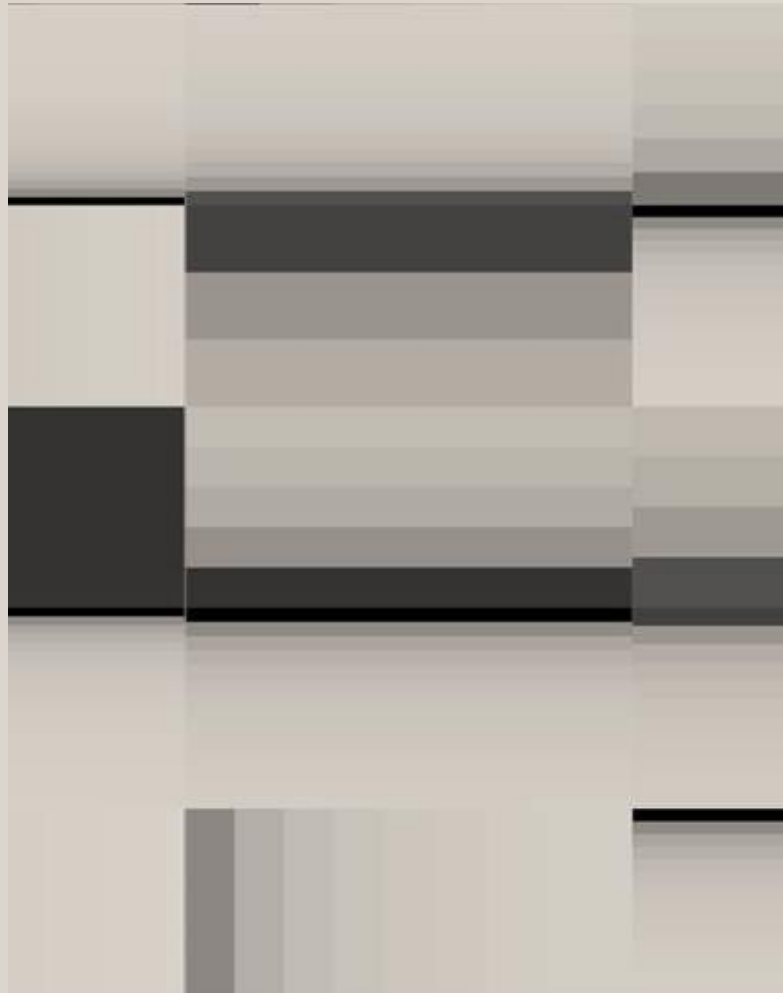


Grette



HANDLINGSROMMET ETTER EØS- KONKURRANSERETEN

JURIDISK UTREDNING

av advokat/partner Odd Stemsrud

31. mars 2023

INNHOLDSFORTEGNELSE

1 OPPSUMMERING KONKLUSJONER.....	4
2 MANDATET OG UTREDNINGENS RAMMER	7
2.1 Bakgrunn & Mandat	7
2.2 Metode Utredningsansvarlig.....	8
3 BESTEMMELSEN ART 3 (2) FORORDNING 1/2003 - ART 3 (2) P. 4 ODA.....	9
3.1 Bestemmelsen: EØS-rettslig innlemmelse og implementering i norsk rett	9
3.2 Kort om bestemmelsens innhold	10
4 BESTEMMELSENS BAKGRUNN, FORMÅL OG EVOLUSJON	11
4.1 1. mai 2004: Et utvidet EU/EØS og desentralisert håndheving av EØS-konkurransereglene	11
4.1.1 Perioden før 2004.....	11
4.1.2 1999-2003: Forhandlingene om forordning 1/2003	12
4.2 2004 - 2009: Europakommisjonens håndheving og 5-årsevaluering.....	17
4.2.1 Europakommisjonens retningslinjer fra anvendelsestidspunktet, 2004	17
4.2.2 Håndheving og evaluering de første fem år	18
4.3 2004 - 2014: Europakommisjonens håndheving og 10-årsevaluering	20
4.4 2004 - 2024: Europakommisjonens håndheving og 20-årsevaluering.....	20
4.5 Oppsummering - EU-institusjonene: Vedtakelse og evolusjon gjennom 20 år.....	20
5 BESTEMMELSENS MATERIELLE INNHOLD: EN VURDERING	22
5.1 Ordlyd	22
5.1.1 Innledning.....	22
5.1.2 Ordlydens forhold til art 54 EØS - ensidig atferd”	24
5.1.3 Ordlydens forhold til art 53 EØS - ”avtale” / ”samordnet opptreden”	25
5.2 EU- og EFTA-domstolen: Rettspraksis	27
5.3 Tilblivelseshistorien: Travaux préparatoires.....	28
5.4 Formålsbetraktninger: Hensynene bak reglene	30
5.5 Nasjonalstaters tilnærming: Nasjonale regler	30
5.6 Europakommisjonens / ESAs tilnærming.....	34
6 KONKLUSJON - ”ENSIDIG ATFERD”	36
6.1 Innledning: En analyse i to trinn	36
6.2 Trinn 1: Konklusjon på forholdet mellom første og annen setning i art 3 (2)	37
6.3 Trinn 2: Nærmere om begrepet ”ensidig atferd”	38
7 ”ENSIDIG ATFERD” - KATEGORIER - EKSEMPLER.....	41
7.1 Innledning.....	41
7.2 Regulering av ensidig atferd i streng forstand	41
7.3 Regulering av ”felles vilje” i kontrakt.....	42
7.3.1 Det generelle utgangspunktet.....	42

7.3.2 Art 53 (3) EØS: Særlig om vertikale avtaler og gruppefritak	43
7.4 AED / ASBP – "contractual abuses"	44
7.5 Forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer	45
7.6 Forbud mot negative servitutter / eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet	47
7.7 Markedsetterforskningsverktøy	47
8 ANDRE EØS-RETTLIGE SKRANKER FOR REGULERING AV "ENSIDIG ATFERD"	49
LITTERATURLISTE	52

1 OPPSUMMERING | KONKLUSJONER

Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) vurderer tiltak som har reist spørsmål om hvilket handlingsrom nasjonale myndigheter har til å fastsette egne konkurranseregler som avviker fra konkurransereglene i EØS-avtalen. Konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler kan komme til anvendelse på ett og samme forhold, og regelsettene kan anvendes parallelt. ODA-protokoll 4 kapittel II art 3, som er gjennomført i EØS-konkurranseloven § 7, regulerer forholdet mellom nasjonale konkurranseregler og art 53 EØS (forbud mot konkurransebegrensende avtaler) og 54 EØS (forbud mot misbruk av dominerende stilling).

Den sentrale bestemmelsen for utredningen er ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (2), som lyder:

«Anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning kan ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak eller samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom medlemsstater, men som ikke begrenser konkurransen i henhold til traktatens artikkel 81 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene i traktatens artikkel 81 nr. 3 eller som er omfattet av en forordning om anvendelse av traktatens artikkel 81 nr. 3. Denne forordning skal ikke hindre medlemsstatene i å vedta og anvende strengere nasjonal lovgivning på sitt territorium som forbyr eller ilegger sanksjoner for foretaks ensidige atferd.»

Mandatet for utredningen er å kartlegge nasjonale myndigheters adgang til å innføre strengere nasjonal regulering av ensidig atferd, og nærmere om hvor grensen går mellom avtaler mv. på den ene siden (art 53 EØS), og ensidig atferd på den andre siden.

Det er et spenningsforhold mellom første og annen setning i den aktuelle bestemmelsen: Art 3 (2) første setning (sammen med art 3 (1)) søker å ivareta uniform håndhevelse av EØS' (egne) konkurranseregler, da også til eksklusjon for nasjonale konkurranseregler for å unngå nasjonal fragmentering av konkurranseretten. Art 3 (2) annen setning, på den annen side, søker en annen regel – som et unntak fra uniform håndhevelse – som gir nasjonale myndigheter kompetanse til å vedta strengere nasjonale konkurranseregler rettet mot foretaks «ensidige atferd».

Ordlyden – gitt spenningsforholdet mellom første og annen setning – gir i seg selv ikke grunnlag for å trekke en sikker rettslig konklusjon på om nasjonale myndigheters kompetanse står seg når «ensidig atferd» er nedfelt i en avtale som konseptuelt faller innenfor art 53 EØS. Det er ikke identifisert rettspraksis fra EU- eller EFTA-domstolen som gir klargjørende veiledning på forholdet mellom første og annen setning i art 3 (2).

Imidlertid finner vi kilder i *rettsaktens forarbeider* - travaux préparatoires. Det anses avklart at art 3 (2) annen setning er et resultat av et politisk kompromiss, og at bestemmelsen kom inn (i art 3 (2) i forordning 1/2003 som er den tilsvarende bestemmelsen i EU) som en del av de avsluttende politiske forhandlingene i oktober og november 2002. Det fremstår også som avklart at tillegget av art 3 (2) annen setning i den endelige teksten hadde som formål at nasjonale myndigheter skal beholde og fortsette å ha kompetanse til å vedta nasjonale regler rettet mot «ensidig atferd» av typen som eksisterte i flere medlemsland på det tidspunktet (2002). Denne kategorien omfatter nasjonal regulering av «ensidig atferd» også hvor atferden manifesterer seg i en avtale. Det følger av rettspraksis at medlemslandenes standpunkt som uttrykt gjennom Rådet skal legges til grunn når dette fremgår av en rettsakts endelige ordlyd og den avviker fra Europakommisjonens opprinnelige forslag. Forarbeidene synes på den bakgrunn med styrke å tale for at art 3 (2) annen setning skal tillegges et selvstendig materielt innhold og at annen setning i noen grad skal forstås som et unntak fra første setning. Europakommisjonen synes selv, eksempelvis ved sin femårsevaluering i 2009, å være av den oppfatning at art 3 (2) annen setning har et selvstendig materielt innhold ved tilsynelatende å akseptere nasjonal kompetanse for «*national provisions which regulate the abuse of economic dependence, 'superior bargaining power' or 'significant influence'*».

I løpet av de snart 20 år den aktuelle bestemmelsen har kommet til anvendelse har en rekke EU-land hatt eller innført nasjonale særreguleringer av «ensidig atferd», og da også atferd som beror på avtale eller forretningsforhold. I dag kan en fastslå at nasjonale (konkurranse)regler rettet mot såkalt AED/Abuse of Economic Dependence – relativ markedsrett – er ganske utbredt i EU.

Basert på dette er det vår vurdering at art 3 (2) annen setning har et selvstendig materielt innhold, da også slik at setningen, i prinsippet, vil få anvendelse i stor grad uavhengig av det konseptuelle avtalebegrepet i art 53 (1) EØS.

I mangel av klar ordlyd og avklarende rettspraksis er denne konklusjonen ikke utenfor enhver tvil, men vi finner at det er *klar sannsynlighetsovervekt* for at denne forståelsen vil bli lagt til grunn ved en eventuell domstolsprøving.

Begrepet «ensidig atferd» er et innarbeidet konkurranserettslig begrep, og det må være denne forståelsen som er utgangspunktet også for tolkningen av begrepet i ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (2). Det synes derfor på det rene at begrepet «ensidig atferd» omfatter – og er videre enn – begrepet «utilbørlig utnyttelse» i art 54 EØS. Etter sistnevnte bestemmelse omfatter «utilbørlig utnyttelse» blant annet (i) «å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår», (ii) «å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen», og (iii) «å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden». Det er liten tvil om at «utilbørlig utnyttelse» – som et snevrere begrep enn «ensidig atferd» – omfatter en rekke misbrukskategorier uavhengig av om de er nedfelt i kontrakt eller ikke.

Utredningens prinsipielle konklusjon har som konsekvens at art 53 EØS' yttergrense for bestemmelsens avtalebegrep *ikke* utgjør skjæringspunktet for nasjonale myndigheters adgang til å regulere «ensidig atferd». Det må derfor foretas en vurdering i den konkrete saken av «point of gravity»:

- Nasjonal kompetanse: Hvis «point of gravity» – slik det følger av det nasjonale tiltakets formål eller virkning – er en regulering av én parts (relative) markedsrett, vil nasjonale myndigheter som hovedregel ha kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler etter art 3 (2) annen setning, og da i prinsippet uavhengig av om atferden manifesterer seg i en avtale eller ikke.
- Ikke nasjonal kompetanse: Hvis «point of gravity» – slik det følger av det nasjonale tiltakets formål eller virkning – er en regulering av parters felles vilje (“concurrency of wills”), vil nasjonale myndigheter *ikke* ha kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler etter art 3 (2) første setning.

Det sentrale vurderingstemaet er altså om konkurransebegrensningen er et utslag av to eller flere parters «felles vilje» -- eller viljen til kun én part (med markedsrett). Denne utredningens konklusjon er at det prinsipielle fokuset *ikke* er om konkurransebegrensningen manifesterer seg i en avtale (eller ikke).

I avhengighetsvurderingen kan det ikke være et krav at det foreligger absolutt tvang fra én parts side. At konkurransebegrensningen følger av en avtale som har vært underlagt forhandlinger kan ikke prinsipielt utelukke at en bestemmelse er utslag av viljen til kun én part og derfor kan anses som «ensidig atferd» etter ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (2). Imidlertid vil avtaler underlagt reelle forhandlinger mellom, i hovedsak, likeverdige parter som hovedregel måtte anses som «felles vilje», og ikke «ensidig atferd».

I praksis vil en regulering av AED/Abuse of Economic Dependence eller ASBP/Abuse of Superior Bargaining Power eksempelvis kunne likne på art 54 EØS med den modifikasjon at markedsrettkravet til markedsposisjon reduseres fra «dominerende stilling» til en definert standard for «relativ markedsrett». Misbrukskatalogen kan i prinsippet imidlertid være den samme, da også misbruk i kategorien «contractual abuses».

For avgrensningen mot art 53 (3) EØS anses det som klart at nasjonale myndigheter er avskåret fra å regulere en konkurransebegrensning som er nedfelt i en avtale ved å adressere «ensidig atferd» hvis *den anførte konkurransebegrensningen selv* oppfyller unntaksvilkårene i art 53 (3) EØS.

Når et nasjonalt tiltak regulerer en situasjon uten at ytterligere vedtak fra konkurransemyndighetene er nødvendig – eksempelvis ved en forbudsbestemmelse – er det lovligheten ved den nasjonale bestemmelsen i seg selv som må vurderes opp mot ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (2). Hvis det nasjonale tiltaket alternativt tar form av en inngrepshjemmel og forutsetter håndheving gjennom vedtak i det enkelte tilfellet, vil det i første rekke være den konkrete håndhevingen – lovligheten av det enkelte vedtak – som vurderes mot ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (2). En nærmere analyse må bero på de enkelte nasjonale tiltak. I utredningens punkt 7 er det inntatt noen typetilfeller/kategorier.

Hvis norske myndigheter legger til grunn en strengere fortolkningsnorm av ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (2) enn det som legges til grunn av nasjonale myndigheter i andre EØS-land, vil norske myndigheter rent faktisk begrense egen kompetanse sammenliknet med andre nasjonale myndigheter i andre EØS-land.

- - -

2 MANDATET OG UTREDNINGENS RAMMER

2.1 Bakgrunn & Mandat

Nærings- og fiskeridepartementet utlyste 3. februar 2023 konkurranse om «Utredning av handlingsrommet etter EØS-konkurranseretten». Oppdraget ble tildelt Advokatfirmaet Grette AS ved meddelelsesbrev av 3. mars 2023, og oppdragsavtale ble signert påfølgende uke. Bakgrunn og mandat reflekterer beskrivelsen i departementets konkurransegrunnlag.

NFD har tidligere i år sendt to forskriftsforslag med hjemmel i konkurranseloven § 14 på høring, om henholdsvis forslag til forskrift om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet og forslag til forskrift om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer. Det er også varslet at departementet vil utrede muligheten for å gi Konkurransetilsynet et nytt markedsetterforskningsverktøy som omfatter adgang til å treffe vedtak om avhjelpende tiltak uten at det krever overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser.

Tiltakene har reist spørsmål om hvilket handlingsrom nasjonale myndigheter har til å fastsette egne konkurranseregler som avviker fra konkurransereglene i EØS-avtalen. EØS-avtalens konkurranseregler kommer til anvendelse på konkurransebegrensende adferd som kan påvirke samhandelen mellom EØS-stater merkbart. Både konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler kan komme til anvendelse på ett og samme forhold, og regelsettene kan anvendes parallelt. ODA-protokoll 4 kapittel II art 3, som er gjennomført i EØS-konkurranseloven § 7, regulerer forholdet mellom konkurranseloven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

ODA-protokoll 4 art 3 (1) og EØS-konkurranseloven § 7 første ledd slår fast at konkurransemyndighetene eller domstolene, når de anvender norsk konkurranselovgivning på forhold som omfattes av art 53 EØS eller som er forbudt etter art 54 EØS, også skal anvende disse bestemmelsene. ODA-protokoll 4 art 3 (2) og EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd slår videre fast at håndhevingen av nasjonal konkurranselovgivning ikke må føre til forbud mot avtaler mv. som påvirker samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen etter art 53 (3) EØS. Bestemmelsen er derimot ikke til hinder for å håndheve «ensidig adferd» strengere, for eksempel gjennom forskrifter etter konkurranseloven § 14.

Formålet med utredningen er å kartlegge muligheten for å ha en strengere nasjonal regulering av ensidig fastsatte avtalevilkår enn art 53 EØS, og nærmere om hvor grensen går mellom avtaler mv. på den ene siden, og ensidig adferd på den andre siden.

Utredningen må gi en oversikt over alle relevante tolkningsmomenter og en konklusjon om hvilken forståelse som er mest nærliggende. Dersom det ikke er mulig å gi en klar konklusjon, må utredningen si noe om risiko for at det vil foreligge brudd på EØS-avtalen dersom en vid tolkning legges til grunn.¹

Utredningen avgrenses mot spørsmålet om når samhandelen mellom EØS-statene kan påvirkes merkbart, eller når nasjonal lovgivning hovedsakelig fremmer et annet formål enn art 53 og 54 EØS, jf. ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (3) / EØS-konkurranseloven § 7 tredje ledd.

Det er avklart med NFD at mandatet, prinsipielt og i første rekke, er avgrenset til identifikasjon av den EØS-rettslige rettssetning. Av samme grunn ligger det utenfor mandatet å ta stilling til rent nasjonalrettslige vurderingstemaer, eksempelvis om nasjonale tiltak oppfyller vilkårene i konkurranselovens egen forskriftshjemmel i konkurranseloven § 14.

Mandatet som mottatt fra departementet uttrykker i øvrig at utredningen skal avgrenses mot spørsmålet om når samhandelen mellom EØS-statene kan påvirkes merkbart, eller når nasjonal

¹ Det bemerkes at begrepet «vid tolkning» anvendes i konkurransegrunnlaget. Som det vil fremgå av punkt 6.3 er begrepet «ensidig atferd» et innarbeidet begrep i konkurranseretten, og det er ikke opplagt at en forståelse av begrepet i tråd med innarbeidet forståelse er en «vid tolkning». Utredningen bruker derfor ikke dette fortolkningsbegrepet.

lovgivning hovedsakelig fremmer et annet formål enn EØS-avtalen artikkel 53 og 54 jf. EØS-konkurranseloven § 7 tredje ledd. Det vil bli lagt til grunn for denne utredningen.²

Frist for overlevering av endelig utredning til Nærings- og fiskeridepartementet er 31. mars 2023.

2.2 Metode | Utredningsansvarlig

Prinsipper om objektivitet og uavhengighet har vært styrende for utredningsarbeidet. Vi har lagt utredningsinstruksen og de advokatetiske regler til grunn, da også reglene om uavhengighet. Det er blitt avholdt to møter med Nærings- og fiskeridepartementet i perioden mellom tildeling av oppdrag og oversendelse av endelig utredning, henholdsvis 10. mars 2023 (evt avklaringer av mandat) og 21. mars 2023 (rapportering på fremdrift og overordnet beskrivelse av metodikk og innhold).

Verken departementet eller andre interesser har på noe tidspunkt søkt å påvirke innholdet i vurderingene i denne utredningen eller dens konklusjoner. Vi har ikke hatt kontakt med noen andre enn departementet i forbindelse med utredningsarbeidet, og hva NFD angår kun i form av de to nevnte møtene. Departementet har verken bedt om eller mottatt utkast til utredning i løpet av utredningsperioden.

Utredningen er fra vår side, i prinsippet slik det følger av de advokatetiske regler, omfattet av Grettes taushetsplikt, likevel slik at det legges til grunn at departementet som oppdragsgiver vil offentliggjøre utredningen.

Utredningen bygger på EØS-rettslig metode og vil i utstrakt grad tilnærme seg problemstillingen på samme måte som Europadomstolene. For å tilgjengeliggjøre kildene for lesere av utredningen vil sitater fra kilder inntas i et ganske stort omfang.

Ansvarlig advokat for oppdraget og forfatter av utredningen er advokat/partner Odd Stemsrud.

² Grensa for når nasjonale myndigheter kan påberope et annet formål er imidlertid generelt interessant og etter omstendighetene relevant, da nasjonale myndigheter i slike tilfeller står friere, jf. ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (3). Samtidig er det alminnelig akseptert at lovgivning som ligger tett opptil det vi i Norge tenker på som konkurranserett (i noen grad varierer benevnelser av det samme mellom ulike land) kan falle innenfor det EU/EØS-autonome begrepet «*annet mål enn formålet med traktatens artikkel 81 og 82*» i den refererte bestemmelsen. Følgende fremgår eksempelvis direkte av fortalepunkt 9 i forordning 1/2003: «*I den utstrekning slik nasjonal lovgivning hovedsakelig har et annet mål enn å beskytte konkurransen på markedet, kan medlemsstatenes konkurransemyndigheter og domstoler anvende slik lovgivning på sitt territorium. Medlemsstatene kan følgelig i henhold til denne forordning gjennomføre på sitt territorium nasjonal lovgivning som forbyr eller ilegger sanksjoner for urimelig handelspraksis, enten den er ensidig eller i henhold til avtale. Slik lovgivning har et særskilt mål uavhengig av den faktiske eller antatte innvirkning slik praksis har på konkurransen på markedet. Dette gjelder særlig lovgivning som forbyr foretak å påtvinge, avkreve eller forsøke å avkreve sine handelspartnere vilkår som er uberettigede, uforholdsmessige eller uten vederlag.*» ECN+-direktivet (direktiv 2019/1, se art 2 nr. 1 (6)) definerer "national competition law" som "*provisions of national law that predominantly pursue the same objective as Articles 101 and 102 TFEU and that are applied to the same case and in parallel to Union competition law pursuant to Article 3(1) of Regulation (EC) No 1/2003, as well as provisions of national law that predominantly pursue the same objective as Articles 101 and 102 TFEU and that are applied on a stand-alone basis...*" Vurderingstemaer relatert til art 3 (3) vil i praksis særlig kunne oppstå ved påtenkt regulering av ensidig atferd uten krav til noen konkurranserettslig formåls- eller virkningsanalyse.

3 BESTEMMELSEN | ART 3 (2) FORORDNING 1/2003 - ART 3 (2) P. 4 ODA

3.1 Bestemmelsen: EØS-rettslig innlemmelse og implementering i norsk rett

EØS-avtalens konkurranseregler kommer til anvendelse på konkurransebegrensende atferd som kan påvirke samhandelen mellom EØS-stater merkbart. Både konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler kan komme til anvendelse på ett og samme forhold, og regelsettene kan anvendes parallelt. EØS-avtalen legger imidlertid begrensninger på handlingsrommet til norske myndigheter til å fastsette særnasjonale konkurranseregler (i, i medhold av eller utenfor den norske konkurranseloven). I EU følger dette av art 3 i forordning 1/2003, og forordningen er innlemmet i EØS-avtalens protokoll 21.

På EØS/EFTA-institusjonelt nivå er en tilsvarende bestemmelse inntatt i ODA protokoll 4 kapittel II art 3, som lyder:

“Relationship between Articles 53 and 54 of the EEA Agreement and national competition laws

- 1. Where the competition authorities of the EFTA States or national courts apply national competition law to agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices within the meaning of Article 53(1) of the EEA Agreement which may affect trade between the Contracting Parties to the EEA Agreement within the meaning of that provision, they shall also apply Article 53 of the EEA Agreement to such agreements, decisions or concerted practices. Where the competition authorities of the EFTA States or national courts apply national competition law to any abuse prohibited by Article 54 of the EEA Agreement, they shall also apply Article 54 of the EEA Agreement.*
- 2. The application of national competition law may not lead to the prohibition of agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between the Contracting Parties to the EEA Agreement but which do not restrict competition within the meaning of Article 53(1) of the EEA Agreement, or which fulfil the conditions of Article 53(3) of the EEA Agreement or which are covered by an act for the application of Article 53(3) of the EEA Agreement. EFTA States shall not under this act be precluded from adopting and applying on their territory stricter national laws which prohibit or sanction unilateral conduct engaged in by undertakings.*
- 3. Without prejudice to general principles and other provisions of EEA law, paragraphs 1 and 2 do not apply when the competition authorities and the courts of the EFTA States apply national merger control laws nor do they preclude the application of provisions of national law that predominantly pursue an objective different from that pursued by Articles 53 and 54 of the EEA Agreement.”*

Art 3 i forordning 1/2003 som innlemmet i EØS-avtalens protokoll 21 er implementert i norsk rett i EØS-konkurranseloven § 7, som tilsvarende lyder:

«Forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene som omtalt i nevnte artikkel, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 53 på slike avtaler, beslutninger og samordnet opptreden. Når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på utilbørlig utnyttelse som er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 54, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 54.

Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd.

Med forbehold for alminnelige prinsipper og andre bestemmelser i EØS-retten, kommer første og annet ledd ikke til anvendelse når konkurransemyndighetene og domstolene anvender norsk lovgivning om kontroll med foretakssammenslutninger, og de utelukker heller ikke anvendelsen av bestemmelser i lovgivningen som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.»

Tilsvarende følger det av konkurranseloven § 15 at reglene i lovens §§ 10 og 11 og i forskrifter gitt i medhold av § 14, gjelder med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7.

I det videre, med bakgrunn i at utredningen skal ta stilling til en EØS-rettslig rettssetning, vil det gjennomgående refereres til art 3 forordning 1/2003 (i protokoll 21 EØS) eller art 3 i kapittel II i Protokoll 4 ODA, og flere steder vil det for enkelthetens skyld simpelthen bli referert til «art 3 (2)». Med mindre det ikke er særskilt angitt ligger det ingen meningsforskjell i valget av referanse, da heller ikke det gjennomgående valget om ikke å henvise til EØS-konkurranseloven.

3.2 Kort om bestemmelsens innhold

Utredningens fokus er art 3 (2) i forordning 1/2003 som inntatt i prot 21 EØS / ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (2):

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindrede fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd.»

Etter bestemmelsens første setning må håndhevingen av nasjonal konkurranselovgivning ikke føre til forbud mot avtaler og ordninger som påvirker samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen etter art 53 (1) EØS. Bestemmelsen er derimot *ikke* til hinder for å håndheve «ensidig atferd» strengere, for eksempel ved forskrifter etter konkurranseloven § 14.

Bestemmelsen er heller ikke til hinder for en strengere håndheving, dersom det er *andre hensyn* enn konkurransepolitiske hensyn som ligger til grunn. For eksempel er det adgang til å gi strengere regler om avtaler mellom foretak, hvis formålet er å sikre rettferdig handelspraksis. Dette følger imidlertid av ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (3) og ligger utenfor utredningens mandat.

Som utredningen vil vise er det et spenningsforhold mellom bestemmelsens første og annen setning:

Formålet med art 3 (2) første setning, i forlengelsen av art 3 (1), er uniform håndhevelse av EU/EØS-konkurransereglene, samt – og viktigere – å etablere et «level playing field».

Formålet med art 3 (2) annen setning er, imidlertid, i noen grad det motsatte: Å begrense EU-institusjonenes kompetanse til fordel for medlemslandene.

Som det fremgår er ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (2) en EØS-rettslig kompetansefordelingsregel.

Art 3 (2) – som implementert i norsk rett ved EØS-konkurranseloven § 7 og inntatt ved referanse i konkurranseloven § 15 – er en bestemmelse som kan påberopes for nasjonale domstoler, noe som innebærer at en norsk domstol har kompetanse til å avsi dom for at et offentlig tiltak vedtatt eller håndhevet i strid med bestemmelsen ikke kan håndheves med den konsekvens at tiltaket er uanvendelig. I den forbindelse vil en norsk domstol kunne innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, jf. domstolloven § 51a (1). Likeledes vil EFTAs overvåkingsorgan (ESA) ha anledning til å åpne traktatbruddsprosedyre mot Norge hvis de mener Norge overtrer, ved regulering eller håndheving, kompetansefordelingsbestemmelsen i art 3 (2), jf. art 31 ODA.³

³ Ved en eventuell behandling i EFTA-domstolen, etter litt ulike regler avhengig av om det er en rådgivende uttalelse fra nasjonal domstol eller et direkte søksmål fra ESA, inviteres de ulike institusjonene som Europakommisjonen (og ESA i rådgivende uttalelser), samt nasjonale myndigheter i EØS til å komme med innlegg. I en sak relatert til en kompetanseavskjæringsregel vil en naturlig kunne vente flere og ganske omfattende innlegg.

4 BESTEMMELSENS BAKGRUNN, FORMÅL OG EVOLUSJON

4.1 1. mai 2004: Et utvidet EU/EØS og desentralisert håndheving av EØS-konkurransereglene

4.1.1 Perioden før 2004

På tidspunktet for EØS-avtalens ikrafttredelse, 1. januar 1994, så EU ganske annerledes ut enn i dag. EU-konkurransereglene var underlagt en ordning med sentral håndheving (med et notifikasjonssystem) og nasjonale konkurranseregler var dels fragmenterte, dels var det mange land i EØS som ennå ikke hadde noen moderne konkurranselov overhodet.

De konkurranserettslige prosedyrereglene var nedfelt i forordning 17/62. Denne forordningen tok ikke selv stilling til forrang eller kompetansedeling på konkurranserettens område. Ganske raskt etter forordning 17/62s ikrafttredelse tok EU-domstolen imidlertid stilling til deler av problemstillingen i *Walt Wilhelm* av 1969.⁴ I saken ble EU-domstolen bedt om å ta stilling til om det tyske konkurransetilsynet, Bundeskartellamt, var kompetent til å ilegge bøter for brudd på tysk konkurranselovgivning når Kommisjonen etterforsket det samme priskartet etter art 101 TEUV.⁵ I *Walt Wilhelm* fant EU-domstolen, i fravær av harmoniserte regler, at:

«...national authorities may take action against an agreement in accordance with their national law even when an examination of the position with regard to that agreement from the point of view of its compatibility with Community law is pending before the Commission, subject however to the condition that the application of national law must not prejudice the full and uniform application of Community law or the effects of measures taken or to be taken to implement it.»

I 1969, da *Walt Wilhelm* ble avsagt, besto EU av seks medlemsland, og det var etter sigende kun Tyskland som hadde en form for nasjonal konkurranserettshåndheving⁶ – altså det landet saken ble henvist fra.

Under notifikasjonssystemet hadde Europakommisjonen i tillegg eksklusiv kompetanse til å godkjenne en avtale under art 101 (3) TEUV. I praksis – over tid – medførte det at flere medlemsland vedtok konkurranseregler rettet mot ensidig atferd (i tillegg til art 102 TEUV), et område hvor nasjonalstatene anså at det selv hadde kompetanse.

Walt Wilhelm etterlot mange problemstillinger relatert til forholdet mellom EU-rettens og nasjonale konkurranselover som ikke ble (forsøkt) løst før ikrafttredelsen av den nye prosedyreforordningen, forordning 1/2003.

Forordning 1/2003 ble fremforhandlet i perioden 2000 til 2003, den ble formelt vedtatt 16. desember 2002, og kom til anvendelse i EU 1. mai 2004. I tid skjedde dette samtidig med utvidelsen av EU fra 15 til 25 medlemsland og desentraliseringen av konkurransereglene i EU og EØS.

Unnfangelsen av det vi i dag kjenner som forordning 1/2003 går tilbake til januar 1997, da en gruppe tjenestemenn fra det daværende DG COMP fikk et internt mandat til å evaluere forordning 17/62. Utgangspunktet for gruppen var at EU hadde gjennomgått betydelige endringer, samtidig som prosedyrereglene, altså forordning 17/62, aldri hadde blitt revidert. I tillegg ventet EU sin største utvidelse gjennom tidene i mai 2004, noe som ville øke DG COMPs arbeidsmengde betydelig med det daværende notifikasjons- og godkjenningssystemet. Gruppen konkluderte med at det daværende

⁴ Sak 14/68, *Walt Wilhelm v Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:1969:4.

⁵ Artikkelreferanse til nåværende artikkel 101 og 102 TEUV har variert gjennom årene. I EF-traktaten var de samme artiklene tidligere inntatt i artikkel 85 og 86, så senere i artikkel 81 og 82. I denne utredningen refereres det til de nåværende bestemmelsene, da endringene ikke har noen materiell betydning. Det samme gjelder utredningens gjennomgående referanse til EU-domstolen, uten hensyntagen for de år den tidligere ble benevnt EF-domstolen.

⁶ Se Commission Staff Working Paper – Commission's proposal for a new Council Regulation implementing articles 81 and 81 ("Artikkel 3-dokumentet"), SEC(2001) 871 av 31. mai 2001 avsnitt 6.

systemet måtte erstattes med en ordning hvor konkurransereglene – også unntaket i art 101 (3) TEUV – måtte gjøres direkte gjeldende i medlemslandene.

4.1.2 1999-2003: Forhandlingene om forordning 1/2003

Europakommisjonen publiserte sin vitbok om modernisering av konkurransereglene 28. april 1999.⁷ Hvitboken foreslo en grunnleggende reform av EUs konkurranserettslige prosedyreregler relatert til art 101 og art 102 TEUV, blant annet:

- Avskaffe modellen med å notisere avtaler til Europakommisjonen for evt. godkjenning etter art 101 (3) TEUV og erstatte dette med en ordning hvor reglene ble gjort direkte gjeldende. Dette ville gjøre det mulig for Europakommisjonen å bruke sine ressurser til å bekjempe de mest alvorlige bruddene på konkurransereglene.
- Innføre desentralisert håndheving ved å gi nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler kompetanse til å anvende kartellreglene (jf. art 101 (3) TEUV) fullt ut.
- Etablere et tettere samarbeid mellom Europakommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter innen nettverket for konkurransemyndigheter («ECN»)
- Gi Europakommisjonen forsterkede etterforsknings- og håndhevingsverktøy så den ble bedre rustet til å oppdage og etterforske brudd på konkurransereglene.

Hvitboken foreslo imidlertid *ingen* regulering slik vi i dag kjenner fra art 3 i forordning 1/2003. Tvert imot henviste vitboken i stor grad til forrangsprinsippene fra EU-domstolen og at det kunne være en tilstrekkelig løsning – altså en fortsettelse av *Walt Wilhelm* og domstolsstyrt regelutvikling.

Hvitboken ble i alminnelighet godt mottatt, med ett unntak: Næringslivet⁸ og Europaparlamentet⁹ uttrykte en bekymring for at desentralisert håndhevelse ville medføre en renasjonalisering av konkurransepolitikken.

Denne bekymringen er bakgrunnen for hovedtilskuddet, sammenlignet med vitboken, som Europakommisjonen inkluderte i (det første) forslaget til forordning som oversendt Rådet 28. september 2000.¹⁰ I det opprinnelige forordningsforslaget er artikkel 3 inntatt i noen grad som vi kjenner den i dag, likevel slik at den forbød *enhver* annen nasjonal konkurranserettslig regulering som oppfyller samhandelskriteriet. Det opprinnelige forslaget til Europakommisjonen hadde følgende korte ordlyd:

«Relationship between Articles 81 and 82 and national competition laws

Where an agreement, a decision by an association of undertakings or a concerted practice within the meaning of Article 81 [101] of the Treaty or the abuse of a dominant position within the meaning of Article 82 [102] may affect

⁷ White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty, inntatt i EU-tidende C 132 av 12. mai 1999.

⁸ For øvrig et standpunkt næringslivsinteressene har hatt i alle år, også i 5-årsevalueringen i 2009, se punkt 4.2.1, og i den pågående 20-årsevalueringen, se punkt 4.4.

⁹ Se European Parliament resolution on the Commission White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty (COM(1999) 101 & C5-0105/1999 & 1999/ 2108(COS)) av 18. januar 2000, inntatt i EU-tidende C 304 av 24. oktober 2000 s. 66.

¹⁰ Proposal for a Council Regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty, COM(2000)582 av 28. september 2000, inntatt i EU-tidende C 365 E/284 av 19. desember 2000.

trade between Member States, Community competition law shall apply to the exclusion of national competition laws.”

En slik bestemmelse refereres gjerne til som en «Single Barrier Test». Forslaget utelukket enhver anvendelse av nasjonale konkurranseregler i tillegg til EU/EØS' konkurranseregler.¹¹

Samtidig som en sterkere grad av harmonisering var ønsket fra større deler av næringslivet og et flertall i Europaparlamentet, var det samme ikke tilfellet blant flere av EUs medlemsland, med Tyskland i front. Flere medlemsland hadde allerede egne konkurransereguleringer av «ensidig atferd», vedtatt utenfor den tidligere godkjenningsordningen etter art 101 TEUV, som de ikke ønsket å fjerne, og de ønsket heller ikke å gi fra seg denne kompetansen til EU. Europakommisjonens opprinnelige forslag til art 3 skapte derfor betydelig motstand hos en rekke medlemsland, og det skulle vise seg å bli det mest omstridte punktet i forbindelse med forhandlingene og vedtakelsen av forordning 1/2003. Dette forklarer også det kompromisset utformingen av art 3 faktisk er i dag.

Basert på motstanden Europakommisjonen opplevde ble det utarbeidet et såkalt arbeidsdokument om art 3, datert 31. mai 2001, som ble oversendt fra rådssekretariatet til medlemslandenes EU-delegasjoner 15. juni 2001.¹² Arbeidsdokumentet – i seg selv et såkalt non-paper – søker i realiteten å identifisere et grunnlag for et kompromiss. Etter en gjennomgang av art 3s ratio legis – like konkurransevilkår – analyseres domstolspraksis gjennom *Walt Wilhelm*, hvor bakgrunnen for Europakommisjonens opprinnelige forslag begrunnes blant annet ved følgende (avsnitt 19, 26 og to første setninger i avsnitt 27):

«In the Commission's opinion the time has now come for the Community to replace the present system based on the primacy rule with a new system based on the application of the same rules to cases affecting trade between Member States. The current primacy rule is not sufficient to deal with all those distortions of competition in the internal market that can flow from the parallel application of Community competition law and 15, tomorrow 28, national competition laws. The more a market is integrated the more it requires one set of rules to avoid discrimination and obstacles to free trade and competition. A fully integrated market requires a system of competition based on equal obligations and equal chances. This is not ensured by a rule that applies only to restrictive agreements within the meaning of Article 81(1) but exposes all other (less restrictive) agreements to different standards. This creates distortions of competition between Member States and between those agreements, which benefit of Article 81(3) and other agreements which are in fact less restrictive. [...]

Moreover, the said de facto harmonisation is by nature imperfect. The degree of approximation to the Community system differs from Member State to Member State. Agreements and practices affecting trade between Member States will therefore remain subject to potentially a significant number of different bodies of law and practice. Following enlargement the number of national laws will grow significantly. Without Article 3 there is a risk of renationalisation of Community competition law: Member States can opt out of the control of a uniform system of competition by applying national competition laws to interstate trade cases. This would jeopardise the good functioning of the internal market to the detriment of the competitiveness of European industry.

A system of parallel application of national competition laws also involves a high compliance cost for companies. Before implementing an agreement companies must assess the compatibility of their transaction with Community law and the national competition laws of each Member State affected by the agreement.”

Etter dette utgangspunktet går arbeidsdokumentet over til, i praksis, å søke et kompromiss. Arbeidsdokumentet, med et formål å forklare det opprinnelige forordningsforslagets «Single Barrier Test», inkluderer blant annet følgende uttalelser (avsnitt 59, 60 og 73):

«Unlike Article 81, Article 82 is only concerned with dominant undertakings. When a firm has substantial market power it is likely to raise prices and reduce output in order to increase its profits, in which case consumers will suffer.

¹¹ Hvor samhandelskriteriet var oppfylt.

¹² Commission staff working paper - Commission's proposal for a new Council Regulation implementing articles 81 and 82 – Article 3 / The relationship between EC law and national law (“2001 – art 3-dokumentet”), SEC(2001) 871. For både 2001 – art 3-dokumentet og rådssekretariatets oversendelse, se Interinstitutional file 2000/O243(CNS) 10022/01, som kan lastes ned her: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10022-2001-INIT/en/pdf>

Given this difference, the need to exclude the application of stricter national laws to the behaviour of dominant undertakings is less compelling as long as such national laws do not impinge on pro-competitive or non-restrictive agreements. That is not the case for most Article 82 type practices since they constitute unilateral conduct that does not qualify as an agreement within the meaning of Article 81. There may even be good reasons to apply more detailed national rules to such unilateral practices of dominant firms, thereby facilitating access to the market of a particular Member State. This is recognised in Article 3, which, as regards Article 82, covers "the abuse of a dominant position within the meaning of Article 82". [...]

As regards unilateral conduct, Article 3 is, as already indicated, to be interpreted as applying only to practices that constitute an abuse of a dominant position within the meaning of Article 82. It does not exclude the application of stricter national laws that regulate the unilateral behaviour of undertakings whether dominant or not. In the context of Article 3, the prohibition rule of Article 82, in so far as it applies to unilateral conduct, thus constitutes only a minimum standard that must be applied throughout the Community."

I øvrig er det verdt å merke seg at 2001 – art 3-dokumentet inkluderte et vedlegg «Comparison of Member States' Main Competition Law Provisions with Articles 81 and 82». Det var således ingen tvil i EU-institusjonene og blant medlemslandene om hvilke eksisterende nasjonale regler som (potensielt) kunne tenkes å bli regulert av art 3 (2).

Med bakgrunn i den uløste situasjonen ble det etablert en arbeidsgruppe for konkurranse bestående av representanter fra Europakommisjonen og medlemslandene, som skulle evaluere den foreslåtte forordningen, inkludert art 3.¹³ Gjennom siste halvår 2001 og 2002 produserte arbeidsgruppen flere rapporter som foreslo kompromisstekster, hvor også innvendinger fra medlemslandene ble adressert. Det var imidlertid ikke særlig fremdrift i forhandlingene før Det Europeiske Råd i mars 2002 instruerte rådet om å vedta en forordning innen utgangen av 2002. Det daværende formannskapet fulgte dette opp ved å fremlegge en fremdriftsrapport og et uformelt utkast til forordning ultimo mai 2002.¹⁴ Det nye kompromissforslaget til art 3 lød som følger:

«Where the competition authorities of the Member States or national courts apply national competition law to agreements, decisions of associations of undertakings or concerted practices within the meaning of Article 81(1) of the Treaty which may affect trade between Member States, they shall also decide upon the legality of such agreements, decisions or practices under Article 81 of the Treaty.

The application of national competition law may not lead to the prohibition of agreements, decisions of associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States that do not restrict competition within the meaning of Article 81(1) of the Treaty, that fulfil the conditions of Article 81(3) of the Treaty or that are covered by a regulation for the application of Article 81(3) of the Treaty.

Where the competition authorities of the Member States or national courts apply national competition law to any abuse prohibited by Article 82 of the Treaty, they shall also apply Article 82 of the Treaty."

Utkastet introduserte et skille mellom art 101 og art 102 og parallell anvendelse av EUs og nasjonale konkurranseregler, samtidig som det (fortsatt) ikke adresserte nasjonalstatenes adgang til særregulering av «ensidig atferd» eksplisitt. Fotnote 25 gir en god illustrasjon av medlemslandenes ulike standpunkter til forslaget til art 3 på dette tidspunktet, da også Tysklands anmodning om at nasjonalstatenes adgang til å regulere «ensidig atferd» adresseres eksplisitt (se siste posisjon):

«F, supported by FIN and S, considers that Article 3 must not put into question the application of specific national law provisions permitting to react in a suitable manner to specific problems arising on one Member States' territory and that Community law cannot deal with appropriately. F suggests inserting an additional paragraph with the following wording: "This provision is without prejudice to the implementation by national competition authorities or national courts of national law provisions that mainly pursues a different or complementary objective from that assigned to articles 81 and 82 of the Treaty. This is the case of national provisions that prohibit or punish on national territory unilateral acts of companies that, without holding a dominant position, can affect competition or acts of

¹³ I det mest intensive forhandlingsåret – 2002 – avholdt arbeidsgruppen seks møter: 19. juni, 1. juli, 22. – 23. juli, 4. september, 21. – 22. oktober og 5. november.

¹⁴ Se Interinstitutional file 2000/0243(CNS) 8383/1/02 rev 1 av 27. mai 2002, som kan lastes ned her: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8383-2002-REV-1/en/pdf>

companies that affect fair trade. **COM** to reflect about this suggestion. **D**, supported by **FIN** and **S**, has a general reservation on this Article in particular with regard to the absolute priority of EU competition law. The application of stricter national law should be possible. **E**, **A** have scrutiny reservations. **UK**: requests language on mergers to be included in the text. **COM** to consider. **D**: requests language on unilateral behavior and stricter national rules to be included in the text. **COM** to consider.”

Gjennom sommeren 2002 var posisjonene til EU-institusjonene og medlemslandene i all hovedsak fortsatt uendret. Rådet sirkulerte så sent som 9. september 2002 arbeidsgruppens oppdaterte forslag av 4. september til ny forordning.¹⁵ Rådet bemerker i sin oversendelse at “The text in the Annex to this report reflects the state of affairs of discussions on the proposal. Delegations’ positions are set out in the footnotes to the text.”

Arbeidsgruppen forslag av 4. september 2002 til art 3 hadde følgende ordlyd:

“1. Where the competition authorities of the Member States or national courts apply national competition law to agreements, decisions of associations of undertakings or concerted practices within the meaning of Article 81(1) of the Treaty which may affect trade between Member States within the meaning of that provision, they shall also apply Article 81 of the Treaty to such agreements, decisions or concerted practices. Where the competition authorities of the Member States or national courts apply national competition law to any abuse prohibited by Article 82 of the Treaty, they shall also apply Article 82 of the Treaty.

2. The application of national competition law may not lead to the prohibition of agreements, decisions of associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States that do not restrict competition within the meaning of Article 81(1) of the Treaty, that fulfil the conditions of Article 81(3) of the Treaty or that are covered by a regulation for the application of Article 81(3) of the Treaty.

3. Without prejudice to general principles and other provisions of Community law, paragraphs 1 and 2 do not apply when the competition authorities and the courts of the Member States apply national merger control laws nor do they preclude the application of provisions of national law that predominantly pursue an objective different from that pursued by Articles 81 and 82 of the Treaty.”

Forslaget adresserte fortsatt ikke nasjonalstatenes adgang til konkurranserettslig regulering av ensidig atferd eksplisitt, men adgangen til konkurranserettslig regulering av ensidig atferd utenfor art 101 TEUVs saklige virkeområde fulgte implisitt av forslaget nr. 2. Medlemslandene hadde imidlertid fortsatt reservasjoner, som fremgår av forslaget fotnote 30 som følger:

«**FIN** considers that Article 3 must not put into question the application of specific national law provisions permitting to react in a suitable manner to specific problems arising on one Member States’ territory and that Community law cannot deal with appropriately. **D**, supported by **E** and **FIN**, has a general reservation on this Article in particular with regard to the absolute priority of EU competition law. The application of stricter national law should be possible.”

September-utkastet ble diskutert i Coreper 18. oktober 2002 og i arbeidsgruppen 21. og 22. oktober 2002. Basert på disse forhandlingene sirkulerte rådssekretariatet et siste utkast til forordning 28. oktober 2002, med følgende ordlyd (fortalepunkt 8 og art 3):¹⁶

«[Fortalepunkt 8:] Articles 81 and 82 of the Treaty have as their objective the protection of competition on the market. This regulation, which is adopted for the implementation of these Treaty provisions, does not preclude Member States from implementing on their territory national legislation, which protects other legitimate interests provided that such legislation is compatible with general principles and other provisions of Community law. In so far as such national legislation pursues predominantly an objective different from that of protecting competition on the market the competition authorities and courts of the Member States may apply such legislation on their territory. Accordingly, Member States may under this regulation implement on their territory national legislation that prohibits or sanctions acts of unfair trading practices, be they unilateral or contractual. Such legislation pursues a specific objective, irrespective of the actual or presumed effects of such acts on competition on the market. This is particularly the case of legislation which prohibits undertakings from imposing on their trading partners, obtaining

¹⁵ Se Interinstitutional file 2000/0243(CNS) 11791/02, som kan lastes ned her: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/02/st11/st11791.en02.pdf>

¹⁶ Se Interinstitutional file 2000/0243(CNS) 13451/02, som kan lastes ned her: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13451-2002-INIT/en/pdf>

or attempting to obtain from them terms and conditions that are unjustified, disproportionate or without consideration.

[Art 3:] 1. Where the competition authorities of the Member States or national courts apply national competition law to agreements, decisions of associations of undertakings or concerted practices within the meaning of Article 81(1) of the Treaty which may affect trade between Member States within the meaning of that provision, they shall also apply Article 81 of the Treaty to such agreements, decisions or concerted practices. Where the competition authorities of the Member States or national courts apply national competition law to any abuse prohibited by Article 82 of the Treaty, they shall also apply Article 82 of the Treaty.

2. The application of national competition law may not lead to the prohibition of agreements, decisions of associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States that do not restrict competition within the meaning of Article 81(1) of the Treaty, that fulfil the conditions of Article 81(3) of the Treaty or that are covered by a regulation for the application of Article 81(3) of the Treaty. Member States shall not under this regulation be precluded from adopting and applying on their territory stricter national laws which prohibit or sanction unilateral conduct engaged in by undertakings.

3. Without prejudice to general principles and other provisions of Community law, paragraphs 1 and 2 do not apply when the competition authorities and the courts of the Member States apply national merger control laws nor do they preclude the application of provisions of national law that predominantly pursue an objective different from that pursued by Articles 81 and 82 of the Treaty.”

Utkastet av 28. oktober 2002 inneholder – for første gang – art 3 (2) med en eksplisitt regulering av nasjonale myndigheters adgang til strengere regulering av «ensidig atferd» som ikke påvirker grenseoverskridende handel ved den nye setningen: «*Member States shall not under this regulation be precluded from adopting and applying on their territory stricter national laws which prohibit or sanction unilateral conduct engaged in by undertakings*».

Det finnes ingen separate utredninger av begrepet «ensidig atferd» i forkant av dets inkludering i forordningen i oktober 2002.

Politisk enighet om utkastet ble nådd ca én måned senere, i rådsmøtet 26. november 2002. Forordningens endelige art 3 er, med unntak for noen språktekniske tilpasninger, uendret fra forslaget fremlagt ultimo oktober. Det samme gjelder imidlertid ikke fortalepunkt 8. En interessant setning for nærværende utredning ble lagt til i fortalen i løpet av de siste dager i november 2002, nærmere bestemt følgende:

«These stricter national laws may include provisions which prohibit or impose sanctions on abusive behaviour toward economically dependent undertakings.»

Forordningen ble formelt vedtatt 16. desember 2002, med etterfølgende publisering i EU-tidende 4. januar 2003 (ref. benevnelsen “forordning nr 1 av 2003”), med ikrafttredelse i EU (ifølge forordningens art 45) 20 dager etter publisering; 24. januar 2003 og påfølgende anvendelse fra 1. mai 2004, jf. forordningens art 45 (2).

Forordning 1/2003 ble innlemmet i EØS-avtalen først noe senere, ved EØS-komiteens vedtak 130/2004 av 24. september 2004.¹⁷ Forordningen som innlemmet i EØS-avtalen trådte i kraft 19. mai 2005, dagen etter EØS-komiteens mottak av siste notifikasjon under art 103 (1) EØS, jf. vedtakets art 5. Av samme grunn er EØS-konkurranselovens ikrafttredelsesdato 19. mai 2005, og ikke harmonisert med EU/EØS’ utvidelse og forordning 1/2003s anvendelse fra 1. mai 2004.¹⁸ Ved vedtak i EFTAs faste komité av 24. september 2004 ble kapittel II i Del I i Protokoll 4 til ODA-avtalen endret tilsvarende, med ikrafttredelse samtidig som EØS-komiteens vedtak, jf. EFTA-vedtakets art 6 (3).¹⁹

¹⁷ Offisiell norsk versjon av forordning 1/2003 er publisert i EØS-tillegget nr. 26 til EU-tidende av 7. juni 2007 s. 354.

¹⁸ En annen sak er at Norge fikk en ny norsk konkurranselov, dels begrunnet i mange av de samme forhold, med ikrafttredelse 1. mai 2004.

¹⁹ Det bemerkes at fortalen, da også fortalepunkt 8, ikke er innlemmet i prot 4 ODA (eller eksplisitt i norsk rett i EØS-konkurranseloven – eksempelvis til forskjell fra GDPR hvor fortalen er inntatt som en integrert del av personopplysningsloven),

4.2 2004 - 2009: Europakommisjonens håndheving og 5-årsevaluering

4.2.1 Europakommisjonens retningslinjer fra anvendelsestidspunktet, 2004

Forordning 1/2003 kom til anvendelse i EU 1. mai 2004. Med bakgrunn i det nye systemet med desentralisert håndheving publiserte Europakommisjonen flere retningslinjer for hvordan ulike bestemmelser og konsepter var å forstå. Europakommisjonen har verken da eller siden publisert egne retningslinjer for forståelsen av art 3 (2), men de publiserte to andre retningslinjer – som fortsatt er gjeldende – som omtaler temaet, henholdsvis:

I. Europakommisjonens “Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty” av 2004 avsnitt 6 – 10 (punkt 2.1 “General principles”):²⁰

“Article 81(1) provides that “the following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions of 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 common market”. For the sake of simplicity the terms “agreements, decisions of associations of undertakings and concerted practices” are collectively referred to as “agreements”.

Article 82 on its part stipulates that “any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part thereof shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States.” In what follows the term “practices” refers to the conduct of dominant undertakings.

The effect on trade criterion also determines the scope of application of Article 3 of Regulation 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty(2).

According to Article 3(1) of that Regulation the competition authorities and courts of the Member States must apply Article 81 to agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices within the meaning of Article 81(1) of the Treaty which may affect trade between Member States within the meaning of that provision, when they apply national competition law to such agreements, decisions or concerted practices. Similarly, when the competition authorities and courts of the Member States apply national competition law to any abuse prohibited by Article 82 of the Treaty, they must also apply Article 82 of the Treaty. Article 3(1) thus obliges the competition authorities and courts of the Member States to also apply Articles 81 and 82 when they apply national competition law to agreements and abusive practices which may affect trade between Member States. On the other hand, Article 3(1) does not oblige national competition authorities and courts to apply national competition law when they apply Articles 81 and 82 to agreements, decisions and concerted practices and to abuses which may affect trade between Member States. They may in such cases apply the Community competition rules on a stand alone basis.

It follows from Article 3(2) that the application of national competition law may not lead to the prohibition of agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States but which do not restrict competition within the meaning of Article 81(1) of the Treaty, or which fulfil the conditions of Article 81(3) of the Treaty or which are covered by a Regulation for the application of Article 81(3) of the Treaty. Member States, however, are not under Regulation 1/2003 precluded from adopting and applying on their territory stricter national laws which prohibit or sanction unilateral conduct engaged in by undertakings.”

II. Europakommisjonens “Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (Article 101(3) TFEU)” av 2004 avsnitt 14 (punkt 2.2.1 “The prohibition rule of Article 81(1) - General remarks”):²¹

samtidig som fortalen er en del av referansen til forordningen som innlemmet i EØS-avtalens protokoll 21. Dette anses å være av en lovteknisk karakter og tillegges ikke vekt i seg selv i utredningen: Forordningen er innlemmet i EØS og fortalen anses som en relevant rettskildefaktor, om enn ikke rettslig bindende på samme måte som artiklene. Fortalen er for så vidt heller ikke rettslig bindende i EU etter EU-retten interne tolkningsprinsipper.

²⁰ Inntatt i EU-tidende C 101 av 27. april 2004. ESA har vedtatt tilsvarende retningslinjer under EØS-avtalen (også på norsk), se EU-tidende C 291 av 30. november 2006, samt EØS-tillegget til EU-tidende Nr. 59 av samme dato.

²¹ Inntatt i EU-tidende C 101 av 27. april 2004 (samme utgave som retningslinjene om samhandelskriteriet). ESA har vedtatt tilsvarende retningslinjer under EØS-avtalen (også på norsk), se EU-tidende C 208 av 6. september 2007, samt EØS-tillegget til EU-tidende Nr. 42 av samme dato.

"The prohibition rule of Article 81(1) applies to restrictive agreements and concerted practices between undertakings and decisions by associations of undertakings in so far as they are capable of affecting trade between Member States. A general principle underlying Article 81(1) which is expressed in the case law of the Community Courts is that each economic operator must determine independently the policy, which he intends to adopt on the market. In view of this the Community Courts have defined "agreements", "decisions" and "concerted practices" as Community law concepts which allow a distinction to be made between the unilateral conduct of an undertaking and co-ordination of behaviour or collusion between undertakings. Unilateral conduct is subject only to Article 82 of the Treaty as far as Community competition law is concerned. Moreover, the convergence rule set out in Article 3(2) of Regulation 1/2003 does not apply to unilateral conduct. This provision applies only to agreements, decisions and concerted practices, which are capable of affecting trade between Member States. Article 3(2) provides that when such agreements, decisions and concerted practices are not prohibited by Article 81, they cannot be prohibited by national competition law. Article 3 is without prejudice to the fundamental principle of primacy of Community law, which entails in particular that agreements and abusive practices that are prohibited by Articles 81 and 82 cannot be upheld by national law." (Vår understrek.)

Tilsvarende uttalelser fra Europakommisjonen fra samme periode er å finne i deres XXXII Report on Competition Policy 2002 (publisert i 2003, altså før forordning 1/2003 kom til anvendelse i 2004), avsnitt 17.4.

«Although NCAs and national courts can continue to apply national competition rules to agreements, decisions of associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States, they are obliged to apply Articles 81 or 82 of the EC Treaty at the same time, and the application of national competition rules may not produce an outcome which deviates from that resulting from the application of Article 81 of the EC Treaty. The resulting convergence of the rules applicable to transactions falling under Article 81 of the EC Treaty, the so-called level playing field, will facilitate doing business in Europe and will be central to completion of the single market and to consistent application of EU competition law once the Commission has given up its monopoly of granting exemptions under Article 81(3) of the EC Treaty.»

4.2.2 Håndheving og evaluering de første fem år

Art 44 i forordning 1/2003 forpliktet Europakommisjonen til å foreta en 5-årsevaluering, og evt – hvis evalueringen tilsa dette – foreslå endringer til forordningen i form av et forslag til Rådet. Resultatet av evalueringen er nedfelt i Europakommisjonens Report on the functioning of Regulation 1/2003 av 29. april 2009 med et tilhørende arbeidsdokument fra DG COMP.²²

I evalueringsrapportens punkt 4 (Application of EC Competition Law in accordance with Article 3 of Regulation 1/2003), viser Europakommisjonen innledningsvis til at "Stakeholders from the legal and business communities have largely confirmed that Regulation 1/2003 has positively contributed to the creation of a level playing field...".

Evalueringsrapportens avsnitt 21 er av særlig relevans for nærværende utredning, da det adresserer Europakommisjonens evaluering av «ensidig atferd» i art 3 (2) i perioden 2004 til 2009, konkret som følger:

«The convergence rule contained in paragraph 2 of Article 3 seeks to create a level playing field by providing for a single standard of assessment for agreements, concerted practices and decisions by associations of undertakings. Conversely, Member States remain free to enact and maintain stricter national competition laws than Article 82 EC to prohibit or sanction unilateral conduct. Provisions of these types exist in a number of Member States and include notably: national provisions which regulate the abuse of economic dependence, 'superior bargaining power' or 'significant influence'; legal provisions concerning resale below cost or at loss; national laws that foresee different standards for assessing dominance and stricter national provisions governing the conduct of dominant undertakings.»

²² Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003 (COM(2009) 206 final, av 29. April 2009 -- Commission Staff Working Paper accompanying the Report on the functioning of Regulation 1/2003 (SEC(2009) 574 final. Begge dokumentene kan lastes ned fra DG COMPs side relatert til forordning 1/2003, her: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/legislation/regulation-12003_en

Det er verdt å notere at de tre typetilfellene Europakommisjonen nevner – (i) abuse of economic dependence - ‘superior bargaining power’ - ‘significant influence’; (ii) legal provisions concerning resale below cost or at loss; og (iii) national laws that foresee different standards for assessing dominance – tilsynelatende angis som *lovlige* eksempler på “ensidig atferd” hvor nasjonale myndigheter har kompetanse etter art 3 (2).

Av de tre kategoriene er kategori (i) - abuse of economic dependence - ‘superior bargaining power’ - ‘significant influence’ - av særskilt interesse. I fotnote 15 bemerker Europakommisjonen at de er godt kjent med at denne typen bestemmelser finnes i Frankrike, Tyskland, Hellas, Portugal, Latvia, Ungarn og Irland – altså i en rekke av EUs medlemsland.

Europakommisjonens kunnskap i 2009 om kategori (i)-bestemmelsene i de nevnte medlemslandene blir tydelig i DG COMPs arbeidsdokument, punkt 4.4.1 avsnitt 162 til 169. Redegjørelsen er relativt detaljert og kan illustreres med følgende uttrekk (avsnitt 163, 167 og 169), hvor netto volum i EU av denne kategorien særnasjonale regler også adresseres (siste avsnitt):

«In 2004, the Member States with specific provisions concerning the abuse of economic dependence or superior bargaining power included notably France, Germany, Italy, Portugal and Spain, as well as Ireland and Slovakia which had measures with a more limited scope covering groceries and retail trade, respectively. In Spain, these provisions were removed from competition law in 2007 but the abuse of economic dependence remains an infringement of the “Ley de Competencia Desleal”, which concerns essentially unfair competition and trading practices, and the new competition law allows the competition authority to pursue such conduct where the distortion of free competition affects the public interest. Hungary, in turn, introduced provisions to prohibit abuses of significant market power in 2006 and Latvia did the same in 2008, both vesting the enforcement of these provisions to the competition authority. In Greece, the prohibition of the abuse of a relationship of economic dependence was reintroduced in 2005, after having been abolished in 2000. [...]

The Latvian and Hungarian laws, in turn, which prohibit the abuse of “significant influence” or “significant market power”, focus on the buyer power side by protecting local suppliers and distributors from being prejudiced by their relative lack of bargaining power as compared to the large retailers and supermarket chains. Under Hungarian law, buyer power is assessed on the basis of the retailer’s turnover, regardless of its strength on the downstream market or on the size or countervailing seller power of large suppliers. In Latvia, further to a turnover threshold, a 25% market share threshold is applied to determine the condition of “significant influence”. Certain other laws are yet more limited in scope, including for instance the Austrian statute for protecting local suppliers in rural areas, and the Irish law concerning discriminatory and coercive conduct by grocery goods undertakings. [...]

Since 2004, some Member States have chosen to withdraw their regulation concerning economic dependence and similar forms of unequal bargaining power, others have introduced such regulation. There thus does not appear to be any general tendency in one direction or the other in the laws of the Member States.”

Det er i den forbindelse verdt å merke seg at Europakommisjonen ikke har tatt formelle skritt i form av å innlede traktatbruddssøksmål som skulle tilsi at de er av den oppfatning at disse kategoriene ikke er «ensidig atferd». Gitt omfanget av kategori (i)-typetilfellene ville det ikke ha vært unaturlig for Europakommisjonen å forfølge ett eller flere av de nevnte 7 medlemsland hvis de var av den oppfatning at denne typen nasjonale konkurranseregler var ulovlige etter art 3 (2).

Europakommisjonens evalueringsrapport identifiserte at næringslivet (fortsatt) hadde en bekymring for at art 3 (2) annen setning kunne medføre en grad av renasjonalisering av konkurransereglene, jf. rapportens avsnitt 22. Rapporten uttrykte i den forbindelse «*This is a matter which should be further examined, both in terms of evaluating the extent of the problems caused and assessing the need for action at European level.*»²³

²³ Se etterfølgende kartlegging av Andrea Renda et al., Study on the impact of national rules on unilateral conduct that diverge from Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, November 2012.

4.3 2004 – 2014: Europakommisjonens håndheving og 10-årsevaluering

Forordning 1/2003 forplikter ikke Europakommisjonen til å foreta ytterligere evalueringer, men det ble likevel foretatt en ny evaluering etter 10 år. Resultatet av evalueringen er nedfelt i Europakommisjonens meddelelse Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives av 9. juli 2014.²⁴

Det interessante med 10-årsrapporten og også DG COMPs arbeidsdokumenter er hva som *ikke* nevnes: Verken hovedrapporten eller arbeidsdokumentene adresserer art 3 overhodet.

De bekymringer som ble identifisert i 2009 hva gjaldt risiko for fragmenterte nasjonale konkurranseregler ble med andre ord ikke gjentatt i 10-årsevalueringen i 2014.

Heller ikke i denne perioden – 2009-2014 – innledet Europakommisjonen noen formelle skritt i form av traktatbruddssøksmål som skulle tilsi at de var av den oppfatning at medlemslandenes nasjonale reguleringer av «ensidig atferd» ble ansett som ulovlige. Dette kan, selvfølgelig, også ha vært et politisk valg fra Europakommisjonens side.

4.4 2004 - 2024: Europakommisjonens håndheving og 20-årsevaluering

16. desember 2022 var det 20 år siden forordning 1/2003 ble vedtatt og 1. mai 2024 vil forordningen ha vært anvendt i EU i 20 år. I den forbindelse har Europakommisjonen innledet en 20-årsevaluering, herunder en høring som pågikk mellom 30. juni og 6. oktober 2022. Høringen berørte ikke art 3 (2) spesifikt. Som del av evalueringen vil Europakommisjonen også innhente en ekstern evaluering, som forventes å foreligge ultimo 2023.

Det er særlig næringslivsinteresser som har anført nødvendigheten av en streng tilnærming til uniform håndheving slik at en unngår fragmenterte konkurranseregler i EØS. Hvis en legger BusinessEuropes kommentarer datert 10. oktober 2022 til grunn fastholdes dette standpunktet fremdeles, men i en noe annen og mer moderne kontekst: BusinessEurope fokuserer i første rekke på overgangen til den digitale økonomien og nødvendigheten av tilstrekkelig veiledning. BusinessEurope fastholder imidlertid generelt at «*The Commission should also set a clear standard for enforcement as regards certain practices at national level to avoid fragmentation.*»²⁵

Heller ikke i den siste 10-årsperioden – 2014-2014 – har Europakommisjonen (per i dag) innledet noen formelle skritt i form av traktatbruddssøksmål som skulle tilsi at de var av den oppfatning at medlemslandenes nasjonale konkurranseregler rettet mot «ensidig atferd» anses som ulovlige.

4.5 Oppsummering – EU-institusjonene: Vedtakelse og evolusjon gjennom 20 år

Europakommisjonens hvitbok av 1999 foreslo ingen regulering slik vi i dag kjenner fra art 3 i forordning 1/2003. Imidlertid uttrykte næringslivsinteresser og Europaparlamentet en bekymring for at desentralisert håndhevelse kunne medføre en renasjonalisering av konkurransepolitikken.

²⁴ Communication from the Commission - Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, (COM(2014) 453 av 9. juli 2014 -- Commission Staff Working Document Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 (SWD(2014) 230 -- Commission Staff Working Document Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues (SWD(2014) 231. Alle tre dokumenter kan lastes ned fra DG COMPs side relatert til forordning 1/2003, her: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/legislation/regulation-12003_en

²⁵ BusinessEurope er paraplyorganisasjonen til de store arbeidsgiverorganisasjonene i EØS; i Norge er NHO medlem. Det nevnte innlegget av 10. oktober 2022 kan lastes ned her: https://www.buseurope.eu/sites/buseurope/files/media/position_papers/legal/2022-10-10_antitrust_evaluation_-_reply_to_consultation.pdf

På den bakgrunn introduserte Europakommisjonen et forslag til art 3 i (det første) forslaget til forordning høsten 2000. Dette forslaget forbød *enhver* nasjonal konkurranserettslig regulering i tilfeller hvor art 101 og 102 TEUV kom til anvendelse.

Mange medlemsland hadde på dette tidspunkt eksisterende nasjonal lovgivning som med forslaget til Europakommisjonen måtte oppheves, og flere av disse medlemslandene – med Tyskland i spissen – uttrykte motstand. Det opprinnelige forslaget ble imidlertid stående frem til én måned før politisk enighet ble oppnådd, i november 2002. Teksten vi kjenner fra eksisterende art 3 (2) (og den sentrale setningen i fortalepunkt 8) ble presset gjennom av medlemslandene i Rådet som en del av et kompromiss.

Parallelt med at forordning 1/2003 kom til anvendelse i 2004 publiserte Europakommisjonen retningslinjer relatert til forståelsen av art 101 TEUV som gir uttrykk for en forståelse om at nasjonale konkurranseregler ikke kan anvendes overhodet innenfor det konseptuelle avtalebegrepet i art 101 TEUV, da heller ikke for å forby handlinger som er lovlige etter art 101 TEUV. ESA har vedtatt tilsvarende retningslinjer for forståelsen av art 53 EØS.

I første femårsperiode, 2004 til 2009, valgte Europakommisjonen – av rettslige, praktiske og/eller politiske årsaker – ikke å teste noen av de eksisterende nasjonale reguleringene ved å innlede formell undersøkelse, som første steg i traktatbruddsprosedyrer. Etter fem år, i 2009, gikk Europakommisjonen i detalj gjennom nasjonale reguleringer fra den første femårsperioden. Isolert sett kan den detaljerte gjennomgangen fremstå unaturlig, men sett hen til at art 3 (2) var det mest sensitive punktet i forhandlingene i forbindelse med vedtakelsen av forordningen 1/2003, fremstår den grundige evalueringen – som dekket både substans og omfang av nasjonale reguleringer av «ensidig atferd» – hensiktsmessig. I sin evaluering adresserte Europakommisjonen øyensynlig disse reguleringene som eksempler på *lovlige* reguleringer. I forbindelse med femårsevalueringen ble næringslivets bekymring for renasjonaliserte, fragmenterte konkurranseregler gjentatt. En styrking av art 3 (2) i retning av ytterligere beskrankninger på nasjonale myndigheter til å innføre «egne konkurranseregler» ble da identifisert som et av få potensielle oppfølgingspunkter.

I motsetning til fokuset på art 3 (2) i femårsevalueringen ble temaet ikke adressert overhodet i 10-årsrapporten fra 2014. Heller ikke i den pågående 20-årsevalueringen – som ikke er avsluttet – synes de prinsipielle sider ved art 3 (2) å ha fått noen sentral plass.

Europakommisjonen har ikke innledet traktatbruddssak mot noe medlemsland for overtredelse av art 3 (2) i løpet av de snart 19 år forordning 1/2003 har vært anvendt. Tilsvarende gjelder (formelt) for ESA og EFTA/EØS-landene, da likevel slik at EFTA/EØS-landene ikke har nasjonale konkurranseregler som skulle tilsi undersøkelser fra ESA.

5 BESTEMMELSENS MATERIELLE INNHOLD: EN VURDERING

5.1 Ordlyd

5.1.1 Innledning

ODA-protokoll 4 kapittel II art 3 (2) lyder som følger:

«Anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning kan ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak eller samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom medlemsstater, men som ikke begrenser konkurransen i henhold til traktatens artikkel 81 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene i traktatens artikkel 81 nr. 3 eller som er omfattet av en forordning om anvendelse av traktatens artikkel 81 nr. 3. Denne forordning skal ikke hindre medlemsstatene i å vedta og anvende strengere nasjonal lovgivning på sitt territorium som forbyr eller ilegger sanksjoner for foretaks ensidige atferd.»

Ordlyden er ikke krystallklar, noe som kan illustreres ved følgende sitat:²⁶

«The text of Article 3 is so convoluted that it may be one of the most cryptic provisions of the EU law system.»

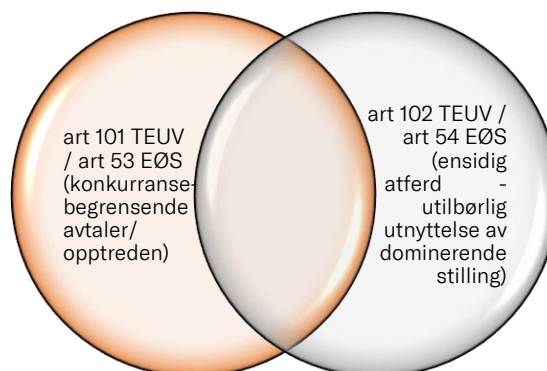
På den ene siden søker art 3 (2) første setning (sammen med art 3(1)) å ivareta *uniform håndhevelse* av EØS (egne) konkurranseregler, da også *til eksklusjon for* nasjonale konkurranseregler for å unngå konkurranserettslig regelfragmentering mellom EU/EØS-landene.

På den annen side søker art 3 (2) annet setning en annen regel – avvik fra uniform håndhevelse med fortsatt nasjonal kompetanse – for foretaks «ensidige atferd».

I forlengelsen er det viktig å være klar over at art 3 (2) i praksis er en kompetansefordelingsregel (evt. en kompetanseavskjæringsregel).

Begrepet «ensidig atferd» er EU/EØS-autonomt.²⁷ Det innebærer at nasjonale myndigheter ikke selv kan definere en regel eller ordning som «ensidig atferd», definisjonen av begrepet ligger hos EU- og EFTA-domstolen.

Som utredningen vil adressere i de to neste punktene vil art 101 TEUV / art 53 EØS og art 102 TEUV / art 54 EØS ha et overlappende saklig virkeområde. Sagt med andre ord; ensidig atferd etter art 102 TEUV kan også falle innenfor art 101s saklige virkeområde, som kan illustreres slik:



I praksis, som vil bli adressert nedenfor, er de fleste misbrukskategorier etter art 102 TEUV atferd mellom foretak, slik at overlappen er større enn det som fremgår av illustrasjonen.

²⁶ N. Petit og M. M. Delgado, "Article 3 of Regulation 1/2003 and the Doctrine of Pre-Emption" – draft working paper. Endelig versjon vil bli publisert i "The Transformation of EU Competition Law – Next Generation Issues", Wolters Kluwer 2023.

²⁷ Se eksempelvis sak CC-174/08, *NCC Construction Danmark A/S v Skatteministeriet*, avsnitt 24 - ECLI:EU:C:2009:669.

En isolert ordlydstolkning av ordet «ensidig» fremstår derfor lite hensiktsmessig. Begrepet må tolkes i konteksten mellom atferdsreglens to regelsett – art 101 TEUV / art 53 EØS om konkurransebegrensende samordnet opptreden vs art 102 TEUV / art 54 EØS om misbruk av dominerende stilling, hvor sistnevnte bestemmelse nettopp relaterer seg til «ensidig atferd». En vil da kunne identifisere (minst) tre scenarier:

- i. Nasjonale regler som regulerer «felles vilje» i avtaler – ikke «ensidig atferd». Slike nasjonale reguleringer er klart nok forbudt etter art 3 (2) første setning.
- ii. Nasjonale regler som regulerer «ensidig atferd» uten berøringsflater til art 101 TEUV / art 53 EØS. Slike nasjonale regler er tillatt etter art 3 (2) annen setning (og for så vidt uten at denne setningen er rettslig nødvendig). Denne kategorien er i praksis av et noe begrenset i omfang.
- iii. Nasjonale regler som regulerer «ensidig atferd», men som faller innenfor det konseptuelle avtalebegrepet til art 101 TEUV / art 53 EØS. Mange misbrukshandlinger vil falle innenfor denne kategorien.

Avgjørende for vurderingen blir om en legger avgjørende vekt på art 3 (2) første setning eller annen setning.

Første setning lyder:

«Anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning kan ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak eller samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom medlemsstater, men som ikke begrenser konkurransen i henhold til traktatens artikkel 81 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene i traktatens artikkel 81 nr. 3 eller som er omfattet av en forordning om anvendelse av traktatens artikkel 81 nr. 3.»

Hvis en legger avgjørende vekt på denne delen av bestemmelsen – og uniform håndheving – vil nasjonale myndigheter ikke kunne vedta strengere konkurranserettslige regler for «ensidig atferd» som faller innenfor avtalebegrepet i art 101 (1) / art 53 (1). I et slikt tilfelle blir det interessante for avgrensningen av nasjonal kompetanse i større grad definert som randsonen av hva som faller innenfor art 101 TEUV / art 53 EØS enn hva som kan tolkes fra begrepet «ensidig atferd».

Vurderingen blir imidlertid en annen hvis en legger større vekt på art 3 (2) annen setning – da som en annen regel med et selvstendig materielt innhold – som lyder:

«Denne forordning skal ikke hindre medlemsstatene i å vedta og anvende strengere nasjonal lovgivning på sitt territorium som forbyr eller illegger sanksjoner for foretaks ensidige atferd.»

Hvis en legger avgjørende vekt på denne delen av bestemmelsen – og området for nasjonale myndigheters kompetanse – vil nasjonale myndigheter, på visse vilkår, kunne vedta strengere konkurranserettslige regler for «ensidig atferd», også hvor disse manifesterer seg i en avtale slik dette begrepet følger av art 101 (1) TEUV / art 53 (1) EØS.

Ordlyden i art 3 (2) gir ikke selv et svar på denne problemstillingen, altså om første eller annen setning er avgjørende for forståelsen.

Tre andre faktorer er imidlertid relevante allerede for en ordlydsforståelse av art 3 (2).

Den første faktoren er fortalens punkt 8, som synes å presisere innholdet i begrepet «ensidig atferd»:

«For å sikre en effektiv anvendelse av Fellesskapets konkurranseregler og at samarbeidsordningene fastsatt i denne forordning virker på en tilfredsstillende måte, er det nødvendig å pålegge konkurransemyndighetene og domstolene i medlemsstatene også å anvende traktatens artikkel 81 og 82 når de anvender nasjonal konkurranselovgivning på avtaler og opptreden som kan påvirke handelen mellom medlemsstater. For å skape like konkurransevilkår for avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden innenfor det indre marked, er det også nødvendig i henhold til traktatens artikkel 83 nr. 2 bokstav e) å fastlegge forholdet mellom nasjonal lovgivning og Fellesskapets konkurranseregelverk. Det er derfor nødvendig å fastsette at anvendelsen av nasjonal

konkurranselovgivning på avtaler, beslutninger eller samordnet opptreden i henhold til traktatens artikkel 81 nr. 1, ikke kan føre til forbud mot slike avtaler, beslutninger og former for samordnet opptreden dersom de ikke også er forbudt i henhold til Fellesskapets konkurranseregelverk. Begrepe avtaler, beslutninger og samordnet opptreden er selvstendige begreper i Fellesskapets konkurranseregelverk som dekker samordning av foretaks atferd på markedet i samsvar med fortolkningen til Fellesskapets domstoler. Medlemsstatene bør i henhold til denne forordning ikke hindres i å vedta og anvende strengere nasjonal konkurranselovgivning på sitt territorium, som forbyr eller ilegger sanksjoner for foretaks ensidige atferd. Denne strengere nasjonale lovgivning kan omfatte bestemmelser som forbyr eller ilegger sanksjoner for utilbørlig atferd mot økonomisk avhengige foretak. Videre får denne forordning ikke anvendelse på nasjonal lovgivning som ilegger fysiske personer strafferettslige sanksjoner, med mindre dette er den måten konkurranseregler som får anvendelse på foretak, håndheves på.» (Vår understrek.)

En fortale er ikke rettslig bindende og en fortale kan ikke selv lede til et tolkningsresultat som avviker fra en klar ordlyd i artiklene, men uttalelser i fortalen kan vektlegges som tolkningsfaktor for avklaring av innholdet i en rettsakts artikler hvor dette isolert sett er uklart.²⁸

Hva gjelder fortalens begrep «*utilbørlig atferd mot økonomisk avhengige foretak*» vil dette være handlinger som ofte – om ikke nødvendigvis – vil være nedfelt i avtale. Fortalens punkt 8 trekker i noen grad i retning av å tolke «ensidig atferd» i tråd med begrepet slik vi kjenner det fra art 102 TEUV / art 54 EØS og – og viktigere – at nasjonale myndigheters kompetanse står seg også om «ensidig atferd» er nedfelt i avtale.

Den andre ordlydsfaktoren er relatert til endringen som kom inn med art 3 (2) annen setning. Hvis art 3 (2) som sådan skal forstås slik at forbudet etter første setning er absolutt, vil annen setning som kom inn med det politiske kompromisset i sluttfasen av forhandlingene være uten materielt innhold, noe som generelt har formodningen mot seg.

5.1.2 Ordlydens forhold til art 54 EØS – ensidig atferd”

Begrepet ”ensidig atferd” er godt kjent fra konkurranseretten, nærmere bestemt ved anvendelse av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling som nedfelt i art 102 TEUV og art 54 EØS (jf. EØS-loven).²⁹ Bestemmelsen definerer ikke begrepet «ensidig atferd», men den regulerer den konkurranserettslige hoveddrammen for utilbørlig utnyttelse av denne typen atferd.

Art 54 EØS lyder:

«Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av denne avtale, eller i en vesentlig del av det, skal være forbudt og uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a. å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b. å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c. å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- d. å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.»*

Listen av misbrukshandlinger i bokstav a) til d) er ikke uttømmende. Det er to hovedkategorier for utilbørlig atferd etter art 54 EØS: (i) utnyttende/utbytende atferd («exploitative abuse») – for eksempel urimelig høy pris, hvor «gevinsten» oppnås umiddelbart) og (ii) ekskluderende/utestengende atferd («exclusionary abuse») – for eksempel urimelig lav pris, hvor

²⁸ Se eksempelvis sak C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, avsnitt 32 - ECLI:EU:C:2005:716.

²⁹ Et tilsvarende forbud følger av konkurransenloven § 11.

«gevinsten» oppnås i fremtiden ved at konkurrenter bortfaller, og konkurransen over tid svekkes slik at foretaket da kan sette prisen opp uten å miste kunder).

Uavhengig av om en analyserer de to nevnte hovedkategoriene eller eksemplene nevnt i art 54 (2), fremgår det klart at «ensidig atferd» i form av «utilbørlig utnyttelse» etter art 54 EØS ofte vil være nedfelt i en form for avtale.

Som del av denne utredningen er vi ikke blitt kjent med kilder fra de 20 år forordning 1/2003 har vært i kraft som trekker i retning av at begrepet «ensidig atferd» i art 3 (2) isolert sett skal forstås på en annen måte enn (også) å omfatte de typiske misbrukshandlingene som følger av art 54 EØS. Tvert imot anvender EU-institusjonene (inkludert EU-domstolen) gjennomgående dette begrepet – «unilateral conduct» på engelsk – som en samlebetegnelse for atferd som kan rammes av art 102 TEUV. Det er naturlig å forstå begrepet «ensidig atferd» slik at det omfatter *og er videre enn* begrepet «utilbørlig utnyttelse», se nærmere punkt 6.3.

5.1.3 Ordlydens forhold til art 53 EØS – "avtale" / "samordnet opptreden"

Art 53 (1) EØS lyder:

"Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i

- a. å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b. å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c. å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d. å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e. å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjensiden.

Innledning til art 3 (2) første setning lyder, som nevnt:

"Anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning kan ikke føre til [...] samordnet opptreden [som kan påvirke handelen mellom medlemsstater, men] som ikke begrenser konkurransen i henhold til traktatens artikkel 81 nr. 1 [art 101 TEUV/ art 53 EØS]...».

Et tolkningsalternativ er at art 3(2) første setning oppstiller en absolutt rettslig grense for nasjonale myndigheter til å regulere «ensidig atferd» hvor det foreligger en avtale eller samordnet opptreden etter art 53 (1) EØS. Da vil det være relevant å vurdere yttergrensen til begrepet «samordnet opptreden», da dette gjennomgående vil bli det reelle skjæringspunktet for nasjonal kompetanse. Sagt med andre ord; «ensidig atferd» i art 3 (2) vil med en slik forståelse i noen grad bli definert negativt som «ikke samordnet opptreden».

For at art 53 (1) skal komme til anvendelse må det identifiseres en "samordnet opptreden". Dette kan selvsagt være en avtale, men det er ikke et vilkår. Begrepet «samordnet opptreden» strekker betydelig videre enn et avtaleforhold.

Det intellektuelle utgangspunktet for begrepet «samordnet opptreden» er uttrykt som følger av EU-domstolen i forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, avsnitt 97, 101 og 102:³⁰

«...centres around the existence of a concurrence of wills between at least two parties, the form in which it is manifested being unimportant so long as it constitutes the faithful expression of the parties' intention'. The Court further recalled, in paragraph 67 of the same judgment, that for there to be an agreement within the meaning of

³⁰ Sak C-2/01 P og C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV og Europakommisjonen v Bayer AG* - ECLI:EU:C:2004:2.

Article 85(1) of the Treaty it is sufficient that the undertakings in question should have expressed their common intention to conduct themselves on the market in a specific way. [...]

However, such an agreement cannot be based on what is only the expression of a unilateral policy of one of the contracting parties, which can be put into effect without the assistance of others. To hold that an agreement prohibited by Article 85(1) of the Treaty may be established simply on the basis of the expression of a unilateral policy aimed at preventing parallel imports would have the effect of confusing the scope of that provision with that of Article 86 of the Treaty.

For an agreement within the meaning of Article 85(1) of the Treaty to be capable of being regarded as having been concluded by tacit acceptance, it is necessary that the manifestation of the wish of one of the contracting parties to achieve an anti-competitive goal constitute an invitation to the other party, whether express or implied, to fulfil that goal jointly, and that applies all the more where, as in this case, such an agreement is not at first sight in the interests of the other party, namely the wholesalers.”

EU-domstolen tilnærming til anvendelsen av art 101 TEUV på avtaleliknende forhold er med andre ord at det foreligger en “concurrency of wills”.

Da likevel slik, ved avtaler og avtaleforhandlinger hvor konkurranserestriksjonen i første rekke fremkommer som et forhandlingsutspill fra den ene parten, at stilltiende aksept i slike tilfeller også må omfatte en felles vilje som omfatter konkurransebegrensningen. Europakommisjonen har adressert dette som følger i sine vertikale retningslinjer (avsnitt 53 til 55):³¹

«For there to be an agreement within the meaning of Article 101 of the Treaty, it is sufficient that the parties have expressed their joint intention to conduct themselves on the market in a specific way (a so-called concurrence of wills). The form in which that intention is expressed is irrelevant, as long as it constitutes a faithful expression of the parties’ intention.

If there is no explicit agreement expressing the parties’ concurrence of wills, a party or authority that alleges an infringement of Article 101 of the Treaty must prove that the unilateral policy of one party receives the acquiescence of the other party. As regards vertical agreements, acquiescence to a specific unilateral policy may be either explicit or tacit:

- (a) explicit acquiescence can be deduced from the powers conferred upon the parties in a general agreement drawn up in advance. If the terms of that agreement provide for or authorise one party to subsequently adopt a specific unilateral policy that is binding on the other party, the acquiescence to that policy by the other party can be established on that basis.*
- (b) for tacit acquiescence, it is necessary to show that one party explicitly or implicitly requires the cooperation of the other party for the implementation of its unilateral policy and that the other party has complied with that requirement by implementing that unilateral policy in practice. For instance, if after a supplier’s announcement of a unilateral reduction of supplies in order to prevent parallel trade, distributors immediately reduce their orders and stop engaging in parallel trade, it can be concluded that those distributors tacitly acquiesce to the supplier’s unilateral policy. However, such a conclusion cannot be reached if the distributors continue to engage in parallel trade or try to find new ways to engage in parallel trade.*

In light of the above, the imposition of general terms and conditions by one party amounts to an agreement within the meaning of Article 101(1) of the Treaty where such terms and conditions have been explicitly or tacitly accepted by the other party.”

Det bemerkes at art 101 TEUVs / art 53 EØS’ yttergrense for ”samordnet opptreden” vil være av en karakter som i dagligtale vil kunne oppfattes som “ensidig atferd». Som en illustrasjon kan det vises til Europakommisjonens horisontale retningslinjer (avsnitt 62 og 63) som uttrykker følgende:³²

³¹ Guidelines on vertical restraints, EU-tidende C 248 av 30. juni 2022. ESA vil vedta tilsvarende retningslinjer (også på norsk), men dette er ennå ikke på plass.

³² Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, EU-tidende C 11 av 14. januar 2011. ESA har vedtatt tilsvarende retningslinjer (også på norsk), se EU-tidende C 362 av 12. desember 2013 og EØS-tillegget nr 69 av samme dato. Det ventes at Europakommisjonen vil vedta nye horisontale

«When one undertaking alone reveals to its competitors strategic information concerning its future commercial policy, that reduces strategic uncertainty as to the future operation of the market for all the competitors involved and increases the risk of limiting competition and of collusive behaviour. For example, mere attendance at a meeting where a company discloses its pricing plans to its competitors is likely to be caught by Article 101, even in the absence of an explicit agreement to raise prices. When a company receives strategic data from a competitor (be it in a meeting, by mail or electronically), it will be presumed to have accepted the information and adapted its market conduct accordingly unless it responds with a clear statement that it does not wish to receive such data.

Where a company makes a unilateral announcement that is also genuinely public, for example through a newspaper, this generally does not constitute a concerted practice within the meaning of Article 101(1). However, depending on the facts underlying the case at hand, the possibility of finding a concerted practice cannot be excluded, for example in a situation where such an announcement was followed by public announcements by other competitors, not least because strategic responses of competitors to each other's public announcements (which, to take one instance, might involve readjustments of their own earlier announcements to announcements made by competitors) could prove to be a strategy for reaching a common understanding about the terms of coordination.»

Art 53 EØS' yttergrense er relevant hvis en vurderer art 3 (2) første setning som absolutt og slik at eksistensen av en avtale eller samordnet opptreden er avgjørende for vurderingen av om nasjonale myndigheter har kompetanse.

Art 53 EØS' yttergrense for hva som er en «samordnet opptreden» er imidlertid ikke avgjørende hvis en tillegger art 3 (2) annen setning selvstendig materiell betydning, og slik at fokuset rettes mot om konkurransebegrensningen er et resultat av «felles vilje» eller, og motsetningsvis, én parts bruk av markedsmakt.

5.2 EU- og EFTA-domstolen: Rettspraksis

Arbeidet med utredningen har ikke identifisert rettspraksis fra EU- eller EFTA-domstolen som direkte berører fortolkningen av art 3 (2), da heller ikke forholdet mellom bestemmelsens første og annen setning.

Imidlertid har EU-domstolen i flere avgjørelser adressert forrangsproblematikk og uniform håndheving i mer alminnelighet, da også på konkurranserettsfeltet. Den første avgjørelsen var *Walt Wilhelm* av 1969. Avgjørelsen reflekterer prinsippet om forrang og uniform effekt av EUs konkurranseregler, samtidig som EU-domstolen aksepterte parallell anvendelse av nasjonale regler forutsatt at de ikke var til hinder for full og enhetlig anvendelse av EU-retten. Prinsippet om parallell anvendelse er i dag nedfelt i art 3 (1).

I tiden forut for vedtakelse av forordning 1/2003 ble *Walt Wilhelm* fulgt opp i to saker. Se EU-domstolens uttalelse i forente saker C-253/78 og C-1 – C-3/79 fra 1980 avsnitt 15 (under tittelen “The application of national competition law”):³³

“As the Court held in its judgment of 13 February 1969 in Case 14/68 Walt Wilhelm and Others v Bundeskartellamt [1969] ECR 1, Community law and national law on competition consider restrictive practices from different points of view. Whereas Articles 85 and 86 regard them in the light of the obstacles which may result from trade between Member States, national law proceeds on the basis of the considerations peculiar to it and considers restrictive practices only in that context.”

I sak C-67/91 fra 1992 uttalte EU-domstolen, med henvisning til de to allerede nevnte avgjørelsene, tilsvarende (avsnitt 11):³⁴

retningslinjer innen utløpet av juni 2023 – de her adresserte temaer omtales på samme måte i Europakommisjonens siste offentlige utkast til retningslinjer fra 2022.

³³ Forente saker C-253/78 and C-1 til C-3/79, *Procureur de la République m.fl. v Bruno Giry and Guerlain SA m.fl.*, ECLI:EU:C:1980:188.

³⁴ Sak C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia v Asociación Española de Banca Privada m.fl.*, ECLI:EU:C:1992:330.

«Restrictive practices are viewed differently by Community law and national law. Whilst Articles 85 and 86 of the Treaty view them in the light of the obstacles which may result for trade between the Member States, each body of national legislation proceeds on the basis of considerations peculiar to it and considers restrictive practices solely in that context. It follows that the national authorities may also take action regarding situations that are capable of forming the subject-matter of a decision by the Commission.»

I tiden etter vedtakelse av forordning 1/2003 er denne generelle tilnærmingen adressert i et par avgjørelser. Den første er sak C-550/07 P fra 2010 (avsnitt 103 - storkammersak):³⁵

“The Court has held in that connection that restrictive practices are viewed differently by European Union law and national law. Whilst Articles 101 TFEU and 102 TFEU view them in the light of the obstacles which may result for trade between the Member States, each body of national legislation proceeds on the basis of considerations peculiar to it and considers restrictive practices solely in that context.”

Den andre saken – som direkte nevner art 3 og parallell anvendelse, er sak C-17/10 fra 2012 (avsnitt 81 – 83):³⁶

“In accordance with settled case-law, EU law and national law on competition apply in parallel. Competition rules at European and at national level view restrictions on competition from different angles and their areas of application do not coincide.

That situation has not been changed by the enactment of Regulation No 1/2003.

Such an interpretation is corroborated by the fact that, according to the Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations (EEC) No 1017/68, (EEC) No 2988/74, (EEC) No 4056/86 and (EEC) No 3975/87, submitted by the Commission (COM(2000) 582 final) (OJ 2000 C 365 E, p. 284), Article 3 of Regulation No 1/2003 should have been drafted in such a way that, where a cartel for the purposes of Article 81 EC or the abuse of a dominant position for the purposes of Article 82 EC is capable of affecting trade between Member States, EU competition law alone is applicable, to the exclusion of national competition laws. Contrary to what the Commission initially proposed, Regulation No 1/2003 permits both the rules of EU law on competition (Articles 81 EC and 82 EC) and national legislation on the matter to continue to be applied to one and the same case.” (Vår understrek.)

Sistnevnte sak beskriver også de generelle rammene for anvendelse av prinsippet om Ne Bis Idem som følger (avsnitt 94 og 97):

«The ne bis in idem principle must be observed in proceedings for the imposition of fines under competition law. That principle thus precludes an undertaking being found liable or proceedings being brought against it afresh on the grounds of anti-competitive conduct for which it has been penalised or declared not liable by an earlier decision that can no longer be challenged. [...]

The Court has held, in competition law cases, that the application of this principle is subject to the threefold condition that in the two cases the facts must be the same, the offender the same and the legal interest protected the same.”

Ingen av avgjørelsene adresserer imidlertid spenningsforholdet mellom art 3 (2) første setning og art 3 (2) annen setning og en løsning på dette.

5.3 Tilblivelseshistorien: Travaux préparatoires

EU-domstolen uttalte i en nylig avsagt dom (Towercast, 16. mars 2023):³⁷

«According to settled case-law, the interpretation of a provision of EU law requires account to be taken not only of its wording, but also of the context in which it occurs, as well as the objectives and purpose pursued by the act of

³⁵ Sak C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v Europakommisjonen*, ECLI:EU:C:2010:512.

³⁶ Sak C-17/10, *Toshiba Corporation and Others v Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, ECLI:EU:C:2012:72.

³⁷ Sak C-449/21, *Towercast SASU v Autorité de la concurrence m.fl.*, avsnitt 31 – ECLI:EU:C:2023:207

which it forms part. The legislative history of a provision of EU law may also reveal elements that are relevant to its interpretation...”

De såkalte travaux préparatoires, en rettsakts «forarbeider» i form av offisielle forhandlingsreferater, er således en EU/EØS-rettslig relevant rettskildedefaktor. Dette vil være spesielt aktuelt hvis en artikkel kan tolkes på mer enn én måte.

Art 3 (2) annen setning og setningen understreket i fortalepunkt 8 ble inntatt i forordning 1/2003 på et meget sent tidspunkt i forhandlingene og som følge av medlemslandenes standpunkt – altså *mot* Europakommisjonens opprinnelige forslag. Til Europakommisjonens opprinnelige forslag ble medlemslandenes posisjoner beskrevet blant annet som følger (fullstendig sitat over):

«F, supported by FIN and S, considers that Article 3 must not put into question the application of specific national law provisions permitting to react in a suitable manner to specific problems arising on one Member States' territory and that Community law cannot deal with appropriately. [...] D, supported by FIN and S, has a general reservation on this Article in particular with regard to the absolute priority of EU competition law. The application of stricter national law should be possible. [...] D: requests language on unilateral behavior and stricter national rules to be included in the text. COM to consider.»

De siste offentlig tilgjengelige posisjonene – til det siste forslaget av 4. september 2002 som fortsatt ikke inkluderte regulering av «ensidig atferd» - uttrykte tilsvarende:

«FIN considers that Article 3 must not put into question the application of specific national law provisions permitting to react in a suitable manner to specific problems arising on one Member States' territory and that Community law cannot deal with appropriately. D, supported by E and FIN, has a general reservation on this Article in particular with regard to the absolute priority of EU competition law. The application of stricter national law should be possible.»

Det anses på den bakgrunn som hevet over tvil at art 3 (2) annen setning kom inn som en del av den politiske enigheten som ble nådd i oktober 2002 etter påtrykk fra medlemslandene via Rådet.

Likeledes fremstår det som klart, basert på de posisjoner som ble inntatt i perioden fra 2000 til 2002, at medlemslandene – ved endringen – hadde som formål å beholde kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler av typen som allerede eksisterte før 2003.

Det følger av rettspraksis, om enn som en generell regel, at medlemslandenes forståelse slik den kommer til uttrykk i rådet – «the intention of the EU legislature» - skal legges til grunn når et slikt standpunkt fremgår av en rettsakts endelige ordlyd og denne avviker fra Europakommisjonens opprinnelige forslag.³⁸

Fra andre deler av EØS-retten – i særdeleshet restriksjonslæren under de fire friheter – er det sikker rett at unntakene fra «frihetene» skal tolkes snevert, da EØS-rettens hovedformål er å søke fri bevegelse av varer, tjenester, etableringer og kapital. Det er imidlertid ikke rom for et tilsvarende tolkningsprinsipp relatert til en kompetansefordelingsregel mellom EU-institusjonene og medlemslandene, hvor det også var reelle forhandlinger og resultatet er et politisk kompromiss.

Forarbeidene – forhandlingene og kompromissresultatet som ble nådd i 2002 med medlemslandene/rådet – synes på den bakgrunn klart å tale for at art 3 (2) annen setning skal forstås som et *unntak* fra første setning. Med en slik forståelse vil nasjonale myndigheter ha kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler mot ensidig atferd, og, i prinsippet, selv om slik atferd isolert sett faller innenfor det konseptuelle avtalebegrepet i art 101 TEUV / art 53 EØS.

³⁸ Se eksempelvis sak C-17/96, *Badische Erfrischungs-Getränke GmbH & Co. KG v Land Baden-Württemberg*, avsnitt 16 og 17 - ECLI:EU:C:1997:381. Se også avsnitt 89 i sak C-17/10, nevnt over, hvor EU-domstolen fortolker forordning 1/2003, dommens avsnitt 89: «However, recital 18 of Regulation No 1/2003 cannot be interpreted as meaning that the EU legislature intended to deprive the national authorities of their power to apply national competition law once the Commission has itself adopted a decision.»

5.4 Formålsbetraktninger: Hensynene bak reglene

Generelt vil formålsbetraktninger og hensynene bak reglene være en relevant EU/EØS-rettslig rettskildedefaktor, etter omstendighetene av betydelig vekt. Det forutsetter imidlertid at en bestemmelse kan underlegges formålstolkning.

Hva gjelder det prinsipielle skillet mellom art 3 (2) første setning og art 3 (2) annen setning er rommet for formålsbetraktninger imidlertid begrenset, da bestemmelsene trekker i hver sin retning med hvert sitt (motstridende) formål.

Formålet med art 3 (2) første setning, i forlengelsen av art 3 (1), er uniform håndhevelse av EU/EØS-konkurransereglene, samt – og viktigere – å etablere et «level playing field». Formålsbetraktninger relatert til art 3 (2) første setning trekker derfor entydig i retning av at forbudet nedfelt i første setning er absolutt, slik at det forbyr enhver konkurranserettslig regulering av ensidig atferd innenfor art 101 TEUVs saklige virkeområde.

Formålet med art 3 (3) annen setning er, imidlertid, det motsatte: Å begrense Europakommisjonens kompetanse til fordel for medlemslandene. Formålsbetraktninger relatert til art 3 (2) annen setning trekker derfor entydig i retning av at forbudet nedfelt i første setning *ikke* er absolutt, slik at nasjonale myndigheter har kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler som adresserer «ensidig atferd» – da selv om de skulle falle innenfor art 101 TEUVs saklige virkeområde.

Basert på de motstridende hensynene i de to setningene – de to adskilte bestemmelsene i art 3 (2) – fremstår det vanskelig å trekke tydelige konklusjoner fra formålsbetraktninger.

5.5 Nasjonalstaters tilnærming: Nasjonale regler

På tidspunktet for forhandlingene og vedtakelse av forordning 1/2003 hadde Europakommisjonen eksklusiv kompetanse til å anvende art 101 (3) TEUV. Imidlertid eksisterte det en rekke nasjonale konkurranseregler som medlemslandene anså som å ligge utenfor denne bestemmelsen, for så vidt som regulering av ensidig atferd. DG COMP fremla selv en redegjørelse for dette i 2009, som del av femårsevalueringen av forordning 1/2003. Oversikten nedenfor er i noen grad basert på oppsummeringen i Europakommisjonens arbeidsdokument punkt 4.4.1 «National rules concerning economic dependence and similar situations», likevel slik at den er oppdatert frem til i dag – da også den siste tids fokus på AED-regler (Abuse of Economic Dependence).³⁹ Det bemerkes at oversikten ikke er uttømmende.

I 2004 hadde følgende medlemsland nasjonale bestemmelser om forbud mot misbruk av økonomisk avhengighet eller overlegen forhandlingsmakt: Frankrike, Tyskland, Italia, Portugal, Spania, Irland og Slovakia. Frem til mai 2004 besto EU av 15 medlemsland, så nesten 50 % av medlemslandene hadde med andre ord denne typen nasjonale regler.

I Spania ble de aktuelle bestemmelsene fjernet fra konkurranseloven i 2007, men misbruk av økonomisk avhengighet er fortsatt et brudd på «Ley de Competencia Desleal», som i hovedsak angår urettferdig konkurranse og handelspraksis, og den spanske konkurranseloven åpner for at konkurransemyndigheten kan forfølge slik opptreden hvor vridning av fri konkurranse påvirker allmennhetens interesser. Bestemmelsen er fortsatt gjeldende, i art 3 i den spanske konkurranseloven.

³⁹ Se fotnote 20.

I fransk rett er misbruk av økonomisk avhengighet – sammen med forbudet mot misbruk av dominerende stilling – én av de to formene for ensidig atferd som er forbudt etter Artikkel L.420-2 i den franske Code de commerce. Bestemmelsen er fortsatt gjeldende, og lyder som følger:⁴⁰

«Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme.»

Det franske forbudet dekker misbruk av økonomisk avhengighet (relativ markedsrett). Autorité de la Concurrence, det franske konkurransetilsynet, anvendte bestemmelsen blant annet i en sak mot Apple i et vedtak fra mars 2020.⁴¹ Sakens faktiske sider omfattet blant annet at Apple misbrukte økonomisk avhengighet vis-à-vis sine Premium-distributører ved å utsette dem for urettferdige og ugunstige kommersielle vilkår sammenlignet med integrerte distributører. Det franske konkurransetilsynet bekreftet de tre vilkårene som kreves for anvendelse av artikkel L. 420-2:

- i. Eksistensen av en tilstand av økonomisk avhengighet,
- ii. Utnyttelse av denne tilstanden, og
- iii. En reell eller potensiell virkning på konkurransens funksjon eller struktur i et relevant marked.

I tysk rett er det generelle forbudet mot misbruk av dominerende stilling inntatt i § 19 i den tyske konkurranseloven (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB). Imidlertid inkluderer loven to ytterligere reguleringer av «ensidig atferd», inngreps hjemmelen i § 19a «Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen»⁴² og forbudet i § 20 «Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht». § 20 inneholder spesifikke bestemmelser som beskytter en part mot misbruk av relativ markedsrett, eksempelvis ved urimelige handelsvilkår og diskriminering uten saklig begrunnelse. § 20 (1) GWB lyder:

«§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen und ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen besteht (relative Marktmacht). § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt ferner auch für Unternehmen, die als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig sind, soweit andere Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von ihrer Vermittlungsleistung in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen. Es wird vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden.»

Bundeskartellamt har en engelsk oversettelse, som lyder:

"Section 19(1) in conjunction with subsection (2) no 1 shall also apply to undertakings and associations of undertakings to the extent that other undertakings as suppliers or purchasers of a certain type of goods or

⁴⁰ Hva gjelder fransk dagligvaresektor inkluderer oversikten følgende kommentar i fotnote 190: «Often suppliers of large supermarket chains opt for civil proceedings and invoke the detailed rules of Article L.442-6 of Code de commerce concerning unfair trade practices instead of Article L-420-2. In contrast to the abuse of economic dependence, which is considered an anticompetitive practice in French Law (i.e. with reference to an abuse on a given relevant market), unfair trade practices relate to restrictive trade practices in a bilateral contractual or tort perspective and the rules relating thereto are enforced by civil courts, not by the Competition Council.»

⁴¹ Se Autorité de la Concurrence, Décision 20-D-04 av 16. mars 2020.

⁴² Bundeskartellamt har identifisert Alphabet/Google (5. januar 2022) og Meta (4. mai 2022) som marktbeherrschenden Unternehmen, og helt nylig (28. mars 2023) innledet tilsvarende undersøkelser av Microsoft, se pressemelding fra Bundeskartellamt her: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/28_03_2023_Microsoft.html

commercial services are dependent on them in such a way that sufficient and reasonable possibilities for switching to third parties do not exist and there is a significant imbalance between the power of such undertakings or associations of undertakings and the countervailing power of other undertakings (relative market power). Section 19(1) in conjunction with subsection (2) no 1 shall also apply to undertakings acting as intermediaries on multi-sided markets to the extent that other undertakings are dependent on their intermediary services for accessing supply and sales markets in such a way that sufficient and reasonable alternatives do not exist. A supplier of a certain type of goods or commercial services is presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this supplier regularly grants to this purchaser, in addition to discounts customary in the trade or other compensation, special benefits which are not granted to similar purchasers.”

Det kan bemerkes at bestemmelsen som sådan var i kraft da forordning 1/2003 ble forhandlet, og det må anses rimelig klart at det var den og liknende bestemmelser Tyskland og andre medlemsland ønsket å beskytte ved å tvinge inn art 3 (2) annen setning som en del av det politiske kompromisset som ble identifisert i oktober 2002.

Bestemmelsen er håndhevet en rekke ganger, og både det tyske konkurransetilsynet, Bundeskartellamt, og tyske underrettsavgjørelser legger til grunn at håndheving av bestemmelsen er i tråd med art 3 (2) i forordning 1/2003.⁴³ Forordning 1/2003 gjelder direkte i Tyskland uten implementerende tiltak, men forholdet til art 101 TEUV – og også art 3 (2) i forordning 1/2003 – er også adressert eksplisitt i GWB § 22, hvor annet ledd lyder (Bundeskartellamts engelske oversettelse):⁴⁴

“Pursuant to Article 3(2) sentence 1 of Regulation (EC) No 1/2003, the application of the provisions of this Act may not lead to the prohibition of agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States of the European Union but

- 1. which do not restrict competition within the meaning of Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, or*
- 2. which fulfil the conditions of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, or*
- 3. which are covered by a regulation regarding the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union.*

The provisions under Chapter 2 shall remain unaffected. In other cases, the primacy of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union shall be determined by the relevant provisions under European Union law.” (Vår understrek.)

Både nevnte § 19a og § 20 er inntatt i kapittel 2, og altså blant bestemmelsene som ifølge GWB § 22 er «unaffected» av art 3 (2) første setning. (På tysk: «Die Vorschriften des Kapitels 2 bleiben unberührt».)

Ungarn innførte bestemmelser for å forby misbruk av relativ markedsrett i 2006 og Latvia gjorde det samme i 2008. Disse forbudene omfatter misbruk av «betydelig innflytelse» eller «betydelig markedsrett», ved å fokusere på kjøperrett ved siden av å beskytte lokale leverandører og distributører fra å bli utnyttet grunnet deres relativt begrensede forhandlingsstyrke sammenlignet med de store forhandlerne og dagligvarekjedene. I Latvia, også basert på en omsetningsterskel, anvendes en 30 % markedsandelsterskel for å identifisere «betydelig innflytelse».

Et nyere tilskuddene i EØS er artikkel IV.2/1 av 22. august 2020 i den belgiske Code de droit économique som oppstiller et generelt AED-forbud, som følger:⁴⁵

⁴³ Se eksempelvis Bundeskartellamt i Booking.com-vedtaket fra 2015 (22. desember 2015, B- 9 121/13) avsnitt 308: «Weil Booking parallel auch den Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt und weil das fragliche Verhalten nicht freigestellt ist, finden die Tatbestände des nationalen Rechts (§§ 19, 20 GWB) – anders als Booking meint – vorliegend auch durchaus Anwendung, vgl. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003.»

⁴⁴ Den tyske bestemmelsen har selvsagt ikke forrang foran forordning 1/2003, og er i så måte i første rekke av informativ verdi. Bestemmelsen refereres for å vise at forholdet oppleves avklart i Tyskland, da også som adressert i tyske domstoler inklusive av Bundesgerichtshof. Problemstillingen er imidlertid ikke forelagt for EU-domstolen av noen av de tyske domstolene.

⁴⁵ AED-forbudet er også rettslig testet blant annet i saker fra Ghent (A/20/02490, G.D./The Woody Group – 28. oktober 2020), Brussel (A/20/04391, Yakar NV / Ebury Partners Belgium NV – 16. mars 2021) og Leuven (A/21/00309 – 27. april 2021). Etter det vi har klart å bringe på det rene var det ingen anførsler relatert til art 3(2) i forordning 1/2003 i noen av sakene.

«Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position de dépendance économique dans laquelle se trouvent une ou plusieurs entreprises à son ou à leur égard, dès lors que la concurrence est susceptible d'en être affectée sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci.

Peut être considérée comme une pratique abusive :

1° le refus d'une vente, d'un achat ou d'autres conditions de transaction;

2° l'imposition de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;

3° la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs;

4° le fait d'appliquer à l'égard de partenaires économiques des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

5° le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires économiques, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.”

Det foreligger en overtredelse av artikkel IV.2/1 når tre kumulative betingelser er oppfylt: (i) eksistensen av et økonomisk avhengighetsforhold mellom to selskaper; (ii) et misbruk; og (iii) en virkning på konkurransen på det belgiske markedet eller en vesentlig del av det.

I følge den belgiske bestemmelsen er «økonomisk avhengighet» en faktisk situasjon som kan oppstå gjennom ulike faktorer som (i) markedsrett, (ii) at et foretak genererer en betydelig andel av omsetningen til et avhengig foretak, (iii) et foretaks teknologi eller knowhow, (iv) merkevareomdømme, produktmangel, produktets forgjengelige natur eller forbrukerlojalitet, (v) tilgang til viktige ressurser eller fasiliteter, (vi) frykten for alvorlig økonomisk skade, gjengjeldelse eller oppsigelse av forretningsforhold, (vii) uvanlig kommersielle betingelser (ikke pålagt eller gitt til andre foretak i samme stilling) og (viii) hvorvidt den økonomiske avhengigheten er et resultat av et bevisst valg av det avhengige foretaket.

Et misbruk av økonomisk avhengighet etter den belgiske bestemmelsen kan eksempelvis bestå i (i) forretningsnektelse, (ii) påtvinge urettferdige handelsbetingelser, (iii) begrensning av produksjon, distribusjon eller teknisk utvikling, (iv) anvende ulike betingelser på tilsvarende transaksjoner, eller (v) koblingssalg.

Av oversikten fremgår det at en rekke EU-land har eller har hatt nasjonale, konkurranserettslige særreguleringer av «ensidig atferd», og da også atferd som manifesterer seg i avtale og forretningsforhold.

I konklusjon kan en fastslå at nasjonale (konkurranse)regler rettet mot såkalt AED/Abuse of Economic Dependence – relativ markedsrett om en vil – er ganske utbredt i EU.

AED og konseptet om relativ markedsrett har i dag en særlig utbredelse i digitale markeder, både etter generelle, nasjonale AED-regler, sektorspesifikke EU-regler⁴⁶ og, i noen land, spesifikke regler for den digitale sektoren – både i og utenfor EØS.⁴⁷

⁴⁶ Se eksempelvis om EUs Digital Markets Act i punkt 8.

⁴⁷ AED – evt ASBP/Abuse of Superior Bargaining Power som er terminologien som gjerne brukes i Asia (eks Japan og Korea) – er et sentralt tema også i visse jurisdiksjoner utenfor Europa. Som en faktisk illustrasjon kan det nevnes at temaet har stått på agendaen i ICN/International Competition Network, spesielt i Working Group on Unilateral Conduct i mange år. Allerede i 2008 ble det foretatt en global kartleggingsøvelse under ICN for å identifisere jurisdiksjoner med AED/ASBP-bestemmelser og begrunnelsen for å innføre slike. 32 jurisdiksjoner deltok aktivt i kartlegging, og av disse svarte 7 jurisdiksjoner at de hadde spesifikke AED-bestemmelser. Disse landene var Frankrike, Tyskland, Italia, Slovakia, Østerrike, Japan og Korea. I tillegg

5.6 Europakommisjonens / ESAs tilnærming

Arbeidet med utredningen har ikke identifisert saker eller egne uttalelser fra EFTAs overvåkingsorgan (ESA) som direkte berører fortolkningen av art 3 (2). Dette punktet fokuserer derfor på Europakommisjonens tilnærming.

På tidspunktet for vedtakelse av forordning 1/2003 i oktober 2002 synes det å være kildedekning for at Europakommisjonens holdning – i hvert fall på det tidspunktet – var at art 3 (2) første setning oppstiller et *absolutt forbud* mot nasjonale konkurranseregler som kunne avvike fra art 101s saklige virkeområde og bestemmelsens konseptuelle avtalebegrep, og at annen setning *ikke* var et unntak. Altså at Europakommisjonen beholdt sin kompetanse og at medlemslandene vant lite (ingenting) med å få inn art 3 (2) annen setning. Den allerede siterte XXXII Report on Competition Policy 2002 er i så måte beskrivende, avsnitt 17.4.

«Although NCAs and national courts can continue to apply national competition rules to agreements, decisions of associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States, they are obliged to apply Articles 81 or 82 of the EC Treaty at the same time, and the application of national competition rules may not produce an outcome which deviates from that resulting from the application of Article 81 of the EC Treaty.» (Vår understrek.)

Andre og mer uoffisielle kommentarer fra Europakommisjonens representanter i forhandlingene støtter det samme bildet, se eksempelvis Lars Kjølbye i 2020:⁴⁸

«Article 3(2) of Regulation 1/2003 expressly excludes unilateral conduct from the convergence rule, thereby allowing Member States to adopt stricter national rules. The Commission's proposal did not contain this exception. It was introduced due to opposition from Germany and several other Member States to applying the convergence rule to unilateral conduct.»

***At the time,** the Commission took the view that this exception to the convergence rule was fairly limited because most abuse of dominance cases involve agreements between undertakings rather than unilateral conduct. As a result, most abuse of dominance cases would be caught by the convergence rule.»* (Vår understrek og utheving.)

Den siste setningen beskriver den reelle konsekvensen ved valget mellom de to tolkningsalternativene i et nøtteskall.⁴⁹

Det er imidlertid et spørsmål om Europakommisjonen har fastholdt dette standpunktet etter tidspunktet for anvendelse i 2004 og de siste 19 år.

Som et utgangspunkt kan en slå fast at Europakommisjonen ikke har innledet traktatbruddsprosedyre mot noe medlemsland, da til tross for innføringen av rekke nasjonale regler gjennom årenes løp som kunne aktualisere dette.

Det mest nærliggende eksempelet er den tyske reguleringen i GWB § 20: Dette var en hovedårsak til Tysklands motstand til Europakommisjonens forslag og noe av bakgrunnen for innføringen av art 3 (2)

vurderte Latvia og Indonesia å innføre slike bestemmelser. Rapporten kan lastes ned her: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/abuse-of-superior-bargaining-position-2008.pdf>. Helt nylig stod AED/ASBP på agendaen til ICN Unilateral Conduct Workshop (mars 2023 – Tokyo, Japan), eksempelvis med agendapunktet «How relevant is the prohibition of the abuse of superior bargaining position (regulation focusing on imbalance of power between trading parties, including a state of economic dependence, or relative market power) in digital markets?», se <https://icnunilateralconductworkshop2023.jftc.go.jp/agenda.html>. Internasjonale studier (utenfor EØS) vil imidlertid ikke kunne belyse problemstillingen for denne utredningen som adresserer den EU/EØS-rettslige særbestemmelsen i art 3 (2) i forordning 1/2003 / Prot 4 ODA.

⁴⁸ Lars Kjølbye var en senior tjenestemann i DG COMP under forhandlingene, i dag Managing Partner ved Latham & Watkins' kontor i Brussel. Sitatet er hentet fra artikkelen Consistent Application of EU Competition Law, The Case for Revisiting the Consistency Tool Box in Regulation 1/2003, Journal of European Competition Law & Practice, 2020, Vol. 11, nr. 8.

⁴⁹ Det er noe uklart *hvorfor* Europakommisjonen inntok dette standpunktet rett etter at forhandlingene av forordning 1/2003 var avsluttet. Standpunktet innebærer at medlemslandenes «kamp» gjennom to år for å få inn art 3 (2) annen setning som et politisk kompromiss ville være uten materielt innhold, altså til tross for at endringen klart nok ble inntatt for å ivareta (daværende og fremtidig) nasjonal kompetanse for å regulere «ensidig atferd».

annen setning. Hvis Europakommisjonen faktisk fastholdt at medlemslandene ikke kunne vedta nasjonale konkurranseregler som regulerte også kontraktsforhold, ville det ha vært svært nærliggende at Europakommisjonen innledet traktatsbruddsprosedyre mot Tyskland. Det gjorde Europakommisjonen ikke.

Europakommisjonens evaluering etter den første 5-årsperioden, i 2009, synes å være særlig interessant, selv om evalueringsrapporten ikke er en rettskilde i seg selv. Evalueringsrapportens avsnitt 21, som også er sitert over, adresserer «ensidig atferd» i art 3 (2) som følger:

«The convergence rule contained in paragraph 2 of Article 3 seeks to create a level playing field by providing for a single standard of assessment for agreements, concerted practices and decisions by associations of undertakings. Conversely, Member States remain free to enact and maintain stricter national competition laws than Article 82 EC to prohibit or sanction unilateral conduct. Provisions of these types exist in a number of Member States and include notably: national provisions which regulate the abuse of economic dependence, 'superior bargaining power' or 'significant influence'; legal provisions concerning resale below cost or at loss; national laws that foresee different standards for assessing dominance and stricter national provisions governing the conduct of dominant undertakings.»

Her anses altså “national provisions which regulate the abuse of economic dependence, ‘superior bargaining power’ or ‘significant influence’” tilsynelatende som en kategori av lovlig ensidig atferd som nasjonale myndigheter har kompetanse til å regulere.

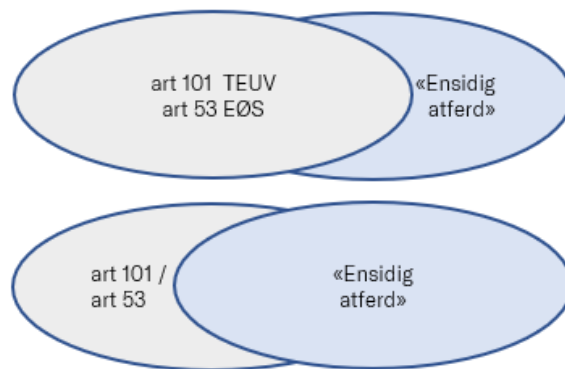
Gitt omfanget av typetilfellene i denne kategorien ville det ikke ha vært unaturlig for Europakommisjonen å forfølge ett eller flere medlemsland hvis de var av den oppfatning at denne typen bestemmelser var ulovlige etter art 3 (2).

6 KONKLUSJON – "ENSIDIG ATFERD"

6.1 Innledning: En analyse i to trinn

Artikkel 3 (2) består av to regler som trekker i hver sin retning. Første setning søker uniform håndheving og økt kompetanse til EU-institusjonene, mens annen setning søker å ivareta nasjonale myndigheters kompetanse for konkurranserettslig regulering av «ensidig atferd».

Den første, og mest prinsipielle, problemstillingen er relatert til «ensidig atferd» som gir seg utslag i avtale: Om bestemmelsen i første setning i slike tilfeller fortrenger bestemmelsen i annen setning, eller omvendt. Den prinsipielle problemstillingen kan illustreres med alternativ 1 og alternativ 2, som følger:



Trinn to i analysen består av en fortolkning av begrepet «ensidig atferd» i den avklarte konteksten, altså *innenfor* alternativ 1 eller alternativ 2.

Som det vil fremgå av punkt 6.2 konkluderes det med at alternativ 2 med klar sannsynlighetsovervekt fremstår som korrekt lovanvendelse, altså at art 3 (2) annen setning (også) er et unntak fra første setning – og at «ensidig atferd» må tolkes i den konteksten. Denne vurderingen er inntatt i punkt 6.3.

Grunnet konklusjonen på trinn 1-analysen inkluderer ikke utredningen en separat trinn 2-analyse av begrepet «ensidig atferd» i alternativ 1. I dette alternativet, som i denne utredningen ikke anses som korrekt lovanvendelse, vil «ensidig atferd» i stor grad måtte begrenses i tråd med yttergrensen for «samordnet opptreden» etter art 101 TEUV / art 53 EØS. Fra EU-domstolens praksis fremstår særlig avgjørelsen i *Bayer* av januar 2004 i så fall som sentral.⁵⁰ Hva gjelder tolkningsalternativ 1 er forståelsen av skjæringspunktet også adressert i Europakommisjonens 2001 – art 3-dokument, som følger (avsnitt 66):

«Most practices covered by Article 82 are also unilateral practices, thus falling outside the concept of agreement contained in Article 81. This is, for example, the case of price discrimination, excessive pricing, predatory pricing and refusals to supply, including supply only on terms and conditions that make the transaction economically unviable from the point of view of the buyer. On the other hand, agreements within the meaning of Article 81 come into play when dominant firms engage in tying, grant target or loyalty rebates or conclude exclusivity contracts. Such practices regulate or influence the commercial conduct of the other party. The other party thus has to or is given an incentive to purchase two separate products, reach certain targets or buy a product only from the dominant firm. Such agreements, which also fall to be considered under Article 81 whether entered into by dominant or non-dominant undertakings, are covered by Article 3.»

Skjæringspunktet adressert av Europakommisjonen adresserer forordningsforslaget slik det forelå før art 3 (2) annen setning ble tatt inn. Forståelsen vil imidlertid være den samme i alternativ 1 over, da dette alternativet forutsetter at art 3 (2) annen setning ikke har et eget materielt innhold som

⁵⁰ Se fotnote 27.

begrenser første setning. Denne utredningen har en annen konklusjon og adresserer ikke alternativ 1 nærmere.⁵¹

6.2 Trinn 1: Konklusjon på forholdet mellom første og annen setning i art 3 (2)

Art 3 (2) første setning (sammen med art 3 (1)) søker å ivareta uniform håndhevelse av EØS' (egne) konkurranseregler, da også til eksklusjon for nasjonale konkurranseregler for å unngå nasjonal fragmentering. Art 3 (2) annet setning, på den annen side, søker en annen regel – som et unntak/avvik fra uniform håndhevelse – som gir nasjonale myndigheter kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler rettet mot «ensidig atferd».

For å forstå art 3 (2) som sådan – og så begrepet «ensidig tiltak» - er det nødvendig å konkludere på om første setning er absolutt (alternativ 1 over), eller om annen setning er et unntak fra første setning (alternativ 2 over).

En snever ordlydsfortolkning av art 3 (2) gir ikke i seg selv en løsning på konflikten mellom første og annen setning. Imidlertid angir fortalens punkt 8 at unntaket i art 3 (2) annen setning kan omfatte:

«...bestemmelser som forbyr eller ilegger sanksjoner for utilbørlig atferd mot økonomisk avhengige foretak.»

Dette vil være handlinger som ofte – om ikke nødvendigvis – vil være nedfelt i avtale. Fortalen inneholder imidlertid ingen begrensning.

Den andre ordlydsfaktoren er relatert til medlemslandenes/Rådets endring som kom inn med art 3 (2) annen setning. Hvis art 3 (2) som sådan skal forstås slik at forbudet etter første setning er absolutt, vil annen setning være uten selvstendig materielt innhold.

Det er vår vurdering at ordlyden i art 3 (2), i lys av fortalen og for å gi art 3 (2) materielt innhold, i noen grad trekker i retning av å tolke unntaket i art 3 (2) annen setning dithen at nasjonale myndigheters kompetanse i prinsippet står seg om «ensidig atferd» er nedfelt i en avtale, også om den faller innenfor art 101 TEUVs / art 53 EØS' saklige virkeområde. Det bemerkes imidlertid at en konklusjon alene basert på en ordlydstolkning ville være rettslig usikker.

Vi har ikke identifisert rettspraksis fra EU- eller EFTA-domstolen som gir noen klargjørende veiledning av konflikten mellom første og annen setning i art 3 (2). Fravær av rettsavklaring i EU-domstolen, om interessant gitt volumet på nasjonale særreguleringer i de 19 år som er gått siden forordning 1/2003 kom til anvendelse, er ikke i seg selv en rettskildefaktor. Likeledes, basert på de motstridende formålene i de to adskilte bestemmelsene i art 3 (2) første og annen setning, er det ikke identifisert formålsbetraktninger som i seg selv gir klar veiledning hva gjelder en avklaring på spenningsforholdet mellom de to bestemmelsene.

Imidlertid finner vi kilder i rettsaktens forarbeider - travaux préparatoires – som etter vår vurdering er både relevante og av betydelig vekt. Det anses godtgjort at art 3 (2) annen setning er et resultat av et politisk kompromiss, og at dette (og den over identifiserte setning i fortalepunkt 8) kom inn i forordning 1/2003 som en del av de avsluttende politiske forhandlingene i oktober og november 2002. Likeledes fremstår det som klart basert på de posisjoner som ble inntatt i perioden fra 2000 til 2002 at medlemslandene – ved endringen – hadde som formål å beholde kompetanse til å vedta nasjonale regler av typen som allerede eksisterte i flere medlemsland, da også at innføringen av forordning 1/2003 ikke skulle medføre at disse nasjonale reglene måtte oppheves. Hva gjelder vektning av rettskilden er det en hovedregel om at medlemslandenes standpunkt som uttrykt gjennom Rådet skal

⁵¹ Bayer er selvsagt en sentral avgjørelse for forståelsen av avtalebegrepet i art 53 (1) EØS. Imidlertid, som det fremgår senere i utredningen, bør fokuset i analysen ikke være på om det foreligger en avtale eller ikke: det er ikke det sentrale vurderingstemaet. Det sentrale vurderingstemaet er om konkurransebegrensningen er et utslag av to eller flere parters «felles vilje» -- eller viljen til kun én part (med (relativ) markedsrett).

legges til grunn når dette fremgår av en rettsakts endelige ordlyd og den avviker fra Europakommisjonens opprinnelige forslag. Det er ikke identifisert forhold som innebærer at en bør fravike denne hovedregelen. Forarbeidene synes på den bakgrunn med styrke å tale for at art 3 (2) annen setning skal tillegges et materielt innhold og forstås som et *unntak* fra første setning.

Hva gjelder Europakommisjonens tilnærming etter vedtakelse av forordning 1/2003 er det, i det minste i praksis, verdt å merke seg at Europakommisjonen ikke har tatt formelle skritt i form av å innlede traktatbruddssøksmål mot noe medlemsland i de 19 årene som er gått siden 2004. Dette faktum er imidlertid ikke en rettskilde. Imidlertid synes Europakommisjonen ved sin femårsevaluering å være av den oppfatning at art 3 (2) annen setning har et eget materielt innhold ved tilsynelatende å akseptere «national provisions which regulate the abuse of economic dependence, 'superior bargaining power' or 'significant influence'» som *lovlige* nasjonale reguleringer som kan unntas etter art 3 (2). Det er videre naturlig å forstå dette i konteksten av de da eksisterende nasjonale regler, inkludert blant annet § 20 i Tysklands GWB som klart nok også kom/kommer til anvendelse på avtaleforhold.

Hva gjelder andre nasjonale myndigheter har en rekke EU-land hatt eller innført nasjonale særreguleringer av «ensidig atferd», og da også atferd som beror på avtale og et forretningsforhold. I dag kan en fastslå at nasjonale (konkurranseregler) rettet mot såkalt AED/Abuse of Economic Dependence – relativt markedsrett – er ganske utbredt i EU. Regelverk i andre land er ikke en rettskilde: Et større eller mindre volum av potensielle overtredelser av EU/EØS-retten påvirker ikke lovlighetsvurderingen. Imidlertid illustrerer dette faktum to forhold: (i) Tilnærmingen hvor en, i dag, bortfortolker art 3 (2) annen setning fullstendig er i en viss utstrekning et særnorsk fenomen. I det minste har ikke arbeidet med utredningen identifisert en tilsvarende tilnærming i andre EØS-land i dag. (ii) Hvis norske myndigheter legger til grunn en strengere fortolkningsnorm av art 3 (2) enn nasjonale myndigheter i andre EØS-land vil Norge i noen grad innta en særnorsk forståelse av bestemmelsen, og norske myndigheter vil rent faktisk begrense egen kompetanse sammenliknet med andre nasjonale myndigheter i andre EØS-land.

Oppsummeringsvis gir ikke art 3 (2) eller rettspraksis i seg selv en sikker konklusjon på spenningsforholdet mellom art 3 (2) første setning og andre setning. Imidlertid er det en rekke rettskildefaktorer – fortale, selvstendig betydning av art 3 (2) annen setning og tydelige forarbeider – som alle trekker i samme retning: Artikkel 3 (2) annen setning har et separat materielt innhold. Vi har motsetningsvis ikke identifisert noen rettskildefaktorer som isolert trekker i retning av at art 3 (2) utgjør et absolutt forbud.⁵²

Basert på dette er det vår vurdering at art 3 (2) annen setning må tillegges å ha et selvstendig materielt innhold, da også slik at unntaket i prinsippet vil få anvendelse også innenfor det konseptuelle avtalebegrepet slik dette fremgår av art 53 (1) EØS.

I mangel av klar ordlyd og rettspraksis er konklusjonen ikke sikker, men vi finner at det er klar sannsynlighetsovervekt for at en slik forståelse vil bli lagt til grunn ved en eventuell domstolsprøving.

6.3 Trinn 2: Nærmere om begrepet "ensidig atferd"

I dette punktet – trinn 2 – legges konklusjonen i punkt 6.1 til grunn: Art 3 (2) annen setning må tillegges å ha et selvstendig materielt innhold, da også slik at unntaket i prinsippet vil få anvendelse også innenfor art 101 TEUVs / art 53 EØS' saklige virkeområde. Konsekvensen er at det konseptuelle avtalebegrepet i art 101 TEUV / art 53 EØS i seg selv ikke tillegges avgjørende vekt. Sagt med andre ord, «ensidig atferd» defineres ikke negativt som «ikke samordnet opptreden».

⁵² Med et mulig unntak for Europakommisjonens tilsynelatende forståelse av bestemmelsen på tidspunktet rett etter vedtakelsen av forordning 1/2003. Det finnes imidlertid ikke kilder fra de siste 15 år som gir uttrykk for at Europakommisjonen har fastholdt dette standpunktet. Snarere tvert imot.

Begrepet «ensidig atferd» fremstår semantisk som et snevert begrep som tar sikte på strengt unilaterale handlinger. Imidlertid er begrepet «ensidig atferd» et innarbeidet konkurranserettslig begrep som blant annet benyttes av alle EU-institusjonene inklusive EU-domstolen og på tilsvarende måte i andre sekundærrettslige rettsakter.⁵³ Det fremstår som naturlig at denne forståelsen er utgangspunktet for tolkningen av (det samme) begrepet i art 3 (2).⁵⁴

Det er således på det rene at begrepet "ensidig atferd" omfatter – og er videre enn – begrepet «utilbørlig utnyttelse» i art 54 EØS. Ifølge denne bestemmelsen omfatter «utilbørlig utnyttelse» blant annet (i) «å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår», (ii) «å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen», og (iii) «å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden».

En kan altså konstatere at «utilbørlig utnyttelse» - som er et snevrere begrep enn «ensidig atferd» - adresserer misbruk uavhengig av om atferden er nedfelt i kontrakt eller ikke.

Utenfor det saklige virkeområdet til art 101 TEUV / art 53 EØS antas at begrepet i praksis ikke vil reise særlige utfordringer da nasjonale myndigheter har vid kompetanse til å vedta egne regler.

Imidlertid, som nevnt, er det på det rene at art 101 TEUV og art 102 TEUV kan komme til anvendelse på ett og samme forhold, som uttalt av EU-domstolen i *Compagnie maritime belge* av 2000:⁵⁵

«It is clear from the very wording of Articles 85(1)(a), (b), (d) and (e) and 86(a) to (d) of the Treaty that the same practice may give rise to an infringement of both provisions. Simultaneous application of Articles 85 and 86 of the Treaty cannot therefore be ruled out a priori. However, the objectives pursued by each of those two provisions must be distinguished.»

Article 85 of the Treaty applies to agreements, decisions and concerted practices which may appreciably affect trade between Member States, regardless of the position on the market of the undertakings concerned. Article 86 of the Treaty, on the other hand, deals with the conduct of one or more economic operators consisting in the abuse of a position of economic strength which enables the operator concerned to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and, ultimately, consumers.»

Som nevnt er det vår vurdering at art 3 (2) annen setning har et materielt innhold med den konsekvens at art 101 TEUV / art 53s yttergrense for hva som er en avtale *ikke* utgjør skjæringspunktet for nasjonale myndigheter til å regulere «ensidig atferd».

Det må imidlertid foretas en vurdering av hvor det konkrete skjæringspunktet er. Sagt med andre ord: Begge setningene i art 3 (2) har et selvstendig materielt innhold, da også første setning.

Art 102 TEUV / art 54 EØS – EU/EØS-konkurranserettens forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling – har to kumulative vilkår: dominerende stilling og misbruk (utilbørlig utnyttelse). *Markedsmakt* spiller her en dobbeltrolle: Det er nødvendig for å etablere en dominerende stilling, men vil også være en del av kjernen i de skadeteorier som er kjent som «utilbørlig utnyttelse» gjennom ekskluderende eller utnyttende atferd.

Markedsmakt står derfor sentralt når en skal vurdere om nasjonale myndigheter har kompetanse til å regulere «ensidig atferd», jf. art 3 (2).

⁵³ Se blant annet forordning 2022/1925 «Digital Markets Act» og forordning (2019/1150) om rimelig forretningspraksis på plattformer.

⁵⁴ Begrepet brukes for så vidt på samme måte i konkurranseretten globalt, da også eksempelvis i amerikansk konkurranserett.

⁵⁵ Forente saker C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA m.fl. v Europakommisjonen*, ECLI:EU:C:2000:132 – se avsnitt 33 og 34.

I utgangspunktet står nasjonale myndigheter fritt til å regulere «ensidig atferd» strengere ved å moderere kravet til markedsrett i begge vilkårene, altså:

- Redusere kravet til markedsrett til noe mindre enn «dominerende stilling» slik vi kjenner det fra art 54 EØS – eksempelvis til *relativ markedsrett*, og/eller;
- Redusere kravet til misbruk («utilbørlig utnyttelse» slik vi kjenner det fra art 54 EØS) til å omfatte også mindre klanderverdig atferd.

Imidlertid må det gå en grense: Hvis en gjennom regulering av «ensidig atferd» som gir seg utslag i avtale nedjusterer kravet til markedsrett, eksempelvis, *både* hva gjelder kravet til markedsrett og atferd, vil en på et tidspunkt regulere ren “concurrency of wills” mellom parter uten at noen av dem har markedsrett. Nasjonale myndigheter har *ikke* kompetanse til å vedta nasjonale konkurranserettslige reguleringer som er ren «concurrency of wills», jf. art 3 (2) første setning.

Det må derfor foretas en vurdering i den konkrete saken av «point of gravity»:

- Nasjonal kompetanse: Hvis «point of gravity» – slik det følger av det nasjonale tiltakets formål eller virkning – er en regulering av én parts (relative) markedsrett, vil nasjonale myndigheter som hovedregel ha kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler etter art 3 (2) annen setning, og da uavhengig av om atferden manifesterer seg i en avtale.
- Ikke nasjonal kompetanse: Hvis «point of gravity» – slik det følger av det nasjonale tiltakets formål eller virkning – er en regulering av parters felles vilje (“concurrency of wills”), vil nasjonale myndigheter *ikke* ha kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler etter art 3 (2) første setning.

Fokuset i en konkret lovlighetsvurdering bør således *ikke* være på om det foreligger en avtale eller ikke: det er ikke det sentrale vurderingstemaet.

Det sentrale vurderingstemaet er om konkurransebegrensningen er et utslag av to eller flere parters «felles vilje» -- eller viljen til kun én part (med (relativ) markedsrett).

I den vurderingen kan det ikke være et krav at det foreligger absolutt tvang. At konkurransebegrensningen følger av en avtale som har vært underlagt forhandlinger kan ikke prinsipielt utelukke at en bestemmelse er utslag av viljen til kun én part og derfor må anses som «ensidig atferd». Imidlertid vil avtaler underlagt reelle forhandlinger mellom, i hovedsak, likeverdige parter som hovedregel måtte anses som «felles vilje», og ikke «ensidig atferd».

En nærmere analyse må bero på det påtenkte nasjonale tiltaket, det være seg en direkte forbudsregulering eller et vedtak. I neste punkt 7 er det inntatt noen typetilfeller/kategorier som en eksemplifisering.

7 "ENSIDIG ATFERD" - KATEGORIER – EKSEMPLER

7.1 Innledning

Som nevnt rett over må det foretas en konkret vurdering – basert på en «point of gravity»-tilnærming basert på det nasjonale tiltakets formål eller virkning – for å konkludere på om nasjonale myndigheter har kompetanse etter art 3 (2) annen setning, eller om kompetansen til å vedta nasjonale regler er avskåret etter art 3 (2) første setning.

Nedenfor følger noen typetilfeller/kategorier til illustrasjon. Det må uansett foretas en konkret vurdering av det enkelte påtenkte nasjonale reguleringsforslag.

Når et nasjonalt tiltak regulerer en situasjon uten at ytterligere vedtak fra konkurransemyndighetene er nødvendig – eksempelvis ved en forbudsbestemmelse – er det regelen i seg selv som må vurderes opp mot art 3 (2). Et tiltak kan selvsagt inkludere en bestemmelse av typen at det skal tolkes i tråd med «...de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7».⁵⁶ Strengt rettslig er en slik bestemmelse imidlertid ikke nødvendig: Gitt EØS-rettens forrang skal alle nasjonale konkurranseregler og håndhevingen av disse implementeres EØS-konformt med ODA-protokoll 4 kapittel II art 3.

Hvis det nasjonale tiltaket imidlertid tar form av en inngrepshjemmel og forutsetter håndheving gjennom vedtak i det enkelte tilfellet, vil det i første rekke være den konkrete håndhevingen – vedtaket – som må vurderes mot art 3 (2).

Det bemerkes at eksempelkatalogen i dette punktet relaterer seg til art 3 (2) annen setning og nasjonale myndigheters adgang til «...å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd». Art 3 (3) åpner i tillegg for nasjonal regulering «...som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54».

7.2 Regulering av ensidig atferd i streng forstand

Med ensidig atferd i streng forstand menes unilateral atferd som ikke manifesterer seg i noen avtale overhodet, evt at avtalen har en helt underordnet betydning. Klassiske eksempler er forretningsnektelse, predasjonsprising og urimelig høy pris.

At nasjonale myndigheter har kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler som adresserer denne typen streng unilateral atferd fremstår avklart.

Et illustrerende eksempel fra Tyskland finnes i en dom fra Oberlandesgericht Frankfurt am Main (11 U 26/13 – dom av 29. mai 2018). Saken gjaldt anvendelsen av AED-bestemmelsen i GWB § 20 og relaterte seg til urimelig høy pris i kontraktsforhold. Domstolen uttalte da følgende (avsnitt 41 til 44):⁵⁷

«Es entspricht ganz h.M. - und ergibt sich im Übrigen auch bereits aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) 1/2003 - dass die Vorschriften der §§ 19-21 GWB, soweit sie strenger sind, unabhängig neben Art. 102 AEUV anwendbar sind, sofern es um einseitige Handlungen des marktbeherrschenden Unternehmens geht. (Bechtold, GWB, 7. Aufl., vor § 18 Rdnr. 3; Schneider in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 13. Aufl., Bd. 1 § 22 GWB Rdnr. 23, 24; Rehbinder in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 22 GWB Rdnr. 14 ff.). Soweit teilweise lediglich § 20 GWB als Beispiel für nach Art. 3 Abs. 2 Satz 3 VO 1/2003 unabhängig von Art. 102 AEUV anwendbares strengeres deutsches Kartellrecht zitiert wird (so etwa Bunte in: Langen/Bunte aaO., Bd. 2, Einleitung zum EG-Kartellrecht Rdnr. 87; Hirsch, ZWeR 2003, 233, 245f), ergibt sich daraus

⁵⁶ Denne typen regelteknikk vil imidlertid kunne medføre en uklar rettsregel.

⁵⁷ Avgjørelsen kan leses her: <https://openjur.de/u/2259442.html>

nicht, dass § 19 GWB insoweit anders zu behandeln wäre. Sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung der Tatbestände des § 19 und des § 20 GWB hat die Klägerin nicht aufgezeigt.

Maßgeblich ist allein, dass ein einseitiges Verhalten eines (behauptetermaßen) marktbeherrschenden Unternehmens vorliegt. Das dies hier der Fall ist, wird auch von der Klägerin selbst nicht in Frage gestellt. Wettbewerbswidrig ist nicht eine gemeinsame Absprache der Parteien, sondern das Fordern eines behauptet missbräuchlich überhöhten Preises durch die Klägerin. Allein die Tatsache, dass dies im Rahmen eines Vertrages geschieht, führt noch nicht zu einer wettbewerbswidrigen vertraglichen Vereinbarung (vgl. Rehbinders in Immenga/Mestmäcker aaO).

Art. 102 AEUV wäre daher nur dann zu prüfen, wenn nach deutschem Recht das Verhalten der Klägerin erlaubt wäre; nur in diesem Fall käme es nach Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1/2003 darauf an, ob das Verhalten gegen Art. 102 AEUV verstößt (Anwendungsvorrang des strengeren EU-Rechts). Ist aber das - einseitige - Verhalten bereits nach § 19 Abs. 1, 4 GWB verboten, kann offen bleiben, ob es außerdem auch gegen Art. 102 AEUV verstößt.

Das Landgericht hat daher das Verhalten der Klägerin zurecht allein nach deutschem Kartellrecht geprüft.» (Vår understrek.)

De to understrekte setningene kan oversettes til:

«Det er ikke en felles avtale mellom partene som er konkurransebegrensende, men saksøkers påstand om en påstått overpris. Bare det faktum at dette skjer innenfor rammen av en kontrakt fører ikke til en konkurransebegrensende avtale».

Det er denne utredningens konklusjon at den tyske domstolens tilnærming er korrekt rettsanvendelse av art 3 (2) og at et liknende utgangspunkt derfor kan legges til grunn for norske myndigheters kompetanse.

7.3 Regulering av "felles vilje" i kontrakt

7.3.1 Det generelle utgangspunktet

Av punkt 7. 2 fremgår at nasjonale myndigheter har kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler som adresserer streng unilateral atferd.

Likeledes anses det tilsvarende avklart at nasjonale myndigheter *ikke* har kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler som utelukkende adresserer regulering av «felles vilje» mellom to parter til en avtale.⁵⁸

Innen den digitale økonomien ble det for noen år tilbake vedtatt en forordning (2019/1150) om rimelig forretningspraksis på plattformer. Formålet med forordningen er å oppstille rammer for (urimelig) «ensidig atferd» fra plattformtilbyderens side, da også hva gjelder kontraktvilkår. Forordningen gir sistnevnte følgende definisjon:⁵⁹

“‘terms and conditions’ means all terms and conditions or specifications, irrespective of their name or form, which govern the contractual relationship between the provider of online intermediation services and its business users and are unilaterally determined by the provider of online intermediation services, that unilateral determination being evaluated on the basis of an overall assessment, for which the relative size of the parties concerned, the fact that a negotiation took place, or that certain provisions thereof might have been subject to such a negotiation and determined together by the relevant provider and business user is not, in itself, decisive”

Se tilsvarende Digital Markets Act fortalespunkt 13 og (uttrekk av) 33, som lyder:

⁵⁸ En annen sak er nasjonale myndigheter vil (fortsatt) kunne ha kompetanse etter art 3 (3) til å vedta nasjonale regler «som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54».

⁵⁹ Se forordningens art 2 (1). Se for øvrig også reguleringen av forholdet til andre nasjonale regler i art 1 (4) første setning, som følger: «This Regulation shall be without prejudice to national rules which, in conformity with Union law, prohibit or sanction unilateral conduct or unfair commercial practices, to the extent that the relevant aspects are not covered by this Regulation.»

«Weak contestability and unfair practices in the digital sector are more frequent and pronounced for certain digital services than for others. This is the case in particular for widespread and commonly used digital services that mostly directly intermediate between business users and end users and where features such as extreme scale economies, very strong network effects, an ability to connect many business users with many end users through the multisidedness of these services, lock-in effects, a lack of multi-homing or vertical integration are the most prevalent. Often, there is only one or very few large undertakings providing those digital services. Those undertakings have emerged most frequently as gatekeepers for business users and end users, with far-reaching impacts. In particular, they have gained the ability to easily set commercial conditions and terms in a unilateral and detrimental manner for their business users and end users.» [...]

Due to their gateway position and superior bargaining power, it is possible that gatekeepers engage in behaviour that does not allow others to capture fully the benefits of their own contributions, and unilaterally set unbalanced conditions for the use of their core platform services or services provided together with, or in support of, their core platform services.» (Vår understrek og utheving.)

Testen for hva som utgjør «ensidig atferd» etter forordningene angis her som evnen – generert av relativ markedsrett – til å bestemme standardvilkår på en «detrimental manner» / som er «unbalanced».

Disse legaldefinisjonene fra den digitale økonomien vil kunne gi veiledning for å finne et skjæringspunkt ved bruk av standardvilkår mellom, på den ene siden, «felles vilje» og ingen nasjonal kompetanse, og «ensidig atferd» og nasjonal kompetanse, på den andre siden.

7.3.2 Art 53 (3) EØS: Særlig om vertikale avtaler og gruppefritak

Som nevnt fremgår det at art 3 (2) første setning at:

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.»

Som det fremgår er konklusjonen i denne utredningen at denne første setningen må tolkes i lys av annen setning og at annen setning har et selvstendig materielt innhold. I det ligger at forbudet som ligger i første setning ikke er absolutt i den forstand at det ikke alene kan forstås basert på første setning.

Spenningsforholdet kan oppleves å komme på spissen ved en nasjonal konkurranseregulering som faller innenfor et gruppefritak, eksempelvis gruppefritaket for vertikale avtaler.

Hva gjelder den *prinsipielle* tilnærmingen er det imidlertid ikke opplagt at vurderingen er annerledes: Et gruppefritak oppstiller unntak fra art 101 (1) TEUV / art 53 (1) EØS – ikke fra andre regler. Dette blir tydelig når en ser på «hard core»-restriksjonene etter fritaket som i første rekke adresserer at avtalepartenes «concurrency of wills» ikke sammen skal utfordre konkurransen i et relevant marked. Gruppefritaket adresserer ikke (i hvert fall ikke i samme grad) utnyttende og ekskluderende atferd *inter partes*. Også i disse tilfellene må fokuset ligge på konkurransebegrensningen.⁶⁰

⁶⁰ Det er for slik at art 29 (2) i forordning 1/2003 som innlemmet i EØS-avtalen gir nasjonale konkurransemyndigheter adgang til å trekke tilbake fordelene gitt i gruppefritaket dersom fritatte avtaler «...i et bestemt tilfelle har virkninger som ikke er forenlige med [art 53 (3) EØS] på en medlemsstats territorium, eller en del av det, som har alle kjennetegn på et særskilt geografisk marked». Av fortalen til det vertikale gruppefritaket (fortalepunkt 19 og 20) fremgår: «Where the Commission or the competition authority of a Member State withdraws the benefit of this Regulation, it has the burden of proving that the vertical agreement in question falls within the scope of Article 101(1) of the Treaty, and that the agreement fails to fulfil at least one of the four conditions of Article 101(3) of the Treaty. In determining whether the benefit of this Regulation should be withdrawn pursuant to Article 29 of Regulation (EC) No 1/2003, the anti-competitive effects that may derive from the existence of parallel networks of vertical agreements that have similar effects, which significantly restrict access to a relevant market or competition therein, are of particular importance. Such cumulative effects may in particular arise in the case of exclusive distribution, exclusive supply, selective distribution, parity obligations or non-compete obligations.»

Når det er sagt vil (også) de praktiske sider ved den prinsipielle problemstillingen bli veldig synlige i slike tilfeller, da også hensyntatt gruppefritakenes markedsandelsterskler: Hvor ligger «point of gravity»?

Hvis «point of gravity» – slik det følger av det nasjonale tiltakets formål eller virkning – er en regulering av ren “concurrency of wills”, vil nasjonale myndigheter *ikke* ha kompetanse til å vedta nasjonale konkurranseregler etter art 3 (2) første setning.⁶¹

I arbeidet med utredningen er det ikke identifisert tiltak rettet mot «ensidig atferd» i andre EØS-land innenfor virkeområdet til art 101 (3) TEUV / art 53 (3) EØS.

Under enhver omstendighet må det anses som en sikker konklusjon at nasjonale myndigheter er avskåret fra å regulere en konkurransebegrensning som er nedfelt i en avtale ved å adressere «ensidig atferd» hvis *den anførte konkurransebegrensningen selv* oppfyller unntaksvilkårene i art 101 (3) TEUV / art 53 (3) EØS.⁶²

7.4 AED / ASBP – “contractual abuses”

Som nevnt tidligere i utredningen kan en fastslå at nasjonale (konkurranse)regler rettet mot såkalt AED/Abuse of Economic Dependence eller ASBP/Abuse of Superior Bargaining Power – utnyttelse av relativ markedsrett om en vil – er ganske utbredt i EU.

Gjennomgående forutsetter disse reglene at tre kumulative vilkår er oppfylt:

- i. Eksistensen av et økonomisk avhengighetsforhold mellom to selskaper;
- ii. En utilbørlig utnyttelse av avhengighetsforholdet;
- iii. En reell eller potensiell virkning på konkurransen i et relevant marked.

Det er som en klar hovedregel *ikke* avgjørende om atferden manifesterer seg i en avtale eller ikke.

Hvis en forutsetter at art 3 (2) første setning er absolutt, er det en nærliggende subsumpsjon at nasjonale myndigheter gjennomgående *ikke* har kompetanse til å vedta AED-regler av denne typen. Dette gjelder blant annet Tyskland, Frankrike, Italia og Belgia.

Denne utredningen konkluderer imidlertid med at art 3 (2) annen setning har et selvstendig materielt innhold. Med dette utgangspunktet vil nasjonale AED-regler som inkluderer kumulative vilkår av nevnte type gjennomgående være *lovlige*. I første rekke fordi:

- AED-reglernes adressater er aktøren med relativ markedsrett – og ikke partenes felles «concurrency of will». Som en også vil se er misbruks-katalogen i mange av AED-reglene i EU gjenkjennelige fra utilbørlighetsnormen i art 54 EØS.
- Virkningen av de nasjonale reglene setter gjennomgående grenser for handlefriheten til én part.

I praksis vil en AED-regulering eksempelvis kunne likne på art 54 EØS med den modifikasjon at markedsrettskravet til markedsposisjon reduseres fra «dominerende stilling» til «relativ

⁶¹ Se som et illustrerende eksempel Bundeskartellamts avgjørelse i Booking.com-vedtaket fra 2015, nevnt over, avsnitt 308: «Weil Booking parallel auch den Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt und weil das fragliche Verhalten nicht freigestellt ist, finden die Tatbestände des nationalen Rechts (§§ 19, 20 GWB) – anders als Booking meint – vorliegend auch durchaus Anwendung, vgl. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003.» (Vår understrek.)

⁶² Det er denne utredningens konklusjon at *både* art 3 (2) første og annen setning har et selvstendig materielt innhold. En annen forståelse enn det skisserte (større nasjonalt handlingsrom) vil innebære at en i stor grad tolker bort art 3 (2) første setning.

markedsrett". Misbrukskatalogen kan imidlertid være den samme, da også misbruk i kategorien «contractual abuses», se eksempelet fra Tyskland (Bundesgerichtshof) i punkt 7.5.

De fleste AED/ASBP-bestemmelser i andre jurisdiksjoner er inngrepshjemler (ikke direkte forbud). For slike regler vil det i første rekke være den konkrete håndhevingen – vedtakene – som må vurderes mot art 3 (2).

7.5 Forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer

Nærings- og fiskeridepartementet sendte 25. oktober 2022 et forslag til forskrift som forbyr usaklige forskjeller i innkjøpspriser (usaklig prisdiskriminering) i verdikjeden for mat og dagligvarer på høring. Bakgrunnen, som beskrevet i høringsnotatet, er at det er bekymringer knyttet til konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, og forskjeller i innkjøpspriser har blitt identifisert som en betydelig etableringshindring.

I høringsnotatet presenterer departementet to alternative forskrifter med hjemmel i konkurranseloven § 14. Det første alternativet nedlegger forbud mot at leverandører med vesentlig markedsrett prisdiskriminerer uten at det kan begrunnes saklig. I det andre alternativet presenteres et forslag til forskrift, som forbyr slik usaklig prisdiskriminering dersom det er egnet til å ha negative virkninger på konkurransen. I virkningsvurderingen åpnes det for at det kan tas hensyn til flere leverandøravtaler samlete virkninger på konkurransen (aggregerte virkninger).

Begge forskriftsalternativene forutsetter, for det første, eksistensen av relativ markedsrett og, for det andre, så faller skadeteorien innenfor én av de to klassiske misbrukskategoriene, nærmere bestemt utnyttende/utbytende atferd.

Forbudenes adressat fremstår i første rekke å være aktøren med relativ markedsrett – og ikke partenes «concurrency of will». Virkningen av forslagene setter grenser for handlefriheten til én part. Det faktum at betingelsene mellom partene som sådan fremgår av en avtale er i utgangspunktet ikke av avgjørende betydning.

Et illustrerende eksempel, også dette fra Tyskland men fra høyeste rettsinstans (Bundesgerichtshof), finnes i en dom av 12. juli 2013 (KVR 11/12). Saken gjaldt anke relatert til et vedtak av Bundeskartellamt og sistnevntes anvendelse av GWB § 20. De faktiske forhold var at en aktør med relativ markedsrett anvendte diskriminerende rabattvilkår mellom forhandlere i sitt forhandlernettsverk.⁶³ Bundesgerichtshof uttalte i den forbindelse følgende (avsnitt 26):

«Die Rechtsbeschwerde weist zwar mit Recht auf die grundsätzliche Bedeutung der Frage hin, wie die zwischen Unternehmen geschlossenen Vereinbarungen einerseits und einseitige Handlungen von Unternehmen andererseits voneinander abzugrenzen sind (vgl. nur E. Rehlinger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Band 1, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 34 ff.). Im Streitfall geht es aber nicht darum, dass auf eine Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat, neben der Bestimmung des Art. 101 AEUV strengere Vorschriften des deutschen Rechts angewandt werden sollen. In Rede steht ein Händlervertrag, den die Beteiligte gleichermaßen gegenüber allen Händlern verwenden möchte, mit dem sie sich aber - anders als etwa im Fall von Absprachen im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems - nicht zu einer entsprechenden Gleichbehandlung verpflichtet. In dem einzelnen mit dem Händler zu schließenden Vertrag liegt keine Vereinbarung, die den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV eröffnet. Kartellrechtlich stellt der Abschluss eines solchen Vertrages lediglich eine einseitige Maßnahme dar, auf die Art. 3 Abs. 2 Satz 2 und nicht Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 anzuwenden ist»

Det er denne utredningens konklusjon at den tyske domstolens tilnærming er korrekt rettsanvendelse av art 3 (2) – da også skjæringspunktet mellom bestemmelsens første og andre setning i konteksten av et forhandlernettsverk – og at et liknende utgangspunkt derfor må legges til grunn for norske myndigheters kompetanse. I praksis slik at hvor «point of gravity» er en regulering én parts av markedsrett, vil nasjonale myndigheter som hovedregel ha kompetanse til å vedta nasjonale

⁶³ Avgjørelsen kan leses her: <https://openjur.de/u/640614.html>.

konkurranseregler etter art 3 (2) annen setning, og da også av forhold relatert til fremforhandlede avtalereguleringer mellom foretak i et nettverk slik tilfellet var i den siterte saken fra Tyskland. Misbrukskategorien er gjenkjennelig fra art 54 EØS som «contractual abuse».

Nærings- og fiskeridepartementets forslag adresserer spesifikt også såkalte aggregerte virkninger. Med aggregerte virkninger menes at flere leverandøravtaler i markedet vurderes samlet og ikke hver for seg.⁶⁴ Det kunne tenkes å være en problemstilling om tilnærmingen til aggregerte virkninger blir prinsipielt annerledes sett hen til den analytiske metoden relatert til flere leverandøravtaler.

Misbrukslæren i art 102 TFEU / art 54 EØS omfatter allerede visse typer aggregerte virkninger, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-680/20 av 19. januar 2023 (avsnitt 36):⁶⁵

«That concept is thus intended to penalise the conduct of a dominant undertaking which, on a market where the degree of competition is already weakened because of the presence of the undertaking concerned, adversely affects an effective competition structure.» (Vår understrek.)

Se tilsvarende i Underrettens avgjørelse i *Google Android* av 14. september 2020:

«Exclusionary effects characterise situations in which effective access of actual or potential competitors to markets or to their components is hampered or eliminated as a result of the conduct of the dominant undertaking, thus allowing that undertaking negatively to influence, to its own advantage and to the detriment of consumers, the various parameters of competition, such as price, production, innovation, variety or quality of goods or services.»

Basert på disse avgjørelsene har Europakommisjonen tilsvarende – svært nylig – endret og utvidet definisjonen på konkurransebegrensende utestengning i sine art 102-retningslinjer, som følger:⁶⁶

“In this document the term ‘anti-competitive foreclosure’ is used to describe a situation where the conduct of the dominant undertaking adversely impacts an effective competitive structure thus allowing the dominant undertaking to negatively influence, to its own advantage and to the detriment of consumers, the various parameters of competition, such as price, production, innovation, variety or quality of goods or services.”

Dette gjelder imidlertid (fortsatt) virkninger som resultat av atferden til det dominerende foretaket. Den såkalte «effects-based approach» er det som kjennetegner håndhevingen av art 102 TEUV / art 54 EØS, og som også normalt vil være en del av konkurranserettslig håndheving av «ensidig atferd» i nasjonal lovgivning.⁶⁷ En annen sak er at EU-domstolen har avklart at «...the effect does not necessarily have to be concrete, and it is sufficient to demonstrate that there is an anticompetitive effect which may potentially exclude competitors».⁶⁸

Som en del av virkningsanalysen kan (og skal etter art 102 TEUV / art 54 EØS) konkurransemyndighetene analysere “all relevant facts and circumstances”.⁶⁹ Som en del av dette vil en vurdering av aggregerte virkninger av den kategorien Nærings- og fiskeridepartementet har

⁶⁴ Dersom én dagligvarekjede systematisk mottar bedre innkjøpsbetingelser enn andre dagligvarekjeder fra flere leverandører som sammen utgjør en betydelig andel av kjedenes innkjøp, så vil det gi den førstnevnte kjeden en klar konkurransefordel i detaljistmarkedet.

⁶⁵ Sak C-680/20, *Unilever Italia Mkt.Operations Srl v Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2023:33. I den prejudisielle avgjørelsen kom EU-domstolen frem til at art 102 TEUV “...must be interpreted as meaning that the actions of distributors forming part of the distribution network for goods and services of a producer in a dominant position may be imputed to that producer if it is established that those actions were not adopted independently by those distributors, but form part of a policy that is decided unilaterally by that producer and implemented through those distributors”.

⁶⁶ En versjon av retningslinjene med de siste endringene i endringsmarkering finnes her: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/guidance_paper_article_102_redline_post_amending_communication.pdf

⁶⁷ Det innebærer ikke et forbud mot nasjonale regler som ikke adresserer effekt/virkning. Imidlertid vil annen regulering av ensidig atferd mest sannsynlig ikke bli vurdert som en konkurranserettsregel, jf. art 3 (3) «...utelukker heller ikke anvendelsen av bestemmelser i lovgivningen som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54».

⁶⁸ Se sak C-52/09, *TeliaSonera* - ECLI:EU:C:2011:83, avsnitt 64, sak C-23/14, *Post Danmark II* - ECLI:EU:C:2015:651, avsnitt 66, sak C-377/20, *SEN/Servizio Elettrico Nazionale* - ECLI:EU:C:2022:379, avsnitt 53.

⁶⁹ Se eksempelvis sak C-307/18, *Generics (UK) m.fl.* - ECLI:EU:C:2020:52, avsnitt 154.

identifisert i høringsnotatet også være relevante. Det sentrale «AED-elementet» – at virkningsanalysen må understøtte en utnyttelse av et avhengighetsforhold – vil imidlertid bestå.

Den endelige vurderingen – subsumpsjonen – av et eventuelt tiltak / forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpspriser (usaklig prisdiskriminering) i verdikjeden for mat og dagligvarer ligger utenfor mandatet til denne utredningen.

7.6 Forbud mot negative servitutter / eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet

Nærings- og fiskeridepartementet sendte 5. juli 2022 et forslag til forskrift om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler som er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet på høring. Bakgrunnen for forslaget er at Konkurransetilsynet har avdekket en praksis hvor dagligvaregrupperinger hindrer eksisterende eller potensielle konkurrenter fra å drive dagligvarevirksomhet på eiendommer som de selger eller leier ut. Konkurransemyndighetene har identifisert dette som et problem fordi tilgangen til attraktive butikklokaler er svært viktig for å kunne konkurrere i dagligvaremarkedet.

Hvis et tiltak utformes som et *generelt forbud* mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler vil det kunne ha berøringsflater med art 101 TEUV / art 53 EØS, det vil si hva gjelder de tilfeller hvor en servitutt eller en eksklusiv leieavtale er uttrykk for en «felles vilje / concurrence of wills» og ikke utnyttelse av et avhengighetsforhold. Lovteknisk kan det løses ved å innta en bestemmelse om at forbudet skal tolkes i tråd med EØS-konkurranseloven § 7.⁷⁰ En vurdering av om dette er hensiktsmessig lovteknikk ligger utenfor mandatet til denne utredningen.

Et alternativ er å utforme tiltaket som en inngrepshjemmel eller et forbud mer som en AED-bestemmelse, altså med vilkår relatert til:

- i. Eksistensen av et økonomisk avhengighetsforhold mellom to selskaper;
- ii. En utilbørlig utnyttelse av avhengighetsforholdet;
- iii. En virkning på konkurransen i det relevante markedet.

Den endelige vurderingen – subsumpsjonen – av et eventuelt tiltak / forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler som er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet ligger utenfor mandatet til denne utredningen.

7.7 Markedsetterforskningsverktøy

Nærings- og fiskeridepartementet vurderer å innføre lovendringer som gir Konkurransetilsynet hjemmel til å gjennomføre markedsetterforskning og pålegge avhjelpende tiltak, dersom man avdekker konkurranseskadelige forhold, uten at det er krav om brudd på de eksisterende forbudsbestemmelsene. En markedsetterforskning skiller seg fra tradisjonelle etterforskninger ved at det ikke er rettet mot å avdekke mulige lovbrudd, men er en undersøkelse av om det er konkurransebegrensende adferd eller struktur i markedet som det bør iverksettes særskilte tiltak mot. En markedsetterforskning vil kunne resultere i vedtak om adferdsmessige og eventuelt strukturelle tiltak, som kan være inngripende for markedsaktørene.

Innføringen av et markedsetterforskningsverktøy reiser i seg selv ikke problemstillinger relatert til art 3 (2). Et markedsetterforskningsverktøy vil normalt heller ikke inneholde en forbudsbestemmelse, men

⁷⁰ Som nevnt, strengt rettslig er det ikke engang nødvendig med en slik bestemmelse: Gitt EØS-rettens forrang skal alle nasjonale konkurranseregler og håndhevingen av disse gjennomføres i tråd med EØS-konkurranseloven § 7.

inkludere en inngrepshjemmel. Forholdet til art 3 (2) vil da, i første rekke, bli vurdert i forbindelse med de enkelte vedtak.

Også her vil det imidlertid kunne være hensiktsmessig å utforme en inngrepshjemmel som en AED-bestemmelse, altså med vilkår relatert til:

- i. Eksistensen av et økonomisk avhengighetsforhold mellom to selskaper;
- ii. En utilbørlig utnyttelse av avhengighetsforholdet;
- iii. En virkning på konkurransen i det relevante markedet.

Den endelige vurderingen – subsumpsjonen – av et eventuelt markedsetterforskningsverktøy ligger utenfor mandatet til denne utredningen.

8 ANDRE EØS-RETTLIGE SKRANKER FOR REGULERING AV "ENSIDIG ATFERD"

Det er avklart med NFD at mandatet for denne utredningen er prinsipielt avgrenset til identifikasjon av den EØS-rettslige rettssetning. Av samme grunn ligger det utenfor mandatet for denne utredningen å ta stilling til andre nasjonalrettslige vurderingstemaer, eksempelvis om allerede foreslåtte tiltak oppfyller vilkårene i konkurranselovens egen forskriftshjemmel, krrl. § 14.

Imidlertid vil nasjonal regulering av ensidig atferd kunne møte EØS-rettslige skranker utover art 3 (2). Det faller utenfor mandatet å gi en nærmere analyse av andre EØS-rettslige skranker, men det er hensiktsmessig kort å omtale to typetilfeller:

Typetilfelle I: EØS' traktatartikler – lovlig v ulovlig restriksjon

EØS' traktatartikler oppstiller hovedregler om «fri bevegelse» innen EØS av blant annet personer, tjenester, etableringer og kapital. Skillet mellom etableringsreglene og investeringsreglene går ved om investeringen gir faktisk eller rettslig kontroll i et selskap: Hvis investeringen gir kontroll, kommer etableringsreglene til anvendelse, mens hvis investeringen kun gir en ikke-kontrollerende eierpost, kommer kapitalreglene til anvendelse.

Generelt gjelder de aktuelle restriksjonsforbudene ikke bare diskriminerende tiltak, men også generelle restriksjoner. Det er således hevet over tvil at EØS' tjeneste-, etablerings- og kapitalregler oppstiller forbud både mot diskriminerende tiltak og mot generelle restriksjoner som hindrer markeds- og investeringsadgang.

Avhengig av det konkrete tiltaket som påtenkes vedtatt vil et slikt tiltak prinsipielt kunne være en restriksjon etter EØS' traktatregler. Rettspraksis angir imidlertid at restriksjonslæren ikke kommer til anvendelse på generelle reguleringer av markedsføring, åpningstider osv. I praksis vil restriksjonslæren i første rekke aktualiseres ved tiltak som påvirker markedsadgang som sådan.

En restriksjon vil uansett være lovlig hvis den oppfyller følgende fire kumulative vilkår:

- Restriksjonen må være begrunnet i et tvingende allment hensyn.
- Tiltaket må ikke diskriminere.
- Tiltaket må være nødvendig og egnet for å nå det påberopte hensynet.
- Tiltaket må være proporsjonalt i forhold til det påberopte hensynet, det vil si at det ikke må finnes alternative tiltak som er mindre inngripende.

Utover diskriminerende tiltak vil det, som nevnt, i første rekke være restriksjoner på selve *markedsadgangen* som kan komme i fare for å være restriksjoner etter tjeneste-, etablerings- og kapitalreglene.

Eksempel I: Forbud mot bonuspoeng

Fra 2007 til 2013 var det et forbud i norsk rett mot opptjening av bonuspoeng på norsk innenriks luftfart. I juli 2012 åpnet ESA sak mot Norge og konkluderte blant annet med at forbudet – som gjaldt helt likt for alle aktører – var en restriksjon på EØS' tjeneste- og etableringsregler. Hovedbegrunnelsen var at forbudets effekt medførte en total mangel på markedsadgang i Norge for denne typen tjenester. ESA kom videre frem til at tiltaket ikke kunne forsvares etter læren om allmenne hensyn, blant annet fordi tiltaket ikke var proporsjonalt. Staten var uenig i ESAs argumentasjon, men opphevet likevel det norske forbudet i 2013.

Eksempel II: Eierskapsbegrensninger

I 2012 behandlet EFTA-domstolen en sak som gjaldt de tidligere eierskapsbegrensningene i børsloven og verdipapirloven.⁷¹ Bestemmelsene oppstilte blant annet et forbud mot eierskap av mer enn 20 prosent av aksjene i børs og verdipapirsentraler. EFTA-domstolen kom til at også slike helt generelle begrensninger er en restriksjon på kapitalreglene (og etableringsreglene).

En vil i noen grad kunne anføre at vurderingstemaene etter den EØS-rettslige restriksjonslæren gjenfinnes i den internrettslige forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14. Imidlertid vil restriksjonslæren kunne testes av EFTAs overvåkingsorgan (ESA), som i siste instans kan ta ut traktatbruddssøksmål mot Norge.

Typetilfelle II: Allerede harmoniserte standarder på EØS-nivå

Det finnes en rekke eksempler på sektorreguleringer på EØS-nivå, enten i direktiver eller som totalharmoniserte standarder i forordninger, som vil kunne utelukke anvendelsen av forskrift etter konkurranseloven § 14.

Et nyere og noe praktisk eksempel vil kunne være AED-regulering av den digitale økonomien. Både (i) Forordning 2019/1150 om rimelig forretningspraksis på plattformer, og (ii) Forordning 2022/1925 om digitale markeder (Digital Markets Act) inneholder selv AED-bestemmelser, og har særbestemmelser som setter rammer for eventuell ytterligere nasjonal regulering. Se eksempelvis DMA fortalepunkt 9 til 11:

“Fragmentation of the internal market can only effectively be averted if Member States are prevented from applying national rules which are within the scope of and pursue the same objectives as this Regulation. That does not preclude the possibility of applying to gatekeepers within the meaning of this Regulation other national rules which pursue other legitimate public interest objectives as set out in the TFEU or which pursue overriding reasons of public interest as recognised by the case law of the Court of Justice of the European Union (‘the Court of Justice’).

At the same time, since this Regulation aims to complement the enforcement of competition law, it should apply without prejudice to Articles 101 and 102 TFEU, to the corresponding national competition rules and to other national competition rules regarding unilateral conduct that are based on an individualised assessment of market positions and behaviour, including its actual or potential effects and the precise scope of the prohibited behaviour, and which provide for the possibility of undertakings to make efficiency and objective justification arguments for the behaviour in question, and to national rules concerning merger control. However, the application of those rules should not affect the obligations imposed on gatekeepers under this Regulation and their uniform and effective application in the internal market.

Articles 101 and 102 TFEU and the corresponding national competition rules concerning anticompetitive multilateral and unilateral conduct as well as merger control have as their objective the protection of undistorted competition on the market. This Regulation pursues an objective that is complementary to, but different from that of protecting undistorted competition on any given market, as defined in competition-law terms, which is to ensure that markets where gatekeepers are present are and remain contestable and fair, independently from the actual, potential or presumed effects of the conduct of a given gatekeeper covered by this Regulation on competition on a given market. This Regulation therefore aims to protect a different legal interest from that protected by those rules and it should apply without prejudice to their application.”

Ved vedtakelsen av nasjonale sektorregler vil det, ganske opplagt, være nødvendig å vurdere harmoniseringsnivået i EØS og adgangen til særskilte nasjonale regler i den aktuelle sektoren, da også om disse reglene skulle være av konkurranserettslig karakter.

Et nærliggende eksempel i så måte, også dette fra Tyskland, kan være den nye bestemmelsen i GWB § 19a som tar sikte på å regulere aktører i den digitale økonomien («Missbräuchliches Verhalten von

⁷¹ Sak E-9/11, *ESA v Norge*, [2012] EFTA Court Report s. 442.

Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb» / «Abusive Conduct of Undertakings of Paramount Significance for Competition Across Markets»). I relasjon til denne bestemmelsen er det nylig, om enn så lenge uformelt, reist som en problemstilling om bestemmelsen er kompatibel med Digital Markets Act.⁷²

* * *

⁷² Se oppslag i Global Competition Review av 29. mars 2023: “‘First aid kit’ not needed to make DMA and Section 19A compatible, says Mundt”: <https://globalcompetitionreview.com/article/first-aid-kit-not-needed-make-dma-and-section-19a-compatible-says-mundt>. I arbeidet med utredningen er vi ikke blitt kjent med tilsvarende prosesser relatert til GWB § 20 / § 22.

LITTERATURLISTE

Hva gjelder offentlige dokumenter som utredningen viser til er disse fortløpende gjengitt med kilde i fotnoter. Det er utarbeidet en rekke betenkninger, analyser og kommentarer fra aktører i forbindelse med Nærings- og fiskeridepartementets initiativ relatert til mulig regulering i norsk dagligvarebransje. Det fremstår ikke hensiktsmessig å gi en uttømmende oversikt over hørings svar og kommentarer, men det vises særlig til hørings svar til høring om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer av 20. oktober 2022⁷³, hørings svar til høring av forslag til forskrift om forbud mot negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet av 5. juli 2022⁷⁴, samt innspill fra aktører i forbindelse med Stortingets behandling av Representantforslag om rettfærdige konkurransevilkår i norsk dagligvarehandel fra mars 2022. Nærings- og fiskeridepartementet har også mottatt innspill utenfor høringsperiodene, da også i perioden utredningsarbeidet har pågått i mars 2023. Det nevnes særskilt at Nærings- og fiskeridepartementet i 2017 fikk utarbeidet en utredning som adresserer problemstillingen, se «*Utredning av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11*», av 20. januar 2017 (Ronny Gjendemsjø og Ignacio Herrera Anhustegui).

Øvrig litteratur:

- I. *Article 3 of Regulation 1/2003 and the Doctrine of Pre-Emption*, Miguel Mota Delgado og Nicolas Petit (januar 2023 2023). 'The Transformation of EU Competition Law – Next Generation Issues' (Adina Claiaci, Assimkis Kominos og Denis Waelbroeck, eds.), Wolters Kluwer, 2023. Tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4325094>
- II. *Regulation 1/2003: An Assessment After Twenty Years*, Wouter P. J. Wils (november 2022). *World Competition*, Volume 46, Issue 1, mars 2023, s. 3-36. Tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4268365>
- III. *Article 3 of Regulation 1/2003: a historical and empirical account of an unworkable compromise*, Or Brook og Magali Eben (oktober 2022). Tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4237413>
- IV. *Economic Dependence in Digital Markets: EU Remedies and Tools*, Silvia Scalzini (april 2021), *Market and Competition Law Review*, volume v, nr. 1.
- V. *Consistent Application of EU Competition Law, The Case for Revisiting the Consistency Tool Box in Regulation 1/2003*, Lars Kjølbbye (november 2020), *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 11 (8).
- VI. *Competition Law Sanctions in Germany*, Carsten Koenig og Fernanda Luisa Bremenkamp (oktober 2020). Tihamér Tóth, *The Cambridge Handbook of Competition Law Sanctions*, Cambridge University Press 2021. Tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3708970>
- VII. *The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartellamt*, Wouter P. J. Wils (juni 2019). *Concurrences* N° 3-2019, Tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3424592>
- VIII. *Abuse Without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance*, Mor Bakhom (desember 2015). F. Di Porto, R. Podszun (eds.), *Abusive Practices in Competition Law*, Elgar Cheltenham, 2018, s. 157-184, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper Nr. 15-15, Tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2703809>
- IX. *Kor fritt står nasjonale styresmakter til å regulere eigen konkurranse i den indre marknad?*, Ingrid Margrethe Halvorsen Barlund (2015), *Tidsskrift for forretningsjus*, 2015, nr. 1, s. 54-76.
- X. *The interplay between European and national competition law after regulation 1/2003: 'united (should) we stand?'*, Lúcio Tomé Feteira, (2015, Kluwer).
- XI. *Ten Years of Regulation 1/2003 - A Retrospective*, Wouter P. J. Wils (juni 2013). Publisert i *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 4, Nr. 4, 2013, s. 293-301. Tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2274013>

* * *

⁷³ Se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing3/id2939680/?expand=horingssvar>

⁷⁴ Se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-2/id2921448/?expand=horingssvar>

Advokatfirmaet Grette AS
Postboks 1397 Vika
0114 Oslo

Filipstad Brygge 2
22 34 00 00
firmapost@grette.no

NO 820 203 542 MVA

www.grette.no

