighetene kan anses for å ha dominerende stilling i fellesskap. En slik kollektiv dominerende stilling kan foreligge når to eller flere uavhengige foretak forholder seg til hverandre på en slik måte at de økonomisk sett fremtrer eller handler som en samlet eller kollektiv enhet i markedet, selv om denne atferden ikke er basert på en avtale eller annet samarbeid som rammes av konkurranseloven § 10. Dette vil særlig kunne få betydning i markeder med få tilbydere og gjennomslagsrike markedsforhold (oligopolistiske markeder).

Utilbørlig utnyttelse

For at det skal foreligge en overtredelse av konkurranseloven § 11 må det i tillegg foreligge en utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen. Konkurranseloven § 11 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som skader konkurransen i markedet. Ved vurderingen er det avgjørende om det dominerende foretaket opptre på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.

Konkurranseloven definerer ikke hva som menes med utilbørlig utnyttelse, men § 11 annet ledd gir eksempler på atferd som kan utgjøre en utilbørlig utnyttelse. Denne opplysningen er ikke uttømmende.

Hvorvidt atferden innebærer en utilbørlig utnyttelse, avgjøres konkret på bakgrunn av en analyse av om atferden er egnet til å ha eller sannsynligvis vil ha en konkurransebegrensende effekt. Denne vurderingen er i utgangspunktet objektiv. Bevis for foretakets hensikt kan imidlertid også ha betydning for vurderingen, og da spesielt i saker vedrørende underprising. Det er heller ikke noe krav om årsakssammenheng mellom den utilbørlige utnyttelsen og den dominerende stillingen. Et dominerende foretaks inngåelse av en eksklusiv kjøpsavtale kan for eksempel utgjøre en utilbørlig utnyttelse selv om inngåelsen ikke nødvendigvis følger av den dominerende stillingen.

Det er ikke et vilkår at den utilbørlige utnyttelsen finner sted i markedet hvor foretaket er dominerende. Det følger av praksis fra EU-domstolen at forbudet mot utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling under visse omstendigheter kan komme til anvendelse hvor foretaket er dominerende i et marked, og foretar en utilbørlig utnyttelse i et annet, men nærliggende marked.

Det finnes ingen lovfestede unntak fra forbudet i konkurranseloven § 11. Ifølge praksis fra EU-domstolen er det likevel klart at atferd som har en legitim begrunnelse ikke vil utgjøre en utilbørlig utnyttelse.

Med legitim begrunnelse menes at atferden er objektivt nødvendig for å ivareta legitime formål, og at atferden er et proporsjonalt virkemiddel for å oppnå dette. Hva som i det konkrete tilfellet vil kunne utgjøre en legitim begrunnelse, må vurderes konkret og er avhengig av hva den aktuelle atferden består i. Dersom atferden er objektivt nødvendig og proporsjonal, foreligger ingen utilbørlig utnyttelse i henhold til konkurranseloven § 11.

Nedenfor redegjøres for eksempler på atferd som kan innebære en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling:

- **Leveringsnektelser.** Som utgangspunkt har leverandører rett til selv å bestemme hvem de ønsker å inngå avtaler med. En leveringsnektelse fra en dominerende aktør er derfor normalt ikke i strid med § 11. Unntak kan tenkes der leveringsnektelse fra en dominerende aktør medfører at en eksisterende kjøper står i fare for å tre ut av markedet, og foretaket ikke har en legitim begrunnelse for nektelsen.
- **Underprising.** Konkurranseskadelig underprising kan foreligge dersom et dominerende foretak i en periode selger sine produkter med tap, i den hensikt å presse en konkurrent ut av markedet eller for å disiplinere konkurrentens markedsatferd, med den følge at det dominerende foretaket senere får en enda sterkere stilling i markedet. Underprising kan også ha som formål å motvirke etablering av nye konkurrenter. Slik atferd kan lønne seg på sikt fordi det dominerende foretaket vil ha mulighet til å sette opp prisene igjen for å gjenvinne tapet knyttet til perioden med lave priser.
- **Rabattordninger.** Rabatter er en form for priskonkurranse som i de fleste tilfeller er lovlige og positive tiltak fra tilbyderne i konkurransen om kundene. Men i visse tilfeller kan en dominerende aktør utforme rabattene på en måte som begrenser konkurransen i strid med forbudet i konkurranseloven § 11. Rabatter med lojalitetsskapende virkninger som medfører at andre aktører utestenges helt eller delvis fra markedet, og som ikke kan begrunnes i objektivt i kostnadsgevinster for den dominerende aktøren, kan innebære en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. Et eksempel kan være trappetrinnsrabatter som virker tilbake.

- **Eneleverandøravtaler.** En eneleverandøravtale innebærer at en kunde binder seg til å kjøpe hele eller store deler av sitt behov for et produkt eller en tjeneste fra kun en leverandør. Slike forpliktelser vil kunne være i strid med § 11 dersom andre leverandører utestenges helt eller delvis fra markedet. Hvor stor grad av dominans som foreligger og hvor stor andel av markedet den konkurrerende leverandøren utestenges fra er blant de momentene som er av betydning for vurderingen.
- **Produktsammenbinding.** Produktsammenbinding betyr at to eller flere produkter selges sammen. Det er i utgangspunktet ikke i strid med konkurranseloven § 11 at en dominerende leverandør tilbyr produkter som er bundet sammen til sine kunder. Det kan imidlertid være i strid med § 11 dersom et foretak med en dominerende stilling i et marked benytter produktsammenbinding for å skaffe seg innpass eller forsterke sin stilling i et annet marked. En slik atferd vil kunne hindre kjøp av tilleggsytelsen fra konkurrenter, og dermed stenge andre aktører ute fra dette markedet.

Sanksjoner og pålegg

Ved overtredelse av konkurranseloven § 11 kan Konkurransetilsynet ilegge foretak overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning etter konkurranseloven § 29. Overtredelse av konkurranseloven § 11 er ikke straffebelagt.

Konkurransetilsynet kan pålegge opphør av den ulovlige atferden etter konkurranseloven § 12. Pålegg om opphør kan også ilegges i kombinasjon med overtredelsesgebyr. Pålegg om opphør kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Dette kan omfatte både atferdsregulerende og strukturelle tiltak. For å sikre at et pålegg om opphør etterleves kan det ilegges tvangsmulkt. Overtredelse av et påbud om opphør kan medføre overtredelsesgebyr etter § 29 eller straff etter § 32.

Vedtak om bindende avhjelpende tiltak

Med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd kan Konkurransetilsynet i en sak som kan ende med et vedtak etter konkurranseloven § 12 første ledd, velge å avslutte saken ved et vedtak om bindende avhjelpende tiltak. Det er partene selv som må fremsette de avhjelpende tiltak, og det er opp til Konkurransetilsynet å vurdere om de foreslåtte tiltakene skal avvises eller aksepteres. Dersom Konkurransetilsynet aksepterer de foreslåtte tiltak kan vedtak fattes og saken avsluttes før tilsynet har gjort en fullstendig vurdering av inngrepsvilkåret etter konkurranseloven § 12 første ledd er oppfylt.

Konkurransetilsynet skal i vedtaket gi en vurdering av foretakenes adferd og begrunne om og hvorfor de tilbudte tiltakene er egnet til å avhjelpe de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet har funnet. Vedtaket skal fastslå at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken dersom tiltakene gjennomføres. Konkurransetilsynet kan etter forslag fra partene oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtaket. Bakgrunnen for dette er at det kan være et behov for å kontrollere at et vedtak om bindende avhjelpende tiltak etterleves, og partene kan som ledd i dette tilby bistand fra en forvalter som en del av forslaget til avhjelpende tiltak. Forvalter skal godkjennes av Konkurransetilsynet, og oppnevningen skal fremgå av vedtaket om bindende avhjelpende tiltak.

Brudd på vedtak om bindende tiltak kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav b jf. § 12. For å sikre at tiltakene i et vedtak om

bindende tiltak gjennomføres har Konkurransetilsynet også hjemmel til å ilegge tvangsmulkt jf. konkurranseloven § 28.

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 12 fjerde ledd omgjøre et vedtak om bindende avhjelpende tiltak dersom faktiske forhold som var vesentlig for vedtaket endrer seg, foretakene handler i strid med vedtaket, eller vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige, eller villedende opplysninger fra foretakene. Dersom vilkårene for omgjøring er til stede kan Konkurransetilsynet fortsette sin saksbehandling for å avdekke om det foreligger en overtredelse, og eventuelt treffe vedtak i samsvar med dette.

Et vedtak etter konkurranseloven § 12 tredje ledd kan påklages til departementet jf. § 12 tredje ledd siste punktum. Departementets kompetanse er begrenset til å kunne oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak.