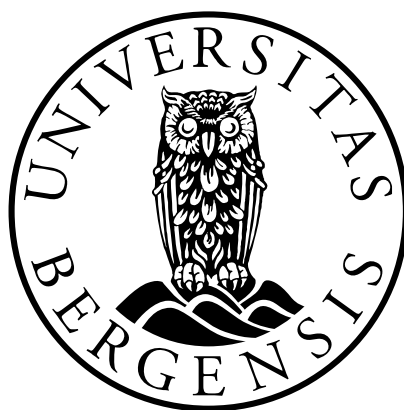


Hva kreves for at det kan oppstå rimelig tvil om et samarbeids konkurranseskadelige evne?

Kandidatnummer: 17

Antall ord: 12 734



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.mai 2022

Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | Innledning | 3 |
| 1.1 | Tema og problemstilling | 3 |
| 1.2 | Aktualitet | 4 |
| 1.3 | Rettskildebildet og metodiske utfordringer | 5 |
| 1.4 | Fremstillingen videre..... | 7 |
| 2 | Utviklingen av formålsvilkåret | 8 |
| 2.1 | Innledning..... | 8 |
| 2.2 | Konkurransbegrensende formål..... | 8 |
| 2.3 | Innholdet i rimelig tvil..... | 13 |
| 2.3.1 | Innledning..... | 13 |
| 2.3.2 | Rimelig tvil..... | 13 |
| 2.3.3 | Hensynet bak rimelig tvil-kriteriet | 14 |
| 2.3.4 | Avklaring av rimelig tvil-kriteriet | 14 |
| 3 | Rimelig tvil-kriteriet i rettspraksis | 17 |
| 3.1 | Innledning..... | 17 |
| 3.2 | Generics C-307/18..... | 17 |
| 3.2.1 | Prisreduksjon | 19 |
| 3.2.2 | Andre fordeler for forbrukerne..... | 20 |
| 3.2.3 | Ubetydelige og usikre virkninger | 21 |
| 3.3 | Budapest Bank C-228/18 | 22 |
| 3.3.1 | Pålitelige og solide erfaringer, og kun det? | 22 |
| 3.3.2 | Fortsatt uklarheter | 24 |
| 3.4 | Forlagssaken HR-2021-1086-A | 25 |
| 3.4.1 | Betydningen av samarbeidet for å sikre konkurranse i markedet | 26 |
| 3.4.2 | Skalafordeler | 26 |
| 3.4.3 | Høyesterett tilbakeholden med uttalelser om rimelig tvil-kriteriet | 27 |
| 3.5 | Alarmsaken 2021/1051 | 28 |
| 3.5.1 | Et nokså klart tilfelle av markedsdeling..... | 28 |
| 3.5.2 | Vannsengeffekten..... | 29 |
| 3.5.3 | Konkurrentchurn | 30 |
| 3.5.4 | Hensyn til gradsforskjeller? | 30 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4 | Slektskap mellom rimelig tvil-kriteriet og TEUV artikkel 101 tredje ledd? | 32 |
| 4.1 | Utgangspunkt | 32 |
| 4.1.1 | Generelt om unntaket | 32 |
| 4.2 | Vurderingen av mulig slektskap..... | 33 |
| 4.2.1 | Ulikt formål | 33 |
| 4.2.2 | Effektivitetsgevinster | 33 |
| 4.2.3 | Gevinst til forbrukerne? | 35 |
| 4.2.4 | Mangel på proporsjonalitet og krav til konkurranse i relevant marked | 36 |
| 4.2.5 | Plass til begge vurderingene og rimelig tvil-kriteriets selvstendighet | 37 |
| 5 | Konsekvenser av økonomisk teori og en grundig rimelig tvil-vurdering | 39 |
| 5.1 | Økonomisk teori i den rettslige konteksten | 39 |
| 5.2 | Skapt en tredje kategori? | 40 |
| | Litteraturliste..... | 41 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne avhandlingen behandler formålsvilkåret i TEUV (Traktaten om Den europeiske unions virkeområde) artikkel 101 første ledd. Temaet for avhandlingen er rimelig tvil-kriteriet i formålsvurderingen. Problemstillingen er *hva som kreves for at det kan oppstå rimelig tvil om et samarbeids konkurranseskadelige evne.*

Når et samarbeid mellom foretak har et konkurransebegrensende formål, er et sentralt spørsmål i konkurranseretten. Formålsvilkåret er hjemlet i TEUV artikkel 101 første ledd som sier at samarbeid som har til «formål eller virkning» å hindre, innskrenke eller vri konkurransen er forbudt. Konkurransebegrensningskriteriet som omfatter «formål eller virkning» er alternative vilkår, og er ett av tre vilkår som må være til stede for å oppfylle TEUV artikkel 101 første ledd. Det andre vilkåret knytter seg til et samarbeidskriterium som omfatter avtaler, beslutninger eller samordnet opptreden mellom foretak, og det tredje vilkåret som må innfortolkes stiller krav om at konkurransen må påvirkes merkbart.¹

Et samarbeid med konkurransebegrensende formål vil ikke ha rettsvirkning etter TEUV artikkel 101 annet ledd, med mindre samarbeidet kan forsvares etter unntaket i TEUV artikkel 101 tredje ledd. Unntaket har fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at samarbeidet kan forsvares.² Ved vurdering av om et samarbeid har til formål å begrense konkurransen, må samarbeidet vurderes i en toleddet vurdering. Samarbeidet må tolkes i lys av dens bestemmelser og formål, for deretter i den rettslige og økonomiske konteksten samarbeidet inngår (heretter kontekstvurderingen).³ Den tradisjonelle oppfatningen er at det foreligger et samarbeid med konkurransebegrensende formål når et samarbeid ikke har andre rasjonelle og fornuftige forklaringer enn å virke konkurransebegrensende.⁴ Hvorvidt dette gjelder, vil imidlertid avhenge av om partene kan gi en alternativ forklaring på årsaken til samarbeidet som skaper rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne.⁵ Hvis det er tilfellet, er den rettslige

¹ Whish & Bailey (2021) s. 145

² Vilkårene behandles nærmere i avhandlingens del fire

³ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 67.

⁴ Colomo (2020a.)

⁵ Colomo (2020a.)

konsekvens at formålsvilkåret ikke kan oppfylles og det må foretas en vurdering av virkningsvilkåret.

Av hensyn til ordgrensen vil samarbeidskriteriet som omfatter avtaler, samordnet opptreden og beslutninger bli i avhandlingen omtalt som *samarbeidet* eller *avtalen* mellom foretakene.⁶ Tilsvarende vil avtaler med *konkurransbegrensende formål* omfatte de ulike måtene konkurransen kan begrenses på enten det er hindre, innskrenke eller vri konkurransen.⁷ I tillegg er skrivemåten for avhandlingens tema definert som *rimelig tvil* eller *rimelig tvil-kriteriet/vurderingen*. I en avhandling som denne blir det imidlertid et for stort prosjekt å diskutere både formålsvilkåret og virkningsvilkåret i TEUV artikkel 101 første ledd. En naturlig avgrensning for avhandlingen blir derfor å kun fokusere på formålsvilkåret, hvor avhandlingen vil rette fokuset på kontekstvurderingen. Avhandlingen vil rette fokuset på kontekstvurderingen fordi det er der rettslige spørsmål om rimelig tvil oppstår. Bestemmelsens øvrige vilkår behandles ikke, kun vilkårene i TEUV artikkel 101 tredje ledd behandles for å belyse rimelig tvil- kriteriet.

1.2 Aktualitet

Denne avhandlingens problemstilling har sin bakgrunn i Generics sak C-307/18.⁸ Saken gjaldt den juridiske statusen til «pay-for-delay»⁹ avtaler i EUs konkurranselov, en sentral sak som ser ut til å ha endret den tradisjonelle formålsvurderingen i TEUV artikkel 101 første ledd.

Det generelle utgangspunktet før avgjørelsen, og i samsvar med bestemmelsen oppbygning har vært at samarbeidets konkurransehemmende virkninger skulle vurderes etter TEUV artikkel 101 første ledd. Konkurransfremmende virkninger skulle derimot vurderes etter TEUV artikkel 101 tredje ledd. I Generics uttalte imidlertid EU-domstolen at

«Where the parties to that agreement rely on its pro-competitive effects, those effects must, as elements of the context of that agreement, be duly taken into account for the purpose of its characterisation as a restriction by object».¹⁰

⁶ TEUV artikkel 101 første vilkår

⁷ TEUV artikkel 101 første vilkår

⁸ Generics (C4) C-307/18

⁹ En «pay-for-delay» avtale innebærer å betale konkurrenter for å hindre at de entrer markedet.

¹⁰ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 103.

De konkurransefremmende virkningene av samarbeidet synes etter uttalelsen også å skulle vurderes i vurdering av om samarbeidet har et konkurransebegrensende formål etter TEUV artikkel 101 første ledd. Det betyr at konkurransefremmende virkninger ikke bare skal vurderes etter TEUV artikkel 101 tredje ledd. Ulike teoretikere innenfor konkurranseretten, EU-domstolen, Høyesterett og Konkurranseskjennemnda synes i ettertid å ha sluttet seg til dette.¹¹ Det betyr at kontekstvurderingen nå innebærer å vurdere samarbeidet i dens rettslige og økonomiske kontekst, samt å ta stilling til om det foreligger konkurransefremmende virkninger av samarbeidet. Videre er det uttalt i saken at omfanget av de konkurransefremmende virkningene ikke må gi «anledning til rimelig tvil» om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.¹² Den rimelige tvilen må dermed knytte seg til selve samarbeidets konkurranseskadelige evne.

Hva som skal til for at det foreligger rimelig tvil ved et samarbeids konkurranseskadelige evne er lite omtalt i jussen og er per dags dato et uavklart rettsspørsmål. Rettspraksis¹³ viser at foretak som blir beskyldt for en formålsovertredelse forsøker å så rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne. Eksistensen av rimelig tvil kan dermed hindre at formålsvilkåret oppfylles. Derfor er spørsmålet om «hva som kreves for at det kan oppstå rimelig tvil om et samarbeids konkurranseskadelige evne» et spørsmål det er god grunn til å stille. Særlig interessant er at det ikke foreligger en eneste avgjørelse som tar direkte stilling til hva som kan ligge i rimelig tvil og når det må anses å være oppfylt. Det skaper behovet for rettslig avklaring, og en avhandling om rimelig tvil vil være svært aktuell. Etersom TEUV artikkel 101 første ledd i listen a til e har gitt eksempler på tilfeller som klart er konkurransebegrensende, vil avhandlingens problemstilling hovedsakelig komme på spissen ved samarbeid som faller utenfor denne listen.

1.3 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaksslutninger (konkurranseloven, heretter krrl.) § 10 samsvarer i høy grad med TEUV artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53. I motsetning til TEUV artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53 inneholder ikke krrl. § 10 et samhandlingskriterium om at konkurransen må påvirke handelen mellom

¹¹ Se Whish & Bailey (2021) s. 130, HR-2021-086-A og Konkurranseskjennemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*

¹² Generics (C4) C-307/18, avsnitt 107.

¹³ Se avhandlingens del 3 for nærmere rettspraksis.

partene.¹⁴ Etter EØS- avtalen artikkel 6 og Overvåkings-og domstolavtalen (ODA) artikkel 3(2) vil EU-domstolen og Kommissjonens praktisering av TEUV artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53 være svært sentralt for hvordan norske domstolsmyndigheter tolker krrl. § 10 og EØS- avtalen artikkel 53.¹⁵ Rettspraksis fra EU og EØS vil derfor være høyest relevant for norske domsmyndigheter ved tolkningen av krrl. § 10. Et annet viktig poeng er at avgjørelser fra EU-domstolen ikke avgjøres med dissens. Mangel på muligheten til en dissensavgjørelse kan påvirke måten EU-domstolen avgjør et rettsspørsmål på.

Når det fattes avgjørelser fra EU-domstolen, blir det med avgjørelsen gitt et forslag til løsning fra en generaladvokat.¹⁶ Det skiller seg fra det norske rettssystemet. Rettskilden er i seg selv ikke en tungtveiende rettskilde ettersom forslagene ikke er bindende for hvordan EU-domstolen løser et rettsspørsmål.¹⁷ Likevel må det nevnes at generaladvokatens forslag ofte inneholder grundigere teoretiske drøftelser enn selve avgjørelsen fra EU-domstolen.¹⁸ Dersom EU-domstolen gir tilslutning til generaladvokatens løsningsforslag må løsningsforslaget kunne tillegges vekt.¹⁹ I avhandlingen brukes generaladvokatens løsningsforslag for å få mer presis informasjon om temaet. I tillegg er også hvilket språk avgjørelser fra EU-domstolen og løsningsforslag fra generaladvokater blir tilgjengeliggjort på av betydning. Avgjørelser fra EU-domstolen og generaladvokaters løsningsforslag gis ikke på norsk ettersom Norge ikke er medlem av EU. Av den grunn er direktesitater fra EU-domstolen og generaladvokater gjengitt i avhandlingen på engelsk eller dansk. Videre vil TEUV artikkel 101 bli omtalt med norsk ordlyd.

Av særskilt metodisk utfordring som har preget denne avhandlingens håndtering av temaet er fraværet av skriftlige juridiske rettskilder. Av særlig betydning må det nevnes at rimelig tvil-kriteriet ikke har vært behandlet eller diskutert nærmere i juridisk teori. Det er kun Pablo Ibanez Colomo som er professor ved London School Economics and Political Science som så vidt har vært innom temaet på sin konkurranserettblogg. Hans synspunkter har derfor fått plass i noen av avhandlingens drøftelser. Pablo Ibanez Colomo sine synspunkter er gjengitt i drøftelsene og vist til i fotnoter.

¹⁴ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

¹⁵ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

¹⁶ Gjendemsjø (2011) s. 21.

¹⁷ Gjendemsjø (2011) s. 21.

¹⁸ Gjendemsjø (2011) s. 22.

¹⁹ Gjendemsjø (2011) s. 22.

Særlig påfallende er det at temaet er lite drøftet i rettspraksis. Det nevnes spesifikt at dommene C-307/18 (Generics), C-228/18 (Budapest Bank) og HR-2021-1086-A (Forlagssaken) har fått sentrale plasser i avhandlingens drøftelser ettersom dette er den eneste rettspraksisen fra EU-domstolen og Høyesterett som så vidt har vært innom temaet. Når praksis fra EU-domstolen og Høyesterett ikke gir nærmere avklaring på temaet, har andre rettskilder fått betydning. Særlig brukt er avgjørelser fra underretten LB-2018-161470 som er lagmannsrettsavgjørelsen av HR-2021-1086-A(Forlagssaken) og konkurranseklagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051 (Alarmsaken). Rettskildene sammen med lovtekst er i avhandlingen brukt som primære rettskilder.

Videre vil avhandlingen inneholde et avsnitt om formålsvurderingen og forholdet til økonomisk teori. Når det i denne avhandlingen vises hvordan foretakene forsøker å så rimelig tvil om et samarbeids konkurranseskadelige evne, vil flere av momentene foretakene bruker være hentet fra den økonomiske teorien. Konkurranserettens formål er blant annet å sørge for effektiv konkurranse som igjen skal lede til samfunnsøkonomisk effektivitet.²⁰ Av den grunn er et avsnitt om økonomisk teori relevant. Det opplyses om at en del av informasjonen om økonomisk teori og dens betydning for forståelse av rimelig tvil er innhentet ved intervju med Tyra Merker den 29. mars 2022, som er forsker ved Økonomisk Institutt ved UiO.

1.4 Fremstillingen videre

Avhandlingens metode for å besvare problemstillingen er rettsdogmatisk analyse. Denne avhandlingens del to vil forklare utviklingen av formålsvilkåret og frem til rimelig tvilvurderingen. Det vil gjøres ved å se på hvordan rettspraksis har formet formålsvilkåret. Deretter vil del tre forsøke å se på EU-praksis, Høyesterettspraksis og nemndpraksis for nærmere avklaring av hva som kan ligge i rimelig tvil. Avhandlingens del tre vil se på hvilke argumenter om konkurransefremmende virkninger som ikke har vært tilstrekkelige nok til å så rimelig tvil om et samarbeids konkurranseskadelige evne. Del fire vil se på forholdet mellom rimelig tvil og unntaket i TEUV artikkel 101 tredje ledd. Forholdet mellom rimelig tvil og unntaket vil bli belyst ved en sammenligning av vurderingene. Endelig vil avhandlingens femte del si noe om forholdet til økonomisk teori og mulige konsekvenser ved introduksjonen av rimelig tvil.

²⁰ Gjendemsjø (2011) s. 24.

2 Utviklingen av formålsvilkåret

2.1 Innledning

Her skal det gis en kort presentasjon av de mest sentrale sakene som har vært med på å forme formålsvilkåret i konkurranseretten. Hensikten er å få frem innholdet i formålsvilkåret og vise hvordan formålsvilkåret har utviklet seg til å nå inneholde en vurdering av rimelig tvil.

2.2 Konkurransbegrensende formål

En naturlig språklig forståelse av «formål» jf. TEUV artikkel 101 første ledd tilsier mening med eller hensikten med noe. Ut fra ordlyden er det en tilsynelatende objektiv vurdering. Partenes intensjon er i utgangspunktet ikke av betydning for vurderingen, men kan likevel vurderes der det anses å være relevant.²¹

I *Société Technique Minière* legger EU-domstolen til grunn at det ikke er nødvendig å undersøke samarbeidets virkninger når det allerede er konstatert at samarbeidet har et konkurransbegrensende formål.²² Kun i tilfeller hvor det ikke fremgår klart at samarbeidet har et konkurransbegrensende formål, vil det være nødvendig å vurdere virkningene.²³ Årsaken til det er at noen samarbeid i seg selv er skadelig for konkurransen. Likevel er det ingenting i veien for å vurdere virkningene, dette kan gjøres fordi det for eksempel er mer prosessuelt effektivt.²⁴

Dommen *European Night Services*, omhandler spørsmål om en joint venture mellom fire nasjonale jernbaneselskaper krenker artikkel 101.²⁵ Avtalen skulle tilby passasjertjenester om natten på ruter mellom Europa og Storbritannia.²⁶ Underretten kom til at samarbeidet var omfattet av unntaket i 101 tredje ledd og dermed akseptert. I saken hevdet Underretten at formålsvurderingen måtte foretas på bakgrunn av samarbeidets faktiske virkninger, med mindre det var tale om et tilfelle med «obvious restrictions of competition such as price-fixing, market-sharing or the control of outlets».²⁷ Uttalelsen gir indikasjon på en restriktiv forståelse av

²¹ *GlaxoSmithKline (C3) C-501/06*, avsnitt 58.

²² *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, C-56/65, side 216.

²³ Whish & Bailey (2021) s. 125.

²⁴ Treacy (2020)

²⁵ Whish & Bailey (2021) s. 128.

²⁶ Noury and Harrison (2017)

²⁷ *European Night Services*, T-374/94, avsnitt 136.

formålskriteriet. Videre at de nevnte samarbeidstypene faller inn under formålskategorien. Det samsvarer med det tradisjonelle utgangspunktet om at det er karteller, prissamarbeid, markedsdeling og anbudssamarbeid som er formålsovertredelser.

Interessant nok uttalte EU-domstolen i *Cartes Bancaires*²⁸ for første gang uttrykkelig at konkurransebegrensning av «formål» må tolkes restriktivt.²⁹ Saken gjaldt spørsmål om et kortbetalingssystem med en felles gebyrstruktur hadde et konkurransebegrensende formål.³⁰ Underretten mente samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål. EU-domstolen derimot mente at Underretten ikke hadde tolket formålsvilkåret restriktivt nok. EU-domstolen anså det derfor nødvendig å annullere Underrettens avgjørelse om at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål.³¹ Det at vilkåret skal tolkes restriktivt betyr imidlertid ikke at terskelen for å oppfylle vilkåret ligger høyt.³² For eksempel er terskelen for å konstatere lovbrudd ved prisfiksing lav ettersom prisfiksing er i kjernen av formålsovertredelser.

Det kan nevnes at *Generics* sak C-307/18 fulgte opp forståelsen av formålsvilkåret slik det ble tolket i *Cartes Bancaires*. Saken gjaldt som nevnt den juridiske statusen til «pay-for-delay» avtaler i EUs konkurranselov. En «pay-for-delay» avtale innebærer å betale konkurrenter for å hindre at de entrer markedet. GlaxoSmithKline (heretter GSK) hadde patent på «paroxetine», som er en antidepressiva. Patentet utløp, og som resultat ble GSK utsatt for konkurranse av generiske produsenter.³³ GSK ønsket å bevare sin eksklusivitet og gikk til sak mot to av produsentene med påstand om patentkrenkelse.³⁴ På denne bakgrunn ble det inngått forliksavtaler mellom GSK og tre generiske produsenter.³⁵ EU-domstolen skulle dermed ta stilling til om slike avtaler var i strid med TEUV artikkel 101 og 102.

Med utgangspunkt i at EU-domstolen i saken uttaler «at begrebet «konkurrencebegrensende formål» skal fortolkes indskrænkende og kun kan anvendes på visse former for hemmelig praksis mellem virksomheder (...)» kan det trekkes en slutning om at formålsvilkåret er forbeholdt de mest alvorlige overtredelsene.³⁶ I dommen ble det også klarlagt hva en restriktiv tolkning innebærer. En restriktiv tolkning vil lede til at vilkåret omfatter avtaler der begrensning

²⁸ *Cartes Bancaires* (C3) C-67/13

²⁹ Pradelles & Scordamaglia-Touisis (2014)

³⁰ Whish & Bailey (2021) s. 129.

³¹ *Cartes Bancaires* (C3) C-67/13, avsnitt 96.

³² Konkurransklagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 419.

³³ Colomo(2020b.)

³⁴ *Generics* (C4) C-307/18, avsnitt 69.

³⁵ *Generics* (C4) C-307/18, avsnitt 11.

³⁶ Konkurransklagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 419.

av konkurranse er den eneste plausible forklaringen.³⁷ Likevel må det ikke forstås slik at bestemmelsen er begrenset til å kun anvendes på listede tilfeller av TEUV artikkel 101 første ledd bokstavene a til e.

Budapest Bank saken C-228/18 bidrar til en ytterligere avklaring av formålsvilkåret. Saken gjaldt vedtakelsen av overtredelsesgebyr fattet av den ungarske konkurransemyndighet, for brudd på forbudet mot samarbeid etter ungarsk konkurranselov. I saken var det avtalt mellom syv banker og to kredittkortselskaper at det skulle innføres et enhetlig multilateralt interbankgebyr, samt opprette et samarbeid (kalt «forumet») i kredittkortsektoren.³⁸ Det generelle utgangspunktet var at bankene avtalte interbankgebyret bilateralt. Et interbankgebyr er bankenes interne kostnader på elektroniske betalingsoppgjør. Ved tjenester utført på vegne av andre bankers kunder sikrer gebyret at bankene gjør opp seg imellom. Kredittkortordningen i Ungarn var på den tiden lite velutviklet, og det var få banker som var en del av ordningen. I tillegg var Visa og MasterCard Europa to ledende kredittkortselskaper.³⁹ Visa ønsket imidlertid at bankene dannet et forum for å avtale en lokal prispolitikk.⁴⁰ I 1996 inngikk bankene også en avtale om oppstart av et ensartet multilateral interbankgebyr som gjaldt både for Visa og MasterCard Europa.⁴¹ Interbankgebyret gikk nå fra å bli fastsatt bilateralt til multilateralt. Andre banker sluttet seg senere til dette, og til slutt var hele 22 banker på med ordningene.⁴²

Den ungarske konkurransemyndigheten konkluderte med at avtalen om det multilaterale interbankgebyret hadde et konkurransebegrensende formål. Seks av bankene og kredittkortselskapene gikk etter dette til sak om beslutningen. For EU-domstolen var det stilt fire spørsmål, hvor imidlertid ett av spørsmålene relaterte seg til vilkåret om konkurransebegrensende «formål». Spørsmålet knyttet seg til avtalen om det multilaterale interbankgebyret. Avtalen inneholdt å fastsette et bestemt beløp som skulle betales til den utstedende bank for bruk av Visa og MasterCard Europa sine kort. Spørsmålet var om samarbeidet hadde til formål å hindre, begrense eller vri konkurransen etter TEUV artikkel 101 første ledd.⁴³ I saken uttalte EU-domstolen at et samarbeid er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, uten å undersøke dens virkninger, når det foreligger «pålitelige og solide»

³⁷ Colomo (2020a.)

³⁸ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 7.

³⁹ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 7.

⁴⁰ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 7.

⁴¹ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 9.

⁴² Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 7.

⁴³ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 25.

erfaringer for at samarbeidet i sin natur er skadelig for konkurransen.⁴⁴ Det betyr at det ikke er tilstrekkelig nok å kun påvise at samarbeidet «er egnet» til å begrense konkurransen.⁴⁵

På tross av det som ble uttalt i Budapest Bank sak C-228/18, ble det uttalt i Ski Taxi saken at selv om en avtale har et konkurransebegrensende formål, er den ikke automatisk forbudt etter artikkel 101 første ledd.⁴⁶ En avtale kan være ansett å være akseptert hvis den har et legitimt formål og oppfyller kravene for unntaket i artikkel 101 tredje ledd. Spørsmålet for Høyesterett i Ski Taxi-saken, HR- 2017-1229-A, var om et åpent anbudssamarbeid mellom to taxiselskaper hadde et konkurransebegrensende formål etter krrl. § 10 første ledd. Konkurransetilsynet hadde allerede fattet vedtak om overtredelsesgebyr etter krrl. § 29. I saken hadde to taxiselskaper inngått et samarbeid om å gi tilbud på to utlyste konkurranser om pasientreiser. Høyesterett kom til at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål etter krrl. § 10 første ledd. Bakgrunnen for konklusjonen var at taxiselskapene kunne ha levert tilbud alene i begge konkurransene. I tillegg ble taxiselskapene ansett å være potensielle konkurrenter og ved å inngi tilbud sammen ble en potensiell konkurrent eliminert. Unntaket i krrl. § 10 tredje ledd var ikke anvendelig.⁴⁷

Selv om det fremstår nokså klart at et samarbeid vurdert ut ifra tidligere erfaringer bør utgjøre en formålsovertredelse, må det foretas en individuell vurdering av samarbeidets formål i to trinn. Avtalen må ifølge rettspraksis tolkes «to the content of its provisions, the objectives it seeks to attain and the economic and legal context of which it forms a part».⁴⁸ Uttalelsen «to the content of its provisions, the objectives it seeks to attain» gir første trinn i vurderingen. Første trinn innebærer å vurdere innholdet i avtalens ordlyd og dens formål.⁴⁹ Hensikten bak vurderingen er å undersøke om avtalen har konkurransebegrensende karakter. Det er en vurdering som må foretas i lys av tidligere erfaringer, hva som er allment akseptert og lett identifiserbart.⁵⁰

Det andre trinnet fremgår av «(...) economic and legal context of which it forms a part», som gir en vurdering av samarbeidet i lys av den rettslige og økonomiske kontekst det inngår i.⁵¹

⁴⁴ Treacy (2020)

⁴⁵ HR-2017-1229-A, avsnitt 39.

⁴⁶ HR-2017-1229-A, avsnitt 52.

⁴⁷ HR-2017-1229-A, avsnitt 43.

⁴⁸ GlaxoSmithKline (C3) C-501/06, avsnitt 58.

⁴⁹ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 42.

⁵⁰ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 43.

⁵¹ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 43.

Vurderingen innebærer å «kontrollere på et generelt nivå om det foreligger særlige omstendigheter som reiser tvil om samarbeidets konkurransebegrensende evne». ⁵² Med andre ord vil trinnet fungere som en sikkerhetsjekk for at avtalen faktisk er konkurransebegrensende. Det skal i vurderingen undersøkes om det foreligger konkurransefremmende virkninger av samarbeidet. De konkurransefremmende virkningene må ikke være av et slikt omfang at de kan så rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne.⁵³ Dersom de konkurransefremmende virkningene er av et slikt omfang, kan ikke formålsvilkåret anses som oppfylt. Konsekvensen for den rettslige vurderingen blir at det må foretas en vurdering av virkningsalternativet. Den rimelige tvilen knytter seg til avtalen og om den «er tilstrækkelig skadelig for konkurransen, og dermed om dens konkurrencebegrensende formål».⁵⁴

En slik toleddet vurdering er foretatt av Høyesterett i Forlagssaken, HR-2021-1086-A. I saken var det oppstått en tvist mellom fire bokforlag og Staten v/ Konkurransetilsynet. Høyesterett avsa den 21. mai 2021 avgjørelse i saken. Borgarting lagmannsrett kom til at forlagene hadde delt informasjon om forretningsstrategi og avtalt en felles oppførsel overfor en distributør av bøker. Spørsmålet til vurdering for Høyesterett var om avtalen og informasjonsdelingen var et samarbeid med et konkurransebegrensende formål etter krrl. § 10 første ledd. I saken eide bokforlagene Cappelen Damm AS, Gyldendal Norsk Forlag AS, H Aschehoug & CO AS og Schibsted Forlag AS bokdistributøren Bladcentralen ANS. Bladcentralen ANS og Interpress var to distributører av bøker til massemarkedet. ⁵⁵ Distributørene sendte bøker ut til massemarkedet som omfattet bensinstasjoner, kiosker og dagligvarebutikker. ⁵⁶ Det ble i saken sannsynliggjort at forlagene hadde gått sammen om en felles boikott av Interpress. Interpress fikk dermed ikke muligheten til å distribuere bøker fra bokforlagene til massemarkedene. Dette førte til at konkurransen ble påvirket. Etter en vurdering av vilkårene i krrl. § 10 første ledd kom Høyesterett til at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål og dermed var i strid med bestemmelsen. Høyesterett forkastet dermed anken.

⁵² HR-2021-1086-A avsnitt 88.

⁵³ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 107.

⁵⁴ HR-2021-1086-A avsnitt 89.

⁵⁵ HR-2021-1086-A avsnitt 3

⁵⁶ HR-2021-1086-A avsnitt 4

2.3 Innholdet i rimelig tvil

2.3.1 Innledning

Ettersom det nå er redegjort for selve utviklingen av formålsvilkåret og hvordan rettspraksis har kommet til en rimelig tvil-vurdering, er det nødvendig å klarlegge det nærmere innholdet av rimelig tvil. Til tross for at begrepet rimelig tvil er velkjent, er det imidlertid ingen drøftelser i rettspraksis, juridisk teori eller andre rettskilder som direkte sier noe om hva som ligger i begrepet slik det nå brukes i konkurranseretten. Derfor er ordlyden et alminnelig utgangspunkt for forståelsen av begrepet.

2.3.2 Rimelig tvil

Etter en alminnelig språklig forståelse sikter ordet «tvil» til noe som er usikkert eller til noe uvisst. I praksis vil det usikre stå i kontrast til det sikre. Innenfor konkurranseretten kan «tvil» sikte til mangel på sikkerhet i handlinger. Å tvile på gitt kunnskap kan innebære å ikke tro på sannheten i kunnskapen som blir gitt. Fra et filosofisk perspektiv kan det sies at tvilen kan ses på som et middel for å finne sannheten.⁵⁷ Endelig kan det sies innenfor filosofien at hvis det ikke er mulig å tvile, eller det foreligger svært lite «tvil», er dette det nærmeste en kommer sannheten.⁵⁸

At tvilen må være «rimelig» er naturlig. Naturlig språklig forståelse av ordet «rimelig» sikter til noe som er sannsynlig eller fornuftig. I alminnelig dagligtale kan ordet isolert sett ha flere forståelser. I alminnelig dagligtale kan «rimelig» blant annet forstås som at en gjenstand er billig eller at en handling er rettferdig. Innenfor konkurranseretten må ordet avgrenses til å ha den betydning som fremgår av «sannsynlig» eller «fornuftig». Endelig skal begrepene forstås i sammenheng. Hvis «tvil» sikter til noe som er usikkert, og «rimelig» til noe som er fornuftig, vil rimelig tvil bli noe som er fornuftig usikkert. En språklig forståelse av «fornuftig usikkert» gir i seg selv svært lite, men det må muligens kunne antas at det må eksistere substans og at usikkerheten må være faglig begrunnet. Ved en slik forståelse kan også rimelig tvil gi en terskel som kan indikere at det ikke skal være kurant å vinne frem med en tvilsvurdering.

⁵⁷ Holmen (2021)

⁵⁸ Holmen (2021)

2.3.3 Hensynet bak rimelig tvil-kriteriet

Et relevant spørsmål som oppstår i relasjon til formuleringen, er om rimelig tvil er et kriterium, i den forstand at det er et unntak. Rimelig tvil er ikke eksplisitt formulert som et unntak i konkurranseretten, men det er mulig at rimelig tvil i praksis fungerer som et unntak. Hvis det etter trinn én i vurderingen foreligger et samarbeid med konkurransebegrensende formål og det i trinn to foreligger rimelig tvil, så kan ikke formålsvilkåret oppfylles. Det leder over til en rettssikkerhetstankegang om hvorfor rimelig tvil-vurderingen har oppstått og hensynet bak kriteriet. Som påpekt tidligere, skal formålsvilkåret tolkes restriktivt. Rettssikkerhetshensyn taler for en restriktiv tolkning av formålsvilkåret. En restriktiv tolkning av et vilkår kan sies å innebære å tolke begrensende eller innenfor trange rammer. En restriktiv tolkning av formålsvilkåret er nødvendig for å unngå at samarbeid som ikke utgjør en tilstrekkelig skade på konkurransen ilegges et straffeansvar. Det kan bety at hensynet bak rimelig tvil i kontekstvurderingen er å beskytte foretakenes rettssikkerhet.⁵⁹ Det fordi overtredelse av TEUV artikkel 101 vil innebære en reaksjon som kan lede til ileggelse av straff. Derfor kan det muligens sies at rimelig tvil blir unntaket fra den restriktive tolkningen.

2.3.4 Avklaring av rimelig tvil-kriteriet

Begrepet rimelig tvil brukes med ulikt meningsinnhold og av forskjellige aktører. Spørsmål om rimelig tvil oppstår ikke bare i konkurranseretten, men også i strafferetten og erstatningsretten. Begrepet er muligens også mer brukt på andre rettsområder enn konkurranseretten ettersom rimelig tvil-kriteriet i konkurranseretten er utviklet gjennom rettspraksis nå i nyere tid. Kravet om at de konkurransefremmende virkningene ikke må reise rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne, er formulert noe forskjellig i de ulike rettskildene. I Generics sak C-307/18 blir det uttalt at de relevante konkurransefremmende virkningene ikke må være av et slikt omfang at de gir «rimelig tvil» om samarbeidets konkurranseskadelige evne.⁶⁰ Høyesterett i HR-2021-1086-A bruker ordene «reiser tvil om samarbeidets konkurransebegrensende evne»⁶¹, Generaladvokat Bobek i sitt løsningsforslag til Budapest Bank sak C-228/18 skriver derimot «drages i tvil av betraktninger ved den rettslige og

⁵⁹ Whish & Bailey (2021) s. 129.

⁶⁰ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 107.

⁶¹ HR-2021-1086-A avsnitt 88.

økonomiske sammenheng». ⁶² Selv om det er noe forskjeller mellom hvilken terminologi de ulike rettskildene bruker for å beskrive eksistensen av tvil ved samarbeidets konkurranseskadelige evne, virker det som at realiteten er den samme. Alle formuleringene inneholder klart «tvil».

Det er videre mulig at en nærmere avklaring av rimelig tvil kan finnes ved å se kriteriet på bevisteorinivå. I strafferetten er beviskravet formulert slik at det rettslige bevistemaet må være bevist ut over enhver rimelig tvil jf. alminnelig sedvanerett. ⁶³ I det ligger blant annet at tvilen skal komme tiltalte til gode og at det må bevises utover enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig. ⁶⁴ I sivilprosessen derimot er beviskravet alminnelig sannsynlighetsovervekt. Kravet er utviklet gjennom rettspraksis og etter Rt. 1992 s. 64 P-pilleddom 2 kan det gjøres gjeldende at beviskravet gjelder i alle sivilrettslige saker, med mindre det er hjemmel for annet. ⁶⁵ Kravet er vesentlig mildere enn innenfor strafferetten. Det må være 50 % sannsynlig eller mer for det rettslige bevistemaet. ⁶⁶ Et svært interessant poeng er at det å ha et generelt beviskrav i alle sivilrettslige saker er særegent for norsk rett. ⁶⁷

Det kan nevnes at i tysk rett er de fleste bevisteoretikere enige om at det gjelder generelle beviskrav uavhengig av den konkrete saken. ⁶⁸ Likevel er ikke beviskravet det samme eller likt for alle bevistema, slik som i norsk rett. De ulike beviskravene er formulert som normalkrav med unntak. ⁶⁹ Innholdet i normalkravet er noe omdiskutert, men det tradisjonelle utgangspunktet baserer seg på at det må foreligge overbevisning av dommeren. ⁷⁰ Dommeren må være overbevist om at det ene utfallet fremstår som mer riktig enn det andre. I dansk rett derimot varierer beviskravet etter hvilken materiell rettsregel som brukes. ⁷¹ Beviskravet er sjeldent så lavt som alminnelig sannsynlighetsovervekt selv om det varierer. På et overordnet nivå ser beviskravet i sivile saker ut til å variere i europeiske land. ⁷² Med utgangspunkt i at det generelle sivilrettslige beviskravet er helt særegent for norsk rett, kan det muligens trekkes en slutning om at rimelig tvil- kriteriet må ha likhetstrekk med de sivilrettslige beviskravene i

⁶² Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 82.

⁶³ Andenæs (2004) s. 105.

⁶⁴ Jerkø (2017) s. 237.

⁶⁵ Strandberg (2012) s. 461.

⁶⁶ Jerkø (2017) s. 237

⁶⁷ Jerkø (2017) s. 242

⁶⁸ Strandberg (2012) s. 121.

⁶⁹ Strandberg (2012) s. 121.

⁷⁰ Strandberg (2012) s. 121.

⁷¹ Strandberg (2012) s. 340.

⁷² Strandberg (2012) s. 161 til 165.

europiske land. Det medfører at rimelig tvil- kriteriet muligens må plasseres et sted slik at kriteriet kan være kontekstavhengig og at terskelen for når kriteriet er oppfylt kan variere i de ulike situasjonene.

3 Rimelig tvil-kriteriet i rettspraksis

3.1 Innledning

Spørsmålet til vurdering er om rettspraksis kan kaste lys over rimelig tvil-kriteriet. Fremgangsmåten for en nærmere avklaring av kriteriet er å se på EU-praksis, Høyesterettspraksis og nemndspraksis for å undersøke hvilke argumenter om konkurransefremmende virkninger som ikke har vært tilstrekkelige nok til å så rimelig tvil om samarbeidenes konkurranseskadelige evner. Ved å tolke rettspraksis på den måten kan det være mulig å komme nærmere en avklaring av innholdet i unntaksbestemmelsen. Avsnittet vil ta for seg fire av de mest sentrale avgjørelsene for rimelig tvil-kriteriet. Det er Genericssaken, Budapest Banksaken, Forlagssaken og Alarmsaken.

3.2 Generics C-307/18

Generics gjelder den juridiske statusen til «pay-for-delay» avtaler i EUs konkurranselov. I saken fant EU-domstolen at avtalen mellom partene hadde minimale eller usikre konkurransefremmende virkninger. De konkurransefremmende virkningene var dermed ikke tilstrekkelige nok til å så rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne.⁷³ EU-domstolen landet på et slikt resultat ved å henvise til omstendigheter anført for retten, sammen med generaladvokatens forslag til løsning av saken. Det vil derfor være nødvendig å gå grundigere inn i generaladvokat Kokott sitt forslag til løsning av saken for å se på hvordan EU-domstolen kom frem til et slikt resultat.

I saken identifiserte EU-domstolen relevante kriterier for formålsvurderingen. Mellom originalprodusenten og de generiske produsentene hadde det forekommet verdioverføringer, hvor det første relevante kriteriet knyttet seg til disse overføringene. Det andre kriteriet knyttet seg til de konkurransefremmende virkningene av avtalen. Bakgrunnen for å foreta en vurdering av konkurransefremmende virkninger var at EU-domstolen ikke kunne se at et konkurransebegrensende formål var etablert. Det var derfor nødvendig å undersøke konkurransefremmende virkninger av samarbeidet for å stadfeste at samarbeidet faktisk hadde

⁷³ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 108.

konkurranseskadelig evne.⁷⁴ EUs konkurranselovgivning inneholder i utgangspunktet ingen «rule of reason», en avveining av positive og negative virkninger for å klassifisere avtalen som en konkurransebegrensning.⁷⁵ I saken uttalte EU-domstolen at en vurdering av konkurransefremmende virkninger ikke var i strid med dette utgangspunktet. Det fordi formålet med vurderingen av konkurransefremmende virkninger ikke var å foreta en avveining av positive og negative virkninger, men heller å vurdere avtalens objektive alvor, samt fastslå de relevante bevis.⁷⁶

Som krav til vurderingen av de konkurransefremmende virkningene, måtte de konkurransefremmende virkningene ikke være av et slikt omfang at de ga anledning til rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne.⁷⁷ Motsatt betyr det at dersom de konkurransefremmende virkningene var av et slikt omfang at de ga rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne, kunne ikke formålsvilkåret oppfylles. Etter å ha vurdert de konkurransefremmende virkningene, måtte EU-domstolen ta stilling til om det fortsatt var mulig å konkludere med at avtalen hadde et konkurransebegrensende formål.⁷⁸

EU-domstolen uttalte at de konkurransefremmende virkningene ikke bare måtte være «påvist og relevant, men også spesifikt knyttet til den aktuelle avtalen». ⁷⁹ Ut ifra uttalelsen kan det muligens utledes et minstekrav til de konkurransefremmende virkningene. Minstekravet kan ligge i kravet om «påvist og relevant». De konkurransefremmende virkningene må være «påvist og relevant» for at virkningene i det hele tatt kan være med på å så rimelig tvil om et samarbeids konkurranseskadelige evne. Dessuten kan «spesifikt knyttet til den aktuelle avtalen» innebære et krav om årsakssammenheng mellom virkningene og avtalen. De konkurransefremmende virkningene må oppstå som følge av avtalen. Hvis de konkurransefremmende virkningene ikke har tilknytning til avtalen, vil de ikke være relevante å vurdere. I relasjon til disse kravene kan det også bety at unntaksregelen inneholder en vurdering av å se alle de konkurransefremmende virkningene samlet. Det kan bety at det er den totale effekten av virkningene som til sammen ikke må skape rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne.

⁷⁴ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 66.

⁷⁵ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 104.

⁷⁶ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 104.

⁷⁷ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 110.

⁷⁸ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 165.

⁷⁹ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 105.

3.2.1 Prisreduksjon

Når det gjaldt konkurransefremmende virkninger som følge av samarbeidet, ble det i hovedsak anført to virkninger av betydning. For det første ble det anført at avtalen mellom foretakene medførte en prisreduksjon. For forbrukerne medførte avtalen reelt en mindre reduksjon av prisen på «paroxetine», hvor gjennomsnittsprisen på «paroxetine» falt med 4 %.⁸⁰ Prisreduksjonen var imidlertid ikke nok til å så rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne. Dette fordi verdioverføringene mellom foretakene hadde hindret de generiske produsentene å entre markedet. Avtalen som medførte prisreduksjonen hadde også en annen effekt, ved at den hadde redusert konkurransepresset mellom partene.⁸¹ Det var mellom partene avtalt et maks antall pakker med «paroxetine» som de generiske produsentene fikk lov til å selge på markedet i UK. Ved å avtale et maks antall på salg av medisinpakker ble parallelhandelen begrenset.⁸²

EU-domstolen mente derfor at de generiske produsentene ikke hadde noen egen interesse i å konkurrere på prisene. Dette fordi det var avtalt levering av begrensede mengder og det ikke var stilt tekniske krav til ytelsen.⁸³ Generaladvokat Kokott skriver mer utfyllende i sitt løsningsforslag. Kokott skriver at TEUV artikkel 101 første ledd ikke bare har til hensikt å beskytte konkurrenter eller forbrukernes interesser. Bestemmelsen har også til hensikt å beskytte selve strukturen i markedet, og sikre at det er tilstrekkelig konkurranse.⁸⁴ Dette fremstår rimelig, fordi det å frata forbrukere en fordel i seg selv muligens ikke kan antas å ha et konkurransebegrensende formål. Det kan i saken derfor tyde på at EU-domstolen avfeide den konkurransefremmende virkningen med heller å fremme formålet bak loven.

Det kan nevnes at EU-domstolen behandlet spørsmålet om prisreduksjon på et overordnet nivå, ved å henvise til uttalelser fra generaladvokat Kokott. EU-domstolen går dermed ikke langt i å foreta en vurdering av konkurransefremmende virkninger. EU-domstolen angir heller hvilke momenter den egentlig bygget på da den mente at avtalen ikke skapte konkurransepress. Det gjør at EU-domstolens vurdering av prisreduksjonen etterlater flere spørsmål.

Et subsidiært spørsmål til innholdet av rimelig tvil-kriteriet oppstår i relasjon til at EU-domstolen ikke tar stilling til fra hvilket tidspunkt de konkurransefremmende virkningene skal

⁸⁰ Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 168.

⁸¹Generics (C4) C-307/18, avsnitt 109.

⁸² Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 22.

⁸³Generics (C4) C-307/18, avsnitt 109.

⁸⁴ Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 174.

vurderes. Det er i rettspraksis verken gitt et aktuelt tidsrom, et startpunkt eller et slutt punkt for hvilke konkurransefremmende virkninger det er aktuelt å vurdere.⁸⁵ Det er heller ikke avklart når for eksempel grensen settes, eller streken settes for konkurransefremmende virkninger som ikke får plass eller medregnes i vurderingen.⁸⁶ I forlengelsen av det, oppstår også spørsmålene om det er mulig å ta hensyn til reelle virkninger som oppstår etter avtaleinngåelse. Eller må rettspraksis forstås slik at det kun er mulig å ta hensyn til de virkninger som er mulig å forutse på avtaleinngåelsestidspunktet mellom partene?⁸⁷

3.2.2 Andre fordeler for forbrukerne

Den andre konkurransefremmende virkningen var andre fordeler for forbrukerne. Fordelen innebar blant annet at det ble en forbedring av medisinpakkene ved at pakkene fikk bedre språk.⁸⁸ Foretakene hevdet at denne fordelene ikke ville ha oppstått dersom GSK hadde fått medhold i rettssaken.⁸⁹ GSK gikk i utgangspunktet til sak mot to av produsentene med påstand om patentkrenkelse. Anførselen knytter seg til det tenkte tilfellet der GSK faktisk gjennomførte rettssaken og vant frem, istedenfor at det ble inngått forliksavtaler mellom partene. Forliksavtalene mellom de generiske produsentene og originalprodusenten innebar betingelser for de generiske produsentenes markedsadgang. EU-domstolen mente derfor at disse fordelene var betydelig mindre enn de fullstendige konkurransemessige fordelene som kunne ha oppstått i forbindelse med en uavhengig generisk markedsadgang for produsentene.⁹⁰

Gjennom avtalen med de generiske produsentene fikk GKS imidlertid muligheten til å kontrollere når konkurrentene skulle entre markedet. Det ble avtalt med to av de generiske produsentene at så lenge avtalen gjaldt, forpliktet de seg til å ikke selge, lage eller importere middelet i UK. Det ble også avtalt at de måtte kjøpe «paroxetine» av GKS.⁹¹ Det var dermed avtalt et spesifikt tidsrom for når konkurrentene ikke fikk lov til å entre markedet. Generaladvokat Kokott hevdet at denne kontrollerte markedsintroduksjonen medførte at GKS oppnådde en fortjenestemargin. Det var en klar fordel også fordi de generiske produsentene forpliktet seg til å kjøpe «paroxetine» fra GKS som medførte at GKS kunne opprettholde egen

⁸⁵ Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 165, fotnote 132.

⁸⁶ Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 165, fotnote 132.

⁸⁷ Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 165, fotnote 132.

⁸⁸ Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 155.

⁸⁹ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 109.

⁹⁰ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 109.

⁹¹ Colomo (2020b.)

produksjon av middelet.⁹² Videre hadde den kontrollerte markedsinntredelsen en ytterligere konsekvens ved at markedsstrukturen ble endret. EU-domstolen fant imidlertid at endringene i markedsstrukturen ikke var en konsekvens av konkurranse mellom partene, men heller en konsekvens av at GKS kontrollerte markedet for «paroxetine».⁹³ Det medførte en bevisst og kontrollert endring av markedsstrukturen. Selv om partene ønsket å sikre forbrukerne visse fordeler ved at GKS kontrollerte markedsinngangen, var det ifølge EU-domstolen ikke nok til å skape rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne.⁹⁴

3.2.3 Ubetydelige og usikre virkninger

Både fordelene bedre priser på produktet og andre fordeler for forbrukerne må antageligvis anses å være relevante momenter i unntaksbestemmelsen, siden dette var konkurransefremmende virkninger som ikke ble avfeid av EU-domstolen. Det kan hevdes på det grunnlag at de konkurransefremmende virkningene dermed må kunne dokumenteres eller sannsynliggjøres.⁹⁵ EU-domstolen uttalte imidlertid at disse konkurransefremmende virkningene var «ubetydelige eller usikre konkurrencefremmende virkninger» og at de derfor ikke var tilstrekkelige nok for å så rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne.⁹⁶ En forståelse av EU-domstolen sin uttalelse kan være at dersom de konkurransefremmende virkningene er ubetydelige og usikre, vil de dermed ikke være tilstrekkelige for å så rimelig tvil. Det kan antagelig gi et visst innhold i unntaksbestemmelsen. Bedre priser på et produkt er i imidlertid en fordel som er merkbar og rammer generelt alle forbrukere likt. Likevel ble en slik fordel ansett som ubetydelig. En ytterligere belysning av innholdet i unntaksbestemmelsen kan muligens hentes ut av størrelsen på prisreduksjonen. En prisreduksjon på 4 % må anses som ubetydelig. Hvis det i andre tilfeller skal anføres en positiv konkurransefremmende virkning angående reduksjon av pris må antageligvis prisreduksjonen være mer enn 4 %. Når det gjelder de andre konkurransefremmende fordelene for forbrukerne var ikke disse fordelene spesifisert nærmere. Det kan tenkes at dersom fordelene ble nærmere spesifisert ville de ikke ha fremstått som like usikre. I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om hva som blir tilfellet dersom de konkurransefremmende virkningene ikke er ubetydelige, altså ganske betydelige,

⁹² Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 172.

⁹³ Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 173.

⁹⁴ Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics (C4) C-307/18, avsnitt 173.

⁹⁵ Colomo (2020b.)

⁹⁶ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 110.

men derimot usikre. Et spørsmål er om hva som blir tilfellet dersom det ene er til stede, men ikke det andre.

3.3 Budapest Bank C-228/18

I saken var det stilt spørsmål for EU-domstolen om formålsvilkåret kunne forstås slik at en avtale som fastsetter en felles størrelse på et interbankgebyr hadde et konkurransebegrensende formål. EU-domstolen kom til at avtalen om et felles interbankgebyr ikke kunne klassifiseres som en avtale med konkurransebegrensende formål.⁹⁷ Dette med mindre avtalen i lys av sin ordlyd, formål og kontekst, kunne anses å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen.⁹⁸ Et spørsmål som var opp til den nasjonale domstolen i Ungarn å avgjøre.⁹⁹

Det kan nevnes at EU-domstolen vurderte om avtalen kunne anses å falle inn under vilkåret TEUV artikkel 101 første ledd bokstav a). Vilkåret består av å begrense konkurransen «directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions». Prissamarbeid ligger i kjernen av hva bestemmelsen skal forby. Derimot fant EU-domstolen at det var en vurdering for den nasjonale domstolen.¹⁰⁰ Likevel er listen for hva som omfattes av bestemmelsen ikke uttømmende, og EU-domstolen kunne dermed ikke utelukke at avtalen hadde et konkurransebegrensende formål. I tillegg fant EU-domstolen at dersom en avtale har flere formål, så er det opp til den nasjonale domstolen å vurdere hvilket formål som faktisk foreligger.¹⁰¹ Det ble videre vektlagt av EU-domstolen at det måtte foretas en vurdering av hvordan konkurransen ville ha vært dersom avtalen mellom partene ikke eksisterte. Dette måtte gjøres for å undersøke betydningen av avtalen, og for deretter å kunne etterprøve om avtalen rent faktisk hadde konkurransebegrensende følger.¹⁰²

3.3.1 Pålitelige og solide erfaringer, og kun det?

Ved vurderingen av om interbankgebyret hadde et konkurransebegrensende formål oppstilte EU-domstolen et gitt vurderingstema. Vurderingstemaet innebar at det måtte foreligge

⁹⁷ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 92.

⁹⁸ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 92.

⁹⁹ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 86.

¹⁰⁰ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 62.

¹⁰¹ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 68.

¹⁰² Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 83.

«pålitelige og solide» erfaringer for at avtalen etter sin art var skadelig for konkurransen.¹⁰³ En avtale har et konkurransebegrensende formål uten at det er nødvendig å vurdere virkningen, når det foreligger «pålitelige og solide» erfaringer for at selve arten av avtalen er konkurranseskadelig.¹⁰⁴ EU-domstolen kom derimot til at det ikke var mulig å avgjøre spørsmålet på bakgrunn av de opplysninger som var gitt for EU-domstolen. De opplysningene som derimot var gitt for EU-domstolen, ga behov for å foreta en grundigere undersøkelse av avtalen.¹⁰⁵ Det gjorde at det heller ikke var mulig for EU-domstolen å avgjøre om avtalen i seg selv var tilstrekkelig skadelig for konkurransen for å kunne konstatere at avtalen hadde et konkurransebegrensende formål.¹⁰⁶ Vurderingstemaet «pålitelige og solide» erfaringer er i samsvar med forslag til løsning av saken fra generaladvokat Bobek. I kravet til «pålitelige og solide» erfaringer må det vurderes om det er utbredt og konsekvent praksis på at avtalen generelt er konkurranseskadelig.¹⁰⁷ I saken var det kun anført én sak som grunnlag for erfaring. Generaladvokat Bobek spør derfor i sitt løsningsforslag om én sak er tilstrekkelig til å anses som «solide og pålitelige» erfaringer, som kreves til støtte for konstatering av konkurransebegrensende formål.¹⁰⁸

Videre oppstiller generaladvokat Bobek to andre rettslige spørsmål til vurdering av om avtalen har et konkurransebegrensende formål. EU-domstolen tar imidlertid ikke stilling til disse. For det første må den påståtte overtredelsen av bestemmelsen være tydelig identifisert og forklart. Avtalen påvirket ifølge Bobek flere markeder, og det hersket usikkerhet rundt tilknytningen mellom markedene.¹⁰⁹ Årsaken for å reise spørsmålet var situasjonen om at flere aktører var aktive på diverse markeder, og tilknytningen mellom markedene var ikke umiddelbart synlige.¹¹⁰ Dette ga et sammensatt bilde. Generaladvokat Bobek hevdet det muligens måtte tas hensyn til både hvem aktørene var, hvor de var aktive og særlig tidsaspektet av avtalen. Avtalen varte over hele 12 år. Det lange avtaleforholdet resulterte i et nytt spørsmål om hvorvidt det faktisk var mulig å se hele avtaleperioden under ett.¹¹¹ Ettersom det var gått så mange år og flere av aktørene var aktive på forskjellige markeder var det kanskje ikke mulig å se hele avtalen

¹⁰³ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 76.

¹⁰⁴ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 76.

¹⁰⁵ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 79.

¹⁰⁶ Budapest Bank (C5) C-228/18, avsnitt 78.

¹⁰⁷ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 63.

¹⁰⁸ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 65.

¹⁰⁹ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 60.

¹¹⁰ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 61.

¹¹¹ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 61.

med samme klarhet.¹¹² For det andre var spørsmålet om det fantes, ved å vurdere avtalen i dens rettslige og økonomiske kontekst, elementer som kunne reise rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne.¹¹³ Dette spørsmålet bør ifølge generaladvokaten vurderes dersom den nasjonale domstolen har ansett avtalen å være konkurransebegrensende.

Foretakene i saken anførte hovedsakelig at avtalen ikke hadde et konkurransebegrensende formål, og at avtalen også hadde konkurransefremmende virkninger. Bakgrunnen for dette var at hvis en tenkte at avtalen ikke eksisterte, så ville konkurransevilkårene ha vært dårligere.¹¹⁴ Det er motsatt av hva som normalt er resultatet når to konkurrenter samarbeider. Foretakene hevdet at det var nødvendig å fastsette et standardisert interbankgebyr for å sikre at kredittkortsystemet virket på en forsvarlig måte. Særlig fordi kredittkortsystemene var lite utviklet og relativt nytt i det ungarske markedet.¹¹⁵ Dette hadde en positiv konsekvens ved at kredittkortmarkedet ble utvidet og etablerte seg bedre.¹¹⁶ Videre at avtalen medførte en begrensning på markedstrender.¹¹⁷ Uten å gå nærmere inn på det anførte, mente generaladvokat Bobek at det er usikkert om disse virkningene var plausible. Om innholdet i de anførte konkurransefremmende virkningene ikke var plausible, var opp til den nasjonale domstolen å avgjøre.¹¹⁸ I tillegg trengte ikke de konkurransefremmende virkningene å være «fully established, argued and proven» siden det kreves ved en fullverdig virkningsanalyse.¹¹⁹

3.3.2 Fortsatt uklarheter

EU-domstolens fremgangsmåte for løsning av saken skiller seg fra Generics sak C-307/18. EU-domstolen tar ikke stilling til å vurdere avtalen i dens rettslige og økonomiske kontekst, for deretter å vurdere om det foreligger konkurransefremmende virkninger som kan reise rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne. Tvert i mot. EU-domstolen oppstiller heller et vurderingstema om at det må foreligge «pålitelige og solide» erfaringer for at arten av avtalen er konkurranseskadelig. Når det i saken ikke kunne påvises at det forelå «pålitelige og solide» erfaringer for at avtalens art var konkurranseskadelig, fremsto det antageligvis for EU-

¹¹² Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 61.

¹¹³ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 74.

¹¹⁴ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 74.

¹¹⁵ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 76.

¹¹⁶ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 76.

¹¹⁷ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 76.

¹¹⁸ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 77.

¹¹⁹ Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 79.

domstolen ikke hensiktsmessig å gå videre med en analyse av samarbeidet i dens rettslige og økonomiske kontekst.

Selv om EU-domstolens avgjørelse samsvarer til en viss grad med løsningsforslaget til generaladvokat Bobek, etterlater avgjørelsen uklårheter. Avgjørelsen bærer preg av å være lite avklarende for om avtalen mellom partene faktisk har et konkurransebegrensende formål. Heller ikke tar EU-domstolen stilling til de anførte konkurransefremmende virkninger. EU-domstolen legger heller fokuset på at den nasjonale domstolen må undersøke om det er «pålitelige og solide» erfaringer for at et slikt samarbeid er konkurranseskadelig. Avgjørelsen gir en slags overordnet norm, «pålitelige og solide» erfaringer, hvor det muligens kan hevdes å ha en viss vinning i seg selv. Utover dette gir ikke avgjørelsen noe mer informasjon om hva tvilen skal gjelde. Det gis derfor svært få holdepunkter for det nærmere innholdet i unntaket. Det kan bety at det fortsatt er et vidt lerret å fylle, og mulig at det oppstår et behov for endringer av innholdet i kriteriet i fremtiden. I forlengelsen av dette kan det sies at avgjørelsen har stilt opp en slags norm som har et ullent og tomt innhold. Ord som «pålitelige og solide» erfaringer sikter til de helt sentrale overtredelsene, men om det kan være rimelig tvil om slik adferd gir avgjørelsen ingen avklaring om. Det kan antageligvis hevdes at EU-domstolen gjennom rettspraksis har innført et rimelig tvil-kriterium og stoppet der, ettersom det er gitt svært lite momenter for tvilen, hvor sterk den må være eller hva som skal til for å så rimelig tvil.

3.4 Forlagssaken HR-2021-1086-A

I forlagssaken ble avtalen ansett å ha et konkurransebegrensende formål, og samarbeidet ble ikke akseptert etter krrl. § 10 første ledd. I saken sto Bladcentralen for 80 % av distribusjonen av bøker til massemarkedet, Interpress derimot sto for 20 %.¹²⁰ Høyesterett i saken anså avtalen om kollektiv boikott og informasjonsutveksling som ett sammenhengende forhold og behandlet hendelsene som én sammenhengende.¹²¹ Ankebehandlingen var begrenset til å kun gjelde rettsanvendelsen, hvilket medførte at Høyesterett la lagmannsrettens bevisbedømmelse uprøvd til grunn.¹²² I kontekstvurderingen ble det fremmet to sentrale anførsler om konkurransefremmende virkninger fra forlagene. Den første konkurransefremmende virkningen knytter seg til selve formålet med samarbeidet. Ifølge foretakene var samarbeidet

¹²⁰ LB-2018-161470 under avsnittet «sakens bakgrunn»

¹²¹ HR-2021-1086-A avsnitt 61.

¹²² Hjelmeng og Østerud (2021) side 3.

nødvendig for å sikre konkurransen. Den andre konkurransefremmende virkningen knytter seg til påståtte «skalafordeler».

3.4.1 Betydningen av samarbeidet for å sikre konkurranse i markedet

For Høyesterett anførte forlagene at lagmannsretten hadde misforstått og feilvurdert betydningen av de konkurransefremmende virkningene av samarbeidet.¹²³ Anførselen knytter seg til foretakenes «precise purpose» av samarbeidet. Det ble anført at samarbeidet skulle være et mottrekk til avgjørelsen om eksklusiv distribusjon av bøkene. Formålet var ifølge foretakene «å sikre fortsatt konkurranse om distribusjonen inn til Reitan-systemet.»¹²⁴ En korrekt vurdering av formålet ville ha vist at formålet med avtalen var å opprettholde en fortsatt drift av distribusjonen gjennom Bladcentralen og at samarbeidet ikke hadde til hensikt å begrense konkurransen.¹²⁵ Høyesterett derimot går i avgjørelsen ikke nærmere inn på det anførte. Lagmannsretten hadde heller ikke tatt stilling til det anførte i kontekstvurderingen. Høyesterett mente likevel at lagmannsretten hadde foretatt en korrekt vurdering da lagmannsretten ikke tok stilling til selve formålet med avtalen i kontekstvurderingen. Det kan muligens ha en sammenheng med at en vurdering av samarbeidets faktiske formål hører til i trinn én i vurderingen, og ikke i kontekstvurderingen.¹²⁶

3.4.2 Skalafordeler

Ved vurderingen av den andre konkurransefremmende virkningen, anførte forlagene at de konkurransefremmende virkningene ga grunn til tvil om at samarbeidet var tilstrekkelig skadelig for konkurransen.¹²⁷ Med utgangspunkt i rettspraksis er det tilstrekkelig klart at det ved vurderingen av konkurransefremmende virkninger ikke skal foretas en full undersøkelse av faktiske eller mulige virkninger.¹²⁸ Anførselen knytter seg til at samarbeidet ga konkurransefremmende virkninger i form av skalafordeler. Eksistensen av skalafordeler førte

¹²³ HR-2021-1086-A avsnitt 84.

¹²⁴ HR-2021-1086-A avsnitt 66.

¹²⁵ HR-2021-1086-A avsnitt 85.

¹²⁶ Hjelmeng og Østerud (2021) side 7.

¹²⁷ HR-2021-1086-A avsnitt 36.

¹²⁸ Sak E-3/16, Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/konkurransetilsynet, avsnitt 63.

til at formålsvilkåret ikke var oppfylt.¹²⁹ Skalafordeler kan forklares ved at kostnadene per produserte enhet blir lavere jo mer en produserer.

Det fremgår ikke av høyesterettsavgjørelsen hva som ligger i de anførte skalafordeler, men hvis en ser på anførsler om skalafordeler anført for lagmannsretten fremkommer det litt klarere.¹³⁰ Foretakene hevdet at samarbeidet medførte skalafordeler i form av begrensning av enhetskostnader og at samarbeidet ga et større tilbud til massemarkedet.¹³¹ Ettersom forlagene nå kun brukte én distributør av bøker til massemarkedet istedenfor to distributører, kunne samarbeidet medføre en begrensning av enhetskostnader. En begrensning av enhetskostnader kan føre til en lavere enhetspris for forbrukerne. Høyesterett i saken avviste å gå inn på en nærmere vurdering av skalafordeler. Det fordi lagmannsretten allerede hadde kommet til at skalafordelene ikke kunne reise tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne. Lagmannsretten hadde oppstilt vurderingstemaet etter Generics sak C-307/18. Vurderingstemaet var at «de konkurransefremmende virkningene må være av et sådan omfang, at de gir anledning til rimelig tvil, om den aktuelle avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, og dermed den konkurransebegrensende formål.»¹³² Det var ifølge Høyesterett korrekt vurderingstema. Om lagmannsretten hadde foretatt en korrekt vurdering av de påståtte skalafordeler, var derimot et bevissspørsmål som lå utenfor det Høyesterett kunne prøve.¹³³

3.4.3 Høyesterett tilbakeholden med uttalelser om rimelig tvil-kriteriet

Etter avgjørelsen kan det hevdes at det er klart at norsk rett anerkjenner at rimelig tvil-kriteriet er en del av kontekstvurderingen. Samtidig er Høyesterett tilbakeholden med uttalelser i tilknytning til kriteriet. Avgjørelsen gir ikke en nærmere avklaring av hva som kan ligge i rimelig tvil, annet enn at Høyesterett mener lagmannsretten har anvendt korrekt vurderingstema. Både anførselen om samarbeidet som et mottrekk og anførselen om konkurransefremmende virkninger ble avvist av Høyesterett. En mulig årsak til det er ifølge Hjelman og Østerud (2021) at anførselene knyttet seg til bevisbedømmelsen. Foretakene derimot må ha ment at anførselene knyttet seg til rettsanvendelsen.¹³⁴

¹²⁹ HR-2021-1086-A avsnitt 84.

¹³⁰ LB-2018-161470

¹³¹ LB-2018-161470 under avsnittet «partenes syn på saken»

¹³² HR-2021-1086-A avsnitt 89.

¹³³ HR-2021-1086-A avsnitt 90.

¹³⁴ Hjelmeng og Østerud (2021) side 7.

3.5 Alarmsaken 2021/1051

En annen sak hvor det ble anført konkurranserefremmende virkninger som følge av et samarbeid er Alarmsaken sak 2021/1051. Tvisten gjaldt et vedtak fattet av konkurransetilsynet for brudd på krrl. § 10 og EØS artikkel 53 nr. 1 for samarbeid om markedsdeling mellom Sector Alarm AS og Verisure (omfatter Verisure AS og Verisure Moldholding AB). Konkurransetilsynet hadde besluttet at det i saken var et samarbeid med konkurransebegrensende formål og at samarbeidet lå i kjernen av krrl. § 10 bokstav C om markedsdeling. Verisure klaget vedtaket inn for Konkurransklagenemnda. Konkurransklagenemnda var enig i beslutningen til konkurransetilsynet, og fant at overtredelsesgebyret på 766 millioner kroner mot Verisure måtte opprettholdes. Nemndas vedtak er endelig ettersom vedtaket ikke ble brakt inn for retten.

I saken hevdet foretakene at samarbeidet ikke var konkurranseskadelig og at samarbeidet heller medførte vekst i konsumentvelferden. Videre at hvis relasjonen mellom foretakene måtte kategoriseres som et samarbeid, var uansett skadepotensialet av samarbeidet svært begrenset.¹³⁵ Argumentene fra foretakene i saken gikk gjennomgående ut på å så tvil om at det faktisk forelå et samarbeid og om dette samarbeidet var konkurransebegrensende. Fra saken er det særlig to vurderingsmomenter som nemnda foretok som er av interesse. Det interessante her er å belyse hvor langt alarmselskapene var villige til å gå for å så rimelig tvil om samarbeidets skadeevne. Ettersom konkurransetilsynet hadde konkludert med at det forelå et samarbeid med konkurranseskadelig evne, gikk foretakene, med bruk av fagøkonomer, aktivt inn for å lete etter forskning på det motsatte. Forskning på det motsatte ble vist ved å finne i den økonomiske teorien situasjoner som ligner, og som heller kunne tilsi at samarbeidet ikke var konkurranseskadelig.

3.5.1 Et nokså klart tilfelle av markedsdeling

I saken var det et samarbeid om markedsdeling, som i seg selv er et ganske klart tilfelle av konkurransebegrensning. Av den grunn at foretakene gjennomgående anførte at samarbeidet ikke hadde konkurranseskadelig evne, var nemnda forpliktet til å ta stilling til det anførte. Det resulterte i en svært grundig vurdering av formålsvilkåret. Det ble i saken fremlagt økonomiske rapporter. For det første ble det anført en økonomisk teori om vannsengeffekt, og for det andre

¹³⁵ Konkurransklagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 85.

brakte foretakene «konkurrentchurn» for å forklare hvordan konkurransesituasjonen i alarmmarkedet var.¹³⁶

3.5.2 Vannsengeffekten

Alarmselskapene anførte at avtalen mellom alarmselskapene hadde medført en vannsengeffekt. Den påståtte vannsengeffekten måtte være med på å så rimelig tvil om samarbeidets konkurranseskadelige evne. En vannsengeffekt kan forklares ved at dersom konkurransen går ned ett sted i markedet, vil den gå opp et annet sted, med samme styrke. Det betyr at konkurransenedgangen vil være like stor som konkurranseveksten. Vannsengeffekten gikk ifølge alarmselskapene ut på at «reduisert konkurranse om eksisterende kunder gir insentiver til å konkurrere hardere om nye kunder».¹³⁷ Foretakenes anførsel om «reduisert konkurranse om eksisterende kunder» ser ut til å innebære en tankegang om at når et foretak allerede har kunder og det ikke var konkurranse om disse kundene, trengte ikke foretakene å bruke ressurser på å beholde eksisterende kunder. Det betyr at foretakene heller kunne bruke ressurser på å skaffe nye kunder. En slik forståelse samsvarer med det videre anførte om at samarbeidet ga «insentiver til å konkurrere hardere om nye kunder». Før samarbeidet mellom Sector og Verisure alarm handlet konkurransen om å konkurrere hardt om nye kunder, og samtidig beholde eksisterende kunder. Nå derimot, etter at foretakene samarbeidet trengte ikke foretakene å konkurrere om eksisterende kunder. Med dette mente foretakene at konkurransen hadde flyttet seg fra å konkurrere om nye kunder til å konkurrere om kundene man allerede hadde. Det var ikke konkurransebegrensende fordi disse konkurranseformene utlignet hverandre.

Nemnda ønsket i utgangspunktet ikke å foreta en beregning av vannsengeffekten fordi en slik gjennomgang krevde en svært omfattende vurdering. Samtidig må det nevnes at nemnda ikke delte det samme synet om at dette var konkurranseformer som utlignet hverandre. Bakgrunnen for det var at den «innelåste delen av markedet, var større enn markedet for nye kunder.»¹³⁸ Det betyr at nemnda mente at konkurransen om å få nye kunder er større enn konkurransen om å beholde eksisterende kunder. Total konkurranse i markedet før samarbeidet, t-1, er større enn

¹³⁶ Konkurranseskilagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 86.

¹³⁷ Konkurranseskilagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 89.

¹³⁸ Konkurranseskilagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 119.

den totale konkurransen i markedet etter samarbeidet ble inngått, t_0 . Nemndas syn kan dermed forklares slik: $Konkurranse_{t-1} > Konkurranse_{t_0}$.

3.5.3 Konkurrentchurn

Foretakene hadde foretatt en beregning av konkurransen i markedet, og viste resultatet ved bruk av churn. Churn kan brukes for å forklare hvor mange av bedriftens kunder som sannsynligvis ikke vil kjøpe tjenester eller produkter av bedriften igjen. Churn beregnes ved å dele antall kunder som mistes på totalt antall kunder. I tillegg kan Churn deles opp i total churn og konkurrentchurn, hvor total churn inkluderer alle frafallende kunder som fraflytting, dødsfall osv. Konkurrentchurn derimot inneholder kunder som søker et annet selskap på grunn av konkurranse. På bakgrunn av beregningen med churn hevdet foretakene at det var sterk konkurranse i markedet.¹³⁹

Nemnda derimot mente at foretakene hadde beregnet konkurrentchuren feil. Beregningene var feil fordi foretakene ikke hadde fokusert nok på selve churn-nivået og trendutviklingen.¹⁴⁰ Beregningene tok heller ikke stilling til endringene i konkurrentchurn sammenlignet med total churn.¹⁴¹ Endelig, var det ikke tatt hensyn til mulige andre årsaker som kunne forklare utviklingen i churn.¹⁴² Derfor mente nemnda at argumentene ikke var tilstrekkelige for å vise at konkurransen i markedet var stor. Nemnda konkluderte dermed at både substansen og styrken i argumentene var for svake til å reise rimelig tvil om at den påståtte markedsdelingen, som ut ifra pålitelige og solide erfaringer, hadde konkurranseskadelig evne.

3.5.4 Hensyn til gradsforskjeller?

Det kan nevnes at nemnda tok i bruk en fagøkonom og etterprøvde en stor del av anførselene. Likevel gikk muligens nemnda lenger enn nødvendig. Nemnda kunne ha konstatert at det var massive bevis som viste at foretakene ønsket å dele markedet seg imellom, og på en mindre inngående måte konkludert med at formålsvilkåret var oppfylt.

¹³⁹ Konkurranseskilagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 130.

¹⁴⁰ Konkurranseskilagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 129.

¹⁴¹ Konkurranseskilagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 129.

¹⁴² Konkurranseskilagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 129.

I tillegg var samarbeidet ansett å ligge i kjernen av formålsovertredelser, da det var tale om markedsdeling etter krrl. § 10 første ledd bokstav c. Det ble av alarmselskapene anført argumenter med dekning i økonomisk teori for å så rimelig tvil om samarbeidets skadeevne. Likevel landet konkurranseklagenemnda på at formålsvilkåret var oppfylt. Det kan derfor muligens hevdes at rimelig tvil må ta hensyn til gradsforskjeller. Kriteriet må antageligvis ta hensyn til gradsforskjeller ved at hvis en står overfor en avtale som ligger i kjernen av formålsovertredelser, slik som i denne saken, så skal det mer til av rimelig tvil for å hindre oppfyllelse av formålsvilkåret. Motsatt, kan det tenkes at det kreves mindre av rimelig tvil ved «nye» formålskategorier. Saken kan gi indikasjoner på dette. I tillegg uttaler Nemnda at hva som kan kvalifiseres som rimelig tvil muligens må variere.¹⁴³ Videre at dersom et samarbeidet ligger i kjernen av formålsovertredelsen, må det antageligvis stilles større krav til hva tvilen gjelder for at tvilen skal kunne føre til at det må gjennomføres en virkningsvurdering.¹⁴⁴

¹⁴³ Konkurransklagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 425.

¹⁴⁴ Konkurransklagenemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, *Alarmsaken*, avsnitt 425.

4 Slektskap mellom rimelig tvil-kriteriet og TEUV artikkel 101 tredje ledd?

4.1 Utgangspunkt

Det vil være interessant å undersøke om det finnes et slektskap mellom rimelig tvil-kriteriet og TEUV artikkel 101 tredje ledd. Deretter om dette slektskapet kan kaste lys over innholdet i kriteriet. Bakgrunnen for vurderingen er at begge vurderingene skal ta hensyn til konkurransefremmende virkninger av et samarbeid.

4.1.1 Generelt om unntaket

Ikke alle samarbeid med et konkurransebegrensende formål er forbudt. Når et samarbeid med konkurransebegrensende formål gir effektivitetsgevinster som veier tyngre enn de negative konsekvensene ved selve samarbeidet, kan samarbeidet unntas fra forbudet jf. TEUV artikkel 101 tredje ledd. I de tilfeller hvor et samarbeid oppfyller fire kumulative vilkår, to positive og to negative, er samarbeidet antatt akseptert.¹⁴⁵ Samarbeidet må bidra til å «bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen», samarbeidet må sikre «forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd», uten å pålegge foretak «restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige» eller slik at foretakene kan «utelukke konkurranse for en vesentlig del av varer det gjelder» jf. TEUV artikkel 101 tredje ledd. Samarbeidet aksepteres fordi det fremmer konkurranselovens formål om effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser, samt gir ønskede reelle samfunnsøkonomiske gevinster.¹⁴⁶ For TEUV artikkel 101 tredje ledd har Kommisjonen publisert «Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty» som har til formål å guide nasjonale domstoler, konkurransetilsynet og foretak for hvordan å forstå unntaket. En avtale kan også anses akseptert dersom den tilfredsstillende vilkårene for gruppeunntaket, det såkalte block exemptions laget av Council of the European Union.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Juul- Langseth med fler. s. 109.

¹⁴⁶ Juul- Langseth med fler. s. 109.

¹⁴⁷ Whish & Bailey (2021) s. 156.

4.2 Vurderingen av mulig slektskap

4.2.1 Ulikt formål

Formålet med TEUV artikkel 101 tredje ledd og vurderingen av konkurransefremmende virkninger i kontekstvurderingen synes å være ikke det samme. Formålet med sistnevnte er «alene å vurdere (avtalens) objektive grovhed og som følge heraf at fastlægge de relevante bevismidler».¹⁴⁸ Formålet med unntaket etter TEUV artikkel 101 tredje ledd er derimot å vurdere om avtalen også medfører effektivitetsgevinster. Effektivitetsgevinster kan skape en merverdi ved å for eksempel gi bedre produktkvalitet, nye produkter eller lavere produksjonsomkostninger. Gir avtalen effektivitetsgevinster er den forenelig med EUs konkurranseregler, og vil samtidig verne om konkurransen i markedet.¹⁴⁹ Ettersom vurderingene har ulikt formål kan det betyr at hvorvidt disse vurderingene kan ha et slektskap av betydning for rimelig tvil- kriteriet, må det søkes helt uavhengig av formålet bak vurderingene. Særlig fordi det i EU-retten skal legges stor vekt på formålet bak bestemmelsene ved tolkning av lovtekst. Vurderingen av et mulig slektskap og fastleggelsen av innholdet i rimelig tvil må dermed bero på en tolkning av vilkårene i TEUV artikkel 101 tredje ledd og teori knyttet til disse vurderingene.

4.2.2 Effektivitetsgevinster

For at et samarbeid skal aksepteres etter TEUV artikkel 101 tredje ledd må samarbeidet medføre effektivitetsgevinster. Unntakets første vilkår sier at samarbeidet må «bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen». Fordelene må veie tyngre enn de negative virkningene samarbeidet medfører.¹⁵⁰ Spørsmålet er om første vilkår i TEUV artikkel 101 tredje ledd kan få betydning for et mulig slektskap mellom rimelig tvil og unntaket i TEUV artikkel 101 tredje ledd. Bakgrunnen for å reise spørsmålet er at vurderingen av konkurransefremmende virkninger i kontekstvurderingen er utviklet gjennom rettspraksis, og har ingen gitte vilkår som må være oppfylt på lik linje som TEUV artikkel 101 tredje ledd.

¹⁴⁸Generics (C4) C-307/18, avsnitt 103.

¹⁴⁹ Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty, avsnitt 33.

¹⁵⁰ Whish & Bailey (2021) s. 161

Effektivitetsgevinster kan i TEUV artikkel 101 tredje ledd første vilkår sikte til omkostningsgevinster.¹⁵¹ Det er for eksempel utvikling av ny produksjonsteknologi eller nye produksjonsmetoder.¹⁵² Når det gjøres store teknologiske gjennombrudd, er det gode sjanser for omkostningsbesparelser og mer effektiv distribusjon av varer. Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty gir eksempler som samlebandets oppfinnelse. Samlebandets oppfinnelse medførte betydelige omkostningsreduksjoner innenfor bilindustrien.¹⁵³ En annen viktig effektivitetsgevinst er synergieffekter ved sammenslåing av eksisterende aktiver, som kan oppnås ved at to parter legger deres aktiver sammen. For eksempel en produsent av frossenpizza og en produsent av frosne grønnsaker. Dette kan føre til bedre produkter eller tjenester.¹⁵⁴ Som nevnt har ikke kontekstvurderingen noen gitte vilkår, men hvis en ser på rettspraksis er det for eksempel i Generics sak C-307/18 gitt visse momenter som kan tas i betraktning ved vurderingen av konkurransefremmende virkninger. Det kan nevnes at «arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer» kan tas i betraktning.¹⁵⁵ Det kan dermed tas i betraktning produktets art eller tjenestene, og strukturen og funksjonen til de aktuelle markedene ved vurderingen av de konkurransefremmende virkningene.

Ved tolkning av vilkåret ser det ut til at TEUV artikkel 101 tredje ledd første vilkår stiller krav til selve samarbeidet. Vurderingen av konkurransefremmende virkninger i TEUV artikkel 101 første ledd derimot sier mer om hvilke hensyn som kan tas ved vurderingen av om det foreligger konkurransefremmende virkninger. Videre er TEUV artikkel 101 tredje ledd første vilkår også formulert som en plikt ved at samarbeidet må medføre effektivitetsgevinster jf. ordlyden i bestemmelsen. Momentene som «produktets art» eller «strukturen på markedet» er derimot gitt av rettspraksis som momenter som kan tas til vurdering, det er dermed ingen plikt til å vurdere hensynene. Dessuten ser TEUV artikkel 101 tredje ledd første vilkår ut til å være grundigere fordi ordlyden gir spesifikke krav på hvordan type fordeler som er akseptert og hvem fordelene må tilfalle, jf. ordlyden «produksjonen eller fordelingen av varene» eller at samarbeidet kan fremme den «tekniske eller økonomiske utviklingen». Som et praktisk tilfelle kan det tenkes at hvis konkurransefremmende virkninger i kontekstvurderingen er belyst, vil det som gjenstår til vurdering etter TEUV artikkel 101 tredje ledd første vilkår være de mer typiske

¹⁵¹ Ifølge Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 64.

¹⁵² Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 64.

¹⁵³ Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 64.

¹⁵⁴ Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 65.

¹⁵⁵ Generics (C4) C-307/18, avsnitt 68.

effektivitetsgevinster.¹⁵⁶ Det kan være effektivitetsgevinster som effektiv distribusjon, kostnadsbesparelser og utvikling av ny produksjonsteknologi.¹⁵⁷ Ved spørsmål om det foreligger rimelig tvil, og i tvilstilfelle ved denne vurderingen kan det ses til vilkåret om effektivitetsgevinster som en rettesnor. Samlet sett kan derfor det første vilkåret i TEUV artikkel 101 tredje ledd tilsynelatende gi en viss retningslinje for rimelig tvil-kriteriet. Inkludering av en virkningsvurdering i TEUV artikkel 101 første ledd vil imidlertid stride mot den strukturelle oppbyggingen av selve bestemmelsen.¹⁵⁸ Slik at hvor stor retningslinje TEUV artikkel 101 tredje ledd første vilkår kan gi i det enkelte tilfellet er vanskelig å si helt konkret og må vurderes i det enkelte tilfellet.

4.2.3 Gevinst til forbrukerne?

EU-regelverket beskytter forbrukerne. TEUV artikkel 101 tredje ledd andre vilkår sier at et samarbeid mellom foretak må gi «forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd».¹⁵⁹ Med «rimelig andel» må det antas at fordelene er nyttig for forbrukeren. I kontrast til gevinst for forbrukerne står gevinst som kun tilfaller foretakene selv. En forbruker i EU-retten er en forbruker som direkte eller indirekte bruker tjenestene eller produktene fra samarbeidet.¹⁶⁰ Det er imidlertid ikke et krav at gevinsten må tilkomme den enkelte forbruker, det er tilstrekkelig at gevinsten tilfaller forbrukere generelt.¹⁶¹ Et relevant spørsmål til vurdering er om TEUV artikkel 101 tredje ledd andre vilkår kan få betydning for innholdet i rimelig tvil-kriteriet. Bakgrunnen for spørsmålet er at tilstedeværelsen av konkurransefremmende virkninger kan være med på å styrke eksistensen av rimelig tvil i kontekstvurderingen. Ifølge Generics sak C-307/18 skal det «når parterne i denne aftale påberåber sig dens konkurrencefremmende virkninger (...) tages behørigt hensyn til disse virkninger (...)».¹⁶²

Ved en ren sammenligning mellom bestemmelsens andre vilkår og vurderingen av konkurransefremmende virkninger, skal det i utgangspunktet foretas en vurdering av om samarbeidet sikrer forbrukerne en rimelig andel etter TEUV artikkel 101 tredje ledd annet

¹⁵⁶ Gjendemsjø (2022) § 10 note 9.

¹⁵⁷ Gjendemsjø (2022) § 10 note 9.

¹⁵⁸ Colombier (2021)

¹⁵⁹ TEUV artikkel 101 tredje ledd andre vilkår

¹⁶⁰ Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 84.

¹⁶¹ Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 84.

¹⁶²Generics (C4) C-307/18, avsnitt 103.

vilkår. I kontekstvurderingen skal det derimot foretas en vurdering av konkurransefremmende virkninger som samarbeidet generelt medfører. Ut fra ordlyden nevner TEUV artikkel 101 tredje ledd andre vilkår eksplisitt at fordelene må tilfalle «forbrukerne». Det samme fremkommer ikke eksplisitt av EU-domstolen sin uttalelse for vurderingen av konkurransefremmende virkninger. Ettersom det ikke fremkommer eksplisitt at konkurransefremmende virkninger må tilfalle forbrukeren, kan det tenkes at aktuelle konkurransefremmende virkninger i en rimelig tvil-vurdering åpner opp for et større spekter av virkninger enn det TEUV artikkel 101 tredje ledd gjør. Andre konkurransefremmende virkninger kan tenkes å være fordeler for foretakene selv eller fordeler for samfunnet. Med en slik forståelse kan det sies at andre konkurransefremmende virkninger enn de som direkte tilfaller forbrukerne, kan anses å være relevante ved vurderingen av konkurransefremmende virkninger. Det kan bety at TEUV artikkel 101 tredje ledd andre vilkår ikke har så stor betydning for innholdet i rimelig tvil-kriteriet.

4.2.4 Mangel på proporsjonalitet og krav til konkurranse i relevant marked

For å unngå at et samarbeid i for stor grad hemmer konkurransen stiller TEUV artikkel 101 tredje ledd bokstav a) krav til nødvendighet og proporsjonalitet. Vilåret går ut på at samarbeidet ikke må pålegge foretakene «restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige». Med «restriksjoner» siktes det til restriksjoner som har en negativ innvirkning på konkurransen.¹⁶³ I kravet til nødvendighet ligger at effektivitetsgevinstene må være spesifikke for avtalen og at det ikke må finnes andre måter å oppnå gevinstene på, som er mindre konkurransebegrensende eller bedre økonomisk.¹⁶⁴ I praksis er spørsmålet et foretak må stille seg selv «om aftalen ikke ville være blevet indgået uden konkurrencebegrænsningen, men derimod om der skabes større effektivitetsgevinster med aftalen eller konkurrencebegrænsningen, end hvis den ikke havde fandtes».¹⁶⁵ Ved vurderingen skal det tas hensyn til markedsvilkår og økonomiske realiteter som gjelder for foretakene.¹⁶⁶ Det stilles imidlertid ikke krav til at foretakene skal vurdere rent teoretiske eller hypotetiske alternativer.¹⁶⁷

¹⁶³ Whish & Bailey (2021) s. 168

¹⁶⁴ Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 73.

¹⁶⁵ Ifølge Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 74.

¹⁶⁶ Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 75.

¹⁶⁷ Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty avsnitt 75.

Det ser ikke ut til å være en tilsvarende proporsjonalitetsvurdering ved vurderingen av om det foreligger rimelig tvil i rettspraksis. I den nevnte saken Generics C-307/18 inngikk originalprodusenten av «paroxetine» forliksavtaler med de generiske produsentene. Gjennom avtalen forpliktet produsentene seg til å ikke fremstille, importere eller levere «paroxetine» på markedet.¹⁶⁸ Det ble for eksempel ikke anført for EU-domstolen at avtalene var helt nødvendige for å realisere fordeler av samarbeidet og at det dermed var proporsjonalitet mellom restriksjonene og fordelene. Rettspraksis gir heller ingen indikasjon på at unntakets siste vilkår som fremgår av TEUV artikkel 101 tredje ledd bokstav b) synes å foreligge ved vurderingen av om det foreligger rimelig tvil. Vilkåret går ut på at samarbeidet mellom foretakene ikke må utelukke konkurransen for en vesentlig del av de relevante marked.

4.2.5 Plass til begge vurderingene og rimelig tvil-kriteriets selvstendighet

Det kan muligens hevdes at en avklaring av konkurransebegrensende virkninger i kontekstvurderingen TEUV artikkel 101 første ledd kan ha som konsekvens å øke kompleksiteten i formålsvurderingen.¹⁶⁹ En annen mulig konsekvens ved vurderingen av konkurransefremmende virkninger i kontekstvurderingen er at grensene mellom TEUV artikkel 101 første og 101 tredje ledd viskes ut.¹⁷⁰ Det leder igjen til et mulig spørsmål om selve overlevelsen av TEUV artikkel 101 tredje ledd. Alminnelig lære er at man i prinsippet kan tenke at det er plass til TEUV artikkel 101 tredje ledd selv om det foreligger en vurdering av konkurransefremmende virkninger i kontekstvurderingen. Som grunnlag for å hevde at det er plass til begge vurderingene, hviler sannsynligheten for å vinne frem med at det foreligger rimelig tvil, som viser seg i praksis å være svært liten.¹⁷¹ Særlig hvis en står overfor et samarbeid som er i kjernen av forbudet. Dette også fordi en avtale med konkurransebegrensende formål, sjeldent blir akseptert under TEUV artikkel 101 tredje ledd fordi det ofte er vanskelig å argumentere for et unntak i favør av for eksempel et kartell.

Videre er det mulig at kriteriet kan tenkes å slå inn i de situasjoner hvor en umiddelbart ser at det ikke er mulig å unnta avtalen etter TEUV artikkel 101 tredje ledd. Vurderingen viser også at det muligens foreligger et visst slektskap mellom rimelig tvil-kriteriet og unntaket. Hvis et foretak ikke når frem med et tradisjonelt forsvar, kan det tenkes at foretakene når frem med at

¹⁶⁸Generics (C4) C-307/18, avsnitt 155.

¹⁶⁹ Colombier (2021)

¹⁷⁰ Colombier (2021)

¹⁷¹ I avhandlingens nevnte rettspraksis ble ingen av foretakene hørt med at det forelå rimelig tvil.

det foreligger rimelig tvil. For eksempel kan det tenkes i de tilfeller hvor kun ett eller to av vilkårene for unntaket i TEUV art 101 tredje ledd foreligger. I slike tilfeller kan det tenkes at rimelig tvil antageligvis kan eksistere. I forlengelsen av dette kan det tenkes at noen av komponentene i unntaket inngår i rimelig tvil-kriteriet. Hvor det foreligger oppfyllelse på noen vilkår, men ikke alle, kan det dermed tenkes at rimelig tvil vil foreligge. Hvis unntaket etter TEUV art 101 tredje ledd plasseres øverst på en skala, er en rimelig tvil-vurdering antageligvis et stykke på vei opp til unntaket, uten å nå helt opp.

Samtidig kan det også tenkes at rimelig tvil- kriteriet har et selvstendig innhold. Hvis rimelig tvil-kriteriet skal være selvstendig må det bety at det ikke er identitet mellom TEUV art 101 tredje ledd og en rimelig tvil-vurdering. Hvis vi igjen tenker på en skala, så må rimelig tvil antageligvis ligge på nivået under unntaket. Dette er begrunnet i den tanke om at formålsvilkåret skal tolkes restriktivt. Ettersom formålsvilkåret skal tolkes restriktivt, skal det mindre til for å oppfylle rimelig tvil enn til oppfyllelse av unntaket i TEUV art 101 tredje ledd.

5 Konsekvenser av økonomisk teori og en grundig rimelig tvil-vurdering

5.1 Økonomisk teori i den rettslige konteksten

Generaladvokat Bobek skriver i sitt løsningsforslag til Budapest Bank sak C-228/18, at begrepet «konkurrencebegrænsning er, når alt kommer til alt, hovedsagelig et økonomisk begreb».¹⁷² Formålsvilkåret er et økonomisk begrep fordi det er basert på økonomisk teori.¹⁷³ Økonomisk teori kan anses å være sammenhenger mellom mekanismer innenfor økonomifaget. Som vises gjennom rettspraksis å være svært viktig innenfor konkurranseretten. I praksis brukes økonomisk teori for å få et samarbeid enten til å falle innenfor eller utenfor formålsvilkåret.¹⁷⁴ Fagøkonomer vil i praksis se på økonomisk teori og se hva teorien sier om typetilfeller og sammenlignbare problemstillinger. De vil vurdere samarbeidets adferd og egenskaper, og om mulig konkludere med at samarbeidet er skadelig for konkurransen. Hvis det er tilfellet, er det tale om en formålsovertredelse, og det er ikke nødvendig med en økonomisk analyse av hvilken effekt samarbeidet har hatt i markedet.¹⁷⁵

Skillet mellom når en viser til økonomisk teori og når en gjør en økonomisk analyse er ikke alltid helt klart. Hvis en ønsker å argumentere for rimelig tvil for å flytte samarbeidet utenfor formålsvilkåret, vises det til økonomisk teori, og basert på økonomisk resonnement, som sier at denne adferden ikke alltid vil være skadelig. Økonomisk teori er derfor et verktøy for å så rimelig tvil om et samarbeids konkurranseskadelige evne. En part som er beskyldt for en formålsrestriksjon, må forsøke å bevise at denne avtalen faktisk ikke har denne virkningen i markedet. Dette kan i realiteten ha den konsekvens å bli en argumentasjon på et svært grundig nivå. Det interessante spørsmålet i realiteten ser ut til å bli om det finnes tilstrekkelig argumenter i økonomisk teori, gitt de faktiske forholdene i saken, som kan tilsi at denne typen samarbeid er konkurranseskadelig.

¹⁷² Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank (C5), C-228/18, avsnitt 72

¹⁷³ Merker (2022)

¹⁷⁴ Merker (2022)

¹⁷⁵ Merker (2022)

5.2 Skapt en tredje kategori?

Den uløste gåten blir om en gjennom denne tvilsstørrelsen som er introdusert, dermed kanskje uten å vite det, har skapt en tredje kategori. En mulig tredje kategori kan oppstå ved at kontekstvurderingen med en rimelig tvil-vurdering gjennomføres på et svært grundig nivå.

Rammene for vurderingen er gjennom rettspraksis begrenset til å være «limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object».¹⁷⁶ Likevel mener Whish & Bailey (2021) at det ikke er helt klart hvor grundig vurderingen av konkurransefremmende virkninger i markedet skal være.¹⁷⁷ De hevder videre at vurderingene må være dynamiske. Hvor inngripende og grundige vurderingene må være, vil avhenge av hva slags type samarbeid det er tale om.¹⁷⁸ Ved en svært grundig vurdering av formålsvilkåret og rimelig tvil-kriteriet, vil vi stå overfor den risiko å viske ut skillet mellom formål- og virkningsvurderingen i TEUV artikkel 101 første ledd. Hvis denne vurderingen blir svært omfattende, slik som tilfellet ble i Alarmsaken sak 2021/1051, kan det foreligge indikasjoner i saken på at det ble oppstilt en slags bro mellom en ren konstatering av formål og en regulær virkningsanalyse, hvor rimelig tvil-vurderingen blir midt imellom. Den grundige vurderingen av vannsengeffekt og konkurrentchurn viser dette. Hvorvidt det lar seg oppstille et klart skille mellom vurderingene blir derfor tvilsomt. Området midt imellom blir en slags gråsoner hvor det er vanskelig å si eksakt når en formålsvurdering med en rimelig tvil-vurdering går over til å bli en virkningsvurdering. Konsekvensene kan i praksis bli at vurderingen av rimelig tvil-kriteriet blir en slags virkningsanalyse light.

¹⁷⁶ Toshiba Corporation (C2), C-373/14, avsnitt 29.

¹⁷⁷ Whish & Bailey (2021) s. 130

¹⁷⁸ Whish & Bailey (2021) s. 131

Litteraturliste

Norske rettskilder

Lov

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

Lovforarbeider

Ot.prp.nr.6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

Karnov lovkommentar i Lovdata Pro

Gjendemsjø (2022) Karnov lovkommentar til Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) i Lovdata Pro (2022) publisert den 21. september 2021. Skrevet av Ronny Gjendemsjø som er førsteamanuensis ved Universitetet i Bergen. Hentet den 7. mars 2022.

Intervju

Merker (2022) Intervju med Tyra Merker den 29. mars 2022, som er forsker ved Økonomisk Institutt ved UiO. Tyra Merker ble intervjuet av kandidat 17.

Norsk rettspraksis

Høyesterett

HR-2017-1229-A

HR-2021-1086-A

Lagmannsrett

LB-2018-161470

Vedtak

Konkurranseskjennemnda sin avgjørelse i sak 2021/1051, Alarmsaken

Utenlandsk rettspraksis

EU-domstolen

Dom av 30. juni 1966, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), C-56/65, ECLI:EU:C:1966:38

Dom av 9. oktober 2009 (C3), GlaxoSmithKline, C-501/06, ECLI:EU:C:2009:610

Dom av 11. september 2014 (C3), Cartes Bancaires, C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204

Dom av 20. januar 2016 (C2), Toshiba Corporation, C-373/14, ECLI:EU:C:2016:26

Dom av 30. januar 2020 (C4), Generics, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52

Dom av 2. april 2020 (C5), Budapest Bank, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265

Underretten

Dom av 15. September 1998, European Night Services, T-374/94, ECLI:EU: T:1998:198

EFTA-domstolen

Sak E-3/16, Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/konkurransetilsynet, EFTA Ct. Rep. 2016.

Uttalelser fra generaladvokat

Generaladvokat Bobek sin uttalelse til sak Budapest Bank C-228/18, ECLI:EU:C:2019:678

Generaladvokat Kokott sin uttalelse til sak Generics, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:28

Offentlige dokumenter

Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty, sist redigert den 29.mai 2020

Litteratur

Bøker

Andenæs (2004) Andenæs, jøhs, *Alminnelig strafferett, 2004*, 5.utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo.

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

Jerkø (2017) Jerkø Markus, *Bevisvurderingens rettslige rammer*, 2017, Oslo

Juul- Langseth med fler (2015) Juul-Langseth, Thue, Bryng, Østbye, Jonassen & Lazaridis, 2015, *Konkurranserett i et nøtteskall*, Gyldendal juridisk

Strandberg (2012) Strandberg Magne, *Beviskrav i sivile saker*, 2012, Bergen

Whish & Bailey (2021) Whish Richard & Bailey David, *Competition Law*, 2021, Tenth Edition, Oxford University, United Kingdom

Artikler

Colombier (2021) Quentin Colombier, « The « Generics UK» precedent: will the ECJ find the way out of the « restriction by object» maze », *Competition Forum*, 2021, art. No 0011. Tilgjengelig på <https://competition-forum.com/the-generics-uk-precedent-will-the-ecj-find-the-way-out-of-the-restriction-by-object-maze/> Lastet ned den 4. februar. 2022.

Colomo (2020a.) Colomo Pablo Ibanes, « Case C-307/18 Generics (UK) and others v CMA(Paroxetine),a major landmark in the case law (II): pay-for-delay», 2020.Tilgjengelig på <https://chillingcompetition.com/2020/02/28/case-c-307-18-generics-uk-and-others-v-cma-paroxetine-a-major-landmark-in-the-case-law-ii-pay-for-delay/#comment-196487> Lastet ned den 4. februar 2022.

Colomo (2020b.) Colomo Ibáñez Pablo, « The Legal Status of Pay-for-Delay Agreements in EU Competition Law: Generics (Paroxetine), pp 25. 2022., 2020. Tilgjengelig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3693746 Lastet ned den 24. februar 2022.

Hjelmeng og Østerud (2021) Hjelmeng Erling og Østerud Erik, «Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, jf. Konkurranseloven § 10 – Høyesteretts dom 21. mai 2021, HR-2021-1086-A, Cappelen Damm Holding AS/ Cappelen Damm AS og Gyldendal ASA /Gyldendal Norsk forslag AS mot Staten v/Konkurransetilsynet». Kilde: Nytt i privatretten, 2020. Lastet ned fra Gyldendal Rettsdata. Tilgjengelig på <https://min.rettsdata.no/Dokument/gNIP2021z2D3z5FKONKURRANSERETTz5FA> Lastet den den 18. april 2022.

Holmen (2021) Holmen, Heine Alexander: *metodisk tvil* i *Store norske leksikon* på snl.no. Tilgjengelig på https://snl.no/metodisk_tvil Lastet ned den 8. mars 2022.

- Nourry and Harrison (2017) Nourry Alex and Harrison Dan, «The great train victory», The enduring significance of the GC's judgment in European Night Services, pp.6-7,2020. Tilgjengelig på https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/CLI_Article_on_The_great_train_victory.pdf Lastet ned den 3. februar 2022.
- Pradelles & Scordamaglia-Touisis (2014) Pradelles & Scordamaglia-Touisis « Two Sides of the Cartes Bancaires Ruling: Assessment of the Two-Sided Nature of Card Payment Systems Under Article 101(1) TFEU and Full Judicial Scrutiny of Underlying Economic Analysis» Vol. 10, no. 2, pp. 139-156, 2014. Tilgjengelig på <https://www.lw.com/thoughtLeadership/two-sides-of-the-cartes-bancaires-ruling> Lastet ned den 3. februar 2022.
- Treacy (2020) Treacy Pat, « More Objects and Effects under Article 101 Case C-228/18 Gazdasagi Versenyhivatal (Hungarian Competition Authority) v Budapest Bank and others», 2020. Tilgjengelig på <https://www.bristows.com/news/more-objects-and-effects-under-article-101-case-c-228-18-gazdasagi-versenyhivatal-hungarian-competition-authority-v-budapest-bank-and-others/> Lastet ned den 4. februar 2022.