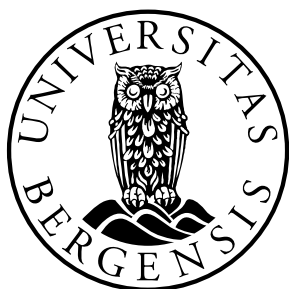


Konkurranseregulerende formål og virkning i europeisk konkurranserett

Betydningen av en virkningsanalyse i den rettslige og økonomiske kontekst under formålsvurderingen i artikkel 101(1) TFEU



JUS398 – Masteroppgave (60 studiepoeng)
Det juridiske fakultet - Universitetet i Bergen

Håvard Ormberg
Veileder: Tore Lunde
Antall ord: 28 272
3. juni 2013

«There is no workable general rule for classifying naked restraints. As with pornography, you know it when you see it...»

Teece og Jorde (1992)

1.	Innledning	1
1.1.	Tema og problemstilling	1
1.2.	Metode	4
1.2.1.	Innledning	4
1.2.2.	Fremstillingens metode og sentrale trekk ved EU-rettslig metode.....	4
1.2.3.	Forholdet til norsk rett.....	6
1.3.	Avgrensning og struktur	8
1.3.1.	Avgrensning	8
1.3.2.	Struktur.....	9
2.	Nærmere om formålskategorien som bakgrunn for avhandlingens tema og problemstilling	10
2.1.	Formålsproblematikken.....	10
2.2.	Avhandlingens formål	19
3.	Om den rettslige og økonomiske konteksts betydning for etableringen av konkurransebegrensende formål	20
3.1.	Innledning	20
3.2.	Utgangspunktet i STM og Consten	22
3.2.1.	Oppfatning i teorien	22
3.2.2.	sak 56/65 STM.....	22
3.2.3.	Consten.....	30
3.3.	Absolutt områdebeskyttelse – policy, presumsjon eller begrensning av konkurransen?.....	34
3.3.1.	Innledning	34
3.3.2.	Eksportforbud innebærer en presumsjon for begrensning av konkurransen	35
3.3.3.	Absolutt områdebeskyttelse som formålsbegrensning bygger både på policy og en forutsetning om konkurransebegrensende virkninger i rettslig og økonomisk kontekst	38
3.4.	Nedbygging av kapasitet i irsk kjøttindustri og nødvendige konkurransebegrensende konsekvenser - C-209/07 <i>BIDS</i>	49
3.4.1.	Innledning – formålsbegrensninger både innenfor og utenfor boksen	49
3.4.2.	Bakgrunnen for saken	49
3.4.3.	Nødvendig følge.....	50

-	Generaladvokatens syn.....	50
-	Domstolen	53
3.5.	Sannsynlige konkurranseskadelige virkninger – mobilabonnement, bananer og bilforsikringer	56
3.5.1.	Innledning	56
3.5.2.	Mobilabonnement og gule og grønne bananer – sannsynlige virkninger eller et spørsmål om konkurransebegrensende informasjonsutveksling?	58
3.5.3.	Ungarske bilforhandlere og bilforsikringer	65
-	Saksforholdet.....	65
-	Sannsynlige virkninger.....	67
-	«no need to take account of its actual effects»	71
-	«Sufficiently injurious to competition»	72
-	«by their very nature»	74
-	The object box	75
3.6.	Konklusjon avsnitt 3 – Om den rettslige og økonomiske kontekst har betydning for etableringen av konkurransebegrensende formål.	77
4.	Om rettslig og økonomisk kontekst kan tilbakevise at en avtale har et konkurransebegrensende formål	79
4.1.	Innledning	79
4.2.	Utgangspunktet – en presumsjon for konkurranseskadelige virkninger.....	82
4.3.	Underrettens vurdering av rettslig og økonomisk kontekst i T-168/01 GSK	85
4.4.	Fransk bondeopprør	87
4.5.	Bør rettslig og økonomisk kontekst kunne tilbakevise en tradisjonell formålsbegrensing?	89
5.	Er sannsynlige virkninger forenelig med formålskategorien?	90
5.1.	Betyding for formålsvurderingen	90
5.2.	«... no workable general rule for classifying naked restraints ...»	92
	Kildeliste	93

1. Innledning

1.1. Tema og problemstilling

Denne avhandlingen skal se nærmere på innholdet i vurderingen av om det foreligger en formålsbegrensning i strid med forbudet mot konkurransebegrensende avtaler etter artikkel 101 (1) TFEU.¹ **Hovedproblemstillingen** for denne avhandlingen er hvorvidt og eventuelt i hvilken grad det i lys av avtalens rettslige og økonomiske kontekst må foretas en virkningsanalyse i vurderingen av om en avtale har et konkurransebegrensende formål.

Artikkel 101(1) TFEU forbyr:

«all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market ...»

Med andre ord forbys avtaler mellom foretak, beslutning truffet av sammenslutninger av foretak, og samordnet opptreden (samarbeidskriteriet) som kan påvirke handel mellom medlemsstater (samhandelskriteriet), og som har til sitt *formål eller virkning* å hindre, innskrenke eller vri konkurransen (konkurransebegrensningskriteriet). I tillegg må avtalen merkbart kunne begrense konkurransen.² Slike avtaler vil etter art. 101(2) være ugyldige, men det kan gjøres unntak etter art. 101 (3) hvor avtalen positive virkninger veies opp mot konkurransebegrensningen.

Kriteriene for å vurdere om det foreligger en formålsovertredelse er i stor grad like, uavhengig av formen for samarbeid.³ Av den grunn vil de ulike formene for samarbeid som dekkes av art. 101 i denne fremstillingen omtales under ett som *avtalen* eller *samarbeidet*, med mindre det i enkelte tilfeller er et poeng for problemstillingen å vise forskjellen.

¹ The Treaty on the Functioning of The European Union (*TFEU*). Det norske utenriksdepartementet har i en egen uoffisiell oversettelse kalt traktaten for Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (*TEUV*). Denne fremstillingen vil primært holde seg til engelske språkdrakter av EUs traktater og sekundærlovgivning, og dermed også engelske forkortelser og sitat. Om oversettelser av avgjørelser fra EU-domstolene, se avsnitt 1.2.2. EU-traktatene har gjennomgått flere revisjoner som også har medført omnummerering av artiklene. Det som i dag er art. 101 TFEU, var tidligere art. 81 TEC, og før det art. 85 EEC. I denne fremstillingen vil alle henvisninger til bestemmelsen konsekvent vises til som art. 101 TFEU.

² sak 5/69 *Völk*, se også Bellamy og Child (2013), s. 82.

³ Samarbeidskriteriet er ment å omfatte samarbeid av samme karakter, men som skiller seg fra hverandre i grad og måten de oppstår. Se bl.a. C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 24, C-49/92 P *Anic Partecipazioni*, avsnitt 131 og T-588/08 *Bananas*, avsnitt 55.

På samme måte vil de ulike formene for konkurransepåvirkning omtales som *konkurransebegrensninger*, og en avtale som har til formål eller virkning å begrense konkurranse vil omtales som en *konkurransebegrensende avtale*. Med formålsbegrensninger siktes det til avtaler som har til sitt formål å begrense konkurranse.

En avtale har tradisjonelt blitt ansett ha en konkurransebegrensende virkning når markedsmechanismene påvirkes på en måte som fører til mindre konkurranse mellom aktørene, og hvor negative virkninger på konkurransen i det konkrete markedet kan måles eller forventes.⁴ Tilsvarende har en avtale tradisjonelt blitt ansett å ha til sitt formål å begrense konkurransen når slik virkning kan presumeres basert på erfaring og økonomiske vurderinger av gitte avtaletypers konkurranseskadelige potensiale.⁵

For å vurdere om en avtale har til formål å begrense konkurransen, og dermed kan presumeres å begrense konkurransen, er det nødvendig å vurdere avtalens bestemmelser, hva avtalen søker å oppnå, og den rettslige og økonomiske kontekst avtalen utgjør en del av.⁶ Dersom en slik vurdering viser at samarbeidet har et konkurransebegrensende formål, har Domstolen gjentatte ganger lagt til grunn at det ikke er nødvendig å påvise at samarbeidet har slike virkninger på konkurransen.⁷

Selv om dette tilsier at avtalens virkninger ikke er relevante når avtalen først anses å ha et konkurransebegrensende formål, tyder Domstolens gjentatte henvisninger til rettslig og økonomisk kontekst på at avtalens virkninger kan være relevante for om det foreligger en formålsbegrensning. I de reviderte retningslinjene for artikkel 101(3) uttaler Kommisjonen både at hvordan avtalen vil virke i sin rettslige og økonomiske kontekst selvstendig kan medføre at en avtale utgjør en formålsbegrensning, og hvordan den økonomiske og rettslige kontekst kan føre til at en avtale som typisk begrenser konkurransen likevel ikke anses som en formålsbegrensning.⁸

⁴ Odudu (2006), s. 98. Tilsvarende Gjendemsjø (2011), s. 341.

⁵ Jones og Sufrin (2011) s. 202. Se også Gjendemsjø (2011), s. 341 og Odudu (2006) s. 98.

⁶ Se bl.a. C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 36, C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 31, sak C-501/06P *GSK*, avsnitt 111, , forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*, avsnitt 136, C-226/11 *Expedia*, avsnitt 21 m.fl.

⁷ Se bl.a. sak 56/64 *Consten*, s. 342 og 343, C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 34 m.fl.

⁸ Article 81(3) Guidelines, avsnitt 22.

Som avsnitt 2 vil gå nærmere inn på, vil denne avhandlingen forsøke å avklare hvordan Domstolen i formålssaker har vurdert avtalen i dens rettslige og økonomiske kontekst, og hvilken betydning denne har for formålsvurderingen.

I fortsettelsen vil det i avsnitt 1.2 knyttes noen korte kommentarer til fremstillingens metode og trekk ved EU-rettslig metode som er relevant for behandlingen. Avsnittet vil også kommentere europeisk konkurranseretts betydning for EØS-retten og norsk konkurranserett, før det i avsnitt 1.3 vil gis en presentasjon av fremstillingens avgrensninger og videre struktur.

I avsnitt 2 vil det gis en nærmere introduksjon til formålskategorien som bakgrunn for avhandlingens tema og problemstilling.

1.2. Metode

1.2.1. Innledning

I dette underavsnittet skal det kort knyttes noen kommentarer til noen metodiske spørsmål som er spesielt relevante for behandlingen av problemstillingen. Dette innebærer ikke en generell fremstilling av EU-rettslig metode, men det vil gis en kort presentasjon av enkelte aspekt ved denne som er spesielt relevant for behandlingen av enkelte spørsmål i fremstillingen.

1.2.2. Fremstillingens metode og sentrale trekk ved EU-rettslig metode

Avhandlingen vil forsøke å finne en sammenheng i hvordan EU-domstolene har vurdert en avtale i sin rettslige og økonomiske kontekst. Dette innebærer en nærmere gjennomgang av EU-domstolens praksis med sikte på en avklaring av gjeldende rett etter alminnelig EU-rettslig metode. Avhandlingen vil dermed ha et rettsdogmatisk utgangspunkt.

Når avhandlingen baseres på en gjennomgang av EU-domstolenes praksis, skyldes dette at EU-domstolene er tillagt det primære ansvaret for tolkningen og anvendelsen av EU-rett.⁹ Dersom Domstolen har avklart innholdet i en regel, er det lite rom for å argumentere for et annet resultat.¹⁰

I gjennomgangen av EU-domstolenes praksis er det imidlertid grunn til å skille mellom Domstolen og Underretten.¹¹ Underrettens avgjørelser kan på visse vilkår ankes til Domstolen, og det er utelukkende Domstolen som behandler anmodninger om tolkningsuttalelser fra de nasjonale domstolene.¹² Domstolen er dermed den primære kilden for tolkning av EU-retten, og med mindre Domstolen slutter seg til Underretten, er det liten

⁹ Artikkel 9 TEU.

¹⁰ Se blant andre Gjendemsjø (2011), s. 18.

¹¹ Domstolene for den Europeiske Union består i av tre instanser: The Court of Justice, the General Court og the Civil Service Tribunal. The Court of Justice vil i denne fremstillingen omtales som *Domstolen*, og The General Court som *Underretten*. Underretten vil også brukes som betegnelse på The Court of First Instance som Underretten het frem til Lisboa-traktaten. Når instansene omtales i fellesskap vil de refereres til som *EU-domstolene*.

¹² Artikkel 267 TFEU.

grunn til å bygge på Underrettens avgjørelser når Domstolen først har tatt stilling til et spørsmål.

Slik Gjendemsjø problematiserer, er det imidlertid også grunn til å stille spørsmål om det bør legges like stor vekt på rettsavklaring fra Underretten i de tilfellene Domstolen ikke har tatt stilling til det samme spørsmålet.¹³ Domstolen er ikke bundet av Underrettens avgjørelser. Såfremt et spørsmål kun er avgjort av Underretten, er det dermed rom for å argumentere for at gjeldende rett er annerledes.¹⁴

Språket i EU-domstolenes avgjørelser kan være mer eller mindre vagt og flertydig, og nyanser fra språk til språk kan dessuten gi uttrykk for et noe ulikt materielt innhold¹⁵. I motsetning til rettsaktene som er autentiske på alle EUs offisielle språk, er EU-domstolenes avgjørelser formelt kun autentiske på prosessspråket. Prosessspråket styres av partene.¹⁶ Med mindre en behersker prosessspråket i den enkelte dom, er man henvist til å basere seg på en oversettelse. Her må det imidlertid tas i betraktning at arbeidsspråket i EU-domstolene er fransk, og det er det franske utkastet dommerne har diskutert og blitt enige om. Med mindre man behersker prosessspråket, og dette gir klart uttrykk i en retning, bør dermed den franske teksten legges til grunn.¹⁷

Avhandlingen vil ikke imidlertid ikke være rent rettsdogmatisk. Når Domstolen i praksis ikke har tatt stilling til et spørsmål, eller hvor rettsstillingen er uklar, er det større rom for å argumentere for hvordan rettsstillingen bør være. I den sammenheng spiller formålet med EU-retten og den enkelte regel en stor og ofte avgjørende betydning.

Traktatene har ingen forarbeid som gir uttrykk for et formål eller begrunnelse for den enkelte artikkel, men må tolkes i samsvar med de uttalte formål i traktatenes preamble, formålsbestemmelser og protokoller. EU-domstolene har ved flere anledninger lagt avgjørende vekt på en tolkning som best mulig samsvarer med og sørger for en effektiv

¹³ Gjendemsjø (2011), s. 20-21.

¹⁴ Samme sted s. 21.

¹⁵ Se eksempel i avsnitt 3.5.1.

¹⁶ Sett inn referanse til EU-domstolenes rettergangsordning. Art. 31.

¹⁷ I samme retning Fredriksen og Mathisen (2012), s. 215.

opnåelse av EUs overordnede formål.¹⁸ I slike tilfeller blir en formålsbasert tolkning en del av tolkningsprosessen av EU-retten, og ikke bare en rettspolitisk drøftelse.¹⁹ For tolkningen av artikkel 101 TFEU innebærer dette at det må legges vekt på hvordan regelen best mulig ivaretar en effektiv konkurranse i oppnåelsen av målsetningen om et indre marked.²⁰ Samtidig må det også tas hensyn til tolkningen ivaretar foretaks forutberegnelighet, og om den gir en operasjonbar regel.²¹

For norske jurister er Domstolens system med 8 generaladvokater et fremmed system. Generaladvokatene regnes som en del av Domstolen på samme måte som dommerne, men bidrar ved å avgi et forslag til hvordan den enkelte sak bør avgjøres.²² Forslagene er på sin side verken bindende for Domstolen eller utgjør noen tungtveiende rettskilde for tolkning av EU-retten i seg selv. Generaladvokatenes forslag kan imidlertid inneholde mer grundige og presise drøftelser av spørsmålene som kommer opp i saken enn hva som gjengis i dommen. I den grad Domstolen velger å slutte seg til generaladvokatens forslag og begrunnelse, må den aktuelle delen av forslaget kunne vektlegges som en del av begrunnelsen for Domstolens premisser. Generaladvokatenes forslag vil også i seg selv ha interesse som juridisk teori.

1.2.3. Forholdet til norsk rett

Selv om avhandlingen utelukkende skal behandle europeisk konkurranserett, har den likevel en side til EØS-retten og norsk konkurranserett. Etter forarbeidene er et av formålene med den norske konkurranseloven å harmonisere konkurransereglene med EØS-retten, og forbudsbestemmelsen i § 10 skal langt på vei tolkes i samsvar med EU- og EØS-retten.²³ Bestemmelsen er dessuten tilnærmet en kopi av artikkel 53 EØS, som igjen tilsvarer art. 101 TFEU.

¹⁸ forente saker C-68/94 og 30/95 *France v. Commission* er et eksempel hvor EU-domstolen la avgjørende vekt på formål fremfor ordlyd.

¹⁹ Gjendemsjø (2011), s. 20.

²⁰ Protokoll 27 til TEU og TFEU, jf. artikkel 3(3) TEU. I samme retning Gjendemsjø (2011), s. 20.

²¹ Gjendemsjø (2011), s. 20.

²² Generaladvokatenes innstillinger blir publisert like etter dommen i *European Court Reports (ECR)*. Referanser en innstilling vil bli vist til som Generaladvokatens innstilling i den aktuelle dommen.

²³ Ot.prp. nr. 6 (2003-04) (2003), s. 68. Se også NOU 2001:28.

Tolkningen av EU-retten vil også som et utslag av homogenitetsmålsetningen i stor grad være førende for EØS-retten, herunder artikkel 53 EØS. Dette innebærer at det som kommer frem om den rettslige og økonomiske konteksts betydning for formålskategorien i denne avhandlingen, også vil være relevant for tolkningen av artikkel 53 EØS og konkurranseloven § 10.

1.3. Avgrensning og struktur

1.3.1. Avgrensning

Artikkel 101 TFEU utfylles av omfattende sekundærlovgivning i form av reguleringer fra EUs ministerråd og Kommisjonen, herunder Kommisjonens blokkunntak for gitte avtaletyper under 101(3). Blokkunntakene unntar grupper av avtaletyper og sektorer (blokker) fra forbudet i 101(1) på nærmere vilkår. Dette innebærer at vurderingen etter art. 101(1) blir en mer teoretisk øvelse for de aktuelle avtaletypene. Selv om sekundærlovgivningen dermed får en stor betydning for den praktiske anvendelsen av art. 101(1), skal denne avhandlingen holde seg til primærlovgivningen og det nærmere innholdet i formålsvurderingen.

Artikkel 101 TFEU inneholder flere kriterier som må være oppfylt for at en avtale skal være forbudt. Som avsnitt 2 vil behandle nærmere, skal denne avhandlingen forsøke å finne en sammenheng i EU-domstolenes praksis om innholdet i den rettslige og økonomiske kontekst. Hva som generelt ligger i artikkel 101 og de enkelte kriteriene faller dermed utenfor avhandlingens tema. De vil tilfellet kun bli behandlet i den grad det er av betydning for problemstillingen.

Ut over at avsnitt 2 vil gi en nærmere presentasjon av formålskategorien som bakgrunn for problemstillingen, vil ikke avhandlingen behandle formålskategorien generelt. Både relevansen av subjektiv hensikt, forholdet til unntaket for *objektive justification* og tilsvarende vil i tilfellet kun behandles for å belyse hvilke momenter som i lys av rettslig og økonomisk kontekst kan tas inn i formålsvurderingen. Tilsvarende vil forholdet til artikkel 101(3) kun behandles i den graden kontekstuell tolkning innebærer at art. 101(3) setter skranker for hvilke momenter som kan vurderes art. 101(1).

Også det mer abstrakte og samfunnsøkonomiske spørsmålet om hva en begrensning av konkurranse innebærer, ligger på siden av spørsmålet av en avtales rettslige og økonomiske kontekst, og vil kun presenteres som en del av bakgrunnen og formålet med avhandlingen i avsnitt 2.

Siden 1952 har EU-domstolene avgitt mer enn 26 800 dommer og tolkningsuttalelser. Dette innebærer at det at det ikke er mulig å skape en fullstendig oversikt over domstolenes praksis innenfor rammene av avhandlingen.²⁴ Det har av den grunn vært nødvendig å avgrense

²⁴ EU-domstolenes nettside: *The Court in figures*.

behandlingen til de mest sentrale dommene som er vist til av EU-domstolene selv og i teorien. Selv om omfanget må begrenses, gir det etter min mening likevel et representativt bilde av EU-domstolenes behandling av rettslig og økonomisk kontekst i formålssaker.

1.3.2. Struktur

I den følgende behandlingen vil avsnitt 2 først gi en nærme introduksjon til forbudet mot formålsbegrensninger i artikkel 101(1) TFEU. Formålet med avsnittet er å gi en bakgrunn for avhandlingens tema og problemstilling, og tar sikte på å belyse problematikken knyttet til en rettslig tolkning og anvendelse av forbudet. Ved å synliggjøre problemstillingens betydning for om en avtale utgjør en formålsbegrensning, vil avsnittet vise formålet med avhandlingen og hvilket bidrag den vil forsøke å gi til debatten rundt formålskategorien.

Deretter vil avhandlingen primært behandle praksis rundt rettslig og økonomisk kontekst fra to perspektiv. I avsnitt 3 vil avhandlingen behandle spørsmålet om en formålsbegrensning kan etableres basert på avtalens rettslig og økonomisk kontekst. Sentralt i behandlingen står spørsmålet om hvilken betydning rettslig og økonomisk har hatt for vurderingen, og hvilke momenter som er trukket inn. På denne måten vil avsnittet undersøke om praksis gir uttrykk for om konkurransebegrensende formål kan etableres på grunnlag av en virkningsanalyse i lys av rettslig og økonomisk kontekst.

Avsnitt 4 vil på tilsvarende måte undersøke om en virkningsanalyse i lys av avtalens rettslige og økonomiske kontekst kan medføre at avtaler som tradisjonelt har blitt ansett som formålsbegrensninger kan unngå denne kategoriseringen.

Avsnitt 5 vil avslutningsvis forsøke å samle trådene fra behandlingen i avsnitt 3 og 4, og vise hvilken betydning en eventuell virkningsanalyse har for forståelsen av formålskategorien generelt.

2. Nærmere om formålskategorien som bakgrunn for avhandlingens tema og problemstilling

2.1. Formålsproblematikken

Formålet med den europeiske konkurranseretten er å sikre EUs mål om et fritt indre marked hvor konkurransen ikke begrenses. Målsetningen bygger på at effektiv konkurranse er en forutsetning for et samfunnsøkonomisk effektivt marked.²⁵

Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i art. 101(1) TFEU skal i denne sammenheng forhindre atferd som påvirker markedsmekanismene og forhindrer en virksom konkurranse.

Hva som nærmere ligger i kravet til virksom konkurranse er imidlertid ikke uttalt i EU-traktatene, og er et omdiskutert tema. Hva som er et mest mulig samfunnsøkonomisk effektivt marked er imidlertid et spørsmål som beror på økonomisk teori. Økonomisk teori om hvordan ulik atferd påvirker markedsmekanismene blir dermed en sentral referanseramme og leverandør av argumenter i vurderingen av om en avtale negativt påvirker konkurransen.²⁶ Odudu tar til orde for at effektiv konkurranse må måles i allokeringseffektivitet, og at konkurransebegrensningskriteriet innebærer at et effektivitetstap må kunne måles, forventes eller presumeres.²⁷ Monti legger på sin side til grunn at en konkurransebegrensning er en begrensning av aktørenes frihet i markedet, og Townley argumenterer for en konkurransebegrensning må vurderes ut i fra en konsumentvelferdstandard.²⁸

En avtale har en konkurransebegrensende virkning når markedsmekanismene påvirkes på en måte som fører til mindre konkurranse mellom aktørene, og hvor negative virkninger på konkurransen i det konkrete markedet kan måles eller forventes.²⁹ Tilsvarende har en avtale tradisjonelt blitt ansett å ha til sitt formål å begrense konkurransen når slik virkning kan presumeres.³⁰ Formålsovertredelser har av den grunn tradisjonelt blitt ansett som avtaler som

²⁵ Protokoll 27 til TEU og TFEU, jf. artikkel 3 TEU. Se også Odudu (2006), s. 98, Gjendemsjø (2011), s. 18 og Kolstad og Ryssdal (2007), s. 53.

²⁶ Gjendemsjø (2011), s. 23-25.

²⁷ Odudu (2006), s. 97 – 127.

²⁸ Hhv. Monti (2002), *Common Market Law Review (CMLR)*, og Townley (2009), s. 231 – 241. Domstolen avviste imidlertid i C-501/06P *GSK* at en reduksjon av konsumentvelferd som en betingelse for en begrensning av konkurransen, og uttalte at art. 101 også skulle verne om konkurransen som sådan. Nærmere om *GSK* i avsnitt 3.3.3. For en grundig gjennomgang av formålet med konkurransereglene i EU, se bl.a. Jones og Sufrin (2011), fra s. 38.

²⁹ Odudu (2006), s. 98. Tilsvarende Gjendemsjø (2011), s. 341.

³⁰ Jones og Sufrin (2011) s. 202. Se også Gjendemsjø (2011), s. 341 og Odudu (2006) s. 98.

etter sin karakter typisk vil være skadelig for konkurransen, og har av flere lenge blitt forbeholdt de rene kartellsamarbeidene.

I *STM* la Domstolen til grunn at formål og virkning er to alternative vilkår, hvor avtalens formål må vurderes før det undersøkes om avtalen har konkurransebegrensende virkninger.³¹ I *BIDS* uttaler Domstolen at forskjellen mellom de to «arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition».³²

Denne presumsjonen om konkurranseskadelig virkning baseres på erfaring og økonomiske vurderinger av gitte avtaletypers konkurranseskadelige potensiale som gjennomgående skadelig for konkurransen.³³ I økonomisk teori er det for eksempel bred enighet om at når konkurrenter avtaler å begrense produksjon, fører det til økte priser og økt fortjeneste for partene, på bekostning av markedet.³⁴ For slike avtaler anses risikopotensialet i seg selv som tilstrekkelig til at atferden bør forbys, og forbudet gir en mulighet til å gripe inn mot atferd før konkurransen og markedet påvirkes. Når avtalen først er lagt til grunn som en formålsbegrensning, er det følgelig ikke nødvendig å analysere avtalens virkninger på konkurransen.³⁵

Formålsbegrensninger kan slik sammenlignes med faredeliktene i strafferetten, hvor risiko alene er tilstrekkelig for å oppfylle den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.³⁶ Bailey trekker tilsvarende en analogi til fartsovertredelser i trafikken, hvor en person kan straffes for å ha kjørt for fort, uavhengig av om kjøringen medførte en trafikkfarlig situasjon eller skade.³⁷

³¹ Se bl.a. sak 56/64 *Consten*, s. 343, C-209/07 *BIDS*, avsnitt 15, C-501/06P *GSK*, avsnitt 55 og C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 34, C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 28.

³² C-209/07 *BIDS*, avsnitt 17. Tilsvarende i C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 29.

³³ Jones og Sufirin (2011) s. 202. Se også Gjendemsjø (2011), s. 341 og Odudu (2006) s. 98.

³⁴ Bishop og Walker (2010), avsnitt 5-007 – 5-023.

³⁵ Se bl.a. sak 56/64 *Consten*, s. 343, C-209/07 *BIDS*, avsnitt 15, C-501/06P *GSK*, avsnitt 55 og C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 34, C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 28m.fl.

³⁶ Andenæs mfl. (2004), s. 108.

³⁷ Bailey (2012), *Common Market Law Review (CMLR)*, på s. 263-264. Generaladvokat Kokott trakk også en tilsvarende sammenligning i sitt forslag til løsning i C-8/08 *T-Mobile*.

For å vurdere om en avtale i det konkrete tilfellet har til sitt formål å begrense konkurransen, uttalte Domstolen allerede i *STM* at det er nødvendig «to consider the precise purpose of the agreement, in the economic context in which it is to be applied»³⁸. Selv om både ordlyden i artikkel 101 og Domstolens uttalelse i *STM* er naturlig å forstå som at det må foretas en ren tolkning av avtalen med sikte på å avklare dens formål, er spørsmålet om en avtale i det konkrete tilfellet har et konkurransebegrensende formål et uklart og mye omdiskutert tema i europeisk konkurranserett. Odudu understreker dette ved å påpeke at til tross for forbudets 60 års levetid, gjenstår artikkel 101 TFEU som «... uncertain to the extent that the meaning and functioning of the ‘object’ element is unspecified».³⁹ Enkelte har påpekt en «irritating slackness» i hvordan Domstolen har behandlet formålssaker,⁴⁰ og at det eksisterer stor usikkerhet om den rettslige tolkningen og anvendelsen av forbudet.⁴¹ Usikkerheten er spesielt problematisk med tanke på formålskategoriens sentrale stilling i europeisk konkurranserett, assosiasjonen med de mest alvorlige formene for konkurransebegrensninger og de høyeste gebyrene fra Kommisjonen.

I *ENS* legger Underretten til grunn at en virkningsovertredelse av art. 101(1) må vurderes på bakgrunn av de faktiske omstendigheter (virkninger), «unless it is an agreement containing obvious restriction of competition such as price-fixing, market-sharing or the control of outlet».⁴² Uttalelsen virker å støtte opp om det tradisjonelle synet på formålskategorien som en lukket gruppe av på forhånd gitte avtale typer som typisk begrenser konkurransen. Etter det tradisjonelle synet er det de klassiske tilfellene av hardcore karteller, prissamarbeid, markedsdeling og skjult anbudssamarbeid som typisk anses som formålsbegrensninger. Den netilnærmingen virker å sette et likhetstegn mellom slike avtaler og «*object*» i artikkel 101(1).

Det tradisjonelle synet er likevel vanskelig å forene med Domstolens uttalelse i *STM*:

³⁸ sak 56/65 *STM*, på s. 249.

³⁹ Odudu (2006), på s. 3.

⁴⁰ Mahtani (2012), *European Competition Journal (ECJ)*.

⁴¹ King (2011), *European Competition Journal (ECJ)*, s. 293.

⁴² forente saker T-374, 375, 384 og 388/94 *ENS*, avsnitt 136.

«Article [101(1)] is based on an assessment of the effects of an agreement from two angles of economic evaluation, it cannot be interpreted as introducing any kind of advance judgment with regard to a category of agreements determined by their legal nature».⁴³

Synet på at formålskategorien i art. 101 er en samlebetegnelse av gitte avtale typer som typisk vil begrense konkurranse, er likevel bredt akseptert i både teori og av Kommisjonen. Kommisjonens omfavnelse av tilnærmingen i utformingen av dens egne retningslinjer og reguleringer, har medført at mye av den akademiske debatt tidligere har sentrert seg rundt hvorvidt Kommisjonen og EU-domstolene med rette har kategorisert ulike avtale typer som formålsbegrensninger, og om formålskategorien kun bør inneholde enkelte eller flere avtale typer.⁴⁴ Whish og Bailey omtaler formålskategorien som *the object box*, og anser det viktig å vite hvilke avtale typer som må kategoriseres som formålsbegrensninger.⁴⁵ Spesielt illustrerende er det når Bennett og Collins uttaler at «the most difficult thing to do is to determine exactly what kind of agreements ... should fall within the object category ... »⁴⁶

En kategoribasert tilnærming bidrar på den ene siden med forutberegnelighet i den grad foretak vet hvilke former for atferd de kategorisk bør holde seg unna. Tilhengerne av tilnærmingen ser den som en enkel operasjonbar regel, hvor overtredelser av art. 101 kan etableres uten en omfattende og resurskrevende markedsanalyse av avtalens virkninger.

På den andre siden sier et kategoribasert utgangspunkt lite om hvordan man må gå frem i det konkrete tilfellet for å vurdere om en avtale har et konkurransebegrensende formål, og baserer seg på en analogi til tidligere etablerte avtale typer.⁴⁷ Dette innebærer at formålskategorien blir låst til de gitte avtale typene med lite rom for utvikling, uten at en slik tilnærming nødvendigvis har støtte i ordlyden i art. 101. Som Jones påpeker, virker ikke synet på formålskategorien å ha utviklet seg i takt med Kommisjonens modernisering og en mer *effect*

⁴³ sak 56/65 *STM*, på s. 248 (Min kursivering).

⁴⁴ I samme retning, se King (2011), *ECJ* på s. 270.

⁴⁵ Whish og Bailey (2012), s. 117-124. Tilsvarende er også Bellamy og Child (2013), s. 150 – 154 mest opptatt av å vise hvilke avtale typer Domstolen og Underretten har klassifisert som formålsovertredelser, fremfor å beskrive hvordan formålsvurderingen bør gjennomføres.

⁴⁶ Bennett og Collins (2010), *European Competition Journal (ECJ)*, s. 314.

⁴⁷ I samme retning, Bailey (2012), *CMLR*, s. 574 og King (2011), *ECJ*, s. 269.

based approach til atferdsreglene.⁴⁸ Kommisjonens vektlegging av *effect based approach* har på andre områder blant annet påvirket Kommisjonens retningslinjer for ekskluderende misbruk under artikkel 102, gruppeunntak for artikkel 101(3) og retningslinjer for vertikale avtaler.

I *BIDS* ble det likevel synlig at formålsbegrensninger ikke kunne begrenses til en liste av på forhånd gitte avtaletyper alene. Foruten å påpeke at avtaletypene i art. 101(1) bokstav a – e ikke utgjør en uttømmende liste av forbudte avtaler, kom Domstolen til at en avtale som lå utenfor gruppen av avtaler som typisk anses som formålsbegrensninger, hadde til sitt formål å begrense konkurranse.⁴⁹ Uttalelsen er vanskelig å forene med det tradisjonelle synet på formålsbegrensninger, og tilsier at formålsovertredelser kan etableres konkret.⁵⁰

Domstolen har også uttalt at ikke alle avtaler som begrenser konkurransen i markedet vil stride mot art. 101. I blant andre *Wouters*, *Meca-Medina* la Domstolen til grunn at en konkurransebegrensende avtale kan unntas dersom den har et legitimt formål («legitimate aim» / «objectively justified»)⁵¹ Domstolen virker her å ha avgrenset anvendelsesområdet for art. 101 for de tilfellene en konkurransebegrensning er nødvendig for å fremme nødvendig offentlig interesse.⁵²

Domstolen har i enkelte saker også lagt til grunn at konkurranseskadelig atferd lå innenfor en lisenshavers utøvelse av lisensrettigheter, og av den grunn ikke ble omfattet av anvendelsesområdet til art. 101.⁵³ Også selektive distribusjonsavtaler som stilte kvalitative

⁴⁸ Jones (2010), *European Competition Journal (ECJ)*.

⁴⁹ C-209/07 *BIDS*, avsnitt 21 – 24.

⁵⁰ I samme retning King (2011), *ECJ*, på s.286.

⁵¹ Hhv. C-309/99 *Wouters* og C-519/04 P *Meca-Medina*.

⁵² I samme retning Monti (2002), *CMLR* s. 1087, Odudu (2006) s. 53-56, Helle (2013), s. 90-91 og Bellamy og Child (2013), s. 146 og 167-168. Motsatt i Jones og Sufirin (2011), s. 231, hvor bl.a. C-309/99 *Wouters* tas til inntekt for at positive virkninger også vurderes i art. 101(1).

⁵³ Se blant annet C-27/87 *Erauw-Jacquery* og C-262/81 *Coditel II. Bailey* (2012), *CMLR* s. 584 kan forstås å gi uttrykk for at beskyttelsen av lisensrettigheter ligger som forhold i den rettslige og økonomiske kontekst. Etter min mening er det vanskelig å se beskyttelsen av lisensrettigheter som en del av den konkrete avtalens rettslig og økonomisk kontekst. Det er mer naturlig å se dommene som et nok et uttrykk for at anvendelsesområde for art. 101 (1) TFEU og konkurranseretten må avgrenses i møte med andre legitime hensyn og rettsområder, i dette tilfellet beskyttelsen av lisens- og opphavsrettigheter.

Motsatt i forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* hvor domstolen kom til at utøvelse av lisensrettigheter medførte en absolutt områdebeskyttelse for distributører av tv-sendinger, og bidro til gjenopprettelse av nasjonale markeder i strid med EUs mål om et indre marked.

krav til distributører, har blitt ansett ikke å påvirke konkurranse på måten art. 101 skal verne mot, såfremt kravene som ble stilt var objektive og ikke diskriminerte potensielle distributører.⁵⁴

Alle disse unntakene hvor domstolen kom til at konkrete avtaler falt utenfor anvendelsesområdet til art. 101(1), underbygger at en formålsbegrensning ikke kan etableres basert på avtaletype alene. Samtidig har det gjort problemstillingene rundt formålskategorien og hvordan denne må forstås ytterligere kompleks, ettersom Domstolen verken har oppstilt noen klare retningslinjer for hvordan unntakene kan anvendes, eller hvilke tilfeller som faller utenfor anvendelsesområde av forbudet.

De siste årene har Domstolen vurdert formålsbegrensninger ved flere anledninger, og det kan virke om Domstolen har kommet frem til en standardformulering for hvordan en formålsvurdering må gjennomføres. I C-501/06 P *GSK* uttalte Domstolen at «according to settled case-law, in order to assess the anti-competitive nature of an agreement, regard must be had inter alia to the content of its provisions, the objectives it seeks to attain and the economic and legal context of which it forms a part.»⁵⁵ Dette innebærer at formålsvurderingen må baseres på en vurdering av avtalens objektive formål og de resultatbestemmelsene søker å oppnå, sett i lys av avtalens rettslige og økonomiske kontekst.

Samtidig har Domstolen opprettholdt synet på at dersom formålsvurderingen «does not reveal a *sufficient degree* of harm to competition, the consequences of the agreement should then be considered, and for it to be caught by the prohibition it is necessary to find that those factors are present which show that competition has in fact been prevented ... ».⁵⁶ Når dette ikke avklares nærmere, oppstår det både et spørsmål om hvilke faktorer som kan trekkes inn i formålsvurderingen for å vise avtalen har et tilstrekkelig stort skadepotensiale, og hvor høyt skadepotensialet må være.

⁵⁴ sak 26/76 *Metro I*, avsnitt 20. I samme retning Bellamy og Child (2008), s. 155. Se også C-439/09 *Pierre Fabre*. Av språket i *Pierre Fabre* kan det virke som om Domstolen vurderer *objective justification*. Vurderingen foretas likevel etter mønsteret i *Metro I*.

⁵⁵ C-501/06P *GSK*, avsnitt 58. Tilsvarende i C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 27, forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*, avsnitt 136, C-439/09 *Pierre Fabre*, avsnitt 47, C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 36, m.fl.

⁵⁶ C-501/06P *GSK*, avsnitt 55. (Min kursivering.)

Praksis gjør det imidlertid også klart at det unødvendig å vurdere om avtalen faktisk har konkurransebegrensende virkninger dersom det først er påvist et konkurransebegrensende formål.⁵⁷

Domstolens gjentatte uttalelse om at formål må vurderes konkret i lys av rettslig og økonomisk kontekst, tyder likevel på at avtalens virkninger til en viss grad kan være relevante for vurderingen om avtalen har et konkurransebegrensende formål.⁵⁸

Vektleggingen av rettslig og økonomisk kontekst er spesielt interessant sett i sammenheng med praksis fra Domstolen som kan tas til inntekt for at formål er et spørsmål om avtalens sannsynlige virkninger. I C-8/08 *T-Mobile* uttalte Domstolen at for å anse en samordnet opptreden som en formålsbegrensning, er det tilstrekkelig at opptredenen potensielt kan påvirke konkurransen. Opptredenen måtte «... simply be capable ...», i lys av dens rettslige og økonomiske kontekst, til å begrense konkurransen.⁵⁹ Dersom uttalelsen kan tas til inntekt for at formålsvurderingen er et spørsmål om sannsynlige virkninger, innebærer dette en konkret vurdering av potensielle virkninger i avtalens kontekst. Formålsvurderingen vil i tilfellet være en vurdering av hvorvidt resultatene avtalen søker å oppnå, sannsynlig vil ha konkurranseskadelige virkninger på markedet. Dette kan tilsi at formålsvurderingen i lys av rettslig og økonomisk kontekst innebære en virkningsanalyse.

Som en konsekvens av Domstolens uttalelser om rettslig og økonomisk kontekst, har også Kommisjonen lagt til grunn at det kan være nødvendig å vurdere en avtales konkrete omstendigheter før det kan konkluderes med et konkurransebegrensende formål.⁶⁰ Kommisjonen uttaler samtidig at en nærmere undersøkelse av måten avtalen vil virke i sin kontekst kan tilsi at en avtale utgjør en formålsbegrensning, selv om det ikke direkte følger av avtalen.

⁵⁷ Se bl.a. sak 56/64 *Consten*, s. 343, C-209/07 *BIDS*, avsnitt 15, C-501/06P *GSK*, avsnitt 55 og C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 33, C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 28.

⁵⁸ Se blant flere: sak 56/65 *STM*, s. 249, sak 56/64 *Consten*, side 343, C-209/07 *BIDS*, C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 31, C-501/06P *GSK*, avsnitt 111, forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* avsnitt 136, T-588/08 *Bananas*, avsnitt 70 og C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 34.

⁵⁹ I både C-8/08 *T-Mobile*, T-588/08 *Bananas* og C-32/11 *Allianz Hungária* uttaler domstolen at det er tilstrekkelig at avtalen sannsynlig kan påvirke konkurransen: «que l'accord soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence». (*Allianz Hungaria* avsnitt 38.) I samme retning, Gjendemsjø (2011), på s. 345-346. Nærmere om dommene i hhv. avsnitt 3.5.2 og 3.5.3.

⁶⁰ kommisjonsforordning 330/2010, avsnitt 22.

Dersom en vurdering av sannsynlige virkninger i rettslig og økonomisk kontekst har betydning for om en avtale kan utgjøre en formålsbegrensning, innebærer det at domstoler og konkurransemyndigheter ikke kan basere seg på om en avtale inneholder en tradisjonell formålsbegrensning alene. Med andre ord vil det ikke være tilstrekkelig kun å påvise at en avtale inneholder element av prissamarbeid for at avtalen skal kunne regnes som en formålsbegrensning. Og tilsvarende, at en avtale ikke inneholder et element av prissamarbeid eller en annen tradisjonell formålsbegrensning, vil ikke bety at avtalen ikke kan ha et konkurransebegrensende formål.

I litteraturen har formålskategorien vært gjenstand for en tiltakende debatt. Jones og Sufrin problematiserer forholdet mellom art. 101 første og tredje avsnitt, og om en avtales fordeler og konkurransefremmende formål bør være en del av vurderingen under første avsnitt.⁶¹

Domstolens henvisning til rettslig og økonomisk kontekst har også til i en viss grad medført en problematisering av om aktører kan unngå formålskategorien ved å vise at avtalen ikke har konkurransebegrensende virkninger i markedet.⁶² Odudu gir i denne sammenheng uttrykk for at formål er en presumsjon for konkurranseskadelige virkninger som bør kunne tilbakevises innad i artikkel 101(1).⁶³ Han har også gitt uttrykk for at partenes subjektive hensikt om å begrense konkurranse i seg selv bør være tilstrekkelig for å etablere en formålsbegrensning.⁶⁴ King stiller spørsmål om praksis fra EU-domstolene egentlig gir grunnlag for den tradisjonelle oppfatning av formålskategorien, og tar til ordet for en mer analytisk tilnærming til avtalen og de konkrete markedsforhold. Etter hennes syn kan en konkret vurdering både

⁶¹ Se Jones og Sufrin (2011) s. 191-192 om ulike måter å se forholdet mellom første og tredje avsnitt.

⁶² Samme sted, s. 208

⁶³ Odudu (2008), *Competition Law Journal (CLJ)*.

⁶⁴ Odudu (2001), *European Law Review (ELR)*. Fra et juridisk/strafferettslig ståsted kan det i utgangspunktet virke uproblematisk å ramme den forbryterske vilje i et forsøk likt med faktiske overtredelser. Fra et markedsperspektiv er det kanskje mer problematisk, ettersom konstatering av overtredelser basert alene på et subjektivt forsøksprinsipp samtidig risikerer å omfatte avtaler som er utjenlige til å begrense konkurranse. Slike avtaler utgjør ingen hindring for en effektiv konkurranse, og går ikke på tvers av de samfunnsøkonomiske hensyn som ligger til grunn for det frie marked. Et slikt forbud kan imidlertid i seg selv ses som en begrensning av aktørenes handlefrihet, og dermed i seg selv anses som et begrensning i strid med det formålet art. 101 skal tjene.

etablere formål utenfor de tradisjonelle formålsbegrensningene, og kontekst kan tilbakevise at en tradisjonell formålsbegrensning har til sitt formål å begrense konkurranse.⁶⁵

⁶⁵ King (2011), *ECJ*. I samme retning Mahtani (2012), *ECJ* og Bailey (2012), *CMLR*. Siste er imidlertid ikke enig at det som ledd i formålsvurderingen kan foreta en forkortet («*abridged*») virkningsanalyse.

2.2. Avhandlingens formål

Denne avhandlingen skal forsøke å gi et bidrag til debatten om hvordan formålsvurderingen etter art. 101(1) bør gjennomføres, men i motsetning til de overnevnte fremstillingene vil avhandlingen behandle betydningen av avtalens rettslige og økonomiske kontekst.⁶⁶ Ved å forsøke å finne en sammenheng i hvordan EU-domstolene har vurdert avtaler i deres rettslig og økonomisk kontekst, vil avhandlingen belyse betydningen av rettslig og økonomisk kontekst i formålsvurderingen. Dersom gjennomgangen viser at det kan legges selvstendig vekt på en analyse av potensielle konkurranseskadelige virkninger i vurderingen av avtalens konkurransebegrensende formål, vil det gi klare føringer for formålskategorien. Spesielt vil det si mye om grunnlaget for det tradisjonelle synet, hvor formålsbegrensninger er de avtalene som typisk begrenser konkurranse.

I den videre behandlingen av avhandlingens problemstilling, er det fire underspørsmål som står sentralt:

- 1) Hvilken betydning har rettslig og økonomisk kontekst i formålsvurderingen?
 - Kan en avtale kategoriseres som en formålsbegrensning alene basert på hvordan den vil virke i sin kontekst? Hvor stort må eventuelt skadepotensialet være?
 - Kan kontekst medføre at en avtale som inneholder en typisk formålsbegrensning innebære at avtalen likevel ikke anses å ha til sitt formål å begrense konkurranse?
- 2) Hvilke momenter kan trekkes inn i formålsvurderingen fra den rettslige og økonomiske kontekst?
- 3) I hvilken grad utgjør måten Domstolen har vurdert rettslig og økonomisk kontekst en virkningsanalyse?
- 4) Dersom det i formålsvurderingen kan legges selvstendig vekt på en virkningsanalyse i forbindelse med den rettslige og økonomiske kontekst, hva tilsier det for formålskategorien generelt?

⁶⁶ Temaet er lite behandlet i norsk litteratur. Jones (2010), *ECJ* gir en delvis behandling av betydningen av rettslig og økonomisk kontekst på si. s. 210. Temaet er også dels behandlet av King (2011), *ECJ*, Mahtani (2012), *ECJ* og Bailey (2012), *CMLR*, men med utgangspunkt i formålskategorien generelt.

3. Om den rettslige og økonomiske konteksts betydning for etableringen av konkurransebegrensende formål

3.1. Innledning

I dette avsnittet vil avhandlingen se nærmere på om praksis gir uttrykk for hvilken betydning rettslig og økonomisk kontekst har i etableringen av et konkurransebegrensende formål. På denne måten vil avsnittet undersøke om praksis gir uttrykk for om konkurransebegrensende formål må etableres på grunnlag av en virkningsanalyse av avtalen i dens rettslig og økonomisk kontekst.

Avsnittet vil i underavsnitt 3.2 først se nærmere på to avgjørelser som er ansett som grunnleggende for tolkningen og anvendelsen av artikkel 101(1). I teorien har avgjørelsene blitt lagt til grunn som uttrykk for at enkelte avtaletyper kategorisk vil anses som formålsbegrensninger. En nærmere lesning kan imidlertid tyde på at avgjørelsene legger opp til en mer konkret vurdering, og spørsmålet er om disse avgjørelsene gir uttrykk for om rettslig og økonomisk kontekst har betydning for formålsvurderingen.

Avtaler som resultterer i en absolutt områdebeskyttelse, enten i form av forbud mot parallell handel eller ved å isolere nasjonale marked, står i en særlig interessant i forbindelse formålsproblematikken. Uttalelser fra Domstolen og i teori kan forstås å gi uttrykk for at slike avtaler strider mot EUs overordnede mål om et felles marked, uavhengig av deres potensielle konkurranseskadelige virkninger. I avsnitt 3.3 vil det ses nærmere på hvorvidt rettslig og økonomisk kontekst har betydning for vurderingen av slike avtalers konkurransebegrensende formål.

Som påpekt i avsnitt 2, har Domstolen i nyere praksis lagt til grunn at formålskategorien ikke kan begrenses til en liste av avtaler som typisk anse å begrense konkurransen. I avsnitt 3.4 vil avhandlingen se nærmere på hvilken betydning Domstolen la i rettslig og økonomisk kontekst da den konkluderte med at nedbygging av kapasitet i irsk kjøttindustri hadde et konkurransebegrensende formål.

Som det også er påpekt i avsnitt 2, kan enkelte nylige avgjørelser fra EU-domstolene tas til inntekt for at formålsvurderingen er et spørsmål om sannsynlige virkninger. En vurdering av sannsynlige virkninger kan som et utgangspunkt fremstå som virkningsanalyse. I avsnitt 3.5 vil avhandlingen nærmere undersøke hvordan Domstolen vurderte konkurransebegrensende

formål på basis av sannsynlige virkninger, og om vurderingen gir uttrykk for en virkingsanalyse i avtalens rettslige og økonomiske kontekst.

3.2. Utgangspunktet i STM og Consten

3.2.1. Oppfatning i teorien

I teorien har Domstolens avgjørelser i sak 56/65 *STM* og sak 56/64 *Consten* lenge blitt ansett som grunnleggende avgjørelser for forståelsen av forholdet mellom formål og virkning i artikkel 101(1) TFEU.⁶⁷

Bellamy og Child tar på sin side Domstolens uttalelser i sak 56/65 *STM* til inntekt for at avtaler som gir eksklusive salgsrettigheter, ikke vil anses å ha et konkurransebegrensende formål.⁶⁸ Dersom avtalen ikke har et konkurransebegrensende formål er det nødvendig å vurdere avtalens virkninger i dens fulle økonomiske kontekst, og i lys av hvordan avtalen ville forekommet foruten avtalen.⁶⁹ Sak 56/64 *Consten* tas på tilsvarende måte til inntekt for at avtaler som innebærer en absolutt områdebeskyttelse automatisk vil ha til sitt formål å begrense konkurransen.⁷⁰

King gir derimot uttrykk for at Domstolen i sak 56/65 *STM* ikke avviser at eksklusive salgavtaler kan ha til sitt formål å begrense konkurransen, men at Domstolen i stedet legger opp til en analytisk og konkret vurdering av avtalens formål i lys av avtalens kontekst.⁷¹ King gir også uttrykk for at domstolen bekreftet et slikt «*analytical approach*» i sak 56/64 *Consten*.⁷² Avhandlingen vil av den grunn undersøke om avgjørelsene som anses som de grunnleggende avgjørelsene for forståelsen av artikkel 101(1), gir noe bidrag til spørsmålet om den rettslige og økonomiske konteksts betydning i formålsvurderingen.

3.2.2. sak 56/65 STM

I sak 56/65 *STM* var Domstolen bedt om å uttale seg om tolkningen av artikkel 101(1) TFEU i forbindelse med en avtale om eksklusive salgsrettigheter til veghøvler i Frankrike.

⁶⁷ Hhv. sak 56/65 *STM* og sak 56/64 *Consten*. Tidligere utgaver av Bellamy og Child omtalte som de to «two seminal cases» Se også Jones og Sufrin (2011), s. 208.

⁶⁸ Bellamy og Child (2013), s. 149 og 444.

⁶⁹ Samme sted, s. 143 og 151. Se også s. 444.

⁷⁰ Samme sted, s. 154.

⁷¹ King (2011), *ECJ* s. 277-291.

⁷² Samme sted, s. 279.

Distributøren forpliktet seg til ikke å selge utstyr som konkurrerte med produktene dekket av avtalen, mot at distributøren fikk eksklusive salgsrettigheter i Frankrike. Avtalen forbød verken videre eksport av produktene, parallellimport eller at andre distributører (utenfor Frankrike) avsto fra å selge til det franske markedet.⁷³

Ettersom saken var en forespørsel om prejudisiell tolkningsuttalelse, tok ikke Domstolen selv stilling avtalen. Dommen inneholder likevel flere interessante uttalelser om formåls- og virkningsvurderingen. For å synliggjøre Domstolens uttalelser og hvordan disse kan forstås i motsetning til etablert oppfatning, er større deler av dommen inntatt som sitat i den videre behandlingen.

Som King påpeker, virker ikke Domstolen i sak 56/65 *STM* å vise til en gruppe av avtaler som typisk vil begrense konkurransen. Snarere motsatt virker Domstolen å uttale at artikkel 101 ikke generelt kan forstås å innebære noen form for forhåndsvurdering av enkelte avtaletyper basert på deres rettslige karakter:

«In order to be prohibited ... an agreement between undertakings must fulfil certain conditions *depending less on the legal nature of the agreement than on its effects on 'trade between Member States' and its effects on 'competition'* ... Thus as Article 85 (1) is based on an assessment of the effects of an agreement from two angles of economic evaluation, *it cannot be interpreted as introducing any kind of advance judgment with regard to a category of agreements determined by their legal nature.* Therefore an agreement whereby a producer entrusts the sale of his products in a given area to a sole distributor *cannot automatically fall under the prohibition in Article 85 (1).* But such an agreement may contain the elements set out in that provision, by reason of a particular factual situation or of the severity of the clauses protecting the exclusive dealership.»⁷⁴

Uttalelsen gjaldt riktig nok Kommisjonens anførsel om at avtalen automatisk måtte anses ugyldig på grunn av at avtalen ikke var meldt. Etter Kommisjonens syn var avtalen meldepliktig på grunn av at den ikke var omfattet av blokkunntakene etter artikkel 101(3) i regulering 17 og 153/62 (blokkunntak).⁷⁵ Uttalelsen kan likevel forstås å være rettet mot tolkningen av art. 101(1) generelt. Ettersom art. 101 ikke innebærer noen forhåndsvurdering av enkelte avtaletyper, kunne ikke den aktuelle eksklusivitetsavtalen automatisk omfattes av

⁷³ sak 56/65 *STM*. Se spørsmålet fra den refererende domstol, inntatt på s. 247.

⁷⁴ Samme sted s. 248. (Mine kursiveringer.)

⁷⁵ Samme sted. Kommisjonens anførsler er dels oppsummert i dommen på s. 241

forbudet. Av den grunn kunne den heller ikke være forbudt på grunn av manglende melding, selv om dette var påkrevd for avtaler som ikke var omfattet av blokkunntakene:

«Since Regulations Nos 17/62 and 153/62 cannot have widened in any way the prohibition imposed by Article [101(1)], the fact that an agreement is not notified to the Commission, as provided for in those regulations, cannot make an agreement automatically void.»⁷⁶

Spørsmålet om en avtale er forbudt etter art. 101(1), enten etter sitt formål eller virkning, berodde etter Domstolens syn alene på om avtalen «taking into account the circumstances of the case, ... objectively considered, contains the elements constituting the said prohibition».⁷⁷

Uttalelsen kan i seg selv forstås som at ingen avtaletyper etter sin karakter automatisk kan anses forbudt etter artikkel 101(1). Dette vil i tilfellet innebære at det ikke er tilstrekkelig å vise til abstrakte avtaletyper for å vurdere om en avtale har et konkurransebegrensende formål. Uttalelsen er dermed vanskelig å forene med det tradisjonelle synet på formålskategorien som gitte avtaletyper som typisk begrenser konkurransen.⁷⁸

Om vurderingen som må foretas av avtalens eventuelle formål eller virkning, uttaler domstolen at:

«The fact that [object or effect] are not cumulative but alternative requirements ... *leads first to the need to consider the precise purpose of the agreement, in the economic context in which it is to be applied.* This interference with competition referred to in Article [101(1)] must result from all or some of the clauses of the agreement itself. Where, however, an analysis of the said clauses does not reveal the effect on competition to be sufficiently deleterious, the consequences of the agreement should then be considered ... »⁷⁹

Med uttalelsen viser Domstolen at formål og virkning er to klart alternative vilkår som innebærer at det først må vurderes om avtalen har til sitt formål å begrense konkurransen. Vurderingen må for det første ta utgangspunkt i avtalen og formålet med avtalens bestemmelser, sett i lys av avtalens økonomiske kontekst. Når en vurdering av avtalen i seg selv ikke viser å ha tilstrekkelig stor skadevirkning på konkurransen, må avtalens faktiske virkninger («consequences»).

⁷⁶ Samme sted, s. 248.

⁷⁷ Samme sted.(Mine kursiveringer.)

⁷⁸ Tilsvarende King (2011), *ECJ* s. 277-278

⁷⁹ sak 56/65 *STM*, s. 249

Dette tydelige skillet mellom formål og virkning tilsier at avtalens virkninger på konkurransen verken er nødvendig eller relevant for formålsvurderingen. En annen tolkning vil kunne medføre at virkningsalternativet mister sin selvstendige betydning.

Likevel uttaler Domstolen at avtalen og dens formål må vurderes i lys av sin økonomiske kontekst. Dette tilsier at en avtale ikke kan vurderes abstrakt, noe Domstolen understreker ved å uttale at «*[t]he competition must be understood within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement in dispute*».⁸⁰

Som vist, er det i teorien gitt uttrykk for at denne *conterfactual* –testen er knyttet til om avtalens virkninger begrenser konkurransen, og må vurderes i tilfellet avtalen ikke kan anses som en formålsbegrensning.⁸¹ Domstolens videre uttalelser tyder imidlertid på at dette gjelder *både* for formåls- og virkningsvurderingen. I samme avsnitt fortsetter nemlig domstolen med å uttale at:

«In particular *it may be doubted* whether there is an interference with competition if the said agreement seems really necessary for the penetration of a new area by an undertaking. *Therefore*, in order to decide whether an agreement containing a clause 'granting an exclusive right of sale' is to be considered as prohibited by reason of its *object or of its effect*, it is appropriate to take into account in particular the nature and quantity, limited or otherwise, of the products covered by the agreement, the position and importance of the grantor and the concessionnaire on the market ... »⁸²

Uttalelsen er interessant fordi den blant annet viser at selv om det er uklart om det foreligger en konkurransebegrensning, er det ikke utelukket at et det foreligger en formålsovertredelse; På grunn av at det er tvilsomt om en eksklusiv distribusjonsavtale begrenser konkurransen uttaler Domstolen at det er «*appropriate*» for *både* formåls og virkningsvurderingen å ta konkrete markedsforhold i betraktning.⁸³ Både karakteren og kvantiteten av produktene som dekkes av avtalen, leverandørens markedsposisjon, avtalens karakter alene eller som en del av en rekke avtaler, alvorlighetsgraden av bestemmelsene som skal sikre eksklusive rettigheter

⁸⁰ Samme sted s. 250

⁸¹ Bellamy og Child (2013), s. 143.

⁸² sak 56/65 *STM*, s. 250 (mine kursivering).

⁸³ Her er det ingen språklig variasjon mellom språket (fransk) og den engelske oversettelsen.

og/eller i hvilken grad avtalen gir tillater konkurranse fra andre aktører er relevante momenter.⁸⁴

Domsslutningene kan ved første øyekast imidlertid forstås å være noe mer restriktiv i synet på formålsvurderingen. Av domsslutningene følger det at avtalebestemmelser som innvilger eksklusive salgsrettigheter ikke begrenser konkurransen «of their very nature».

Som nevnt er dette tatt til inntekt for at avtaler om eksklusive salgsrettigheter ikke vil ha til sitt formål å begrense konkurransen.⁸⁵ I teorien og i senere praksis har avtaler som «of their nature» begrenser konkurranse, blitt ansett som uttrykk for formålsbegrensninger. I C-209/07 BIDS utalte Domstolen at skillet mellom avtaler som etter sitt formål begrenser konkurransen og avtaler som begrenser konkurransen i sin virkning, skyldes at enkelte avtaler kan anses som «by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition».⁸⁶ Denne uttrykksformen har i etterkant gjentatte ganger blitt vist til og bekreftet av Domstolen.⁸⁷

Når Domstolen i sak 56/65 STM uttrykker at eksklusive salgavtaler ikke «by its nature» begrenser konkurransen, virker det imidlertid ikke som om den bruker uttrykket som et uttrykk for formålsbegrensninger. I lys av premissene kan domsslutningen også forstås på en annen måte: I premissene uttaler Domstolen at ettersom artikkel 101 ikke kan tolkes som at enkelte avtaletyper automatisk vil begrense konkurransen etter sin karakter («nature»), kan heller ikke en eksklusivitetsavtale automatisk anses som konkurransebegrensende. Når Domstolen i domsslutningene uttaler at en eksklusivitetsavtale ikke «of their very nature» begrenser konkurransen, kan det i sammenhengen forstås kun å være et uttrykk for at eksklusivitetsavtalen ikke automatisk ville stride med art. 101(1). Som Domstolen fortsetter å uttale, kan en slik avtale likevel stride mot artikkel 101(1) dersom den «when considered on

⁸⁴ sak 56/65 STM, s. 250.

⁸⁵ Bellamy og Child (2013), s. 149 og 444.

⁸⁶ C-209/07 BIDS, avsnitt 17

⁸⁷ Se blant flere C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 29, C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 35, T-588/08 *Bananas*, avsnitt 69.

its own, contain these elements by reason of a particular factual situation or of particular clauses». ⁸⁸

Etter en slik lesning av dommen sier ikke Domstolen at avtalen saken gjaldt ikke kunne anses som en formålsbegrensning generelt, men at den må vurderes konkret. ⁸⁹ En slik forståelse av domsslutningene bekreftes av at domsslutningene i fortsettelsen skisserer hvordan den refererende domstol måtte gå frem for å vurdere om avtalen har til formål eller virkning å begrense konkurransen.

For at en avtale skal være forbudt etter art. 101(1), følger det av domsslutningene at avtalen

«... must be of such a nature that, on the basis of a set of objective factors of law or of fact and having regard to what can reasonably be foreseen, *it is to be feared that it might have an influence*, direct or indirect, actual or potential, on the pattern of trade between Member States *capable* of preventing the realization of a single market ...

... In this respect special attention should be given to whether the agreement is *capable* of partitioning the market in certain products between Member States...

... *When the object of the exclusive dealing agreement is considered, this finding must result from all or some of the clauses of the agreement considered in themselves.*

In the absence of these conditions' being met, the consequences of the agreement must then be examined and must justify the conclusion either that the agreement prevents or that it restricts or distorts competition to an appreciable extent.

In this respect special attention should be given to the severity of the clauses granting the exclusive dealership, the nature and quantity of the products covered by the agreement, the position of the grantor and of the concessionnaire on the market for the products in question and the number of parties to the agreement or, where applicable, to other agreements forming part of the same system» ⁹⁰

Disse punktene tilsier at en avtale har et konkurransebegrensende formål når en tolkning av avtalen i seg selv viser at avtalen er egnet til, eller kan forventes å resultere i en oppdeling av markedet i medlemsstatene.

⁸⁸ sak 56/65 *STM*, s. 251.

⁸⁹ I motsetning til hvordan dommen blant andre er lagt til grunn i Bellamy og Child (2013), s. 149.

⁹⁰ sak 56/65 *STM* 251-252 (mine kursiveringer).

Det er noe uklart om henvisningen til den konkrete kontekst i det siste avsnittet viser tilbake til både formåls- og virkningsalternativet, eller til virkningsvurderingen alene.⁹¹ Avsnittet i domsslutningene som uttaler at det må tas hensyn til avtalens kontekst, kommer først etter at det slås fast at en vurdering av avtalens virkninger kun er nødvendig dersom avtalen ikke har et konkurransebegrensende formål. I teorien er dette som nevnt lagt til grunn som uttrykk for at henvisningen kun relaterer seg til virkningsvurderingen. At Domstolen i premissene uttaler at konteksten relaterer seg både til formåls- og virkningsvurderingen, taler imidlertid for at henvisningen til kontekst i domsslutningene, «in this regard», relaterer seg til begge de forutgående avsnittene. Med andre ord både må det tas hensyn til den konkrete kontekst både i formål- og virkningsvurderingen.⁹² Det gir dessuten lite mening om en vurdering av hvorvidt avtalen sannsynlig vil resultere i en oppdeling av markedet skulle gjennomføres abstrakt.

Hvorvidt «the agreement is *capable* of partitioning the market in certain products between Member States» må altså vurderes i lys av det konkrete markedet.

En slik lesning av Domstolens avgjørelse i sak 56/65 *STM*, legger mer i formålsvurderingen enn hva som er etablert oppfatning.⁹³ Dersom Domstolens avgjørelse i sak 56/65 *STM* kan tas til inntekt for et noe mer nyansert syn på formålsvurderingen, tilsier dette at avtalens eventuelle konkurransebegrensende formål innebærer et spørsmål om hvorvidt avtalens bestemmelser, etter en tolkning av avtalens bestemmelser i lys av den konkrete kontekst, sannsynlig vil resultere i konkurranseskadelige virkninger på markedet.⁹⁴ Dette innebærer at en vurdering av avtalens potensielle virkninger i avtalens rettslige og økonomiske kontekst, får betydning for om en avtale kan anses som en formålsbegrensning.

Som King gir uttrykk for, innebærer dette en grundig og analytisk tilnærming i det enkelte tilfellet, i motsetning til den tradisjonelle oppfatningens kategoriske tilnærming.⁹⁵

⁹¹ Heller ikke den franske, danske eller tyske oversettelsen av dommen gir særlig veiledning på dette punktet.

⁹² sak 56/65 *STM*, s. 250 sammenlignet med s. 251

⁹³ Se bl.a. Bellamy og Child (2013) kapittel 4.

⁹⁴ De siste årene har det kommet flere dommer fra EU-domstolen som langt på vei bekrefter at dette er utgangspunktet for formålsvurderingen. Dette er også utgangspunktet som på tross av *the object box* legges til grunn for formålsvurderingen av Whish og Bailey (2012), s. 118. Tilsvarende Bellamy og Child (2013)s. 151. Dommene vil behandles nærmere i avsnitt 3.5 under, hvor det spesielt vil ses nærmere hvordan EU-domstolen har vurdert en egnet konkurranseskadelig virkning under formålsvurderingen.

⁹⁵ King (2011), *ECJ*

Noe som fremstår som uklart, er hvilken terskel som må være oppfylt for at avtalen skal kunne anses som konkurransebegrensende etter sitt formål. Domstolen uttaler at «where, however, an analysis of the said clauses does not reveal the effect on competition to be sufficiently deleterious, the consequences of the agreement should then be considered ... ». Domstolen gir imidlertid lite veiledning om hvilket skadepotensiale som må kunne forventes for at avtalen kan anses som en formålsbegrensning.⁹⁶

Dersom formålsvurderingen er en vurdering av hvordan avtalen sannsynlig vil virke i sin rettslig og økonomiske kontekst, oppstår det et spørsmål om hva som er forskjellen mellom formåls- og virkningsvurderingen.

Black gir uttrykk for at formål og virkning er to alternative og distinkte vilkår, som hver gir uttrykk for en ulik betydning av konkurransebegrensningskriteriet.⁹⁷ I sak 56/65 *STM* uttaler imidlertid domstolen at artikkel 101(1) «is based on an assessment of the effects of an agreement from two angles of economic evaluation».⁹⁸ Uttalelsen tyder på at begge vilkårene bygger på den samme betydningen av konkurransebegrensning, og begge innebærer at det må påvises en begrensning av konkurranse. Forskjellen mellom vilkårene kan slik forstås å ligge i utgangspunktet for vurderingen.⁹⁹ Domsslutningene kan i denne sammenheng tas til inntekt for at en formålsbegrensning må følge av en tolkning av avtalen, og om denne er egnet til å resultere i en konkurransebegrensning. Virkningsalternativet tar utgangspunkt i avtalens virkninger («consequences») på konkurransen, og om denne har blitt begrenset.¹⁰⁰

En forståelse av formålsvurderingen som en vurdering av avtalens sannsynlige virkninger står imidlertid i et markant spenningsforhold til at etablert praksis uttaler at det er unødvendig å vurdere avtalens virkninger dersom avtalen har et konkurransebegrensende formål.¹⁰¹ Avhandlingen vil komme tilbake til dette spenningsforholdet i avsnitt 3.5.3,

⁹⁶ sak 56/65 *STM*, s. 249.

⁹⁷ Black (2005). Se s. 95, 96, 115, 116-119, 121 og 126.

⁹⁸ sak 56/65 *STM*, s. 248.

⁹⁹ I samme retning: Odudu (2008), *CLJ*, s. 13.

¹⁰⁰ sak 56/65 *STM* s. 250.

¹⁰¹ Se bl.a. sak 56/65 *STM*, s. 248, sak 56/64 Consten, s. 343, C-209/07 BIDS, avsnitt 15-16, C-501/06P GSK, avsnitt 55 og C-32/11 Allianz Hungária, avsnitt 33

underbehandlingen av Domstolens avgjørelse i C-32/11 og om formålsvurderingen er et spørsmål om sannsynlige konkurransebegrensninger.

3.2.3. *Consten*

Sak 56/64 *Consten*, avsagt to uker etter sak 56/65 *STM*, er på samme måte som sak 56/65 *STM* lagt til grunn som en grunnleggende avgjørelse for forståelsen av artikkel 101(1) TFEU.¹⁰² Sammenlignet med det som følger av behandlingen av sak 56/65 *STM* over, kan *Consten* i utgangspunktet forstås som mer restriktiv i forbindelse med formålssaker.

Saken gjaldt en avtale som innvilget *Consten* (distributøren) eksklusive salgsrettigheter til Grundigs produkter i Frankrike, mot at *Consten* forpliktet seg til ikke å distribuere produktene utenfor Frankrike. I tillegg forpliktet *Consten* seg til ikke å distribuere produkter i konkurranse med Grundigs produkter, samt til å ta inn ekstrautstyr og tilby service i etterkant av eventuelle salg. Grundig forpliktet seg i gjengjeld til ikke å levere produktene til andre distributører i Frankrike, i tillegg til å forby andre distributører både aktivt og passivt salg til Frankrike. Produktene til *Consten* i Frankrike ble i tillegg levert under et eget varemerke, slik at eventuell parallellimport kunne forfølges som brudd på varemerkerettighetene.¹⁰³

I motsetning til avtalen i sak 56/65 *STM* som kun innvilget eksklusive rettigheter til salg, kom Domstolen i *Consten* til at avtalens bestemmelser samlet resulterte i en avdeling av det franske markedet. Avdelingen av det franske markedet beskyttet *Consten* mot all konkurranse om salg av Grundigs produkter, og utgjorde dermed en absolutt områdebeskyttelse til fordel for *Consten*.

«[s]ince the agreement thus aims at isolating the French market for Grundig products and maintaining artificially, for products of a very well-known brand, separate national markets within the Community, it is therefore such as to distort competition in the Common Market.»¹⁰⁴

Dommen er på grunnlag av dette lagt til grunn som et uttrykk for at vertikale avtaler som forbyr eksport og parallellimport, eller på annen måte utgjør en absolutt områdebeskyttelse

¹⁰² sak 56/64 *Consten*. Se blant andre Jones og Sufrin (2011), s. 208.

¹⁰³ sak 56/64 *Consten*, s. 343.

¹⁰⁴ Samme sted.

mot konkurranse fra andre aktører, vil ha til sitt formål å begrense konkurransen.¹⁰⁵ Jones og Sufrin uttrykker at det er lite tvil om at Domstolen ikke bare var påvirket av en eventuell markedsdelings skadepotensiale for konkurransen, men også av EUs mål om et felles marked.¹⁰⁶

I *Consten* var Generaladvokaten kritisk til Kommisjonen avgjørelse. Generaladvokaten uttalte at Kommisjonen både burde vurdert om avtalen var nødvendig for å etablere Grundig på det franske markedet, og om avtalen påvirket konkurransen mellom produsenter av tilsvarende konkurrerende produkter.¹⁰⁷ Etter generaladvokatens syn burde ikke forbudet mot formålsbegrensninger anvendes på et rent teoretisk grunnlag dersom en nærmere vurdering kunne vise at avtalen likevel ikke var egnet til å ha en tilstrekkelig virkning på konkurransen. Dersom Grundig ikke kunne etablere et utsalg av sine produkter uten en eksklusiv og beskyttet distributør, ville avtalen i stedet fremme konkurransen.¹⁰⁸

Når domstolen ikke sluttet seg til generaladvokatens forslag, kan dette forstås som et uttrykk for at Domstolen anså hensynet til oppnåelsen av EUs mål om et felles marked avgjørende.¹⁰⁹

Av Domstolens uttalelser i *Consten* kan det imidlertid virke som om domstolen foretok en mer konkret vurdering av avtalens formål.

I vurderingen av Kommisjons vedtak, fremhevet Domstolen at avtalen hadde et konkurransebegrensende formål på grunnlag av avtalen skapte en absolutt områdebeskyttelse til fordel for Consten. Spesielt fremhevet Domstolen at andre Grundiggrossister og distributører som ikke var part i avtalen, ville bli forhindret av Grundig til å eksportere sine produkter til Frankrike. I tillegg innebar opprettelsen av et varemerke, at tredjeparter ikke kunne importere Grundigprodukter til Frankrike uten å løpe en betydelig risiko for rettslig forfølgning for brudd varemerkerettigheter.¹¹⁰ Verken av betraktningene fulgte av avtalen i

¹⁰⁵ Bellamy og Child (2013), s. 154 og 444.

¹⁰⁶ Jones og Sufrin (2011), s. 206. I samme retning Bailey (2012), *CMLR*, s. 586.

¹⁰⁷ sak 56/64 *Consten*, generaladvokatens innstilling, s. 359.

¹⁰⁸ Samme sted, generaladvokatens innstilling, s. 359.

¹⁰⁹ Jones og Sufrin (2011), s. 208.

¹¹⁰ sak 56/64 *Consten*, s. 343.

seg selv, men som et resultat av at «The [Commission] properly took into account the whole distribution system thus set up by Grundig.»¹¹¹

På denne måten kan det virke som om Domstolen vurderte om avtalen hadde et konkurransebegrensende formål, basert på måten avtalens bestemmelser i lys av den rettslige og økonomiske kontekst, resulterte i en isolering av det franske markedet. Altså en vurdering av dens virkninger.

Som Domstolen uttalte:

«In order to arrive at a true representation of the contractual position the contract must be placed in the economic and legal context in the light of which it was concluded by the parties...»¹¹²

Dette kan på en side forstås som en vurdering av avtalens virkninger i det konkrete markedet, og slik sett betraktes som en virkningsanalyse. Imidlertid er det en forskjell på om vurdering av hvordan avtalen virker i sin kontekst viser at avtaler innebærer en absolutt områdebeskyttelse, eller annen typisk formålsbegrensning, og en vurdering som viser at avtalens bestemmelser resulterer i konkurransebegrensende virkninger. Som vi så av behandlingen av sak 56/65 *STM*, kunne det virke som om Domstolen ga uttrykk for at en forsmåbegrensning forelå når en avtale, basert på en tolkning av avtalens bestemmelser i dens rettslige kontekst, sannsynlig ville resultere i konkurranseskadelige virkninger på markedet.

I Consten tok imidlertid Domstolen dette ekstra steget i vurderingen, og viste hvordan en isolering av markedet ville begrense konkurransen:

«The situation ... results in the isolation of the French market and makes it possible to charge for the products in question prices which are sheltered from all effective competition.»¹¹³

Selv om generaladvokaten mente at det burde vurderes om avtalen var nødvendig for at Grundig skulle kunne etablere seg på markedet, mente domstolen at det også var nødvendig å ivareta konkurransen mellom distributører som formidlet produkter av samme produsent:

«... the more producers succeed in their efforts to render their own makes of product individually distinct in the eyes of the consumer, the more the effectiveness of competition

¹¹¹ Samme sted

¹¹² Samme sted

¹¹³ Samme sted

between producers tends to diminish. Because of the considerable impact of distribution costs on the aggregate cost price, it seems important that competition between dealers should also be stimulated. The efforts of the dealer are stimulated by competition between distributors of products of the same make.¹¹⁴

På dette grunnlaget konkluderte Domstolen med at avtalen hadde til formål å isolere det Franske markedet, og dermed «to distort competition in the Common Market.»¹¹⁵

Dommen kan slik tas til inntekt for at det i formålsvurderingen må foretas en konkret vurdering av hvordan avtalens bestemmelser vil virke i sin kontekst, og om det vil innebære konkurranseskadelige virkninger. Dommen taler slik for at det i formålsvurderingen bør foretas en analyse av potensielle konkurranseskadelige virkninger i avtalens rettslige og økonomiske kontekst. Dommen i *Consten* virker med dette å bekrefte utgangspunktet fra sak 56/65 *STM*.

¹¹⁴ Samme sted

¹¹⁵ Samme sted

3.3. Absolutt områdebeskyttelse – policy, presumsjon eller begrensning av konkurransen?

3.3.1. Innledning

Som det fulgte av behandlingen av sak 56/65 *STM* og sak 56/64 *Consten* over, virker formålsvurderingen å innebære en konkret vurdering av hvordan avtalens bestemmelser vil virke i sin kontekst (det objektive formålet), og om disse sannsynlig resulterer i en begrensning av konkurransen. Likevel er det flere eksempler på praksis fra Domstolen som kan tale for at Domstolen legger til grunn avtaler som resulterer i absolutt områdebeskyttelse som formålsbegrensninger, uavhengig av om avtalene i det konkrete tilfellet er egnet til å begrense konkurransen. Altså en form-/kategoribasert tilnærming

Dommen i sak 19/77 *Miller* er kanskje det mest fremtredende eksempelet på det siste. Her uttaler Domstolen at «... by its very nature, a clause prohibiting exports constitutes a restriction on competition ... since the agreed purpose ... is the endeavour to isolate a part of the market».¹¹⁶

Dersom Domstolen kun foretar en vurdering av hvorvidt avtalens bestemmelser tar sikte på å oppnå en absolutt områdebeskyttelse, uavhengig om avtalen i realiteten vil begrense konkurransen, taler det for at formålskategorien kan baseres på at gitte avtaletyper presumtvt begrenser konkurransen. Det vil i så fall kunne tas til inntekt for den tradisjonelle oppfatningen av formålskategorien som bestående av gitte avtaletyper som typisk begrenser konkurransen, og taler i tilfellet mot at det i formålsvurderingen må foretas en analyse av sannsynlige konkurransebegrensende virkninger.

Det er også mulig at absolutt områdebeskyttelse står i en særstilling. I blant andre C-501/06P *GSK* uttaler Domstolen at avtaler som søker å forhindre parallell handel og isolerer nasjonale marked, vil kunne stride mot EUs mål om et felles marked.¹¹⁷ I teorien er det antydnet at Domstolen i behandlingen av slike saker legger avgjørende vekt på hensynet til oppnåelsen av EUs mål om et felles marked, uavhengig av om et evt. konkurranseskadelig potensiale.¹¹⁸ I så

¹¹⁶ sak 19/77 *Miller*, avsnitt 7.

¹¹⁷ C-501/06P *GSK*, avsnitt 59 og 61. Tilsvarende i blant flere, forente saker 32 og 36/78 til 82/78 *BMW Belgium and Others*, avsnitt 20-31, C-551/03 P *General Motors*, avsnitt 71, forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*, avsnitt 140.

¹¹⁸ Se bl.a. Jones og Sufrin (2011), s. 206.

fall taler det i mot at konkurransebegrensende virkninger, enten presumert eller etter en nærmere vurdering av rettslig og økonomisk kontekst, ikke er interessant for etableringen av et konkurransebegrensende formål.

I det følgende vil avhandlingen se nærmere på hvordan EU-domstolene har behandlet avtaler som resulterer i, eller tilsvarer absolutt områdebeskyttelse, og hvilken betydning rettslig og økonomisk kontekst har hatt for etableringen av konkurransebegrensende formål.

3.3.2. Eksportforbud innebærer en presumsjon for begrensning av konkurransen

Sak 19/77 *Miller* som det er referert til over, angikk eksklusive salgavtaler som inneholdt et eksportforbud. Miller var et tysk amerikansk selskap som gjennom to plateselskap publiserte musikk på LP-plater og kassetter. LP-platene og kassetene ble hovedsakelig distribuerte til grossister, kjedebutikker, kjøpesentre og andre utsalgssteder for salg på det tyske markedet, og dels til eksportører. Noe ble også eksportert av Miller selv, for distribusjon i andre EU-land og tredjestater. Både salgavtalene for det tyske markedet, og noen av salgavtalene hvor Miller selv eksporterte til andre land, inneholdt klausuler som forbød videre eksport av produktene utenfor området som var dekket av avtalen. Enkelte av avtalene inneholdt også mulighet for erstatning dersom eksportforbudet ble brutt. Prisene i det tyske markedet var også mye høyere enn prisene Miller opererte med for eksport¹¹⁹

I motsetning til i *Consten*, foretok ikke Domstolen selv noen nærmere vurdering av avtalen i dens konkrete kontekst, verken av hvordan eksportforbudene ville resultere i en isolering av de ulike markedene til fordel for Miller, eller hvordan en slik isolering kunne påvirke konkurransen ved at Miller kunne opprettholde de høye prisene på det tyske markedet uten påvirkning av konkurranse. Domstolen viste kun til eksportforbudet inntatt i de enkelte salgavtalene og uttalte at

«.. it must be held that, by its very nature, a clause prohibiting exports constitutes a restriction on competition ... since the agreed purpose ... is to isolate a part of the market.»

Uttalelsen har i teorien blitt tatt til inntekt for at slike avtaler automatisk vil ha et konkurransebegrensende formål, og taler klart i retning av det tradisjonelle synet. En liten, men viktig nyanse ligger imidlertid i at uttalelsen ikke uttrykker at slike avtaler automatisk

¹¹⁹ sak 19/77 *Miller*, s. 133-134. Se også avsnitt 4 og 5 på s. 147, og generaladvokatens forslag på s. 154-155.

har et konkurransebegrensende formål. Etter uttalelsen er eksportforbud i seg selv en begrensning av konkurransen. Etersom partene hadde som formål å isolere markedet, hadde avtalen et konkurransebegrensende formål.¹²⁰

På denne måten virker ikke dommen i 19/77 *Miller* å være direkte uforenelig med innholdet i formålsvurderingen som fulgte av behandlingen av sak 56/65 *STM* (1965), og 56/64 *Consten*, over. Domstolen baserte seg på innholdet i avtalen, som viste at avtalens formål var å isolere markedet. Vurderingen er imidlertid basert på avtalen alene, uavhengig av avtalens kontekst. Når Domstolen også legger til grunn eksportforbud som uttrykk for en konkurransebegrensning i seg selv, taler dette for at det er tilstrekkelig å undersøke om avtalens bestemmelser inneholder eksportforbud eller resulterer i en isolering av markedet. Dette kan i tilfellet innebærer at Domstolen baserer seg på at slike avtaler presumtivist begrensner konkurransen, ettersom Domstolen ikke sier noe nærmere om *hvordan* slike avtaler begrensner konkurransen.

Det er imidlertid uklart hvilken vekt som kan tillegges uttalelsene om eksportforbud som en begrensning av konkurransen i *Miller*. Spørsmålet om eksportforbud utgjorde en konkurransebegrensning kom ikke på spissen i dommen. Dommen gjaldt spørsmålet om avtalen påvirket samhandelen, og om påvirkningen av samhandelen var merkbar.¹²¹ I denne sammenheng foretok Domstolen en konkret vurdering av blant annet Millers markedsposisjon og markedsandel av de ulike produktgruppene.¹²² Domstolens uttalelse om at avtalen hadde et konkurransebegrensende formål på grunn av eksportforbudet, var et svar på Millers anførsel om at avtalen ikke kunne ha et klanderverdig formål ettersom det var innført etter ordre fra kundene. Domstolen avviste dette kort ved å påpeke at et eksportforbud utgjorde en konkurransebegrensning «... whether it adopted at the instigation of the supplier or of the customer ...».¹²³

Domstolens syn i *Miller* på at eksportforbud presumtivist begrensner konkurransen, virker likevel å bli bekreftet i Domstolens dom i forente saker 32/78 og 36-82/78 *BMW Belgium and*

¹²⁰ I samme retning: King (2011), *ECJ*, s. 286.

¹²¹ I T-148/89 *Tréflunion* ble sak 19/77 *Miller* lag til grunn som uttrykk for at avtaler som tar sikte på å isolere markedet påvirker samhandelen. I C-501/06P *GSK* vises den imidlertid til som et grunnlag for at avtaler som søker å resultere i en isolering av marked, har et konkurransebegrensende formål.

¹²² sak 19/77 *Miller*, avsnitt 11 flg.

¹²³ Samme sted, avsnitt 7. I samme retning, se King (2011), *ECJ*, s. 268.

Others. Bakgrunnen for saken var en prisregulering i Belgia som gjorde det attraktivt for belgiske BMW-forhandlere å reeksportere biler til det tyske og nederlandske markedet. Distribusjonsavtalene for de Belgiske forhandlerne inneholdt ikke i seg selv noe eksportforbud, men forbød forhandlerne å selge nye biler til ikke-autoriserede forhandlere.¹²⁴ Denne distribusjonsavtalen hadde tidligere blitt meldt Kommisjonen, og unntatt under art. 101(3). Enkelte forhandlere leverte likevel biler til ikke-autoriserede forhandlere, noe som ble adressert av BMW i Munchen. Den etterfølgende korrespondansen om brudd på avtaleforpliktelsene og tapet og ulempene det medførte for salget av nye biler i både Tyskland og Nederland, resulterte i at 48 BMW-forhandlere i Belgia forpliktet seg til verken å selge biler utenfor Belgia, eller til firma som eksporterte utenfor Belgia.¹²⁵

For Domstolen ble det argumentert at korrespondansen mellom BMW Belgia og de enkelte forhandlerne aldri mente å gi uttrykk for eller forplikte forhandlerne til noe eksportforbud, men kun ville minne forhandlerne om forpliktelsen til ikke å eksportere til ikke-autoriserede forhandlere. Domstolen lot seg imidlertid ikke overbevise, og på bakgrunn av ordlyden i korrespondansen, måten denne ble gitt i de faktiske omstendighetene og partenes opptreden, la domstolen til grunn at partene forpliktet seg til et eksportforbud, og dermed hadde til formål å begrense konkurransen.

Domstolen uttaler imidlertid ikke eksplisitt at den anser eksportforbud som en begrensning av konkurransen. Fremstillingen virker imidlertid å forutsette at et eksportforbud utgjør en konkurransebegrensning, noe som leder til at domstolen konkluderer med at forpliktelsen hadde et konkurransebegrensende formål¹²⁶:

«Having regard to their content and their scope, the above-mentioned agreements had as their object the prevention, restriction or distortion to an appreciable extent of competition within the Common Market in respect of a product of a particular make»¹²⁷

¹²⁴ I dag vil en slik begrensning for eksport utenfor produsentens distribusjonsnettverk på gitte vilkår være unntatt forbudet etter blokkunntaket i Kommisjonforordning 400/2002. Unntaket gjelder såfremt eksport ikke forbyes til sluttforbrukere eller mellommenn som handler på vegne av sluttforbrukere, eller til forhandlere i produsentens distribusjonsnettverk. Etter 31. mai. 2013 vil forordningen erstattes av tilsvarende blokkunntak i Kommisjonforordning 461/2010

¹²⁵ Nærmere om bakgrunnen for saken, distribusjonsnettverket og korrespondansen som resulterte i forpliktelsen, se forente saker 32 og 36/78 til 82/78 *BMW Belgium and Others*, avsnitt 3-16.

¹²⁶ Samme sted, avsnitt 20-30.

¹²⁷ Samme sted, avsnitt 31.

Til forskjell fra sak 19/77 *Miller* kan det virke som om Domstolen fortar en mer konkret vurdering av hvorvidt forpliktelsen hadde et konkurransebegrensende formål i forente saker. Likevel virker det som om Domstolen legger til grunn at eksportforbud begrenser konkurransen, og på samme måte som etter 19/77 *Miller* kan det dermed virke som om formålskategorien baseres på en presumsjon om konkurransebegrensende virkninger, uavhengig om det er sannsynlig at avtalen vil ha slike virkninger.

3.3.3. Absolutt områdebeskyttelse som formålsbegrensning bygger både på policy og en forutsetning om konkurransebegrensende virkninger i rettslig og økonomisk kontekst

Selv om Domstolen i sak 19/77 *Miller* og forente saker 32 og 36-82/78 *BMW Belgium and Others* gir uttrykk for at avtaler som søker å isolere marked vil ha konkurransebegrensende formål, kan Underrettens dom i T-168/01 *GSK* virke å gi støtte til den mer konkrete vurderingen som fulgte av sak 56/65 *STM* og 56/64 *Consten*.

Bakgrunnen for T-168/01 *GSK* var en avtale mellom det spanske datterselskapet av legemiddelfirmaet GlaxoSmithKline Services Unlimited (GSK), og spanske grossister av legemidler. Etter avtalen skulle det opereres med ulike priser, avhengig av om grossistene solgte til spanske sykehus og apotek, eller eksporterte utenfor Spania.¹²⁸ Etter Kommisjonens syn ville systemet virke på samme måte som et eksportforbud ved å forhindre at de spanske grossistene kunne eksportere medisin til prisene satt av Spanske myndigheter. Slik gjorde de aktuelle salgsavtalene at det ble økonomisk uinteressant å drive parallell handel av medisinene utenfor Spania.¹²⁹

Underretten var imidlertid ikke enig i utgangspunktet til Kommisjonen. Etter Underrettens syn måtte det vurderes konkret om avtalen hadde til formål eller virkning å begrense konkurransen. Med det slutter Underretten seg til GSKs påstand om at Kommisjonen ikke tok

¹²⁸ Se T-168/01 *GSK*, avsnitt, 8-21. Tilsvarende C-501/06P *GSK*, avsnitt 3-11.

¹²⁹ Kommisjonsvedtak 2001/791/EC *GSK*, avsnitt 116-125. Tilsvarende T-168/01 *GSK* avsnitt 91-93.

tilstrekkelig hensyn til den rettslige og økonomiske kontekst i vurderingen av om det forelå en begrensning av konkurranse.¹³⁰

Relativt skarpt uttalte underretten at

«the Commission is not entitled ... merely to draw parallels with the agreements which it has had occasion to examine in its previous practice ... and take view that [the agreement] resembles those agreements or can be treated in the same way as them. *Such an approach ultimately ignores the elements of legal and economic context described above ...*»¹³¹

Med utgangspunkt i at en avtales påvirkning på effektiv konkurranse vil avhenge blant annet av karakteren til de omfattede produktene og strukturen på markedet, uttalte Underretten at

«the characterisation of a restriction of competition ... must take account of the actual framework and, therefore, of the legal and economic context in which the agreement to which that restriction is imputed is deployed. Such an obligation is imposed for the purpose of ascertaining both the object and the effect of the agreement.»¹³²

Til dette tilføyde Underretten, med henvisning til sak 56/65 STM, at dersom en tolkning av avtalens bestemmelser i dens rettslige og økonomiske kontekst viser en begrensning av konkurransen, vil avtalen ha et konkurransebegrensende formål.¹³³

I vurderingen av om salgavtalene hadde et konkurransebegrensende formål, viste Underretten til etablert praksis, og påpekte at avtaler som søkte å hindre parallell handel i utgangspunktet måtte anses å ha et konkurransebegrensende formål. Etter Underrettens syn var det imidlertid ikke tilstrekkelig bare å vurdere om avtalen tok sikte på å begrense parallell handel, og uttalte at

«GSK is correct to maintain that, having regard to the legal and economic context, the Commission could not rely on the mere fact [that the agreement] established a system of differentiated price intended to limit parallel trade as the basis for its conclusion that that provision had as its object the restriction of competition.»¹³⁴

Dette synet støtter Underretten blant annet på sak 56/64 *Consten*, og tar dommen til inntekt for at avtaler som forhindrer parallell handel ikke generelt kan anses som

¹³⁰ T-168/01 *GSK*, avsnitt 109.

¹³¹ Samme sted, avsnitt 138. (Min kurivering)

¹³² Samme sted, avsnitt 109-110.

¹³³ Samme sted, avsnitt 111.

¹³⁴ Samme sted, avsnitt 117.

formålsbegrensninger, uavhengig av en vurdering av konkurransen. Etter Underrettens syn var funnet av et konkurransebegrensende formål i *Consten* basert på en analyse av konkurransen, «abridged but real», som viste at avtalen ville isolere det franske markedet slik at priser kunne fastsettes upåvirket av konkurranse.¹³⁵

Underrettens uttalelser kan med dette tas til inntekt for at det også må vurderes om det resultat avtalen søker å oppnå vil ha en negativ virkning på konkurransen. Med andre ord kan det virke som at det er nødvendig å foreta en analyse av om det resultat avtalen søker å oppnå kan medføre konkurranseskadelige virkninger, før det kan konkluderes med at en avtale har et konkurransebegrensende formål.

Underrettens avgjørelse i *GSK* er i tillegg interessant fordi kan tas til inntekt for at en avtale som typisk anses som en formålsbegrensning, likevel må vurderes konkret ut i fra om avtalen vil begrense konkurransen. Dette kan tyde på at selv om avtalen i utgangspunktet fremstår som en tradisjonell formålsbegrensning, vil det være nødvendig å undersøke om avtale i lys av dens rettslige og økonomiske kontekst faktisk er egnet til begrense konkurransen.

Ved ankebehandlingen uttalte imidlertid Domstolen at Underretten begikk en feil i lovanvendelsen da den betinget en eventuell formålsbegrensning av om avtalen medførte ulemper for sluttforbrukeren.¹³⁶

Domstolen legger til grunn det samme utgangspunktet for formålsvurderingen som Underretten, og uttaler at «regard must be had inter alia to the content of its provisions, the objectives it seeks to attain and the economic and legal context of which it forms a part».¹³⁷

I motsetning til Underretten finner imidlertid Domstolen, med henvisning til blant andre sak 19/77 *Miller* og forente saker 32 og 36-82/78 *BMW Belgium and Others*, at avtaler som søker å oppnå en begrensning av parallell handel har et konkurransebegrensende formål. Spesielt påpeker Domstolen til at avtaler som har en tendens til å gjenopprette eller hindre tilgang til

¹³⁵ Samme sted, avsnitt 120.

¹³⁶ C-501/06P *GSK*, avsnitt 57-64.

¹³⁷ Samme sted, avsnitt 58.

nasjonale markeder, kan gå på tvers av EUs formål å opprette et felles marked. Slike avtaler har følgelig blitt ansett som formålsbegrensninger.¹³⁸

Det er imidlertid uklart hvor langt Domstolen mener at feilen i Underrettens lovanvendelse rekker. Domstolens avvisning av Underrettens resonnement kan forstås på ulike måter.

På den ene siden kan Domstolen forstås som at den fullstendig setter til side Underrettens vurdering. Dette innebærer i tilfellet at avtaler som søker å oppnå en begrensning av parallell handel, isolerer nasjonale markeder eller gjør nasjonale markeder utilgjengelige, vil ha et konkurransebegrensende formål.

På den andre siden kan også Domstolens uttalelse forstås som at feilen i lovanvendelse var begrenset til Underrettens betingelse av at avtalen måtte medføre en ulempe for sluttforbrukerne. Domstolens vurdering av Underrettens dom virker å være basert på, og begrenset til at det verken er støtte i ordlyden i artikkel 101(1) TFEU eller i Domstolens praksis for at konkurransebegrensning betinges av at det foreligger en ulempe for sluttforbrukere.¹³⁹ Med henvisningen til avgjørelsen i *T-Mobile* viser Domstolen at det ikke er nødvendig å påvise en reduksjon av konkurransefordeler i form av tilbud eller pris for sluttforbrukere. Domstolen påpeker at artikkel 101(1) ikke bare er ment å beskytte interessene til konkurrenter og forbrukere, men også «the structure of the market and ... competition as such.»¹⁴⁰

Domstolen adresserer imidlertid ikke Underrettens forståelse av utgangspunktet for formålsvurderingen, eller utsagnet om at det må foretas en nærmere vurdering av om avtalen også vil kunne medføre konkurransebegrensende virkninger.

Slik kan Domstolen tas til inntekt for at avtaler som forhindrer parallell handel, eller på annen måte isolerer nasjonale markeder, presumtivt vil begrense konkurransen. Dersom Domstolens avvisning av Underrettens lovanvendelse i tillegg kan forstås å begrense seg til at den var betinget av ulemper for sluttforbrukerne, kan det tas til inntekt for at Domstolen ikke avviser at det kan være relevant også å undersøke om avtalen i realiteten er egnet til å begrense konkurransen.

¹³⁸ Samme sted, avsnitt 59 og 61.

¹³⁹ Samme sted, avsnitt 62.

¹⁴⁰ C-501/06P *GSK*, avsnitt 63, med henvisning til C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 38-39.

Domstolens avvisning av Underrettens vurdering kan imidlertid forstås å være like mye basert på hensynet til oppnåelsen av EUs mål om et felles marked. Domstolen påpeker at:

«The Court has ... held ... that an agreement between producer and distributor which might tend to restore the national divisions in trade between Member States might be such as to frustrate the Treaty's objective of achieving the integration of national markets through the establishment of a single market. *Thus* on a number of occasions the Court has held agreements aimed at partitioning national markets according to national borders or making the interpenetration of national markets more difficult, in particular those aimed at preventing or restricting parallel exports, to be agreements whose object is to restrict competition»¹⁴¹

Med uttalelsen kan det virke som om Domstolen har lagt til grunn slike avtaler som formålsbegrensninger på grunn av motstriden med formålet om et felles marked i seg selv. Med det kan det virke som om hensynet til oppnåelsen av et felles marked veier tyngre enn avtalens konkurranseskadelige potensiale, enten det kan presumeres eller følger av en nærmere vurdering av sannsynlige virkninger. I tilfellet vil det kunne utelukke at konkurranseskadelige virkninger i rettslig og økonomisk kontekst har betydning for etableringen av konkurransebegrensende formål.

I uttalelsen henviser Domstolen til sak C-468 til 478/06 *Sot. Lélos kai Sia* som grunnlag for at avtaler som tar sikte på å hindre parallell handel har et konkurransebegrensende formål. Saken gjaldt imidlertid et spørsmål misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TFEU, og gir ikke noe særlig bidrag til spørsmålet om avtaler som søker å oppnå en begrensning av parallell handel utgjør en formålsbegrensning på grunn av hensynet til oppnåelse av et felles marked. Imidlertid kan kanskje C-551/03 P *General Motors* og forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 *IAZ* og C-306/96 *Javico* gi større veiledning til spørsmålet. Det er disse avgjørelsene Domstolen viser til i forente saker C-468 til 478/06 *Sot. Lélos kai Sia*, hvor den gir uttrykk for at hensynet til markedsintegrasjon (et felles marked) står sentralt.

Bakgrunnen for forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 *IAZ* var en avtale som innførte et system for å merke at vaskemaskiner importert til Belgia var i overensstemmelse med krav i belgisk lovgivning. Systemet erstattet en tidligere godkjenningsordning, hvoretter gitte typer og modeller vaskemaskiner generelt var godkjent. Konformitetsmerkingen etter det nye

¹⁴¹ C-501/06P *GSK* (min kursivering)

systemet ble kun gitt til offisielle produsenter og eneimportører av de ulike vaskemaskinenemerkene.¹⁴²

På grunnlag av at det nye systemet forhindret at andre enn parter i avtalen fikk konformitetsmerket, og at det nye systemet ble av enkelte betraktet som et «weapon» mot konkurranse fra parallellimport til fordel for aktørene i avtalen, kom Domstolen til at

«the Agreement, regard being had to its content, its origin and the circumstances in which it was implemented, clearly expresses the intention of treating parallel imports less favourably than official imports with a view to hindering the former ... Therefore, the purpose of the Agreement, regard being had to its terms, the legal and economic context in which it was concluded and the conduct of the parties, is appreciably to restrict competition within the common market»¹⁴³

At det bare var offisielle produsenter og eneimportører som fikk tildelt konformitetsmerket, fulgte ikke direkte av avtalen, men var et utslag av hvordan avtalen ble anvendt i omstendighetene. På samme måte som i sak 56/64 *Consten* tyder dette på at Domstolen også vurderte avtalens virkninger i avtalens rettslige og økonomiske kontekst for å konkludere med at avtalen resulterte i en begrensning av parallellimport av vaskemaskiner.¹⁴⁴ Domstolen uttrykker imidlertid ikke eksplisitt at en begrensning av parallellimport vil kunne resultere i konkurranseskadelige virkninger. Som i forente saker 32 og 36/78 til 82/78 *BMW Belgium and Others* (1978) virker Domstolen bare å bygge på en forutsetning om at en begrensning av parallellhandel begrenser konkurransen, og kan slik forstås å bygge på en presumsjon om konkurransebegrensende virkninger.

Det tilsvarende virker å være grunnlaget for Domstolens avgjørelse i sak 551/03 P *General Motors*. Bakgrunnen for saken var avtaler mellom *Opel Nederland* og enkeltforhandlere som søkte å forhindre eksportsalg av Opel-biler til sluttforbrukere og forhandlere i andre medlemsland. Etter Kommisjonens syn var avtalene del av en bevisst strategi av *Opel Nederland* om å forhindre all eksport fra Nederland, og ble gjennomført gjennom implementeringen av distribusjonsavtalene med forhandlerne. Strategien besto i å begrense leveringen av antallet biler basert på forhandlerens salgsmål, å unnta eksportsalg til

¹⁴² For nærmere om bakgrunnen for saken, se forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 *IAZ*, avsnitt 3 flg.

¹⁴³ Samme sted, avsnitt 23-25.

¹⁴⁴ I samme retning King (2011), *ECJ*, s. 281.

sluttforbrukere fra beregningen av bonus til forhandlerne og et generelt eksportforbud i enkelte perioder.¹⁴⁵

Etter Underrettens syn førte bonussystemet i avtalen mellom *Opel Nederland* og forhandlerne til at eksportsalg økonomisk ble mindre lukrativt, og dermed utgjorde en begrensning av eksportsalg. På bakgrunn av dette, og at bonussystemet i utgangspunktet var ment å redusere mengden eksportsalg, konkluderte Underretten med at bonussystemet hadde et konkurransebegrensende formål.¹⁴⁶

Ved ankebehandlingen for Domstolen ble det argumentert med at Underretten ikke hadde tilstrekkelig rettslig grunnlag for å konkludere med at bonusordningen til *Opel Nederland* hadde et konkurransebegrensende formål.¹⁴⁷ Domstolen på sin side sluttet seg til Generaladvokatens innstilling og uttalte at

«... such an objective can be achieved not only by direct restrictions on exports but *also through indirect measures*, such as those at issue in this case, since they influence the economic conditions of such transactions.»¹⁴⁸

Generaladvokaten anså spørsmålet om hvorvidt distribusjonsavtale hadde et konkurransebegrensende formål som et spørsmål om midlene i avtalen var egnet til å fremkalle en prioritet til det nasjonale markedet over eksport ved å endre forholdene for konkurransen i markedet.¹⁴⁹ Etter Generaladvokatens syn fremsto det som

«obvious ... that such an objective can be achieved not only by direct restrictions on exports but also through indirect measures aimed at deterring a dealer from making foreign sales, particularly by influencing the economic and financial conditions of such operations»¹⁵⁰

Domstolen og Generaladvokatens uttalelser tyder her på at avtalens objektive formål ikke nødvendigvis må følge av avtalens innhold, men også kan baseres på hvordan avtalens bestemmelser virker i sin rettslige og økonomiske kontekst. På tilsvarende måte som i forente

¹⁴⁵ Se nærmere om bakgrunnen for saken i T-368/00 *General Motors*, avsnitt 1-17. Se spesielt omtalen av kommisjonens vedtak i avsnitt 23-30.

¹⁴⁶ Samme sted, avsnitt 100-102.

¹⁴⁷ C-551/03 P *General Motors*, avsnitt 61, med henvisning til Underrettens begrunnelse i T-368/00 *General Motors*, avsnitt 98-102.

¹⁴⁸ C-551/03 P *General Motors*, avsnitt 68. (Min kursivering).

¹⁴⁹ Samme sted, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 71.

¹⁵⁰ Samme sted, Generaladvokatens innstilling, avsnitt, 72.

saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 *IAZ*, virker domstolen å forutsette en begrensning av eksport presumtivt begrenser konkurransen,

I motsetning til hva henvisningene i henholdsvis forente saker C-468 til 478/06 *Sot. Lélos kai Sia* og C-501/06 P *GSK* gir inntrykk av, sier imidlertid Domstolens avgjørelse i C-551/03 P *General Motors* lite om at avtaler som forhindrer parallell handel, og spesielt avtaler som slik søker å gjenopprette eller vanskeliggjøre tilgangen til nasjonale marked, vil stride mot EUs mål om et felles marked.

Heller ikke i forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 *IAZ* eller C-306/96 *Javico* uttaler Domstolen noe om at avtaler som søker å isolere eller vanskeliggjøre adgangen til nasjonale marked ved å forhindre parallell handel strider mot målet om et felles marked, og av den grunn må anses å ha et konkurransebegrensende formål. Det er dermed tvilsomt om Domstolen hadde tilstrekkelig grunnlag for sin uttalelse i C-501/06P *GSK*.

Synet på at avtaler som motvirker oppnåelsen av et felles marked ved å søke å isolere nasjonale markeder i utgangspunktet har et konkurransebegrensende, ble likevel fulgt opp av Domstolen i forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*.

Bakgrunnen for saken var (blant annet) avtalene mellom *Football Association Premier League* som eide rettighetene til videopptakene av kampene i den engelske ligaen *Premiere League*, og TV-kanalene som kjøpte rettigheter til å sende fotballkampene i sitt land. TV-kanalene fikk eksklusive rettigheter til å sende kampene i sitt land, mot at de forpliktet seg til ikke å formidle dekodingsutstyr som gjorde at abonnement kunne motta tv-signalene fra den kanalen utenfor sine respektive land.

I avgjørelsen henviser Domstolen til C-501/06P *GSK* og forente saker C-468 til 478/06 *Sot. Lélos kai Sia* (2006), og uttaler at

«... in accordance with the Court's case-law, an agreement which might tend to restore the divisions between national markets is liable to frustrate the Treaty's objective of achieving the integration of those markets through the establishment of a single market. Thus, agreements which are aimed at partitioning national markets according to national borders or make the interpenetration of national markets more difficult must be regarded, in principle, as agreements whose object is to restrict competition»¹⁵¹

¹⁵¹ forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*, avsnitt 139.

På bakgrunn av dette la Domstolen til grunn at også utøvelsen av lisensrettighetene til sendingene av kamper i Premier League, som gjennom distribusjonsavtaler forbød den enkelte lisenshaver å distribuere dekodingsutstyr utenfor sitt nasjonale marked, var «... deemed to have as its object the restriction of competition ...».¹⁵²

Dette innebærer at selv om grunnlaget for Domstolens uttalelser er tvilsomt legitimert gjennom løse, ufunderte referanser til egen praksis, medfører Domstolens rolle som ansvarlig for tolkningen og utviklingen av EU-rett etter artikkel 9 TEU at det nå må legges til grunn at slike avtaler vil ha et konkurransebegrensende formål basert på avtalens karakter.

Dette skulle i utgangspunktet også tilsi at en nærmere vurdering av konkurranseskadelige virkninger i rettslig og økonomisk kontekst vil være unødvendig, ettersom slike avtaler anses forbudt av hensynet til oppnåelsen av et felles marked.

Domstolens avgjørelse i forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* tyder imidlertid også på at formålsstridigheten baseres på en presumsjon om at slike avtaler vil ha konkurranseskadelige virkninger. Altså at hensynet til markedsintegrasjon ikke er selvstendig. Selv om avtaler som søker å isolere nasjonale markeder er «deemed» til å ha et konkurransebegrensende formål, gjelder dette i følge Domstolen kun «... unless other circumstances falling within its economic and legal context justify the finding that such an agreement is not liable to impair competition.»¹⁵³

Domstolen uttaler videre at ettersom distribusjonsavtalene «enables each broadcaster to be granted absolute territorial exclusivity in the area covered by its licence and, thus, *all competition between broadcasters in the field of those services to be eliminated.*»¹⁵⁴ Selv om Domstolen ikke utfører noen grundig analyse av konkurranseskadelige virkninger i rettslig og økonomisk kontekst, kan dette forstås som en forklaring på hvordan avtalen vil begrense konkurransen. Uttalelsen kan dermed tyde på at det selv om man i utgangspunktet bygger på en presumsjon for konkurranseskadelige virkninger, er det nødvendig å bekrefte at avtalen sannsynlig («liable») vil begrense konkurransen, sett i lys av avtalens rettslige og økonomiske

¹⁵² Samme sted, avsnitt 140.

¹⁵³ Samme sted (min kursivering).

¹⁵⁴ Samme sted, avsnitt 142 (min kursivering).

kontekst. Det er først etter dette at Domstolen konkluderer med at avtalen har et konkurransebegrensende formål etter art. 101(1) TFEU.¹⁵⁵

Dette tyder på at på tross av at avtalen i utgangspunktet fremstår som å ha et konkurranseskadelig formål basert på at avtalen hindrer oppnåelsen av et felles marked, er det likevel en forutsetning at avtalen i dens rettslige og økonomiske kontekst er egnet til å begrense konkurransen. Dette tilsier at en presumsjon for konkurranseskadelig virkning må underbygges med en analyse av avtalens konkurranseskadelige virkninger i dens rettslige og økonomiske kontekst.

Et tilsvarende syn på rettslig og økonomisk kontekst, frontes av Generaladvokat Mazák i hans innstilling i C-439/09 *Pierre Fabre*. I innstillingen uttaler Mazák at selv om det ikke er nødvendig å vurdere avtalens virkninger når en avtale har et konkurransebegrensende formål, har domstolen også lagt til grunn at det må tas hensyn til innholdet i avtalen, målene den søker å oppnå, og den økonomiske og rettslige kontekst avtalen danner en del av. Etter Mazáks syn innebærer dette at et formål ikke kan etableres basert på en abstrakt vurdering.¹⁵⁶

«[T]hus while certain forms of agreements would appear from past experience to be prima facie infringements by object, this does not relieve the Commission or a national competition authority of the obligation of carrying out an individual assessment of an agreement.»¹⁵⁷

Verken Mazák eller Domstolen går imidlertid videre på en vurdering av rettslig og økonomisk kontekst. Saken gjaldt et forbud mot internettsalg, og både Mazák og Domstolen vurderte i stedet om avtalen kunne ses under de unntakene som Domstolene i tidligere praksis har opprettet for selektive distribusjonssystemer.¹⁵⁸ Ettersom Domstolen ikke slutter seg til uttalelsen, og uttalelsen ikke angår Domstolens vurdering i saken, kan ikke Mazáks uttalelse ilegges noen rettslig vekt. Synspunktet er likevel interessant og støtter opp under forståelsen over av Domstolens avgjørelse i forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*.

¹⁵⁵ Samme sted, avsnitt 14

¹⁵⁶ C-439/09 *Pierre Fabre*, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 26.

¹⁵⁷ Samme sted, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 27.

¹⁵⁸ Samme sted, avsnitt 40 flg., hvor Domstolen vurderer forbudet mot internettsalg etter mønster fra unntaket for selektive distribusjonssystemer. Tilsvarende i Generaladvokatens innstilling, avsnitt 46 flg. Se bl.a. sak 26/76 *Metro I*.

Med avgjørelsen i forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* virker Domstolen dessuten å bekrefte Underrettens utgangspunkt for vurderingen i sak T-168/01 om at det ikke i seg selv er tilstrekkelig å påvise at en avtale tar sikte på å isolere markedet.

Domstolens uttalelse er også på samme måte som Underrettens avgjørelse i sak 168/01 *GSK*, interessant fordi den i tillegg kan tas til inntekt for at en nærmere vurdering av egnede konkurranseskadelige virkninger i avtalens rettslige og økonomiske kontekst, kan medføre at avtaler som typisk begrenser konkurransen likevel ikke har et konkurransebegrensende formål i det konkrete tilfellet. Av den grunn vil avhandlingen komme tilbake til forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* i avsnitt 4.2, i forbindelse med spørsmålet om en analyse av konkurranseskadelige virkninger kan motbevise et konkurransebegrensende formål for avtaler som tradisjonelt har blitt ansett som formålsbegrensninger.

3.4. Nedbygging av kapasitet i irsk kjøttindustri og nødvendige konkurransebegrensende konsekvenser - C-209/07 BIDS

3.4.1. Innledning – formålsbegrensninger både innenfor og utenfor boksen

Med unntak av utgangspunktet i sak 56/65 *STM*, har denne avhandlingen så langt kun sett på hvilken betydning rettslig og økonomisk kontekst har hatt for etableringen av en formålsbegrensning for avtaler som utgjør en absolutt områdebeskyttelse. En absolutt områdebeskyttelse er en del av de avtaletypene som tradisjonelt har blitt ansett som formålsbegrensninger, og som tar del i *the object box* etter det tradisjonelle synet på formålskategorien. I C-209/07 *BIDS* slo imidlertid Domstolen fast at eksemplene på konkurransebegrensende avtaler i artikkel 101(1) bokstav a – e ikke utgjør en uttømmende liste av forbudte avtaler og kom til at en avtale utenfor *the object box* hadde et konkurransebegrensende formål.¹⁵⁹

Når domstolen på denne måten avviste en anførsel om at formålskategorien måtte tolkes snevert og forbeholdes de tradisjonelle og åpenbare tilfellene, tyder det på at anvendelsesområdet for formålskategorien ikke er begrenset til gitte avtaleryper.¹⁶⁰ For den praktiske anvendelsen av formålskategorien innebærer dette at selv om en avtale ikke utgjør eller tilsvarer en tradisjonell formålsbegrensning, utelukker ikke det at den aktuelle avtalen kan ha et konkurransebegrensende formål.

I dette underavsnittet vil avhandlingen se nærmere på hvilken betydning rettslig og økonomisk kontekst hadde da Domstolen konkluderte med et konkurransebegrensende formål på et tilfelle utenfor *the objec box*.

3.4.2. Bakgrunnen for saken

Som en reaksjon på overkapasitet i irsk kjøttindustri, nærmere bestemt innenfor slakt og foredling av storfe, gikk de ti største aktørene sammen og dannet *Beef Industry Development Society Ltd.* (heretter BIDS). Målet med BIDS var å komme frem til en ordning med sikte på redusere overkapasiteten i bransjen. Samlet sto de ti aktørene for foredlingen av 93 % av det storfekjøttet som ble solgt på det irske markedet.

¹⁵⁹ C-209/07 *BIDS*, avsnitt 23 i tråd med Generaladvokatens innstilling, avsnitt 48.

¹⁶⁰ I samme retning, se. King (2011), *ECJ*, s. 290.

Ordningen BIDS kom frem til, var at noen av aktørene i BIDS skulle trekke seg ut av bransjen. Disse forpliktet seg til å stenge ned anleggene benyttet til slakting og kjøttforedling, og til ikke å inngå i konkurrerende virksomhet på 2 år (non-compete). I tillegg måtte aktørene selge vekk utstyret som var brukt i produksjon, enten til de gjenværende eller utenfor Irland, og eiendommene og lokalene som hadde blitt bruk i produksjonen kunne ikke benyttes til tilsvarende virksomhet i de neste fem årene (ikke-bruk). Til gjengjeld skulle de aktørene som valgte å forlate bransjen, kompenseres av BIDS. For å finansiere kompensasjonen, skulle de gjenværende betale en avgift pr enhet (storfe) av produksjonen. Avgiften lå på € 2 per enhet under produksjonsgjennomsnittet for de tre foregående årene, og € 11 for hver enhet for produksjon over gjennomsnittet.

Irsk høyesterett besluttet å anmode Domstolen om en prejudisiell tolkningsuttalelse om hvorvidt en slik ordning hadde et konkurransebegrensende formål, til forskjell fra konkurransebegrensende virkning.¹⁶¹

3.4.3. Nødvendig følge

- Generaladvokatens syn

Twisten mellom partene for Domstolen sto om forståelsen av formålskategorien, og på hvilket grunnlag en avtale kunne anses å ha et konkurransebegrensende formål. I sin innstilling foretar Generaladvokat Trstenjak en omfattende redegjørelse for hennes syn på formålskategorien, hvor hun blant annet skisserer det hun anser som de sentrale kriteriene for hvorvidt en avtale har et konkurransebegrensende formål.

Etter hennes vurdering gir Domstolens praksis uttrykk for at en avtale har et konkurransebegrensende formål når en tolkning av avtalens innhold i lys av dens rettslige og økonomiske kontekst, har «the necessary consequence ... the restriction of competition».¹⁶²

Uttalelsen tyder på at en avtale har et konkurransebegrensende formål når den kan forventes eller nødvendigvis vil føre til en begrensning av konkurransen. Sett i sammenheng med at Trstenjak uttaler at avtalens formål må vurderes i lys av rettslig og økonomisk kontekst, kan

¹⁶¹ Nærmere om bakgrunnen for saken, se C-209/07 *BIDS*, avsnitt 3-13 og Generaladvokatens innstilling, avsnitt 6-21.

¹⁶² Samme sted, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 43-44.

dette tilsi det det må foretas en analyse av om avtalen i lys av rettslig og økonomisk kontekst, vil medføre konkurranseskadelige virkninger.

Etter Trstenjaks syn er imidlertid momentene i rettslig og økonomisk kontekst kun relevant i den grad et den er egnet til å «cast doubt» om konkurransen begrenses.¹⁶³ Dette eksemplifiserer hun blant annet i relasjon til kravet om at aktører fritt må kunne avgjøre hvordan de vil opptre på markedet, noe som etter hennes syn kan være tilfellet dersom forhold i den rettslige og økonomiske kontekst gjør det tvilsomt om aktørene i utgangspunktet er konkurrenter.¹⁶⁴

Dette viser seg også av Trstenjaks vurdering av hvorvidt BIDS hadde et konkurransebegrensende formål. I vurderingen av om en reduksjon av overkapasitet har som en nødvendig konsekvens at konkurransen begrenses, etableres Trstenjak konkurransebegrensningen på en betraktning av hvordan overkapasitet kan forventes å ha betydning for enhetskostnaden, og dermed på pris. Nærmere forklart skyldes dette at ved overkapasitet vil faste kostnader per enhet være høyere enn dersom kapasiteten utnyttes og de faste kostnadene fordeles på flere enheter. På grunn av at stordriftsfordeler er avhengig av i hvilken grad kapasitet utnyttes, vil den enkelte aktør være utsatt for større konkurranse i et marked med høy overkapasitet ettersom det vil være vanskeligere å oppnå full utnyttelse av kapasiteten. Slik er det en gjensidig avhengighet mellom konkurransetrykk, overkapasitet og stordriftsfordeler. En avtale om å redusere overkapasitet vil av den grunn begrense konkurransen om å oppnå en best mulig utnyttelse av kapasitet.¹⁶⁵

På den ene siden er dette helt klart en analyse av hvordan avtalens virkninger vil kunne medføre konkurranseskadelige virkninger, en vurdering Trstenjak støtter på økonomisk teori. Dette kan tas til inntekt for at formålsvurderingen ikke utelukker at det kan foretas en analyse av potensielle konkurranseskadelige virkninger. Det interessante er imidlertid at denne vurderingen er basert på generelle økonomiske betraktninger av den gjensidige avhengigheten mellom konkurransetrykk, kapasitetsutnyttelse og enhetskostnad, løsrevet fra avtalens konkrete rettslige og økonomiske kontekst. Det foretas med andre ord en analyse av konkurranseskadelige virkninger, men basert på økonomisk teori. På grunn av at vurderingen

¹⁶³ Samme sted, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 50.

¹⁶⁴ Samme sted, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 52.

¹⁶⁵ Samme sted, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 68 og 71.

er løsrevet fra den konkrete kontekst, kan dette forstås som at det etableres en presumsjon for konkurranseskadelig virkning.

Som Trstenjak uttaler, kan rettslig og økonomisk kontekst være relevant for å kaste tvil («cast doubt») om slike konkurranseskadelige virkninger kan presumeres.¹⁶⁶ Avhandlingen vil i den sammenheng komme tilbake til hvordan Trstenjak gir uttrykk for at en vurdering av avtalens rettslige og økonomiske kontekst kan motbevise denne presumsjonen i avsnitt 4.2.

Dette taler imidlertid mot at en analyse av konkurranseskadelige virkninger lys av avtalens rettslige og økonomiske kontekst er nødvendig for å etablere at avtalen har et konkurransebegrensende formål.

Trstenjaks vurdering av hvordan de øvrige ordningene har en konkurransebegrensende konsekvens, kan imidlertid ses mer relatert til rettslig og økonomisk kontekst.

For spørsmålet om en avtalt utgang av markedet har en konkurransebegrensning som nødvendig konsekvens, foretar Trstenjak en sammenligning av hvordan de normale markedsforholdene hypotetisk ville påvirket aktørene dersom det ikke hadde vært for avtalen. I denne forbindelse uttaler hun at

«[u]nder Article 81(1) EC, any restriction of the requirement of independence is prohibited if it gives rise to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question, *taking into account the nature of the products or the services provided, the size and number of the undertakings and also the volume of the market in question.*»¹⁶⁷

Dette tilsier at rettslig og økonomisk kontekst har betydning for om påvirkningen av aktørenes handlefrihet kan regnes som en konkurransebegrensning.

For vurderingen av om ordningens krav om nedstenging og ikke-bruk, uttaler Trstenjak at det vil foreligge en begrensning av konkurransen dersom opprettelsen av nye produksjonsanlegg ikke er «economically feasible under present market conditions».¹⁶⁸ En vurdering av de konkrete markedsforholdene (den økonomiske kontekst) er med andre ord nødvendig for hvorvidt kravene begrenser potensiell konkurranse fra andre aktører.

¹⁶⁶ Samme sted, Generaladvokatens innsilling, avsnitt 50.

¹⁶⁷ Samme sted, Generaladvokatens innsilling, avsnitt 80. (Min kursivering).

¹⁶⁸ Samme sted, Generaladvokatens innsilling, avsnitt 88.

På tross av Trstenjaks uttalelse om at rettslig og økonomisk kontekst kun er relevant for å motbevise en potensiell konkurransebegrensning, kan dette tilsi at en vurdering av avtalens rettslige og økonomiske kontekst har betydning for om konkurransebegrensende virkninger kan forventes.

- *Domstolen*

Overfor Domstolen argumenterte blant annet BIDS med at ettersom avtalen ikke påvirket den totale produksjonen i markedet, eller påvirket den enkelte aktørs opptreden, ville ikke avtalen medføre en begrensning av konkurransen. Den totale produksjonen ville ikke påvirkes ettersom de gjenværende aktørene hadde kapasitet til å dekke behovet. I denne sammenheng argumenterte BIDS for at ordningen ikke kunne sammenlignes med tilfeller av produksjonsbegrensning eller andre konkurransebegrensende avtaler som Domstolens tidligere hadde ansett som formålsbegrensninger.

Domstolen anså det likevel som åpenbart at formålet med avtalen var å endre markedsstrukturen gjennom å oppfordre konkurrenter til å forlate markedet. Dette stred etter domstolens syn med det grunnleggende kravet til at aktører selvstendig må avgjøre sin opptreden på markedet.¹⁶⁹ Uten avtalen ville ikke aktørene hatt andre muligheter enn på øke rivaliseringen om markedet. Avtalen innebar dermed etter Domstolens syn en unngåelse av den naturlige utviklingen av markedet, og gjorde partene i stand til å koordinere markedssituasjonen.¹⁷⁰

På punktet om avgiftene som de gjenværende produsentene måtte betale, slutter Domstolen seg til Trstenjaks vurdering og uttaler at avgiftene vil hindre den naturlige utviklingen av aktørenes markedsmidler. I tillegg innebar etter Domstolens syn at aktører kunne bli skremte fra å overstige deres tidlige produksjonsnivå, og kunne føre til en begrensning av produksjon.¹⁷¹

Tilsvarende anså Domstolen at kravet til å stenge ned produksjonsanlegg, selge unna utstyr, og forpliktelsen til ikke-bruk hadde et konkurransebegrensende formål, ettersom kravene tok

¹⁶⁹ Samme sted, avsnitt, avsnitt 31-34

¹⁷⁰ Samme sted, avsnitt 31-35. i samme retning Mahtani (2012), *ECJ*, s. 21.

¹⁷¹ C-209/07 *BIDS*, avsnitt 37. Tilsvarende i Generaladvokatens innstilling, avsnitt 75.

sikte på å hindre at andre aktører etablerte seg på markedet og utnyttet anleggende.¹⁷² På samme måte som Trstenjak, anså Domstolen at kostnadene ved å opprette et nytt anlegg, ville gjøre det uøkonomisk for andre aktører å etablere seg på markedet.¹⁷³

Domstolen uttaler ikke eksplisitt at den støtter seg til Trstenjaks syn på når en avtale foreligger. Likevel virker Domstolen å argumentere på tilsvarende måte som Trstenjak for hvordan enkeltelementene av avtalen vil resultere i en begrensning av konkurransen. Domstolen kan slik forstås å dele Trstenjaks syn på at et konkurransebegrensende formål foreligger når konkurransen vil begrenses som en konsekvens av avtalen.

Etter dette virker det ikke som om vurderingen av «necessary consequences» innebærer en virkningsanalyse i rettslig og økonomisk kontekst. Hvorvidt avtalen som konsekvens vil begrense konkurransen, virker i stedet å være en vurdering av hva som er de mest sannsynlige virkningene på konkurransen, basert på hvilke resultat avtalens bestemmelser søker å oppnå.¹⁷⁴ Dette kan kanskje forstås å skape en presumsjon for at konkurransen vil begrenses¹⁷⁵, men uten en konkret vurdering av om avtalen sett i lys av rettslig og økonomisk kontekst medfører faktiske konkurranseskadelige virkninger. Som det fulgte av Trstenjaks redegjørelse av om en reduksjon i kapasitet ville medføre konkurransebegrensende virkninger, virket presumsjonen å være abstrakt.¹⁷⁶

Dette tyder på at en vurdering av om avtalen vil ha konkurranseskadelige virkninger i den rettslige og økonomiske kontekst, ikke er nødvendig for å etablere at en avtale har et konkurransebegrensende formål. Dette fremstår likevel som noe uklart. Etter både Domstolens og Trstenjaks vurdering, ville avtalen begrense konkurransen dersom markedssituasjonen gjorde det uøkonomisk for andre aktører å etablere et nytt produksjonsanlegg. På denne måten virker det som om avtalens økonomiske kontekst likevel kan ha betydning for om avtalen nødvendigvis begrenser konkurransen.

¹⁷² Samme sted, avsnitt 38

¹⁷³ Samme sted. Tilsvarende i Generaladvokatens innstilling avsnitt 88.

¹⁷⁴ Som Mahtani (2012) ECJ, s. 23, påpeker, virker Domstolen og Trstenjak å foreta en vurdering av om avtalen sannsynlig vil begrense konkurransen, uten at det baseres på økonomiske bevis for faktiske eller potensielle konkurranseskadelige virkninger.

¹⁷⁵ I den retning, se Odudu (2008), *CLJ*

¹⁷⁶ Mahtani (2012), *ECJ*, s. 23

Selv om dommen fremstår som tvetydig for om rettslig og økonomisk kontekst har betydning for etableringen av et konkurransebegrensende formål, er dommen likevel sentral for forståelsen av formålskategorien generelt. I vurderingen av om BIDS avtaler med de enkelte aktørene hadde et konkurransebegrensende formål, tok ikke Domstolen utgangspunkt i noen etablert avtaletype eller kategori som tradisjonelt begrenser konkurransen. I stedet var vurderingen åpen, og tok utgangspunkt i om avtalen bestemmelser som «necessary consequence» ville begrense konkurransen. Dette tyder på at formålskategorien ikke er låst til *the object box*, og at også avtaler utenfor boksen kan ha et konkurransebegrensende formål.

Dette innebærer blant annet at aktører ikke kan argumentere mot at avtalen har et konkurransebegrensende formål på grunnlag av at avtalen ikke tilsvarer avtaler som tradisjonelt har blitt ansett som formålsbegrensninger (*the object box*). Dette innebærer imidlertid også at nasjonale domstoler ikke kan avvise en påstand om konkurransebegrensende formål på grunnlag av at avtalen ikke har blitt ansett som en formålsbegrensning tidligere.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Dette er spesielt interessant i norsk sammenheng. Follo tingrett avviste nylig at et anbudssamarbeid hadde et konkurransebegrensende formål på grunn av at anbudssamarbeidet ikke hadde likhetstrekk med noen kjente formålsovertredelser. I tillegg påpekte tingretten at konkurransetilsynet ikke hadde lagt frem noe eksempel på at et åpent anbudssamarbeid kunne ha et konkurransebegrensende formål. Se dom av Follo tingrett 8. februar 2013, 11-202508TVI-FOLL *Ski Follo taxidrift.*, s. 19-20.

3.5. Sannsynlige konkurranseskadelige virkninger – mobilabonnement, bananer og bilforsikringer

3.5.1. Innledning

I tre nylige dommer, har EU-domstolene gitt uttrykk for at det er tilstrekkelig at avtalen sannsynlig kan resultere i en begrensning av konkurranse for at avtalen skal kunne anses å ha et konkurransebegrensende formål.

I C-8/08 *T-Mobile* uttalte Domstolen at

«in order for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, *it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition. In other words, the concerted practice must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market.*»¹⁷⁸

Domstolen har senere fått kritikk for uttalelsen, blant annet på grunn av at den tilsynelatende gir formålskategorien et vidt anvendelsesområde og setter en lav terskel for når en avtale har et konkurransebegrensende formål.¹⁷⁹ Uttalelsen ble likevel fulgt opp av Domstolen i C-32/11 *Allianz Hungária*, og av Underretten i T-588/08 *Bananas*. Uttalelsen er også tatt inn som et utgangspunkt for formålsvurderingen i den siste fremstillingen av artikkel 101(1) av Whish og Bailey (2012)¹⁸⁰

Ved første øyekast kan det virke som om formålsvurderingen med et slikt utgangspunkt blir et spørsmål om avtalen sannsynlig vil kunne medføre konkurranseskadeliger. Slik sett virker utgangspunktet å sammenfalle med Domstolens uttalelser i C-209/07 *BIDS* som stilte spørsmålet om konkurranseskadelige virkninger var en nødvendig konsekvens av avtalens formål. Som det fremgikk av avsnitt 3.4.3 var det imidlertid uklart om en analyse av avtalen i rettslig og økonomisk kontekst hadde betydning for om en konkurranseskadelig virkning kunne forventes. Etter Generaladvokatens syn, hadde forhold fra rettslig og økonomisk kontekst kun betydning i tilfellet det reiste tvil om slike virkninger kunne forventes.

I både C-8/08 *T-Mobile*, C-32/11 *Allianz Hungária*, og av Underretten i T-588/08 *Bananas* uttrykkes det til sammenligning at det er tilstrekkelig at avtalen sannsynlig vil medføre

¹⁷⁸ C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 31. (Mine kursiveringer)

¹⁷⁹ Bailey (2012), *CMLR*, s. 589. Se også C-439/09 *Pierre Fabre* som benytter uttrykket «*liable*».

¹⁸⁰ Hhv. Whish og Bailey (2012), s. 118.

konkurranseskadelige virkninger «in an individual case, having regard to the specific legal and economic context».¹⁸¹ Dette kan tyde på en mer konkret vurdering av om forholdene i det enkelte tilfellet gjør det sannsynlig at konkurransen vil begrenses.

I de engelske oversettelsene av avgjørelsene i C-8/08 *T-Mobile*, C-32/11 *Allianz Hungária*, og T-588/08 *Bananas* brukes uttrykket «capable». En ren oversettelse skulle tilsi at dette er et spørsmål om egnede virkninger. De franske tekstene er imidlertid lik i språket, og bruker uttrykket «que l'accord soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence».¹⁸² Det er ikke klart om den mest direkte oversettelsen fra fransk til engelsk tilsier at dette er et spørsmål om avtalen «likely» (sannsynlig) kan medføre negative virkninger for konkurransen, eller om avtalen må være «capable» (egnet) til å medføre negative virkninger for konkurransen. Det virker likevel som om at uttrykket oversettes til «likely» i de fleste tilfellene det er brukt i dokumenter og rettsakter i EU.¹⁸³ Forskjellen i ordlyd kan indikere en terskelforskjell mellom teoretisk egnethet, og om det faktisk er sannsynlig at konkurransen påvirkes. Det er heller ikke utenkelig at det som fremstår som en inkonsekvent språkbruk fra EU-domstolen er et resultat av ulik oversettelse i oversettelsesavdelingen.¹⁸⁴ Ettersom det virker som om det franske uttrykket mest korrekt oversettes til sannsynlige virkninger, vil avhandlingen basere seg på dette.

I det følgende vil det undersøkes hvordan EU-domstolene benyttet forhold i den rettslige og økonomiske kontekst i tilknytning til vurderingen av om de aktuelle avtalene sannsynlig ville medføre konkurranseskadelige virkninger. Sentralt er spørsmålet om EU-domstolene gir uttrykk for en analyse av konkurranseskadelige virkninger i den rettslige og økonomiske kontekst, for å etablere om avtalen har et konkurransebegrensende formål.

¹⁸¹ C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 27, C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 38, og T-588/08 *Bananas*, avsnitt 70.

¹⁸² Hhv. de franske versjonene av C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 27, C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 38, og T-588/08 *Bananas*, avsnitt 70. (Min kursivering.)

¹⁸³ Nettjenesten Linguee - *English-French Dictionary and Translation Search Engine*, gjør det mulig å sammenligne hvordan samme uttrykk er oversatt i forskjellige offisielle oversettelser av dokument publisert i bl.a. OJ, ECR og andre kilder gjennom databasen *EUR-Lex Access to European Union law*, .

¹⁸⁴ Se fotnote 179. Avhandlingen vil også komme tilbake til et annet eksempel i avsnitt 3.5.3.

3.5.2. *Mobilabonnement og gule og grønne bananer – sannsynlige virkninger eller et spørsmål om konkurransebegrensende informasjonsutveksling?*

Bakgrunnen for den prejudisielle tolkningsuttalelsen i C-8/08 *T-mobile* var et møte mellom mobiltelefonoperatører på det Nederlandske markedet. Møtet angikk blant annet en reduksjon av provisjonen mobiltelefonforhandlere mottok for å selge mobiltelefonabonnement. De fem involverte aktørene hadde til sammen 100 % markedsrett, og et krav om konsesjon gjorde det usannsynlig at andre aktører ville etablere seg på markedet.¹⁸⁵ Spørsmålet domstolen ble bedt om å ta stilling til, var blant annet om en slik informasjonsutveksling hadde et konkurransebegrensende formål.

Som nevnt legger Domstolen til grunn at det er tilstrekkelig for formålsvurderingen at avtalen sannsynlig vil begrense konkurransen «*in an individual case, having regard to the specific legal and economic context*».¹⁸⁶ Dette utgangspunktet tyder i seg selv på at det må gjennomføres en vurdering av om den konkrete avtalen, i lys av rettslig og økonomisk kontekst, sannsynlig vil resultere i konkurranseskadelige virkninger. At dette er en vurdering av hvordan informasjonsutvekslingen sannsynlig vil begrense konkurransen, i lys av dens rettslige og økonomiske kontekst, synes å understrekes av Domstolens begrunnelse for hvorfor den anser informasjonsutveksling som «*tainted with an anti-competitive object*».¹⁸⁷

Som et utgangspunkt for vurderingen viser Domstolen til kravet om at aktørene uavhengig og selvstendig skal kunne avgjøre sin opptreden på markedet. Dette innebærer at aktører kan tilpasse seg rasjonelt til konkurrentenes faktiske eller forventede atferd. Det utelukker imidlertid enhver kontakt og utveksling av informasjon mellom aktørene som legger til rette for at de kan koordinere sin opptreden og skape konkurranseforhold som ikke samsvarer med de normale forholdene i markedet.¹⁸⁸

Med henvisning til dommen i C-7/95 *John Deere*, uttaler Domstolen at informasjonsutveksling i et høyt oligopolisert marked sannsynlig vil begrense konkurransen mellom aktører dersom den reduserer usikkerheten om mekanismene på det konkrete markedet. Dette skyldes at informasjonsutveksling som reduserer usikkerheten om konkurranseforhold vil kunne legge til

¹⁸⁵ C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 10-12.

¹⁸⁶ Samme sted, avsnitt 31. (Mine kursiveringer.)

¹⁸⁷ Samme sted, avsnitt 43.

¹⁸⁸ Samme sted, avsnitt 33.

rette for at aktørene kan koordinere sin atferd, og på den måten unngå konkurranse som ellers ville fulgt av markedsforholdene.¹⁸⁹

Når Domstolen viser til både den konkrete markedsstrukturen og karakteren av opplysningene i vurderingen, tyder det på at Domstolen legger opp til en konkret vurdering av om den rettslige og økonomiske kontekst tilsier at informasjonsutvekslingen sannsynlig ville begrense konkurransen.

Dette skyldes at markedsforholdene, og blant annet karakteren av informasjon, virker å være en forutsetning for om det kan anses sannsynlig at informasjonsutveksling vil begrense konkurransen. I *C-7/95 John Deere* uttalte Domstolen at på et høyt konsentrert oligopolistisk marked vil kjennskap til hvordan konkurrentene vil opptre, sannsynlig begrense konkurransen mellom aktørene. Også karakteren av de opplysningene som utveksles vil spille inn i den sammenheng.¹⁹⁰ I dommen var det avgjørende for Domstolen at det gjaldt et høyt oligopolisert marked. Etter Domstolens syn ville ikke en usikkerhetsreduksjon mellom enkelte aktører i et mindre konsentrert marked være tilstrekkelig til å påvirke konkurransen.¹⁹¹

Gjendemsjø forklarer dette med at

«En høy grad av gjennomsiktighet vil ofte ha en positiv virkning for konkurransen på mindre konsentrerte markeder. Da vil foretakene alltid vite hva de konkurrerer mot, og derfor kan det oppstå en mer aggressiv konkurranse. På et mindre konsentrert marked vil informasjonsutvekslingen sjeldent gjøre foretakene i stand til å forutse alle sine konkurrenters fremtidige atferd. Da vil ikke usikkerheten reduseres i tilstrekkelig til at koordinering kan oppnås.»¹⁹²

Ettersom saken var en prejudisiell tolkingsuttalelse, tok imidlertid ikke Domstolen stilling til om det var sannsynlig at informasjonsutvekslingen ville redusere usikkerheten mellom aktørene og begrense konkurransen. Dette lot den være opp til den refererende domstolen å avgjøre.

¹⁸⁹ Samme sted, avsnitt 34-35.

¹⁹⁰ *C-7/95 P John Deere*, avsnitt 88.

¹⁹¹ Samme sted. Se også Gjendemsjø (2011), s. 426 flg.

¹⁹² Gjendemsjø (2011), s. 429, med henvisning til Whish (2009), s. 527 og Nikpay og Faull (2007), s. 733. Se tilsvarende *C-7/95 P John Deere*, avsnitt 88.

Vurderingen Domstolen legger opp til i *C-8/08 T-Mobile*, kan tas til inntekt for at det er den rettslige og økonomiske kontekst som er sentral for om avtalen (informasjonsutvekslingen) kan anses å ha et konkurransebegrensende formål. Dette skyldes at det ikke er informasjonsutvekslingen i seg selv som tilsier at det er sannsynlig at konkurransen vil begrenses, men forholdene i den rettslige og økonomiske kontekst hvor informasjonsutvekslingen foregår. Dermed kan det virke som om Domstolen åpner for at en vurdering av hvordan avtalen vil virke i rettslig og økonomisk kontekst, kan være sentralt for å etablere om det foreligger et konkurransebegrensende formål. Med andre ord kan Domstolens uttalelser i *C8/08 T-mobile* tas til inntekt for at det kan gjennomføres en virkningsanalyse i den rettslige og økonomiske kontekst. Domstolen gir samtidig uttrykk for at det sentrale siktemålet for en slik vurdering, er hvorvidt det er sannsynlig at konkurransen kan begrenses.

En slik forståelse av *C-8/08* virker også å finne støtte i Underrettens gyldighetsprøving av Kommisjonens vedtak i *T-588/08 Bananas*. Også i denne saken var spørsmålet om informasjonsutveksling om fremtidig prissetting hadde et konkurransebegrensende formål.

Bakgrunnen for saken var en ukentlig kommunikasjon mellom bananprodusenter om opplysninger som var relevant for å fastsette tilbudspris for levering av bananer til det europeiske markedet. Den kontinuerlige leveringen var organisert i ukentlige intervall. Produsentenes tilbudspriser for den enkelte forsendelse ble normalt kommunisert til kundene torsdags morgen, og den endelige prisen for forsendelsen ble deretter fastsatt med de enkelte kundene. Bananene ankom europeiske havner omtrent to uker etter.¹⁹³

På grunnlag av en lempningssøknad fra en av produsentene, gjennomførte Kommisjonen en nærmere etterforskning av bransjen. Kommisjonen fant at en av produsentene på fast basis utvekslet opplysninger med to andre produsenter. Disse opplysningene var etter Kommisjonens syn av betydningen for fastsettelsen av tilbudsprisene for den kommende uken, pristendenser eller indikerte hvilke tilbudspriser som ville settes. Kommunikasjonen mellom produsentene fant sted ukentlig før tilbudsprisene ble fastsatt og kommunisert til kundene. Etter Kommisjonens syn var kommunikasjonen ment å redusere usikkerheten om de andre aktørenes tilbudspriser. I tillegg utvekslet de involverte aktørene informasjon om de

¹⁹³ *T-588/08 Bananas*, avsnitt 9-14.

gitte tilbudsprisene i etterkant, noe som tillot produsentene å følge opp tilbudsprisene som ble gitt i lys av den forutgående kommunikasjonen.¹⁹⁴

Etter Kommisjonens syn kunne tilbudsprisene i det minste tjene som indikasjon på utviklingen av priser for bananer, og var relevant for handelen og de prisene produsentene endte med å oppnå. I enkelte tilfeller var prisene kundene endte med å betale også direkte avhengig av tilbudsprisene som ble fastsatt. På bakgrunn av dette konkluderte Kommisjonen med at kommunikasjonen mellom produsentene sannsynlig ville påvirke deres atferd ved fastsettelsen av tilbudsprisen til kundene, og følgelig hadde et konkurransebegrensende formål.¹⁹⁵

Informasjonsutvekslingen bærer i utgangspunktet klare likhetstrekk med kartellvirksomhet og prissamarbeid. Likevel er det flere uttalelser fra Underretten som tyder på at det uansett må foretas en konkret vurdering av om av informasjonsutvekslingen hadde et konkurransebegrensende formål, på samme måte som i *C8/08 T-Mobile*

Dette er synlig allerede innledende i Underrettens vurdering av om Kommisjonen med rette hadde funnet at informasjonsutvekslingen hadde et konkurransebegrensende formål.

«it is for the General Court to ascertain whether, *in the circumstances of the present case*, the Commission was entitled to find that the exchanges of information ... constituted a concerted practice having as its object the restriction of competition»¹⁹⁶

Deretter slutter Underretten seg til utgangspunktet i *C 8/08 T-mobile* og uttaler at

«In order for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, it is sufficient *that it has the potential to have a negative impact on competition* ... [The] concerted practice must *simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context*, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market»¹⁹⁷

Dommen kan imidlertid være noe forvirrende med tanke på hvilken vurdering som kreves. I sitt vedtak uttaler Kommisjonen at informasjonsutvekslingen har et konkurransebegrensende formål, og at

¹⁹⁴ Samme sted, avsnitt 15-18.

¹⁹⁵ Samme sted.

¹⁹⁶ Samme sted

¹⁹⁷ Samme sted, avsnitt 70. (Mine kursiveringer).

«[t]herefore, the Commission does not need to analyse the structure of the market' or 'characteristics of the communications or information communicated in the light of criteria set out in ... [(C-7/95 P John Deere)]». ¹⁹⁸

På samme måte som partene gjorde, er det mulig å forstå dette som et uttrykk for informasjonssamarbeid om fremtidig pris har et konkurransebegrensende formål, uavhengig av den rettslig og økonomisk kontekst. Sett i sammenheng med at Underretten opprettholdt vedtaket, kan dommen kanskje generelt forstås som en mer kategorisk tilslutning til at informasjonsutveksling om fremtidig pris vil ha et konkurransebegrensende formål.

En nærmere lesning av dommen viser imidlertid at selv om Underretten er enig i resultatet, gir Underretten uttrykk for at det må foretas en konkret vurdering av om rettslig og økonomisk kontekst tilsier at konkurransen sannsynlig vil begrenses. Etter Underrettens syn foretok Kommisjonen en vurdering av «the content, frequency and duration of the bilateral communications and of the legal and economic context in which those discussions took place.» ¹⁹⁹ Selv om uttalelsen fra Kommisjonen kan gi uttrykk for det motsatte, uttaler Underretten at dette må forstås å gjelde en analyse av de faktiske virkningene på markedet. Det i motsetning til en vurdering av den rettslige og økonomiske kontekst. ²⁰⁰

Det mest fremtredende eksempelet på at rettslig og økonomisk kontekst har betydning for vurderingen fremgår av Underrettens behandling av om Kommisjonen hadde tatt tilstrekkelig hensyn til markedsstrukturen.

Fra partene ble det påstått at markedet verken var høyt konsentrert eller oligopolistisk. Kommisjonen på sin side anførte primært at markedsstruktur ikke var relevant i vurderingen av om informasjonsutvekslingen hadde et konkurransebegrensende formål ²⁰¹ I den sammenheng uttaler Underretten at Kommisjonens syn er basert på en feiltolkning av tidligere Underrettspraksis. ²⁰²

¹⁹⁸ Samme sted, avsnitt 81.

¹⁹⁹ Samme sted, avsnitt 84.

²⁰⁰ Samme sted, avsnitt 82.

²⁰¹ samme sted, avsnitt 332 og 336

²⁰² Samme sted, avsnitt 338.

Med henvisning til C-8/08 *T-Mobile* gjentar Underretten kravet til at aktører selvstendig skal avgjøre sin opptreden på markedet, og fremhever at

«If supply on a market is highly concentrated, the exchange of certain information may ... be liable to enable undertakings to be aware of the market position and commercial strategy of their competitors, thus distorting rivalry on the market and increasing the probability of collusion, or even facilitating it. *On the other hand*, if supply is fragmented, the dissemination and exchange of information between competitors may be neutral, or even positive, for the competitive nature of the market. ... »²⁰³

Når underretten likevel kom til at Kommisjonen på en tilstrekkelig måte hadde vurdert markedsstrukturen, skyldtes dette at Kommisjonens vurderingen viste at partene sammen hadde en betydelig markedsandel.²⁰⁴ Etter Underretten syn kunne informasjonsutveksling «... constitute a breach of competition rules even where the relevant market is not a highly concentrated oligopolistic market»²⁰⁵ Av den grunn konkluderte Underretten med at

«the Commission was right to consider and take into account the fact that Dole, Chiquita and Weichert had a substantial share of the market ...although it cannot be described as oligopolistic, cannot be characterised by supply of a fragmented nature.»²⁰⁶

I tillegg til markedsstrukturen, vurderte også Kommisjonen karakteren av de produktene som var involvert. I dette inngikk blant annet spørsmålet om grønne og gule bananer var produkter som konkurrerte på samme marked, og om opplysningene angikk grønne, gule eller både grønne og gule bananer.²⁰⁷

Denne vurderingen inngikk i vurderingen av om produktenes ulike karakter innebar at de måtte anses som ulike produkt. Dette ville i tilfellet forhindret en koordinerende virkning av informasjonsutvekslingen. Som det fremgikk av Generaladvokatens innstilling i C-209/07 *BIDS*, kan en slik vurdering som eksempel være av betydning for om en informasjonsutveksling vil være egnet til å påvirke atferden mellom konkurrenter.²⁰⁸ I tilfellet vil ikke aktørene strengt tatt være konkurrenter. Reguleringen av markedet, bananenes

²⁰³ Samme sted, avsnitt 340. (Min kursivering)

²⁰⁴ Samme sted, avsnitt 350.

²⁰⁵ Samme sted, avsnitt 341.

²⁰⁶ Samme sted, avsnitt 353.

²⁰⁷ T-588/08, avsnitt 136-248. (En imponerende mengde spalteplass og argumenter er brukt på spørsmålet om grønne og gule bananer er samme produkt.)

²⁰⁸ Se avsnitt 3.4.3 og C-209/07 *BIDS*, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 52

bedravelige natur, hyppigheten av kommunikasjonen og kommunikasjonens innhold ble også tatt i betraktning.²⁰⁹

Underrettens dom i T-588/08 *Bananas* kan dermed også virke å gi uttrykk for at konkrete markedsforhold har betydning for hvorvidt en avtale har et konkurransebegrensende formål. På samme måte som i C-8/08 *T-Mobile* virker det å være forholdene i den rettslige og økonomiske kontekst som avgjorde om kommunikasjonen var egnet til å redusere usikkerheten mellom aktørene, og tillot en koordinerende atferd som sannsynlig ville begrense konkurransen. Dermed kan det virke som om en analyse av avtalens sannsynlige konkurranseskadelige virkninger i rettslig og økonomisk kontekst, kan etablere et konkurransebegrensende formål.

Et spørsmål som kan fremstå som uklart etter EU-domstolenes behandling av C-8/08 *T-Mobile* og T-588/08 *Bananas*, er om EU-domstolene egentlig gjennomfører en vurdering av om avtalen har et konkurransebegrensende formål. På den ene siden tar begge EU-domstolene utgangspunkt i at det er tilstrekkelig at avtalen sannsynlig vil ha konkurranseskadelige virkninger for at avtalen har et konkurransebegrensende formål. Potensialet er i seg selv tilstrekkelig.²¹⁰

På den andre siden kan det også virke som om EU-domstolene bare foretar en vurdering av om kriteriene for konkurranseskadelig informasjonsutveksling er oppfylt. I det siste tilfellet kan det kanskje ses om at informasjonsutvekslingen utgjør en form for mellomstasjon, hvor det vurderes om det foreligger konkurransebegrensende informasjonsutveksling for å svare på om avtalen har et konkurransebegrensende formål.

Etter informasjonsutvekslings-testen, er det sentrale spørsmålet om informasjonsutvekslingen er egnet til å redusere usikkerheten mellom aktørene om forhold av betydning for konkurransen. Dersom informasjonsutvekslingen er egnet til å redusere usikkerheten mellom aktørene, er det også sannsynlig at konkurransen i høyt konsentrerte eller oligopolistiske

²⁰⁹ T-588/08 *Bananas*, hhv. avsnitt 297 flg., 313 flg., 355 flg.

²¹⁰ C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 31 og T-588/08 *Bananas*, avsnitt 70.

marked begrenses.²¹¹ Dette skyldes at en redusert usikkerhet mellom aktørene om fremtidig atferd gjør koordinering enklere.²¹²

Dette vil imidlertid kunne innebære at vurderingen av de konkrete markedsforholdene må forstås å tilhøre informasjonsutvekslings-testen, og ikke formålsvurderingen i seg selv.

I så tilfelle må kanskje anvendelsesområde for når konkrete markedsforhold kan ha betydning for om avtalen har et konkurransebegrensende formål, avgrenses til tilfeller av informasjonsutveksling. Det vil i tilfellet tale mot at avtalens sannsynlige virkninger i rettslig og økonomisk kontekst har betydning for om konkurransebegrensende formål kan begrenses generelt.

I denne sammenheng kan kanskje dommen i C-32/11 *Allianz Hungária* gi videre veiledning. På samme måte som C-8/08 *T-Mobile* og T-588/08 *Bananas*, tar den utgangspunkt i at formålsvurderingen er et spørsmål om konkurransen sannsynlig vil begrenses. Dommen angår imidlertid ikke spørsmålet informasjonsutveksling mellom aktørene sannsynlig ville begrense konkurransen, men setter sannsynlige konkurranseskadelige virkninger som et vurderingskriterium for formålsvurderingen generelt.

3.5.3. Ungarske bilforhandlere og bilforsikringer

- Saksforholdet

Saksforholdet i C-32/11 *Allianz Hungária* er et komplisert nettverk av påståtte og faktiske avtaler mellom to forsikringsselskap, avtaler mellom bilforhandlere og bilforhandlernes bransjeorganisasjon, avtaler mellom bransjeorganisasjonen og forsikringsselskapene og avtaler mellom forsikringsselskapene og den enkelte bilforhandleren. For å undersøke i hvilken grad Domstolen legger vekt på rettslig og økonomisk kontekst i formålsvurderingen, er det først nødvendig å skape et bilde av saksforholdet.²¹³

²¹¹ C-7/95 P *John Deere*. Se også Gjendemsjø (2011), s. 427.

²¹² Se bl.a. Gjendemsjø (2011), s. 427 med videre henvisninger.

²¹³ Det følgende er basert på Domstolens gjengivelse av saksforholdet, C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 6-12, og Generaladvokatens innstilling, avsnitt 11-16.

Tidligere forhandlet ungarske forsikringsselskaper årlig med ungarske bilverksted. Gjenstanden for forhandlingene var hvilke vilkår og satser som skulle gjelde når bilverkstedet utførte reparasjoner og tjenester på kjøretøy som var dekket av forsikring. I 2002 overlot de bilforhandlerne som også drev bilverksted disse forhandlingene til bransjeorganisasjonen Gemoz. Gemoz fikk på vegne av bilforhandlerne ansvaret for å forhandle rammeavtaler om timetakst for reparasjon av forsikrede kjøretøy. Rammeavtalen ble inngått med det ene forsikringsselskapet.

Innenfor denne rammeavtalen, fikk bilforhandlerne en dobbel rolle til forsikringsselskapene. Bilforhandlerne sto for reparasjon av skader på kjøretøy som var forsikret hos forsikringsselskapene. Samtidig fungerte bilforhandlerne som agenter for forsikringsselskapene.

De enkelte avropene med forhandlere inneholdt i tillegg vilkår som skapte et incentiv for forhandlerne, til fordel for forsikringsselskapet. Etter avtalen ville en bilforhandler motta en høyere timesats for reparasjon dersom antallet solgte forsikringsavtaler for forsikringsselskapet utgjorde en viss andel av forhandlerens totale salg av forsikringer. Jo større andel var av det totale salget, jo høyere timesats ville forhandleren motta for reparasjon.

Det andre forsikringsselskapet hadde ingen rammeavtale med bransjeorganisasjonen, men inngikk på egen hånd avtaler med enkeltforhandlere. Disse avtalene inneholdt ikke en tilsvarende klausul om økte satser, men i følge de ungarske konkurransemyndighetene opererte dette forsikringsselskapet i praksis med et tilsvarende incitament for bilforhandlerne.

Samlet, og dels i tillegg til det som er beskrevet, ble det ansett å foreligge avtaler som kan grupperes på følgende måte:

- Horisontale avtaler. Disse besto av tre vedtak av bransjeorganisasjonen som fastsatte veiledende priser for reparasjon for bilforhandlerne, og som skulle benyttes overfor forsikringsselskapene.
- Rammeavtaler og enkeltavtaler som gjorde satsene for reparasjon avhengig av hvor mange forsikringsavtaler forhandleren hadde solgt.
- Vertikale avtaler mellom Allianz og Generali med enkelte forhandlere hvor det ble fastsatt et minimum for hvor stor andel (prosent/antall) forsikringer som måtte selges

over en gitt periode, og som fastsatte at formidlerens vedererlag (for forsikringsalget) var avhengig antallet solgte forsikringer.

De ungarske konkurransemyndighetene kom til at avtalene både hver for seg og samlet, hadde til formål å begrense konkurransen i markedet for bilforsikringer og for bilverksted/reparasjoner. En ungarsk domstol ba Domstolen om å avgi en prejudisiell tolkningsuttalelse om et slikt avtaleforhold kunne ha et konkurransebegrensende formål.²¹⁴

- *Sannsynlige virkninger*

Om selve formålsvurderingen starter Domstolen med å gjenta det som virker å ha blitt en standardformulering for formålsvurderingen:

«In order to determine whether an agreement involves a restriction of competition ‘by object’, regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part.»²¹⁵

Deretter tilføyer Domstolen at

«it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition, that is to say, that it be capable in an individual case of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market.»²¹⁶

Som det ble påpekt i avsnitt 2.1, er ikke Domstolen nødvendigvis konsekvent i fremstillingen av kriteriene for formålsvurderingen.²¹⁷ Som påpekt over i avsnitt 3.5.1, er det også muligheter for unøyaktigheter i oversettelsen, og at samme uttrykk ikke blir oversatt likt fra gang til gang. I C-32/11 *Allianz Hungária* er det noen nyanser i språket som det er interessant å se nærmere på, før det sies noe om hva Domstolens kan forstås å gi uttrykk for.

²¹⁴ I utgangpunktet var dette en sakte etter Ungarsk konkurranselovgivning ettersom forholdet ikke påvirker samhandelen. Ettersom ungarsk lovgivning skulle tolkes i samsvar med art. 101(1), kom Domstolen likevel, av hensyn til å sikre lik tolkning og anvendelse av EU-retten, at den kunne behandle spørsmålet. Se C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 17-23.

²¹⁵ C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 36. Se tilsvarende C-226/11 *Expedia*, avsnitt 21, C-439/09 *Pierre Fabre*, avsnitt 35, forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* avsnitt 136, C-501/06P *GSK*, avsnitt 58 m.fl.

²¹⁶ C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 38.

²¹⁷ Mahtani (2012), *ECJ*

I teorien har det blant annet blitt påpekt at Domstolen er unøyaktig i hva vurderingen av avtalen innebærer. For eksempel har det blant annet blitt vekslet mellom «content» «precise purpose», «object», «objectives» og «the objectives it seeks to attain».²¹⁸

Sammenlignes C-32/11 *Allianz Hungária* med C-501/06 *GSK*, virker det å være en liten forskjell i hva vurderingen tar utgangspunkt i. Mens C-32/11 *Allianz Hungária* uttaler at «regard must be had to ... its objectives», uttaler Domstolen i C-501/06 at «regard must be had *inter alia* to the ... objectives *it seeks to attain* ...».²¹⁹ Sistnevnte kan forstås å gi anvisning på en bredere vurdering, hvor det blant annet må tas i betraktning hvilket formål avtalen søker å oppnå. En kuriositet er at denne forskjellen virker å ligge i oversettelsen. I den franske språkdrakten av begge dommene benyttes uttrykket «aux objectifs qu'il vise à atteindre», som best oversettes slik det er oversatt i den engelske versjonen av C-506/06 *GSK*.²²⁰

Det virker også å være forskjell i hvordan Domstolen uttrykker at avtalen må påvirke konkurransen. I C-32/11 *Allianz Hungária* uttales det at

«it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition, that is to say, that it be capable in an individual case of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition ... »²²¹

Til sammenligning følger det av den franske teksten at

«il suffit que l'accord soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence, c'est-à-dire qu'il soit concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur.»²²²

Den franske teksten virker her å gi uttrykk for at det er tilstrekkelig at avtalen sannsynlig vil resultere i negative virkninger for konkurransen, og at avtalen faktisk er i stand til å forhindre, begrense eller vri konkurransen.

²¹⁸ Samme sted

²¹⁹ Sammenlign. hhv. C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 36 og C-501/06P *GSK*, avsnitt 58. (Mine kursiveringer)

²²⁰ Sammenlign de franske tekstene av hhv. C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 36 og C-501/06P *GSK*, avsnitt 58.

²²¹ C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 38.

²²² Samme sted, fransk tekst, avsnitt 38. (Mine kursiveringer).

Dersom en tar hensyn til disse nyansene, kan det virke som om spørsmålet om en avtale har et konkurransebegrensende formål vil bero på tolkning av avtalens innhold, hvilke formål den søker å oppnå og dens rettslig og økonomisk kontekst. I den sammenheng vil det være tilstrekkelig om avtalen sannsynlig resulterer i konkurranseskadelige virkninger, og at den er i stand (egnet/tjenlig) til å resultere i en konkurransebegrensning.

I dette kan det også forstås å ligge en noe høyere terskel enn hva som virker å følge direkte av den engelske teksten. Avtalen må ikke bare innebære et potensiale til å resultere i konkurranseskadelige virkninger, men de konkurranseskadelige virkningene må være sannsynlige. Når avtalen også må være i stand til å begrense konkurransen, kan det forstås å avgrense mot avtaler som er utjenlige.

Når Domstolen i tillegg tilføyer at det i vurderingen er «... appropriate to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question ...», tyder det på at de konkrete markedsforholdene – avtalens rettslige og økonomiske kontekst, har betydning for om det er sannsynlig at konkurransen vil begrenses.²²³ Dette tilsier også at formålsvurderingen innebærer en analyse av avtalens sannsynlige konkurranseskadelige virkninger i dens rettslige og økonomiske kontekst.

Dette kan også tas til inntekt for at Domstolens vurdering av konkrete markedsforhold i C-8/08 *T-Mobile* og T-588/08 *Bananas* ikke bare var begrenset til vurderingen av ulovlig informasjonssamarbeid.

At rettslig og økonomisk kontekst har betydning for om avtalen sannsynlig vil begrense konkurransen, kommer også til syne i Domstolens vurdering av avtalene mellom forsikringsselskapene og bilforhandlerne.

Overfor Domstolen påpekte den ungarske regjeringen at det etter ungarsk lovgiving er et krav om at alle forsikringsagenter skal opptre uavhengig av forsikringsselskapene. Forsikringsagentene skal i stedet ivareta kundenes interesser, og tilby den forsikringen som er best tilpasset kundens behov.²²⁴

²²³ C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 36.

²²⁴ C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 47.

Etter Domstolens syn kunne avtalene som ga bilforhandlerne et incentiv til å selge bilforsikringer for det ene forsikringsselskapet, utgjøre en formålsbegrensning dersom den endret markedsforholdene til fordel for forsikringsselskapet. Dette kunne være tilfellet dersom avtalen medførte en vridning av konkurransen til ulempe for andre forsikringsselskap som er avhengige av at uavhengige forsikringsagenter anbefalte deres forsikringspoliser.²²⁵

I tillegg kunne avtalene utgjøre en formålsbegrensning dersom det var sannsynlig at konkurransen i bilforsikringsmarkedet ville svekkes eller elimineres som følge av avtalene. Dette kunne blant annet være tilfellet dersom incentivet for bilforhandlerne forhindret andre forsikringsselskap adgang til markedet.²²⁶ For å vurdere om en slik begrensning av konkurransen var sannsynlig, uttalte Domstolen at det spesielt måtte tas hensyn til markedsstrukturen, alternative distribusjonskanaler for de andre forsikringsselskapene, verdien av eventuelle alternative distribusjonskanaler og markedsandelen til de to involverte forsikringsselskapene.²²⁷

Etter uttalelsene virker det ikke som om det var avtalene i seg selv som medførte en sannsynlighet for konkurranseskadelige virkninger. I stedet kan uttalelsene tas til inntekt for at det var markedsforholdene, nærmere bestemt reguleringen av det ungarske forsikringsmarkedet, som sammen med implementeringen av avtalene skapte en markedsfordel for de aktuelle forsikringsselskapene, og dermed kunne vri konkurransen på markedet. Uttalelsene kan slik tas til inntekt for at rettslig og økonomisk kontekst alene kan danne grunnlag for å karakterisere en avtale som en formålsbegrensning, forutsatt at den rettslige og økonomiske kontekst tilsier at det er sannsynlig at konkurransen begrenses. Dette taler for at det kan gjennomføres en analyse av hvorvidt det er sannsynlig at avtalen vil resultere i konkurranseskadelige virkninger.

²²⁵ Samme sted

²²⁶ Samme sted, avsnitt 48.

²²⁷ Samme sted.

- «no need to take account of its actual effects»²²⁸

En slik virkningsanalyse av sannsynlige konkurranseskadelige virkninger står imidlertid tilsynelatende i markant spenning til praksis som tilsier at det verken er relevant eller nødvendig å vurdere avtalens virkninger dersom avtalen har et konkurransebegrensende formål.

Utgangspunktet om at det ikke er nødvendig å etablere avtalens faktiske virkninger på konkurransen derom det først er etablert et konkurransebegrensende formål, ble først uttalt i sak 56/64 *Consten* uttalte Domstolen at

«...the purpose of applying Article 85 (1), there is no need to take account of the concrete effects of an agreement once it appears that it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition.»²²⁹

Uttalelsen har deretter blitt gjentatt i de fleste formålssaker, og er en del av den standardformuleringen om forskjellen mellom formåls- og virkningsvurderingen.²³⁰

I utgangspunktet skulle dette tilsi at en analyse av hvorvidt avtalen sannsynlig vil begrense konkurransen, verken er relevant for å etablere en formålsbegrensning, eller kan anses som en betingelse for at en avtale skal kunne ha et konkurransebegrensende formål. Imidlertid følger det av behandlingen over at rettslig og økonomisk kontekst kan ha betydning for å etablere om det er *sannsynlig* at konkurransen vil begrenses. Med andre ord er det en vurdering av om det i tilstrekkelig grad kan forventes at konkurranseskadelige virkninger vil inntre. Det kan dermed forstås å være noe annet enn en økonomisk beregning av avtalens konkurranseskadelige virkninger på markedet: «*the concrete effects of an agreement*»²³¹

At det er en slik forskjell mellom sannsynlige og faktiske virkninger, virker også å finne støtte i EU-domstolens avgjørelser hvor konkurransebegrensende formål har blitt etablert på sannsynlige virkninger. Også i disse avgjørelsene ble det lagt til grunn at det ikke er

²²⁸ Se bl.a. sak 56/65 *STM*, s. 248, sak 56/64 *Consten*, s. 343, C-209/07 *BIDS*, avsnitt 15-16, C-501/06P *GSK*, avsnitt 55 og C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 29, C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 33.

²²⁹ sak 56/64 *Consten*, s. 343

²³⁰ Se bl.a. Samme sted, s. 343, C-209/07 *BIDS*, avsnitt 15, C-501/06P *GSK*, avsnitt 55 og C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 34, C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 28.

²³¹ sak 56/64 *Consten*, s. 343

nødvendig å vurdere avtalens virkninger dersom avtalen har et konkurransebegrensende formål.

I C-32/11 *Allianz Hungária* uttaler Domstolen at

«... where the anti-competitive object of the agreement is established it is not necessary to examine *its effects on competition*. ...

... it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition, that is to say, that it be *capable in an individual case* of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market *Whether and to what extent, in fact, such an effect results* can only be of relevance for determining the amount of any fine and assessing any claim for damages...»²³²

Uttalelsen kan tas til inntekt for at det er en forskjell på sannsynlige virkninger og faktiske virkninger. Dette kan også tyde på at når det er sannsynlig at konkurransen begrenses, er risikopotensialet tilstrekkelig for at avtalen bør være forbudt. På denne måten kan en formålsbegrensning basert på sannsynlige virkninger sammenlignes med det tradisjonelle synet på formålskategorien (*the object box*). For begge virker risikopotensialet å være tilstrekkelig, og virkningene trenger ikke materialisere seg for at avtalen skal være forbudt.

- «*Sufficiently injurious to competition*»

Et spørsmål som reiser seg av Domstolens uttalelser i C-32/11, er hvilken grad av konkurransebegrensning som må være sannsynlig for at avtalen kan anses som å ha et konkurransebegrensende formål.

Allerede innledningsvis viser Domstolen til sak 56/65 *STM* og uttaler at det først må vurderes om avtalen har et konkurransebegrensende formål, og følger opp med at «... [w]here, however, the analysis of the content of the agreement does not reveal a sufficient degree of harm to competition the effects of the agreement should then be considered ... ». ²³³

²³² C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 34 og 38. Tilsvarende C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 29 og 31. (mine kursiveringer).

²³³ C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 34, med videre henvisninger.

Tilsvarende uttaler Domstolen at avtalene kan ha et konkurransebegrensende formål dersom avtalene «are *sufficiently injurious* to competition on the car insurance market as *to amount to a restriction of competition by object*.»²³⁴

Også i relasjon til de mulige konkurransebegrensningene, uttaler domstolen at det «It is for the referring court to determine whether ...the proper functioning of the car insurance market is likely to be *significantly disrupted* ...»

Alle disse uttalelsene tyder på at det ikke er tilstrekkelig at konkurransen kan påvirkes negativt, men at påvirkningen må være tilstrekkelig kvalifisert for at avtalen kan anses som en formålsbegrensning. Det er imidlertid vanskelig å se at Domstolen gir noen veiledning, verken i C-32/11 *Allianz Hungária* eller i tidligere avgjørelser, på hvilken terskel som må være oppfylt.

Domstolen uttaler imidlertid i forbindelse med formålsvurderingen at det er tilstrekkelig at avtalen sannsynlig vil resultere i konkurranseskadelige virkninger. Det kan kanskje tyde på at den terskelen vil være oppfylt dersom det er sannsynlig at konkurransen begrenses.

Samtidig er det en mulighet at Domstolen med uttalelsene ikke skiller mellom konkurransebegrensningskriteriet og merkbarhetskriteriet.²³⁵ Dersom Domstolen her gir uttrykk for at de sannsynlige konkurransebegrensende virkningene må være kvalifiserte for at avtalen kan anses som en formålsbegrensning, innebærer det imidlertid at merkbarhetskriteriet for konkurransen ikke er et selvstendig kriterium. I stedet kan det forstås å utgjøre et kvalifiserende krav som ledd i formålsvurderingen.

Sett i lys av Domstolens avgjørelse i C-226/11 *Expedia* kan dette virke å være tilfellet. I C-226/11 uttaler Domstolen at avtaler «that has an anti-competitive object constitutes, by its nature and independently of any concrete effect that it may have, an appreciable restriction on competition».²³⁶ I så tilfellet må kanskje formålsvurderingen ses i sammenheng med praksis rundt merkbarhetskriteriet for å avgjøre om de sannsynlige konkurranseskadelige virkningene også er tilstrekkelige til at avtalen kan anses å ha et konkurransebegrensende formål. Sett tilbake på at Domstolen i C-32/11 *Allianz Hungária* mente at det spesielt måtte tas hensyn til

²³⁴ Samme sted, avsnitt 46.

²³⁵ sak 5/69 *Völk*. Se også Bellamy og Child (2013), s. 82.

²³⁶ C-226/11 *Expedia*, avsnitt 37.

markedsstrukturen, alternative distribusjonskanaler for de andre forsikringsselskapene, verdien av eventuelle alternative distribusjonskanaler og markedsandelen til de to involverte forsikringsselskapene for å vurdere som avtalen sannsynlig ville resultere i en vridning av konkurransen, kan det virke som at det er en slik vurdering Domstolen legger opp til.²³⁷

- «*by their very nature*»

Et punkt som likevel fremstår som et uklart spørsmål på bakgrunn av Domstolens uttalelser i C-32/11 *Allianz Hungária*, er hva som ligger i karakteristikken av formålsbegrensninger som avtaler som «*by their very nature*» anses som skadelig for konkurransen.

Etter å ha gjentatt det generelle utgangspunktet om at formål og virkning er to alternative vilkår uttaler Domstolen at

«The distinction between ‘infringements by object’ and ‘infringements by effect’ arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition.»²³⁸

Dette er en gjentakelse av hva som virker å ha blitt en standardformulering i forbindelse med artikkel 101(1). Den samme karakteriseringen også lagt til grunn i blant andre C-209/07 *BIDS*, C-8/08 *T-Mobile*, C-226/11 *Expedia*²³⁹

Uttalelsen kan forstås som at det kun er de avtalene som etter sin karakter er skadelige for konkurransen som har et konkurransebegrensende formål. Slik kan uttalelsen tas til inntekt for den tradisjonelle oppfatningen av formålskategorien (*the object box*), og at formålskategorien forbeholdes de mest alvorlige tilfellene for konkurransebegrensning. I tidligere utgaver av Bellamy og Child ble det blant annet uttalt at formålskategorien bør forbeholdes de mest alvorlige formene for konkurransebegrensninger og de avtalene som etter «*by their very nature*» begrenser konkurransen.²⁴⁰

²³⁷ C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 48.

²³⁸ Samme sted, avsnitt 32.

²³⁹ Hhv. C-209/07 *BIDS*, avsnitt 17, C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 29 og C-226/11 *Expedia*, avsnitt 36.

²⁴⁰ Se f.eks. Bellamy og Child (2008), s. 165.

En slik forståelse av uttalelsen harmonerer imidlertid dårlig med at Domstolen både i C-32/11 *Allianz Hungária*, C-209/07 *BIDS* og C-8/08 *T-Mobile*, uttalte at avtaler utenfor *the object box* kunne ha et konkurransebegrensende formål.

I C-209/07 *BIDS* slo Domstolen også tydelig fast at avtaletypene i artikkel 101(1) bokstav a-e ikke utgjør en uttømmende liste av forbudte avtaletyper. Dersom karakteristikken «by their very nature» gir uttrykk for at kun de tradisjonelle formålsbegrensningene og mest alvorlige avtaletypene kan anses som formålsbegrensninger, kan det fremstå som en selvmotsigelse.²⁴¹

I C-501/06P *GSK* omtaler imidlertid Domstolen formålsvurderingen som et utgangspunkt «.. in order to assess the anti-competitive *nature* of an agreement...»²⁴²

Dette gjør at det er mer nærliggende å forstå karakteristikken som et uttrykk for formålskategorien generelt.

På bakgrunn av det som er behandlet over, virker Domstolen å legge opp til at et konkurransebegrensende formål etableres på en vurdering av avtalen, formålet den søker å oppnå og dens rettslige og økonomiske kontekst. Dersom en slik vurdering viser at konkurransen sannsynlig vil begrenses, har avtalen et konkurransebegrensende formål. Dette tilsvarer utgangspunktet i sak 56/65 *STM* om at en avtale har et konkurransebegrensende formål, må konkurransebegrensningen vise seg av avtalen.²⁴³ I den sammenheng kan en avtale karakteriseres som konkurransebegrensende etter sin karakter når en sannsynlig begrensning av konkurransen viser seg av en tolkning av avtalen. Med andre ord, når avtalen har et konkurransebegrensende formål.

- *The object box*

I C-32/11 *Allianz Hungária* er imidlertid ikke Domstolen entydig på betydningen av rettslig og økonomisk kontekst.

Ovenfor Domstolen ble det spekulert i at de to forsikringselskapene mellom seg hadde avtalt eller i samordning delte markedet. Her legges det simpelt til grunn at «such an agreement or

²⁴¹ I samme retning, se King (2011), *ECJ* om den tilsvarende karakteriseringen i C-209/07 *BIDS*.

²⁴² C-501/06P *GSK*, avsnitt 58. (Min kursivering)

²⁴³ sak 56/65 *STM*, s. 251. Se avsnitt 3.2.2 over.

practice would have to be treated as a restriction by object», forutsatt at det ovenfor den nasjonale domstol kunne påvises en slik avtale eller samordnet opptreden²⁴⁴ Dette taler for at en ren sammenligning med eller påvisning av avtaler som tradisjonelt har blitt ansett som formålsbegrensninger (avtaler i *the object box*) i seg selv er tislirekkelig for å etablere et konkurransbegrensende formål, uavhengig av avtalen srettslige og økonomiske kontekst.

I forbindelse med en eventuell markedsdeling, uttaler Domstolen imidlertid at funnet av en slik formålsovertredelse «would also result in the unlawfulness of the vertical agreements concluded in order to implement that agreement or practice.»²⁴⁵ Domstolen virker her å sikte til avtalene med bilforhandlerne om salg av forsikringselskapets poliser som Domstolens syn ment å opprettholde eller utvide forsikringselskapenes markedsandeler.²⁴⁶ Dette kan tyde på at tilstedeværelsen av en avtale om markedsdeling, også vil medføre at de andre avtalene har et konkurransebegrensende formål. For de øvrige avtalene virker dette å innebære at deres rettslige kontekst, som en del av nettverket av avtaler, medfører at de også må anses formålsbegrensninger.

Som en ytterligere konkurransebegrensning, gir Domstolen også uttrykk for at timesatsene som ble avtalt med bilforhandleren kan ha et konkurransebegrensende formål. Etter Domstolens syn fremsto det som at timesatsene ble avgjort på basis av anbefalte priser vedtatt av bransjeorganisasjonen.²⁴⁷ I den forbindelse uttaler Domstolen at også en harmonisering av timesprisene ville utgjøre en formålsbegrensning.²⁴⁸ Domstolen lot det imidlertid være opp til den nasjonale domstolen å avgjøre om bransjeorganisasjonen søkte å harmonisere prisene, og om disse ble akseptert av forsikringselskapene.

På samme måte som for markedsdeling, virker domstolen her å legge til grunn en prisharmonisering som en formålsbegrensning. Og, på samme måte som for markedsdelingen, taler dette for at det er tislirekkelig å påvise at det foreligger en avtaletype som tradisjonelt har blitt ansett som en formålsbegrensning.

²⁴⁴ C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 45

²⁴⁵ Samme sted

²⁴⁶ Samme sted, avsnitt 44.

²⁴⁷ Samme sted, avsnitt 49.

²⁴⁸ Samme sted, avsnitt 50.

3.6. Konklusjon avsnitt 3 – Om den rettslige og økonomiske kontekst har betydning for etableringen av konkurransebegrensende formål.

På bakgrunn av det som er behandlet i avsnitt 3, virker det å være klart at den rettslige og økonomiske kontekst kan ha betydning for om en avtale kan anses å ha et konkurransebegrensende formål. Dette kan ses i to perspektiv.

For det første virker det som om avtalens konkrete virkninger i den rettslige og økonomiske kontekst har betydning når det skal avklares hvilket resultat avtalen søker å oppnå. Selv om avtalens objektive formål om å oppnå et eksportforbud eller en annen hindring av parallell handel ikke eksplisitt fremgikk av avtalens bestemmelser, fulgte det blant annet av forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 IAZ (1982) og C-551/03 P *General Motors* at avtalens objektive formål kunne etableres på hvordan de resultatene avtalen søkte å oppnå ville virke i sin rettslige og økonomiske kontekst. Som vi så av C-551/06 *General Motors* ble avtalens objektive formål etablert på grunnlag av at bonussystemet som et økonomisk incitament, virket på samme måte overfor aktørenes handlefrihet som en annen (direkte) form for eksportbegrensning.

Denne undersøkelsen er en vurdering av avtalens objektive formål basert på en vurdering av avtalens bestemmelse, de resultat den søker å oppnå, og avtalens rettslige og økonomiske kontekst. Dette første perspektivet innebærer imidlertid ikke en analyse av avtalens konkurransebegrensende virkninger i dens rettslige og økonomiske kontekst, men hvordan avtalen vil virke i sin rettslige og økonomiske kontekst generelt.

For det andre taler EU-domstolens avgjørelser i C-209/07 *BIDS*, C-8/08 *T-Mobile*, T-588/08 *Bananas* og C-32/11 *Allianz Hungária* for at et konkurransebegrensende formål kan etableres basert på om det er sannsynlig at avtalen vil resultere i konkurranseskadelige virkninger. C-8/08 *T-Mobile*, T-588/08 *Bananas* og C-32/11 *Allianz Hungária* viser også at konkrete forhold i avtalens rettslige og økonomiske kontekst hadde betydning for om det var sannsynlig at avtalen resulterte i konkurranseskadelige virkninger. Dette innebærer at sannsynlige konkurranseskadelige virkninger ikke er en abstrakt vurdering, men må vurderes i lys av avtalens rettslige og økonomiske kontekst. Dette innebærer en analyse av avtalens sannsynlige konkurranseskadelige virkninger.

Rettsituasjonen er likevel uklar. Samtidig som en formålsbegrensning kan etableres basert på sannsynlige virkninger i rettslig og økonomisk kontekst, virker det ikke alltid å være *nødvendig*. I Sak 19/77 Miller og forente saker 32 og 36/78 til 82/78 *BMW Belgium and Others* (1978) virket det som at Domstolen kun forutsatte at en hindring av parallell handel, et eksportforbud eller annen form for isolering av marked, begrenset konkurransen. I C-32/11 *Allianz Hungária* fremsto det som at Domstolen la til grunn at avtaler i *the object box* som formålsbegrensninger, uavhengig av avtalens rettslige og økonomiske kontekst.

Underrettens dom i T168/01 *GSK*, Generaladvokatens innstilling i C-209/07 *BIDS* og Domstolens dom i forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* kan derimot tyde på at denne presumsjonen må bekreftes av en nærmere vurdering av om avtalen er egnet til å begrense konkurransen i dens rettslige og økonomiske kontekst.

Uansett, selv om det ikke i alle tilfeller er nødvendig, kan det på bakgrunn av behandlingen i avsnitt 3 konkluderes med at den rettslige og økonomiske kontekst kan ha selvstendig betydning i etaleringen av et konkurransebegrensende formål. I denne sammenhengen innebærer også avtalens rettslige og økonomiske kontekst at det *kan* gjennomføres en analyse av avtalens sannsynlige konkurransebegrensende virkninger i formålsvurderingen etter artikkel 101(1) TFEU.

Med tanke på formålsproblematikken som beskrives i avsnitt 2.1, er det bemerkverdig at det som kan slutes av behandlingen i avsnitt 3 (nesten) er i samsvar med Domstolens uttalelser i sak 56/65 *STM*: 1) spørsmålet om konkurransebegrensning beror på en vurdering av om konkurransen sannsynlig vil begrenses. 2) En avtale har et konkurransebegrensende formål dersom en tolking av avtalen i dens kontekst viser at avtalen søker å oppnå et slikt resultat.²⁴⁹

²⁴⁹ Se behandlingen av sak 56/65 *STM* i avsnitt 3.2.2.

4. Om rettslig og økonomisk kontekst kan tilbakevise at en avtale har et konkurransebegrensende formål

4.1. Innledning

Som vi så av avsnitt 3 kan den rettslige og økonomiske kontekst ha betydning for om en avtale har et konkurransebegrensende formål. Dette gjaldt både i relasjon til å avklare avtalens objektive formål, og ved at rettslig og økonomisk kontekst selvstendig kunne etablere en formålsbegrensning ved at en analyse av sannsynlige konkurranseskadelige virkninger.

Samtidig kan flere uttalelser fra EU-domstolene tas til inntekt for at det er tilstrekkelig å påvise at det foreligger en avtale som inneholder eller tilsvarer en tradisjonell formålsbegrensning.²⁵⁰

Formålsbegrensninger har som nevnt blitt ansett å foreligge når konkurranseskadelige virkninger kan presumeres. Denne presumsjonen baseres på erfaring og økonomiske vurderinger av gitte avtaletypers konkurranseskadelige potensiale.

Spørsmålet i dette avsnittet er i hvilken grad en virkningsanalyse rettslig og økonomisk kontekst kan tilbakevise presumsjonen om at avtalen vil medføre konkurranseskadelige virkninger. Mer presist er spørsmålet om en avtale kan unngå kategoriseringen som en formålsbegrensning dersom en virkningsanalyse av den rettslige og økonomiske kontekst viser at det ikke er sannsynlig at avtalen vil medføre konkurranseskadelige virkninger.

Rettskildemessig er det imidlertid et tynt grunnlag for å vurdere spørsmålet. Med unntak av Underrettens dom i T-168/01 som Domstolen delvis avviste på anke, virker det ikke å være noen tilfeller i praksis hvor en presumsjon om konkurranseskadelig virkning har blitt tilbakevist. Drøftelsen er av den grunn i utgangspunktet henvist til hvilken løsning enkeltuttalelser i praksis kan tas til inntekt for.

Riktig nok har Domstolen uttalt at ikke alle avtaler som begrenser konkurransen vil omfattes av forbudet i artikkel 101(1) TFEU. I C-309/99 *Wouters* og C-519/04 *Meca-Medina* la Domstolen som eksempel til grunn at en konkurransebegrensende avtale kan unntas dersom

²⁵⁰ Se blant flere: forente saker T-374, 375, 384 og 388/94 *ENS*, sak 19/77 *Miller*, forente saker 32 og 36/78 til 82/78 *BMW Belgium and Others*, T-368/00 *General Motors*, forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*, C-32/11 *Allianz Hungária*.

den har et legitimt formål («legitimate aim» / «objectively justified».²⁵¹ Med avgjørelsene virker Domstolen å ha avgrenset anvendelsesområdet for art. 101 for de tilfellene en konkurransebegrensning er nødvendig for å fremme nødvendig offentlig interesse.²⁵²

Domstolen har i enkelte saker også lagt til grunn at konkurranseskadelig atferd lå innenfor en lisenshavers utøvelse av lisensrettigheter, og av den grunn ikke ble omfattet av anvendelsesområdet til art. 101.²⁵³ Også selektive distribusjonsavtaler som stilte kvalitative krav til distributører har blitt ansett ikke å påvirke konkurranse på måten art. 101 skal verne mot, såfremt kravene som ble stilt var objektive og ikke diskriminerte potensielle distributører.²⁵⁴

Felles for disse unntakene var et de ble ansett å falle *utenfor* anvendelsesområdet for artikkel 101(1) TFEU. Det er vanskelig å anse vurderingene Domstolen foretar i avgjørelsene som en vurdering av *avtalens* rettslig og økonomisk kontekst. Vurderingene kan mer virke som å gi uttrykk for en avgrensning av anvendelsesområde for artikkel 101(1) og konkurranseretten mot andre legitime hensyn og rettsområder. I C-27/87 *Erauw-Jacquery* og *Coditel II* gjaldt dette beskyttelsen av lisens- og opphavsrettigheter.

Spørsmålet i dette avsnittet er om rettslig og økonomisk kontekst kan tilbakevise en presumsjon for konkurranseskadelige virkninger *innenfor* artikkel 101(1) TFEU og formålsvurderingen. Altså om et spørsmål om rettslig og økonomisk kontekst kan ha betydning for om en tradisjonell formålsovertredelse i utgangspunktet kan anses å ha et konkurransebegrensende formål.

I det følgende vil avhandlingen først se nærmere på argumentasjonen som ligger bak synspunktet på at rettslig og økonomisk kontekst bør kunne tilbakevise en presumsjon om konkurranseskadelig virkning. Deretter vil avhandlingen se nærmere på hvordan rettslig og

²⁵¹ Hhv. C-309/99 *Wouters*, C-519/04 P *Meca-Medina*

²⁵² I samme retning Monti (2002), CMLR s. 1087, Odudu (2006) s. 53-56, Helle (2013), s. 90-91 og Bellamy og Child (2013), s. 146 og 167-168. Motsatt i Jones og Sufrin (2011), s. 231, hvor bl.a. C-309/99 *Wouters* tas til inntekt for at positive virkninger også vurderes i art. 101(1).

²⁵³ Se blant annet C-27/87 *Erauw-Jacquery* og C-262/81 *Coditel II*. *Bailey* (2012), CMLR s. 584 kan forstås å gi uttrykk for at beskyttelsen av lisensrettigheter ligger som forhold i den rettslige og økonomiske kontekst. Motsatt i forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* hvor domstolen kom til at utøvelse av lisensrettigheter medførte en absolutt områdebeskyttelse for distributører av tv-sendinger, og bidro til gjenopprettelse av nasjonale markeder i strid med EUs mål om et indre marked.

²⁵⁴ sak 26/76 *Metro I*, avsnitt 20. I samme retning Bellamy og Child (2008), s. 155.

økonomisk kontekst har blitt anført og behandlet som mulig grunnlag for å tilbakevise en at avtalen har hadde konkurransebegrensende formål-

4.2. Utgangspunktet – en presumsjon for konkurranseskadelige virkninger

Behandlingen i avsnitt 3 viste at domstolen i flere tilfeller har lagt til grunn enkelte avtaletyper som formålsbegrensinger, og slik bygde på en presumsjon for at som for eksempel søkte å oppnå et eksportforbud, ville ha konkurransebegrensende virkninger.

Denne presumsjonen for konkurransebegrensende virkninger baseres på erfaring og økonomiske vurderinger av gitte avtaletypers konkurranseskadelige potensiale. Ut i fra dette kan det i utgangspunktet virke som om presumsjonen kan tilbakevises ved å argumentere mot grunnlaget for presumsjonen. Rettslig og økonomisk kontekst kan i den sammenheng bidra til å vise at de konkrete forholdene ikke oppfyller forutsetningene for at presumsjonen skal få anvendelse.

At rettslig og økonomisk på denne måten kan ha betydning for om konkurranseskadelige virkninger kan presumeres, finner støtte forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*. I dommen uttalte Domstolen at en lisensavtale som tar sikte på å forby eller forhindre grenseoverskridende TV-sendinger «is deemed» til å ha et konkurransebegrensende formål.²⁵⁵

I følge Domstolen gjaldt dette

«... unless other circumstances falling within its economic and legal context justify the finding that such an agreement *is not liable* to impair competition.»²⁵⁶

Uttalelsen kan i første rekke tas til inntekt for at Domstolen bekrefter at formålskategorien er en presumsjon for konkurranseskadelig virkninger. Uttalelsen tyder også på at denne presumsjonen kan tilbakevises ved forhold i den rettslige og økonomiske kontekst. Det interessante er at den også kan forstås å gi anvisning på hvordan. Uttalelsen kan tas til inntekt for at en presumsjon kan tilbakevises ved å vise at avtalen i utgangspunktet ikke er egnet til å begrense konkurransen. Dette tilsier at forhold i rettslig og økonomisk kontekst i tilfellet må kunne skape usikkerhet for om konkurranseskadelige virkninger kan presumeres.²⁵⁷

Et slikt syn på rettslig og økonomisk kontekst deles av Generaladvokat Trstenjak i hennes innstilling til C-209/07 *BIDS*. Etter Trstenjaks syn er forhold i rettslig og økonomisk kontekst

²⁵⁵ forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*, avsnitt 140.

²⁵⁶ Samme sted

²⁵⁷ I samme retning, Odudu (2008), *CLJ*.

relevant i den grad et den er egnet til å «cast doubt» om hvorvidt konkurransen vil begrenses som en nødvendig følge av avtalen.²⁵⁸

Trstenjak eksemplifiserer også hvordan hun mener at forhold i rettslig og økonomisk kontekst kan gjøre det tvilsomt at konkurransen vil begrenses. I tilfellet en avtale begrenser to aktørers frihet til selv å avgjøre sinn opptreden på markedet, gir Trstenjak uttrykk for at presumsjonen for konkurranseskadelige virkninger kan tilbakevises dersom forhold i rettslig og økonomisk kontekst viser at aktørene ikke står i konkurranse med hverandre.²⁵⁹ Det kan også være tilfellet dersom det er tvilsomt om det eksisterer tilstrekkelig konkurranse på markedet til at den kan påvirkes avtalen.²⁶⁰

Dette er det utgangspunktet som ligger bak Domstolens og Underrettens behandling av informasjonsutveksling i hhv. C-8/08 *T-Mobile* og T-588/08 *Bananas*. I avsnitt 3.5.2 så viste avhandlingen at den konkrete markedsstrukturen har betydning for om det er sannsynlig at informasjonsutveksling kan begrense konkurransen. Selv om informasjonsutveksling ikke tradisjonelt har blitt ansett som en formålsbegrensning, kan dommen tas til inntekt for at dersom økonomisk og rettslig kontekst skal kunne motbevise et konkurransebegrensende formål, må den konkrete konteksten vise at det ikke er sannsynlig at konkurransen vil begrenses.

Når dette kan ses som utgangspunktet for hvordan rettslig og økonomisk kontekst kan tilbakevise en presumsjon for konkurranseskadelige virkninger, sier dette også noe om hvilke typer påstander som ikke er tjenlige til å tilbakevise presumsjonen.

Det sentrale for presumsjonen er om avtalen kan forventes, eller sannsynlig vil begrense konkurransen. Dette innebærer at påstander og eventuelt økonomiske bevis for at konkurransen ikke har blitt begrenset, ikke vil føre frem. At konkurransen ikke har blitt begrenset er det ikke det samme som at det ikke er sannsynlig at konkurransen vil begrenses.

²⁵⁸ C-209/07 *BIDS*, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 50. Se også behandlingen i avsnitt 3.4.

²⁵⁹ Samme sted, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 52.

²⁶⁰ Samme sted.

Det vil verken relevant eller nødvendig å vurdere om avtalen faktisk har konkurransebegrensende virkninger når dersom den har et konkurransebegrensende formål.²⁶¹

Tilsvarende innebærer ikke eventuelle effektivitetsgevinster av avtalen at avtalen i utgangspunktet ikke er egnet til å begrense konkurransen.²⁶²

²⁶¹ Se bl.a. sak 56/64 *Consten*, s. 343, C-209/07 *BIDS*, avsnitt 15, C-501/06P *GSK*, avsnitt 55 og C-32/11 *Allianz Hungária*, avsnitt 34, C-8/08 *T-Mobile*, avsnitt 28.

²⁶² I samme retning, C-209/07 *BIDS*, Generaladvokatens innstilling, avsnitt 55.

4.3. Underrettens vurdering av rettslig og økonomisk kontekst i T-168/01 GSK

Underrettens vurdering av rettslig og økonomisk kontekst i T-168/01 fremstår som det eneste tilfellet hvor rettslig og økonomisk kontekst kan anses å ha tilbakevist en presumsjon om konkurransebegrensende formål.²⁶³ I ankebehandlingen uttalte Domstolen at Underretten gjorde feil i lovanvendelsen da den betinget etableringen av en formålsbegrensning av at det kunne påvises en reduksjon i konsumentvelferden.²⁶⁴ Som beskrevet tidligere opphevede imidlertid ikke Domstolen Underrettens avgjørelse, og det kan virke som om Domstolens avvisning av underrettens lovanvendelse var begrenset til å gjelde betingelsen av tap i konsumentvelferden.²⁶⁵ Domstolens uttalelse i forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* taler samtidig for at Underrette ikke gjorde feil å vurdere om avtalen var egnet til å begrense konkurransen i lys av rettslig og økonomisk kontekst.

Som veiledning til spørsmålet kan det dermed være interessant å se på hvile faktorer Underretten tok hensyn til da den konkluderte med at avtalen ikke hadde et konkurransebegrensende formål.

Etter salgavtalen skulle det som beskrevet over i avsnitt 3.3.3, opereres med ulike priser avhengig av om grossistene solgte medisiner til spanske sykehus og apotek, eller eksporterte utenfor Spania.²⁶⁶ Etter Kommissjonens syn ville systemet virke på samme måte som et eksportforbud ved å forhindre at de spanske grossistene kunne eksportere medisin til prisene satt av Spanske myndigheter. Slik gjorde de aktuelle salgavtalene det økonomisk uinteressant å drive parallell handel av medisinene utenfor Spania.²⁶⁷

Underretten påpeker imidlertid at spansk lovgivning direkte fastsatte prisene for det spanske markedet.²⁶⁸ Dette gjorde etter Underrettens syn at prisene var beskyttet mot konkurranse, og

²⁶³ Saksforholdene er beskrevet i avsnitt 3.3.3. EU-domstolenes avgjørelser i C-8/08 *T-Mobile* og T-588/08 *Bananas* er nevnt over i avsnitt 4.2 som eksempel på hvordan den konkrete kontekst kan vise at det ikke er sannsynlig at konkurransen vil begrenses. Disse dommene gjaldt imidlertid ikke en tradisjonell formålsbegrensning.

²⁶⁴ C-501/06P *GSK*, avsnitt 64.

²⁶⁵ Se nærmere i avsnitt 3.3.3 over.

²⁶⁶ Se T-168/01 *GSK*, avsnitt, 8-21. Tilsvarende C-501/06P *GSK*, avsnitt 3-11

²⁶⁷ Kommissjonsvedtak 2001/791/EC *GSK*, avsnitt 116-125. Tilsvarende T-168/01 *GSK* avsnitt 91-93.

²⁶⁸ T-168/01 *GSK*, avsnitt 126.

at aktørene dermed var forhindret i å konkurrere på pris. Ettersom dette også medførte prisene på det spanske markedet ikke ble påvirket av parallell handel av medisiner, kunne ikke Underretten se at salgavtalen påvirket prisen til sluttforbrukerne. Av den grunn kunne Underretten heller ikke konkludere med at avtalen kunne påvirke konkurransen etter sitt formål.²⁶⁹

Selve vurderingen er basert på et feil premiss ettersom Underretten undersøker om rettslig og økonomisk kontekst utelukker en påvirkning av konsumentvelferden. Dersom en imidlertid ser forbi målet på konkurransen som Underretten vurderer etter, er selve vurderingen interessant. Underretten virker nettopp å bygge på at rettslig og økonomisk kontekst gjør det tvilsomt om den presumerte skadevirkningen få noen virking på konkurransen markedet.

²⁶⁹ Samme sted, avsnitt 125-136.

4.4. Fransk bondeopprør

En dom som også kan være interessant i sammenhengen, er domstolens avgjørelse i forente saker C-101 og 110/07 P *Coop de France*. I teorien er dommen lagt til grunn som uttrykk for at rettslig og økonomisk kontekst kun kan ses som et snevert unntak.²⁷⁰

Ovenfor Domstolen i ble det i ankebehandlingen blant annet anført at Underretten ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til avtalen rettslige og økonomiske kontekst i vurderingen av om avtalen hadde et konkurransebegrensende formål.²⁷¹ Domstolen slo imidlertid fast at Underretten i tilstrekkelig grad tok hensyn til og vurderte avtalens rettslige og økonomiske kontekst.²⁷²

Bakgrunnen for saken var at krisen som rammet franske bønder høsten 2000, da storfe, gris og lam ble rammet av kugalskap og munn- og klovtsyke. Flere hjelpetiltak ble iverksatt, med blant annet ordninger for å stabilisere markedet etter en kraftig nedgang i konsum. De franske bøndene anså imidlertid ikke ordningene som tilstrekkelige, og aksjonerte etter hvert mot slakteriene. Enkelte bønder innførte en blokadet mot slakterier og stoppet lastebiler og for å kontrollere opprinnelsesstedet til kjøttet som ble transportert. Blokadene førte i enkelte tilfeller til at både materiell og hele partier med kjøtt ble ødelagt. For å finne frem til en løsning ble bransjeorganisasjonene for slakterne og bøndene enig om at slakterne skulle stoppe import av storfe, og partene inngikk en avtale om å fastsette pris for buskap levert til slakteriene.²⁷³

Underretten slår allerede innledningsvis fast at avtalen mellom bransjeorganisasjonene innebærer både et ulovlig importforbud og et ulovlig prissamarbeid. Underretten legger av den grunn et utgangspunkt til grunn at avtalene har et konkurransebegrensende formål.²⁷⁴

Et av hjelpetiltakene som ble innført fra Kommisjonen selv i forbindelse med krisen, var en innkjøpsordning som innførte "intervensjonspriser" under perioden. Fra bransjeorganisasjonen ble det anført at prissamarbeidet ikke kunne anses som et

²⁷⁰ Jones og Sufrin (2011), s. 211

²⁷¹ C-101 og 110/07P *Coop de France*, avsnitt 80.

²⁷² Samme sted, avsnitt 86.

²⁷³ Samme sted, avsnitt 9-13

²⁷⁴ forente saker T-217 og 245/03 *Coop de France*, avsnitt 82, 83 og 85.

konkurransbegrensende formål, på grunn av at prisene de hadde avtalen sto i sammenheng med intervensjonsprisene.²⁷⁵ Når underretten påpeker at partene ikke kan høres med anførselen, skyldes dette at de fastsatte prisene var betydelig høyere enn intervensjonsprisene.

I seg selv kan dette tilsi at dersom prisene ikke hadde vært annerledes, så ville ikke prissamarbeidet ført til noen begrensning av konkurransen. Underretten tilføyer imidlertid at prissamarbeidet uansett ikke vil kunne anses som lovlig bare fordi prisene ble fastsatt på grunnlag av intervensjonsprisene.²⁷⁶ Dette tyder på at prissamarbeidet presumtvt ville begrense konkurransen, uavhengig av om det innebar noen endring fra intervensjonsprisene.

²⁷⁵ Samme sted, avsnitt 87.

²⁷⁶ Samme sted

4.5. Bør rettslig og økonomisk kontekst kunne tilbakevise en tradisjonell formålsbegrensning?

På bakgrunn av det som er behandlet, er det vanskelig å slutte noe bestemt i noen retning for spørsmålet om rettslig og økonomisk kontekst kan medføre at en tradisjonell formålsbegrensning ikke anses å ha et konkurransebegrensende formål. Domstolens uttalelse i forente saker C-403 og 429/08 *Premier League* tilsier klart at det kan være tilfellet. Med unntak av Underrettens avgjørelse i T-168/01 *GSK*, er det imidlertid lite grunnlag i praksis for å si noe om i hvilke tilfeller og hvordan en presumsjon kan tilbakevises.

Det kan imidlertid være problematisk at enkelte avtaletyper kategorisk skal kunne legges til grunn som formålsbegrensninger, uavhengig av hvorvidt de faktisk er egnet til å begrense konkurransen. Formålet med artikkel 101(1) TFEU er å ivareta en virksom konkurranse i oppnåelsen av EUs felles marked.²⁷⁷ Dersom enkelte avtaletyper kan legges til som formålsbegrensninger uavhengig av en vurdering lys i rettslig og økonomisk kontekst, kan det innebærer det en risiko for at også avtaler som er utjenlige til å begrense konkurransen vil forbys. Et forbud som griper inn mot avtaler som er utjenlige til å begrense konkurransen vil gripe inn i aktørenes handlefrihet på tross av at avtalen verken utgjør en trussel mot en fungerende konkurranse eller EUs målsetning om et felles marked. I stedet vil forbudet gripe inn mot konkurransen det er ment å verne. Et slikt inngrep vil seg selv kunne utgjøre en begrensning av konkurransen ettersom den forhindrer aktører i å konkurrere på markedet. Det vil med andre ord kunne stride mot formålet om en fungerende konkurranse. Hensynet til oppnåelsen av formålet med konkurransereglene kan på denne måten tilsi at rettslig og økonomisk kontekst bør kunne tilbakevise at en tradisjonell formålsbegrensning anses å ha et konkurransebegrensende formål.

På bakgrunn av det som av det som er behandlet i avsnitt 4, kan det dermed legges til grunn at avtalens virkninger i rettslig og økonomisk kontekst både *kan* og *bør* kunne tilsi at en tradisjonell formålsbegrensning ikke har et konkurransebegrensende formål. Det er likevel ikke sikkert om dette gjelder som en forutsetning for å kunne konkludere med et konkurransebegrensende formål.

²⁷⁷ Protokoll 27 til TEU og TFEU, jf. artikkel 3 TEU. Se også Odudu (2006), s. 98, Gjendemsjø (2011), s. 18 og Kolstad og Ryssdal (2007), s. 53.

5. Er sannsynlige virkninger forenelig med formålskategorien?

5.1. Betyding for formålsvurderingen

Behandlingen av EU-domstolens praksis har vist at et konkurransebegrensende formål kan etableres ved å foreta en analyse av avtalens sannsynlige konkurranseskadelige virkninger, i lys av dens rettslige og økonomiske kontekst. For å vurdere om avtalen har et konkurransebegrensende formål, må vurderingen ta utgangspunkt i en tolkning av avtalens innhold, de formål den søker å oppnå, og den rettslige og økonomiske kontekst den utgjør en del av. Dersom de resultatene avtalen tar sikte på å oppnå sannsynlig vil begrense konkurransen, kan det legges til grunn at avtalen har et konkurransebegrensende formål.

Sammenlignet med *the object box* gir dette en regel som er praktisk anvendbar, og som gjør at formålskategorien ikke er låst til gitte avtaletyper.

En slik tilnærming er imidlertid ikke uforenelig med *the object box*. Det overordnede kriteriet er om avtalen, basert på en vurdering av dens innhold, formål og rettslig og økonomisk kontekst, sannsynlig vil begrense konkurransen. På samme måte som de tradisjonelle formålsbegrensningene utgjør dette en kvalifisert forventning – en presumsjon om konkurranseskadelige virkninger. Det er på det rene at et prissamarbeid, en markedsdeling eller produksjonsbegrensning sannsynlig vil begrense konkurransen.

Slik kan det være mulig å etablere konkurransebegrensende formål *både* ved henvisning til *the object box*, og ved hjelp av en analyse av sannsynlige konkurransebegrensende virkninger.

Dersom en avtale på overflaten inneholder eller tilsvarer en tradisjonell formålsbegrensning kan det være en tydelig indikasjon på at det er sannsynlig at konkurransen vil begrenses. I slike tilfeller kan kanskje spørsmålet sannsynlige virkninger snus. Utgangspunktet er at konkurranseskadelige virkninger kan forventes, men spørsmålet for slike tilfeller er hvilken grad momenter i den rettslige og økonomiske kontekst viser at avtalen ikke er i stand til å begrense konkurransen. Ved å sette et slikt kriterium som i forente saker forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*, vil kunne fungere som en sikkerhetsventil mot de avtalene som ikke er tjenlige til å begrense konkurransen. Et slikt krav om at det må kunne forventes at avtalen sannsynlig vil begrense konkurransen i sin rettslige og økonomiske kontekst, vil også være bedre forenelig med formålet om en virksom konkurranse enn at det i seg selv skal være seg tilstrekkelig å påvise en tradisjonell formålsbegrensning.

Det imidlertid ikke til å legge skjul på at formålskategorien er omgitt med mange spørsmål om uklarheter. Blant annet har avhandlingen vist at det ikke virker å være noe tydelig svar på om hvorvidt og på hvilken måte rettslig og økonomisk kontekst kan tale mot at det foreligger en formålsbegrensning. Etter 60 år med forbudet mot konkurransebegrensende avtaler er det på høy tid at Domstolen trekker opp klare linjen for tolkningen og anvendelsen av artikkel 101 (1) som også avklarer forholdet til de spenningene som har oppstått Domstolens enkeltbehandling av saker.

5.2. «... no workable general rule for classifying naked restraints ...»

I starten av denne avhandlingen, før innholdsfortegnelsen, ble det gitt følgende og noe flåsete sitat fra Teece og Jorde (1992)

«There is no workable general rule for classifying naked restraints. As with pornography, you know it when you see it...»²⁷⁸

Sitatet spiller på en henvisning til den tradisjonelle oppfatningen av formålsbegrensinger, hvor formålskategorien består av gitte avtaletyper som presumtivt begrenser konkurransen. Basert på hva som er behandlet i denne avhandlingen vil jeg både si meg uenig og enig i påstanden i sitatet.

På den ene siden er jeg uenig i at det ikke er noen «workable general rule» for å identifisere rene konkurransebegrensninger. Avhandlingen har vist at en avtale har et konkurransebegrensende formål når en tolkning av avtalen, dens bestemmelser og det formål den søker å oppnå, vurdert i lys av avtalens rettslige og økonomiske kontekst, sannsynlig vil begrense konkurransen. Avhandlingen har også vist at dette gjelder både for de typiske formålsovertredelsene, og andre avtaler.

Dette gjør også at jeg delvis er enig i sitatet. Det sentrale er om avtalen sannsynlig vil begrense konkurransen. For de mest åpenbare, rene konkurransebegrensende avtalene, er det normalt liten tvil om at konkurransen sannsynlig vil begrenses. For slike avtaler kan det kanskje være at det er tilstrekkelig å undersøke at det ikke foreligger forhold i den rettslige og økonomiske kontekst som gjør at det likevel ikke er sannsynlig at avtalen vil ha konkurranseskadelige virkninger.

²⁷⁸ Teece og Jorde (1992)

Kildeliste

- Traktater

TEU Consolidated version of the Treaty on the European Union (*TEU*), vedtatt 13. desember 2007, trådte i kraft 1. desember 2009, 2010 OJ C83/13, engelsk utgave

TFEU Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (*TFEU*), vedtatt 13. desember 2007, trådte i kraft 1. desember 2009, 2010 OJ C83/47, engelsk utgave

- Domstolen

sak 56/64 Consten sak 56/64 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, 1966 ECR 429

sak 56/65 STM sak 56/65 *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, 1966 ECR 235, engelsk utgave

sak 5/69 Völk sak 5/69 *Völk v Vervaeke*, 1969 ECR 295, engelsk utgave

sak 26/76 Metro I sak 26/76 *Metro SB -Großmärkte v Commission*, 1977 ECR 1875, engelsk utgave

sak 19/77 Miller sak 19/77 *Miller International Schallplatten GmbH v Commission of the European Communities*, 1978 ECR 00131, engelsk utgave

forente saker 32 og 36/78 til 82/78 BMW Belgium and Others forente saker 32 og 36/78 til 82/78 *BMW Belgium SA and others v Commission of the European Communities*, 1979 ECR 02435, engelsk utgave

C-262/81 Coditel II C-262/81 *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, and others v Ciné-Vog Films SA and others*, 1982 ECR 03381, engelsk utgave

forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 IAZ	forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 <i>NV IAZ International Belgium and others v Commission of the European Communities</i> , 1983 ECR 3369, engelsk utgave
C-27/87 Erauw-Jacquery	C-27/87 <i>SPRL Louis Erauw-Jacquery v La Hesbignonne SC</i> , 1988 ECR 01919, engelsk utgave
C-49/92 P Anic Partecipazioni	C-49/92 P <i>Commission v Anic Partecipazioni</i> , 1999 ECR I-4125, engelsk utgave
C-7/95 P John Deere	C-7/95 P <i>John Deere Ltd v Commission of the European Communities</i> , 1998 ECR I-03111, engelsk utgave
forente saker C-68/94 og 30/95 France v. Commission	forente saker C-68/94 og 30/95 <i>France v. Commission</i> , 1998 ECR I-1375, engelsk utgave
C-306/96 Javico	C-306/96 <i>Javico International and Javico AG v Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)</i> , 1998 ECR I-01983, engelsk utgave
C-309/99 Wouters	C-309/99 <i>Wouters</i> , 2002 ECR I-1577, engelsk utgave
C-551/03 P General Motors	C-551/03 P <i>General Motors BV v Commission of the European Communities</i> , 2006 ECR I-03173, engelsk utgave
C-519/04 P Meca-Medina	C-519/04 P <i>Meca-Medina and Majcen v Commission</i> , 2006 ECR I-6991, engelsk utgave
C-501/06P GSK	C-501/06P <i>GlaxoSmithKline Services Unlimited m.fl. v Commission of the European Communities</i> , 2009 ECR I-09291, engelsk utgave
forente saker C-468 til 478/06 Sot. Lélos kai Sia	forente saker C-468 til 478/06 <i>Sot. Lélos kai Sia EE and Others v GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, formerly Glaxowellcome AEVE</i> , 2008 ECR I-07139, engelsk utgave
C-101 og 110/07P Coop de France	C-101 og 110/07P <i>Coop de France Bétail et viande v. Commission</i> 2008 ECR I-10191, engelsk utgave
C-209/07 BIDS	C-209/07 <i>Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd</i> , 2008 ECR I-08637, engelsk utgave

- C-8/08 *T-Mobile*** C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.*, 2009 ECR I-04592, engelsk utgave
- forente saker C-403 og 429/08 *Premier League*** forente saker C-403 og 429/08 *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others* (ennå ikke publisert)
- C-439/09 *Pierre Fabre*** C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* (ennå ikke publisert)
- C-32/11 *Allianz Hungária*** C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító and Others* (ennå ikke publisert), engelsk utgave
- C-226/11 *Expedia*** C-226/11 *Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others* (ennå ikke publisert)
- Underretten
- T-148/89 *Tréfilunion*** T-148/89 *Tréfilunion SA v Commission of the European Communities*, 1995 ECR II-01063, engelsk utgave
- forente saker T-374, 375, 384 og 388/94 *ENS*** forente saker T-374, 375, 384 og 388/94 *European Night Services m.fl.*, 1998 ECR II-03141, engelsk utgave
- T-368/00 *General Motors*** T-368/00 *General Motors Nederland BV and Opel Nederland BV v Commission*, 2003 ECR II-04491, engelsk utgave
- T-168/01 *GSK*** T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited m.fl. v Commission of the European Communities*, 2006 ECR II-2969, engelsk utgave
- forente saker T-217 og 245/03 *Coop de France*** forente saker T-217 og 245/03 *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) (T-217/03) and Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) and Others (T-245/03) v Commission of the European Communities.*, 2006 ECR II-04987, engelsk utgave

T-588/08 Bananas

T-588/08 *Dole Food Company, Inc and Dole Germany OHG v Commission* (ennå ikke publisert), engelsk utgave

- Norske dommer

Ski Follo taxidrift

Follo tingrett 8. februar 2013, 11-202508TVI-FOLL *Ski Follo taxidrift*

- Kommisjonsvedtak og -forordninger

**Kommisjonsvedtak
2001/791/EC GSK**

Kommisjonsvedtak 2001/791/EC - av 8 Mai 2001 *relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty Cases: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (notification), IV/36.997/F3 Aseprofar and Fedifar (complaint), IV/37.121/F3 Spain Pharma (complaint), IV/37.138/F3 BAI (complaint), IV/37.380/F3 EAEPC (complaint) (notified under document number C (2001) 1202), 2001 OJ L 302/0001 – 0043*

**Kommisjonforordning
400/2002**

Kommisjonforordning 400/2002 of 31 July 2002 *on the application of Article [101(3)] of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector*, 2002 OJ L203/30, engelsk utgave

**Kommisjonforordning
461/2010**

Kommisjonforordning (EU) No 461/2010 *on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector*, 2002 OJ L129/52-57, engelsk utgave

**kommisjonsforordning
330/2010**

Kommisjonsforordning 330/2012 *on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*, 2010 OJ L102/1-7, engelsk utgave

Kommisjonens retningslinjer

Article 81(3) Guidelines

Kommisjonens *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, 2004 OJ C101/97, engelsk utgave

- Litteratur

Andenæs, Johs mfl. (2004)

Andenæs, Johs mfl., *Alminnelig strafferett*, 5. utg. utgave, Universitetsforl. (Oslo 2004)

Bellamy og Child (2008)

Bellamy, Christopher og Child, Graham D., redigert av Roth, P. M. and Rose, Vivien, *European Community law of competition*, 6. utgave, Oxford University Press (Oxford 2008)

Bellamy og Child (2013)

Bellamy, Christopher og Child, Graham D., redigert av Rose, Vivien and Bailey, David, *European Union law of competition*, 7th utgave, Oxford University Press (Oxford 2013)

Bishop og Walker (2010)

Bishop, Simon og Walker, Mike, *The economics of EC competition law / concepts, application and measurement*, 3rd ed utgave, Sweet & Maxwell (London 2010)

Black, Oliver (2005)

Black, Oliver, *Conceptual foundations of antitrust*, Cambridge University Press (Cambridge 2005)

Fredriksen og Mathisen (2012)

Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 3. utgave, Fagbokforlaget (Bergen 2012)

Gjendemsjø, Ronny (2011)

Gjendemsjø, Ronny. 2011. *Oligopolproblemet – Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol*. Avhandling for graden philosophia doctor (PhD), juridisk fakultet, universitetet i Bergen.

Helle, Herdis (2013)

Helle, Herdis. 2013. *Konkurransereglane i EU- og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter*. Avhandling for graden philosophia doctor (PhD), juridisk fakultet, universitetet i Bergen.

- Jones og Sufrin (2011)** Jones, Alison og Sufrin, Brenda, *EU competition law : text, cases, and materials*, 4th utgave, Oxford University Press (Oxford 2011)
- Kolstad og Ryssdal (2007)** Kolstad, Olav og Ryssdal, Anders Chr Stray, *Atferdsregler og strukturkontroll*, bind 1 av 2, *Norsk Konkurranserett*, Universitetsforlaget (Oslo 2007)
- Nikpay og Faull (2007)** Nikpay, Ali og Faull, Jonathan, *The EC law of competition*, 2nd utgave, Oxford University Press (Oxford 2007)
- Odudu, Okeoghene (2006)** Odudu, Okeoghene, *The boundaries of EC competition law*, Oxford University Press (Oxford 2006)
- Teece og Jorde (1992)** Teece, David J. og Jorde, Thomas M., *Antitrust, innovation, and competitiveness*, Oxford University Press (New York 1992)
- Townley, Christopher (2009)** Townley, Christopher, *Article 81 EC and the public policy*, Hart (Oxford 2009)
- Whish, Richard (2009)** Whish, Richard, *Competition law*, 6. utgave, Oxford University Press (Oxford 2009)
- Whish og Bailey (2012)** Whish, Richard og Bailey, David, *Competition law*, 7. utgave, Oxford University Press (New York 2012)

- Artikler

- Bailey, David (2012), CMLR** Bailey, David, 2012, «Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU», *Common Market Law Review*, nr. 49 s. 559-500.
- Bennett, Matthew og Collins, Philip (2010), ECJ** Bennett, Matthew og Collins, Philip, 2010, «The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad and the Ugly», *European Competition Journal*, nr. 6 (2) s. 311-337.

- Jones, Alison (2010), *ECJ*** Jones, Alison, 2010, «Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1)», *European Competition Journal*, nr. 6 (3) s. 649-676.
- King, Saskia (2011), *ECJ*** King, Saskia, 2011, «The Object Box: Law, Policy or Myth?», *European Competition Journal*, nr. 7 (2) s. 269-296 (28).
- Mahtani, Munesh Ram (2012), *ECJ*** Mahtani, Munesh Ram, 2012, «Thinking Outside the Object Box: An EU and UK Perspective», *European Competition Journal*, nr. 8 (1) s. 1-39.
- Monti, Giorgio (2002), *CMLR*** Monti, Giorgio, 2002, «Article 81 EC and Public Policy», *Common Market Law Review* s. 1057.
- Odudu, Okeoghene (2001), *ELR*** Odudu, Okeoghene, 2001, «Interpreting Article 81(1): Object as Subjective Intention», *European Law Review*, nr. 26 s. 60-75.
- Odudu, Okeoghene (2008), *CLJ*** Odudu, Okeoghene, 2008, «Restrictions of Competition by Object: what's the beef? », *Competition Law Journal*, nr. 9 (1) s. 11-17.

- Nettsider

- EU-domstolenes nettside: The Court in figures*** *EU-domstolenes nettside: The Court in figures*, sist oppdatert: 31. desember 2012, besøkt: 20. januar 2013 Tilgjengelig på adresse: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_80908/
- EUR-Lex Access to European Union law*** *EUR-Lex Access to European Union law*, tilgjengelig på adresse: <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>
- Linguee - English-French Dictionary and Translation Search Engine*** *Linguee - English-French Dictionary and Translation Search Engine*, tilgjengelig på adresse: <http://www.linguee.com/english-french>

