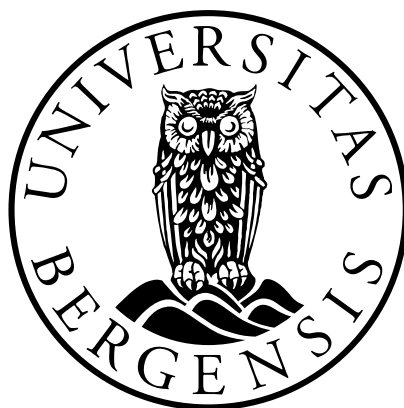


Bærekraftig utvikling og konkurranseregulerende samarbeid

*En undersøkelse av miljøgevinsters rolle i tredje
ledd i konkurranseloven § 10 og artikkel 101
TEUV*

Kandidatnummer: 3

Antall ord: 12 476



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Metode og rettskildebilde	5
1.3 Avgrensninger	5
2 De lege lata – er det grunnlag for en utvidende tolkning av konkurranseloven § 10 tredje ledd?	7
2.1 Innledning.....	7
2.1.1 Konkurranseloven § 10 tredje ledd	7
2.2 Kan tredje ledd omfatte andre gevinster enn effektivitetsgevinster?	9
2.2.1 Hva ligger i effektivitetsgevinster?	9
2.2.2 Gjeldende rett i EU – er det grunnlag for utvidende tolkning av artikkel 101(3) TEUV? 11	
2.2.2.1 Praksis fra Kommisjonen.....	11
2.2.2.2 Praksis fra domstolene i EU.....	16
2.2.2.3 Tolkning i lys av formål og systematiske hensyn.....	19
2.2.2.4 Vil en utvidende tolkning skje på bekostning av forutberegnelighet?.....	22
2.2.2.5 Hensynet til legitimitet.....	23
2.2.2.6 Konklusjon kapittel 2.2.2 – gjeldende rett i EU.....	24
2.2.3 Bør løsningen være den samme i Norge som i EU?	25
2.2.3.1 Etter gjeldende rett i EU	25
2.2.3.2 Bør løsningen være den samme dersom EU åpner opp for en utvidende tolkning? 25	
2.3 Oppsummering og konklusjon.....	27
3 De lege ferenda – bør miljøgevinster være relevante i konkurranseloven § 10 tredje ledd, EØS-avtalen art. 53 og art. 101(3) TEUV?	29
3.1 Innledning.....	29
3.2 Miljøgevinster i tredje ledd – et effektivt virkemiddel for å fremme bærekraft?.....	30
3.2.1 Hvilke andre alternativ kan være aktuelle?	30
3.2.2 Miljøgevinster og private initiativ.....	32
3.2.3 Miljøgevinster i tredje ledd som en sikkerhetsventil	33

3.2.4	Er miljøgevinster i tredje ledd et ønskelig virkemiddel for å fremme bærekraft?	34
3.3	Oppsummering og konklusjon.....	36
4	Hva kan skje videre?	38
5	Litteraturliste	40

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven vil ta for seg problemstillingen om miljøgevinster kan eller bør være relevante i konkurranseloven § 10 tredje ledd.¹ For å svare på denne problemstillingen vil oppgaven også behandle tilsvarende bestemmelse i EU-retten, artikkel 101(3) TEUV.²

Konkurranseloven § 10 handler om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak, og tilsvarer EØS-avtalen art. 53 samt art. 101 TEUV. Bestemmelsens første ledd sier at det er forbudt med «[e]nhver 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 en avtale eller beslutning forbudt etter bestemmelsen, er den uten rettsvirkning, jf. andre ledd.

Konkurranserett er kanskje ikke det de fleste tenker på når det er snakk om miljø og bærekraftig utvikling. Det har tradisjonelt ikke vært et rettsområde som har vært benyttet til å fremme og ivareta hensyn som går utover effektiv ressursnyttelse og forbrukerhensyn. På bakgrunn av det økte fokuset på miljø og bærekraft virker det likevel mer og mer aktuelt å undersøke hva, hvis noe, konkurranseretten kan bidra med i utviklingen mot en mer bærekraftig verden. Temaet har vært skrevet om og debattert i EU tidligere, men det har vært nokså stille de siste årene. I Norge har ikke temaet vært særlig gjenstand for debatt, trolig fordi det ikke har vært problematisert i norsk rett. Det kan også ha sammenheng med at man ønsker å vente på en avklaring i EU. Med utviklingen av European Green Deal, som jeg vil omtale senere, kan det likevel tenkes at debatten igjen får fart på seg. I denne oppgaven er «bærekraft» et nøkkelord. Med mindre noe annet er spesifisert, brukes begrepet i betydningen miljø og klima, altså bærekraft i et miljøperspektiv.

¹ Lov 5. mars 2004 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven – krrl.)

² Treaty on the Functioning of the European Union, desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009. (Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, TEUV)

Oppgaven vil undersøke om miljøgevinster kan og bør ha plass i bestemmelsens tredje ledd. Dette vil gjøres i to hovedkapitler, hvor kapittel 2 tar opp spørsmålet om miljøgevinster har plass i tredje ledd de lege lata. Slik ordlyden er nå, forutsetter positivt svar en utvidende tolkning av bestemmelsen. Først vil jeg dermed undersøke om det er grunnlag for en utvidende tolkning av krrl. § 10 tredje ledd. Mer spisset er problemstillingen her om tredje ledd kan omfatte andre gevinster enn de tradisjonelle effektivitetsgevinstene. Selv om oppgaven søker å svare på disse spørsmålene hva gjelder konkurranseloven § 10 tredje ledd, er det både hensiktsmessig og relevant å først kartlegge gjeldende rett i EU. Før jeg drøfter hva løsningen bør være i norsk rett, vil jeg derfor undersøke gjeldende rett angående artikkel 101(3) TEUV. Denne kartleggingen vil basere seg på rettspraksis og Kommisjonspraksis. Som jeg vil komme fram til gir imidlertid ikke disse kildene noe klar svar. Det er dermed nødvendig å se til andre kilder, og fokus vil være på formåls- og systembetragtninger. Jeg vil også undersøke om hensynet til forutberegnelighet og legitimitet kan tilsi at det ikke åpnes for en utvidende tolkning.

Kapittel 3 tar for seg problemstillingen de lege ferenda; bør miljøgevinster inkluderes i unntaksbestemmelsen i tredje ledd? Fokuset i denne delen vil være på både krrl. § 10 tredje ledd og art. 101(3) TEUV. EØS-avtalen art. 53(3) vil ikke behandles særskilt da den tilsvarende art. 101(3) TEUV. I drøftingen av dette spørsmålet vil jeg undersøke om en slik løsning er effektiv og ønskelig, eller om det finnes mer effektive løsninger som heller er å foretrekke. Jeg vil også se på hvilken rolle miljøgevinster i tredje ledd kan ha for private initiativ til bærekraftig utvikling.

Til slutt, i kapittel 4, vil jeg kort knytte noen bemerkninger til hva jeg mener kan være interessant å undersøke videre angående de spørsmålene som blir tatt opp i oppgaven her. Oppgavens rekkevidde gjør at det er mye som ikke kan tas med eller behandles i dybden, selv om det absolutt hadde vært interessant. Som nevnt ovenfor kan det tenkes at EUs European Green Deal gjør spørsmålet om miljøgevinster relevant igjen, og det vil være interessant å følge utviklingen videre.

1.2 Metode og rettskildebilde

Denne oppgaven vil behandle spørsmålet om miljøgevinster i krrl. § 10 og art. 101(3) TEUV både de lege lata og de lege ferenda. I kapittel 2 behandler jeg problemstillingen de lege lata, som vil si at jeg kartlegger gjeldende rett. Med andre ord er fokuset der på hvordan rettsstilstanden er. Kapittel 3 vil ta for seg problemstillingen de lege ferenda, altså hvordan rettsilstanden bør være.

Den nåværende konkurranseloven av 2004 er utformet for å harmonere med EU- og EØS-konkurranserett.³ Den er ikke en gjennomføring av EØS-rett i norsk rett, men et utslag av frivillig harmonisering. Dette medfører at presumsjonsprinsippet ikke gjør seg gjeldende. Likevel er det sikker rett at uttalelser fra både Kommisjonen og EU-domstolene er relevant ved tolkningen og anvendelsen av konkurranseloven.⁴ Som nevnt innledningsvis vil jeg behandle art. 101(3) TEUV før jeg drøfter spørsmålet om utvidende tolkning av krrl. § 10 tredje ledd. Dette valget er gjort ettersom EU-rettskilder er relevante for konkurranseloven, og det dermed er sentralt å kartlegge hva gjeldende rett er der. I tillegg må man vite hva som er gjeldende rett i EU for å kunne avgjøre om samme løsning bør gjelde i norsk rett, på bakgrunn av det generelle ønsket om harmonisering mellom reglene som er uttrykt i forarbeidene.⁵

1.3 Avgrensninger

En masteroppgave er et omfattende arbeid. Likevel er det ikke mulig å ha med alt som kunne vært interessant å ha med, på grunn av oppgavens omfang og den disponible tiden. Noen avgrensninger er dermed nødvendig. Enkelte avgrensninger vil også bli presisert underveis som de er aktuelle i oppgaven. For det første avgrensnes det mot å behandle Wouters-doktrinen og Ancillary restraints-doktrinen. Disse faller litt på siden av en behandling av unntaksbestemmelsen i tredje ledd og blir derfor ikke prioritert her. Videre har oppgaven først

³ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 68

⁴ Jf. HR-2011-1251-A avsnitt 63, jf. Ot.prp.nr.6 (2003-2004)

⁵ Ibid.

og fremst fokus på vilkåret om effektivitetsgevinster, fordi dette vilkåret anses som mest praktisk med tanke på oppgavens tema.

2 De lege lata – er det grunnlag for en utvidende tolkning av konkurranseloven § 10 tredje ledd?

2.1 Innledning

2.1.1 Konkurranseloven § 10 tredje ledd

Konkurranseloven § 10 handler som nevnt innledningsvis om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Mens første ledd forbyr konkurransebegrensende samarbeid, åpner tredje ledd opp for unntak fra dette forbudet. Vilkårene er de samme i både krrl. § 10 tredje ledd, art. 101(3) TEUV og EØS-avtalen art. 53(3).

Tredje ledd lyder som følger:

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder*

Bestemmelsen har fire kumulative vilkår for at samarbeid som er ulovlig etter første ledd likevel kan tillates etter tredje ledd. Samarbeidet vil kun være lovlig så lenge alle vilkårene er oppfylt. Som følge av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 mistet Kommisjonen monopolet på behandling av art. 101(3)-saker, slik at det ble opp til foretakene selv og nasjonale konkurransemyndigheter å vurdere om forbudet likevel ikke kom til anvendelse som følge av tredje ledd. Forordningen fjernet også systemet med forhåndsgodkjenning av samarbeid hos Kommisjonen. Den gjeldende konkurranseloven ble vedtatt først i 2004. Foretakene som handlet etter konkurranseloven måtte dermed allerede fra starten av selv foreta denne

vurderingen, ettersom bestemmelsen var utformet i tråd med forordningen.⁶ Ved gjennomgangen av vilkårene nedenfor, vil jeg kun kort presentere forbruker-vilkåret, nødvendighets-vilkåret og «restkonkurranse»-vilkåret⁷ ettersom disse er mindre sentrale i avhandlingen. Selv om nødvendighets-vilkåret ofte behandles før forbruker-vilkåret i praksis, vil de her presenteres i den rekkefølgen som følger av bestemmelsen.

Det første vilkåret, som også vil være fokus her, er at samarbeidet må bidra til «å bedre produksjonen eller fordelingen av varene» eller «fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Det bemerkes at også tjenester omfattes på lik linje som varer.⁸ Det er dette vilkåret som stiller krav til effektivitetsgevinst. En nærmere gjennomgang av hva som ligger i effektivitetsgevinst kommer i kapittel 2.2.1 nedenfor.

Når effektivitetsgevinsten er identifisert, er det krav om at forbrukerne sikres «en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd» gjennom det aktuelle samarbeidet. De aktuelle gevinstene må altså komme flere enn bare aktørene som er part i samarbeidet til gode.⁹ Hva som anses som «rimelig andel» fremgår verken av bestemmelsen selv eller forarbeidene.¹⁰ Veiledning kan likevel finnes i uttalelser fra Underretten og Kommisjonen relatert til art. 101(3) TEUV¹¹, men disse vil ikke gås nærmere inn på her.

Videre må restiksjonen(e) være «absolutt nødvendige» for å nå det aktuelle målet. Det vil si et krav til at partene ikke på annen måte enn ved den konkurransebegrensende avtalen kan oppnå de samme målene.¹² Det må i tillegg være proporsjonalitet mellom begrensningene og det som er nødvendig for å realisere effektivitetsgevinstene.¹³

Til slutt stilles det krav til at samarbeidet ikke påvirker den langsiktige konkurransen, eller markedsstrukturen som sådan¹⁴; samarbeidet må ikke gi foretakene «mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder». Det må altså være tilstrekkelig restkonkurranse på det markedet det konkurransebegrensende samarbeidet gjelder.¹⁵ Ved

⁶ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 226

⁷ Begrepet «restkonkurranse» er hentet fra Kolstad (2007), s. 338

⁸ EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 42, 2007, punkt 48

⁹ Kolstad (2007), s. 321

¹⁰ Kolstad (2007), s. 322

¹¹ Olav Kolstad, *Norsk Lovkommentar: Konkurranseloven*, note 95, Rettsdata.no (lest 25. mars 2021)

¹² Kolstad (2007), s. 337

¹³ Olav Kolstad, *Norsk Lovkommentar: Konkurranseloven*, note 98, Rettsdata.no (lest 25. mars 2021)

¹⁴ Kolstad (2007), s. 338

¹⁵ Olav Kolstad, *Norsk Lovkommentar: Konkurranseloven*, note 99, Rettsdata.no (lest 25. mars 2021)

vurderingen av om dette vilkåret er oppfylt vil konkurransesituasjonen på det aktuelle markedet fra før samt andre faktorer, være av betydning.¹⁶

2.2 Kan tredje ledd omfatte andre gevinster enn effektivitetsgevinster?

2.2.1 Hva ligger i effektivitetsgevinster?

For å avgjøre om krrl. § 10 tredje ledd kan tolkes utvidende, må det først klarlegges hva bestemmelsen skal tolkes utvidende i forhold til. Som nevnt i kapittel 2.1.1 snakker ordlyden i tredje ledd om effektivitetsgevinster. Det er dermed nødvendig å slå fast hva som ligger i effektivitetsgevinster. Dette vil være det samme enten man anvender krrl. § 10 tredje ledd, EØS-avtalen art. 53 eller art. 101(3) TEUV. Etersom den overordnede problemstillingen i denne delen av oppgaven handler om krrl. § 10 tredje ledd vil det være ordlyden i denne bestemmelsen som tolkes her.

Den første alternative gevinsten er «å bedre produksjonen eller fordelingen av varene». Denne formuleringen stemmer godt overens med en naturlig forståelse av effektivitet; en mer effektiv produksjon eller fordeling er gjerne bedre, og ønskelig for produsenten og forbrukerne. Gevinstene kan gjerne ses på som praktiske fordeler, for eksempel at man kan produsere flere enheter til lavere pris eller forbedre logistikken ved utkjøring av varer. Stordriftsfordeler er en typisk effektivitetsgevinst.¹⁷

Den andre alternative gevinsten er å «fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Som ordlyden selv tilsier, handler dette alternativet om fremoverrettet utvikling. Slik utvikling er gjerne et utslag av dynamisk effektivitet.¹⁸ Her vil teknologisk utvikling være i kjernen, i form av for eksempel bedre produksjonsmetoder og produkter. Det er imidlertid uklart hva som ligger i økonomisk utvikling, både i norsk rett og EU-rett. Ordlyden selv gir liten veiledning, og det er heller ikke avklart i praksis.

¹⁶ Kolstad (2007), s. 339

¹⁷ Olav Kolstad, *Norsk Lovkommentar: Konkurranseloven*, note 89, Rettsdata.no (lest 26. mars 2021)

¹⁸ Ibid. note 91 (lest 26. mars 2021)

Sett i lys av behovet for å drive samfunnet framover, er det enkelt å fortså interessen i å kunne gjøre unntak for samarbeid som bidrar til teknisk og økonomisk utvikling. Unntak for disse gevinstene bidrar også til å oppfylle formålet i krrl. § 1. I tillegg kan samarbeid muliggjøre forskning og lignende som gir kunnskap foretakene ikke hadde klart å framhente alene, for eksempel på grunn av høye kostnader ved forskningen. Slik utvikling utgjør en samfunnsøkonomisk gevinst.¹⁹ Et annet eksempel på teknisk utvikling er lisensavtaler.²⁰

Sett opp mot dette, hva vil en utvidende tolkning av tredje ledd egentlig representere? Kort fortalt vil det være tillatelse av konkurransebegrensende samarbeid på bakgrunn av andre hensyn og gevinster enn effektivitetsgevinster. Enkelte samarbeid kan tenkes å gi både ikke-økonomisk gevinst og en effektivitetsgevinst. Dersom samarbeidet dermed kan godtas på bakgrunn av effektivitetsgevinsten, er det ikke tale om utvidende tolkning. Som det blir illustrert nedenfor ved gjennomgangen av praksis og rettspraksis, kan det tenkes tilfeller hvor ikke-økonomiske hensyn kan ha hatt betydning for om effektivitetsvilkåret er oppfylt. I slike tilfeller kan det være vanskeligere å avgjøre om det foreligger en utvidende tolkning eller ikke, fordi det er uklart om den ikke-økonomiske gevinsten var *nødvendig* for å anse vilkåret som oppfylt.

Videre i kapittel 2.2 vil jeg undersøke om det er grunnlag for en utvidende tolkning av bestemmelsen, som gjør at den kan anvendes på konkurransebegrensende samarbeid som gir miljøgevinster. Først vil jeg kartlegge gjeldende rett i EU (2.2.2), før jeg så drøfter om den samme løsningen bør legges til grunn i norsk rett (2.2.3). Innledningsvis vil jeg presentere de mest sentrale sakene fra Kommisjonen og domstolene i EU. Selv om flere av disse ikke først og fremst omhandler miljø, er de relevante for drøftingen av adgangen til en utvidende tolkning generelt.

¹⁹ Olav Kolstad, *Norsk Lovkommentar: Konkrranseloven*, note 91, Rettsdata.no (lest 26. mars 2021)

²⁰ Ibid.

2.2.2 Gjeldende rett i EU – er det grunnlag for utvidende tolkning av artikkel 101(3) TEUV?

2.2.2.1 Praksis fra Kommisjonen

Både Kommisjonen og domstolene i EU har behandlet art. 101-saker en rekke ganger. Noen av disse sakene har handlet om samarbeid som har hatt ikke-økonomiske gevinster. Gjentatte ganger har Kommisjonen og domstolene vist at de er villige til å anvende en videre tolkning av art. 101 (3), særlig før forordning 1/2003. Hvor stor vekt de ikke-økonomiske gevinstene har hatt i utfallet i den enkelte sak er likevel ikke alltid klart, eller om de i det hele tatt har vært nødvendige for anvendelsen av tredje ledd. I dette kapittelet vil jeg analysere praksis fra Kommisjonen, og undersøke om den kan bidra til klargjøring av gjeldende rett i forbindelse med en utvidende tolkning av art. 101(3) TEUV.

Den kanskje mest brukte saken for å argumentere for en vid tilnærming i forbindelse med miljøgevinster, er *CECED*.²¹ Her hadde Conseil Européen de la Construction d'Appareils Domestiques (CECED) og dets medlemmer blant annet blitt enige om å slutte å produsere og selge vaskemaskiner som ble klassifisert under en viss energimerkingstandard.²² Bedre klassifisering betød en mer energieffektiv og miljøvennlig maskin. I forbindelse med første vilkår slo Kommisjonen fast at vaskemaskiner som «consume less energy are objectively more technically efficient».²³ Dette må anses som en effektivitetsgevinst som allerede er omfattet av tredje ledd. Det at maskinene krevde mindre elektrisitet ble også tillagt vekt i vurderingen av fordeler for forbrukerne, ettersom de over tid ville spare penger på lavere strømgjeldninger selv om maskinen i første omgang var dyrere å kjøpe.²⁴ Heller ikke dette er å anse for å ligge utenfor det bestemmelsen allerede omfatter.

Under behandlingen av første og andre vilkår, punkt B. 1. i vedtaket, har Kommisjonen gitt punkt (b) overskriften «Collective environmental benefits». De har dermed en uttrykkelig behandling av miljøgevinster, og viser til daværende artikkel 174 TEC, nåværende art. 191 TEUV, som omhandler miljømål.²⁵ Kommisjonen anså det altså som riktig å vurdere

²¹ OJ 2000 L 187/47, *CECED*

²² Townley (2009) s. 151

²³ *CECED*, avsnitt 48

²⁴ *Ibid.* avsnitt 52

²⁵ *Ibid.* avsnitt (55)-(57)

unionens miljøpolitikk ved anvendelsen av art. 101(3)²⁶, på tross av at en slik vurdering ikke uten videre følger av tredje ledd.

Et miljømål som var et sentralt moment i vedtaket, er utslipp – «emissions» – som ville bli sterkt redusert ved gjennomføring av den aktuelle avtalen. Denne reduksjonen i forurensning slo Kommisjonen også fast at ville komme forbrukerne til gode i tilstrekkelig grad, «even if no benefits accrued to individual purchasers of machines».²⁷ Selv om reduksjonen i forurensning var en fordel for forbrukerne, ville trolig kostnadsbesparelsene over tid uansett være tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om tilstrekkelig fordel for forbrukerne.

Saken viser at Kommisjonen la vekt på miljø, og dermed gikk utenfor en strengt økonomisk vurdering av art. 101(3). Selv om det ikke var miljøgevinsten alene som var avgjørende for oppfyllelse av vilkårene, er det likevel klart at reduksjonen av skadelig utslipp var et sentralt moment. Dersom avtalen ville blitt godkjent også uten denne miljøgevinsten, har imidlertid saken begrenset argumentasjonsvekt i forbindelse med utvidende tolkning; var ikke de kollektive miljøgevinstene nødvendige, var det heller ikke behov for en utvidende tolkning for at tredje ledd skulle komme til anvendelse.

I denne saken er det klart at effektivitetsgevinster var til stede fordi maskinene ville bli mer «technically efficient», noe Kommisjonen legger til grunn.²⁸ Også forbruker-vilkåret virker etter Kommisjonens mening å være oppfylt allerede ved kostnadsbesparelsene mer elektrisitetseffektive vaskemaskiner gir. Selv om Kommisjonen tydelig vurderte miljøgevinster, kollektive som sådan, er det likevel uklart om disse var nødvendige for å unnta avtalen etter tredje ledd. Det kan heller se ut som om de kollektive miljøgevinstene ble ansett som sentrale for å oppfylle effektivitets- og forbrukervilkårene, uten at de dermed var nødvendige. Saken viser imidlertid at Kommisjonen mener det er riktig å drøfte miljøgevinster dersom det er relevant som ledd i vurderingen av om vilkårene er oppfylt. Noe mer enn dette er likevel vanskelig å hente ut av saken.

En tid etter CECED-saken, kom Kommisjonen til en avgjørelse i *DSD*.²⁹ Saken gjaldt *DSD*, som opererte «an extensive system for the collection and recovery of sales packaging within the meaning of Section 6(3) of the Packaging Ordinance»³⁰, som var en ordinans vedtatt av

²⁶ Se også Whish og Bailey (2018), s. 166

²⁷ *CECED*, avsnitt 56

²⁸ *CECED*, avsnitt 48

²⁹ OJ [2001] L 319/1, *DSD*

³⁰ *DSD*, avsnitt 27

tyske styresmakter med mål om å redusere påvirkningen av emballasjeavfall på miljøet.³¹ DSD ønsket i denne forbindelse klarering eller avgjørelse om unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende virksomhet, fra Kommisjonen.³² Dette fikk de, på bakgrunn av at avtalen både bidro til stordriftsfordeler og «direct practical effect to environmental objectives» som var lagt fram i Fellesskapsretten gjennom et direktiv om emballasjeavfall.³³

Kommisjonen lot altså public policy-mål ha betydning for unntaksvurderingen, vel å merke i tillegg til stordriftsfordelene som mer tydelig omfattes av effektivitetsgevinstene. Dette fører til at det er uklart om miljømålene ble ansett som nødvendige for unntaket, eller om stordriftsfordelene ville ha vært tilstrekkelige alene. Er sistnevnte tilfellet, vil det ikke ha vært nødvendig med en utvidende tolkning for å anvende tredje ledd. Saken viser likevel at Kommisjonen er villig til å tillegge ikke-økonomiske gevinster betydning i unntaksvurderingen.

I 1992 avsa Kommisjonen en avgjørelse i Ford/Volkswagen-saken.³⁴ Den omstridte avtalen gikk ut på «joint development, engineering and manufacture of a MPV» mellom Ford og Volkswagen.³⁵ Deler av produksjonen skulle finne sted i Portugal, i et område hvor sysselsetting ville ha svært positiv betydning.³⁶ Kommisjonen ser også dette i sammenheng med «the promotion of the harmonious development of the Community and the reduction of regional disparities which is one of the basic aims of the Treaty».³⁷ I forbindelse med behandlingen av effektivitets-vilkåret viser Kommisjonen blant annet til at produksjonen av den aktuelle kjøretøysmodellen (MPV) vil ha en rekke miljøfordeler.³⁸

Det virker imidlertid som om disse fordelene bare er noen i en rekke effektivitetsgevinster tilknyttet særlig teknologisk utvikling.³⁹ De er med andre ord ikke avgjørende i seg selv. Det samme gjelder sysselsettingshensyn og at Portugal blir sterkere knyttet til Unionen; Kommisjonen uttaler at «[t]his would not be enough to make an exemption possible unless the conditions of [art. 101(3)] were fulfilled, but is an element which the Commission has

³¹ Ibid. avsnitt 11

³² Ibid. avsnitt 1

³³ Monti (2002), s. 8; Direktiv 94/62/EC om emballasje og emballasjeavfall

³⁴ OJ [1993] L 20/14, *Ford/Volkswagen*

³⁵ Ibid. avsnitt 5

³⁶ Ibid. avsnitt 23, strekpunkt 5

³⁷ Ibid. avsnitt 36

³⁸ Ibid. avsnitt 26

³⁹ Se både avsnitt 25 og 26 for eksempler

taken into account». ⁴⁰ Sysselsettingshensyn og de andre fordelene var altså ikke seg selv nok til å begrunne unntak. Kommisjonen sier likevel at vilkårene for unntak er oppfylt «[t]aking into account the exceptional circumstances of the case». ⁴¹

Dette kan tolkes som at de har foretatt en helhetsvurdering hvor også ikke-økonomiske hensyn har vært utslagsgivende i vurderingen, sammen med de mer tradisjonelle effektivitets- og økonomihensynene. Avgjørelsen kan dermed ikke uten videre tas til inntekt for at ikke-økonomiske hensyn kan ha selvstendig betydning ved unntaksvurderingen. Den viser likevel at ikke-økonomiske hensyn har relevans. Ved anke av denne avgjørelsen uttalte Underretten imidlertid at saken ville blitt godkjent selv om Kommisjonen ikke hadde vist til de ikke-økonomiske hensynene. ⁴² Det var derfor ikke nødvendig med en utvidende tolkning, selv om ikke-økonomiske hensyn ble tatt i betraktning av Kommisjonen. Ettersom effektivitetsgevinst uansett var tilstede vurderte ikke Underretten sysselsettingshensynet i ankesaken. Det er derfor noe uklart hvilken vekt Underretten i ville tillagt sysselsettingshensynet om den hadde vurdert det.

I *Stichting Baksteen* ⁴³ ble også sysselsettingshensyn tillagt vekt. Mursteinindustrien i Nederland skulle undergå en «restructuring and reorganization» ⁴⁴ med sikte på «rationalizing production with a view to eliminating or preventing overcapacity». ⁴⁵ På grunn av overproduksjon av murstein måtte produksjonen reduseres. En av grunnene til at Kommisjonen aksepterer at avtalen kan godkjennes etter art. 101(3), er at restuktureringen kan skje «in acceptable social conditions, including [sic!] the redeployment of employees». ⁴⁶ Dette ble tilsynelatende sett på som et tilleggsmoment for at Kommisjonen konkluderte med at avtalen «helps to improve production and to promote technical and economic progress». ⁴⁷

Igjen ser vi at ikke-økonomiske hensyn har vært relevante, men ikke i seg selv avgjørende. Det er likevel liten tvil om at Kommisjonen har lagt seg til en videre tilnærming til art. 101(3) når de i det hele tatt legger vekt på sysselsettingshensyn. Så lenge ikke-økonomiske hensyn

⁴⁰ Ibid. avsnitt 36

⁴¹ Ibid. avsnitt 23

⁴² Se sak T-17/93, *Matra Hachette SA*

⁴³ OJ [1994] L 131/15, *Stichting Baksteen*

⁴⁴ Ibid. avsnitt 1

⁴⁵ Ibid. avsnitt C

⁴⁶ Ibid. avsnitt 27. Skrivefeil i originalteksten

⁴⁷ Ibid. avsnitt 28

ikke har vært nødvendige for unntak, kan saken likevel ikke uten videre tas til inntekt for en utvidende tolkning som åpner for at ikke-økonomiske hensyn selvstendig kan grunngi unnak.

Et annet eksempel på Kommisjonspraksis, er UEFA-saken fra 2003.⁴⁸ Saken ble avgjort før forordning nr. 1/2003 trådte i kraft. Det problematiske i denne saken var en «joint selling agreement» som «restricts competition among the football clubs in the sense that it has the effect of co-ordinating the pricing policy and all other trading conditions on behalf of all individual football clubs producing the UEFA Champions League content».⁴⁹ Videre sier Kommisjonen at en slik restriksjon kan bli unntatt her, «in the specific circumstances of this case».⁵⁰ Disse omstendighetene var først og fremst at forbrukerne dro fordel av at «league focused media products from this pan-European football club competition [is] sold via a single point of sale and which could not otherwise be produced and distributed equally efficiently».⁵¹ I tillegg til forbrukerne drar også «media operators [and] football clubs» fordel av samarbeidet, og opprettelsen av et «quality branded content product».⁵² Kommisjonen noterte seg også «the financial solidarity that supports the development of European football».⁵³

Fordelene for forbrukerne kan neppe anses å være et resultat av en utvidende tolkning. Avtalen økte også effektiviteten av produksjon og distribuering av produktet, noe som må anses som en vanlig effektivitetsgevinst. Kommisjonen la likevel tydelig vekt på viktigheten av europeisk fotball, som kan anses som et ikke-økonomisk hensyn. Likevel er det usikkert om avtalen hadde blitt godkjent uten effektivitetsgevinsten. Saken kan derfor ikke uten videre tas til inntekt for utvidende tolkning. I likhet med flere av sakene omtalt over gir den likevel en viss signaleffekt om at Kommisjonen mener ikke-økonomiske hensyn i alle fall kan tas i betraktning ved vurderingen av effektivitetsvilkåret. Om de kan ha selvstendig vekt er imidlertid mer uklart.

Felles for flere sakene som er gjennomgått, er at andre mål enn konkurranserettslige mål har blitt tillagt vekt - ofte fordi de er offentlige interesser eller har positiv innvirkning på harmoni i det indre markedet.⁵⁴ Dette kan tolkes slik at Kommisjonen ikke har ønsket å holde

⁴⁸ OJ [2003] L 295/25, *Joint selling of the commercial rights to the UEFA Champions League*

⁴⁹ Ibid. avsnitt 1

⁵⁰ *UEFA*, avsnitt 1

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid. avsnitt 168

⁵³ Ibid. avsnitt 164

⁵⁴ Som i *Ford/Volkswagen* (fotnote 34), selv om det ikke var tilstrekkelig i seg selv

konkurranserådet isolert fra de øvrige EU-områdene og -målene, selv om ordlyden tilsier at effektivitetsvurderingen er strengt økonomisk eller kvalitativ. På den andre siden har ikke-økonomiske hensyn fremdeles til gode å bli tillagt selvstendig vekt. De godkjente avtalene har innebært tilstrekkelige effektivitetsgevinster, som gjør det vanskelig å si om ikke-økonomiske hensyn eller gevinster har vært nødvendige for gi unntak etter tredje ledd.

Basert på praksisen virker likevel Kommisjonen å ha en noe liberal tilnærming til tredje ledd. Det er imidlertid verdt å merke seg at Kommisjonen ellers har vært pådriver for et strengt økonomisk konkurranserett.⁵⁵ Denne dissonansen mellom det Kommisjonen sier og det den gjør har blitt bemerket av flere i litteraturen, og bidrar mer til forvirring enn oppklaring av spørsmålet om hva som er gjeldende rett.

2.2.2.2 Praksis fra domstolene i EU

Det er ikke bare Kommisjonen som har omtalt ikke-økonomiske hensyn i sine avgjørelser. Også domstolene i EU har vist seg villige til å strekke på art. 101(3) i enkeltsaker. Om ikke-økonomiske hensyn og gevinster har vært nødvendige eller tilstrekkelige for unntak er imidlertid også her uklart.

Underretten avsa i 1996 dom i forente saker T-528/93, T-442/93 og T-546/93, også kjent som *Métropole Télévision v Commission*.⁵⁶ Bakgrunnen for saken var medlemsregelverket i European Broadcasting Union og Eurovision. Underretten annullerte Kommisjonens avgjørelse fordi den mente Kommisjonen hadde anvendt nødvendighetsvilkåret i art. 101(3) feil.⁵⁷ Underretten uttalte imidlertid generelt at “[a]dmittedly, in the context of an overall assessment, the Commission is entitled to base itself on considerations connected with the pursuit of the public interest in order to grant exemption under Article [101(3)]”.⁵⁸

Dette tilsier at Underretten mener det er rom for en helhetsvurdering hvor ikke-økonomiske hensyn tas i betraktning. Hvilken vekt slike hensyn skal ha, fremgår imidlertid ikke. Det er dermed uklart om saken kan tas til inntekt for en utvidende tolkning, eller kun åpner for å inkludere ikke-økonomiske hensyn som del av vurderingen av om effektivitetsvilkåret er oppfylt.

⁵⁵ Heide-Jorgensen (2013), s. 109

⁵⁶ EU:T:1996:99, *Métropole Télévision*

⁵⁷ Ibid. avsnitt 125

⁵⁸ Ibid. avsnitt 118

I *Laurent Piau v Commission*⁵⁹ fra 2005, altså etter forordning 1/2003, mente Underretten at Kommisjonen ikke hadde gjort noen feilvurdering da den «[considered] that the restrictions stemming from the compulsory nature of the license might benefit from av exemption».⁶⁰ Den omdiskuterte lisensen, var en lisens FIFA krevde for å kunne være agent for fotballspillere som var medlem av FIFA.⁶¹ Piau hadde klaget til Kommisjonen over reglene i FIFA sin opprinnelige «Player's Agents Regulation», og mens dette medførte at enkelte regler ble fjernet eller endret, mente Kommisjonen at restriksjonene var omfattet av unntaket i art. 101(3).⁶² I forbindelse med art. 101(3) argumenterte Kommisjonen med at «[t]he very existence of regulations promotes a better operation of the market and therefore contributes to economic progress»⁶³, noe Underretten som nevnt ikke argumenterte mot. Underretten la også vekt på at reguleringene ble vedtatt for å heve kvaliteten på fotballspilleragenter «in order to protect players, who have a short career».⁶⁴ Videre legger retten til grunn at lisenssystemet medførte en «qualiative selection [...] rather than a quantitative restriction», som bidro til kvalitetsheving av agentene.⁶⁵

Underretten anså altså behovet for reguleringer som legitimt, slik at de kunne unntas etter art. 101(3). Det kan være uklart hva som egentlig var avgjørende for denne konklusjonen. I utgangspunktet faller ikke kvalitative gevinster utenfor tredje ledd, og det er økonomisk gunstig at fotballspillere har agenter som gjør en god jobb. Også det at Underretten la vekt på manglende arbeiderorganisering for fotballspilleragenter⁶⁶ kan knyttes til dette. Følgelig er det uklart om saken kan tas til inntekt for en utvidende tolkning.

En eldre sak som ble avsagt av Domstolen, er *Metro v Commission*.⁶⁷ Her ble sysselsettingshensyn ansett som relevant ved vurderingen av effektivitetsvilkåret.⁶⁸

Domstolen uttalte at “the establishment of supply forecasts for a reasonable period constitutes a stabilizing factor with regard to the provision of employment which, since it improves the

⁵⁹ T-193/02 EU:T:2005:22, *Laurent Piau*

⁶⁰ Ibid. avsnitt 104

⁶¹ Ibid. avsnitt 4

⁶² *Laurent Piau*, avsnitt 22

⁶³ Ibid. avsnitt 62

⁶⁴ Ibid. avsnitt 102

⁶⁵ Ibid. avsnitt 103

⁶⁶ Ibid. avsnitt 104

⁶⁷ Sak 26/76 EU:C:1977:167, *Metro*

⁶⁸ Kolstad (2006) s. 319 med videre henvisning

general conditions of production [...] comes within the framework of the objectives to which reference may be had pursuant to [article 101(3)]”.⁶⁹

Formuleringen “general conditions of production” knytter sysselsettingshensynet til effektivitet. Setningen kan tolkes som at sysselsetting ligger innenfor det rammeverket tredje ledd gir, altså at det har en selvstendig plass. På den andre siden kan setningen også tolkes som at sysselsetting, *fordi* det “improves the general conditions of production”, ligger innenfor rammeverket. Den første tolkningen er utvidende, mens den andre ligger innenfor ordlyden av tredje ledd fordi sysselsetting anses som en effektivitetsgevinst. Sistnevnte tolkning er nok mest nærliggende. Det er likevel klart at sysselsetting ble ansett som et relevant hensyn, som vitner om en noe liberal tilnærming fra Domstolen. Om sysselsetting ville hatt selvstendig betydning utenom effektivitetsgevinsten er imidlertid mindre klart. Følgelig er det vanskelig å ta saken til inntekt for en utvidende tolkning som gir ikke-økonomiske gevinster selvstendig betydning, utover at de har relevans som del av vurderingen av en effektivitetsgevinst.

En noe nyere sak er *STIM-saken*⁷⁰. Et svensk musikkbyrå (STIM) ville ha annullert Kommisjonens avgjørelse om at en avtale mellom flere såkalte «collecting societies» ville begrense konkurranse. Avtalen gikk ut på at partene «mutually confer upon each other the right to grant licences». ⁷¹ Etter klage fra andre collecting societies opprettet Kommisjonen en «statement of objections». ⁷² I Underrettens sak var art. 151(4) EC trukket frem. Bestemmelsen krever at kulturelt mangfold («cultural diversity») tas i betraktning i Unionens «action under other provisions of this treaty». I forbindelse med en påstand om at Kommisjonen burde søkt etter egne bevis for å begrense skade på kulturelt mangfold, uttaler Underretten at art. 151(4) EC «only implies that it is necessary to bear in mind the requirements relating to the respect for and promotion of cultural diversity when considering the four conditions» i art. 101(3). ⁷³ Underretten mener altså at hensynet til kulturelt mangfold har en plass i unntaksvurderingen, på bakgrunn av art. 151(4) EC.

⁶⁹ *Metro*, avsnitt 43

⁷⁰ Sak T-451/08, *STIM*

⁷¹ *Ibid.* avsnitt 4

⁷² *Ibid.* avsnitt 6

⁷³ *Ibid.* avsnitt 103

Saken falt på nødvendighetskravet, fordi Underretten var enig med Kommisjonen i at noen av begrensningene som fulgte av avtalen ikke var nødvendige for å oppnå avtalens formål.⁷⁴ Underretten tar dermed ikke stilling til effektivitetsvilkåret. Dette reduserer argumentasjonsverdien til saken i lys av denne oppgavens fokus, men uttalelsen er likevel interessant. På den andre siden sier den egentlig ikke noe mer enn det art. 151(4) EC selv sier, men det at Underretten anerkjenner bestemmelsens betydning viser at anvendelsen av konkurransereglene ikke kan skje isolert fra det øvrige regelverket.

Alt i alt viser rettspraksis fra domstolene i EU at ikke-økonomiske hensyn kan være relevante ved unntaksvurderingen i tredje ledd. Det er imidlertid uklart om de kan ha selvstendig betydning som ikke-økonomiske gevinster, eller om de kun kan anses å være del av en effektivitetsgevinst.

Det er også verdt å merke seg at det er lite praksis fra Kommisjonen og rettspraksis de siste årene. Selv om det dermed kan virke som om Kommisjonen og domstolene er mindre opptatt av å avgjøre og klarlegge art. 101(3)-saker, er reduksjonen naturlig som følge av rådsforordning nr. 1/2003. Håndhevelsen av art. 101(3) har blitt desentralisert, og Kommisjonen prioriterer stort sett ikke art. 101(3)-saker. Dette gjør at det er mindre praksis som kan gi veiledning for anvendelsen av bestemmelsen. I tillegg får domstolene færre anledninger til å uttale seg om hva som er relevant for anvendelsen av bestemmelsen i dag.

Dermed gir verken Kommisjonspraksis eller praksis fra domstolene i EU noe endelig svar på hva som er gjeldende rett. Selv om de i flere saker viser til og legger vekt på ikke-økonomiske hensyn, er det vanskelig å slå fast om disse har vært nødvendige. For å avgjøre om det er grunnlag for en utvidende tolkning må en derfor se til andre rettskilder. Videre vil jeg undersøke om formåls- og systembetragtninger kan gi anvisning på en løsning. Deretter vil jeg drøfte om hensynet til forutberegnelighet for både nasjonale konkurransemyndigheter og aktører på markedet, taler imot en utvidende tolkning.

2.2.2.3 Tolkning i lys av formål og systematiske hensyn

Ettersom praksis og rettspraksis ikke gir noe klart svar på hva som er gjeldende rett, er neste steg å undersøke om formåls- og systembetragtninger kan ha betydning for tolkningen av art. 101(3). Historisk sett har prinsippet om «undistorted competition» vært sentralt i

⁷⁴ *STIM*, avsnitt 105

konkurranseretten i EU.⁷⁵ Utover dette er det imidlertid vanskelig å avgjøre helt sikkert hva som er formålet med EU-konkurranseretten, fordi det ikke eksplisitt fremgår noe sted i traktatene.⁷⁶ Spørsmålet om hva som er formålet med konkurranseretten i EU er et omfattende tema i seg selv. For denne oppgavens rekkevidde er det tilstrekkelig å henvise til kilder som tar opp temaet.⁷⁷ I fortsettelsen legges det til grunn at formålet med konkurranseretten i EU er å sikre fri og effektiv konkurranse på det indre markedet, for å sikre velferd for forbrukerne.⁷⁸

Når det gjelder andre hensyn og formål EU-institusjonene kan eller skal ta i betraktning ved sin kompetanseutøvelse, fremgår de mest overordnede av TEU og TEUV. En formålsrettet tolkning hvor man søker å iverksette også andre formål eller konkurranseformålene, har vi sett ovenfor i kapittel 2.2.2.2 at domstolene i EU ikke er fremmede for. Selv om det der ble konkludert med at rettspraksis ikke uten videre åpner for en utvidende tolkning, har domstolene lagt vekt på forfølgelsen av andre formål, eller «objectives». Det samme har vi eksempler på at Kommisjonen har gjort i sine avgjørelser.⁷⁹

I forbindelse med rådsforordning nr. 1/2003 har det imidlertid vært hevdet at nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler, i motsetning til Kommisjonen, er «illplaced to balance a restriction of competition under Article 101(1) against a broad range of EU policies under Article 101(3)».⁸⁰ Selv om det skulle være ønskelig å inkludere andre mål og hensyn, kan en slik balansering være utfordrende i praksis fordi det forutsetter god innsikt og kunnskap om de forskjellige policyene i EU. Dette gjelder nok særlig for private foretak, som kanskje har begrenset innsikt i disse policyene og hvordan de skal implementeres i praksis.

I forlengelsen av dette oppstår også spørsmålet om hvilken rolle andre formål i EU kan eller skal ha ved tolkningen og anvendelsen av art. 101(3) TEUV nå som det ikke først og fremst er Kommisjonen som skal anvende og håndheve bestemmelsen. Her er det ikke noe enkelt svar. At formålet med konkurranseretten ikke er helt klart gjør det kanskje mer forsvarlig å trekke inn andre hensyn for å tolke bestemmelsen, og det er dermed heller ikke nødvendigvis slik at det vil oppstå konflikt mellom det antatte formålet med konkurranseretten og andre formål.

⁷⁵ Heide-Jorgensen (red., 2013), s. 15

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Temaet er behandlet i en rekke litteratur, blant annet Heide-Jorgensen (2013) *Aims and Values* og Horspool (2016) *European Union Law*

⁷⁸ Dette kan leses ut av art. 3 (3) TEU, og virker å være det som er lagt til grunn i litteraturen. Se for eksempel Horspool (2016) s. 412 og Whish og Bailey (2018) s. 52, med videre henvisninger

⁷⁹ Se kapittel 2.2.2.1

⁸⁰ Whish og Bailey (2018) s. 167

I litteraturen har det vært hevdet at art. 101(3) TEUV må tolkes utvidende til også å omfatte miljøgevinst, på bakgrunn av «public policies», eller offentlige hensyn.⁸¹ Tanken bak argumentet er at konkurranseretten ikke kan holdes isolert fra de øvrige målene i EU-samarbeidet, så som miljø, kultur, helse osv. Når man vurderer konkurranserettslige saker hevdes det derfor at det må være rom for å trekke inn også andre hensyn, selv om disse ikke uttrykkelig følger av ordlyden til art. 101(3).⁸²

I samme rekke har systematiske hensyn blitt benyttet for å argumentere for at miljøhensyn, eller «environmental protection», bør være en del av art. 101(3) TEUV.⁸³ Blant annet har art. 7 og art. 11 TEUV blitt trukket fram. Artikkel 11 TEUV inneholder et integrasjonsprinsipp som krever at «[e]nvironmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities», med særlig fokus på «promoting sustainable development». Bestemmelsen har av enkelte blitt ansett som *lex specialis* til art. 7 TEUV⁸⁴, som krever at EU «ensure consistency between its policies and activities, taking all of its objectives into account and in accordance with the principle of conferral of powers».

Som motforestilling til dette, har argumentet om «direct effect by the back door» blitt trukket fram i litteraturen.⁸⁵ Kort fortalt går det ut på at man gir direkte effekt til provisjoner som egentlig ikke har det, gjennom å benytte dem i tolkningen av art. 101(3), som har direkte effekt. Dette kan bli problematisk ettersom konkurransbestemmelsene skal håndheves nasjonalt, samt anvendes av private foretak, mens ikke alle formålsbestemmelsene skal det. Om man åpner for at andre bestemmelser enn konkurransbestemmelsene kan ha betydning for håndhevelsen av konkurransereglene, kan det i verste fall medføre ulik håndhevelse basert på hvem som håndhever reglene.

Dersom Kommisjonen fortsatt var den eneste som skulle håndheve art. 101(3), ville det nok ikke vært spesielt problematisk å la andre formål ha betydning for anvendelsen av bestemmelsen. Slik situasjonen for håndhevelse av bestemmelser er nå, er det likevel

⁸¹ Blant annet er Townley (2009) og Kingston (2011) av denne oppfatning, og behandler temaet dyptgående i sine respektive verk fra 2009 og 2011. En artikkel av Townley om temaet mer overordnet er også inntatt i Heide-Jorgensen (2013), s. 115-177

⁸² Se særlig Townley (2009), om balansering av andre mål og hensyn ved anvendelsen av art. 101(3)

⁸³ Kingston (2011)

⁸⁴ Kingston (2011)

⁸⁵ Odudu (2006) s. 166

vanskelig å legge til grunn at art. 101(3) kan tolkes utvidende på bakgrunn av formåls- og systembetragtninger.

Det er dermed først og fremst de praktiske implikasjonen rundt håndhevelsen av art. 101(3), som gjør at formåls- og systembetragtninger ikke uten videre kan legges til grunn for en utvidende tolkning. Ettersom det ikke lenger bare er Kommisjonen som skal håndheve art. 101(3), er man avhengig av at reglene er enkle og klare å anvende. At man kun forholder seg til formålet med konkurransen som en rettesnor for anvendelsen vil også skape mer lik håndhevelse når det er flere ulike aktører som skal håndheve reglene. Det er heller ikke uproblematisk å gi direkte virkning til bestemmelser som i utgangspunktet ikke har det, spesielt overfor private foretak.

2.2.2.4 Vil en utvidende tolkning skje på bekostning av forutberegnelighet?

Ettersom en utvidende tolkning går utenfor det som umiddelbart følger av ordlyden, vil en slik tolkning være mindre forutberegnelig enn en tolkning som følger ordlyden bokstavelig. Ved en utvidende tolkning kan det også være vanskelig å vite nøyaktig hvor grensen går før man beveger seg helt utenfor bestemmelsen.

Forutberegnelighet er derfor et mye brukt argument for en mer snever og bokstavelig tolkning av unntaksbestemmelsen. Argumentet gjør seg særlig gjeldende etter rådsforordning 1/2003.⁸⁶ Nå må foretakene selv vurdere om samarbeidet kan dekket av unntaksbestemmelsen, og det er dermed viktig at de vet hva som er relevant og ikke, og hvilke avtaler som faller innenfor bestemmelsen.⁸⁷ Dette forutsetter en ensformig og klar tolkning av bestemmelsen.⁸⁸ Ettersom utvidende tolkning kan tenkes å skje på bekostning av forutberegnelighet, bør man være varsom med å legge en slik tolkning til grunn. Generelt kan det sies at man bør forsøke å unngå utvidende tolkninger med mindre det er sterkt behov eller gode grunner for det, og man samtidig kan ivareta en viss grad av forutberegnelighet. Dette er spesielt viktig ved en regel som skal anvendes av flere aktører og uriktig tolkning og anvendelse kan ha store konsekvenser i praksis. Slike konsekvenser kan for eksempel være bøter eller krav om at samarbeidet opphører, med de følger det har for foretakene.

⁸⁶ Whish og Bailey (2018) legger vekt på dette, s. 167

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

Det kan likevel tenkes tiltak som kan gjennomføres for å skape forutberegnelighet for dem som skal anvende bestemmelsen. Kommisjonen har allerede laget flere Guidelines hvor de beskriver hvordan de selv tolker bestemmelsen. Særlig *Guidelines on the Application of Article 81 (3) of the Treaty*⁸⁹ («General Guidelines») og *Guidelines on the applicability of Article 101 [TFEU] to horizontal co-operation agreements*⁹⁰ («Horizontal Guidelines») blir benyttet ved tolking av art. 101 (3) TEUV. Slike guidelines er å anse som «soft law», slik at de ikke er rettslig bindende. Domstolene har uttrykkelig sagt at retningslinjene ikke er bindende for nasjonale myndigheter ved håndhevelsen av konkurransereglene.⁹¹

Det er dermed usikkert om dette er tilstrekkelig for å øke forutberegneligheten. Problemet er at Kommisjonen ikke har lovgivningskompetanse og heller ikke gir prejudikat som domstolene gjør. Retningslinjene kan dermed ikke si hva som *er* relevant, kun hva *Kommisjonen mener* er relevant. I litteraturen har det også vært hevdet at domstolene ikke virker å fullt ut akseptere den mer økonomiske tilnærmingen Kommisjonen stadig har fremmet i konkurranseretten.⁹² I teorien kan det være vanskelig for både foretakene og nasjonale konkurransemyndigheter å vite hvilken tilnærming som er den mest forsvarlige, og som ikke medfører fare for bøter eller krav om opphør av samarbeidet. Totalt sett kan dermed ikke retningslinjene anses for i tilstrekkelig grad å øke forutberegneligheten. Manglende forutberegnelighet kan derfor fortsatt skape utfordringer ved en utvidende tolkning.

2.2.2.5 Hensynet til legitimitet

I litteraturen har det blitt argumentert for at det å innlemme miljøhensyn og -gevinster er en lovgiveroppgave og ikke noe som bør løses i utøvelsen av konkurranseretten.⁹³ Bakgrunnen for argumentet er blant annet hensynet til demokratisk legitimitet.

Kommisjonen har større demokratisk legitimitet enn nasjonale konkurransemyndigheter. De er et politisk organ som er støttet av EU-parlamentet, og har dessuten sitt oppdrag fra traktatene. De er likevel verken lovgiver eller domstol. Selv om de uttaler seg mye gjennom blant annet retningslinjer, og tidligere har hatt monopol på behandling av art. 101-saker så må de fremdeles holde seg innenfor de etablerte rammene rundt bestemmelsen. Det de uttaler har

⁸⁹ OJ C 101/97, 84 (2004)

⁹⁰ OJ C 11/1 (2011)

⁹¹ Sak C-226/11, *Expedia*

⁹² Heide-Jorgensen (2013), s. 113

⁹³ For eksempel Odudu (2006) er av denne oppfatningen

begrenset rettslig vekt, men har likevel påvirkning på anvendelsen av bestemmelsen. Hadde Kommisjonen ment at det finnes grunnlag for en utvidende tolkning, måtte en slik tilnærming ha blitt godkjent av domstolene for å være legitim. Domstolene har vist seg villig til å ta ikke-økonomiske hensyn i betraktning, men som jeg konkluderte med i kapittel 2.2.2.3 er det ikke mulig å slå fast at disse har hatt selvstendig betydning.

Ettersom det å tillate ikke-økonomiske gevinster i tredje ledd forutsetter en utvidende tolkning, som altså går utenfor ordlyden, kan det spørres om det bør foreligge politisk vilje bak en slik anvendelse av bestemmelsen. Manglende endring av bestemmelsen på tross av økt fokus på blant annet miljø, kan tilsa at man ikke ønsker å utvide bestemmelsen. Dette er imidlertid noe spekulativt; mer sannsynlig er det at man ikke har ansett dagens utforming og anvendelse som problematisk, og ikke ment at en utvidelse er nødvendig.

Alt i alt er det per dags dato vanskelig å se at en utvidende tolkning har tilstrekkelig legitimt grunnlag. Uklarheten i praksis og rettspraksis angående nødvendigheten av og selvstendigheten til ikke-økonomiske hensyn og gevinster⁹⁴, gjør at den mest forsvarlige og legitime løsningen per i dag er en mer bokstavelig eller snever tilnærming.

2.2.2.6 Konklusjon kapittel 2.2.2 – gjeldende rett i EU

Basert på elementene gjennomgått over i kapittel 2.2.2, er det ikke lett å komme med en klar konklusjon på hva som er gjeldende rett i EU angående art. 101(3). Gjennom kapitlene over har jeg forsøkt å trekke fram de mest relevante og klare kilder og argumenter. Som det er lett å se, er uenigheten på feltet stor. Det er heller ikke sikkert man vil få noe klart svar på problemstillingen med det første. Basert på argumentene som er gjennomgått i dette kapitlet er jeg av den oppfatning at gjeldende rett ikke åpner for en utvidende tolkning av art. 101(3) eller EØS-avtalen art. 53(3), i alle fall ikke i den grad ikke-økonomiske gevinster selvstendig kan være grunnlag for unntak fra forbudet i første ledd. Som jeg vil drøfte i kapittel 3 er det imidlertid ikke dermed sikkert at gjeldende rett bør forbli uforandret.

Forutberegnelighet og legitimitet har vært avgjørende for min konklusjon. Det kan være ønskelig i lys av både formål og systemhensyn at bestemmelsen i enkelte tilfeller kan tolkes utvidende. Likevel er det ikke tilstrekkelig grunnlag for å legge til grunn en utvidende tolkning sett opp mot behovet for klare regler og lik håndhevelse. Praksis og rettspraksis er

⁹⁴ Som vist i kapittel 2.2.2.1 og 2.2.2.2 over

ikke tydelige nok til å endre dette – i hvert fall ikke enda. Den mest forsvarlige løsningen, særlig med tanke på private foretak, fremstår dermed som en bokstavelig eller snever tolkning av art. 101(3) TEUV.

2.2.3 Bør løsningen være den samme i Norge som i EU?

2.2.3.1 Etter gjeldende rett i EU

I kapitlene over har fokus vært på art. 101(3) TEUV. Konklusjonen var at det ikke etter gjeldende rett er tilstrekkelig grunnlag for å legge til grunn en utvidende tolkning av tredje ledd. Spørsmålet videre er om den samme løsningen bør legges til grunn i norsk rett, eller om det foreligger grunner som tilsier en annen løsning.

De norske konkurransereglene har et noe annet formål enn det som er antatt å være formålet med konkurransereglene i EU. Dette kan man se i krrl. § 1, hvor formålet med konkurranseloven i første ledd er angitt å være «å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser». I andre ledd fremgår det at det skal tas «særlig hensyn til forbrukernes interesser» ved anvendelse av loven. Naturlig nok er ikke ivaretagelse av det indre markedet del av de norske konkurransereglene, slik det er i EU-konkurranseretten.

Formålet med de norske konkurransereglene sammenfaller derfor ikke fullt ut med EU-konkurransereglene. Så lenge man legger til grunn at det ikke er adgang til en utvidende tolkning av art. 101(3) TEUV er imidlertid ikke dette problematisk, fordi harmonisering av reglene ikke vil skje på bekostning av det mer snevre formålet i norsk konkurranserett. Løsningen bør dermed være den samme i norsk rett, som i EU. Følgelig er det etter gjeldende rett ikke grunnlag for en utvidende tolkning av konkurranseloven § 10 tredje ledd for å inkludere miljøgevinster.

2.2.3.2 Bør løsningen være den samme dersom EU åpner opp for en utvidende tolkning?

Som nevnt i kapitlet over, er det ikke problematisk å legge til grunn at vi bør ha samme løsning i norsk rett som i EU, altså at det ikke er grunnlag for en utvidende tolkning av krrl. § 10 tredje ledd, når EU-løsningen ikke strider med konkurranselovens formål. Det kan

imidlertid tenkes at en konflikt vil oppstå dersom EU åpner for en utvidende tolkning av art. 101(3). Denne problemstillingen er foreløpig hypotetisk, men likevel ikke urealistisk all den tid konklusjonen på gjeldende rett i EU ikke er skråsikker. I dette kapittelet vil jeg derfor undersøke hva som bør bli resultatet dersom EU skulle åpne for en utvidende tolkning.

I forarbeidene ser konkurranselovutvalget i NOU 2003:12 Ny konkurranselov ut til å være av den oppfatning at norske konkurranseregler må tolkes i samsvar med de til enhver tid gjeldende EØS-reglene.⁹⁵ De uttaler likevel i forbindelse med behandlingen av § 10 spesifikt at «[h]armoniseringen innebærer imidlertid ikke uten videre at rekkevidden av den norske bestemmelsen i ett og alt vil måtte bli identisk med EØS-avtalen artikkel 53».⁹⁶ Det er uklart om dette også gjelder innholdet i de ulike vilkårene, eller om det siktes mer til utformingen av bestemmelsen, og resultatet av enkeltsaker. Totalt sett kan det virke som om harmonisering er målet, uten at norsk rett nødvendigvis må sammenfalle helt med EØS-rett.

Departementet uttaler i Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) at harmonisering ikke «innebærer at norske myndigheters praksis i alt og ett vil bli identisk med praksis fra EU og EØS».⁹⁷ Utvalget har uttalt det samme.⁹⁸ Uttalelsen gjelder praksis, og det er igjen uklart om uttalelsen kan overføres til å ha betydning ved en eventuell innholdsending i bestemmelsen. Selv om forarbeidsuttalelser fra departementene har en viss vekt ved vurderingen av et rettsspørsmål, må de aktuelle uttalelsene her anses å være nokså generelle. De er viktige å merke seg, men kan neppe tas til inntekt for å tale sterkt imot en fortsatt harmonisering dersom EU åpner opp for en utvidende tolkning. Ettersom forarbeidene ikke kan sies å gi noe klart svar, er det nødvendig å undersøke om andre momenter kan gi anvisning.

Konkurransetilsynet, som med hjemmel i krrl. § 9 håndhever konkurransereglene, har vært klare på de anser kun økonomiske effektivitetsgevinster som relevante ved unntaksvurderingen.⁹⁹ Den rettslige vekten av dette er begrenset, men det gir et tydelig signal om at man fra deres side ønsker å utelukkende forholde seg til økonomisk effektivitet. Som det har framkommet tidligere, stemmer en slik tilnærming overens med antatt gjeldende

⁹⁵ NOU 2003:12 Ny konkurranselov, punkt 3.4.5, særlig punkt 3.4.6.4

⁹⁶ Ibid. kapittel 13, under overskriften «Til lovens kapittel 3»

⁹⁷ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004), s. 68

⁹⁸ Ibid. s. 61

⁹⁹ Konkurransetilsynet, *Unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, sist oppdatert 2008 (lest 13. mars 2021)

rettstilstand i EU. Det er imidlertid vanskeligere å si om Konkurransetilsynet ville endret sitt syn dersom EU åpner for en utvidende tolkning.

Ettersom det er mange aktører som blir berørt av konkurransereglene, er forutberegnelighet et helt sentralt hensyn. For aktører som driver på tvers av landegrensene er det klart mer forutberegnelig med like regler og lik praktisering av reglene, spesielt når både EU- og EØS-regelverket er det samme. At norsk rett skiller seg ut kan skape uklarheter rundt den praktiske anvendelsen av reglene. Harmonisering er dermed å foretrekke av hensyn til foretakene som berøres av konkurransereglene.

En utvidende tolkning av krrl. § 10 tredje ledd vil bare ha praktisk betydning der samarbeidet er rent nasjonalt. Så snart samhandelsvilkåret er oppfylt vil det være EØS-regelen som gjelder, og hvilken tolkning som da gjelder av krrl. § 10 vil ha underordnet betydning. Selv om det ikke skal mye til for å oppfylle samhandelsvilkåret, er det hensiktsmessig å ha samme løsning i norsk rett. På den måten blir det ikke noe stort skille mellom samarbeid som er rent nasjonalt og samarbeid som går på tvers av EØS. Dette vil også hindre at det blir stor forskjell mellom foretak som kun opererer i Norge, og de som opererer både i Norge og EØS.

Selv om det ikke er noe klart svar på hva som bør bli løsningen i norsk rett dersom EU åpner for utvidende tolkning av art. 101(3), ville nok den mest hensiktsmessige løsningen vært en fortsatt harmonisering. Hensynet til forutberegnelighet for foretakene veier tungt. Selv om forarbeidene sier at harmonisering av reglene slik de er nå ikke nødvendigvis innebærer lik praksis eller rekkevidde av bestemmelsen, kan ikke disse uttalelsene i seg selv tas til inntekt for å avvise en harmonisering. Dersom EU skulle åpne for en utvidende tolkning, bør dermed løsningen være den samme i norsk rett.

2.3 Oppsummering og konklusjon

I dette kapitlet har jeg forsøkt å svare på spørsmålet om miljøgevinster kan være grunnlag for unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 tredje ledd. Dette forutsetter i så fall en utvidende tolkning av bestemmelsen. I den forbindelse har jeg forsøkt å kartlegge gjeldende rett i EU, for å avgjøre om det er grunnlag

for en utvidende tolkning av EU-rettens tilsvarende bestemmelse i artikkel 101(3) TEUV. Min konklusjon er at det ikke er adgang til en utvidende tolkning, men konklusjonen er ikke åpenbar ettersom rettskildene etterlater et uklart bilde. Avgjørende for konklusjonen var hensynet til forutberegnelighet og legitimitet, sammenholdt med manglende klarhet fra domstolene i EU. Dermed er det ikke rom for miljøgevinster i art. 101(3) TEUV slik rettstilstanden er nå.

Videre var spørsmålet om gjeldende rett bør være lik i norsk rett, altså at det ikke er grunnlag for en utvidende tolkning av unntaksbestemmelsen. Her ble konklusjonen bekreftende, ettersom gjeldene rett i EU ikke vil komme i konflikt med formålet i konkurranseloven. Siden konklusjonen om gjeldende rett i EU imidlertid ikke er åpenbar, undersøkte jeg også hva som bør bli konklusjonen dersom man åpner for en utvidende tolkning i EU. Jeg kom fram til at hensynet til harmonisering også her tilsa at løsningen bør bli den samme i norsk rett dersom EU skulle åpne for utvidende tolkning. Det er likevel vanskelig å si hva som ville vært riktig løsning, for det er ikke uproblematisk å legge til grunn en utvidende tolkning når konkurranselovens ordlyd og formål i utgangspunktet motsier en slik løsning. Avgjørende var likevel hensynet til forutberegnelighet, samt at det er lite hensiktsmessig at den norske regelen skiller seg ut når det uansett ikke skal mye til før EØS-regelen kommer til anvendelse på samarbeidet.

Svaret på problemstillingen de lege lata er dermed at det ikke er grunnlag for en utvidende tolkning av konkurranseloven § 10 tredje ledd. Dermed er det heller ikke grunnlag for å inkludere miljøgevinster i bestemmelsen. I neste kapittel skal jeg imidlertid undersøke miljøgevinster i tredje ledd de lege ferenda og undersøke om rettsilstanden bør fortsette å være slik den er, eller om den er moden for forandring.

3 De lege ferenda – bør miljøgevinster være relevante i konkurranseloven § 10 tredje ledd, EØS-avtalen art. 53 og art. 101(3) TEUV?

3.1 Innledning

Som nevnt i innledningen i kapittel 1, ser man økt fokus i samfunnet på miljø og bærekraft. Konklusjonen på spørsmålet om hva som er gjeldende rett angående krrl. § 10 tredje ledd og art. 101(3) TEUV var at det ikke er rom for miljøgevinster i disse bestemmelsene. Hva som *bør* være gjeldende rett er imidlertid en annen sak, og det er nettopp dette som er problemstillingen i kapittelet her. I lys av økt fokus på bærekraft er det både viktig og interessant å drøfte om miljøgevinster bør være en del av unntaksbestemmelsene. Svaret er ikke opplagt, og det er momenter som taler både for og imot en slik utvidelse. Fokuset vil gjennomgående være på EU-rett og norsk rett. Det er disse rettsystemene som har vært fokus så langt, og det anses som mest hensiktsmessig basert på oppgavens rammer å fortsette slik.

For å forsøke å svare på problemstillingen om miljøgevinster bør være relevante i krrl. § 10 tredje ledd og art. 101(3) TEUV, vil jeg i dette kapittelet se på argumenter for og imot en slik løsning. Disse vil behandles i hver sine underkapitler, og til slutt vil jeg ha en samlet konklusjon. Først vil jeg se på om miljøgevinster i det hele tatt er et effektivt virkemiddel for å fremme bærekraft. I den forbindelse vil jeg presentere andre alternativ som kan tenkes å være mer effektive. Det blir likevel klart at miljøgevinster kan fungere som en sikkerhetsventil der andre alternativ ikke strekker til. Videre ser jeg på det mulige forholdet mellom miljøgevinster og private initiativ. Avslutningsvis vil jeg drøfte om miljøgevinster i tredje ledd i det hele tatt er et ønskelig virkemiddel for å fremme bærekraft.

3.2 Miljøgevinster i tredje ledd – et effektivt virkemiddel for å fremme bærekraft?

Et spørsmål som melder seg når det skal drøftes om miljøgevinster bør være med i tredje ledd, er hvor effektivt dette i det hele tatt vil være som virkemiddel for å fremme bærekraft. Et moment av betydning her er at unntak på bakgrunn av miljøgevinster bare vil bli aktuelt dersom samarbeidet rammes av forbudet i første ledd – noe som ikke alltid er tilfellet. Det kan også tenkes at samarbeidet kan unntas etter et av de allerede etablerte gruppeunntakene, slik at en eventuell vurdering av miljøgevinster uansett ikke vil være nødvendig. I lys av dette kan det hevdes at andre alternativ kanskje er mer effektive. Det kan også tenkes flere alternativer enn de som blir presentert her. At andre alternativ kan være mer effektive trenger imidlertid ikke å bety at miljøgevinster i tredje ledd vil være overflødig. Dette vil jeg se nærmere på i kapittel 3.2.3.

Det er i tillegg viktig å ha klart for seg hva som er prisen av inkludering av miljøgevinster i tredje ledd – nemlig redusert konkurranse, og følgelig risiko for redusert samfunnsøkonomisk effektivitet. Gjennomgående må det derfor foretas en avveining mellom økt bærekraft på den ene siden og redusert konkurranse på den andre. Hva som skal eller bør bli resultatet av denne avveiningen er ikke opplagt. En slik avveining unngår man ved de alternativene som presenteres nedenfor i kapittel 3.2.1, fordi de ikke vil redusere konkurransen. Som jeg kommer tilbake til i enkelte av de følgende kapitlene er ikke nødvendigvis dette tilstrekkelig til å avvise miljøgevinster i tredje ledd uten videre.

3.2.1 Hvilke andre alternativ kan være aktuelle?

Som nevnt innledningsvis er det flere alternative løsninger som kan tenkes å fremme bærekraft mer effektivt enn inkludering av miljøgevinster i tredje ledd. Her vil jeg se på noen av de mest praktiske. En del av dem finnes riktignok allerede i en eller annen form, og jeg vil nøye meg med å påpeke hva de går ut på og hvorfor de kan anses som mer effektive enn å inkludere miljøgevinster i tredje ledd.

Et alternativ som allerede er utbredt, er ulike reguleringer. Disse finnes på både nasjonalt norsk nivå og EU-nivå. Slike reguleringer kan for eksempel være maksimal mengde utslipp av skadelige stoffer. Reguleringer kan være svært effektive fordi de gjelder uavhengig av

konkurransereglene, og dermed kommer til anvendelse uansett om et samarbeid rammes av konkurransereglene eller ikke.

I samme bane som reguleringer, er også krav et allerede nokså utbredt alternativ. Krav kan tenkes å gi utslag i standarder, for eksempel krav til miljøstandard i produksjonen av et produkt. Krav kan også være grunnlag for avtaler om en viss standard i for eksempel produksjon, mellom ulike foretak som produserer den aktuelle typen vare. Slik avtaler er ikke nødvendigvis konkurransebegrensende, og vil i så fall ikke bli rammet av første ledd. De kan dermed være enkle og forutsigbare å forholde seg til og fremme bærekraftig virksomhet. Avtalte krav mellom foretak vil også være enkle å forholde seg til på tvers av landegrenser.

Som en motsetning til krav, kan forbud tenkes å være nok et alternativ. Et eksempel er forbud mot bruk av ulike stoffer i produksjonen. Et annet eksempel er at det blir mer og mer utbredt med forbud mot engangsplast.¹⁰⁰ Forbud er i likhet med reguleringer og krav noe som kan gjøres gjeldende uavhengig av problemstillinger knyttet til konkurransebegrensende samarbeid, og man unngår dermed konflikt med konkurranseformål.

Et noe annerledes alternativ er incentiv-ordninger. Disse har en side til privat initiativ som jeg kommer tilbake til i kapittel 3.2.2. Med incentiv-ordninger menes her ordninger som oppfordrer og oppmuntrer foretak til å velge bærekraftige alternativ, gjennom for eksempel belønninger. Det skal altså lønne seg å velge bærekraftige alternativ fremfor mindre bærekraftige. Slike ordninger kan imidlertid føre til ulike vilkår for næringsdrivende, som man naturligvis bør forsøke å unngå.

Som vi ser, er det flere alternative virkemidler for å fremme bærekraft som ikke forutsetter inkludering av miljøgevinster i unntaksbestemmelsen i tredje ledd. Felles for de som er presentert her, er at man unngår problematikken med redusert konkurranse og dermed slipper å foreta avveiningen mellom konkurranse på den ene siden og bærekraft på den andre. I tillegg kommer de til anvendelse uansett om samarbeidet er konkurransebegrensende eller ikke. Dette gir dem langt større rekkevidde, som i seg selv gjør dem mer effektive enn inkludering av miljøgevinster i tredje ledd. Spesielt reguleringer, forbud og krav – utover de som avtales foretakene seg imellom – forutsetter imidlertid offentlig initiativ og styring, noe som kan være tidkrevende. Ikke minst forutsetter det politisk vilje. I et miljøperspektiv er

¹⁰⁰ I Norge vil et slikt forbud gjelde fra 3. juli 2021, som følge av et EU-direktiv, se <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/forbud-mot-engangsplast2/id2838404/> (lest 24. mai 2021)

dette en ulempe, men det kan likevel hevdes at det er i tråd med demokratiske spilleregler. Dersom miljøgevinster i tredje ledd kan ha positiv innvirkning på private initiativ til bærekraftig utvikling, kan det derfor hende at dette gir miljøgevinster i tredje ledd en effektivitet enkelte av de overnevnte alternativene ikke kan gi.

3.2.2 Miljøgevinster og private initiativ

I kapittel 3.2.1 ble incentiv-ordninger presentert som et mulig alternativ for å fremme bærekraftig virksomhet. Slike kan ses på som en oppfordring til private initiativ. Med private initiativ menes i denne oppgaven at private foretak går sammen for å samarbeide om bærekraftig virksomhet, det være seg produksjon, transport, forskning, eller annet. Slike samarbeid kan rammes av første ledd, og er ikke nødvendigvis unntatt etter tredje ledd som følge av at de medfører effektivitetsgevinster eller kvalifiserer for gruppeunntak. I dette kapittelet vil jeg se mer på hvilken rolle private initiativ kan ha, og hvorfor miljøgevinster i tredje ledd kan ha positiv innvirkning på private initiativ. Dersom et samarbeid kan være aktuelt for unntak etter tredje ledd, er det imidlertid viktig å huske på at det dermed også er konkurransebegrensende. For de miljøgevinstene som bidrar til bærekraftig utvikling, vil prisen være en reduksjon av konkurranse. På grunn av restkonkurransetilværet i tredje ledd er det likevel ikke behov for å overdrive konsekvensene av konkurransereduksjon, selv om det er viktig å ha i mente.

Poenget med å se miljøgevinster i tredje ledd som en måte å skape privat initiativ til bærekraftig virksomhet, er at man derigjennom fjerner foretakenes frykt for bøter som følge av brudd på forbudet mot konkurransebegrensende virksomhet. Dette vil igjen kunne skape større initiativ til å samarbeide om bærekraftig virksomhet. Da er man heller ikke avhengig av at statlige aktører går i bresjen for bærekraft, eller for eksempel tilbyr støtteordninger og tilskudd.

Som nevnt helt innledningsvis, er noe av bakgrunnen for unntaksbestemmelsen i tredje ledd at samarbeid kan gi fordeler og gevinster som forbrukerne kan dra nytte av, som ikke ville vært mulige for foretakene på egenhånd. Det er godt mulig at de mest bærekraftige løsningene best gjennomføres ved samarbeid mellom flere foretak, både med tanke på kostnader og tilgjengelig kunnskap. Når det gjelder nyskapende (teknologiske) løsninger, kan disse tenkes å kunne unntas etter det allerede eksisterende alternativet i tredje ledd om teknologisk

utvikling. Det er derfor særlig ved samarbeid om produksjon av tjenester og varer at miljøgevinster og private initiativ vil være relevant.

Næringslivet og industrien står for mye av forurensingen og utslippene vi står overfor i dag.¹⁰¹ Bærekraftig virksomhet kan være kostbart, eller mindre lønnsomt, enn mindre bærekraftig virksomhet. Er det tilfellet, vil samarbeid være økonomisk gunstig for foretakene. Samtidig gjør det at enkelte bedrifter har mye makt og penger at de er i stand til å bidra til mer bærekraftig virksomhet, og de kan påvirke og legge til rette for at forbrukerne kan ta mer bærekraftige valg. Selv om dette kan medføre fare for monopolvirksomhet eller for mye makt til enkelte foretak, vil restkonkurransetilstand hindre at det skjer.

Videre kan private initiativ «avlaste» staten, ved å flytte noe av ansvaret for bærekraftig utvikling over på private aktører og ikke bare statlig styring og regulering. Dette er nok noe som skjer uavhengig av miljøgevinster i tredje ledd, gjennom for eksempel avtaler om produksjonsstandard innad i en bransje. Miljøgevinster i tredje ledd vil likevel være en fordel fordi private aktører da vil ha mulighet til å samarbeide uten å frykte represalier for at samarbeidet er konkurransebegrensende.

Generelt sett er det viktig å legge til rette for at næringslivet kan bidra, og å oppmuntre dem til det. Private initiativ kan gi mer effektivitet i utvikling av bærekraftig produksjon og lignende enn kun gjennom offentlig regulering, fordi de ikke trenger å vente på det offentlige. Dette viser også at å inkludere miljøgevinster i tredje ledd kan være et effektivt virkemiddel fra et privat ståsted.

3.2.3 Miljøgevinster i tredje ledd som en sikkerhetsventil

Det behøver ikke å være noen motsetning mellom å inkludere miljøgevinster i tredje ledd, og å benytte andre alternativer som kanskje er mer effektive for å fremme bærekraftig virksomhet. I så måte kan miljøgevinster i tredje ledd fungere som en sikkerhetsventil, i de tilfeller hvor et samarbeid rammes av første ledd og ikke kan unntas etter et eventuelt gruppeunntak. Da vil samarbeidet likevel kunne unntas etter tredje ledd, forutsatt at vilkårene

¹⁰¹For norsk territorium har SSB mye statistikk fra 2019. Oversikten viser blant annet utslipp av klimagasser fra ulike næringer og industrier. Statistikken om avfall er også særlig interessant. Se <https://www.ssb.no/natur-og-miljo/faktaside/miljo> (lest 12. mai 2021). Lignende statistikk om klimagasser kan også finnes på Miljødirektoratets sider, <https://miljostatus.miljodirektoratet.no/tema/klima/norske-utslipp-av-klimagasser/> (lest 12. mai 2021). Tilsvarende trend gjelder også i Europa for øvrig, se <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/industrial-pollution-in-europe-3/assessment> (lest 12 mai 2021)

er oppfylt, og det settes ikke en stopper for samarbeid som har miljøgevinster som bidrar til bærekraftig virksomhet.

I ytterste konsekvens kan mangelen på en slik sikkerhetsventil medføre at man ikke kan gjennomføre et samarbeid som ville gitt store miljøgevinster, fordi det vil være forbudt etter første ledd og ikke vil kunne unntas etter tredje ledd. Selv om man da verner konkurransen, hindrer man potensielt bærekraftig virksomhet. Akkurat her er det viktig å huske på at tredje ledd fortsatt stiller krav til en viss grad av restkonkurransen for at samarbeidet kan unntas fra forbudet. Det gjør at man aldri vil kunne ofre konkurransen helt, og støtter oppunder at miljøgevinster i tredje ledd bør kunne fungere som en sikkerhetsventil for å sørge for at vi ikke går glipp av viktig bærekraftig utvikling.

Samtidig er det viktig å ikke underdrive betydningen av å verne konkurransen som ledd i å sikre effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser. Dersom man åpner for at flere typer ikke-økonomiske gevinster kan gi grunnlag for unntak fra forbudet i første ledd vil man stå i fare for å undergrave både forbudet i seg selv, men også formålene med konkurransereglene. Riktignok må både nødvendighets- restkonkurransen- og forbrukerfordelsvilkårene være oppfylt, men man bør generelt være varsom med å åpne for unntak basert på gevinster som ikke direkte følger av formålene med konkurransereglene.

Når det er sagt, er neppe denne risikoen noe som kan ses uavhengig fra det faktum at miljøgevinster i tredje ledd trolig ikke vil ha så store konsekvenser at det kan undergrave konkurransereglene. Som nevnt vil det bare være aktuelt dersom samarbeidet i det hele tatt rammes av første ledd. Det er heller ikke sikkert at samarbeid som gir miljøgevinster er noe som vil forekomme spesielt ofte i praksis. Behovet for bærekraftig utvikling og drahjelp fra private aktører tilsier likevel at slikt samarbeid bør være mulig når det først blir aktuelt, naturligvis forutsatt at de andre vilkårene er oppfylt.

3.2.4 Er miljøgevinster i tredje ledd et ønskelig virkemiddel for å fremme bærekraft?

Som jeg kom fram til over, er ikke miljøgevinster i tredje ledd nødvendigvis den mest effektive måten å fremme bærekraft på. Dette tilsier imidlertid ikke at de ikke bør inntas i det hele tatt. Et annet, kanskje enda mer grunnleggende, spørsmål er om miljøgevinster i tredje ledd er et *ønskelig* virkemiddel for å fremme bærekraft – uavhengig av hvor effektivt det er. I

bunn og grunn er spørsmålet om det er ønskelig å trekke inn miljøhensyn inn i konkurranseretten, og i forlengelsen om det er ønskelig å bruke konkurransereglene til å fremme bærekraftig utvikling. Svaret på disse spørsmålene avhenger naturligvis av hvem man spør, og det kan vanskelig sies å være et rett eller galt svar.

Ordlyden i både krrl. § 10 tredje ledd, art. 101(3) TEUV og EØS-avtalen art. 53(3) har vært uforandret i flere år. Siden de ble vedtatt med dagens ordlyd har det gradvis blitt mer fokus på miljø og bærekraft, både i Norge, EU og internasjonalt. Slik sett kan det virke som om bestemmelsen ikke er oppdatert for den utviklingen som har skjedd. På den andre siden kan dette være fordi en endring av bestemmelsen ikke har vært ønskelig fra politisk hold. Hvis det er tilfellet kan det være vi vil stå overfor en endring av ordlyden framover. Det er imidlertid mer sannsynlig at dette rett og slett er fordi man ikke har ansett det som nødvendig, fordi problematikken ikke så ofte kommer på spissen.

Inkluderes miljøgevinster i tredje ledd, vil det gi et nokså tydelig signal om økt fokus på bærekraft. Som nevnt tidligere kan dette bidra til å oppmuntre foretakene til å drive mer bærekraftig. Samtidig kan det tenkes at betydningen av denne signaleffekten vil være minimal. Det finnes allerede flere reguleringer, krav og forbud som skal bidra til mer bærekraftig produksjon og utvikling, så viktigheten av miljø og bærekraft står ikke i fare for å være underkommunisert. Ettersom miljøgevinster i tredje ledd vil ha en annen praktisk effekt enn de overnevnte eksemplene bør det likevel ikke avblåses det av den grunn.

Dette kan ses i lys av tanken om at «alle monner drar». Som jeg har vært inne på tidligere trenger det ikke være noen motsetning mellom de virkemidlene som benyttes for å fremme bærekraftig utvikling. Det vil virke kunstig å se konkurranseretten i et vakuum, helt uavhengig fra andre hensyn og samfunnsutvikling, selv om det samtidig er viktig å huske at konkurransereglene først og fremst skal sikre effektiv konkurranse. Man vil derfor ikke komme utenom avveiningen mellom redusert konkurranse og økt bærekraft, og slik bør det også være.

Videre kan man stille spørsmålet om inkludering av miljøgevinster vil være å tvinge en miljøagenda på foretak som ikke ber om det. Her vil naturligvis svaret variere, men jeg er av den oppfatning at svaret må være nei. Selv om man da åpner for bærekraftig samarbeid, vil det ikke vil være noen reprisalier for å *ikke* inngå bærekraftig samarbeid; dette er helt valgfritt for foretakene.

Selv om det å inkludere miljøgevinster i tredje ledd vil redusere konkurranse, vil det bare være tilfellet ved samarbeid som har som mål å bidra til mer bærekraftig utvikling. Dessuten må samarbeidet i det hele tatt kunne anses som konkurransebegrensende. Videre må de øvrige vilkårene i tredje ledd må fortsatt være oppfylt, som bidrar til å verne konkurransen. Basert på de momentene og argumentene som er gjennomgått over, mener jeg det er ønskelig å inkludere miljøgevinster i tredje ledd. Mest avgjørende er det at en slik inkludering vil kunne bidra til privat initiativ, og dermed vil bidra til bærekraftig utvikling - særlig sammen med andre virkemidler.

3.3 Oppsummering og konklusjon

I dette kapittelet har jeg undersøkt om miljøgevinster bør være en del av krrl. § 10 tredje ledd, art. 101(3) TEUV og EØS-avtalen art. 53(3). Jeg har i forbindelse med spørsmålet om effektiviteten av miljøgevinster i tredje ledd, pekt på andre alternativer. At det finnes alternativ som kan tenkes å være mer effektive for å fremme bærekraft enn miljøgevinster i tredje ledd, er ikke i seg selv grunn til å avblåse dem. Jeg har sett at det på mange måter er ønskelig å ha miljøgevinster i tredje ledd, spesielt hvis man ser det opp mot muligheten for private initiativ og samarbeid mellom private foretak. Miljøgevinster i tredje ledd kan tenkes å oppleves som å tvinge på foretak bærekraftig utvikling. På den andre siden kan det snarere anses for å gi oppmuntring og mulighet til å samarbeide om virksomhet som gir miljøgevinster.

På tross av at det er flere positive sider ved å inkludere miljøgevinster i tredje ledd, kommer man ikke utenom at en slik inkludering vil medføre redusert konkurranse. Det må derfor foretas en avveining mellom redusert konkurranse på den ene siden, og økt bærekraftig utvikling på den andre. Hva som bør bli resultatet av denne avveiningen er ikke åpenbart. I denne oppgaven har jeg derfor nøydt meg med å påpeke ulike momenter som kan ha betydning i avveiningen. Alt i alt mener jeg det foreligger gode grunner for å inkludere miljøgevinster i konkurranseloven § 10 tredje ledd, artikkel 101(3) TEUV og EØS-avtalen art. 53(3).

Selv om en slik løsning kan tenkes å være konkurransepolitisk kontroversiell, tilsier utviklingen med økt fokus på bærekraft at den kanskje er nødvendig. Spesielt med tanke på å

skape private initiativ og engasjement rundt bærekraftig utvikling kan det å inkludere miljøgevinster i tredje ledd være en god løsning, som samtidig ikke er særlig inngripende overfor verken foretakene eller det aktuelle markedet som følge av de øvrige vilkårene i tredje ledd. Det kan godt tenkes at det er nok å hente her, til at det er verdt det å inkludere miljøgevinster i tredje ledd.

4 Hva kan skje videre?

Som nevnt flere ganger underveis i oppgaven, er det mange temaer og momenter som ikke får plass her på grunn av oppgavens rekkevidde. I dette kapittelet vil jeg derfor kort peke på enkelte temaer som jeg i lys av det som er skrevet i oppgaven, mener kan undersøkes og drøftes nærmere. Det er ingen tvil om at miljø og bærekraft blir mer og mer aktuelt. Basert på blant annet European Green Deal er det tydelig at miljø vil være viktig i arbeidet med økonomisk utvikling, og det gjelder også konkurranseretten.

I denne oppgaven har fokuset vært utelukkende på konkurransebegrensende samarbeid, nærmere bestemt unntak fra forbudet mot slikt samarbeid. Selv om dette kanskje er et naturlig sted å vurdere om det er rom for miljøhensyn, kunne det vært interessant å sett på betydningen av miljøhensyn også på flere områder innen konkurranseretten. Et eksempel er fusjoner og oppkjøp; vil det være enklere å akseptere disse dersom de medfører eller bidrar til bærekraftig utvikling? Et annet eksempel er om det ville vært mulig å forsvare monopol eller tilnærmet monopol på et marked, dersom det tillater et eller flere dominerende foretak å drive mer bærekraftig enn om de(t) ikke hadde hatt monopol. Det er selvsagt vanskelig å svare på slike spørsmål. Det er viktig å ha fordelene med konkurranse og bakgrunnen for konkurransereglene i mente, selv om også bærekraftig utvikling er viktig.

Innledningsvis nevnte jeg European Green Deal (heretter EGD). Denne planen om et grønt skifte ble lansert i 2019 av Kommisjonen.¹⁰² Planen er en del av EUs mål om klimanøytralitet innen 2050, og har stort fokus på bærekraftig økonomi.¹⁰³ Etersom planen er relativt ny er det ikke mulig å se de store effektene av den enda. Det er likevel liten tvil om at det er en ambisiøs plan – og ikke minst en viktig plan, ifølge Kommisjonen.¹⁰⁴ I forbindelse med EGD, har kommisæren for konkurranse kommet med uttalelser i en tale den 4. februar 2021 på en digital panelsamtale.¹⁰⁵ Hun ser på konkurranserettenens rolle i dette grønne skiftet, og uttaler at konkurranseretten også må bidra, selv om den ikke er det viktigste virkemiddelet.¹⁰⁶ Det er

¹⁰² Kommisjonens nettsider om European Green Deal, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en, (sist lest 24. april 2021)

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Vestager (2021)

¹⁰⁶ Ibid.

dermed ikke sikkert at EGD vil ha så stor innvirkning på konkurransen i praksis, men det blir likevel spennende å følge utviklingen.

I denne oppgaven har fokus vært på norsk rett og EU-rett. Men hva skjer i resten av verden angående konkurranse og bærekraft? Nylig arrangerte OECD Competition Open Day, som hadde fokus på konkurranserett og bærekraft.¹⁰⁷ Det er tydelig at man også internasjonalt har fokus på bærekraft, og konkurranserettens forhold til dette. Framover vil det dermed være både viktig og interessant å følge med på utviklingen internasjonalt. Jo mer fokus det blir på bærekraft og grønn utvikling, jo viktigere blir det å kunne konkurrere på markedet gjennom å drive bærekraftig virksomhet.

¹⁰⁷ OECD sine nettsider, *Sustainability and competition*, <https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition.htm> (lest 13. april 2021)

5 Litteraturliste

Litteratur

Bøker:

Fredriksen, Halvard Haukeland, Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utg., Fagbokforlaget 2018

Heide-Jorgensen, Caroline, Christian Bergqvist, Ulla Neergaard & Sune Troels Poulsen (red.), *Aims and Values in Competition Laws*, DJØF Publishing Copenhagen 2013

Horspool, Margot, Matthew Humphreys & Michael Wells-Greco, *European Union Law*, 9. utg., Oxford University Press 2016

Juuhl-Langseth, Jan Magne, m.fl., *Konkurranserett i et nøtteskall*, Gyldendal 2015

Kingston, Suzanne, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press 2011

Kolstad, Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng, *Norsk konkurranserett: Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, Universitetsforlaget 2007

Kolstad, Olav, *Norsk Lovkommentar: Konkurranseloven*, Rettsdata.no

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1. utg., 3. opplag, Cappelen Damm 2016

Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford University Press 2006

Townley, Christopher, *Article 81 EC and Public Policy*, Hart Publishing 2009

Whish, Richard og David Bailey, *Competition Law*, 9. utg., Oxford University Press 2018

Artikler:

Monti, Giorgio, «Article 81 EC and Public Policy», *Common Market Law Review* 39/2002, s. 1057-1099

Konkurransetilsynet, *Unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, utarbeidet 8. november 2007, oppdatert 9. desember 2008, https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/§10_UNNTAK-1.pdf (lest 21. mars 2021)

Konferanser (manus):

Vestager, Margrethe, *Competition Policy and the Green Deal*, Conference on Competition Policy Contributing to European Green Deal, 4. februar 2021, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-policy-and-green-deal_en

Lover og forskrifter

Lov 11. Juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven)
(OPPHEVET)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Forarbeider

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

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)

Ot.prp.nr. 94 (2003–2004) Om lov om endringer i EØS-konkurranseloven og konkurranselov

NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov

Rettspraksis

HR-2011-1251-A

Avtaler og traktater

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1992, ikrafttredelse 1. januar 1994 (EØS-avtalen)

Treaty on the Functioning of the European Union, desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009. (Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, TEUV)

Treaty on European Union, desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009. (Traktaten om Den europeiske union, TEU)

Forordninger og direktiver

Europaparlamentet og Rådets direktiv 94/62/EC av 20. desember 1994 om emballasje og emballasjeavfall

Rådets forordning nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktaten artikkel 81 og 82

EU-domstolen

Dom av 25. oktober 1977, *Metro v Commission*, C-26/76, EU:C:1977:167

Dom av 13. desember 2012 [C5], *Expedia Inc. v Autorité de la Concurrence*, C-226/11, EU:C:2012:795

Underretten

Dom av 11. juli 1996, *Métropole télévision v Commission*, forente saker T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, EU:T:1996:99

Dom av 26. januar 2005, *Laurent Piau v Commission*, T-193/02, EU:T:2005:22

Dom av 27. september 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, T-168/01, EU:T:2006:265

Dom av 12. april 2013, *Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå u.p.a. (Stim) v Commission*, T-451/08, EU:T:2013:189

Avgjørelser fra EU-kommisjonen

EUT 1993 L 20/14, *Ford/Volkswagen*

EUT 1994 L 131/15, *Stichting Baksteen*

EUT 2000 L 187/47, *CECED*

EUT 2001 L 319/1, *DSD*

EUT 2003 L 291/25, *Joint selling of the commercial rights to the UEFA Champions League*

Annen praksis fra EU-kommisjonen

EUT 2004 C 101/97, *Guidelines on the Application of Article 81 (3) of the Treaty*

EUT 2011 C 11/1, *Guidelines on the applicability of Article 101 TFEU to horizontal co-operation agreements*

EØS

EØS-tillegget 2007 42/01, *EFTAs overvåkningsorgan*

Nettsider

EU-kommisjonen, *A European Green Deal*, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en#policy-areas (lest 5. mai 2021)

European Environment Agency, *Industrial pollution in Europe*, <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/industrial-pollution-in-europe-3/assessment> (lest 12. Mai 2021)

Miljødirektoratet, *Norske utslipp og opptak av klimagasser*, <https://miljostatus.miljodirektoratet.no/tema/klima/norske-utslipp-av-klimagasser/> (lest 12. mai 2021)

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Sustainability and competition*, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition.htm> (lest 12. april 2021)

Statistisk sentralbyrå, *Fakta om miljø*, <https://www.ssb.no/natur-og-miljo/faktaside/miljo> (lest 12. mai 2021)