

Konkurranseregulerende formål

Kandidatnummer: 124

Antall ord: 14 372



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.16

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Introduksjon.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Rettskildebilde og metode.....	4
1.3 Aktualitet.....	5
1.4 Videre fremstilling.....	6
2 Konkurransesanalysen i formålsvurderingen.....	7
2.1 Utgangspunkt.....	7
2.1.1 Generelt om formålsalternativet.....	7
2.1.2 Skillet mellom formål og virkning.....	9
2.2 Det rettslige vurderingstemaet.....	10
2.2.1 Introduksjon.....	10
2.2.2 <i>T-Mobile</i> – “capable of restricting competition”.....	11
2.2.3 <i>Groupement des cartes bancaires</i> – “a sufficient degree of harm to competition”.....	14
2.2.4 Konklusjon.....	17
2.3 Vurderingsmomentene i formålsvurderingen.....	18
2.3.1 Avtalens innhold og partenes opptreden.....	18
2.3.2 Partenes hensikt.....	19
2.3.3 Økonomisk og rettslig kontekst.....	22
2.4 Typetilfeller.....	27
2.4.1 Klare horisontale formålsrestriksjoner.....	27
2.4.2 Klare vertikale formålsrestriksjoner.....	31
2.4.3 Mindre klare formålsrestriksjoner.....	32
2.4.4 “The Object Box”.....	34
3 Vid eller restriktiv anvendelse av formålsalternativet?.....	37
3.1 Kritikk.....	37
3.2 Utviklingen i EU.....	38
3.2.1 <i>Groupement des cartes bancaires</i> – restriktiv tolkning.....	38
3.2.2 Betydningen for norsk rett.....	39
3.3 Hvor vid bør formålskategorien være?.....	40

4	Avsluttende bemerkninger	42
	Kilderegister.....	43

1 Introduksjon

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er konkurransebegrensende formål under konkurranseloven § 10 første ledd i lys av TEUV artikkel 101 første ledd.¹ Konkurranseloven § 10 første ledd lyder slik:

”Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til *formål* eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt ...” (min kursivering).

Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende samarbeid av foretak.

Konkurransebegrensende formål, også kalt formålsalternativet, er et alternativt kriterium til virkningsalternativet i konkurranseloven § 10 første ledd, jf. ”formål eller virkning”. Sammen utgjør disse to alternativene konkurransebegrensningskriteriet som er ett av tre vilkår som må være oppfylt for at § 10 kommer til anvendelse. I tillegg til konkurransebegrensningskriteriet må det også foreligge en eller annen form for samarbeid mellom uavhengige foretak (samarbeidskriteriet), samt at det må innfortolkes et vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart (merkbarhetskriteriet).²

Det avgjørende er om avtalen begrenser konkurransen negativt,³ det vil si at avtalen er skadelig for konkurransen på markedet. En henvisning i oppgaven til *konkurransebegrensninger* vil av forenklingshensyn omfatte alle måter konkurransen kan påvirkes på enten det er å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Tilsvarende vil en henvisning til *avtaler* omfatte også beslutninger og samordnet opptreden. Avtaler med et konkurransebegrensende formål vil også omtales som formålsrestriksjoner eller formålsrestriktive avtaler.

Øvrige vilkår for at § 10 første ledd skal komme til anvendelse er som nevnt samarbeidskriteriet og det ulovfestede merkbarhetskriteriet.⁴ Disse vilkårene er derimot

¹ Lov 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og Traktaten om den Europeiske Unions Virkeområde (TEUV).

² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 225.

³ Evensen og Sæveraas (2009), s. 117.

⁴ Se note 2.

utenfor oppgavens ramme. Unntaksregelen i bestemmelsens tredje ledd som oppstiller fire kumulative vilkår for ikke å bli omfattet av § 10 første ledd behandles heller ikke.

Virkningsalternativet blir kun behandlet når det er relevant for å belyse formålsalternativet.

For å avgjøre om det foreligger et konkurransebegrensende formål må det foretas en formålsvurdering. *Oppgavens problemstilling* er hva som er det rettslige vurderingstemaet for konkurransebegrensende formål og hvordan formålsvurderingen anvendes.

1.2 Rettskildebilde og metode

Konkurranseloven § 10 erstatter §§ 3-1 til 3-4 i konkurranseloven av 1993 og er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og TEUV artikkel 101. Ved vedtakelsen av bestemmelsen var en harmonisering med EU/EØS et viktig formål.⁵ Praksis fra EU/EØS er også ment å ha stor vekt.⁶ Den frivillige harmoniseringen viser et ønske om rettsenhet og like markedsregler også utenom tilfellene hvor det indre markedet i EU er utvidet til EØS-området etter EØS-avtalen artikkel 53.

Det kan legges til grunn at konkurransereglene er en del av den felles EU/EØS-retten og at EØS-avtalen artikkel 53 svarer til TEUV artikkel 101. Det skyldes at konkurransereglene i EØS svarer til konkurransereglene i EU, og homogenitetsprinsippet samt ODA artikkel 3 nr. 2 tilsier at EØS-bestemmelsen må tolkes og anvendes i tråd med rettstilstanden i EU for å oppnå ensartethet.⁷ En konsekvens av dette er at det i realiteten er EU-domstolen som tolker den felles EU/EØS-retten.⁸ Selv om det overordnede formålet i EØS-avtalen er en markedsadgang mens det i TEUV gjelder en integrasjonsmålsetting, skal det ikke legges til grunn en ulik tolkning.⁹ Det følger av dette at det er rettspraksis fra EU-domstolen som i praksis utgjør den avgjørende rettskilden ved tolkningen av konkurransebegrensende formål.¹⁰

På bakgrunn av harmoniseringen med EU/EØS er utgangspunktet dermed at rettstilstanden i Norge er den samme som rettstilstanden i EU. Høyesterett anvender rettspraksis fra EU-

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224.

⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224, samt EØS-avtalen artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2.

Supplerende bemerkninger: Det kan nevnes at det foreligger lite rettspraksis fra EFTA-domstolen om konkurransebegrensende formål. Det er dermed lite belysende å ta utgangspunkt i EFTA-domstolens praksis.

⁷ Fredriksen og Mathisen (2014), s. 40.

⁸ Fredriksen og Mathisen (2014), s. 201.

⁹ Sejersted mfl. (2011), s. 469.

¹⁰ Sejersted mfl. (2011), s. 501, Kolstad og Ryssdal (2007), s. 259.

domstolen som en tungtveiende rettskildefaktor ved vurderinger etter konkurranseloven § 10.¹¹ Oppgaven vil derfor fokusere på TEUV artikkel 101 i den videre fremstillingen. Hvorvidt det kan tenkes unntak i norsk rett på bakgrunn av nasjonale tilpasninger vil derimot drøftes under punkt 3.2.2.

Det foreligger to metodiske særpreg av betydning for oppgaven. For det første medfører harmoniseringen av konkurranseloven § 10 med EU/EØS at EU-domstolens praksis etter TEUV artikkel 101 kan sies å ha betydning for rettstilstanden i Norge. Oppgaven vil fokusere på rettspraksis fra EU-domstolen som den primære rettskilde.¹² Det vil suppleres med sekundære rettskilder for å belyse rettstilstanden, særlig norsk og EU-rettslig juridisk litteratur. For det andre kan økonomisk teori være en relevant rettskildefaktor.¹³ Det skaper en noe spesiell rettsituasjon ved at økonomiske betraktninger i realiteten kan avgjøre hvilke avtaler som anses som skadelig for konkurransen.¹⁴

Oppgaven er hovedsakelig rettsdogmatisk siden utgangspunktet er en analyse av gjeldende rett. Samtidig er konkurransebegrensende formål et noe uklart materielt spørsmål, og det kan dermed argumenteres for hvordan rettstilstanden bør være på områder hvor rettstilstanden ikke er avklart.

Videre vil det av forenklingshensyn vises til EU-domstolen selv om en dom er avsagt på den tiden domstolen ble omtalt som EF-domstolen. Tilsvarende vil det vises til TEUV artikkel 101 selv om en dom er avsagt etter en tidligere versjon av bestemmelsen.¹⁵

1.3 Aktualitet

Formålsalternativet har som ett av vilkårene for at det foreligger en konkurransebegrensende avtale inngått i EU-retten i snart 60 år. Det er likevel et vurderingstema som fremdeles reiser betydelig tvil, noe som har sammenheng med at avklaringen av gjeldende rett skjer ved en dynamisk utvikling. Hvilke avtaletyper som anses for å ha et konkurransebegrensende formål har vært – og er – mye diskutert. Dette kan føre til at det i mindre grad fokuseres på den

¹¹ Se Rt. 2012 s. 1556 (Gran/Ekran) og Rt. 2011 s. 910 (Tine).

¹² Oppgaven vil utelukkende anvende den engelske språkversjonen selv om EU-domstolens rettsavgjørelser formelt sett kun er autentisk på prosesspråket i den aktuelle saken, se Fredriksen og Mathisen (2014), s. 127.

¹³ Jf. formålet om effektiv ressursutnyttelse i konkurranseloven § 1.

¹⁴ Fredriksen og Mathisen (2014), s. 55.

¹⁵ EC Treaty (1957) artikkel 85 eller EC Treaty (1997) artikkel 81.

egentlige vurderingen som må foretas for å avgjøre om et konkurransebegrensende formål foreligger.¹⁶ Denne formålsvurderingen vil derfor være fokuset i oppgaven.

Formålskonseptet er et stadig tilbakevendende tema i saker for EU-domstolen. Både den rettslige tolkningen og anvendelsen av formålskonseptet fremstår som uklart.¹⁷ Siden det er foretakenes ansvar å overholde konkurransereglene er det viktig at det foreligger forutberegnelighet om grensen mellom lovlig og ulovlig markedsopptreden. Særlig den økonomiske tilnærmingen i konkurranseretten kan by på utfordringer for foretakenes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling.¹⁸ Foretakene risikerer store bøter med små muligheter til å forsvare seg dersom deres markedsopptreden blir ansett som formålsstridig og forbudt.¹⁹

Illustrerende for at formålskonseptet fremstår som uklart er at Høyesterett 19. februar 2016 sendte en forespørsel til EFTA-domstolen om en forhåndsavgjørelse²⁰ om hva som er det rettslige vurderingstemaet i formålsvurderingen etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.²¹ Bakgrunnen er en lagmannsrettsdom som er anket og tillatt fremmet til Høyesterett.²² Dette er interessant siden Høyesterett kun få ganger tidligere i løpet av EØS-avtalens levetid har bedt om en tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen.²³

1.4 Videre fremstilling

I del 2 drøftes konkurranseanalysen i formålsvurderingen. Det redegjøres for utgangspunktet i formålsvurderingen, hva som utgjør det rettslige vurderingstemaet, herunder vurderingsmomentene i formålsvurderingen med særlig fokus på kontekstanalysen, samt en gjennomgang av typetilfeller. I del 3 vurderes det om rettspraksis hjemler en vid eller restriktiv anvendelse av formålsalternativet i lys av den seneste utviklingen i EU, utviklingens betydning for norsk rett og avslutningsvis hvor vid formålskategorien bør være. Noen avsluttende bemerkninger følger av del 4.

¹⁶ King (2011), s. 270.

¹⁷ King (2011), s. 293.

¹⁸ Fredriksen og Mathisen (2014), s. 55.

¹⁹ Unntaksregelen i tredje ledd kan prinsipielt gjelde for formål som for virkning, hvor positive virkninger kan oppveie de negative på nærmere bestemte vilkår, men det er velkjent at dette innebærer en høy terskel.

²⁰ Domstoloven § 51 a.

²¹ Sak E-03/16, *Ski/Follo Taxi*, sendt 19. februar 2016, uttalelse foreligger ikke per 31.05.16. Spørsmålets utforming fremgår av punkt 2.2.2 i oppgaven.

²² LB-2013-75034, *Ski/Follo Taxi*, HR-2015-1549-U.

²³ Fredriksen og Mathisen (2014), s. 199.

2 Konkurransesanalysen i formålsvurderingen

2.1 Utgangspunkt

2.1.1 Generelt om formålsalternativet

Utgangspunktet er at det er konkurransen i markedet som er beskyttelsesverdig og at det dermed ikke kan settes likhetstegn mellom en avtale som begrenser partenes handlefrihet og en begrensning av konkurransen.²⁴ Det innebærer at det ikke er tilstrekkelig at avtalen utgjør en begrensning mellom partene, men at avtalen i tillegg må utgjøre en begrensning for konkurransen i markedet, det vil si at tredjeparter og andre markedsaktører må påvirkes.

I *BIDS* la EU-domstolen til grunn at avtaler anses for å ha et konkurransebegrensende formål dersom de ”by their very nature” begrenser konkurransen.²⁵ EU-domstolen forklarte ikke nærmere hva det vil si at en avtale er konkurransebegrensende *etter sin natur*. Avtalens karakter eller art er dermed et tolknings spørsmål.²⁶ Det kan legges til grunn at en konkurransebegrensning må fremgå av avtalen i seg selv, det vil si at avtalen må vise at en konkurransebegrensning er tilsiktet. Konkurransbegrensningen kan enten fremgå direkte av avtalens formålsbestemmelser eller mer indirekte på bakgrunn av avtalens markedskoordinerende karakter, jf. ”nature”. På bakgrunn av det som er nevnt i punkt 1.1 om at det avgjørende er om avtalen begrenser konkurransen negativt, kan ”by their very nature” forstås som at en konkurransebegrensning må være en nødvendig følge eller en uunngåelig konsekvens av avtalen.²⁷

²⁴ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 265, Evensen og Sæveraas (2009), s. 119. Se også sak C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, avsnitt 97 ”not every agreement ... which restricts the freedom of action of the parties or of one of them necessarily falls within the prohibition”.

²⁵ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 17.

²⁶ Underretten i sak T-168/01, *GlaxoSmithKline*, EU:T:2006:265, avsnitt 120 la derimot til grunn at ”by its very nature” betyr ”independently of any competitive analysis”, noe EU-domstolen ikke kommenterte ved overprøvingen i forente saker C-501/06 P mfl., *GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610.

²⁷ Odudu (2008), s. 14, se også generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:467, avsnitt 94 samt sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 33 ”as a consequence”.

At avtalen må være konkurransebegrensende etter sin natur har bred støtte i rettspraksis.²⁸ Konkurransebegrensende formål har derimot blitt definert på ulike måter. I *STM* ble det lagt til grunn at en formålsstridig konkurransebegrensning må fremgå av avtalens ”precise purpose”,²⁹ mens det i *General Motors* ble lagt til grunn at det må fremgå av avtalens ”sole aim”.³⁰ Det foreligger dermed ikke en absolutt klar definisjon.³¹ De ulike uttrykksmåtene som anvendes i rettspraksis viser at det er vanskelig å definere konkurransebegrensende formål på en generell og samtidig presis måte slik at det er klart hvilke tilfeller som omfattes. Det kan likevel utledes av nyere rettspraksis at ”by their very nature” ser ut til å være mest utbredt.³² Utgangspunktet er derimot det samme uavhengig av hvilken definisjon som anvendes – et konkurransebegrensende formål må fremgå av avtalen, enten direkte eller mer indirekte.

Dersom et konkurransebegrensende formål fremgår av avtalen omfattes den av formålsalternativet fordi avtalen anses ”so likely to have negative effects on competition”.³³ Avtalen vil normalt medføre konkurranseskade dersom avtalen gjelder sentrale forutsetninger for en velfungerende konkurranse.³⁴ Det oppstilles dermed en rettslig presumpsjon for negative virkninger på bakgrunn av at slike avtaler høyst sannsynlig ikke vil ha positive virkninger på konkurransen.³⁵ Presumpsjonen oppstilles på bakgrunn av erfaring og økonomiske betraktninger.³⁶ Dette tilsier at det er de alvorligste avtalene som omfattes av formålsalternativet. Det er derimot ikke tilstrekkelig kun å påvise at en bestemt avtaletype foreligger.³⁷ For å avgjøre om en avtale har et konkurransebegrensende formål må det foretas en konkret og helhetlig vurdering av ”the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part”.³⁸

Det er relativt få avtaletyper som anses for å ha et konkurransebegrensende formål.³⁹ I TEUV artikkel 101 første ledd bokstavene a) til e) er det gitt ikke uttømmende eksempler på visse

²⁸ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 17, sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 29, sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160, avsnitt 35, sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 50, sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 26, mfl.

²⁹ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

³⁰ Sak C-551/03 P, *General Motors*, EU:C:2006:229, avsnitt 64. Flere eksempler i King (2011), s. 276 note 46.

³¹ King (2011), s. 276.

³² Se note 28.

³³ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 51, se også Bailey (2012), s. 598.

³⁴ Sejersted mfl. (2011), s. 510.

³⁵ Kolstad (2009), s. 5, Odudu (2008), s. 11.

³⁶ Evensen og Sæveraas (2009), s. 132.

³⁷ Bailey (2012), s. 576.

³⁸ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 53, mfl.

³⁹ Whish og Bailey (2015), s. 122, se også Bailey (2012), s. 598.

avtaletyper som bør gis særlig oppmerksomhet. Tilsvarende fremgår av konkurranseloven § 10 første ledd a) til e). Hvorvidt disse utgjør en formålsrestriksjon eller må vurderes etter virkningsalternativet fremgår derimot ikke av lovens ordlyd.⁴⁰ Det er viktig å påpeke at formålsrestriksjonene ikke er begrenset til disse eksemplene.⁴¹ Det kan likevel legges til grunn at rettspraksis anser formålskategorien som forbeholdt for visse avtaletyper på bakgrunn av uttalelsene om at dette gjelder ”*certain forms of collusion*” og ”*certain collusive behavior*” (min kursivering).⁴²

2.1.2 Skillet mellom formål og virkning

I *STM* avklarte EU-domstolen at formål og virkning er alternative vilkår for å vurdere om det foreligger en konkurransebegrensning.⁴³ EU-domstolen uttalte at ordlyden i TEUV artikkel 101 første ledd – *object or effect* – gir veiledning om at det først skal foretas en formålsvurdering.⁴⁴ Skillet mellom vurderingene er praktisk viktig fordi det utgjør en rettslig føring for konkurranseanalysen.⁴⁵ Både formålsvurderingen og virkningsvurderingen er basert på en økonomisk analyse av avtalens virkninger, men fra to ulike synspunkt.⁴⁶ Det innebærer at formålet er det samme, men at fremgangsmåten er ulik.⁴⁷

EU-domstolen uttalte videre i *STM* at virkningene av avtalen skal vurderes dersom avtalen ”does not reveal the effect on competition to be sufficiently deleterious”.⁴⁸ I *Consten/Grundig* avklarte EU-domstolen at det er ”no need to take account of the concrete effects” hvis det er klart at en avtale har et konkurransebegrensende formål.⁴⁹ Dette er senere fulgt opp i rettspraksis.⁵⁰ At de konkrete virkningene er uten betydning kan også sies å fremgå av ordlyden i seg selv, jf. ”*object or effect*” i TEUV artikkel 101 første ledd (min kursivering).

⁴⁰ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 271 omtaler dette som *eksempellisten* uten at eksemplene gir noen videre veiledning. Se også Evensen og Sæveraas (2009), s. 117 omtaler dette som *kjerneområder*.

⁴¹ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 23.

⁴² Henholdsvis sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 17, og sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 51.

⁴³ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

⁴⁴ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

⁴⁵ Juuhl-Langseth mfl. (2015), s. 65.

⁴⁶ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 248 ”based on an assessment of the effects of an agreement from two angles of economic evaluation”.

⁴⁷ Odudu (2008), s. 13.

⁴⁸ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

⁴⁹ Forente saker 56 og 58-64, *Consten/Grundig*, EU:C:1966:41, s. 342.

⁵⁰ Blant annet sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 16, sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 29, forente saker C-501/06 P mfl., *GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, avsnitt 55, sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 25, mfl.

Det kan legges til grunn at konkrete virkninger ikke må påvises fordi en konkurransebegrensning fremgår av avtalen i seg selv.⁵¹ Det er dermed ikke nødvendig å foreta en detaljert markedsøkonomisk analyse. Formålsvurderingen kan av den grunn anses som en enklere og mer overfladisk vurdering ved at utgangspunktet er en tolkning av avtalen uten at virkninger må påvises. Selv om det foreligger klare utgangspunkter for de alternative konkurransebegrensningskriteriene har den nærmere grensedragningen vist seg å være vanskelig i praksis.⁵²

2.2 Det rettslige vurderingstemaet

2.2.1 Introduksjon

Utgangspunktet for det rettslige vurderingstemaet kan sies å følge av *STM* om at avtalen må være ”sufficiently deleterious”.⁵³ Det innebærer at det må fremgå av avtalen at den er tilstrekkelig konkurranseskadelig, noe som viser at formålsalternativet har en viss terskel. Det er likevel noe uklart hva som er det rettslige vurderingstemaet siden rettspraksis har oppstilt dels ulike terskelkrav for når en avtale kvalifiserer til å ha et konkurransebegrensende formål. Det foreligger dermed usikkerhet om hvilket terskelkrav som skal legges til grunn i formålsvurderingen.

Oppgaven vil videre drøfte særlig tre dommer for å belyse den uklare rettstilstanden – *T-Mobile*, *CB* og *Toshiba*.⁵⁴ Spørsmålet er om de uforenelige formuleringene som fremgår av dommene i realiteten utgjør ulike vurderingstemaer. Et videre spørsmål er hvordan disse forholder seg til utgangspunktet i *STM*.⁵⁵

⁵¹ Se også King (2011), s. 292 mener dette skyldes ”the preventative ... approach of EC competition law”.

⁵² Kan blant annet ha sammenheng med at det foreligger tolkningstvil om virkninger faktisk kan påvises selv om det ikke er nødvendig, jf. forente saker 56 og 58-64, *Consten/Grundig*, EU:C:1966:41, s. 342 som kun gir veiledning om at det ikke er nødvendig å påvise virkninger i en formålsvurdering.

⁵³ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

⁵⁴ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204 og sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26.

⁵⁵ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

2.2.2 *T-Mobile* – “capable of restricting competition”

I *T-Mobile* uttalte EU-domstolen at

”to be regarded as having an anti-competitive object, it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition ... [it] must simply be *capable* ... of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition ...” (min kursivering).⁵⁶

Ordlyden viser til et vurderingstema hvor det er tilstrekkelig at avtalen er egnet til å begrense konkurransen.⁵⁷ Vurderingstemaet tilsier at det skal lite til før en formålsrestriksjon anses å foreligge. Dette kan tolkes i retning av at virkningsvurderingen er overflødig siden uttalelsen er vid nok til å omfatte tilfeller som vurderes etter virkningsalternativet. Samspillet med virkningsvurderingen taler derimot mot en slik tolkning. Det er likevel uklart hvor mye analyse som kreves etter et slikt vurderingstema.⁵⁸

Den lave terskelen som oppstilles i *T-Mobile* er kritisert i teorien for å oppstille et for vidt vurderingstema.⁵⁹ Dersom den anvendes på mindre klare tilfeller er det en risiko for at man griper inn mot avtaler som ikke er konkurransebegrensende fordi de kan subsumeres under formålsalternativet. Dette kan føre til at konkurransemyndigheter og domstoler mer eller mindre bevisst velger ikke å foreta en virkningsvurdering og heller *hopper over gjerdet der det er lavest* ved å anvende formålsvurderingen slik at man unngår en mer omfattende og detaljert vurdering.

Det er noe uklart om *T-Mobile* mente å oppstille et generelt rettslig vurderingstema om at kravet er at avtalen må være egnet til å begrense konkurransen. De faktiske omstendighetene i dommen kan kanskje forklare hvorfor EU-domstolen la dette til grunn. *T-Mobile* gjaldt informasjonsutveksling mellom konkurrenter på et høykonsentrert marked i Nederland hvor det kun var fem mobiloperatører på markedet. Det forelå kun fem lisenser og nyetableringer kunne dermed bare skje gjennom en avtale med de eksisterende tilbydere.⁶⁰ Det forelå

⁵⁶ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 31.

⁵⁷ Tilsvarende Høyesterett i Rt-2012-1556 (Gran/Ekran), avsnitt 64 og 65.

⁵⁸ Jones og Sufrin (2014), s. 213.

⁵⁹ Bailey (2012), s. 589, Jones (2010), s. 658, Whish og Bailey (2015), s. 125, Jones og Sufrin (2014), s. 212.

⁶⁰ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 10.

dermed et oligopol, og EU-domstolen baserte drøftelsen av vurderingstemaet på dette markedsforholdet.

EU-domstolen uttalte at informasjonsutveksling mellom konkurrenter har et konkurransebegrensende formål ”if the exchange is *capable of removing uncertainties concerning the intended conduct of the participating undertakings*” (min kursivering).⁶¹ Henvisningen til *egnet til* kan dermed kanskje sies å være rettet mot selve informasjonsutvekslingen og ikke det generelle vurderingstemaet.⁶² Synspunktet forsterkes ved at EU-domstolen viser til *John Deere* som også gjaldt informasjonsutveksling i et oligopol.⁶³ *John Deere* er ellers ikke relevant siden dommen ble vurdert etter virkningsalternativet.⁶⁴

Et annet viktig moment ved *T-Mobile* er at informasjonsutveksling i et oligopol kan minne om et kartell. Gjennomsiktigheten i et oligopol kan selvfølgelig være konkurransefremmende, men det er også åpenbart en fare for at markedsaktørene har få insentiver til å konkurrere på pris. At tilfellet enkelt kunne bli ansett som eller utvikle seg til et ulovlig kartell kan kanskje begrunne hvorfor EU-domstolen ikke presiserte at det kun er enkelte former for informasjonsutveksling som anses som en formålsrestriksjon.⁶⁵

Uttalelsene i *T-Mobile* bærer klart preg av de konkrete markedsforholdene som forelå. Likevel skaper uttalelsene usikkerhet om hvilken terskel som gjelder for formålsalternativet siden EU-domstolen uttaler generelt at ”*the concerted practice must simply be capable ... of*” (min kursivering).⁶⁶ Uttalelsen viser til samarbeidskriteriet generelt og ikke til et samarbeid i form av informasjonsutveksling. Senere rettspraksis bekrefter denne usikkerheten ved at det vises til samme eller tilsvarende terskelkrav for vurderingstemaet.

En dom som direkte legger til grunn terskelen i *T-Mobile* er *Allianz Hungária*.⁶⁷ Dommen gjaldt vertikale prisavtaler mellom bilforhandlere og forsikringsselskaper. EU-domstolen viser til en mer detaljert analyse utover det som tidligere har blitt lagt til grunn ved uttalelsen om at det er nødvendig å vurdere markedets struktur, tilgangen på alternative

⁶¹ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 43.

⁶² Tilsvarende Bailey (2012), s. 590.

⁶³ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 34.

⁶⁴ Sak C-7/95 P, *John Deere*, EU:C:1998:256.

⁶⁵ Se også Jones og Sufrin (2014), s. 214.

⁶⁶ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 31, bekrefter generaladvokatens forslag til avgjørelse i *T-Mobile*, EU:C:2009:110, avsnitt 46 og 49.

⁶⁷ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160, avsnitt 38.

distribusjonskanaler og foretakenes markedsandeler.⁶⁸ Dommen er illustrerende for at vurderingstemaet i *T-Mobile* er såpass vidt og upresist at det kan medføre at det åpnes opp for en omstendelig vurdering. Det kan videre føre til at formålskategorien utvides.⁶⁹

Tilsvarende terskel er lagt til grunn i *Premier League* hvor EU-domstolen uttalte at kravet er at avtalen må være ”liable to impair competition”.⁷⁰ I *Pierre Fabre* ble dette uttalt som et krav om at avtalen må være ”liable to restrict competition”.⁷¹ De oppstilte tersklene i disse dommene kan sammen med *T-Mobile* anses for å gi anvisning om en lavere terskel enn det som ble lagt til grunn i *STM* om ”sufficiently deleterious”.⁷²

Høyesterett legger tilsvarende til grunn at det rettslige vurderingstemaet er at avtalen må være egnet til å være konkurransebegrensende.⁷³ Dette ble også lagt til grunn av lagmannsretten i *Ski/Follo Taxi* under en henvisning til uttalelsen i Høyesterett.⁷⁴ Det har derimot ganske nylig blitt reist tvil om dette vurderingstemaet er i tråd med den seneste praksisen i EU.⁷⁵

Høyesterett kan også anses for å være av den oppfatning at formålsalternativet er uklart på bakgrunn av at Høyesterett har bedt om en forhåndsavgjørelse fra EFTA-domstolen om anvendelsen av formålsalternativet i EØS-avtalen artikkel 53. Spørsmålet lyder slik:

”What is the legal test when determining whether an agreement between undertakings has a competition-restricting object within the meaning of Article 53 EEA? In this context, is it sufficient in order to be able to categorise a form of conduct as an infringement by object pursuant to Article 53 EEA, that the cooperation is capable of restriction competition?”⁷⁶

Spørsmålet er om det er i tråd med dagens rettstilstand å legge til grunn dette vurderingstemaet på bakgrunn av EU-domstolens nylige uttalelser.

⁶⁸ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160, avsnitt 48.

⁶⁹ Se oppgavens punkt 3.1.

⁷⁰ Forente saker C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, EU:C:2011:631, avsnitt 140.

⁷¹ Sak C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, avsnitt 38.

⁷² Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

⁷³ Rt-2012-1556 (Gran/Ekran), avsnitt 64 og 65, se også Hjelmeng (2012), s. 15 som hevder *egnet til* er i tråd med praksisen i EU – men skrevet før den senere utviklingen i rettspraksis.

⁷⁴ LB-2013-75034 (*Ski/Follo Taxi*), s. 13.

⁷⁵ Bakgrunnen er sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204.

⁷⁶ Sak E-03/16, *Ski/Follo Taxi*, punkt 1. a), sendt 19. februar 2016, uttalelse foreligger ikke per 31.05.16.

2.2.3 *Groupement des cartes bancaires* – “a sufficient degree of harm to competition”

I *CB* uttalte EU-domstolen at

”*the essential legal criterion* for ascertaining whether coordination between undertakings involves such a restriction ‘by object’ is the finding that such coordination *reveals in itself a sufficient degree of harm to competition*” (min kursivering).⁷⁷

Ordlyden tilsier at det foreligger en viss terskel for å anse en avtale som en formålsrestriksjon dersom kravet er at en tilstrekkelig begrensning av konkurransen må fremgå av avtalen. Dette kan også sies å innebære at avtalen med tilstrekkelig klarhet må vise at det foreligger en konkurransebegrensning. Sammenliknet med terskelen oppstilt i *T-Mobile* kan dette anses for å vise til en strengere vurdering. Det innebærer at det skal mer til for å konkludere med at det foreligger et konkurransebegrensende formål dersom dette vurderingstemaet legges til grunn.

Spørsmålet er om EU-domstolen i *CB* tydeligere presiserer kravet til det rettslige vurderingstemaet. Dommen gjaldt en avtale mellom en sammenslutning av franske banker som kunne bekjempe ”free-riding” i betalingskortsystemet. Dommen kan kanskje tolkes i retning av at EU-domstolen er klarere på hvordan et konkurransebegrensende formål skal vurderes før det kan konkluderes med at det foreligger en formålsrestriksjon. EU-domstolen viser til at de rettslige vurderingskriteriene som inngår i vurderingstemaet er at visse avtaletyper ”by their very nature” anses som ”so likely to have negative effects” at det kun er nødvendig å vurdere virkninger dersom ”a sufficient degree of harm to competition” ikke fremgår av avtalen.⁷⁸ Uttalelsene viser at formålsvurderingen må ta utgangspunkt i avtalen som foreligger. Formålsrestriksjonen må fremgå av avtalen i seg selv,⁷⁹ men det er derimot ikke tilstrekkelig kun å konstatere at en bestemt avtaletype foreligger siden en

⁷⁷ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 57.

⁷⁸ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 50 til 52.

⁷⁹ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 50.

formålsrestriksjon må påvises i det konkrete tilfellet.⁸⁰ Terskelkravet som oppstilles medfører at avtalen i tillegg må vise til en tilstrekkelig begrensning av konkurransen.⁸¹

Det kan videre utledes av dommen at utgangspunktet for vurderingen er om avtalen erfaringsmessig utgjør en formålsrestriksjon. EU-domstolen uttaler at ”certain collusive behavior, such as that leading to horizontal price-fixing by cartels, may be considered so likely to have negative effects” at det er overflødig å vurdere konkrete virkninger.⁸² Dette følges opp av en uttalelse om at ”experience shows that such behavior” fører til produksjonsfall og prisøkning med en lite effektiv ressursallokering, spesielt til skade for forbrukerne.⁸³ Henvisningen til horisontale priskarteller kan derimot tale for at erfaring kun er relevant for visse avtaletyper som klart anses som konkurranseskadelig på erfaringsmessig grunnlag. Hvilke avtaletyper dette gjelder vil drøftes i punkt 2.4. Det kan derimot ikke utledes av *CB* hvilken betydning erfaring har for formålsvurderingen.⁸⁴

Dersom det foreligger en avtale som ikke klart har noe erfaringsmessig grunnlag kan det legges til grunn at det må foretas en viss økonomisk vurdering for å avgjøre om avtalen i seg selv er konkurranseskadelig. Dette må også kanskje gjelde for avtaletyper som anses konkurranseskadelig på erfaringsmessig grunnlag siden *CB* ikke er klar på hvilken betydning erfaring har for formålsvurderingen. Dette må ses i sammenheng med at ”regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part”.⁸⁵ *CB* er derimot ikke helt klar på hvor inngående vurdering som må foretas etter formålsvurderingen. Dette vil drøftes under punkt 2.3.3 ved behandlingen av økonomisk og rettslig kontekst.

⁸⁰ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 70 viser til at Underretten ikke forklarte hvordan avtalen var formålsrestriktiv, se også forente saker C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, EU:C:2011:631, avsnitt 137 viser til at ”the mere fact ... is not sufficient to justify the finding that such an agreement has an anti-competitive object”.

⁸¹ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 52.

⁸² Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 51.

⁸³ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 51. Se også generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:1958, avsnitt 79 om at erfaring er et relevant referansepunkt og at dette kan defineres som ”what can traditionally be seen to follow from economic analysis”.

⁸⁴ Se derimot punkt 2.3.3 om sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26.

⁸⁵ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 53.

EU-domstolen har i flere senere dommer lagt til grunn at vurderingstemaet er om en tilstrekkelig begrensning av konkurransen fremgår av avtalen i seg selv.⁸⁶ Spørsmålet er om *CB* foretar et oppgjør med den lavere terskelen i *T-Mobile* om når det rettslige vurderingstemaet i formålsalternativet er oppfylt.

Det som taler i retning av at *CB* avklarer rettsstilstanden om det rettslige vurderingstemaet er at EU-domstolen konkluderer med at Underretten gjorde en rettsanvendelsesfeil. EU-domstolen viser til at Underretten ”erred in law with regard to the definition of the relevant legal criteria in order to assess whether there was a restriction of competition by ‘object’” fordi Underretten la til grunn den lavere terskelen i *T-Mobile* og ikke terskelen i *CB*.⁸⁷ EU-domstolen uttalte at selv om Underretten vurderte hvordan avtalen var egnet til å begrense konkurransen, kunne ikke dette begrunne hvordan en tilstrekkelig konkurransebegrensning kunne fremgå av avtalen.⁸⁸ Underretten viste dermed ikke til de rettslige vurderingskriteriene om at det klart må fremgå av avtalen i seg selv at formålsrestriksjonen fører til en tilstrekkelig begrensning av konkurransen.⁸⁹ Dette kan tolkes slik at EU-domstolen tar avstand fra terskelen oppstilt i *T-Mobile*. Synspunktet støttes av at EU-domstolen annullerer Underrettens dom i sin helhet ved uttalelsen om at ”a general failure of analysis by the General Court ... reveal the lack of a full and detailed examination”⁹⁰. Det kan dermed legges til grunn at *T-Mobile* stiller for lempelige krav til det rettslige vurderingstemaet i formålsvurderingen.

En dom avsagt av EU-domstolen i januar 2016 – *Toshiba*⁹¹ – støtter synspunktet om at *CB* i stor grad kan sies å ha oppklart uklarheten etter *T-Mobile*. Dommen gjentar i stor utstrekning det samme som *CB*, men er kanskje enda klarere på hva som utgjør det rettslige vurderingstemaet. Det skyldes uttalelsen om at visse avtaler anses som formålsrestriksjoner fordi de ”can be regarded, by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition”.⁹² Dette kan sies å avklare at ”by their very nature” utgjør selve

⁸⁶ Sak C-345/14, *SIA Maxima Latvija*, EU:C:2015:784, avsnitt 20, sak C-172/14, *ING Pensii*, EU:C:2015:484, avsnitt 31, sak C-286/13 P, *Dole Food*, EU:C:2015:184, avsnitt 117, sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 27.

⁸⁷ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 56 og 57 jf. 55.

⁸⁸ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 69 og 70.

⁸⁹ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 55 om gjengivelsen av Underrettens dom i T-491/07, avsnitt 124 og 125.

⁹⁰ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 89 jf. 99.

⁹¹ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26.

⁹² Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 26.

begrunnelsen for formålsalternativet. Videre presiserer EU-domstolen at vurderingstemaet er om avtalen ”reveals a sufficient degree of harm to competition”.⁹³

Oppsummert kan *CB* og *Toshiba* sies å klarlegge det rettslige vurderingstemaet i formålsvurderingen om at det foreligger en formålsrestriksjon dersom avtalen ”reveals in itself a sufficient degree of harm to competition”.

2.2.4 Konklusjon

Det kan legges til grunn at det har skjedd en delvis klargjøring gjennom rettspraksis om det rettslige vurderingstemaet i formålsvurderingen. At det foreligger et konkurransebegrensende formål dersom avtalen ”reveals in itself a sufficient degree of harm to competition”⁹⁴ reflekterer uttalelsen i *STM* om at avtalen må være ”sufficiently deleterious”.⁹⁵ Dette taler for at EU-domstolen går tilbake til opprinnelig rettstilstand.⁹⁶

Henvisningen i både *CB* og *Toshiba* til erfaringsmessig kunnskap taler for at erfaring har en større plass i vurderingen enn tidligere. Samtidig kan det stilles spørsmål om vurderingstemaet er vanskeligere å anvende i praksis på bakgrunn av at det ikke er helt klart hvor inngående økonomisk vurdering som må foretas, særlig dersom det ikke foreligger et tilfelle som erfaringsmessig fremstår som klart.⁹⁷ Oppgaven vil videre drøfte vurderingsmomentene som inngår i formålsvurderingen, hvor særlig punkt 2.3.3 om kontekstanalysen er sentralt for det rettslige vurderingstemaet.

⁹³ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 27.

⁹⁴ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 52 og 53.

⁹⁵ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

⁹⁶ Se også Whish og Bailey (2015), s. 126.

⁹⁷ Whish og Bailey (2015), s. 127 fremstår som noe skeptiske til en mer inngående økonomisk vurdering fordi det kan undergrave samspeilet mellom formål og virkning.

2.3 Vurderingsmomentene i formålsvurderingen

2.3.1 Avtalens innhold og partenes opptreden

For å avgjøre om en avtale har et konkurransebegrensende formål må det, som nevnt i punkt 2.2.3 ovenfor, foretas en konkret vurdering av avtalens bestemmelser, hva avtalen søker å oppnå og den økonomiske og rettslige konteksten avtalen inngår i.⁹⁸

Det første som må vurderes er avtalens innhold. Det innebærer både ordlyden i avtalens bestemmelser og det avtalen søker å oppnå. I *STM* uttalte EU-domstolen at en formålsrestriksjon ”must result from all or some of the clauses of the agreement itself”.⁹⁹ *General Motors* viser tilsvarende til ”the terms of the agreement”.¹⁰⁰ Senere rettspraksis presiserer at det i tillegg til ordlyden i avtalens bestemmelser må tas hensyn til hva avtalen søker å oppnå.¹⁰¹ Det er dermed klart at en formålsrestriksjon må fremgå av avtalens innhold. Innholdet kan videre fremgå av det partene har skrevet, sagt eller gjort.¹⁰² Det kan dermed være nødvendig å vurdere partenes opptreden for å finne ut hvilket meningsinnhold partene har tillagt avtalen.

Et eksempel på at avtalens innhold var avgjørende er *BIDS*.¹⁰³ Dommen gjaldt en avtale mellom kjøttprodusenter i en kriserammet industri om å redusere overkapasitet. EU-domstolen konkluderte med at det forelå et konkurransebegrensende formål på bakgrunn av at avtalen søkte å endre markedsstrukturen ved å få konkurrenter til å forlate markedet.¹⁰⁴ Det ble vist til at avtalen strider mot kravet om at ”each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt”.¹⁰⁵ Selv om avtalen var midlertidig kunne den felles policyen som fremgikk av avtalens innhold føre til en begrensning av konkurransen mellom aktørene som ble på markedet.

⁹⁸ Forente saker C-501/06 P mfl., *GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, avsnitt 58, sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 27, forente saker C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, EU:C:2011:631, avsnitt 136, sak C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, avsnitt 47, sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160, avsnitt 36, sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 53, mfl.

⁹⁹ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

¹⁰⁰ Sak C-551/03 P, *General Motors*, EU:C:2006:229, avsnitt 66.

¹⁰¹ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 21, forente saker C-501/06 P mfl., *GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, avsnitt 58.

¹⁰² Bailey (2012), s. 576.

¹⁰³ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643.

¹⁰⁴ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 31.

¹⁰⁵ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 34.

Det er videre klart at partenes opptreden kan være bevis i seg selv for at det foreligger en formålsrestriksjon. Det følger allerede av ordlyden i TEUV artikkel 101 første ledd at formålsalternativet er anvendelig så lenge samarbeidskriteriet er oppfylt.¹⁰⁶ *T-Mobile* er et eksempel på at partenes opptreden kan være tilstrekkelig som bevis.¹⁰⁷ Kun ett møte mellom markedsaktører i et oligopol ble ansett for å ha et konkurransebegrensende formål fordi det ble presumert at partene tok i betraktning informasjonsutvekslingen så lenge de ble på markedet.¹⁰⁸

I tillegg kan partenes opptreden bidra til å belyse avtalens innhold. Et eksempel er *IAZ* hvor EU-domstolen konkluderte med at avtalen var formålsrestriktiv fordi den kunne føre til at parallellimport av vaskemaskiner og oppvaskmaskiner ble vanskelig eller umulig.¹⁰⁹ EU-domstolen uttalte at ”the intention of hindering parallel imports is also apparent from the steps taken ... after the conclusion of the agreement” (min kursivering).¹¹⁰

Avgjørende er at avtalens innhold, herunder partenes handlemåte, klart viser at det foreligger en formålsrestriksjon. Det følger av begrunnelsen for formålsalternativet om at en formålsrestriksjon må fremgå av avtalen i seg selv. Avtalens innhold utgjør dermed utgangspunktet for formålsvurderingen.

2.3.2 Partenes hensikt

Det følger av rettspraksis at ”[the parties’] intention is not a necessary factor in determining whether an agreement has such a restriction as its object” (min kursivering).¹¹¹ Det innebærer at partenes hensikt ikke er avgjørende i vurderingen av om avtalen har et konkurransebegrensende formål. Det må dermed foretas en vurdering på bakgrunn av hva avtalen rent objektivt fremmer. At formålsvurderingen er objektiv skyldes først og fremst at det er konkurransen som er beskyttelsesverdig.¹¹²

¹⁰⁶ At en samordnet opptreden på samme måte som en avtale kan begrense konkurransen er presisert i sak C-199/92 P, *Hüls*, EU:C:1999:358, avsnitt 164.

¹⁰⁷ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343.

¹⁰⁸ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 62.

¹⁰⁹ Forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, *IAZ*, EU:C:1983:310, avsnitt 27.

¹¹⁰ Forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, *IAZ*, EU:C:1983:310, avsnitt 24.

¹¹¹ Sak C-551/03 P, *General Motors*, EU:C:2006:229, avsnitt 77, se også sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 27, sak 19/77, *Miller*, EU:C:1978:19, avsnitt 18, forente saker 29/83 og 30/83, *CRAM*, EU:C:1984:130, avsnitt 26.

¹¹² Blant annet presisert i forente saker C-501/06 P mfl., *GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, avsnitt 63, og sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 38.

En konsekvens av den objektive vurderingen er at det er irrelevant om partene argumenterer for at hensikten ikke var å begrense konkurransen. I *BIDS* hevdet partene at hensikten med de avtalte ordningene ikke var å begrense konkurransen eller forbrukervelferden, men å rasjonalisere kjøttindustrien ved å redusere overkapasitet for å gjøre den mer konkurransedyktig.¹¹³ EU-domstolen uttalte at partenes hensikt var uten betydning i vurderingen.¹¹⁴ Det følger av dette at det også er uten betydning om kun én eller alle parter subjektivt søkte å begrense konkurransen. I *CRAM* uttales det at ”it is not necessary to inquire which of the two contracting parties took the initiative in inserting any particular clause or to verify that the parties had a common intent”.¹¹⁵ Tilsvarende uttales det i *IAZ* at formålsrestriksjonen ”is not invalidated by the fact that it has not been established that it was the intention of all the parties to the agreement to restrict competition”.¹¹⁶

Avtalen kan anses for å ha et konkurransebegrensende formål selv om den også har legitime grunner.¹¹⁷ *BIDS* er illustrerende ved at det var uten betydning at avtalene kunne bidra til å hjelpe den kriserammede industrien.¹¹⁸ Et annet eksempel er *Chemiefarma* hvor det var uten betydning at avtalen hadde blitt inngått på et tidspunkt hvor det var høy etterspørsel og en betydelig mangel på råmaterialer.¹¹⁹ I *IAZ* var det på samme måte uten betydning at formålet var å beskytte folkehelsen.¹²⁰ Dommene viser at selv om det foreligger et legitimert formål er dette uten betydning så lenge avtalen objektivt har et konkurransebegrensende formål.

Selv om rettspraksis legger til grunn at partenes hensikt ikke utgjør en nødvendig faktor kan det likevel være relevant som moment.¹²¹ Dette er derimot ikke tilstrekkelig dersom avtalen i seg selv ikke begrenser konkurransen. Det skyldes begrunnelsen for formålsalternativet om at en formålsrestriksjon må fremgå av avtalen i seg selv. I *General Motors* konkluderte EU-domstolen med at det var rettmessig av Underretten å ta i betraktning partenes subjektive hensikt om å begrense parallellhandel.¹²² Det følger også av *IAZ* at EU-domstolen tok i betraktning at en part på et møte i forkant av avtaleinngåelsen uttalte at den anså ”the

¹¹³ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 19.

¹¹⁴ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 21 og 39.

¹¹⁵ Forente saker 29/83 og 30/83, *CRAM*, EU:C:1984:130, avsnitt 26.

¹¹⁶ Forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, *IAZ*, EU:C:1983:310, avsnitt 25.

¹¹⁷ Sak C-551/03 P, *General Motors*, EU:C:2006:229 avsnitt 64, se også King (2011), s. 281.

¹¹⁸ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 21.

¹¹⁹ Sak 41/69, *ACF Chemiefarma*, EU:C:1970:71, avsnitt 127.

¹²⁰ Forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, *IAZ*, EU:C:1983:310, avsnitt 25.

¹²¹ Sak C-551/03 P, *General Motors*, EU:C:2006:229, avsnitt 78, sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 27.

¹²² Sak C-551/03 P, *General Motors*, EU:C:2006:229, avsnitt 79 jf. 27.

proposed agreement as a "weapon" against parallel imports".¹²³ Det følger av dette at partenes hensikt kun kan legges til grunn som støttebevis i vurderingen.

Det er likevel hevdet at partenes hensikt kan være tilstrekkelig for å oppstille en formålsrestriksjon. Odudu mener partenes hensikt om å begrense konkurransen i seg selv kan være grunnlag for presumpsjonen om at det foreligger et konkurransebegrensende formål.¹²⁴ Odudu hevder dette fremgår av *BIDS* hvor EU-domstolen uttaler at avtalen "intended to encourage the withdrawal of competitors"¹²⁵.¹²⁶ Til støtte for synspunktet viser Odudu til at generaladvokaten uttalte at avtalen "appears to be aimed at an appreciable restriction of competition".¹²⁷ EU-domstolens uttalelse kan derimot også tolkes i retning av at det klart fremgikk av avtalen på objektivt grunnlag at den søkte å begrense konkurransen. En slik tolkning samsvarer også med EU-domstolens øvrige rettspraksis. Det er dermed tvilsomt om Odudus synspunkt er riktig.

Odudu viser videre til at generaladvokaten uttaler at formålsalternativet kan anses som en form for "inchoate offence", det vil si en slags forsøksbetraktning liknende den i strafferetten, og at partenes hensikt derfor må tas i betraktning.¹²⁸ Bailey har tilsvarende uttalt at forsøk på å begrense konkurransen ofte er like problematisk som en faktisk begrensning av konkurransen.¹²⁹ Det kan likevel ikke utledes av uttalelsen at Bailey mener at partenes hensikt er tilstrekkelig. Det er vanskelig å se hvordan en forsøksbetraktning kan tale for at partenes hensikt kan være tilstrekkelig når det er konkurransen som er beskyttelsesverdig innenfor konkurranseretten.¹³⁰ At vurderingen er objektiv skyldes at en avtale kan være formålsrestriktiv selv om partene ikke hadde til hensikt å begrense konkurransen. På samme måte kan det legges til grunn at en avtale ikke nødvendigvis er formålsrestriktiv selv om partene faktisk hadde til hensikt å begrense konkurransen. Partenes subjektive hensikt sier dermed ikke noe om hvordan avtalen vil påvirke konkurransen.

¹²³ Forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, *IAZ*, EU:C:1983:310, avsnitt 24.

¹²⁴ Odudu (2008), s. 16 og 17.

¹²⁵ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 31.

¹²⁶ Odudu (2008), s. 16.

¹²⁷ Generaladvokaten i *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:467, avsnitt 77, Odudu (2008), s. 16.

¹²⁸ Odudu (2008), s. 17 note 42, generaladvokaten i *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:467, avsnitt 46.

¹²⁹ Bailey (2012), s. 579.

¹³⁰ Forente saker C-501/06 P mfl., *GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, avsnitt 63, sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 38, se også Kolstad og Ryssdal (2007), s. 265.

Synspunktet om at partenes hensikt i seg selv kan oppstille en formålsrestriksjon har ikke særlig støtte i rettspraksis. Det foreligger ingen dommer som viser at partenes hensikt er tilstrekkelig. Rettspraksis gir kun veiledning om at partenes hensikt ikke er nødvendig for at det skal foreligge et konkurransebegrensende formål.

2.3.3 Økonomisk og rettslig kontekst

I tillegg til en objektiv vurdering av avtalens innhold, herunder partenes handlemåte, må avtalen vurderes i lys av den økonomiske og rettslige konteksten den inngår i. Det innebærer at omstendigheter utenfor partenes kontroll må tas i betraktning. Dette ble først uttalt i *STM* som henviste til økonomisk kontekst,¹³¹ og videre presisert i *Consten/Grundig* som et krav om økonomisk og rettslig kontekst.¹³² Rettspraksis har senere lagt til grunn dette som sikker rett.¹³³

At konteksten må tas i betraktning viser at det er den økonomiske virkningen av avtalen som er viktig.¹³⁴ Det må dermed foretas en individuell og konkret vurdering av den faktiske sammenhengen avtalen inngår i. Resultatet er at avtalen ikke kan anses som en formålsrestriksjon dersom omstendighetene viser at avtalen ikke vil påvirke konkurransen negativt.

Det er klart at kontekstanalysen i formålsvurderingen ikke er det samme som en vurdering av avtalens konkrete eller potensielle virkning. I stedet kan omstendighetene rundt avtalen anses som en viktig realitetssjekk,¹³⁵ noe som innebærer at konteksten kan sies å utgjøre en subsidiær del av analysen i formålsvurderingen.¹³⁶ Kontekstanalysen kan dermed tale for en mer helhetlig vurdering av avtalens innhold uten at det skal foretas en omstendelig vurdering som ved virkning. Selv om en detaljert markedsanalyse er utelukket innebærer dette likevel en

¹³¹ Sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 249.

¹³² Forente saker 56 og 58-64, *Consten/Grundig*, EU:C:1966:41, s. 343.

¹³³ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 15, forente saker C-501/06 P mfl., *GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, avsnitt 58, mfl.

¹³⁴ Illustrerer at både formålsvurderingen og virkningsvurderingen innebærer en økonomisk analyse av avtalens virkninger, jf. sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 248.

¹³⁵ Bailey (2012), s. 586.

¹³⁶ Bailey (2012), s. 583.

viss markedsanalyse.¹³⁷ Det er derfor nærliggende å omtale også formålsvurderingen som en form for konkurranseanalyse.¹³⁸

Kontekstanalysen kan gi veiledning om hvordan avtalen vil påvirke markedet. Dersom avtalen i seg selv tilsier at det foreligger en formålsrestriksjon kan konteksten bekrefte eller avkrefte at det er tilfelle. Det fremgår klart av rettspraksis at konteksten kan bekrefte at avtaler som i seg selv tilsier en tilstrekkelig konkurransebegrensning faktisk har et konkurransebegrensende formål. Et eksempel på dette er *Toshiba*.¹³⁹ Dommen gjaldt en markedsdelingsavtale, og EU-domstolen foretok kun en kontrollsjekk av om partene var konkurrenter før de konkluderte med at det forelå et konkurransebegrensende formål.¹⁴⁰ At kontekstanalysen var minimal skyldes at en markedsdelingsavtale utelukkende er formålsrestriktiv så lenge avtalen er inngått mellom faktiske eller potensielle konkurrenter. Et annet eksempel på at konteksten kunne bekrefte en formålsrestriksjon er *Premier League*.¹⁴¹ Dommen gjaldt eksklusive lisensavtaler mellom en innehaver av immaterielle rettigheter og en tv-distributør. EU-domstolen uttalte at eksklusive lisensavtaler er en form for områdebeskyttelse som er ”deemed to have as its object the restriction of competition” med mindre det fremgår av konteksten at avtalen ikke kan begrense konkurransen.¹⁴² Dommen illustrerer at EU-domstolen anerkjenner at konteksten kan utelukke en formålsrestriksjon.¹⁴³ Det ble derimot ikke tatt særlig hensyn til konteksten før det ble konkludert med at avtalene hadde et konkurransebegrensende formål. Dette kan sies å være begrunnet med at distributørene fikk områdebeskyttelse der hvor lisensen gjaldt slik at all konkurranse mellom distributørene ble eliminert.¹⁴⁴

I *Coop de France* bekreftet også konteksten at det forelå en formålsrestriksjon.¹⁴⁵ Dommen gjaldt en avtale mellom nasjonale sammenslutninger av bønder og slaktere om midlertidig stans av kjøttimport og fastsetting av minimum videresalgspriser. Dommen viser at det kan foreligge en formålsrestriksjon selv om avtalen inngår i særegne omstendigheter. Avtalen ble inngått for at bøndene kunne livnære seg i en tid hvor industrien var i krise, og nasjonale

¹³⁷ Evensen og Sæveraas (2009), s. 133.

¹³⁸ Se overskriften i oppgavens punkt 2.

¹³⁹ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26.

¹⁴⁰ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 30 til 34.

¹⁴¹ Forente saker C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, EU:C:2011:631.

¹⁴² Forente saker C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, EU:C:2011:631, avsnitt 140.

¹⁴³ Bailey (2012), s. 561.

¹⁴⁴ Forente saker C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, EU:C:2011:631, avsnitt 142.

¹⁴⁵ Forente saker C-101/07 P og C-110/07 P, *Coop de France*, EU:C:2008:741.

myndigheter var delvis involvert i prosessen. Selv om partene ble oppfordret til å inngå avtalen konkluderte EU-domstolen med at Underretten hadde foretatt en riktig kontekstanalyse da de kom til at det forelå en formålsrestriksjon ved at avtalen søkte å beskytte det franske markedet og dermed begrense konkurransen på det felles europeiske markedet, samtidig som konkurransen mellom partene ble begrenset som en følge av at de forpliktet seg til de minimum videresalgsprisene.¹⁴⁶ Kontekstanalysen bekreftet at avtalen ville være skadelig for markedet selv om det forelå særegne omstendigheter. Dommen kan illustrere at det skal noe til før konteksten kan avkrefte en formålsrestriksjon som fremgår av avtalen.¹⁴⁷

Rettspraksis viser at konteksten kan føre til at avtaler som i utgangspunktet tilsier en tilstrekkelig konkurransebegrensning likevel ikke anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Et eksempel på at konteksten kunne avkrefte en formålsrestriksjon er *Javico*.¹⁴⁸ Dommen gjaldt områdebeskyttelse ved at det forelå en begrensning på distributørens salg og frie kundevalg. Dette ble likevel ansett for å gi produsenten sikkerhet for å komme inn på markedet i etableringsfasen ved at det ble sikret at et tilstrekkelig stort volum kunne tilbys, og det forelå ingen formålsrestriksjon fordi avtalen ikke kunne påvirke samhandelen negativt siden avtalen ikke begrenset distributørens salg innenfor EU.¹⁴⁹ Den økonomiske konteksten var dermed utslagsgivende for at det ikke forelå en formålsrestriksjon. Et eksempel på at en formålsrestriksjon ble avkreftet på bakgrunn av rettslig kontekst er Underrettens dom i *GSK* som også gjaldt områdebeskyttelse.¹⁵⁰ Denne dommen kan likevel anses som mer tvilsom siden det ikke er klart om EU-domstolen er enig i Underrettens argumentasjon om at den offentlige reguleringen kunne avkrefte at det forelå en formålsrestriksjon. EU-domstolen opphevet delvis dommen, men det synes som dette kun ble gjort fordi Underretten feilaktig la til grunn at avtalen måtte føre til ”disadvantages for final consumers”.¹⁵¹ EU-domstolen kritiserte ikke Underrettens uttalelse om at de konkrete virkningene måtte vurderes.¹⁵²

¹⁴⁶ Forente saker C-101/07 P og C-110/07 P, *Coop de France*, EU:C:2008:741, avsnitt 86, forente saker T-217/03 og T-245/03, *Coop de France*, EU:T:2006:391, avsnitt 82 og 85.

¹⁴⁷ Se også Jones og Sufrin (2014), s. 226.

¹⁴⁸ Sak C-306/96 *Javico*, EU:C:1998:173.

¹⁴⁹ Sak C-306/96 *Javico*, EU:C:1998:173, avsnitt 19.

¹⁵⁰ Sak T-168/01, *GlaxoSmithKline*, EU:T:2006:265.

¹⁵¹ Forente saker C-501/06 P mfl., *GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, avsnitt 64.

¹⁵² Sak T-168/01, *GlaxoSmithKline*, EU:T:2006:265, avsnitt 147. Se også generaladvokaten i *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:1958, avsnitt 48 og 49.

Det er derimot ikke avklart i rettspraksis om konteksten kan ha betydning utover å bekrefte eller avkrefte en formålsrestriksjon som fremgår av avtalen.¹⁵³ Et uklart spørsmål er om konteksten kan etablere en formålsrestriksjon uten at det fremgår av avtalen i seg selv. Det klareste eksempelet i rettspraksis på at dette er mulig er *Allianz Hungária*.¹⁵⁴ Dommen gjaldt vertikale prisavtaler mellom bilforhandlere og forsikringsselskaper. En formålsrestriksjon fremgikk ikke klart av avtalene, og det var konteksten som var utslagsgivende for at EU-domstolen kom til at det forelå et konkurransebegrensende formål. Det er derimot usikkert om konteksten kan etablere en formålsrestriksjon da EU-domstolen la til grunn at det kunne foretas en detaljert analyse i formålsvurderingen som utvidet kontekstanalysen sammenliknet med tidligere rettspraksis. EU-domstolen uttalte at det skal tas hensyn til markedsstrukturen, mulige alternative distribusjonskanaler samt viktigheten av disse og markedsandelen til de involverte foretakene.¹⁵⁵ Dette viser til en inngående analyse av markedsforholdene som åpner opp for en bred vurdering av økonomisk og rettslig kontekst. Dommen er illustrerende for kritikken om at et for vidt vurderingstema kan føre til at skillet mellom formål og virkning blir utydelig.¹⁵⁶ Kontekstanalysen er senere ikke brukt til å etablere en formålsrestriksjon og det er dermed usikkert om anvendelsen er riktig.¹⁵⁷

Allianz Hungária illustrerer at innholdet og anvendelsen av kontekstanalysen er uklart. *CB* kan derimot sies å avgrense den detaljerte markedsanalysen som oppstilles i *Allianz Hungária*.¹⁵⁸ EU-domstolen uttaler at ”it is necessary ... to take into consideration *all relevant aspects*” av den økonomiske og rettslige konteksten avtalen inngår i (min kursivering).¹⁵⁹ Videre skal det særlig tas i betraktning ”the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question”.¹⁶⁰ Dette viser at det stilles krav om en viss markedsanalyse selv om den ikke er like vid som i *Allianz Hungária*. *CB* avklarer likevel ikke hvor inngående kontekstanalyse som skal foretas. Selv om det skal tas særlig hensyn til arten av aktuelle varer eller tjenester samt markedets konkrete funksjon og struktur, kan kontekstanalysen ikke anses som begrenset til dette siden

¹⁵³ Generaladvokaten i *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:1958, avsnitt 44 mener konteksten ikke er relevant til annet enn å bekrefte eller avkrefte en formålsrestriksjon av hensynet til skillet mot virkningsvurderingen. Se også Hjelmeng og Sørgard (2014), s. 462.

¹⁵⁴ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160.

¹⁵⁵ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160, avsnitt 48.

¹⁵⁶ Whish og Bailey (2015), s. 127.

¹⁵⁷ Generaladvokaten i *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:1958, avsnitt 139 uttaler at ”the examination of the context cannot remedy the failure actually to identify an anticompetitive object”.

¹⁵⁸ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204.

¹⁵⁹ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 78 jf. 53.

¹⁶⁰ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 53 samt 78.

alle relevante omstendigheter skal tas i betraktning. Hvilke omstendigheter som er relevante i et konkret tilfelle er dermed et tolknings spørsmål.

En uttalelse fra generaladvokaten i *BIDS* kan gi veiledning om hvor inngående kontekstanalyse som kan foretas. Generaladvokaten uttaler at det som inngår i kontekstanalysen kun er ”the elements of the legal and economic context *which would cast doubt on the existence of a restriction of competition*” (min kursivering).¹⁶¹ Uttalelsen taler for at det kun er omstendigheter som gjør det tvilsomt om det foreligger en konkurransebegrensning som er relevante i kontekstanalysen. Synspunktet kan derimot ikke legges til grunn som gjeldende rett siden det ikke er bekreftet av EU-domstolen.¹⁶² Det kan likevel sies å ha en viss støtte i *CB* ved at det er de relevante omstendighetene som skal vurderes.

At alle relevante omstendigheter skal tas i betraktning innebærer at den økonomiske virkningen av avtalen får en større plass i den konkrete vurderingen.¹⁶³ Dette er særlig viktig dersom avtalen skal fungere under særegne forhold som kan medføre at en konkurransebegrensning er utelukket. *CB* er illustrerende da EU-domstolen uttalte at en konkurranseskade ikke kunne påvises med mindre begge markedene av det tosidige markedet ble vurdert.¹⁶⁴ Konteksten ble dermed brukt på en annen måte enn i *Allianz Hungária*.

Det kan legges til grunn at kontekstanalysen fremdeles er noe uklar etter *CB*. Selv om det er klart at kontekstanalysen stiller krav om en viss markedsanalyse på bakgrunn av relevante omstendigheter, er det ikke helt klart hvor inngående vurdering som må foretas. Det følger likevel av rettspraksis at en viss markedsanalyse ikke nødvendigvis kreves i alle tilfeller.¹⁶⁵ En dom som kan sies å bekrefte at formålsrestriksjoner i enkelte tilfeller mer eller mindre kan forutsettes er *Toshiba*.¹⁶⁶ Dommen gjaldt en markedsdelingsavtale mellom europeiske og japanske transformatorprodusenter om ikke å selge i hverandres markeder. EU-domstolen viser til at markedsdelingsavtaler generelt utgjør alvorlige brudd på konkurransereglene, og at dette medfører at kontekstanalysen kan være ”limited to what is strictly necessary”.¹⁶⁷

¹⁶¹ Generaladvokaten i *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:467, avsnitt 50.

¹⁶² Særlig sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160 taler mot dette synspunktet.

¹⁶³ Sml. sak 56-65, *Société Technique Minière*, EU:C:1966:38, s. 248.

¹⁶⁴ Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 74.

¹⁶⁵ Sak 19/77, *Miller*, EU:C:1978:19, forente saker T-374/94 mfl., *European Night Services*, EU:T:1998:198, forente saker C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, EU:C:2011:631, sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26.

¹⁶⁶ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26.

¹⁶⁷ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 28 og 29.

Dommen kan tolkes i retning av at det stilles mindre krav til kontekst dersom det gjelder en avtale som erfaringsmessig anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Selv om det fremgår av *CB* at erfaring kan inngå i vurderingen kan *Toshiba* anses for å være klarere på hvilken betydning dette har.¹⁶⁸ Det innebærer at selv om det kreves at konteksten må tas i betraktning kan kontekstanalysen i visse tilfeller begrenses til et minimum. Hvilke avtaletyper dette er drøftes i punkt 2.4 nedenfor. *Toshiba* kan dermed også anses for å støtte synspunktet til generaladvokaten gjengitt ovenfor om at det kun er tvilsomme omstendigheter som skal tas i betraktning.

Gjennomgangen viser at hvor inngående kontekstanalyse som foretas beror på hva som fremgår av avtalen. Dersom en formålsrestriksjon klart fremgår av avtalen isolert sett utgjør kontekstanalysen kun en kontrollsjekk. I mindre opplagte tilfeller kan det legges til grunn at det foretas en viss virkningsanalyse for å vise at avtalen likevel utgjør en formålsrestriksjon. Denne virkningsanalysen illustreres nærmere i punkt 2.4.3. At anvendelsen av kontekstanalysen ikke skjer helt konsekvent er sannsynligvis et viktig bidrag til at vurderingstemaet er noe uklart utenom de helt klare formålsrestriksjonene.

2.4 Typetilfeller

2.4.1 Klare horisontale formålsrestriksjoner

Visse horisontale og vertikale avtaletyper kan omtales som typetilfeller fordi de gjennomgående anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Dette kan utledes av rettspraksis hvor EU-domstolen viser til tidligere dommer som angår en formålsstridig avtaletype tilsvarende avtaletypen i den aktuelle saken.¹⁶⁹ Kontekstanalysen medfører likevel at det ikke kan foretas en parallelltolkning. I *Toshiba* kan EU-domstolen sies å ha avklart at det kan opereres med typetilfeller ved at kontekstanalysen kan begrenses til det som er strengt nødvendig dersom det gjelder en avtale som erfaringsmessig anses som en formålsrestriksjon.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Sml. sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 51.

¹⁶⁹ Forente saker C-501/06 P mfl., *GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, avsnitt 59 viser til *Miller* og *BMW Belgium* om at avtaler om parallellhandel generelt omfattes, sak C-286/13 P, *Dole Food*, EU:C:2015:184, avsnitt 121 viser til *T-Mobile* om informasjonsutveksling mellom konkurrenter.

¹⁷⁰ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 28 og 29.

Flere horisontale avtaletyper kan legges til grunn som klare formålsrestriksjoner. Horisontale konkurransebegrensninger behandles strengt siden det angår faktiske eller potensielle konkurrenter på samme omsetningsnivå. Det klareste eksempelet på avtaler som gjennomgående begrenser konkurransen er horisontalt prissamarbeid.¹⁷¹ Det er uten betydning hvorvidt prissamarbeidet utgjør et åpenbart eller skjult kartell. At markedsaktører på samme omsetningsnivå konkurrerer på pris er helt sentralt for en velfungerende konkurranse. I *CB* uttalte EU-domstolen at erfaring viser at særlig horisontalt prissamarbeid ”leads to falls in production and price increases, resulting in poor allocation of resources to the detriment, in particular, of consumers”.¹⁷² Et eksempel er *ICI* som gjaldt et kartell om pristiltak i en kriserammet sektor.¹⁷³ EU-domstolen konkluderte med at et konkurransebegrensende formål ”resulted from its participation in the meetings”,¹⁷⁴ og at ”the existence of a crisis in the market cannot in itself preclude the anti-competitive nature of an agreement” (min kursivering).¹⁷⁵ Konteksten kunne ikke berettige pristiltakene selv om de skyldtes et forsøk på å redusere tap.¹⁷⁶ Dommen illustrerer at horisontalt prissamarbeid vurderes strengt.

I tillegg er markedsdeling og begrensning av produksjonsvolum og salgsvolum klare tilfeller som omfattes av formålsalternativet. Sammen med prissamarbeid fremgår disse av eksempellisten i TEUV artikkel 101 første ledd i bokstavene a) til c).¹⁷⁷ Markedsdeling kan innebære geografisk markedsdeling eller kundedeling, og et eksempel er *ACF Chemifarma* som blant annet gjaldt en eksportavtale i form av en ”Gentlemen’s agreement” som gav produsentene beskyttelse i hver sine innenlandske markeder.¹⁷⁸ Den formålsrestriktive korrespondansen mellom partene ble bekreftet på et etterfølgende møte samt av at ”the producers continued after the meeting ... to abide by the Gentlemen’s agreement”.¹⁷⁹ EU-domstolen uttalte at mangelen på råvarer og økningen i etterspørselen etter produktene ”cannot render lawful an agreement the object of which is to restrict competition”.¹⁸⁰ Videre var det uten betydning at avtalen ”might in practice have had less influence on competition and on international trade than in a normal period”.¹⁸¹ Da markedsdelingsavtalen åpenbart

¹⁷¹ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 257, Juuhl-Langseth mfl. (2015), s. 105.

¹⁷² Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, avsnitt 51.

¹⁷³ Forente saker C-238/99 P mfl., *ICI*, EU:C:2002:582.

¹⁷⁴ Forente saker C-238/99 P mfl., *ICI*, EU:C:2002:582, avsnitt 517.

¹⁷⁵ Forente saker C-238/99 P mfl., *ICI*, EU:C:2002:582, avsnitt 487.

¹⁷⁶ Forente saker C-238/99 P mfl., *ICI*, EU:C:2002:582, avsnitt 502.

¹⁷⁷ Tilsvarende konkurranseloven § 10 første ledd.

¹⁷⁸ Sak 41-69, *ACF Chemifarma*, EU:C:1970:71.

¹⁷⁹ Sak 41-69, *ACF Chemifarma*, EU:C:1970:71, avsnitt 122 til 124.

¹⁸⁰ Sak 41-69, *ACF Chemifarma*, EU:C:1970:71, avsnitt 127.

¹⁸¹ Sak 41-69, *ACF Chemifarma*, EU:C:1970:71, avsnitt 129.

gjaldt mellom konkurrenter var den øvrige konteksten uten betydning, noe som viser at markedsdelingsavtaler anses som så konkurranseskadelig at de vurderes særlig strengt. Dette bekreftes i *Siemens* hvor EU-domstolen uttalte at markedsdelingsavtaler i seg selv utgjør en formålsrestriksjon og at dette ”cannot be justified by an analysis of the economic context of the anti-competitive conduct concerned”.¹⁸² Synspunktet avklares i *Toshiba* og uttalelsen om at kontekstanalysen i markedsdelingsavtaler ”may thus be limited to what is strictly necessary”.¹⁸³

Anbudssamarbeid sammenliknes ofte med prissamarbeid og markedsdelingsavtaler.¹⁸⁴ Et eksempel fra Underretten er *Dansk Rørindustri*.¹⁸⁵ Dommen gjaldt en kartellavtale mellom produsenter som manipulerte anbudskonkurransen slik at enkelte produsenter utpekt av kartellet fikk tildelt prosjekter. *Gran/Ekran* gjaldt også anbudssamarbeid og Høyesterett uttalte at dette er en form for prosjektsamarbeid som kan være ulovlig fordi det kan undergrave formålet om en mest mulig effektiv konkurranse og føre til ”betydelige og vidtrekkende skadevirkninger”.¹⁸⁶

BIDS er et eksempel på at begrensning av produksjonsvolum kan ha et konkurransebegrensende formål.¹⁸⁷ Tilfellet illustrerer også at EU-domstolen konkluderer med at det foreligger et konkurransebegrensende formål selv om tilfellet ikke tidligere har vært omfattet. Det kan legges til grunn at tilfellet ble omfattet fordi det var klart at avtalen var inngått mellom de største kjøttprodusentene i Irland for å redusere overkapasitet ved å påvirke konkurransen. Det var dermed opplagt at avtalen ville være konkurransebegrensende, og en kontekstanalyse utover at partene i avtalen var konkurrenter var ikke nødvendig.

En annen avtaletype som ifølge rettspraksis utgjør en klar formålsrestriksjon er informasjonsutveksling som reduserer usikkerhet om konkurrenters opptreden.¹⁸⁸ En redusert usikkerhet fastslås ved at det presumeres at mottatt informasjon tas i betraktning så lenge en part blir på markedet.¹⁸⁹ Det kan medføre at det kan foreligge en formålsrestriksjon også i

¹⁸² Forente saker C-239/11 P mfl., *Siemens*, EU:C:2013:866, avsnitt 218.

¹⁸³ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 29.

¹⁸⁴ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 384. Se også KT-2011-11V (IcopalTak/Fløysand Tak), avsnitt 118 hvor Konkurransetilsynet presiserer at anbudssamarbeid vurderes strengt fordi det normalt inneholder elementer av både prissamarbeid og markedsdeling.

¹⁸⁵ Sak T-21/99, *Dansk Rørindustri*, EU:T:2002:74.

¹⁸⁶ Rt-2012-1556 (*Gran/Ekran*), avsnitt 78.

¹⁸⁷ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643.

¹⁸⁸ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 35, sak C-286/13 P, *Dole Food*, EU:C:2015:184, avsnitt 121.

¹⁸⁹ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 51 og 62.

tilfeller hvor en part kun forholder seg passiv til informasjonen, noe som tilsier at det kun er visse former for informasjonsutveksling som anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Det uttales i *T-Mobile* at informasjonsutvekslingen er formålsrestriktiv dersom informasjonen angår ”the timing, extent and details of the modifications *to be adopted* by the undertaking concerned” (min kursivering).¹⁹⁰ Dette viser at det kun er fremtidig opptreden som omfattes. Et eksempel på slik informasjonsutveksling er *Dole Food*.¹⁹¹ Dommen gjaldt informasjonsutveksling mellom bananprodusenter som var av en slik karakter at det kunne gi informasjon om fremtidige priser, noe som ble ansett gjenspeilet i hver produsents individuelle prissetting. Dommen bekrefter *T-Mobile* om at slik informasjonsutveksling klart er konkurranseskadelig.

Solvay er et annet eksempel på ulovlig informasjonsutveksling.¹⁹² EU-domstolen kom til at det forelå et konkurransebegrensende formål fordi informasjonsutvekslingen ble fulgt av diskusjoner om å stabilisere markedet. Det uttales at ” the exchange of commercial information between competitors in preparation for an anti-competitive agreement suffices to prove the existence of a concerted practice”,¹⁹³ og det var dermed tilstrekkelig at ”the competitors have made direct contact with a view to ‘stabilising the market’”.¹⁹⁴

Sammenliknet med *T-Mobile* som kun gjaldt ett møte gjaldt dette tilfellet informasjonsutveksling over en lengre periode. Dommen er illustrerende for uttalelsen i *T-Mobile* om at det presumeres en årsakssammenheng mellom mottatt informasjon og egen markedsopptreden, og at dette særlig gjelder ”where the undertakings concert together on a regular basis over a long period”.¹⁹⁵ Det ble videre uttalt at ”the competitive nature of the market and, in particular, the decrease of prices during the period concerned *cannot suffice, of itself, to rebut that presumption*” (min kursivering).¹⁹⁶ Dette viser at en samordnet opptreden gjennom informasjonsutveksling vurderes strengt og at den konkrete virkningen på markedet er uten betydning.

Avtaletypene nevnt ovenfor viser at visse horisontale formålsrestriksjoner utgjør klare konkurransebegrensninger. I slike typetilfeller er det tilstrekkelig å foreta en minimal

¹⁹⁰ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 41.

¹⁹¹ Sak C-286/13 P, *Dole Food*, EU:C:2015:184.

¹⁹² Sak C-455/11 P, *Solvay*, EU:C:2013:796.

¹⁹³ Sak C-455/11 P, *Solvay*, EU:C:2013:796, avsnitt 40.

¹⁹⁴ Sak C-455/11 P, *Solvay*, EU:C:2013:796, avsnitt 41.

¹⁹⁵ Sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, avsnitt 51, se også sak C-199/92 P, *Hüls*, EU:C:1999:358, avsnitt 162.

¹⁹⁶ Sak C-455/11 P, *Solvay*, EU:C:2013:796, avsnitt 44.

kontekstanalyse for å påvise at det foreligger et konkurransebegrensende formål, det vil si at det kun foretas en kontrollsjekk.

2.4.2 Klare vertikale formålsrestriksjoner

Det er større uenighet om hvilke skadevirkninger vertikale avtaler har.¹⁹⁷ Vertikale avtaler er ofte mindre åpenbart konkurranseskadelig fordi det gjelder markedsaktører på ulike omsetningsnivå som ikke er i et konkurranseforhold med hverandre. Dette gjenspeiles i rettspraksis ved at det er færre avtaletyper som anses for å ha et konkurransebegrensende formål.

I *Consten/Grundig* uttalte EU-domstolen at vertikale avtaler kan begrense konkurransen ”without involving an abuse of a dominant position” på en slik måte at det foreligger et konkurransebegrensende formål.¹⁹⁸ Det presiseres også i *Allianz Hungária* at enkelte vertikale avtaler kan være formålsrestriktive fordi de har ”a particularly significant restrictive potential”.¹⁹⁹ *Consten/Grundig* gjaldt absolutt områdebeskyttelse, og EU-domstolen konkluderte med at det forelå et konkurransebegrensende formål fordi avtalen medførte at markedet ble isolert slik at all priskonkurranse ble utelukket.²⁰⁰ Det ble videre uttalt at ingen andre omstendigheter kunne medføre et annet resultat.²⁰¹ Senere rettspraksis har tolket *Consten/Grundig* som en presedens for at avtaler om absolutt områdebeskyttelse har et konkurransebegrensende formål.²⁰² Siden det ble konkludert med at avtalen utelukket all priskonkurranse kan det legges til grunn at det ble foretatt en minimal kontekstanalyse.²⁰³ Det er hevdet at absolutt områdebeskyttelse først og fremst ikke tolereres på bakgrunn av det overordnede formålet om markedsintegrasjon i EU.²⁰⁴ Hvilken betydning dette har for norsk rett hvor et formål om markedsintegrasjon ikke gjelder drøftes i punkt 3.2.2 nedenfor.

¹⁹⁷ Kolstad og Ryssdal (2007), s. 258, Jones og Sufrin (2014), s. 207.

¹⁹⁸ Forente saker 56 og 58-64, *Consten/Grundig*, EU:C:1966:41, s. 339.

¹⁹⁹ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160, avsnitt 43.

²⁰⁰ Forente saker 56 og 58-64, *Consten/Grundig*, EU:C:1966:41, s. 343, forente saker C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, EU:C:2011:631, avsnitt 142.

²⁰¹ Forente saker 56 og 58-64, *Consten/Grundig*, EU:C:1966:41, s. 343.

²⁰² King (2011), s. 284 note 98.

²⁰³ Tilsvarende synspunkt om dommen er lagt til grunn av Underretten i sak T-168/01, *GlaxoSmithKline*, EU:T:2006:265, avsnitt 120 ”the agreement in question sought to eliminate any possibility of competition at the wholesale level in order to charge prices which were sheltered from all effective competition”.

²⁰⁴ Bailey (2012), s. 585 og 586, se også Jones og Sufrin (2014), s. 201.

En annen vertikal avtaletype som kan legges til grunn som et typetilfelle er fastsettelse av videresalgspriser, såkalt RPM.²⁰⁵ Dette er vertikale prisbindinger som forbys dersom det fastsettes bindende priser eller minimumspriser. Et eksempel er *Binon* som gjaldt en avtale om fastsettelse av utsalgspris hvor forlagene avgjorde prisen på aviser og tidsskrifter.²⁰⁶ EU-domstolen uttalte at ”provisions which fix the prices to be observed in contracts with third parties constitute, of themselves, a restriction on competition” (min kursivering).²⁰⁷ Det forelå et konkurransebegrensende formål fordi det klart fremgikk av avtalen at det ikke var distributøren som avgjorde den bindende prisen konsumentene måtte betale. Det uttales likevel eksplisitt at et slikt tilfelle ”may be justified” etter tredje ledd.²⁰⁸ At EU-domstolen presiserer dette kan illustrere at vertikale avtaler anses som mindre klart konkurranseskadelig.

Det fremgår av gjennomgangen ovenfor at det klart er færre avtaletyper som anses som klare vertikale formålsrestriksjoner enn horisontale formålsrestriksjoner. Neste punkt vil vise at rettstilstanden er mer kompleks enn at formålsalternativet utelukkende kan forklares med typetilfeller.

2.4.3 Mindre klare formålsrestriksjoner

Tilfellene nevnt ovenfor viser til de alvorligste horisontale og vertikale konkurransebegrensningene, og av den grunn er det naturlig at det foreligger visse typetilfeller. I disse tilfellene kan kontekstanalysen ofte anses som overflødig siden behovet for en økonomisk analyse er begrenset. Det er likevel slik at også tilfeller som anses som et typetilfelle kan fremstå som mindre klare formålsrestriksjoner dersom det foreligger særskilte markedsforhold eller omstendigheter. I tillegg følger det av rettspraksis at også mindre klare tilfeller har blitt ansett for å ha et konkurransebegrensende formål selv om det i utgangspunktet ikke anses som et typetilfelle.²⁰⁹ Konteksten kan dermed ha stor betydning dersom det er mindre klart at avtalen isolert sett har et konkurransebegrensende formål. Som

²⁰⁵ Jf. TEUV artikkel 101 første ledd bokstav a), tilsvarende konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a).

²⁰⁶ Sak C-243/83, *Binon*, EU:C:1985:284.

²⁰⁷ Sak C-243/83, *Binon*, EU:C:1985:284, avsnitt 44.

²⁰⁸ Sak C-243/83, *Binon*, EU:C:1985:284, avsnitt 47.

Supplerende bemerkninger: Etter konkurranseloven § 3 andre ledd kan det gjøres unntak fra loven for bestemte markeder eller næringer. Norsk rett har et unntak gjennom *Bokavtalen* slik at videresalgspriser lovlig kan fastsettes for bøker på visse vilkår, jf. forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker.

²⁰⁹ For eksempel sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160.

nevnt i punkt 2.3.3 innebærer dette at det foretas en viss virkningsanalyse for å vurdere om avtalen i lys av sin kontekst vil føre til en negativ påvirkning på konkurransen.

Det er klart at en mer inngående kontekstanalyse ble foretatt i *Allianz Hungária*.²¹⁰ Som nevnt i punkt 2.3.3 var det konteksten som medførte at tilfellet ble ansett som en formålsrestriksjon siden det ikke klart fremgikk av de vertikale avtalene at det forelå en formålsrestriksjon. I tillegg hadde ikke tilfellet tidligere blitt ansett som en formålsrestriksjon slik at en formålsrestriksjon ikke kunne oppstilles på erfaringsmessig grunnlag. At det ble uttalt at det måtte foretas en detaljert vurdering viser klart at en konkurranseskade ikke fremgikk av avtalen isolert sett.²¹¹

Pierre Fabre kan også anses som en mindre klar formålsrestriksjon ut fra avtalen isolert sett.²¹² Dommen gjaldt selektive distribusjonsavtaler som indirekte begrenset distributørens salg over internett ved at salg bare kunne skje på en fysisk plass hvor en kvalifisert farmasøyt var til stede.²¹³ EU-domstolen uttalte at selektive distribusjonsavtaler anses som formålsrestriktive ”in the absence of objective justification”.²¹⁴ Dette kan tolkes i retning av at en mer inngående analyse må foretas før det kan konkluderes med at det foreligger en formålsrestriksjon. Uttalelsen kan også forstås som at dette kan innebære at avtalen kan falle utenfor TEUV artikkel 101 i sin helhet.²¹⁵ EU-domstolen konkluderte med at dette kunne være en formålsrestriksjon.²¹⁶ Det er i teorien hevdet at dommen trolig er feil.²¹⁷

Det følger av rettspraksis at også tilfeller som inngår i særskilte markedsforhold rammes selv om de kan anses som mindre klare. *Premier League* kan i utgangspunktet anses som et slikt tilfelle.²¹⁸ Ved første øyekast kan det hevdes at konsekvensene av avtalen ikke ble tilstrekkelig opplyst på bakgrunn av de særskilte markedsforholdene som forelå.²¹⁹ Selv om begrensningen i lisensavtalene medførte en markedsdeling er hele poenget med lisensiering av immaterielle rettigheter at rettighetshaver skal ha kontroll. Som nevnt i punkt 2.3.3 eliminerte derimot avtalen all konkurranse. I tillegg støtter uttalelsen i *Toshiba* at det kan

²¹⁰ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160.

²¹¹ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160, avsnitt 48.

²¹² Sak C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649.

²¹³ Sak C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, avsnitt 36.

²¹⁴ Sak C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, avsnitt 39.

²¹⁵ Se også Bailey (2012), s. 581.

²¹⁶ Sak C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, avsnitt 47.

²¹⁷ Whish og Bailey (2015), s. 131.

²¹⁸ Forente saker C-403/08 og C-429/08, *Premier League*, EU:C:2011:631.

²¹⁹ Se også Rognstad (2011), s. 24.

foretas en minimal kontekstanalyse i slike tilfeller.²²⁰ En annen betraktning er at dommen illustrerer at det ikke nødvendigvis kun er konkurranseøkonomiske grunner som taler for å omfatte visse typer atferd.²²¹

Coop de France er videre et eksempel på at særegne omstendigheter kan være uten betydning.²²² Det kan anses urimelig og lite forutsigbart at foretak kan bli dømt for å ha overtrådt konkurransereglene ved å inngå en konkurransestridd avtale på oppfordring fra myndigheter. Dette kan på sett og vis anses som en omstendighet utenfor foretakenes kontroll. Dommen er likevel illustrerende for at ikke alle omstendigheter er relevant dersom det foreligger en klart formålsstridd avtale.

Drøftelsene ovenfor illustrerer at mindre klare formålsrestriksjoner omfattes – enten fordi en avtale isolert sett ikke klart fremstår som formålsrestriktiv slik at det må foretas en mer inngående kontekstanalyse, eller fordi et typetilfelle inngår i særegne forhold. Det kan videre legges til grunn at forutberegneligheten først og fremst svekkes dersom en mindre klar vertikal avtale omfattes. Det skyldes at vertikale avtaler kan ha både konkurransefremmende og konkurransehemmende virkninger avhengig av omstendighetene, noe som ikke nødvendigvis blir tilstrekkelig opplyst ved en formålsvurdering – med mindre man strekker formålsvurderingen for langt som i *Allianz Hungária*.²²³ Dersom en grundigere økonomisk analyse kreves for å påvise at det foreligger en konkurransebegrensning bør virkningsvurderingen anvendes.

2.4.4 “The Object Box”

En vanlig tilnæringsmåte til formålsvurderingen er ”The Object Box”. Det innebærer at det foreligger en liste – eller boks – med visse kategoriserte avtaletyper som anses for å ha et konkurransebegrensende formål.²²⁴ Dette kan bidra til å skape visshet og klarhet om hvilke avtaletyper som særlig begrenser konkurransen. Dersom det foreligger en avtale som står på listen presumeres avtalen for å være forbudt. Det følger derimot av kontekstanalysen at det ikke er tilstrekkelig kun å påvise at en bestemt avtaletype foreligger, men at det må foretas en

²²⁰ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 29.

²²¹ Evensen og Sæveraas (2009), s. 139 nevner formålet om markedsintegrasjon i EU/EØS. Se også punkt 2.4.2 om omtalen av *Consten/Grundig*.

²²² Forente saker C-101/07 P og C-110/07 P, *Coop de France*, EU:C:2008:741.

²²³ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160.

²²⁴ Whish og Bailey (2015), s. 132.

konkret vurdering. En avtale omfattes dermed ikke automatisk dersom den står på listen. Det innebærer at kategoriseringen ikke er helt presis.²²⁵

Den forenklete kategoriseringen er kritisert for ikke å gjenspeile rettstilstanden.²²⁶

Fremstillingen kan også ha bidratt til at den egentlige vurderingen som må foretas er uklart.²²⁷ Siden det ikke tas hensyn til kontekstens rolle i den konkrete vurderingen kan fremstillingen mer anses som retningsgivende enn som uttrykk for rettstilstanden i sin helhet.²²⁸

Generaladvokaten i *BIDS* uttalte at det ikke er realistisk med en uttømmende liste over formålsrestriksjoner, men at en inndeling i kategorier kan være praktisk på bakgrunn av at foretakene selv er ansvarlig for å overholde konkurransereglene.²²⁹

Det kan reises spørsmål om ”The Object Box” har mistet litt av sin betydning som et anvendelig og forutsigbart hjelpemiddel i formålsvurderingen. I den siste utgaven til Whish og Bailey har boksen blitt utvidet slik at det som omfattes er prissamarbeid, informasjonsutveksling om fremtidige priser, markedsdeling, begrensning av produksjonsvolum og salgsvolum samt boikott og pay-for-delay blant de horisontale avtalene, og fastsettelse av bindende eller minimum videresalgspriser, eksportforbud samt selektive distribusjonsavtaler og avtaler som *Allianz Hungaria* blant de vertikale avtalene.²³⁰ Dette samsvarer ikke med tidligere synspunkt hvor boksen var begrenset til de tradisjonelt klare formålsrestriksjonene. Det kan dermed kanskje legges til grunn at avtaletypene som fremgår av boksen kun utgjør *mulige* formålsrestriksjoner. At boksen er utvidet med flere avtaletyper av den mer usikre arten gjør det tydelig at konteksten er helt nødvendig å vurdere. Utvidelsen kan dermed sies å gjøre fremstillingen enda mindre egnet som tilnæringsmåte til formålsvurderingen.

Det er klart at EU-domstolen ikke er begrenset av avtaletypene som inngår i ”The Object Box”, og at ukjente og nye tilfeller kan anses for å begrense konkurransen ”by its very nature”.²³¹ Det kan dermed være sannsynlig at andre avtaletyper kan bli ansett som

²²⁵ Whish og Bailey (2015), s. 132 er selv klar over at fremstillingen ikke tar hensyn til kontekst. King (2011), s. 276 note 47 viser til at tolkningen av formålsvurderingen som en boks samsvarer dårlig med definisjonen av formålskonseptet.

²²⁶ King (2011), s. 275 mener fremstillingen ikke samsvarer med rettspraksis, Jones og Sufirin (2014), s. 212 omtaler listen som et utgangspunkt.

²²⁷ Se også King (2011), s. 295.

²²⁸ King (2011), s. 270.

²²⁹ Generaladvokaten i *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:467, avsnitt 104 og 105.

²³⁰ Whish og Bailey (2015), s. 132.

²³¹ Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, avsnitt 23 og 24, et annet eksempel er sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343.

formålsrestriksjoner i fremtiden.²³² Samtidig søker EU-domstolen etter ensartethet og viser til tidligere avgjørelser selv om det ikke foreligger et formelt presedenssystem.²³³

Det kan legges til grunn at EU-domstolens tilnæringsmåte ved klare formålsrestriksjoner kan sies å samsvare med den tradisjonelle oppfatningen av ”The Object Box”. Utenfor de helt klare tilfellene er det mer riktig å si at det foretas en mer analytisk tilnærming. Det innebærer at EU-domstolen i praksis foretar en mellomløsning avhengig av hvor klart det aktuelle tilfellet er. Et slikt synspunkt kan også utledes av *Toshiba* og uttalelsen om at det ved åpenbare formålstilfeller er tilstrekkelig kun å foreta en minimal kontekstanalyse,²³⁴ mens en antitetisk tolkning tilsier at det må foretas en noe mer inngående vurdering dersom et tilfelle er mindre klart.

Formålskonseptet kan sies å ha klare utgangspunkter. Det foreligger derimot uklare rammer for hvor vidt formålskonseptet anvendes, og rettspraksis viser at også avtaler som ikke klart utgjør et kartell omfattes. En særlig utfordring med kontekstanalysen er at mange typer atferd i prinsippet kan sies å kvalifisere til en formålsrestriksjon dersom konteksten passer til dette. Avgjørende er hvor vidt formålskonseptet anvendes.

²³² Juuhl-Langseth mfl. (2015), s. 99 viser til at konkurransebegrensende formål er et dynamisk begrep som stadig videreutvikles i praksis. King (2011), s. 295 viser blant annet til økonomisk og politisk utvikling.

²³³ Jones og Sufrin (2014), s. 231.

²³⁴ Sak C-373/14 P, *Toshiba*, EU:C:2016:26, avsnitt 28 og 29.

3 Vid eller restriktiv anvendelse av formålsalternativet?

3.1 Kritikk

Anvendelsen av formålsalternativet er kritisert for å være for vid og for å ramme atferd som kan ha en konkurransefremmende virkning. *Allianz Hungária*²³⁵ er illustrerende for kritikken som har blitt reist mot en for vid anvendelse av formålsalternativet.²³⁶ EU-domstolen konkluderte med at det forelå et konkurransebegrensende formål på markedet for både bilreparasjoner og bilforsikringer. Bakgrunnen var at bilforhandlerne reparerte skader på biler som var forsikret hos forsikringsselskapene samtidig som de formidlet salg av forsikringer, hvor timesprisen for reparasjoner varierte etter antallet solgte forsikringer. Dommen utvidet anvendelsesområdet sammenliknet med tidligere praksis ved å omfatte en slik bilateral vertikal avtale.²³⁷ Den vide anvendelsen kan ha sammenheng med det vide vurderingstemaet som ble lagt til grunn.²³⁸

Det fremgår av drøftelsen i punkt 2.2.3 at *CB* stiller krav om en høyere terskel for vurderingstemaet enn den som ble lagt til grunn i *Allianz Hungária*. I punkt 2.3.3 er det videre vist til at *CB* avgrenset kontekstanalysen som ble lagt til grunn i *Allianz Hungária*. Det er likevel usikkert om EU-domstolen ville kommet til et annet resultat selv om det hadde blitt lagt til grunn en høyere terskel for vurderingstemaet og en mindre inngående kontekstanalyse. Det er derimot klart at rettsanvendelsen i dommen ikke bør følges i senere saker av hensyn til skillet mot virkningsvurderingen.

Kritikken mot en for vid anvendelse av formålsalternativet kan sies å være berettiget og nødvendig. Berettiget fordi den tidvis utstrakte anvendelsen har ført til at avtaler som ikke nødvendigvis fører til konkurranseskadelige virkninger har blitt ansett for å ha et konkurransebegrensende formål. En utvanning av formålskategorien gjør denne mindre klar

²³⁵ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160.

²³⁶ Whish og Bailey (2015), s. 131 mener tilfellet ikke bør klassifiseres som en formålsrestriksjon, se også Hjelmeng og Sørgard (2014), s. 462 til 463.

²³⁷ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160, avsnitt 43 viser til *Consten/Grundig*, *Miller*, *Binon* og *Pierre Fabre* om tidligere omfattede vertikale avtaler.

²³⁸ Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160, avsnitt 38.

slik at man ikke oppnår forutberegnelighet i like stor grad. Kritikken kan videre anses som nødvendig fordi det illustrerer at formålskonseptet har uklare rammer.

3.2 Utviklingen i EU

3.2.1 *Groupement des cartes bancaires* – restriktiv tolkning

Det fremgår av punkt 2.2.3 at det kan legges til grunn at EU-domstolen i *CB* avklarer at formålskonseptet skal tolkes restriktivt. En restriktiv tolkning tilsier at det stilles strenge krav til når et tilfelle kan anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Det taler for en begrenset anvendelse av formålsalternativet slik at det kun er de helt klare konkurransebegrensende tilfellene som omfattes.²³⁹ Dersom virkningene av et tilfelle ikke tidligere har blitt vurdert tilsier det en viss tilbakeholdenhet med å anvende formålsalternativet. Det kan legges til grunn at rettsanvendelsen skjer mer i sammenheng med de økonomiske effektene dersom tilfellene som omfattes er de som alltid eller nesten alltid er ansett for å utgjøre en formålsrestriksjon.²⁴⁰

En utvidelse av formålstilfellene er derimot ikke utelukket selv om det foretas en restriktiv tolkning. Det følger allerede av den effektbaserte tolkningen og kontekstanalysen som *CB* legger til grunn. Formålsvurderingen kan likevel ikke strekkes for langt, og formålstilfellene kan ikke utvides på en urimelig måte.²⁴¹ Uttalelsen i *CB* kunne kanskje medført at *Allianz Hungária* hadde blitt vurdert etter virkningsalternativet. *BIDS* og *T-Mobile* er eksempler på at formålstilfellene kan utvides, men i disse sakene var det ikke utelukkende konteksten som var utslagsgivende.²⁴²

Mellomløsningen som nevnes i punkt 2.3.3 og punkt 2.4.4 er trolig en god løsning som ivaretar hensynene bak formålsalternativet. Fordelene med formålskonseptet om prosessøkonomi og effektivitet ivaretas dersom det stilles mindre krav til klare typetilfeller som prissamarbeid og markedsdeling. Samtidig fører en mer analytisk vurdering i mindre klare tilfeller til å belyse førsteinntrykket bedre slik at man kan forsikre seg om at avtalen kun forbyr dersom det er klart at avtalen vil påvirke konkurransen negativt. At en restriktiv

²³⁹ Se også generaladvokaten i *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:1958, avsnitt 58 og 59.

²⁴⁰ Jones og Sufrin (2014), s. 213.

²⁴¹ Whish og Bailey (2015), s. 126.

²⁴² Sak C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643, sak C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343.

tolkning må tilstrebes kan anses som et viktig bidrag for å forhindre en urimelig vid anvendelse av formålsalternativet.

3.2.2 Betydningen for norsk rett

Som nevnt i punkt 1.2 er utgangspunktet at rettsstilstanden i Norge er den samme som i EU på bakgrunn av formålet om harmonisering og rettsenhet i forarbeidene. Det tilsier at den dynamiske utviklingen i EU er av betydning for norsk rett. Spørsmålet er likevel om norsk rett utelukkende er bundet av utviklingen i EU selv om harmoniseringshensynet gjør det tvilsomt om det bør innfortolkes nasjonale tilpasninger.

Hensynet til markedsadgang og markedsintegrasjon er ikke et hensyn etter konkurranseloven. Det kan tilsi at harmoniseringshensynet får mindre vekt.²⁴³ Det er likevel slik at forhold som motarbeider det indre marked, som absolutt områdebeskyttelse i vertikale forhold, ofte vil begrense konkurransen.²⁴⁴ Det kan legges til grunn at dette bør være forbudt i Norge siden det generelt fører til sterke konkurransebegrensende virkninger.²⁴⁵ Konklusjonen er likevel usikker da hensynet ikke er det samme etter konkurranseloven som i EU/EØS.²⁴⁶ Forarbeidene presiserer at harmoniseringen ”ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis i alt og ett vil bli identisk med praksis fra EU og EØS” under henvisning til at ”ulikheter i reglens formål, virkeområde, samt rettskildesituasjon” kan påvirke resultatet.²⁴⁷ Utgangspunktet er likevel at ”rettspraksis fra EU- og EØS-retten må veie tungt som rettskilde”.²⁴⁸ Det er videre presisert at forskjellene i hensyn har liten praktisk betydning,²⁴⁹ noe som taler for at dette i seg selv ikke begrunner nasjonale tilpasninger på konkurranserettens område. Selv om det kan innfortolkes nasjonale tilpasninger i norsk rett er min oppfatning at dette er lite hensiktsmessig så lenge rettsanvendelsen i EU skjer ved at en konkurransebegrensning begrunnes ut fra avtalens sannsynlige økonomiske effekter. Hvorvidt en avtale i tillegg motarbeider det indre marked er dermed uten betydning. På bakgrunn av at EU-domstolen har utviklet seg i retning av en mer effektbasert tolkning kan det legges til grunn at harmoniseringshensynet bør få gjennomslag. En ensartet praksis om forbudsregelen i

²⁴³ Evensen og Sæveraas (2009), s. 138, NOU 2003: 12 s. 61.

²⁴⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 69.

²⁴⁵ Evensen og Sæveraas (2009), s. 135.

²⁴⁶ Evensen og Sæveraas (2009), s. 139.

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68 og 224.

²⁴⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68 og 224.

²⁴⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 69.

konkurranseloven § 10 vil i tillegg føre til en forenkling for konkurransemyndigheter og domstoler samt foretak som må vurdere samhandelspåvirkningen og dermed forholde seg til de overlappende regelverkene.²⁵⁰

Spørsmålet er hva Høyesterett vil gjøre i den pågående saken *Ski/Follo Taxi* som gjaldt et åpent anbudssamarbeid.²⁵¹ Lagmannsretten innledet med å vise til det rettslige vurderingstemaet i *Gran/Ekran* som ikke samsvarer med den seneste utviklingen i EU. Videre ble *CB* nevnt og det ble presisert at utgangspunktet er om avtalen med tilstrekkelig klarhet viser at den vil være skadelig for konkurransen. Lagmannsretten konkluderte med at de ikke kunne se at *CB* hadde medført noen endringer i utgangspunktet for vurderingen selv om taxiselskapene anførte at *CB* viser til at det skal foretas en restriktiv tolkning av formålsalternativet.²⁵² Det er grunn til å tro at Høyesterett vil tolke det rettslige vurderingstemaet for konkurransebegrensende formål på nytt og ikke følge vurderingstemaet som ble lagt til grunn i *Gran/Ekran*. Høyesterett vil antakelig legge til grunn at en tilstrekkelig begrensning av konkurransen klart må fremgå av avtalen, noe som vil hjemle en mer innskrenket formålskategori sammenliknet med tidligere. Hvorvidt dette vil ha betydning for den pågående saken er derimot usikkert. Det skyldes at det åpne anbudssamarbeidet fremstår som en formålsrestriksjon selv om det ikke tidligere har vært omfattet. Det vil ikke være nødvendig å utvide formålskategorien siden tilfellet ikke anses som en ny avtaletype, men i stedet som et nytt tilfelle av en avtaletype som allerede anses som en formålsrestriksjon.

3.3 Hvor vid bør formålskategorien være?

Som nevnt i punkt 3.1 er anvendelsen av formålsalternativet kritisert for å være for vid. Spørsmålet er hvor vid formålskategorien bør være. Det klare utgangspunktet er at formålsalternativet ikke kan strekkes så langt at det strider mot samspillet med virkningsalternativet.

Unntaksregelen i tredje ledd gir liten veiledning om hvor vid formålskategorien etter første ledd bør være. Siden oppfatningen er at foretakene har en begrenset adgang til å forsvare seg etter unntaksregelen kunne man kanskje hevde at unntaksregelen ikke begrunner en vid

²⁵⁰ Det er kanskje mer aktuelt med unntaksbestemmelser som særlovgivning enn unntak i konkrete tilfeller.

²⁵¹ HR-2015-1549-U.

²⁵² LB-2013-75034 (*Ski/Follo Taxi*), s. 13.

anvendelse. Det kan legges til grunn at foretakene har en begrenset forsvarsmulighet dersom formålskategorien er snever. Det er derimot mulig at foretakene har en større forsvarsmulighet dersom formålskategorien er vid siden det er større sannsynlighet for at mindre åpenbare tilfeller kan ha effektivitetsgevinster. Unntaksregelen kan kanskje få større betydning dersom formålskategorien er vid. En slik situasjon kan gå utover fordelene med formålsalternativet.

Formålsalternativet er både tidsbesparende og kostnadsbesparende. Det skyldes at det ikke er nødvendig med en krevende økonomisk analyse som ved virkningsvurderingen.

Rettsanvendelsen kan dermed skje mer effektivt og mer i tråd med prosessøkonomiske hensyn. Det kan likevel legges til grunn at disse fordelene først og fremst oppnås ved en klar og helst en snever formålskategori. Kun dersom dette er tilfelle vil det være mulig for foretakene å forutberegne sin rettsstilling og tilpasse sin markedsopptreden.²⁵³ Dette innebærer derimot ikke at formålskategorien er begrenset til tradisjonelle eller nåværende formålsrestriksjoner. Det er likevel klart at dersom formålskategorien blir for vid kan man oppnå en mindre grad av forutberegnelighet. Man risikerer i tillegg å utvanne skillet mot virkningsvurderingen, samt å forby avtaler som kan være konkurransefremmende eller som ikke påvirker konkurransen negativt. Formålsvurderingen er basert på en intuisjon – man *tror* at avtalen høyst sannsynlig vil begrense konkurransen på bakgrunn av erfaring og økonomiske betraktninger. Det i seg selv tilsier en snever tolkning av formålsalternativet.

Selv om formålsalternativet ikke bør anvendes for vidt er det gode grunner for at det heller ikke bør anvendes for snevert. Det bør ikke tolkes så snevert at effektivitet ikke lenger er praktisk mulig.²⁵⁴ Det bør heller ikke tolkes så snevert at man risikerer å godkjenne konkurranseskadelige avtaler. Dette vil også undergrave formålsalternativets preventive funksjon hvor formålsrestriktive avtaler forbys for å beskytte konkurransen som allerede eksisterer. Dette tilsier at formålskategorien verken bør være for vid eller for snever da begge vil undergrave fordelene med formålsalternativet. Siden det er mer praktisk at formålskategorien blir anvendt for vidt enn for snevert kan det legges til grunn at en restriktiv tolkning er et godt utgangspunkt, og at formålskategorien bør være klar og snever. En treffende uttalelse kan i denne sammenheng sies å være ”[o]nly use *by object* if you are pretty sure that it’s there”.²⁵⁵

²⁵³ Bailey (2012), s. 565.

²⁵⁴ Tilsvarende generaladvokaten i *T-Mobile*, EU:C:2009:110, avsnitt 44.

²⁵⁵ Alexander Italianer (2014), s. 13 om hva som kan utledes av sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204. Tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf.

4 Avsluttende bemerkninger

Opgaven viser at rettspraksis ikke har vært helt konsekvent angående det rettslige vurderingstemaet i formålsvurderingen. Nyere rettspraksis kan likevel sies å klarlegge at avtalen klart må vise til en tilstrekkelig begrensning av konkurransen. Det kan tenkes at dette vil påvirke domstoler og konkurransemyndigheter i retning av en mer restriktiv tolkning slik at formålskategorien forbeholdes de klareste og alvorligste avtaletypene.

Det fremgår videre av oppgaven at kontekstanalysen har uklare rammer, noe som gjør anvendelsen av formålsalternativet problematisk. Det kan likevel utledes av rettspraksis at en avtale kan omfattes av formålsalternativet på to måter. Dersom avtalen som foreligger anses som konkurranseskadelig på erfaringsmessig grunnlag opereres det med typetilfeller slik at kontekstanalysen kun utgjør en realitetssjekk. Dersom avtalen ikke er et typetilfelle og en konkurranseskade heller ikke helt klart fremgår av avtalen i seg selv, foretas det en mer inngående kontekstanalyse før det eventuelt konkluderes med at avtalen er formålsrestriktiv. Den økonomiske tilnærmingen kan synes hensiktsmessig. Rettsanvendelsen bør derimot ikke gå på bekostning av foretakenes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling.

Kilderegister

Lover, forarbeider og forskrifter

Konkurranseloven	Lov 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
Domstoloven	Lov 13 aug 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven)
Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)	Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
NOU 2003: 12	NOU 2003:12 Ny konkurranselov
Forskrift om unntak fra § 10	Forskrift om unntak fra konkurranse-loven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker (FOR-2014-12-19-1716), fastsatt ved kgl.res. 19. desember 2014 med hjemmel i konkurranse-loven § 3 andre ledd

Traktater

EC Treaty (1957)	Consolidated version of the Treaty Establishing the European Economic Community, fra 01.01.1958 til 10.11.1997
EC Treaty (1997)	Consolidated version of the Treaty Establishing the European Community, fra 10.11.1997 til 01.12.2009
TEUV	Traktaten om den Europeiske Unions Virkeområde (TEUV), originaltittel consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), fra 01.12.2009
EØS-avtalen	Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde, vedtatt som norsk lov ved EØS-loven, fra 01.01.1994
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA-avtalen), supplerer EØS-avtalen med bestemmelser om EFTAs overvåkingsorgan (ESA) og EFTA-domstolen, 1994

EU-domstolen

STM	Sak 56-65, <i>Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)</i> , EU:C:1966:38
Consten/Grundig	Forente saker 56 og 58-64, <i>Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community</i> , EU:C:1966:41
Chemifarma	Sak 41/69, <i>ACF Chemiefarma NV v Commission of the European Communities</i> , EU:C:1970:71
Miller	Sak 19/77, <i>Miller International Schallplatten GmbH v Commission of the European Communities</i> , EU:C:1978:19
BMW Belgium	Forente saker 32/78, 36/78 til 82/78, <i>BMW Belgium SA and others v Commission of the European Communities</i> , EU:C:1979:191
IAZ	Forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, <i>NV IAZ International Belgium and others v Commission of the European Communities</i> , EU:C:1983:310
CRAM	Forente saker 29/83 og 30/83, <i>Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission of the European Communities</i> , EU:C:1984:130
Binon	Sak C-243/83, <i>SA Binon & Cie v SA Agence et messageries de la presse</i> , EU:C:1985:284
John Deere	Sak C-7/95 P, <i>John Deere Ltd v Commission of the European Communities</i> , EU:C:1998:256
Javico	Sak C-306/96 <i>Javico International and Javico AG v Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)</i> , EU:C:1998:173
Hüls	Sak C-199/92 P, <i>Hüls AG v Commission of the European Communities</i> , EU:C:1999:358
Wouters	Sak C-309/99, <i>J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, intervener: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap</i> , EU:C:2002:98

ICI	Forente saker C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P til C-252/99 P og C-254/99 P, <i>Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV and DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA), Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH and Hoechst AG and Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Commission of the European Communities</i> , EU:C:2002:582
General Motors	Sak C-551/03 P, <i>General Motors BV v Commission of the European Communities</i> , EU:C:2006:229
BIDS	Sak C-209/07, <i>Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd</i> , EU:C:2008:643
Coop de France	Forente saker C-101/07 P og C-110/07 P, <i>Coop de France bétail et viande and Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) and Others v Commission of the European Communities</i> , EU:C:2008:741
T-Mobile	Sak C-8/08, <i>T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit</i> , EU:C:2009:343
GSK	Forente saker C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, <i>GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission of the European Communities and Commission of the European Communities v GlaxoSmithKline Services Unlimited and European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) v Commission of the European Communities and Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) v Commission of the European Communities</i> , EU:C:2009:610
Premier League	Forente saker C-403/08 og C-429/08, <i>Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd</i> , EU:C:2011:631
Pierre Fabre	Sak C-439/09, <i>Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi</i> , EU:C:2011:649

Allianz Hungária	Sak C-32/11, <i>Allianz Hungária Biztosító Zrt. and Others v Gazdasági Versenyhivatal</i> , EU:C:2013:160
Siemens	Forente saker C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, <i>Siemens AG, Mitsubishi Electric Corp. and Toshiba Corp. v European Commission</i> , EU:C:2013:866
Solvay	Sak C-455/11 P, <i>Solvay SA v European Commission</i> , EU:C:2013:796
CB	Sak C-67/13 P, <i>Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission</i> , EU:C:2014:2204
ING Pensii	Sak C-172/14, <i>ING Pensii - Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA v Consiliul Concurenței</i> , EU:C:2015:484
Dole Food	Sak C-286/13 P, <i>Dole Food Company Inc. and Dole Fresh Fruit Europe v European Commission</i> , EU:C:2015:184
SIA	<i>Sak C-345/14, SIA «Maxima Latvija» v Konkurences padome</i> , EU:C:2015:784
Toshiba	Sak C-373/14 P, <i>Toshiba Corporation v European Commission</i> , EU:C:2016:26
Underretten	
ENS	Forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, <i>European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v Commission of the European Communities</i> , EU:T:1998:198
Dansk Rørindustri	Sak T-21/99, <i>Dansk Rørindustri A/S v Commission of the European Communities</i> , EU:T:2002:74
Coop de France	Forente saker T-217/03 og T-245/03, <i>Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) and Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) and Others v Commission of the European Communities</i> , EU:T:2006:391

GSK	Sak T-168/01, <i>GlaxoSmithKline</i> , EU:T:2006:265
CB	Sak T-491/07, <i>Groupement des cartes bancaires "CB" v European Commission</i> , EU:T:2012:633

EFTA-domstolen

Ski/Follo Taxi	Sak E-03/16, <i>Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet</i> , sendt 19. februar 2016, uttalelse foreligger ikke per 31.05.2016
----------------	--

Norske dommer

Tine	Rt. 2011 s. 910
Gran/Ekran	Rt. 2012 s. 1556
Ski/Follo Taxi	LB-2013-75034
Ski/Follo Taxi	HR-2015-1549-U

Konkurransetilsynets vedtak

KT-2011-11V	KT-2011-11V (IcopalTak AS/Fløysand Tak AS)
-------------	--

Bøker

Jones og Sufrin (2014)	Alison Jones og Brenda Sufrin, <i>EU Competition Law – Text, Cases, and Materials</i> , 5. utg. (Oxford 2014)
Whish og Bailey (2015)	Richard Whish og David Bailey, <i>Competition Law</i> , 8. utg. (Oxford 2015)
Evensen og Sæveraas (2009)	Harald Evensen og Eivind Sæveraas, <i>Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer</i> , (Oslo 2009)
Fredriksen og Mathisen (2014)	Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, <i>EØS-rett</i> , 2. utg. (Bergen 2014)
Hjelmeng og Sørgard (2014)	Erling Hjelmeng og Lars Sørgard, <i>Konkurransopolitikk. Rettslig og økonomisk analyse</i> (Bergen 2014)
Juuhl-Langseth mfl. (2015)	Jan Magne Juuhl-Langseth, Anders Thune, Per Kristian Bryng, Peder Østbye, Martin Jonassen, Sofia Lazaridis, <i>Konkurranserett i et nøtteskall</i> , 1. utg. (Oslo 2015)

Kolstad og Ryssdal (2007) Olav Kolstad og Anders Ryssdal, *Norsk konkurranserett: Bind 1 Atferdsregler og strukturkontroll*, (Oslo 2007)

Sejersted mfl. (2011) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole- Andreas Rognstad, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utg. (Oslo 2011)

Artikler

Bailey (2012) David Bailey, 2012, "Restrictions of competition by object under article 101 TFEU", *Common Law Market Review*, 49 s. 559-600

Jones (2010) Alison Jones, 2010, "Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101 (1)", *European Competition Journal*, nr. 6 (3) s. 649-676

King (2011) Saskia King, 2011, "The Object Box: Law, Policy or Myth?", *European Competition Journal*, nr. 7 (2) s. 269-296

Odudu (2008) Okeoghene Odudu, 2008, "Restrictions of Competition by Object – what's the beef?", *Competition Law Journal*, nr. 9 (1) s. 11-17

Hjelmeng (2012) Erling Hjelmeng, "Informasjonsutveksling ved anbudskonkurranse – Høyesterettsdom av 11. Oktober 2012 (HR-2012-1942-A Staten v/Konkurransetilsynet v Gran & Ekran AS)", *Nytt i privatretten* nr. 4 2012 s. 12-15

Rognstad (2011) Ole-Andreas Rognstad, "EU-domstolen, forente saker C-403/08 og C-429/08 (Premier League), dom 4. oktober 2011", *Nytt i privatretten* nr. 4 2011 s. 22-23

Andre kilder

Kolstad (2009) Olav Kolstad, "Object contra effect in Swedish and European competition law", rapport for Konkurrentverket (Swedish Competition Authority), (2009), tilgjengelig på <http://www.konkurrentverket.se/globalassets/publikationer/uppdragsforskning/object-contra-effect-in-swedish-and-european-competition-law.pdf> (31.05.16)

Alexander Italianer (2014)	Alexander Italianer, Director-General for Competition, European Commission, <i>The Object of Effects</i> , tale holdt på CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy, (Brussel 2014), tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf (31.05.16)
Generaladvokaten i BIDS	Forslag til avgjørelse i <i>Beef Industry Development Society</i> av Generaladvokat Trstenjak, EU:C:2008:467
Generaladvokaten i T-Mobile	Forslag til avgjørelse i <i>T-Mobile</i> av Generaladvokat Kokott, EU:C:2009:110
Generaladvokaten i CB	Forslag til avgjørelse i <i>Groupement des cartes bancaires</i> av Generaladvokat Wahl, EU:C:2014:1958