

Misbruk av dominerende stilling – rettslige tester og nye misbruksformer



Julie Andrea Nesse
Senior Legal Officer

Knut Alexander Johnsen
Senior Legal Officer



**Konkurransetilsynets juskonferanse
28. mai 2026**

ESA | EFTA
Surveillance
Authority



Struktur

- I. Europakommisjonens utkast til 102-retningslinjer
 - A. Bakgrunn og overblikk
 - B. Competition on the merits
 - C. Utestengende virkninger
- II. Utvalgte misbruksformer
 - A. Tilgangsrestriksjoner
 - B. Leveringsnektelser
 - C. Andre utestengende misbruk
 - D. Utnyttende misbruk
- III. Hva kommer vi til å se mer av?

I. Europakommisjonens utkast til retningslinjer for anvendelsen av artikkel 102 TEUV

I.A Bakgrunn og overblikk

Formål: Hvorfor retningslinjer?



Article 102 Guidance Paper

- “This document sets out the **enforcement priorities** that will guide the Commission’s action in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant undertakings” (avsnitt 2)
- “This document is **not intended to constitute a statement of law** and is without prejudice to the interpretation of Article 82 by the Court of Justice or the Court of First Instance” (avsnitt 3)

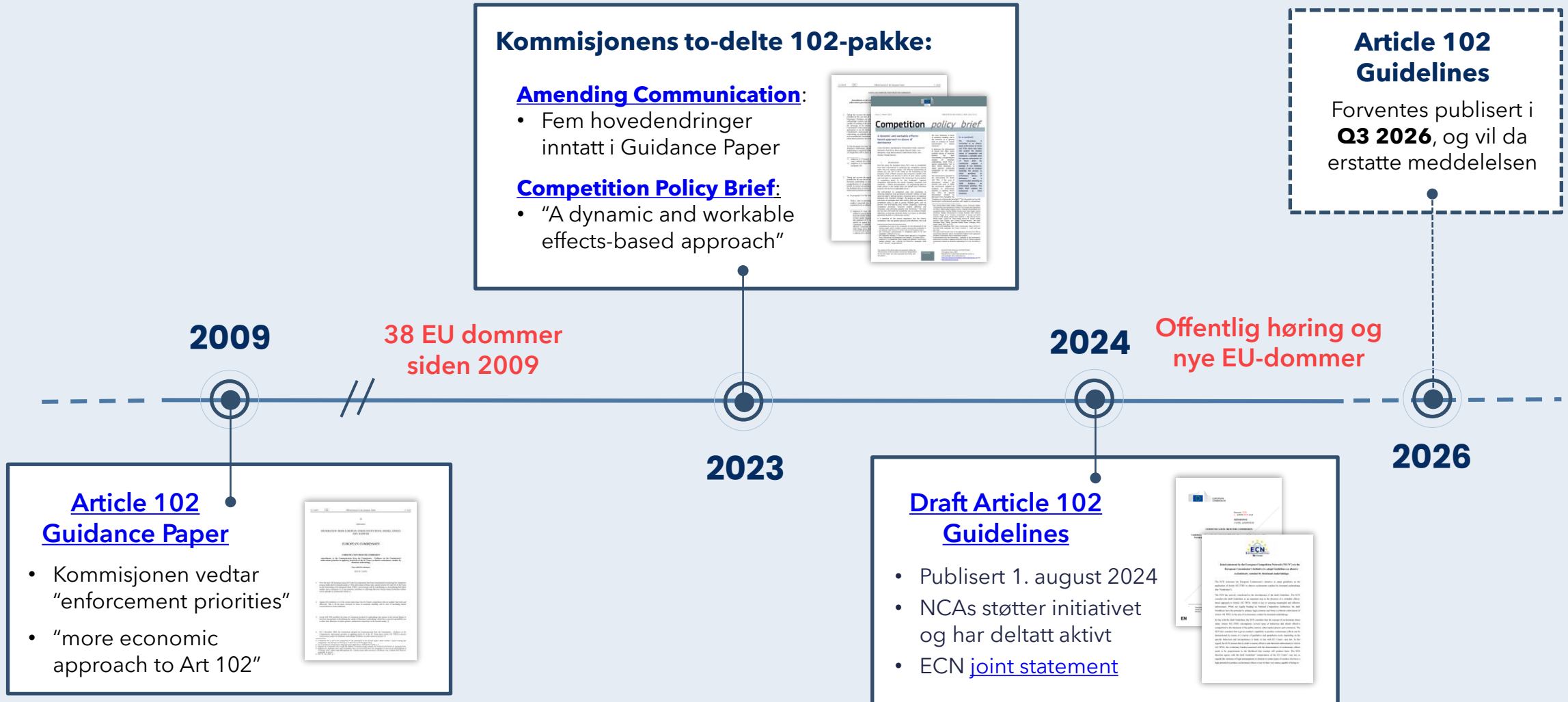
vs.



Article 102 Guidelines

- Systematisere og tolke rettspraksis om utestengende misbruk (avsnitt 7)
- Øke forutberegnelighet og legge til rette for desentralisert håndheving (avsnitt 8)
 - Veiledning til foretak
 - Veiledning til nasjonale domstoler
 - Veiledning til nasjonale myndigheter
- Kommisjonen har i tillegg lagt vekt på at retningslinjene skal fremme en “workable effects-based approach” til misbruk

Bakgrunn: Hvor i prosessen er vi?



Oversikt: Retningslinjene i et nøtteskall

Dominerende
stilling

Misbruk

Rettferdiggjørende
grunner

Dominans

Kollektiv
dominans

Overordnet
rammeverk

Typetilfeller

Objektivt
nødvendig

Effektivitet
gevinster

Avvik fra
'competition
on the
merits'

Ute-
stengende
virkninger

Etablerte
tester

Like-
effektive-
konkurrenter

Formål

Misbruksvurderingen: Er adferden egnet til å begrense effektiv konkurranse?

- **Utgangspunktet er en to-steps-analyse:**
 - Faller adferden utenfor competition on the merits?
 - Er adferden egnet til å ha utestengende virkninger?
- **For noen typetilfeller er to-steps-analysen ikke nødvendig:**
 - Hvor det gjennom rettspraksis er etablert spesifikke tester
 - Hvor adferden er egnet til å utestenge like-effektive-konkurrenter
 - Adferd med et konkurransebegrensende formål

I.A Competition on the merits

Competition on the merits

I couldn't really explain it to you, I think it is some kind of fairness idea.



Nils Wahl, (tidligere) ECJ

Competition on the merits (utkastet, kap. 3.2)

- **Definisjon:** "covers conduct within the scope of *normal competition on the basis of the performance of economic operators* and which, in principle, *relates to a competitive situation in which consumers benefit from lower prices, better quality and a wider choice of new or improved goods or services.*" (avsnitt 51)
- **Veiledning fra Kommisjonen**
 - Ikke nødvendig hvor det foreligger en etablert test eller ved formålsovertredelser
 - For øvrig en konkret helhetsvurdering, hvor Kommisjonen har listet opp eksempler og gir mer generell veiledning:
 - Villedende uttalelser, misbruk av regulatoriske eller rettslige prosesser, brudd på GDPR eller andre bestemmelser, selvfavorisering, mv
 - Diskriminering, begrensning av kundenes handlefrihet eller endret adferd som fremstår som unormal eller urimelig
 - Hvor det er umulig for en hypotetisk like-effektiv-konkurrent å replikere adferden

I.B Utestengende virkninger

Utestengende virkninger: Definisjon

- **Bred forståelse av “exclusionary effects”:**

“Those effects refer to any hindrance to actual or potential competitors’ ability or incentive to exercise a competitive constraint on the dominant undertaking, such as the full-fledged exclusion or marginalisation of competitors, an increase in barriers to entry or expansion, the hampering or elimination of effective access to markets or to parts thereof or the imposition of constraints on the potential growth of competitors”

Utestengende virkninger: Generelle prinsipper

▪ Inngrepsterskel

- «Capability»
- Virkninger må være mer enn hypotetiske, men ikke et krav om faktiske virkninger
- Det relevante tidspunktet er da adferden ble implementert
- Fravær av faktiske virkninger kan ikke i seg selv motbevise adferdens "capability"

▪ Virkningenes størrelse

- Ikke noe 'de minimis' krav utover samhandelspåvirkning

▪ Relevante og irrelevante momenter

- Må hensynta "all the facts and circumstances" som er relevante - specific, tangible points of analysis and evidence

▪ Årsakssammenheng

- Utestengende virkninger må kunne tilskrives adferden, men...
- ... tilstrekkelig at adferden øker sannsynligheten og trenger ikke å være eneste grunn
- Sammenligning av situasjonen med og uten atferden, men en «complex» alternativsituasjon er ikke påkrevet

Utestengende virkninger: Bevisbyrde

- Glideskala basert på tre forskjellige kategorier (avsnitt 60)
 - a) Virkningsvurdering:** Generelt utgangspunkt for vurderingen - nødvendig å vise at adferden er egnet til å ha utestengende virkninger
 - b) Myke presumsjoner:** Adferd som er presumert å lede til utestengende virkninger. Etablerte tester.
 - c) Harde presumsjoner / 'Naked restrictions':** «No economic sense other than restricting competition»

Formålsmisbruk?

- **Utkastet til retningslinjer:**

- “(...) certain types of conduct by a dominant undertaking have no economic interest for that undertaking, other than that of restricting competition. These types of conduct are **by their very nature** capable of restricting competition”

- **Rettspraksis:**

- Superleague (særlig avsnitt 131)
- Lukoil (avsnitt 36): «conduct may be categorised as ‘abuse of a dominant position’ not only where it has the actual or potential effect of restricting competition on the merits by excluding equally efficient competing undertakings from the market(s) concerned, but also where it has been proven to have the actual or potential effect - **or even the object** - of impeding...»

Utestengende virkninger: Særlig om AEC

Prisingsadferd

- Underprising, marginskvis og rabatter som ikke er betinget av eksklusivitet
- Pris-kost-test blir normalt anvendt

Ikke-prisingsadferd

- Prinsippet vil ikke være relevant i ulike situasjoner
- Testen vil generelt sett ikke være egnet, men kan ikke automatisk utelukkes

Blandet adferd

- Kombinasjon av prisings- og ikke-prisingsadferd
- Krever en vurdering fra sak til sak

Hvis adferden ekskluderer en hypotetisk AEC er det ikke nødvendig å vurdere competition on the merits

Utestengende virkninger: Særlig om AEC

- **AEC-prinsippet:** At det er en hypotetisk AEC som blir utestengt er et relevant moment ved misbruksvurderingen, men underspilt i det nåværende utkastet til retningslinjer (avsnitt 51).
 - Prinsippet er imidlertid nevnt i en rekke nye dommer uavhengig av type misbruk, men i generelle termer med henvisning til like-effektive-konkurrenter.
- **Unntak:** Utkastet fremhever også at det i enkelte tilfeller kan være nødvendig å beskytte mindre effektive konkurrenter med henvisning til Post Danmark.
 - Støtte i nyere rettspraksis, herunder Google Shopping, avsnitt 131; Superleague, avsnitt 167; og Lukoil, avsnitt 36.

II. Utvalgte misbruksformer

Oversikt: Misbruksformene

Omtalt i utkastet til retningslinjer		Ikke omtalt i utkastet	
Etablerte tester	Ingen etablert test	Utestengende	Utnyttende
Eksklusivitetsavtaler, inkludert rabatter	Generell veiledning	Fusjoner og oppkjøp	Overprising
Koblingsalg og bundling	Betingede rabatter	Villedende omtale av konkurrenter	Urimelige forretningsvilkår
Leveringsnektelser	Multiproduktrabatter		Prisdiskriminering
Underprising	Selvfavorisering		
Marginskvis	Tilgangsrestriksjoner		

Oversikten i retningslinjene er ikke uttømmende. Nye misbruk vil typisk følge det generelle rammeverket

II.A Tilgangsrestriksjoner

Utkastet til retningslinjer (kap. 4.3.4)

- Samlebetegnelse for ulike tilfeller av at et dominerende foretak begrenser - men ikke nekter - tilgangen til en innsatsfaktor
- Begrenser konkurransen når:
 1. Avviker fra competition on the merits
 2. Egnet til å ha utestengende virkninger
- Ikke nødvendig å vise at innsatsfaktoren er uunnværlig
 - Bare nødvendig når innsatsfaktoren er utviklet eksklusivt eller hovedsakelig for eget bruk
 - Men viktigheten av innsatsfaktoren er fortsatt et sentralt moment.
- Eksempler:
 - Uberettiget stans av leveranser (*Commercial Solvents, WhatsApp?*)
 - Manglende overholdelse av leveringsforpliktelser (*Slovak Telekom*)
 - Urettferdige eller urimelige vilkår, herunder avtalevilkår og forsinket tilgang (*Slovak Telekom*)
 - Hvor innsatsfaktoren er utviklet med formål om at den skal deles bredt (*Google Shopping, Android Auto?*)

Android Auto: Bakgrunn



Android Auto: Er det alltid et krav om at innsatsfaktoren er uunnværlig for å pålegge tilgang?

- Underliggende hensyn
 - Leveringsforpliktelse er et inngrep i kontraheringsfrihet og eiendomsretten (avsnitt 41)
 - Høy terskel for å pålegge tilgang er bra for investeringsinsentivene til det dominerende foretaket og dets konkurrenter og for konkurransen på lang sikt (avsnitt 42)
- Ikke nødvendig å påvise at innsatsfaktoren er uunnværlig når...
 - *"a dominant undertaking has developed infrastructure not solely for the needs of its own business but with a view to enabling third-party undertakings to use that infrastructure"* (avsnitt 44)
 - En tilgangsforsikning vil ikke fundamental endre den økonomiske modellen som lå til grunn for utviklingen av infrastrukturen (avsnitt 46)
- Bare nødvendig å vise at infrastrukturen er unnværlig når...
 - ... den er utviklet av det dominerende foretaket utelukkende for eget bruk

... så hvilken test?

51 In such a situation, as the Advocate General observed, in essence, in points 46 and 48 of her Opinion, it is necessary to establish, in the light of the case-law referred to in paragraphs 38 and 39 of the judgment in *Bronner*, whether the refusal by the dominant undertaking, which owns the digital platform concerned, to allow a third-party undertaking which has developed an app to access that platform, by ensuring that platform is interoperable with that app, has the actual or potential effect of excluding, obstructing or delaying the development on the market of a product or service which is at least potentially in competition with a product or service supplied or capable of being supplied by the undertaking in a dominant position and constitutes conduct which restricts competition on the merits, and is thereby capable of causing harm to consumers.

- Beskjeden veiledning om innholdet i vurderingen
 - Alle relevante omstendigheter (avsnitt 61), påvirkning på appens attraktivitet (avsnitt 60)
 - Ingen generell tilgangsplikt
- Er det et krav om at det dominerende foretaket er en faktisk eller potensiell konkurrent?
 - Sml. utkastet til retningslinjer
- Bare digitale plattformer?
 - Sml. utkastet til retningslinjer
 - Generaladvokat Medina i Lukoil, avsnitt 15
- Gradvis åpning av lukket infrastruktur?

II.B Leveringsnektelser

Utkastet til retningslinjer (kap. 4.2.3)

- Leveringsnektelse omfatter tilfeller hvor det dominerende foretaket har utviklet en innsatsfaktor utelukkende eller hovedsakelig for eget bruk samt nekter å gi tilgang
- Egned til å begrense konkurransen når:
 - Innsatsfaktoren er uunnværlig for å kunne konkurrere mot det dominerende selskapet i nedstrømsmarkedet
 - Urealistisk å duplisere innsatsfaktoren
 - Umulig å få tak i en tilsvarende innsatsfaktor fra andre
 - Innsatsfaktoren er en nødvendig forutsetning for at tilgangssøkeren kan forbli på markedet og utgjøre et reelt konkurransepress
 - Eliminerer effektiv konkurranse fra tilgangssøkeren i nedstrømsmarkedet
- Tilleggsvilkår for tilgang til immaterialrettigheter
 - Begrenser teknisk utvikling på markedet

Lukoil: Bakgrunn



Lukoil: Gjelder Bronner-doktrinen ved offentlig finansiering?

44 It must be borne in mind that the Court has held that a refusal to grant access to infrastructure developed by a dominant undertaking for the purposes of its own business and owned by it may constitute an abuse of a dominant position provided not only that that refusal is likely to eliminate all competition in the market in question on the part of the entity applying for access and that such a refusal is incapable of being objectively justified, but also that the infrastructure, in itself, is indispensable to carrying on that entity's business, inasmuch as there is no actual or potential substitute in existence for that infrastructure (see, to that effect, the judgment in *Bronner*, paragraph 41, and judgment of 10 September 2024, *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)*, C-48/22 P, EU:C:2024:726, paragraph 89 and the case-law cited).

- Bronner har tidligere oppstilt to inngangsvilkår:
 - Utviklet av det dominerende foretaket for eget bruk
 - Eiet av det dominerende foretaket
- Vilkårene var tilsynelatende ikke oppfylt av Lukoil:
 - Privatisering av statlig eid infrastruktur
 - Konesjoner

Lukoil: Utvider rekkevidden av Bronner-doktrinen

57 In the light of the foregoing considerations, the answer to the second and third questions is that Article 102 TFEU must be interpreted as meaning that the conditions laid down in paragraph 41 of the judgment in *Bronner*, under which a refusal to grant access to infrastructure may be regarded as an abuse of a dominant position, are applicable to infrastructure which was developed by the public authorities before being acquired by a dominant undertaking, following privatisation, or before being used by that undertaking pursuant to exclusive rights transferred to it by those public authorities, provided that that privatisation or transfer of exclusive rights took place under conditions suitable for guaranteeing the competitive nature of the price and the other conditions for that privatisation and provided, moreover, that that undertaking enjoys full decision-making autonomy with regard to access to that infrastructure.

- Bakenforliggende hensyn:
 - Avtalefrihet, eiendomsrett, investeringer
- Samme vil gjelde dersom:
 - Infrastrukturen er overtatt på konkurransemessige vilkår, hvilket gjør det sammenlignbart med å etablere eller utvikle infrastrukturen på egenhånd
 - Det dominerende foretakets kontroll over infrastrukturen er like sterk som eierskap

II.C Andre utestengende misbruk

Teva: Bakgrunn



Teva: Disparagement

■ Ytelsesbasert konkurranse:

- Henvisning og analogi til Hoffmann-La Roche og at det å spre villedende informasjon er et eksempel på hva som ikke er ytelsesbasert konkurranse
- Kan promotere kvaliteter ved eget produkt, men kan ikke gjennom promotering eller andre midler nedsnakke et konkurrerende produkt ved å skape villedende oppfatninger om produktets karakteristikk
- Ikke bare upresis og ufullstendig informasjon, men også korrekt informasjon fremstilt ufullstendig for å villede (alle relevante omstendigheter tatt i betraktning)
- Informasjonen må være objektivt villedende
- Gjelder informasjonen essensielle karakteristikk ved det konkurrerende produktet og er det egnet til å gi en negativ oppfatning

Teva: Disparagement

- **Utestengende virkninger eller formål?**

- Referanse og analogi til formålsuttalelse i *Hoffmann-La Roche*
- Viser til uttalelse om utestengende virkninger i Servizio og «by object»-uttalelsen i Superleague
- Foretar en virkningsvurdering

- **Utvalgte momenter i virkningsvurderingen:**

- Systematisk spredning av villedende informasjon
- Informasjonen gjaldt medisinen "safety, efficacy and therapeutical equivalence"
- Foretakets anerkjente rykte/troverdighet
- Mottaker av informasjonen av betydning (innkjøpere, forsikringsselskap, helsepersonell, etc)
- Eget til å påvirke ikke bare konkurrentens rykte, men også markedsstrukturen
- Hensyntar særtrekk ved legemiddelindustrien
 - Særlige hensyn som gjør seg gjeldende og mye praksis fra legemiddelindustrien, men...
 - ...bredt spekter av sektorer i nasjonale disparagement-saker (ambulansetjenester i Danmark, taxisjåfører i Catalonia, tannlegeforeninger i Spania, karibisk yoghurt i Frankrike etc.)

Teva: Misbruk av patentsystemet – Rettslig test

“Although, in isolation, a patent holder may exercise its rights by filing and withdrawing its patents, such conduct falls outside the scope of competition on the merits in cases where the regulatory procedures are used in such a way as to prevent or to hinder the entry of competitors on the market and where the conduct serves no legitimate interests. The combination of staggered divisional filings and strategic withdrawals enabled Teva to game the system and shield its patents from damaging precedents for as long as possible. Accordingly, considered as a whole, Teva’s conduct reveals a strategy to delay the legal review of its patents, prolonging legal uncertainty regarding their validity. This hindered the entry and expansion of GA competitors, Synthon and its licensees in particular. Teva thus artificially prolonged obstacles to market entry until the EPO’s final revocation of the last remaining patents in the dosage family”

“It follows that Teva’s divisionals game obstructed and delayed the effective legal review of Teva’s patents, not due to their strength but by misusing the patent system and gaming patent procedures. Teva’s explanations cannot alter the Commission’s conclusion that such conduct does not constitute competition on the merits.”

II.D Utnyttende misbruk

Urimelige forretningsvilkår: Art. 102 a) har gjenoppstått

- Utnyttende misbruk som ikke omfattes av utkastet til 102-retningslinjer
- Eksisterende rettspraksis fra 90-tallet, men økt fokus fra Kommisjonen i nyere saker:
 - AT.40437 – Apple App Store Practices 2024 (påanket, **T-260/24**)
 - AT.40684 – Facebook Marketplace 2024 (påanket, **T-66/25**)
 - Kun relevant for digitale markeder?
 - Nei.
 - AT.40823 – SAP ERP aftermarket support services (pågående) som også gjelder utnyttende misbruk og urimelige forretningsvilkår for SAPs kunder (commitments har blitt markedstestet).
- Økt fokus blant nasjonale konkurransemyndigheter
 - Bundeskartellamt v Meta – Excessive Data Collection (2019)
 - Autorité de la concurrence v Google – Online advertising (2019)
 - Autorité de la concurrence v Google – Neighbouring rights (2020)
 - Autorité de la concurrence v Apple – App Tracking Transparency (ATT) (2025)

Apple App Store Practices: Bakgrunn



Apple App Store Practices: Rettslig test

- Følgende test kan utledes for hva som ligger i «unfair» og derav utgjør et misbruk:
 - i. Det dominerende foretaket pålegger sine handelspartnere visse vilkår
 - ii. Vilkårene er “unfavorable or detrimental” overfor handelspartnernes eller tredjeparter (inkludert forbrukere) som påvirkes av vilkårene
 - iii. Vilkårene er ikke nødvendige for å oppnå et legitimt formål eller under noen omstendighet proporsjonale ved å gå lenger enn hva som er strengt nødvendig
- Krever ikke “restriction of competition” eller utestengende virkninger
- Krever ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stillingen og vilkårenes innhold
 - Kan fortsatt være misbruk selv om ikke-dominerende foretak har tilsvarende vilkår
- Utestengende misbruk har ikke presedens over utnyttende misbruk

Apple App Store Practices: Konkret vurdering

- Misbruk basert på:
 - i. Apple hadde ensidig pålagt apputviklerne antistyringsvilkårene
 - App Store-vilkårene var predefinert, ensidig endret og ikke gjenstand for forhandling
 - ii. Vilkaene om antistyring var skadelige for brukerne av iOS musikkstrømming:
 - Økonomisk skade: Høyere abonnementskostnader
 - Ikke-økonomisk skade: I form av forringet brukeropplevelse i musikkstrømmeapper der utviklerne ikke overholdt Apples antistyringsbestemmelser
 - iii. Vilkaene ikke nødvendige for å oppnå et legitimt formål og uansett ikke proporsjonalt.

- Potensielle utfordringer med testen i praksis

III. Hva kommer vi til å se mer av?

Våre spådommer

- Formålsovertredelser
- Tilgangsrestriksjoner
 - Tvister om å gi tilgang
 - Lavere terskel?
 - Ikke-digital infrastruktur?
 - Tvister om vilkår for tilgang
- Urimelige forretningsvilkår
 - AT.40823 - SAP
- Koblingsalg og bundling
 - Facebook Marketplace
 - Microsoft Teams



Spørsmål?