

## Konkurranseloven § 11:

### **Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling**

Utarbeidet 8. november 2007, oppdatert 1. januar 2014 og 12. oktober 2018

**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 traktaten om EUs virkemåte artikkel 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.

#### **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**

En dominerende stilling innebærer at et foretak har en økonomisk styrke som gjør det i stand til å forhindre effektiv konkurranse i et markedet ved at det i betydelig grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukere.

For å ta stilling til om et foretak har en dominerende stilling, må først 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 foretak 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.

Når det relevante markedet er avgrenset, må det vurderes om foretaket har en dominerende stilling i dette markedet. Det følger av EU/EØS-rettspraksis 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.

En dominerende stilling skyldes som regel en kombinasjon av flere forhold som hver for seg ikke nødvendigvis er avgjørende. En høy markedsandel vil normalt være en viktig indikator på at et foretak er dominerende. Markedsandelens betydning kan imidlertid variere fra marked til marked. Det følger av EU/EØS-rettspraksis at dersom et foretak har en markedsandel på over 50 prosent over tid, kan en dominerende stilling presumeres å foreligge med mindre det foreligger spesielle omstendigheter. En markedsandel på mellom 70 og 80 prosent er i seg selv en klar indikasjon på at det foreligger en dominerende stilling. Et foretak vil sjelden ha en dominerende stilling ved en markedsandel på under 40 prosent, selv om dette ikke kan utelukkes.

Antallet konkurrenter og deres markedsandeler vil også være av betydning for om et foretak er dominerende på et marked.

Videre er det relevant å se hen til etablerings- og ekspansjonshindringer i markedet. Etableringshindringer er forhold som gjør det vanskelig eller ulønnsomt for foretak å komme inn i et marked. Ekspansjonshindringer er forhold som begrenser eksisterende konkurrenters muligheter til å øke sin tilstedeværelse på markedet. Faktorer som utgjør en etableringshindring vil ofte også utgjøre en hindring for ekspansjon.

Ekspansjons- og etableringshindringer kan ta mange ulike former, og kan blant annet bestå av rettslige hindringer og andre fordeler som det dominerende foretak særlig nyter godt av. Store irreversible investeringer, stordrifts- og samdriftsfordeler som ikke er raskt oppnåelige for nykommere og mindre eksisterende aktører i markedet, tilgang til salgs- og distribusjonskanaler og kjøperes byttekostnader er eksempler på ekspansjons- og etableringshindringer.

Det kan også være relevant å vurdere om foretakets kunder har kjøpermakt. Eksistensen av kjøpermakt kan etter omstendighetene begrense et foretaks mulighet til å utøve markedsrett. At enkelte kunder har en betydelig grad av kjøpermakt er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig til å utelukke dominans dersom foretaket kan utøve markedsrett overfor andre kunder med mindre kjøpermakt.

Ifølge konkurranseloven § 11 kan "flere foretak" ha en dominerende stilling. Det følger av EU/EØS-rettspraksis 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 gjennomsiktige markedsforhold (oligopolistiske markeder).

## Utilbørlig utnyttelse

For at det skal foreligge en overtredelse av konkurranseloven § 11 må det foreligge en atferd fra det dominerende foretakets side som utgjør en utilbørlig utnyttelse, også omtalt som misbruk.

Konkurranseloven § 11 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som skader konkurransen i markedet. Ved vurderingen er det avgjørende om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.

Konkurranseloven definerer ikke nærmere hva som menes med utilbørlig utnyttelse, men gir eksempler på atferd som kan utgjøre en utilbørlig utnyttelse i § 11 annet ledd. Denne opplistingen er ikke uttømmende. En omfattende EU/EØS-rettspraksis gir ytterligere veiledning.

Hvorvidt atferden innebærer en utilbørlig utnyttelse, avgjøres på bakgrunn av en analyse av om atferden til det dominerende foretaket er egnet til å begrense konkurransen eller i stand til å ha slik virkning, særlig ved å gjøre det vanskeligere for konkurrentene å konkurrere effektivt på markedet. For enkelte misbrukstyper har EU/EØS-rettspraksis utviklet mer spesialiserte tester.

Vurderingen er i utgangspunktet objektiv. Bevis for foretakets hensikt om å begrense konkurransen er normalt ikke påkrevet, men kan tillegges betydning.

Det er ikke noe krav om årsakssammenheng mellom den utilbørlige utnyttelsen og den dominerende stillingen. Et dominerende foretaks inngåelse av eksklusive kjøpsavtaler kan for eksempel utgjøre en utilbørlig utnyttelse fordi andre konkurrenter stenges ute fra markedet selv om inngåelsen ikke nødvendigvis er en følge av den dominerende stillingen.

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

Et dominerende foretak har mulighet til å rettferdiggjøre en atferd som ellers ville bli ansett som et misbruk. For det første vil det ikke foreligge et misbruk hvis det dominerende foretaket kan vise at dets opptreden har vært objektivt nødvendig og forholdsmessig. For det andre vil det ikke foreligge et misbruk hvis det kan påvises at atferden er effektivitetsfremmende og i sum kommer forbrukerne til gode. Forbrukernes fordeler av atferden må være tilstrekkelig sannsynlige og ikke kunne realiseres på en mindre konkurransebegrensende måte. Atferden må heller ikke eliminere konkurransen på markedet.

Nedenfor gis det noen eksempler på atferd som kan innebære en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling:

- **Leveringsnektelser.** Som den store hovedregel 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 objektivt i kostnadsgevinster for den dominerende aktøren, kan innebære en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. Et eksempel kan være trappetrinnsrabatter som virker tilbake slik at rabatten øker for alle kjøp foretatt i en periode når et nytt trinn i rabattmatrisen er nådd (retroaktive rabatter).
- **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. Dette omtales også som koblingshandel. 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.

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 etterleveres 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 tiltakene, 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 atferd 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.

Brudd på vedtak om bindende tiltak kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav b. For å sikre at tiltakene i et vedtak om bindende tiltak gjennomføres har Konkurransetilsynet også hjemmel til å ilegge tvangsmulkt jf. konkurranseloven § 28.