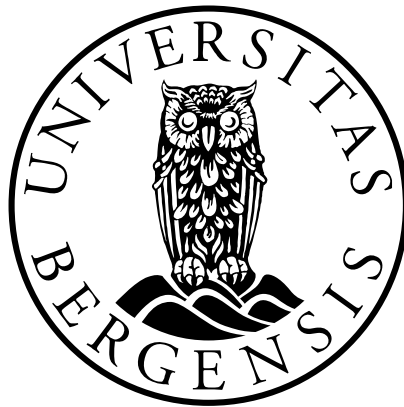


Konkurranserettslige grenser og muligheter for bærekraftsamarbeid etter TEUV art. 101 tredje ledd

Kandidatnummer: 119

Antall ord: 14 943



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[12.12.2022]

Innholdsfortegnelse

INNHALDSFORTEGNELSE	2
1 INNLEDNING	3
1.1 TEMA OG BAKGRUNN	3
1.2 PROBLEMSTILLING OG AKTUALITET.....	5
1.3 RETTSKILDEBILDE OG METODISK TILNÆRMING	5
1.3.1 EU-rettslig metode og aktuelle rettskilder	5
1.3.2 Forholdet mellom EU, EØS og nasjonal rett	7
1.4 VIDERE FREMSTILLING.....	7
2 FORHOLDET MELLOM BÆREKRAFTAVTALER OG FORBUDET I TEUV ART. 101(1)	9
2.1 FORBUDET MOT KONKURRANSEBEGRENSENDE SAMARBEID	9
2.2 BÆREKRAFTAVTALER SOM FALLER UTENFOR FØRSTE LEDD.....	11
2.2.1 Utenfor ordlyden	11
2.2.2 Andre muligheter utpenslet i praksis?.....	13
2.3 LOVBESTEMTE UNNTAK FRA FORBUDET I FØRSTE LEDD	14
3 UNNTAKSKRITERIENE I LYS AV BÆREKRAFT	15
3.1 FØRSTE VILKÅR: ER BÆREKRAFT EN RELEVANT GEVINST?	16
3.1.1 Hvilke gevinster omfattes av ordlyden?.....	16
3.1.2 Ikke-økonomiske hensyn i praksis før Rådsforordning 1/2003	19
3.1.3 Tolkingsalternativer etter Rådsforordning 1/2003.....	23
3.1.4 Delkonklusjon om bærekraftgevinster.....	26
3.2 ANDRE VILKÅR: OMFANGET AV MOTTAGERNE OG FORDELER SOM ER OPPNÅDD.....	27
3.2.1 Forbrukerbegrepet: hvem og hvilket marked?	27
3.2.2 A fair share of the resulting benefits	32
3.2.3 Delkonklusjon.....	35
3.3 TREDJE VILKÅR: ET PROPORSJONALITETSKRAV	35
3.4 FJERDE VILKÅR: KONKURRANSEOMFANG.....	38
4 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	40
4.1 HVILKET ROM EKSISTERER FOR BÆREKRAFTAVTALER I LYS AV ANALYSEN AV ART. 101(3)?	40
4.2 BØR DET VÆRE ET STØRRE ROM FOR «KONKURRANSEBEGRENSENDE» BÆREKRAFTSAMARBEID?.....	42
4.3 AKTUELLE MULIGHETER FOR Å SIKRE ET STØRRE ROM FOR BÆREKRAFTAVTALER.....	44
4.3.1 Etter tredje ledd.....	44
4.3.2 Utenfor tredje ledd	46
LITTERATURLISTE	48

1 Innledning

1.1 Tema og bakgrunn

Tema for oppgaven er konkurranserettslige grenser og muligheter for foretak som ønsker å vektlegge og hensynta bærekraft gjennom samarbeid.

I rapporten «Vår felles framtid», utarbeidet av Verdenskommisjonen for miljø og utvikling, ble bærekraftig utvikling definert som «[e]n utvikling som imøtekommer dagens behov uten å ødelegge mulighetene for at kommende generasjoner skal få dekket sine behov.»¹ Denne definisjonen anvendes også i dag.² For å sikre en bærekraftig utvikling må en sikre en balanse mellom miljømessig, sosial og økonomisk bærekraft. Oppgaven vil ha fokus på miljødimensjonen av begrepet. Med «bærekraft» menes derfor i det følgende klima- og miljømessige forhold, såkalt «miljømessig bærekraft».

Utgangspunktet for konkurranselovgivning er regulering av atferden til foretak som utfører økonomisk aktivitet i et marked. Målet er virksom og effektiv konkurranse.³ Et velfungerende marked sikrer forbrukere lavere priser, bedre utvalg og bedre kvalitet på produkter og tjenester.⁴ Én side ved dette er at konkurranse kan føre til økt produksjon og økt bruk av jordens ressurser.⁵ Både økt produksjon og pressede priser kan assosieres med overforbruk.⁶ Som en motpol er dermed bærekraftsamarbeid og grønne initiativ velkomne.

Samtidig kan man si at konkurranseretten allerede tilrettelegger og bidrar til en bærekraftig utvikling.⁷ I markeder med virksom konkurranse har forbrukerne valgfrihet. Gjennom sin etterspørsel kan de påvirke tilbudet av ulike produkter og tjenester, tilbydernes markedsposisjon og fremtidige satsninger.⁸ Konkurranse som verktøy sørger derfor for at ressursene blir brukt i produksjon som tilfredsstiller forbrukernes ønsker.⁹ Effektiv ressursbruk vil dessuten kunne bidra til at prisene reflekterer produktene kostnad. Økt

¹ WCED (1987) s. 42

² Se for eksempel Rio-erklæringen første og tredje prinsipp, UNFCCC art. 3 § 1 og FNs bærekraftsmål

³ Whish og Bailey (2021) s. 19

⁴ Kingston (2021) s. 1, Whish og Bailey (2021) s. 6

⁵ Holmes (2020) s. 356

⁶ OECD (2021) s. 10, Holmes (2020) s. 356, Volpin (2022) s. 452 med videre henvisninger, se ellers Malinauskaite og Erdem (2021)

⁷ Volpin (2022) s. 452 flg.

⁸ Volpin (2022) s. 453-454

⁹ Holmes (2021) s. 367

markedskonkurransen vil dermed kunne bidra til forbedret kvalitet, flere og mer bærekraftige valg for forbrukerne og stimulere innovasjon.¹⁰ God konkurranse kan presse bedriftene til å yte sitt beste og til å utnytte nye og mer klimavennlige løsninger.¹¹ Effektiviteten til politiske og ambisiøse bærekraftsmål vil avhenge av at markedet reagerer på de nye regulatoriske signalene og insentivene uten å skape konkurransevridninger.¹² Der lovgivning bidrar til minimumsstandarder er det rom for at aktører kan overgå disse.¹³

I noen tilfeller er den eneste eller mest effektive måten å oppnå bærekraftsmål på, gjennom samarbeid.¹⁴ Dersom ett enkelt selskap er den første eller eneste konkurrenten som jobber mot bærekraft vil dette ofte innebære en ekstra kostnad, og dermed en konkurransemessig ulempe.¹⁵ Gjennom samarbeid får foretakene imidlertid mulighet til å dele kunnskap, ulike ressurser, kostnader og risiko som kan være nødvendig for gjennomføringen av et prosjekt. Ved å forene ressurser kan foretakene utvikle ny kompetanse, bidra til innovasjon, og samtidig utjevne konkurransevilkårene.¹⁶ Foretak kan derfor ønske å inngå såkalte bærekraftavtaler for å bidra til ett eller flere bærekraftsmål.¹⁷ For eksempel kan dagligvareforretninger samarbeide om å utvikle systemer for økt resirkulering eller leverandører samarbeide for å redusere bruk av plastforpakning.¹⁸ Foretak kan dessuten samarbeide om å redusere utslipp fra biler, gjøre vaskemaskiner mer effektive eller gjøre kyllingproduksjon mer bærekraftig.¹⁹ Også ved utviklingen av fornybar energi ser en at større aktører innenfor samme bransje ønsker å samarbeide. Ved utviklingen av havvind i Norge ønsker for eksempel sentrale aktører å søke sammen i konsortier, både for å dele kompetanse og kapital, men også kommersiell risiko ved prosessen.²⁰ Slike samarbeid kan imidlertid være i strid med konkurranserettens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid.

¹⁰ OECD (2021) s. 10

¹¹ I samme retning Kommisjonens Policy Brief (2021)

¹² Ibid s. 1

¹³ Kommisjonens sak om bilutslipp, Pressemelding 8.juli 2021

¹⁴ Slik Holmes (2020) s. 356, Volpin (2022) s. 450-451, 454, Coates og Middelchulte (2019) s. 320

¹⁵ Såkalt «first-mover-disadvantage», Holmes (2021) s. 367, Ellison (2020) s. 1, 3-4, Coates og Middelchulte (2019) s. 325

¹⁶ I samme retning Horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 2; Holmes (2021) s. 367

¹⁷ I utkastet til nye horisontale retningslinjer definert som “any type of horizontal collaboration agreement that genuinely pursues one or more sustainability objectives, irrespective of the form of cooperation”

¹⁸ Eksempler fra Holmes (2020) s. 356

¹⁹ Eksempler fra JAMA, IP/98/896 og KAMA, IP/98/228, CECED OJ [2004] L 187, og ACM saksnummer 13.0195.66 Chicken of Tomorrow

²⁰ Innlegg i Dagens næringsliv ved Sjøvik (2022), Schmidt Galaaen (2022), Teigum mfl. (2022)

1.2 Problemstilling og aktualitet

Behovet for grønn omstilling er stort, og klimaendringene vi ser i dag krever handling fra alle. Dette har ført til initiativ som FNs bærekraftsmål, European Green Deal og EUs taksonomi for bærekraftige aktiviteter i tillegg til nasjonale mål. For å lykkes med klima- og miljøambisjoner må både individer, foretak og myndigheter bidra. Dette inkluderer også konkurranseretten og dens håndhevere, slik uttalt av EUs førstekommissær for konkurransepolitikk Margrethe Vestager.²¹

Samtidig innførte Rådsforordning 1/2003 en desentralisering med et økt økonomisk fokus.²² Dette har bidratt til uklarhet om hvordan bærekrafthensyn kan vektlegges i dag. Kjernen i diskusjonen som har oppstått er hvorvidt hensynet til bærekraft og tilhørende bærekraftpolitikk skal kunne integreres og vektlegges i konkurranseanalysen. Hvordan kan konkurransepolitikken og bærekraftpolicy jobbe sammen mot en bærekraftig utvikling? Usikkerheten gjør at forbudsbestemmelsen kan oppfattes som et hinder for initiativ fra foretak som ønsker å samarbeide for å bidra til en bærekraftig utvikling.²³ En uklar rettsstilstand og påfølgende debatt har også ført til at nasjonale konkurransemyndigheter innad i EU har utarbeidet egne retningslinjer i relasjon til bærekraftproblematikk.²⁴

Oppgaven vil undersøke hvorvidt det foreligger en konflikt mellom mål om en bærekraftig utvikling og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Problemstillingen er om konkurranseretten gjennom forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid setter unødige strenge grenser for virksomheter som ønsker å bidra til en bærekraftig utvikling? Eller gir bestemmelsen tilstrekkelig rom for slik utvikling samtidig som den ivaretar konkurranse?

1.3 Rettskildebilde og metodisk tilnærming

1.3.1 EU-rettslig metode og aktuelle rettskilder

Oppgaven tar utgangspunkt i forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid slik det er formulert i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (heretter TEUV) artikkel 101.²⁵

²¹ Vestager (2020), Vestager (2021)

²² Kommisjonens White Paper on Modernisation (1999), Art. 101(3) Retningslinjer (2004)

²³ Holmes (2020) s. 354-355 og OECD (2021) og Gassler (2021) s. 430

²⁴ Deriblant Nederland, Tyskland, Østerrike, Hellas og Storbritannia

²⁵ Tidligere artikkel 81/85 EC

Utgangspunktet for EU-rettens metode er en autonom og ensartet fortolkning av ordlyden.²⁶ Det skal tas utgangspunkt i en alminnelig språkforståelse, EU-rettslige definisjoner eller tolkninger gjort av EU-domstolen.²⁷ Oppgaven tar utgangspunkt i engelsk språkversjon, sammenholdt med danske og svenske versjoner underveis.²⁸ Videre har en formålsbasert og kontekstuell tolkning stor betydning.²⁹ En kontekstuell tolkning innebærer både den umiddelbare konteksten innad i TEUV art. 101, men også en fortolkning i lys av hele EU-retten. I denne sammenheng kan bestemmelsene i TEU art. 3 (1), (3) og (5) om bærekraft i tillegg til TEUV art. 7, 9, 11, 191 til 193 og EU Charter on fundamental rights art. 37 få betydning.

I tillegg til formålet som kan utledes fra konteksten vil lovgivers bakenforliggende tanke eller politikk også ha betydning. Forbrukervelferd, markedsintegrasjon og velfungerende markeder er sentrale hensyn for reglene.³⁰ Formålet med konkurransereglene er å beskytte konkurransen, men også konkurrenter og forbrukere.³¹ Økonomisk teori og kontekst danner bakteppe for mange av konkurransereglene, og vil ha betydning ved tolkningen av disse.³² Oppgaven vil likevel ha et utpreget rettslig perspektiv.

Rådsforordning 1/2003 regulerer visse prinsipper for gjennomføringen av TEUV art. 101. Kommisjonen har dessuten regulert unntak gjennom forordninger kalt gruppefritak.³³

Både praksis fra domstolsystemet i EU og Kommisjonen vil gjennomgås. Disse er bindende jf. TEUV art. 288. Gjennom rådsforordning 1/2003 ble det innført en egenvurdering for foretak, og håndheving kunne skje nasjonalt. Kommisjonens monopol på avgjørelser ble dermed opphevet. Dette gjør at rettskildebildet etter rådsforordning 1/2003 er nokså sparsomt.

Et annet særpreg er bruk av Kommisjonens retningslinjer.³⁴ Retningslinjene gir uttrykk for Kommisjonens tolkning og veiledning til hvordan Kommisjonen vil anvende bestemmelsen i enkeltsaker.³⁵ Retningslinjene er også ment veiledende for nasjonale domstoler og

²⁶ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 329, se AFMB [GC] C-610/18 avsnitt 50

²⁷ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 329, se NH [GC] C-507/18 avsnitt 32

²⁸ For å sikre ensartet og forutberegnelig forståelse mellom 24 autentiske språkversjoner, TEU artikkel 55 (1), TEUV art. 358 og konsolidert Rådsforordning 1/1958 art. 1, 4-5

²⁹ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 333 flg.

³⁰ Horspool mfl. (2021) s. 480-481, Monti (2002) s. 1064

³¹ GlaxoSmithKline [C3] C-501/06 P avsnitt 63

³² Horspool mfl. (2021) s. 484

³³ «Block Exemptions»

³⁴ Art. 101(3) Retningslinjer (2004), Horisontale retningslinjer (2001/2011), Vertikale retningslinjer (2010) i tillegg til utkast til nye horisontale retningslinjer (2022)

³⁵ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) andre avsnitt

håndhevere, men medlemsstatene er ikke bundet av dem.³⁶ Retningslinjene er dermed å anse som «soft law», og i utgangspunktet ikke særlig tungtveiende rettskilde.³⁷ Oppgaven tar utgangspunkt i gjeldende retningslinjer, men vil også vise til utkast til Kommisjonens nye horisontale retningslinjer der dette er relevant.³⁸ Disse er imidlertid ikke vedtatt og kan endres. De har derfor liten rettskildemessig vekt og brukes først og fremst til å beskrive alternativer og utfordringer. På samme måte brukes de ulike nasjonale retningslinjene som heller ikke har rettskildemessig vekt for den felleseuropeiske anvendelsen.³⁹

1.3.2 Forholdet mellom EU, EØS og nasjonal rett

Konkurranseloven § 10 ble endret for å harmonisere EU- og EØS-retten.⁴⁰ TEUV art. 101, EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseloven § 10 er derfor tilnærmet identiske. Med mindre modifikasjoner eller tilpasninger må gjøres i annet trinn av tolkningsprosessen blir EØS-rettsregelen den samme som EU-regelen.⁴¹ En harmonisering av nasjonal rett med EØS-retten vil derfor indirekte innebære en harmonisering med EU-retten. Dette er grunnen til at oppgaven tar utgangspunkt i TEUV art. 101. Oppgaven avgrenser fra en videre vurdering om den EU-rettslige tolkningen kan overføres til EØS-retten og deretter til nasjonal rett.⁴²

1.4 Videre fremstilling

Kapittel to vil gi en kort innføring i forbudet i første ledd for å forstå hvilke typer bærekraftsamarbeid som er forbudt, og hvilke som faller naturlig utenfor forbudet gjennom tre skisserte ruter knyttet til første ledd. Formålet er å forstå konteksten til

³⁶ Ibid

³⁷ Bekreftet i Expedia [C5] C-226/11 avsnitt 29

³⁸ Kommisjonen, utkast til horisontale retningslinjer (2022)

³⁹ ACM (2021), AFCA (2022), BKA (2020), CMA (2022), HCC (2020)

⁴⁰ Lov 5.mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger; NOU 2003:12 s. 3, 26, 30 og 61, Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 29 og 68. Bekreftet i Høyesterettspraksis: Rt. 2012 s. 1556 A avsnitt 27 og Rt. 2011 s. 910 A avsnitt 63

⁴¹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 328, se EØS-avtalen art. 6 og ODA art. 3(2)

⁴² Slik EØS-rettslig metode er beskrevet i Fredriksen og Mathisen (2018) s. 328; Ot.prp.nr.6 (2003-2004) og NOU 2003:12 trekker i en slik retning, Gjendemsjø har dessuten fremmet at anvendelsen av konkurranseloven § 10 stort sett samsvarer med EØS-avtalen art. 53 og TEUV art. 101(3) i Gjendemsjø (2018) s. 525 flg. Oppgaven tolker samtidig TEUV art. 101 i lys av traktatbestemmelser som ikke er inntatt i EØS-avtalen. Se i denne retning Kolstad og Ryssdal (2007) s. 320. Se ellers Rt. 2011 s. 910 A avsnitt 63, Rt. 2012 s. 1556 A avsnitt 27 og HR-2017-1229-A avsnitt 35 om rettskildemessig vekt av EU- og EØS-praksis

unntaksbestemmelsen for å belyse hvilket behov man har for å unnta bærekraftsamarbeid etter tredje ledd.

Kapittel tre vil analysere unntaksbestemmelsen i TEUV art. 101(3) i lys av bærekraft.

Kapittelet vil skissere ulike tolkninger og eventuelle utfordringer ved disse før det konkluderes for gjeldende rett i kapittel fire.

I kapittel fire vil jeg fastlegge hvilket rom som eksisterer for bærekraftavtaler i lys av analysen av TEUV art. 101(3), før jeg knytter noen refleksjoner til hvordan det eventuelt bør være og hvordan det kan reguleres.

2 Forholdet mellom bærekraftsamarbeid og forbudet i TEUV art. 101(1)

Hovedregelen i TEUV art. 101(1) er et forbud mot ulike typer samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Etter annet ledd får ikke slike samarbeid rettsvirkning. Bestemmelsens tredje ledd oppstiller imidlertid et unntak for samarbeid etter visse kriterier. Slike unntak kan også fastsettes i gruppefritak. Det er dermed flere lovfestede måter et konkurransebegrensende samarbeid som ønsker å bidra til bærekraftig utvikling kan få rettsvirkning.

Sammen med unntaket i tredje ledd oppstiller litteraturen tre andre ruter for å vurdere bærekraftavtaler.⁴³ Bærekraftsamarbeidet kan falle utenfor omfanget av første ledd enten fordi det (i) ikke oppfyller samarbeids- eller konkurransebegrensningskriteriet, eller (ii) gjennom den såkalte Albany-ruten. Videre kan bærekraftavtalen være lovlig fordi første ledd ikke kommer til anvendelse gjennom (iii) aksessoriske begrensninger eller objektiv nødvendighet.

2.1 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

TEUV art. 101 gjelder «all agreements between undertakings», «decisions between associations of undertakings» og «concerted practices». Praksis fra EU-domstolen tilsier en svært vid forståelse av begrepet «foretak».⁴⁴ Foretakets funksjon er mer avgjørende enn dens formelle status. Uavhengig av virksomhetens organisering og finansiering, er det viktigste at foretaket deltar i økonomisk aktivitet.⁴⁵ Virkeområdet utvides dessuten av «associations of undertakings» som peker på tilfellene der foretak i en mer indirekte form koordinerer sin atferd på markedet de opptre i.⁴⁶ En vid tolkning er lagt til grunn for alle samarbeidstypene.⁴⁷ Med «concerted practices» menes en form for koordinering mellom virksomheter som bevisst erstatter den risikoen som er forbundet med normal konkurranse med et innbyrdes og mer

⁴³ Gassler (2021) s. 432 flg., Holmes (2020) s. 368

⁴⁴ Både arbeidsformidling (Höfner and Elser [C5] C-41/90), tolltjenester (Italian Republic [C5] C-35/96) og ambulansetjenester (Ambulanz Glöckner [C5] C-475/99) har blitt ansett som ervervsvirksomhet

⁴⁵ Höfner and Elser [C5] C-41/90 avsnitt 21, Pavlov forente saker C-180/98 og C-184/98 avsnitt 75, Wouters [GC] C-309/99 avsnitt 57; Se Whish og Bailey (2021) s. 85-103 om «undertakings»

⁴⁶ AG Léger, opinion til Wouters C-309/99 avsnitt 61

⁴⁷ Whish og Bailey (2021) s. 104 med videre henvisninger og for en fordypning i vilkårene «agreements», «decisions» og «concerted practices»

praktisk samarbeid.⁴⁸ Vilkåret må forstås ut fra den grunntanken som ligger bak konkurransebestemmelsene slik at foretakene må kunne tilpasse seg markedet uten at dette automatisk anses som en samordnet opptreden.⁴⁹ Samarbeidsvilkåret omfatter horisontale - mellom foretak på samme nivå av markedet – og vertikale - mellom foretak på ulike nivå i omsetningskjeden – samarbeid.⁵⁰ Som et generelt utgangspunkt er vertikalt samarbeid mindre skadelig for konkurransen enn i horisontale samarbeid der foretakene er konkurrenter.⁵¹ Rommet for horisontalt samarbeid er dermed langt smalere enn for vertikale.⁵²

Med konkurransebegrensningskriteriet menes “which may effect trade between Member States» og som har «as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal marked» i tillegg til et innfortolket vilkår om merkbar konkurransebegrensning.⁵³ Det er dette kriteriet som avgjør om samarbeidsformen er forbudt. Kjernen i vilkårene er oppramset i bokstav a til e, men listen er ikke uttømmende.⁵⁴ Bærekraftavtaler som fastsetter pris eller en markedskontroll er forbudt.⁵⁵ Avtaler som skader miljø eller bærekraftutvikling samtidig som de er konkurransebegrensende er også forbudt, og vil nærmest alltid falle utenfor gruppefritakene og unntaksreglene i fjerde og tredje ledd.⁵⁶ Kommisjonen bøtela for eksempel bilforhandlere som, til tross for at de hadde teknologi til å redusere skadelige utslipp utover EUs lovpålagte utslippsstandarder, samarbeidet om å unngå å bruke renseteknologien. Konkurranse på rensesstandarder i markedet ble dermed unngått.⁵⁷ I Frankrike ble golvprodusenter bøtelagt for samarbeid som hindret deltakerne i å reklamere for golvproduktenes miljøpåvirkning.⁵⁸

⁴⁸ Anic [C5] C-49/92 P avsnitt 115, 131-132 og ICI sak 48/69 avsnitt 64

⁴⁹ Anic [C5] C-49/92 P avsnitt 116 og 117

⁵⁰ Whish og Bailey (2021) s. 122, Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 62

⁵¹ Allianz Hungária Biztosító [C5] C-32/11 avsnitt 43

⁵² Juul-Langseth mfl. (2015) s. 87

⁵³ Se for eksempel Völk sak 5-69 avsnitt 5-7 og De minimis notice

⁵⁴ Jf. ordlyden «in particular»

⁵⁵ Jf. bokstav a og b, Consumer Detergents COMP/39579 2011, Horisontale retningslinjer (2001) avsnitt 185

⁵⁶ Se videre Christina Volpin (2021)

⁵⁷ EU-kommisjonen, Pressemelding 8.juli 2021

⁵⁸ Franske Konkurransemyndigheter (2017), avgjørelse 17-D-20

2.2 Bærekraftavtaler som faller utenfor første ledd

2.2.1 Utenfor ordlyden

Fokus i den videre fremstillingen er konkurransebegrensende samarbeid som ønsker å bidra til en bærekraftig utvikling. Slike, ønskede, bærekraftavtaler kan falle utenfor første ledd fullstendig, enten fordi samarbeidet ikke er konkurransebegrensende, eller fordi samarbeidsformen ikke omfattes av ordlyden overhodet.⁵⁹

Bærekraftsamarbeid mellom foretak i samme økonomiske enhet eller fullfunksjon joint ventures er typiske konstellasjoner som faller utenfor ordlyden i første ledd fordi de allerede er forhåndsgodkjent gjennom fusjonskontroll.⁶⁰ Til tross for at fusjon er en måte å samarbeide på faller denne samarbeidsformen utenfor oppgavens omfang. Som jeg kommer tilbake til i kapittel fire kan dessuten bærekraftaktiviteter pålagt av regulering falle utenfor fordi det ikke oppfyller kravet til økonomisk aktivitet som «undertaking».⁶¹ Grensene for regulering er imidlertid også en del av bakgrunnen for en økende debatt rundt tredje ledds betydning for bærekraftsamarbeid.⁶²

I det følgende gjennomgås fire kategorier av samarbeid som kan falle utenfor første ledd fordi de ikke anses konkurransebegrensende. Den første kategorien omfatter mer bagatellmessige samarbeid og samarbeid som ikke pålegger partene presise individuelle forpliktelser.⁶³ Dette er typisk avtaler eller uttalelser med intensjon om å sette felles, frivillige mål om å oppnå miljøgevinster.⁶⁴ De individuelle foretakene vil dessuten stå fritt til å bestemme hvordan og med hvilke virkemidler de vil realisere sitt individuelle bidrag til målet.⁶⁵ For eksempel kan foretak inngå kollektive intensjoner om å redusere CO₂-utslipp der hver deltakers spesifikke bidrag har stor betydning, men ikke er bindende for den konkrete deltakeren.⁶⁶

⁵⁹ Se OECD (2021) s. 22, ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 23 flg. sml Horisontale retningslinjer (2001) avsnitt 185-187, for gresk og tysk tilnærming se Gassler (2021) s. 436, Volpin (2021) s. 458-459, Evensen og Sæveraas (2009) s. 229

⁶⁰ Whish og Bailey (2021) s. 153

⁶¹ Ladbroke Racing Ltd, forente saker C- 359 og C- 379/ 95 P avsnitt 33-34, Diego C-343/95 sml DSD OJ [2001] L 166; Gassler s. 433

⁶² Volpin (2022) s. 460

⁶³ Whish og Bailey (2021) s. 154, Juul-Langseth mfl. (2015) s. 90, Evensen og Sæveraas (2009) s. 229

⁶⁴ OECD (2021) s. 22, ACM retningslinjer (2021) avsnitt 23, Horisontale retningslinjer (2001) avsnitt 185

⁶⁵ ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 23, Hellas DAF/COMP/WD(2020)64 avsnitt 26, Evensen mfl. s. 229

⁶⁶ ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 23

I forlengelsen av dette utgjør samarbeid om å lage retningslinjer som fremmer bærekraft gjennom standarder, metoder eller systemer for merking av bærekraftprodukter den andre kategorien. Så fremt det gjøres på en rettferdig, rimelig og ikke-diskriminerende måte kan slike samarbeid falle utenfor første ledd.⁶⁷ Hvordan standardene påvirker produkt- og produksjonsmangfoldet på det relevante markedet har dessuten betydning.⁶⁸ I ACEA, JAMA og KAMA inngikk for eksempel bilprodusenter standardavtaler om å redusere CO₂ fra passasjerbiler.⁶⁹ Tilsvarende inngikk Ford, Honda, BMW, Volkswagen og Volvo en standardavtale hvor de bandt seg til å forbedre bilenes drivstofføkonomi i større grad enn amerikansk lovgivning krevde.⁷⁰ Ved å inngå en standardavtale omgår man den konkurransemessige ulempen ved å være først ut og oppnår samtidig miljøfordeler som de enkelte foretakene ikke ville bundet seg til alene. Kostnadene vil dessuten øke for alle foretakene, uten at det medfører en prisøkning overlatt til forbrukerne. Samarbeid der et foretak sikrer at virksomheter den samhandler med overholder internasjonale og nasjonale standarder, for eksempel vedrørende bevaring og beskyttelse av naturressurser, vil også falle utenfor.⁷¹

Den tredje kategorien er samarbeid som er nødvendig for utviklingen av et nytt produkt eller et nytt marked. Disse kan falle utenfor dersom samarbeidet er nødvendig for tilstrekkelig produksjonsressurser eller for å oppnå storskalafordeler.⁷² Det er imidlertid viktig at et samarbeid er kortvarig og strengt avgrenset til oppstartsfasen, ellers vil en vurdering etter tredje ledd være hensiktsmessig.⁷³

Den fjerde kategorien er samarbeid om å forbedre kvaliteten på produkter samtidig som mer forurensende produkter fases ut, og et slikt samarbeid ikke fører til en kostnadsøkning eller reduksjon av forbrukernes valgmuligheter.⁷⁴ For eksempel vil samarbeid om overgangen til bedre forpakning kunne falle utenfor første ledd.⁷⁵

⁶⁷ Horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 257, 259, 263, 280 og eksempel i avsnitt 325 flg. om standardavtaler, OECD (2021) s. 22, ACM retningslinjer (2021) avsnitt 24, Volpin (2022) s. 458-459; Horisontale retningslinjer (2001) avsnitt 185, Holmes (2021) s. 382-383

⁶⁸ Evensen og Sæveraas (2009) s. 229

⁶⁹ Kommisjonens XXVIIIth Report on Competition Policy 1998 s. 151; Kommisjonens pressemelding (IP/98/865), Kommisjonens XXIXth Report on Competition Policy, s. 160, se ellers Townley (2009) s. 126-128

⁷⁰ Se Hovenkamp (2019) og Nowag og Teorell (2020), særlig avsnitt 4a-b

⁷¹ OECD (2021) s. 22, ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 27

⁷² OECD (2021) s. 22, ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 26, Evensen og Sæveraas (2009) s. 229

⁷³ Volpin (2022) s. 459 og ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 26

⁷⁴ OECD (2021) s. 22, ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 25, Evensen og Sæveraas (2009) s. 229

⁷⁵ Volpin (2022) s. 458, ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 25

Det finnes dermed en del muligheter til å samarbeide om en bærekraftig utvikling på en måte som ikke er konkurransebegrensende og i strid med art. 101(1). En mulig femte kategori er bærekraftavtaler der positive konkurranseeffekter gjør at vilkåret «restriction by object» ikke er oppfylt. Senest i 2020 uttalte EU-domstolen at slike konkurransefremmende effekter kan rettferdiggjøre en rimelig tvil om hvorvidt formålet med samarbeidet er konkurransebegrensende.⁷⁶ Det må i så fall fremlegges robuste og overbevisende bevis i tillegg til at effektene er spesifikt knyttet til avtalen og tilstrekkelig betydelige.⁷⁷ I den konkrete saken var imidlertid de konkurransefremmende virkningene både minimale og usikre, og ga derfor ikke grunnlag for rimelig tvil.⁷⁸ En slik anvendelse er derfor usikker.

2.2.2 Andre muligheter utpenslet i praksis?

Den andre ruten er en løsning diskutert i litteraturen der visse typer bærekraftsamarbeid i seg selv bør falle utenfor første ledd. Av særlig interesse for bærekraftavtaler er Albany-avgjørelsen, som gjaldt en kollektiv pensjonsavtale, fra 1999.⁷⁹ Til tross for at den kollektive avtalen hadde visse konkurransebegrensende virkninger, kom EU-domstolen til at karakteren og formålet med avtalen kunne begrunne at den falt utenfor anvendelsesområdet for første ledd.⁸⁰ De sosialpolitiske målsetninger som fulgte av traktatene ville ellers stå i fare.⁸¹ Dommen gir dermed uttrykk for at konkurransebegrensninger som forfølger et legitimt mål ment å beskytte et traktatfestet gode, og som ikke begrenser dynamisk konkurranse, faller utenfor første ledd.⁸² Argumentasjonen har overføringsverdi til traktatfestede bærekraftmål.⁸³ Albany-avgjørelsen er imidlertid et enkeltstående uttrykk for en slik løsning. Selv om en unngår balansering av effekter, mister man dessuten sikkerhetsnettet som vilkårene i tredje ledd representerer. I tillegg til usikkerhet rundt hvilke samarbeid dette skulle gjelde åpner det for misbruk som prisfastsetting, markedskontroll eller skjulte karteller.

Den tredje ruten er om aksessoriske begrensninger eller objektiv nødvendighet gjør at konkurransebegrensende samarbeid er unntatt fra forbudet uten videre vurdering etter tredje

⁷⁶ Generics [C5] C-370/18 avsnitt 105-107

⁷⁷ Ibid avsnitt 107

⁷⁸ Ibid avsnitt 109-110

⁷⁹ Albany C-67/96, i samme retning FNV Kunsten C-413/13

⁸⁰ Albany C-67/96 avsnitt 61 flg.

⁸¹ Ibid avsnitt 59 og 60, avsnitt 54-58 gjennomgår de aktuelle traktatbestemmelsene

⁸² I samme retning Hellas DAF/COMP/WD(2020)64 avsnitt 28

⁸³ I samme retning Abdelkhalek (2021) s. 16, Holmes (2021) s. 370-371, Vedder (2002) s. 66 flg., Gassler (2021) s. 433

ledd. I så fall anses samarbeidet nødvendig for å oppnå et legitimt ikke-økonomisk mål.⁸⁴ En slik vurdering oppstiller et proporsjonalitetskrav og kan derfor være mer hensiktsmessig enn Albany-ruten.⁸⁵ Frem til domstolene eventuelt anvender en slik fremgangsmåte på konkrete bærekraftavtaler, eller andre samarbeid i lys av miljø- og klimalovgivning vil det likevel være en usikker vei. Proporsjonalitetsvurderingen i tredje ledd er dessuten velegnet for liknende vurderinger.⁸⁶ Oppgavens fokus er derfor rettet mot det lovfestede unntaket oppstilt i tredje ledd. Først der bærekraftavtalen ikke oppfyller alle unntaksvilkårene i tredje ledd, det anlegges en svært snever tolkning der bærekraft ikke er aktuelt etter tredje ledd eller det skjer en utvikling i domstolene anser jeg løsningene skissert i 2.2.2 som mer aktuelle.⁸⁷

Oppgavens omfang avgrenser fra en videre diskusjon om objektiv nødvendighet, en europeisk «rule of reason» og forholdet mellom første og tredje ledd.⁸⁸ I det videre tas det utgangspunkt i at positive effekter hensyntas etter tredje ledd.

2.3 Lovbestemte unntak fra forbudet i første ledd

Dersom et samarbeid oppfyller vilkårene i et gruppefritak er samarbeidet lovlig uten videre vurderinger.⁸⁹ I dag finnes det ikke et spesifikt gruppefritak som omfatter miljø- eller bærekraftavtaler. Det må likevel først undersøkes om den konkrete miljø- eller bærekraftavtalen faller innenfor de mer generelle gruppefritakene. Særlig vil «the Vertical Block Exemption», «the Block Exemption for Research and Development Agreements» og «the Block Exemption for Specialisation Agreements» være aktuelle her.

Først når et samarbeid anses konkurransebegrensende etter første ledd, og ikke er unntatt gjennom et gruppefritak, kan foretaket vurdere om samarbeidet oppfyller unntaksvilkårene oppstilt i tredje ledd.

⁸⁴ Gassler (2021) s. 433-434, Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 18(2) sml 28 flg.; Se for eksempel *Société Technique Minière* sak 56/65, *Nungesser* sak 258/78, *Wouters* [GC] C-309/99, bekreftet i *Meca Medina* [C5] C-519/04 P, *Generics* C-307/18, og ytterligere henvisninger i *Whish og Bailey* (2021) s. 139 flg.

⁸⁵ For eksempel *van der Zee* (2020) s. 194-196, *Gassler* (2021) s. 433-434 og *Holmes* (2020) s. 370-371

⁸⁶ I samme retning *MasterCard* [C5] C-382/12 P avsnitt 91 og *Holmes* (2020) s. 370

⁸⁷ Se imidlertid *Von Rompuy* (2012) § 4.03

⁸⁸ Se *Generics* [C5] C-307/18 avsnitt 103, Art. 101(3) Retningslinjer avsnitt 11 og 33, *Whish og Bailey* (2021) s. 140-141 og 157, *Odudu* (2006) s. 137, *Townley* (2009) kap. 3 og 6, *Kingston* (2012) s. 260, *Monti* (2002) s. 1086-1088, *Horspool mfl.* (2021) s. 501

⁸⁹ *Pedro IV* [C5] C-260/07 avsnitt 36

3 Unntakskriteriene i lys av bærekraft

TEUV art. 101(3) oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse.⁹⁰ Bærekraftavtalen må bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd. Videre må bærekraftsamarbeidet ikke pålegge foretakene restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå nevnte mål jf. bokstav a, eller gi foretakene mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder jf. bokstav b. Utgangspunktet etter rådsforordning 1/2003 er at det er det enkelte foretak som selv må vurdere om atferd som er forbudt etter første ledd oppfyller unntaksvilkårene i tredje ledd.⁹¹ Foretakene har også bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.⁹²

I tillegg til å påføre konkurransen skade kan samarbeidet medføre gevinster. Tredje ledd oppstiller et såkalt effektivitetsforsvar der slike positive effekter kan veies opp mot de negative effektene av redusert konkurranse. Det må altså foretas en balanseavveining mellom de konkurransebegrensende virkningene og de positive effektene samarbeidet eventuelt har. Samarbeidet må føre til effektivitetsgevinster som veier opp for ulemper eller negative virkninger det konkurransebegrensende samarbeidet har.⁹³ Forutsatt at gevinstene oppveier skadevirkningene, og helt eller delvis videreføres til forbrukerne, kan det gjøres unntak for samarbeid som i utgangspunktet er forbudt etter første ledd.⁹⁴

Når det kommer til vektlegging av bærekraft er det særlig to spørsmål som har skapt debatt i tilknytning til tredje ledd. Det første spørsmålet er hvorvidt tredje ledd kommer til anvendelse på et sett bredere offentlige interesser eller policy som omfatter ikke-økonomiske faktorer som bærekraft. Videre blir spørsmålet hvorvidt unntaket kun får anvendelse på samarbeid som forbedrer individuell forbrukervelferd på et konkret marked. Der de to første vilkårene kan justeres noe for å oppnå bærekraftsmål er det langt mindre manøvreringsrom etter de to siste vilkårene. Disse vil kommenteres i punkt 3.3 og 3.4.

⁹⁰ Jf. ordlyden «while» og «and», Whish og Bailey (2021) s. 157-158 med videre henvisninger, Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 42

⁹¹ Rådsforordning 1/2003 jf. Whish og Bailey (2021) s. 155

⁹² Rådsforordning 1/2003 art. 2, Slovenska sporitelna [C3] C-68/12 avsnitt 32

⁹³ Consten and Grundig, forente saker 56-58/64 s. 348, GlaxoSmithKline [C5] C-501/06 P avsnitt 93-95, MasterCard [C5] C-382/12 P avsnitt 248-249, 263, 304 og 307, Art. 101(3) Retningslinjer avsnitt 50 og 55

⁹⁴ Art. 101(3) Retningslinjer avsnitt 11, Whish og Bailey (2021) s. 157, Kingston (2012) s. 262-263, Hjelmeng og Sørgard (2014) s. 401

3.1 Første vilkår: er bærekraft en relevant gevinst?

Første vilkår krever at samarbeidet «contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress». Det sentrale spørsmålet er om bærekraft er en positiv effekt som kan vektlegges etter tredje ledd, og kan balanseres mot samarbeidets negative effekter fastlagt i første ledd. Mer konkret må det undersøkes om bærekraft overhodet er en relevant gevinst. Dersom bærekraft er en relevant gevinst blir spørsmålet om bærekraftgevinsten må kvantifiseres, og i så fall hvordan.⁹⁵

3.1.1 Hvilke gevinster omfattes av ordlyden?

3.1.1.1 En samfunnsøkonomisk effektivitetsstandard eller et bredere sett av gevinster?

Kjernen i ordlyden er samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster eller økonomiske effektivitetsforbedringer.⁹⁶ Fordi vilkårene kan overlape skiller retningslinjene og litteraturen mellom kostnadseffektivitet og gevinster av kvalitativ karakter.

Kostnadseffektivitet peker særlig på kostnadsbesparelser av ny produksjonsteknologi og metoder eller synergier som følge av integrasjonen av eksisterende ressurser eller kunnskaper. Videre vil skalafordeler som felles transport eller samdriftsfordeler som felles distribusjon eller bruk av felles maskiner omfattes.⁹⁷ Med kvalitative gevinster menes særlig forbedringer i kvalitet eller utvalg. Dette innebærer for eksempel forbedringer i teknologi, ny teknologi og tekniske løsninger som kan gi nye eller forbedrede produkter.⁹⁸ Samlede ressurser kan dessuten gi høyere kvalitet eller produkter med nye funksjoner, eller at slike produkter kommer tidligere på markedet.⁹⁹

Fra et bærekraftperspektiv kan det argumenteres for at bærekraft utgjør en forbedring i både produksjon og distribusjon. Et mer miljøvennlig eller bærekraftig produkt vil av mange anses som et forbedret produkt. Tilsvarende kan samarbeid gi en felles distribusjon eller produksjon som kutter utslipp. En slik tolkning avhenger imidlertid av at man anser bærekraftgevinster som en relevant forbedring. I litteraturen innføres imidlertid en tredje kategori der bærekraft

⁹⁵ Oppgaven avgrensner fra en økonomisk redegjørelse, men vil kort skissere muligheter for kvantifisering

⁹⁶ Whish og Bailey (2021) s.162, Odudu (2006) s. 138

⁹⁷ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 64-68

⁹⁸ Ibid avsnitt 70

⁹⁹ Ibid avsnitt 71

anses som et ikke-økonomisk hensyn.¹⁰⁰ Slike hensyn faller i utgangspunktet utenfor en økonomisk forståelse av ordlyden.

Samtidig kan en teknisk utvikling kunne føre til grønn innovasjon og bedre produkter i tråd med markedets krav. En teknisk utvikling kan også sikre at ressursene utnyttes bedre og en mer miljøvennlig produksjonsprosess eller distribusjon. Bærekraft vil imidlertid være en virkning av slik utvikling, og ikke oppfylle vilkåret i seg selv. Bærekraft vil dermed bare være en fordel som følger av andre økonomiske effektivitetsgevinster, og er en gevinst som faller utenfor ordlyden.

I lys av første ledd og vilkåret «undertakings», er vilkåret ment å omfatte alle objektive økonomiske gevinster som stammer fra en integrasjon av foretakenes økonomiske aktiviteter.¹⁰¹ Samlet taler retningslinjene om «objective pro-competitive economic benefits» og «efficiency gains».¹⁰² Samtidig uttales det at «the types of efficiencies» som nevnes kun er eksempler, og dermed ikke er ment å være uttømmende.¹⁰³ Uttalelsen synes imidlertid rettet mot eksemplene, slik at det fremdeles er ulike effektivitetsgevinster av økonomisk art som står i fokus. Kommisjonens retningslinjer anlegger dermed en snever ordlydstolkning og oppstiller en såkalt effektivitetsstandard basert på økonomisk effektivitet.¹⁰⁴

3.1.1.2 Konkurransen som virkemiddel eller mål i seg selv?

En innskrenkende tolkning er i tråd med en formålsbasert tolkning i lys av konkurranseretten og markedets funksjon. I en samfunnsøkonomisk kontekst kan en argumentere for at reglens formål er å fremme og beskytte konkurranse, og å sikre økonomisk effektivitet.¹⁰⁵

Konkurranse er dermed et grunnleggende insentiv for en prisreduksjon og utvikling av mer attraktive produkter. I forbindelse med Rådsforordning 1/2003 og de nye retningslinjene var Kommisjonens tanke å gi et rettslig rammeverk for den økonomiske vurderingen av konkurransebegrensende praksis.¹⁰⁶ Dersom en anser konkurranse som målet med reglene

¹⁰⁰ For eksempel Evensen og Sæveraas (2009) s. 170-171, Whish og Bailey (2021) s. 160, Kingston (2012) s. 266

¹⁰¹ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 59-60

¹⁰² Ibid avsnitt 11, 32, 59-60, Horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 48-49, Vertikale retningslinjer (2010) avsnitt 122

¹⁰³ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 63

¹⁰⁴ Ibid avsnitt 11, 32, 59-60, Horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 48-49, Vertikale retningslinjer (2010) avsnitt 122, Whish og Bailey (2021) s. 162

¹⁰⁵ Se videre henvisninger i Townley (2009) s. 14 note 6-7

¹⁰⁶ White Paper on Modernisation (1999)

etterlater det ikke noe rom for å hensynta mer politiske og ikke-økonomiske kriterier som bærekraft.¹⁰⁷

På den andre siden kan tenke at konkurranseretten er basert på flere verdier som ikke kan reduseres til et økonomisk mål.¹⁰⁸ Konkurransen er i så fall ikke målet, men et middel for å oppnå andre mål.¹⁰⁹ Da vil også andre samfunnsmessige mål som bærekraft være relevant. Etter art. 3 (1), (3) og (5) skal EU arbeide for en bærekraftig utvikling og beskyttelse av miljøet i Europa som videre bidrar til en bærekraftig utvikling i verden. Etter TEUV art. 7 skal Unionen sørge for sammenheng mellom politikk og aktiviteter under hensyn til alle sine mål. TEUV art. 11 er enda klarere på sammenhengen når den sier at «environmental protection requirements must be integrated into the definition and interpretation of the Union policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development». Tilsvarende følger av EUs Charter on fundamental rights art. 37. Miljø er dessuten regulert i TEUV art. 191-193. Øvrige traktatbestemmelser taler dermed med styrke for at bærekrafthensyn må implementeres i konkurranseretten.¹¹⁰

Både Odudu, Townley og Vedder trekker dessuten frem at ordlyden ikke er endret siden 1957, mens utviklingen og målene i EU og traktatene ellers har gjennomgått store endringer.¹¹¹ Dette kan tilsi en mer dynamisk tolkning i tråd med traktatens bærekraftbestemmelser. Samlet sett vil vektlegging av bærekraft avhenge av om man tolker konkurranseretten isolert eller i lys av traktatene ellers. Det vil derfor være hensiktsmessig å se hen til praksis. Fordi forordning 1/2003 innførte egen vurdering og nasjonal håndheving vil praksis i stor grad knytte seg til Kommisjonen og EU-domstolens avgjørelser før dette. Fremstillingen er derfor delt inn i praksis før og etter Rådsforordning 1/2003.

¹⁰⁷ Townley (2009) s. 1

¹⁰⁸ Townley (2009) s. 1

¹⁰⁹ T-219/99, Holmes (2020) s. 402

¹¹⁰ Deriblant Holmes (2020) s. 373, Van Rompuy (2012) kap. § 4.02, Townley (2009) s. 255 med videre henvisninger

¹¹¹ Vedder (2002) s. 118, Townley (2009) s. 65, Odudu (2006) s. 161

3.1.2 Ikke-økonomiske hensyn i praksis før Rådsforordning 1/2003

3.1.2.1 Utgangspunkt

EU-domstolen har flere ganger trukket frem Kommisjonenens rom til å vektlegge andre ikke-økonomiske hensyn. I Metro I, som ble avgjort etter første ledd, uttalte EU-domstolen at «the requirements for the maintenance of workable competition may be reconciled with the safeguarding of objectives of a different nature» og «to this end certain restrictions on competition are permissible».¹¹² Domstolen åpnet derfor for at Kommisjonen under tredje ledd også kunne trekke inn andre relevante mål, så fremt de var nødvendig for samarbeidet og ikke eliminerte en vesentlig del av det felles markedet.¹¹³ Dette ble gjentatt i Metro II.¹¹⁴ I forente saker *Métropole télévision* uttalte EU-domstolen at Kommisjonen «in the context of an overall assessment» er «entitled to base itself on considerations connected with the pursuit of the public interest in order to grant exemption» etter tredje ledd.¹¹⁵ Selv om uttalelsene ikke gjaldt bærekraftsspørsmål taler de for at også andre mål kan ivaretas i en helhetsvurdering der ikke-økonomiske hensyn kan begrunne konkurransebegrensninger.

3.1.2.2 Bærekraftgevinster

Samtidig finnes det flere eksempler der miljøgevinster er vektlagt under vilkåret «technical or economic progress». I DSD bidro en eksklusivitetsklausul mellom et privat selskap og revisjonsfirmaer for bedre innsamling og gjenvinning av salgsemballasje til å implementere både nasjonal og EU-rettslig miljøpolitikk.¹¹⁶ Samtidig muliggjorde klausulen planlegging på lengre sikt, en pålitelig organisering og de positive nettverkseffektene som førte til betydelige skala- og samdriftsfordeler. Det var først og fremst dette som ble vektlagt som effektivitetsgevinster i saken.¹¹⁷

Tilsvarende trakk Kommisjonen i Exxon/Shell frem at en ville unngå helse- og miljørisiko ved transportendringer som følge av samarbeid om bygging av den første LLDPE/HDPE-plantasjen i EU. Det var tilstedeværelse av tekniske fremskritt som ville resultere i en reduksjon av kundenes bruk av råvarer, deres kostnader og volumet av plastavfall.

¹¹² Sak 26-76 avsnitt 21

¹¹³ Ibid

¹¹⁴ Sak 75-84 avsnitt 65

¹¹⁵ Forente saker T-528/93 mfl., avsnitt 118

¹¹⁶ Se Gassler (2021) s. 433 som behandler DSD som unntak fra første ledd sml Albany

¹¹⁷ OJ [2001] L 319 avsnitt 141 flg., bekreftet i T-289/01

Samarbeidet førte dessuten til betydelige kostnadsbesparelser.¹¹⁸ Både i Assurpol og Carbon Gas Technologie var det først og fremst utviklingen av mindre miljøfarlige industrielle produksjonsteknikker som bidro til teknisk og økonomisk fremgang.¹¹⁹

Utvikling av miljøvennlige produksjonsteknikker sto også sentralt i BBC Brown Boveri som gjaldt samarbeid om batterier med mer effektiv energilagring. I tillegg til å gjøre teknisk innovasjon raskere og billigere, ville samarbeidet redusere avhengighet av oljeimport. De overordnede fordelene ville samtidig være enda større fordi bruk av elektriske kjøretøy ikke skader miljøet gjennom utslipp eller støy.¹²⁰

I Philips/Osram ble det uttalt at en joint venture ville føre til lavere samlet energibruk, og gi bedre muligheter for å gjennomføre energibesparelser og miljøprosjekter. Samtidig ville samarbeidet gi besparelser og stordriftsfordeler i en effektivisert utvikling av blyfri materialer.¹²¹

I alle sakene har miljøgevinster blitt nevnt ved siden av kostnadsbesparelser og kvalitative effektivitetsgevinster som faller innenfor en snever forståelse av ordlyden. At de ulike effektivitetsgevinstene bidro til miljøgevinster synes dermed ikke avgjørende. Bare i BBC Brown Boveri og Philips/Osram er slike gevinster omtalt mer selvstendig, men fremdeles i en helhetsvurdering av andre kvantifiserbare gevinster. Kommisjonen har dermed ikke eksplisitt engasjert seg i kost-nytte-analysen slik daværende retningslinjer ga anvisning på.¹²²

CECED-avgjørelsen utmerker seg på dette punktet.¹²³ Saken gjaldt en avtale mellom produsenter av vaskemaskiner om å stanse produksjonen og importen av vaskemaskiner i energiklasse D til G, slik at bare de mer energieffektive maskinene skulle selges.¹²⁴ Kommisjonen innvilget et individuelt unntak begrunnet i forbrukernes individuelle økonomiske fordeler i tillegg til kollektive miljøfordeler.¹²⁵

Det avgjørende for individuelle økonomiske fordeler synes å være at mer energieffektive vaskemaskiner vil gi besparelser på strømregningen som, avhengig av bruksfrekvens og

¹¹⁸ OJ [1994] L 144

¹¹⁹ AOJ [1992] L 37 avsnitt 38 flg.; OJ [1983] L 376 se punkt B

¹²⁰ OJ [1998] L 301 avsnitt 23

¹²¹ OJ [1994] L 378 avsnitt 25-26

¹²² Se Horisontale retningslinjer (2001), Kingston (2012) s. 272

¹²³ OJ [2000] L 187/47

¹²⁴ Ibid avsnitt 19

¹²⁵ Ibid avsnitt 52-57

strømpriser, ville ta igjen de økte kostnadene innen ni til 40 måneder. Selv om avtalen ville eliminere visse modeller fra markedet og at minimumsprisen sannsynligvis ville øke, kunne det ikke utelukkes at også vaskemaskiner i energiklasse A og B kunne bli tilgjengelig til en lavere pris. I et marked karakterisert av sterk konkurranse ville slike fordeler sannsynligvis tilfalle forbrukerne. På den måten ville innsnevringen av tilgjengelige prisklasser og økningen i gjennomsnittlige salgspriser være mindre uttalt enn det som kunne tenkes.

For de kollektive miljøfordelene viste Kommisjonen til artikkel 174 TEC.¹²⁶ Kommisjonen uttalte at EU har et formål om rasjonell utnyttelse av naturressurser, som tar i betraktning de potensielle fordelene og ulempene ved handling. Avtaler som den CECED inngikk må gi økonomiske fordeler som veier opp for ulempene i tillegg til å være forenlig med konkurransereglene. Samtidig kunne «account [...] also be taken of the costs of pollution.»¹²⁷ Videre anslås estimer for de marginale skader fra unngått karbondioksidutslipp, før Kommisjonen konkluderer med at fordelene for samfunnet fremstår mer enn syv ganger større enn den økte kostnaden av å kjøpe mer energieffektive vaskemaskiner.¹²⁸ Samlet sett ville det forventede bidraget til å fremme energieffektivitet og kost-nyttens mellom standarden og avkastning på investeringen for de individuelle brukerne bidra betydelig til en teknisk og økonomisk fremgang.¹²⁹

Avgjørelsen i CECED illustrerer tydeligere hvordan miljøfordeler kan behandles i balanseringen mot økonomisk effektivitet. «Collective environmental benefits» er markert som et eget punkt b) etter a) Individual economic benefits. Dette kan tilsi at rene miljøhensyn ble tillagt selvstendig vekt.¹³⁰ Avgjørelsen viser dessuten at bærekraftgevinster kan kvantifiseres gjennom en kost-nytte-analyse. Samtidig er de kollektive miljømessige fordelene kun vektlagt ved siden av økonomiske effektivitetsgevinster, og kan på den måten anses som et obiter dictum.¹³¹ I mine øyne føyer dermed avgjørelsen seg inn i rekken av praksis som viser at miljø er relevant, men foreløpig ikke tilstrekkelig til å stå på egne bein. Samtidig markerer den, bare noen få år før forordning 1/2003, klart en utvikling hvor

¹²⁶ Sml nåværende TEUV art. 191

¹²⁷ OJ [2000] L 187/47 avsnitt 55

¹²⁸ Ibid avsnitt 56

¹²⁹ Ibid avsnitt 57

¹³⁰ Townley (2009) s. 151 med videre henvisninger

¹³¹ I samme retning Townley (2009) s. 150-153

Kommisjonen i større grad trekker inn miljøhensyn under tredje ledd.¹³² En slik tolkning er i tråd med en kontekstuell ordlydstolkning i lys av traktatene.¹³³

Avgjørelsen i CECED skiller seg dermed fra EACEM som ble avsagt året før. Også i EACEM, som gjaldt samarbeid for å redusere elektrisitetsbruken når TV-er og andre apparater står i standby modus, vektla Kommisjonen at energibesparelsen og miljøfordelene ved ordningen klart representerte teknisk og økonomisk fremgang. I likhet med CECED kunne energibesparelsen kvantifiseres.¹³⁴ Fordi saken ble avsluttet med et såkalt «comfort letter» fra Kommisjonen til de samarbeidende foretakene er begrunnelsen ellers knapp.¹³⁵

3.1.2.3 Andre ikke-økonomiske hensyn

Også annen praksis synes å vektlegge ikke-økonomiske hensyn i en mer helhetlig vurdering av andre effektivitetsgevinster. I Stichting Baksteen, uttalte Kommisjonen at «[i]n addition» til økonomisk kvantifiserbare gevinster kunne omstilling gjennomføres under «acceptable social conditions».¹³⁶ Under vurderingen av nødvendighet i Ford Volkswagen var hensynet til regional politikk, harmonisk utvikling av Fellesskapet og europeisk markedsintegrasjon «an element which the Commission [took] into account».¹³⁷ Kommisjonen understreket samtidig at slike hensyn ikke ville være tilstrekkelig til å gjøre unntak med mindre vilkårene i tredje ledd var oppfylt.¹³⁸ Tilsvarende uttalte Kommisjonen i UEFA-avgjørelsen at de som utgangspunkt var «in favour of the [anførte] financial solidarity principle», men at det i den konkrete saken ikke var nødvendig å vurdere argumentet videre da vilkåret om gevinster allerede var oppfylt.¹³⁹ Både i Metro v Commission og senere Remia v Commission vektla EU-domstolen sysselsettingshensyn ved siden av andre økonomiske effektivitetsgevinster.¹⁴⁰

En gjennomgang av praksis fra både Kommisjonen og EU-domstolen før Rådsforordning 1/2003 viser at ikke-økonomiske hensyn er relevant i en vurdering etter tredje ledd. De ikke-økonomiske hensynene er nevnt enten som en mulighet innenfor rammen av tredje ledd, eller ved siden av andre økonomiske gevinster. Praksis synes derfor ikke å svar på om

¹³² Ibid

¹³³ I samme retning Monti (2002) s. 1075

¹³⁴ Ibid avsnitt 2

¹³⁵ XXVIII Report on Competition Policy (1999) side 152

¹³⁶ OJ [1994] L 131 avsnitt 27

¹³⁷ OJ [1993] L 20 avsnitt 36

¹³⁸ Ibid

¹³⁹ UEFA, OJ [2003] L 291 avsnitt 164-165, 167-168

¹⁴⁰ Metro I sak 26/76, gjentatt i Remia, sak 42/84

bærekraftgevinster kan vektlegges i seg selv, uten andre økonomiske effektivitetsgoder. Det gir heller ikke svar på hvordan bærekraft skal balanseres mot andre hensyn.

3.1.3 Tolkningalternativer etter Rådsforordning 1/2003

Tvetydigheten mellom retningslinjene fra 2004 og tidligere praksis har skapt usikkerhet rundt anvendelsen av tredje ledd. Der Kommisjonen tidligere hadde monopol på avgjørelser og en viss skjønnsmargin, innførte Rådsforordning 1/2003 egenvurderinger og nasjonal håndheving. Mye på grunn av dette har spørsmålet ikke kommet på spissen verken hos Kommisjonen eller EU-domstolen. Det er derfor ikke avklart hvorvidt foretakene skal anvende tilsvarende utvidet tolkning som praksis eller en innskrenkende tolkning i tråd med retningslinjene. Ulike hensyn og utfordringer gjør seg gjeldende ved begge tolkningsalternativene.

3.1.3.1 Bærekraft under en snever tolkning

Til tross for en snever forståelse av vilkåret åpner retningslinjene for at traktatmål kan tas i betraktning. Som et generelt prinsipp ved anvendelsen av tredje ledd uttales det nemlig at «[g]oals pursued by other Treaty provisions can be taken into account to the extent that they can be subsumed under the four conditions of Article [101](3)».¹⁴¹ Retningslinjene oppstiller dermed to vilkår for at bærekraftgevinster skal kunne tas i betraktning. For det første må målet følge av traktatene, og for det andre må det kunne subsumeres under de fire vilkårene. Også tidligere praksis har vist til traktatfestede policymål, og det er traktatfestede mål som kan begrunne en kontekstuell og formålsrettet utvidet tolkning av ordlyden. Dette fremstår derfor ikke problematisk.

At traktatfestede mål må oppfylle retningslinjenes effektivitetsbaserte ordlydstolkning reduserer imidlertid rommet for bærekraftensyn vesentlig sammenliknet med tidligere praksis. Etter nåværende retningslinjer vil ikke bærekraftensyn utenfor ordlyden ha betydning, uavhengig av om den er kvantifiserbar eller ikke. Det er heller ikke holdepunkter for at bærekraftgevinster kan ha en komplementerende effekt i en helhetsvurdering slik praksis tidligere har vist.

¹⁴¹ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 42, med videre henvisninger i note 54 til Matra, T-17/93 avsnitt 139 og Metro I sak 26/76 avsnitt 43

Dette underbygges av eksemplene i de horisontale retningslinjene. For eksempel illustreres en miljøstandard med tilsvarende faktum som i CECED-avgjørelsen. I analysen er imidlertid de kollektive miljøgevinstene ikke med. Eksempelet fraviker dermed tidligere praksis.¹⁴²

Kommisjonen har likevel understreket at fjerningen av miljøkapitlet i de horisontale retningslinjene ikke innebærer en nedprioritering av miljøavtaler. Begrunnelsen er at standardisering i miljøsektoren, som var hovedfokuset for det tidligere kapitlet, er mer hensiktsmessig behandlet i standardiseringskapitlet. Avhengig av hvilket konkurransespørsmål miljøavtaler gir opphav til, skal de derfor vurderes under det aktuelle kapitlet i de nye retningslinjene.¹⁴³

Formålet med retningslinjene var et system for å hindre inkorporering av nasjonale interesser, og fremme en uniform tolkning innad i EU.¹⁴⁴ Kommisjonen fryktet at innføringen av rådsforordning 1/2003 ellers ville åpne for vektlegging av ikke-økonomiske hensyn som ville utfordre en enhetlig anvendelse innenfor unionen. Tredje ledd var dermed ikke ment å tillate en anvendelse der konkurransereglene tilsidesettes av andre fellesskapspolitiske hensyn, men heller anses som et objektivt redskap ment for en ren økonomisk vurdering.¹⁴⁵ En enhetlig og uniform tolkning er viktig i seg selv, men vil også fremme rettsikkerhet og forutberegnelighet. En slik tolkning har dermed gode grunner for seg.¹⁴⁶ I tillegg kan det argumenteres for at en økonomisk tilnærming gir en enklere rettsanvendelse enn en utvidende tolkning. Hvordan skal for eksempel bærekraftpolicy balanseres mot andre hensyn? Er nasjonale håndhevere kompetent til å gjøre slike vurderinger? Slik rettsstilstanden fremstår nå er det vanskelig å se en enhetlig balansering av policy mot økonomiske effektivitetsgevinster uten en videre avklaring.

3.1.3.2 Bærekraft under en utvidende tolkning

Selv om tidligere avgjørelser tilsier at bærekraftshensyn kan anses relevante under art. 101 (3), etterlater de flere spørsmål. Et av spørsmålene er hvordan man skal balansere bærekraft mot økonomiske effektivitetsgevinster eller andre ikke-økonomiske hensyn. Dette aktualiserer videre spørsmålet om bærekraftgevinster må kvantifiseres, og i så fall hvordan. Skal bærekraft

¹⁴² Horisontale retningslinjer (2010) avsnitt 329

¹⁴³ Horisontale retningslinjer (2010) s. 7, se også MEMO/10/676 spørsmål 12

¹⁴⁴ Rådsforordning 1/2003 art. 16, preamblet avsnitt 1 og 22, White Paper on Modernisation avsnitt 44, 46-47

¹⁴⁵ White Paper on Modernisation avsnitt 57 lest i sammenheng med avsnitt 56 og 72, Brook (2019) s. 136, Van Rompuy (2012) s. 253 flg.

¹⁴⁶ Whish og Bailey (2021) s. 165-166, Odudu (2006) s. 170-171

være et hensyn i en helhetlig vurdering, eller en konkret gevinst som må kvantifiseres og vektet opp mot første ledd. Tidligere praksis viser at ikke-økonomiske hensyn kan vektlegges i en helhetsvurdering. Samtidig tilsier CECED at en kost-nytte-analyse eller annen form for kvantifisering kan være nødvendig.

Vektlegging av bærekraftgevinster gir en utfordring knyttet til forbrukerretterspørsel og internalisering av eksternaliteter.¹⁴⁷ Så lenge miljøpåvirkning ikke er internalisert i kostnadene kan en argumentere for at forbrukerne heller ikke betaler den reelle kostnaden.¹⁴⁸ Forbrukernes atferd og etterspørsel kan derfor endres ved en internalisering av eksterne kostnader.

Den nederlandske avgjørelsen *Chicken of Tomorrow* er illustrerende for problematikken. Saken gjaldt et samarbeid om produksjon og salg av kylling der oppdrett av kylling skulle gjøres etter høyere dyrevelferds- og bærekraftstandarder. Samarbeidet ville både øke prisen på kylling og redusere forbrukernes utvalg. De nederlandske konkurransemyndighetene gjennomførte derfor en undersøkelse om forbrukernes betalingsvillighet. Selv om forbrukerne verdsatte både dyrevelferd og bærekraftkriterier, gjorde de det ikke i en slik grad at det kompenserte for kostnadsøkningen.¹⁴⁹ Avgjørelsen illustrerer dermed en markedssvikt som kan bli avgjørende for hvilken rolle konkurransen kan spille for bærekraft. I tråd med prinsippet om at forurenseren betaler kan dette tilsi en økende regulering av skatter og avgifter. Samtidig har Kommisjonen uttalt at de ikke er imot en mulig overføring av prinsippet til forbrukeren, da dette kan gjøre dem mer oppmerksom på miljøproblemer og deres implikasjoner.¹⁵⁰

At bærekraftgevinster bør kvantifiseres er dessuten naturlig som følge av at de skal balanseres mot konkurransebegrensningene.¹⁵¹ Tidligere retningslinjer og verdsettelsesteknikker i miljøøkonomien kan være til hjelp her.¹⁵² I tillegg til en vurdering av forbrukernes betalingsvillighet er skyggeprising et alternativ.¹⁵³ En annen måte å gjøre dette på er å estimere miljøgevinstene og balansere dem mot kostnadsøkningen slik både Philips/Osram og

¹⁴⁷ Volpin (2022) s. 465, Gassler (2021) s. 431 og 437-438

¹⁴⁸ Volpin (2022) s. 465

¹⁴⁹ Samarbeidet besto heller ikke proporsjonalitetstesten

¹⁵⁰ VOTOB, XXIIInd Report on Competition Policy (1992) s. 108 avsnitt 185

¹⁵¹ Monti (2020) s. 128

¹⁵² Kingston (2012) kap. 5 og s. 274-276, OECD (2021) s. 16 med videre henvisninger

¹⁵³ Volpin (2022) s. 469, se Inderst og Thomas (2021)(2022) og Watson/OECD (2021)

CECED. En slik kost-nytte-løsning er også skissert i de nederlandske retningslinjene og tidligere horisontale retningslinjer.¹⁵⁴

Kvantifisering kan imidlertid være både kostbart og ressurskrevende. Chicken of Tomorrow illustrerte at metoden kan være utslagsgivende, noe som setter bærekraftgevinster i en sårbar posisjon. For å bøte på slike utfordringer har nederlandske konkurransemyndigheter skissert noen trygge havner der kvantifisering etter visse vilkår ikke er nødvendig.¹⁵⁵ Fordi det ofte er vanskelig å fastslå de ulike virkningene av et samarbeid helt nøyaktig, er det også tatt til orde for at det i vurderingen av om de positive virkningene av et samarbeid oppveier de negative, bør det være rom for skjønn.¹⁵⁶

Der en streng fortolkning gir konkurransepolitikken forrang vil en utvidende tolkning i større grad fremme bærekraftpolicy. I et bærekraftperspektiv tilsier dette både en mer dynamisk tolkning i lys av traktatene, men også i lys av aktuelle samfunnsutfordringer. Det praktiske behovet eksisterer, og tolkningen har dessuten rettskildemessig tunge grunner for seg.

3.1.4 Delkonklusjon om bærekraftgevinster

Både tidligere praksis og nåværende retningslinjer viser at bærekraft kan være relevant etter tredje ledd. Den innskrenkende tolkningen setter imidlertid opp et svært smalt rom for bærekraft. Effektivitetsgevinstene må i slike tilfeller være både objektive og økonomiske for å oppfylle ordlyden i første ledd. Ikke-økonomiske bærekraftgevinster vil derfor ikke oppfylle vilkårene. Retningslinjene er dessuten taus om eksempler på tilfeller der traktatmål ivaretas gjennom en slik tolkning. Etter en utvidende tolkning tilsier tidligere praksis at bærekraft som ikke-økonomisk hensyn kan vektlegges i en helhetsvurdering uten å kvantifiseres. Dersom den må kvantifiseres gir både tidligere praksis, tidligere retningslinjer og miljøteori noe veiledning. Jeg kommer tilbake til en vurdering av gjeldende rett i kapittel fire.

¹⁵⁴ ACM retningslinjer (2021) avsnitt 36, 40-41, Horisontale retningslinjer (2001) avsnitt 193

¹⁵⁵ ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 46-48

¹⁵⁶ Kolstad og Ryssdal (2007) s. 295

3.2 Andre vilkår: Omfanget av mottagerne og fordeler som er oppnådd

Det andre vilkåret i tredje ledd sier at samarbeidet må bidra til gevinster i første vilkår «while allowing consumers a fair share of the resulting benefit». Knyttet til bærekraft er de sentrale spørsmålene hvorvidt fordeler utenfor det konkrete markedet kan vektlegges, enten fordi fordelene oppstår på et tilknyttet marked, for samfunnet i sin helhet eller for fremtidige generasjoner. I tillegg oppstår spørsmålet om hvordan fordelene beregnes når bærekraftgevinster ofte er kvalitative og utfordrende å kvantifisere. Svar på disse spørsmålene vil være særlig viktig på grunn av den markedssvikten som kan oppstå ved informasjonsasymmetri eller skjevheter i forbruketferden som preger forholdet mellom tilbud og etterspørsel i markeder med miljøpåvirkning.¹⁵⁷

3.2.1 Forbrukerbegrepet: hvem og hvilket marked?

3.2.1.1 Gevinster på det konkrete markedet, utenfor markedet eller samfunnet som helhet?

Alminnelig språkforståelse av «consumer» tilsier alle brukere eller kjøpere av et produkt eller en tjeneste. Ordlyden er som utgangspunkt nokså bred. Den setter ikke grenser for hvorvidt forbrukeren er en juridisk eller faktisk person, og er taus om forbrukerens tilknytning til markedet og produktet.¹⁵⁸ Samtidig kan det argumenteres for at henvisningen til en konkret «consumer» innskrenker ordlyden til fordeler knyttet til den konkrete forbrukeren og det konkrete markedet forbrukeren opptrer i.¹⁵⁹

Etter Kommisjonens retningslinjer skal forbrukerbegrepet forstås som alle direkte og indirekte, faktiske eller potensielle, brukere av de produktene eller tjenester som samarbeidet gjelder.¹⁶⁰ Både direkte kunder fra foretakene og påfølgende kjøpere som produsenter, grossister, detaljister og endelige forbrukere omfattes av begrepet.¹⁶¹ Kommisjonens retningslinjer støtter dermed en nokså bred forståelse av forbrukerbegrepet.

¹⁵⁷ Volpin (2022) s. 467, Gassler (2021) s. 432

¹⁵⁸ Se imidlertid Townley (2009) s. 267

¹⁵⁹ Ibid

¹⁶⁰ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 84 sml Horisontale retningslinjer (2011) avsnitt 47

¹⁶¹ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 84

Samtidig må effektivitetsgevinstene stamme fra det relevante markedet som samarbeidet relaterer til.¹⁶² Dette får særlig betydning for bærekraftgevinster. Negativ påvirkning på en gruppe forbrukere i et geografisk eller produktmarked kan normalt ikke godtgjøres ved positive gevinster for forbrukere i et annet geografisk eller produktmarked.¹⁶³

Kommisjonen åpner imidlertid for at gevinster oppnådd på separate markeder kan tas i betraktning forutsatt at gruppen av forbrukere som påvirkes av restriksjonen og den gruppen av forbrukere som drar fordel av effektivitetsgevinstene er «substantially the same» og de to markedene er «related».¹⁶⁴ En slik test må i så fall foretas i tillegg til den alminnelige vurderingen.¹⁶⁵

I lys av traktatene er det rom for en utvidet formålstolkning av ordlyden.¹⁶⁶

Bærekraftgevinster gagnar i stor grad samfunnet i sin helhet, og ikke bare en konkret gruppe forbrukere i et bestemt marked.¹⁶⁷ I lys av det første vilkåret er det ikke bare fordeler tilknyttet forbedringer i selve produktet, men også en teknisk og økonomisk utvikling.

Bærekraftgevinster er lettest å plassere i sistnevnte gruppe, men dette er også gruppen der det er vanskeligst å identifisere en enkelt forbrukergruppe.¹⁶⁸ I mange tilfeller vil forbrukeren enten betale mer for produktet eller miste muligheten til å kjøpe et billigere produkt, mens samfunnet tjener på samarbeidet. Dersom bærekraftsyn skal være relevant tilsier systembetraktninger at forbrukere må tolkes utvidende på dette punktet.¹⁶⁹ Dette støttes av Vedder som mener miljøgevinster i sin natur ikke kan reserveres til en gruppe.¹⁷⁰ Kingston mener en slik tolkning kan fremme traktatens bærekraftpolicy uten å komme i konflikt med konkurransepolitikens mål.¹⁷¹ For det første fordi EUs bærekraftpolicy tar sikte på et høyt nivå av beskyttelse uten restriksjoner med hensyn til mottakerne av slik beskyttelse. For det andre fordi artikkel 101 tredje ledd demonstrerer selve skillet mellom en Chicago School-tilnærming – der totalvelferden eller økonomisk velferd er målet – og EUs konkurranserett –

¹⁶² Ibid avsnitt 43

¹⁶³ Ibid, i samme retning Horisontale retningslinjer (2011), OECD (2021) s. 17

¹⁶⁴ Ibid, bekreftet i Kommisjonens Policy Brief (2021)

¹⁶⁵ StarAlliance [2013] COMP/AT.39595 avsnitt 57

¹⁶⁶ TEU art. 3(5) og 21

¹⁶⁷ I samme retning Claiici og Lutz (2021) s. 204

¹⁶⁸ Holmes (2020) s. 374

¹⁶⁹ Kingston (2012) s. 277, Gassler (2021) s. 438, Holmes (2020) s. 375-377

¹⁷⁰ Vedder (2002) s. 173, se også Townley (2009) s. 267-268

¹⁷¹ Jf. TEU art. 3(3); Se videre Kingston (2012) s. 277-278 sammenholdt med kap. 2-4

der målet er en forbrukervelferd i bred, ikke-teknisk forstand.¹⁷² Holmes inntar et liknende standpunkt, men understreker at begrepet fremdeles må være underlagt noen grenser.¹⁷³

Tidligere praksis synes også å ha lagt til grunn en bredere forståelse av ordlyden. I CECED-avgjørelsen vurderte Kommisjonen «Collective environmental benefits» i en samlet behandling av vilkåret om effektivitetsgevinster og en rimelig andel til forbrukerne.¹⁷⁴ Med et blikk på «the costs of pollution», finner Kommisjonen at besparelsen i karbondioksidutslipp medfører samfunnet mer enn syv ganger større fordeler enn de økte kjøpskostnadene på energieffektive vaskemaskiner.¹⁷⁵ Videre uttales det at “[s]uch environmental results for society would adequately allow consumers a fair share of the benefits even if no benefits accrued to individual purchasers of machines”.¹⁷⁶ De kollektive utslippsgevinstene knyttes dermed generelt til samfunnet, og en utvidet forbrukergruppe der det er tilstrekkelig å være en del av det markedet og samfunnet som samarbeidet vil påvirke.

Tilsvarende forståelse ble lagt til grunn i Kommisjonens Horisontale retningslinjer fra 2001, året etter CECED-avgjørelsen. Under kapittel syv som gjelder «Environmental Agreements» pekes det på at det kan foreligge økonomiske gevinster «either at individual or aggregate consumer level» før den presenterer en vurdering i to trinn.¹⁷⁷ Retningslinjene for horisontale avtaler fra 2011 er imidlertid taus om en slik to trinns-vurdering, og generelt svært kortfattet om hvordan rimelige fordeler til forbrukerne skal forstås. I vaskemaskin-eksemplet tilsvarende CECED-avgjørelsen nevnes bare fordelene for de individuelle kjøperne av vaskemaskiner. Tausheten om mer kollektive fordeler og andre forbrukere kan dermed tas til inntekt for at retningslinjene fra 2010 følger Kommisjonens retningslinjer for art. 101 (3), heller enn at retningslinjene fra 2001 er videreført på dette punkt.¹⁷⁸

Samtidig illustrerer vaskemaskin-eksemplet hvordan man kan forstå retningslinjenes nåværende tilnærming. Kjøperne av vaskemaskinene ville, til tross for vaskemaskinens prisøkning, se en kostnadsreduksjon gjennom maskinens bruk av elektrisitet, såpe og vann.¹⁷⁹ Selv om kostnadsreduksjonene skjedde på et annet marked er de påvirkede forbrukerne

¹⁷² Kingston (2012) s. 278, se særlig s. 23-34 om Chicago School-tilnærmingen og den EU-rettslige tilnærmingen, se ellers Abdelkhalek (2021) s. 22

¹⁷³ Holmes (2020) s. 376

¹⁷⁴ CECED OJ [1999] L 187 avsnitt 47 flg.

¹⁷⁵ Ibid avsnitt 55-56

¹⁷⁶ Ibid siste setning

¹⁷⁷ Horisontale retningslinjer (2001) avsnitt 193-194

¹⁷⁸ Ibid avsnitt 329, Kingston (2012) s. 277

¹⁷⁹ Ibid avsnitt 329, Abdelkhalek (2021) s. 20

«substantially the same».¹⁸⁰ Gjennom en slik anvendelse blir rommet for bærekraftavtaler derfor noe videre.

I *Compagnie Generale Maritime* uttalte EU-domstolen at fordelene kan oppstå ikke bare i det relevante markedet, men også «in appropriate cases, for every other market on which the agreement in question might have beneficial effects» og videre «and even, in a more general sense, for any service the quality or efficiency of which might be improved by the existence of that agreement».¹⁸¹ I retningslinjene kommenterer imidlertid Kommissjonen at den påvirkede og begunstige forbrukergruppen var den samme slik at uttalelsen fremstår mer som et obiter dictum.¹⁸² Overført til bærekraftavtaler kan dommen tas til inntekt for at gevinster uten en spesifikk kobling til det relevante markedet kan vurderes.¹⁸³

I etterkant er det i Kommissjonsansattes Policy Brief uttalt at prinsippene i retningslinjene skal sikre at håndhevelsen forblir forankret i forbrukervelferdsstandarden, samtidig som det vil være mulig å ta hensyn til bærekraftfordeler som påløper til fordel for samfunnet som helhet.¹⁸⁴ Dersom et samarbeid fører til redusert forurensning som utgjør en betydelig fordel for samfunnet, kan en rettferdig andel av disse fordeles på de konkrete forbrukerne og fullt ut kompensere dem for ulempen. En slik forståelse muliggjør vektlegging av samfunnsfordeler innenfor retningslinjene slik de er nå. Det kan også diskuteres om en slik forståelse ville gjort at dagens retningslinjer omfatter både den individuelle og den kollektive vurderingen i CECED. Til tross for at uttalelsen har liten eller ingen rettskildemessig vekt taler den med styrke for at gapet mellom Kommissjonens retningslinjer og EU-domstolens praksis ikke er så stort likevel. Samtidig fremstår de som uttrykk for politisk vilje som vil komme til uttrykk i fremtidige retningslinjer, mer enn en gjeldende korreksjon av nåværende rettstilstand.

I *Mastercard* bekrefter domstolen at uttalelsen i *Compagnie Generale Maritime* fremgår av fast rettspraksis. Den konkrete saken gjaldt to ulike forbrukergrupper i samme marked hvor fordelene måtte påvises for begge grupper.¹⁸⁵ Avgjørelsen synes dermed å innta en mer restriktiv holdning. Også praksis fra Kommissjonen synes å snevre inn i tråd med retningslinjene.¹⁸⁶ Volpin mener derfor det er begrenset mulighet for å akseptere

¹⁸⁰ Ibid avsnitt 329, Abdelkhalek (2021) s. 20

¹⁸¹ *Compagnie Generale Maritime*, T-86/95 avsnitt 343

¹⁸² Art. 101(3) Retningslinjer (2004) note 57

¹⁸³ Volpin (2022) s. 467, Gassler (2021) s. 439, Holmes (2020) s. 375

¹⁸⁴ Kommissjonens Policy Brief (2021) s. 6

¹⁸⁵ 2012-avgjørelsen avsnitt 228, bekreftet i 2014-behandlingen

¹⁸⁶ *StarAlliance* [2013] COMP/AT.39595 avsnitt 57-59, Volpin (2022) s. 467

bærekraftgevinster utenfor det relevante markedet eller som treffer andre forbrukere enn de som er tilknyttet det relevante produktet.¹⁸⁷ Gassler tar imidlertid til orde for at MasterCard sammenholdt med Compagnie Generale Maritime må bety at dersom forbrukerne på det relevante markedet opplever hvert fall noen fordeler, så kan også fordeler utover forbrukerne på det relevante markedet vurderes.¹⁸⁸ Sistnevnte tilnærming samsvarer med uttalelsen i Kommisjonens Policy Brief. Samlet sett tilsier rettspraksis at gevinster utenfor markedet i visse tilfeller kan tas i betraktning.

De nederlandske retningslinjene skisserer en bredere forståelse i tilfeller der samarbeidet i) jobber for å redusere miljøskade og ii) på en effektiv måte bidrar til å overholde en nasjonal eller internasjonal standard, eller bidrar til å realisere et konkret politisk mål for å forhindre slik skade.¹⁸⁹ I slike tilfeller nyter brukerne de samme fordelene som resten av samfunnet. Det er dessuten etterspørsel etter de konkrete produktene som i hovedsak skaper problemet som samfunnet trenger å finne løsninger på. Tilsvarende synspunkter er ikke en del av utkastet til nye horisontale retningslinjer som viderefører en snever anvendelse av markeds- og forbrukerbegrepet.¹⁹⁰

3.2.1.2 Hvilket samfunn er eventuelt aktuelt?

Skulle en ønske å se på samfunnet som sin helhet blir en utfordring hvor man skal sette grensen. Å det europeiske samfunnet i sin helhet er allerede en utvidet tolkning av ordlyden. Hvis man i tillegg skal tolke dette til verdenssamfunnet vil dette være en tolkning som i mine øyne ligger utenfor ordlyden.

En tolkning i lys av bærekraftbestemmelsene i traktatene kan tilsi at dette kan være aktuelt.¹⁹¹ TEU art. 3 nr. 5 understreker for eksempel at Unionen skal bidra til «the sustainable development of the Earth». Praksis er taus om spørsmålet.¹⁹² Kingston mener at der fordelene for et europeisk bærekraftsamarbeid ikke realistisk sett kan skilles fra et bredere geografisk

¹⁸⁷ Volpin (2022) s. 468

¹⁸⁸ Gassler (2021) s. 439

¹⁸⁹ ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 45, se avsnitt 8-9

¹⁹⁰ Utkast til horisontale retningslinjer (2022) avsnitt 588 flg.

¹⁹¹ TEU art. 3(5) og 21

¹⁹² Kingston (2012) s. 278

område, så må bærekraftfordeler for forbrukere også utenfor EU kunne tas i betraktning.¹⁹³ Odudu mener på sin side at traktaten bare beskytter forbrukere innenfor EU.¹⁹⁴

3.2.2 A fair share of the resulting benefits

3.2.2.1 Krever vilkåret full kompensasjon?

Den andre delen av vilkåret, «a fair share», tilsier at forbrukerne må få en anstendig del av gevinsten. Ellers er den taus om hvor stor andelen må være. Når det kommer til bærekraftgevinster kan en si at forbrukerne får en rimelig andel av dette nærmest per definisjon.¹⁹⁵

Retningslinjene oppstiller et minstekrav der fordelene må kompensere forbrukerne for enhver faktisk eller sannsynlig negativ innvirkning som følge av det konkurransebegrensende samarbeidet.¹⁹⁶ Teorien oppfatter dette som et krav om full kompensasjon.¹⁹⁷ I lys av Mastercard-dommen og oppdaterte uttalelse fra Kommisjonen fremstår dette mer usikkert.¹⁹⁸ I Mastercard uttalte EU-domstolen at begge gruppene, i hvert sitt relevante marked, “should [...] enjoy appreciable objective advantages”, men ikke “to the same extent”.¹⁹⁹ I relasjon til bærekraft vil det være lettere å oppfylle vilkåret dersom man kan undersøke en samlet kompensasjon for forbrukere og samfunnet i sin helhet. Retningslinjene nevner interessant nok også når «society as a whole» vil få fordeler av gevinstene, men dette er først når nevnte fordeler er påvist i forbrukergruppen.²⁰⁰ Samtidig er det den samlede effekten for forbrukerne innenfor det relevante markedet som er avgjørende, ikke innvirkningen på de individuelle medlemmene av en slik forbrukergruppe.²⁰¹ Det avgjørende er «the overall impact», og at forbrukerne blir kompensert for ulempene de påføres.²⁰² StarAlliance understreker at forbrukerne ikke kan komme verre ut av samarbeidet enn ellers.²⁰³ Samtidig tilsier

¹⁹³ Kingston (2012) s. 278

¹⁹⁴ Odudu (2006) s. 152, tilsvarende Monti (2002) s. 1076

¹⁹⁵ Se Vedder (2002) s. 121 og Exxon/Shell, CECED, Assurpol og Philips/Osram

¹⁹⁶ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 85

¹⁹⁷ Gassler (2021) s. 439, Loozen (2022) s. 11

¹⁹⁸ Gassler (2021) s. 439 og Loozen (2022) s. 11 flg.

¹⁹⁹ Mastercard [C5] C-382/12P avsnitt 248

²⁰⁰ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 85

²⁰¹ Asnef-Equifax [C5] C-238/05 avsnitt 70, Mastercard [C5] C-382/12 P avsnitt 236 og Shaw T-131/99 avsnitt 163, Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 87

²⁰² Kommisjonens Policy Brief (2021), Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 87

²⁰³ COMP/AT.39595 [2013] avsnitt 85

vurderingen av tilgrensende markeder at man søker å sikre forbrukerne en full kompensasjon.²⁰⁴

3.2.2.2 Rimelig andel også ved en prisøkning?

En kontekstuell tolkning innad i bestemmelsen tilsier at «the resulting benefit» peker på gevinstene påvist i første vilkår. Vilkåret åpner for at både kostnadseffektivitet og kvalitative effektivitetsgevinster er relevante.²⁰⁵ Fordi det er forbrukeren som enten må betale mer eller gi avkall på forbruk, må forbrukeren enten komme bedre ut av det prismessig, eller bedre ut av en kvalitetsjustert prising.²⁰⁶ Vilkåret setter dermed en grense for at forbrukeren må betale hele prisen dersom eksternaliteter som forurensning skal internaliseres.²⁰⁷

Tilgjengeligheten av nye og forbedrede produkter er en viktig kilde til forbrukervelferd. Så lenge verdistigningen i en slik gevinst overstiger konkurransebegrensningen slik at forbrukerne er bedre stilt ved samarbeidet, vil de anses å ha en rimelig andel av fordelene.²⁰⁸ Dersom samarbeidet fører til en prisøkning er det imidlertid viktig å fastslå at de påståtte fordelene skaper en reell verdi for forbrukerne.²⁰⁹ Å vurdere om kvalitative effektivitetsgevinster er videreført til forbrukerne er vagt og krever verdivurderinger som er vanskelig å angi presist.²¹⁰ Dette gjelder uavhengig av om den kvalitative gevinsten utgjør en bærekraftgevinst eller ikke. I bærekraftsammenheng vil imidlertid utfordringene ved å kvantifisere ikke-økonomiske bærekraftgevinster i første vilkår gjøre seg gjeldende også her.

Som gjennomgått er bærekraftgevinster ofte noe som kommer samfunnet i sin helhet til gode. Et sentralt spørsmål er derfor hvor mye forbrukerne er villig til å betale for et dyrere, men mer bærekraftig, produkt. Selv om prisen kan være tettere på den reelle prisen kan det være vanskelig å balansere en eventuell prisøkning mot forbrukerens utbytte av produktets bærekraftegenskaper. Så lenge forbrukerne ikke kan komme verre ut av samarbeidet, tilsier dette et nokså lite prisøkingsrom. Samarbeidet bør dermed ikke styrke foretakenes markedsmakt, eller så må effektivitetsgevinstene være så betydelige at de nøytraliserer eller

²⁰⁴ Kommisjonens Policy Brief (2021) s. 6

²⁰⁵ Philips-Osram OJ [1994] L 378 avsnitt 27, Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 85-86, 95-104, Townley (2009) s. 263, Monti (2002) s.1075, Vedder (2003) s. 170-174

²⁰⁶ Odudu (2006) s. 151, Ellison (2020) s. 7

²⁰⁷ Ellison (2020) s. 7

²⁰⁸ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 104

²⁰⁹ Ibid avsnitt 104

²¹⁰ Ibid avsnitt 103

reverserer eventuelle prisøkninger de er i stand til å pålegge gjennom å styrke sin markedsmakt.²¹¹

CECED-avgjørelsen kan imidlertid tas til inntekt for at Kommisjonen ved miljøfordeler er villig til å anta at det eksisterer en rettferdig andel for forbrukerne, selv der avtalen i utgangspunktet resulterer i en prisøkning eller økt byrde for forbrukerne.²¹² Ellers er vilkåret ofte overfladisk behandlet, både hva gjelder bærekraftavtaler og andre typer samarbeid.²¹³ I Kommisjonens avgjørelse i DSD ville kostnadsbesparelser overføres til forbrukerne. Ellers ble det kun påpekt at forbrukerne også ville dra nytte av forbedringen i miljøkvalitet, særlig reduksjon i emballasjevolum, som samarbeidet søkte.²¹⁴ I Exxon/Shell henviste Kommisjonen til forbrukernes oppfatning av miljøforbedringer. I en tid der naturressursene reduseres og trusselen mot miljøet er en økende offentlig bekymring, ville miljøforbedringer bli oppfattet som fordelaktige av mange forbrukere.²¹⁵

Samtidig inkorporerer retningslinjene en glideskala; jo større konkurransebegrensningen er, desto bedre må gevinsten og forbrukernes andel være.²¹⁶ Sett i lys av praksis kan denne delen av vilkåret forstås nokså subjektivt der en vitenskapelig, økonomibasert tilnærming blir mindre aktuell.²¹⁷ Hvor et samarbeid har både betydelige konkurransebegrensende virkning og betydelig konkurransefremmende gevinster, kan det etter retningslinjene tas hensyn til at konkurranse er viktig for effektivitet og innovasjon på lang sikt.²¹⁸ En slik tilnærming vil få stor betydning ved vurderingen av bærekraftgevinster der gevinsten ofte ikke kommer til syne før etter en stund, og bestemmelsens balansering av konkurransebegrensning og fordeler for forbrukerne kan være utfordrende.

3.2.2.3 Hva med fremtidige gevinster?

Et særpreg ved bærekraftsamarbeid er nettopp at gevinstene først vil være synbar eller målbar i fremtiden. Effekten av en reduksjon i klimagassutslipp, effekten av ny teknologi eller mer bærekraftige produksjonsmåter kan komme til uttrykk over tid. For bærekraftavtaler er det

²¹¹ Nicolaidis (2005) s. 136

²¹² Vedder (2002) s. 121

²¹³ Kingston (2012) s. 280

²¹⁴ OJ [2001] L 319 avsnitt 148, bekreftet i sak T-289/01

²¹⁵ OJ [1994] L 144 avsnitt 71

²¹⁶ Sml tredje vilkår, Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 90 og videre utgreiing i avsnitt 91, dessuten Horisontale retningslinjer (2011) for eksempel avsnitt 103 og Vertikale retningslinjer (2010) avsnitt 127

²¹⁷ Kingston (2012) s. 280

²¹⁸ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 92

derfor klargjørende at Kommisjonen kommenterer dette i retningslinjene. Utgangspunktet er at fordeler som kommer forbrukere til gode først etter en stund, ikke er til hinder for anvendelsen av tredje ledd.²¹⁹ Jo lengre tidsperiode det er snakk om, jo større må imidlertid gevinstene være for å kompensere for forbrukernes tap i mellomtiden.²²⁰ I en slik vurdering må en også ta med i beregningen at verdien av en fremtidig fordel ikke den samme som en nåværende fordel. En fremtidig gevinst for forbrukerne kompenserer dermed ikke fullt ut for det nåværende tapet til forbrukerne i lik nominell størrelse.²²¹ En slik tilnærming samsvarer med metodene for miljøverdsettelse utviklet innenfor miljøøkonomien, der de fleste metodene innebærer en form for diskontering for fremtidige fordeler.²²²

3.2.3 Delkonklusjon

Rettstilstanden i dag åpner for å vektlegge gevinster for fremtidige generasjoner i tillegg til fordeler utenfor markedet i visse tilfeller. Forbrukerne kan ikke komme verre ut av samarbeidet enn ellers, men etter en utvikling i rettspraksis er det usikkert om det kreves full kompensasjon slik litteraturen har tatt til orde for. Dette vil lette en vurdering av eventuelle bærekraftgevinster. I mine øyne vil eksempelet der forbrukere får en rettferdig gevinst som deltakere i et samfunn som får betydelige fordeler, være en hensiktsmessig løsning. Også ved en kostnadsøkning kan vilkåret være oppfylt dersom forbrukerne opplever en rimelig andel av kvalitative effektivitetsgevinster.

3.3 Tredje vilkår: et proporsjonalitetskrav

Det tredje vilkåret sier at samarbeidet og den konkrete konkurransebegrensningen må være «indispensable» for å kunne realisere effektivitetsgevinstene ved samarbeidet.²²³ Det oppstilles dermed et proporsjonalitetskrav.²²⁴ Proporsjonalitetsvurderingen er i tråd med TEUV art. 11. For det første må samarbeidet være nødvendig slik at de individuelle foretakene ikke kunne oppnådd tilsvarende gevinster alene.²²⁵ Videre må foretakene påvise at

²¹⁹ Ibid avsnitt 87

²²⁰ Ibid avsnitt 87

²²¹ Ibid avsnitt 88

²²² Kingston (2012) s. 278 sammenholdt med kap. 5

²²³ TEUV art. 101(3) bokstav a

²²⁴ I tråd med EU-rettens generelle prinsipp om proporsjonalitet, se Kingston (2012) s. 280-281 med videre henvisninger, Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 79

²²⁵ Coates og Middelschulte (2019) s. 324

restriksjonens art og intensitet er absolutt nødvendig for å oppnå de konkrete gevinstene.²²⁶ Vilkåret er ikke oppfylt dersom gevinsten kan oppnås gjennom samarbeid som i mindre grad vil begrense konkurransen.²²⁷ Vilkåret er dermed en måte å veie fordeler ved samarbeidet mot ulemper som følge av restriksjonen på konkurranse.²²⁸ Litteraturen synes enig om at vilkåret er avgjørende både for en snever og utvidende anvendelse av tredje ledd.²²⁹ For bærekraftsamarbeid vil proporsjonalitetskravet være en måte å balansere økonomihensyn mot bærekraftenssyn.²³⁰

En utfordring ved bærekraftgevinster er å objektivt påvise at det foreligger økonomisk effektivitet, og at slik effektivitetsgevinst ikke ville vært til stede uten samarbeidet.²³¹ Hvorvidt samarbeidet faktisk vil bidra til reduserte klimautslipp av en viss størrelse eller mer generelle bærekraftgevinster kan være vanskelig å tallfeste. Det har derfor betydning at Kommisjonen har uttalt at hypotetiske eller teoretiske alternativer ikke trenger vurderes.²³² Utfordringen tilsier likevel at proporsjonalitetsprinsippet bør anvendes med større fleksibilitet ved miljøgevinster.²³³

For de fleste bærekraftsamarbeid vil ikke proporsjonalitet være mer problematisk enn for andre samarbeid.²³⁴ Fordi vilkårene er kumulative vil bærekraftsamarbeid imidlertid kunne strande på dette kriteriet alene.²³⁵ Vilkåret får særlig betydning i to tilfeller.

Det første tilfellet er der de påståtte bærekraftgevinstene ikke har tilknytning til samarbeidet, etablerer en fiksert pris eller er et dekke.²³⁶ I ANSAC var opprettelsen av et felles salgsgeselskap heller en praktisk løsning for foretakene enn nødvendig for å oppnå konkrete miljøgevinster.²³⁷ I Navewa Anseau mente Kommisjonen at miljøgevinstene var en unnskyldning for å komme inn på det europeiske markedet.²³⁸ Kommisjonens avgjørelse i

²²⁶ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 78, se Whish og Bailey (2021) s. 168

²²⁷ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 76 og 79, Whish og Bailey (2021) s. 168,

²²⁸ Vedder (2002) s. 123

²²⁹ Ellison (2020) s. 10, Vedder (2002) s. 123, Kommisjonens XXVIIIth Competition Report (1998) avsnitt 129

²³⁰ Holmes (2020) s. 360, Townley (2009) s. 273 flg.

²³¹ Slik Horisontale retningslinjer (2001) avsnitt 195-196 tidligere uttalte at proporsjonalitetsvilkåret lettere ville anses oppfylt dersom økonomisk effektivitet var objektivt påvist

²³² Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 75, Vertikale retningslinjer (2010) avsnitt 125

²³³ I samme retning Kingston (2012) s. 282 og Holmes (2020) s. 381

²³⁴ For eksempel CECED OJ [1999] L 187 og EACEM XXVIII Report on Competition Policy (1999) s. 152

²³⁵ Dette er grunnen til at retningslinjene behandler vilkåret før forbrukervilkåret. Hjelmeng og Sørgard (2014) s. 406

²³⁶ Abdelkhalek (2021) s. 24 og henvisninger i note 213

²³⁷ OJ [1990] L 152

²³⁸ OJ [1982] L 167

Consumer Detergents viser hvordan foretak kan strekke miljø initiativ for å dekke konkurransebegrensende atferd. Saken gjaldt gjennomføringen av et miljøinitiativ for en mer bærekraftig forbruk av vaskemidler for flere store vaskemiddelprodusenter. I forbindelse med samarbeidet gikk imidlertid noen av aktørene sammen om en koordinasjon av priser og markedsatferd for å stabilisere markedet.²³⁹ Den typen atferd var imidlertid ikke nødvendig for å forbedre vaskemidlers miljøpåvirkning slik det opprinnelige samarbeidet forsøkte å oppnå.²⁴⁰ Proporsjonalitetskravet er derfor viktig for å luke ut visse samarbeid.

I andre tilfeller er miljøgevinstene reelle, men samarbeidet anses ikke proporsjonalt fordi mindre restriktive alternativer ville ha oppnådd det samme.²⁴¹ VOTOB gjaldt seks foretak som innførte en prisøkning gjennom en fast miljøavgift.²⁴² Miljøavgiften ble lagt til totalsummen, og dermed ble konkurranse på det konkrete priselementet utelukket. De deltagende foretakene mistet dermed et viktig insentiv til å gjøre investeringer så billig og effektivt som mulig.²⁴³ Samtidig mistet kundene forhandlingsrom på den faste avgiften.²⁴⁴ Kommisjonen kom derfor til at en løsning der totalsummen inkluderte en miljøavgift ville vært en mindre restriktiv løsning.²⁴⁵ I ZVEI/Arge ble imidlertid et separat avhendingsgebyr ansett proporsjonalt. Beløpet var skilt ut på fakturaen, men ikke i form av en fast avgift.²⁴⁶ Vilkåret åpner derfor for en vurdering av mindre restriktive måter å oppnå bærekraft på. En fast avgift eller en avgift som overlater miljøavgifter til forbrukerne vil i prinsippet være mindre proporsjonale.²⁴⁷

Der EU-retten tradisjonelt synes å anlegge et prinsipp om at «forurenseren betaler», åpner Kommisjonen for at deler av dette ansvaret kan overføres til forbrukerne.²⁴⁸ Vilkåret vil gi foretakene insentiv til å tenke mer kreativt. Et eksempel er forsøket på å oppnå bærekraftige priser til leverandører av landbruksprodukter. I stedet for at kjøperne betaler en minimumspris til leverandørene, kan man heller opprette et fond for å hjelpe leverandørene på ulike andre

²³⁹ COMP/39579 [2011] avsnitt 20-26

²⁴⁰ Ibid avsnitt 52-54

²⁴¹ Deriblant VOTOB, ZVEI/Arge og DSD

²⁴² XXIIInd report on competition policy 1992 s. 106 flg, avsnitt 177 flg.

²⁴³ Ibid avsnitt 181-182

²⁴⁴ Ibid avsnitt 183-185

²⁴⁵ Avgjørelsen er kritisert for å være for streng da miljøavgiften kun utgjorde en mindre del av foretakenes samlede kostnader, se Kingston (2012) s. 284 med videre henvisninger

²⁴⁶ ZVEI/Arge Bat, OJ [1998] C 172

²⁴⁷ I samme retning Kingston (2012) s. 285

²⁴⁸ Se for eksempel Kommisjonens XXVth Report on Competition Policy 1995 avsnitt 83 til 85, VOTOB XXIIInd report on competition policy 1992 avsnitt 185

måter. På denne måten står en fremdeles fritt til å avtale individuelle innkjøpspriser.²⁴⁹ Desto større forhandlingsrom og mindre rigide avgifter, jo mindre restriktivt vil samarbeidet fremstå.

Andre eksempler er Chicken of Tomorrow og CECED. Der Kommisjonen uttalte at informasjonskampanjer var «plainly less effective than a standard», kom nederlandske konkurransemyndigheter til at det å informere og opplære kundene gjennom merking av bærekraftig kylling var et mindre restriktivt tiltak. Fullstendig utfasing av kyllingkjøtt var derfor ikke nødvendig.²⁵⁰

Dersom foretak inngår konkurransebegrensende samarbeid som ikke oppfyller vilkåret vil et alternativ være at myndighetene ivaretar bærekraftsyn gjennom regulering.²⁵¹

Effektivitetsforsvaret er likevel ikke utelukket bare fordi myndighetene kunne regulert problemet mer effektivt enn foretakene.²⁵²

3.4 Fjerde vilkår: Konkurransesomfang

Det fjerde vilkåret oppstiller en sikkerhetsventil der samarbeidet ikke kan ha et slikt omfang at det ikke blir igjen noen konkurranse på det aktuelle markedet, både mellom foretakene og markedet i sin helhet.²⁵³ I forlengelsen av tredje vilkår vil et proporsjonalt samarbeid ikke være fritatt dersom det eliminerer, eller nesten eliminerer, konkurransen i det relevante markedet.²⁵⁴

En må altså ta stilling til i hvilken utstrekning konkurransen vil reduseres som et resultat av samarbeidet.²⁵⁵ Hvorvidt samarbeidet eliminerer konkurranse rundt pris, produkt- eller prosessdifferensiering eller konkurranse om innovasjon og utvikling av nye produkter vil særlig ha betydning.²⁵⁶ Også etableringsmuligheter i det relevante markedet vil kunne ha betydning i tillegg til foretakenes posisjon på markedet, produktets karakter, potensiell

²⁴⁹ Eksempel fra Holmes (2020) s. 381

²⁵⁰ CECED OJ [1999] L 187 avsnitt 62; ACM sak 13.0195.66 Chicken of Tomorrow s. 7 punkt 3

²⁵¹ Se 4.3 om ulike måter å regulere bærekraft i samarbeid på

²⁵² Hjelmeng og Sjørgard (2014) s. 406-407

²⁵³ TEUV art. 101(3) bokstav b, Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 105 flg.

²⁵⁴ Nær sammenheng med TEUV art. 102. Oppgaven avgrenses mot en nærmere redegjørelse av bestemmelsen og et slikt forhold; Se Townley (2009) s. 278 flg for tolkninger av begrepet «competition»

²⁵⁵ Art. 101(3) Retningslinjer (2004) avsnitt 107 i tråd med Horisontale retningslinjer (2001) avsnitt 197

²⁵⁶ Ibid avsnitt 110

konkurransen og antall konkurrenter og deres styrke.²⁵⁷ Sett i lys av disse faktorene er det vanskelig å se tilfeller der bærekraftavtaler eliminerer konkurransen i sin helhet.²⁵⁸

Spørsmålet er ikke kommet på spissen i EU-domstolen.²⁵⁹ I CECED utgjorde imidlertid partene 95% av markedet uten at dette hadde betydning.²⁶⁰

Samtidig er konkurranse rundt innovasjon, utvikling av nye produkter og markedsinngang svært viktig for en bærekraftig utvikling. Dersom innovasjonen rundt nye produkter kveles, vil en på lang sikt risikere å skade miljøet ved å bremse eller stanse utviklingen av renere teknologi.²⁶¹

²⁵⁷ «Eurovision» forente saker T-185/00 mfl. avsnitt 68, Horisontale retningslinjer (2001) avsnitt 197, Whish og Bailey (2021) s. 171

²⁵⁸ Holmes (2020) s. 382, Vedder (2002) s. 127, Kingston (2012) s. 288, se imidlertid s. 289-292

²⁵⁹ Hjelmeng og Sørgard (2014) s. 403

²⁶⁰ OJ [1999] L 187 avsnitt 64-67

²⁶¹ Kingston (2012) s. 288

4 Avsluttende betraktninger

4.1 Hvilket rom eksisterer for bærekraftavtaler i lys av analysen av art. 101(3)?

Gjennomgangen har vist at det er flere muligheter til å hensynta bærekraft innenfor konkurranseretten. Konkurransen mellom foretak og utvikling på bakgrunn av forbrukerretterspørsel kan bidra til en bærekraftig utvikling. Slik konkurranse er imidlertid avhengig av at kundene faktisk er villig til å betale mer for et mer miljøvennlig produkt. Når dette ikke skjer, mister bedriftene incentivet til å omstille seg og utvikle grønnere produkter. En slik markedssvikt kan løses gjennom bærekraftsamarbeid. Kapittel to har vist at noen typer samarbeid er mulig uten å være i strid med art. 101 første ledd.

Når det kommer til konkurransebegrensende samarbeid er rettstilstanden uklar både etter rettspraksis knyttet til første ledd, og et samlet rettskildebilde knyttet til unntaksregelen i tredje ledd. Nettopp på grunn av vag rettspraksis og en skjønsmessig vurdering etter første ledd, mener jeg rettskildene med tyngde tilsier at konkurransebegrensende samarbeid må vurderes etter vilkårene i tredje ledd.

Analysen har vist at det etter Rådsforordning 1/2003 er uklart i hvilken grad bærekraft er en relevant gevinst. Spørsmålet er om Rådsforordning 1/2003 og retningslinjene har medført en endring til mer effektivitetsbasert og økonomisk tilnærming, eller om man i tråd med tidligere praksis og en kontekstuell ordlydstolkning har rom til å vektlegge ikke-økonomiske bærekraftgevinster.

På den ene siden tilsier tidligere praksis, øvrige traktatbestemmelser og litteratur at bærekraftgevinster er relevante. Dersom en i tillegg anser konkurranse som et middel mot et større mål vil en tolkning i lys av øvrige traktatbestemmelser veie tungt. Utviklingen og nåværende politiske mål tilsier dessuten en dynamisk tolkning av ordlyden. Praksis åpner i stor grad for at bærekraftensyn kan ha betydning, selv om det er uklart i hvilken grad og hvorvidt de må kvantifiseres.

På den andre siden tilsier ordlyden isolert sett, samfunnsøkonomiske betraktninger og Kommisjonens retningslinjer en innskrenkende forståelse der bærekraft kun ivaretas gjennom

økonomiske effektivitetsgevinster innenfor en innskrenket forståelse av ordlyden.²⁶² En slik tolkning vil ivareta forutberegnelighet, rettsikkerhet og sikre en enhetlig anvendelse. Slik anvendelse vil dessuten ikke være problematisk for nasjonale håndhevere og domstoler. Samtidig skaper det et ekstremt snevert rom for bærekraft.

Kommisjonens tolkning etter 2004 er derfor kritisert i litteraturen, særlig fordi den avviker tidligere praksis fra både Kommisjonen og domstolene.²⁶³ Det vektlegges dessuten at det ikke er i tråd med traktatene. I mine øyne avdempes slik kritikk i liten grad ved at retningslinjene åpner for at traktatsmål kan ivaretas gjennom en snever tolking av ordlyden. Til tross for at retningslinjene i utgangspunktet er soft law og av lav rettskildemessig vekt, mener jeg de har betydning for dagens rettstilstand. Dersom foretak er usikre på om grenseoverskridende samarbeid er i strid med Kommisjonens retningslinjer er dette et argument for å unngå samarbeidet. Utviklingen og håndhevingen av EUs konkurranserett er Kommisjonens anliggende, og retningslinjene fungerer som forbilde for nasjonale retningslinjer og foretak.²⁶⁴ Der nasjonale håndhevere kan konkludere med at det ikke er grunnlag for videre forfølgelse, kan Kommisjonen vedta beslutninger om hvorvidt et samarbeid er i tråd med art. 101.²⁶⁵ EU-domstolen har bekreftet en slik forståelse av Rådsforordningen.²⁶⁶ Kommisjonen kan derfor komme til en annen avgjørelse som vil være bindende.²⁶⁷

Samtidig viser Kommisjonens bærekraftdiskusjon fra 2020 at det er politisk vilje til utvikling. At bærekraft i større grad kan vektlegges i fremtiden er derfor ikke tvilsomt. Enn så lenge mener jeg likevel dette ikke er uttrykk for gjeldende rettstilstand der Kommisjonens innskrenkende tolkning i stor grad gjør seg gjeldende. En slik rettstilstand etterlater et snevert rom for bærekraftavtaler.

²⁶² I same retning Whish og Bailey (2021) s. 165

²⁶³ Townley (2009) s. 178-181, Van Rompuy (2012) s. 255-256, Kingston (2012) kap. 8, Kingston (2019), Holmes (2020)

²⁶⁴ Brook (2019) s. 138, Horspool mfl. (2021) s. 57 flg., Whish og Bailey (2018) s. 54

²⁶⁵ Rådsforordning 1/2003 art. 5 og 10

²⁶⁶ Tele2 Polska [GC] C-275/09 avsnitt 21-30

²⁶⁷ Ibid avsnitt 27-28

4.2 Bør det være et større rom for «konkurransbegrensende» bærekraftsamarbeid?

Konkurransopolitikk er viktig for økonomisk aktivitet og hvordan denne innrettes. Slik rettstilstanden er nå må unntaksbestemmelsen i stor grad komplementeres gjennom annen regulering eller gjennom politiske prioriteringer. Regulering kan for eksempel innføre skatter eller avgifter på utslipp. Konkurransemyndighetene kan dessuten prioritere næringer som er ekstra viktig for bærekraftig utvikling, som transportsektorene eller sektorer med store utslipp.²⁶⁸ Videre kan de gjøre bærekraft til et prioriteringskriterium.²⁶⁹ Dersom man står mellom to saker som ellers er like, kan man velge å behandle saken som vil ha en positiv effekt på bærekraftig utvikling først.²⁷⁰ Økonomiske effektivitetsgevinster kan dessuten medføre bærekraftige følger som renere teknologi og grønn produktutvikling.

Gjennomgangen har vist at aktiv håndheving fungerer effektivt på miljøskadelige samarbeid. Det er også vanskelig å finne eksempler på at ting stanses fordi konkurransereglene oppleves som et hinder. I mine øyne kan dette forklares ved at foretakene etter en egenvurdering ikke er villig til å ta risikoen for lovbrudd ved å realisere samarbeidsprosjektet. At konkurransemyndigheter kan la være å forfølge en sak er i en slik sammenheng ikke tilstrekkelig betryggende. Samtidig er dette et viktig poeng for den videre debatten. Ut fra et konkurranserettslig perspektiv vil det være ønskelig å identifisere foretakenes (økonomiske) insentiver til grønne initiativ for å klargjøre om konkurranse eller samarbeid er mest hensiktsmessig.²⁷¹

EUs Green Deal og konkurranserettens etterfølgende debatt viser at det er politisk vilje til endring. Bærekraftpolicy er imidlertid bare effektiv dersom markedet følger det.²⁷² På grunn av global oppvarming og utslipp av klimagasser blir det grønne skiftet viktigere og viktigere. Endring og utvikling er avhengig av at private aktører bidrar. Samarbeid mellom konkurrenter utjevner konkurransevilkårene slik at en unngår en «first-mover-disadvantage» eller utfordringer med skjevheter i forbrukeratferden. Slike markedssvikter kan hindre et velfungerende marked. Man kan dessuten oppnå kostnader som reflekterer de sanne

²⁶⁸ I samme retning OECD (2021) s. 45

²⁶⁹ Inspirert av Konkurransesepodden 24.juni 2022 sml Konkurransetilsynets nettsider: <https://konkurransetilsynet.no/berekraft-og-konkurranse/korleis-kan-konkurranse-fremje-berekraft/> (lest 09.12.2022), tilsvarende betraktninger OECD (2021) s. 44

²⁷⁰ Ibid

²⁷¹ Volpin (2022) s. 471

²⁷² Kommisjonens policy brief (2021) s. 1

produksjonskostnadene sett i lys av bærekraft. Jo mer kostnadene internaliseres, desto større insentiv får foretakene til å senke kostnadene. Holmes tar derfor til ordet for at dette kan ses som konkurransefremmende, ikke bare konkurransebegrensende.²⁷³ Samtidig kan det argumenteres for at reduserte utslipp ikke er et tilstrekkelig effektivitetsforsvar for konkurransebegrensende handlinger. I så fall bør slik markedssvikt i større grad korrigeres gjennom regulering.²⁷⁴

Jeg mener en innskrenkende tolkning ivaretar bærekraft i for liten grad, og setter unødige strenge grenser for foretak som ønsker å bidra til en bærekraftig utvikling. Tredje ledd er ment å balansere gevinster mot ulemper ved konkurransebegrensningen. Dersom bærekraft ikke anses som en relevant gevinst mister man muligheten til å vurdere slike virkninger av samarbeidet. Dette er i strid med tidligere praksis. Når begge tolkninger kan argumenteres for å være i tråd med traktatene mener jeg dessuten man bør velge den som er i favør av en bærekraftig utvikling.²⁷⁵ Selv om analyser av bærekraftgevinster kan være utfordrende viser både tidligere retningslinjer, praksis og økonomisk teori at det er mulig. De nederlandske retningslinjene viser også at en slik vurdering kan være mulig uten en kvantifisering, gjennomtrykke havner der en kvalitativ vurdering kan være tilstrekkelig. Gitt viktigheten av bærekraftsamarbeid og bidrag til en bærekraftig utvikling bør en strekke seg langt for å få til dette.

Praksis viser også at hensynet til enhetlig anvendelse ikke blir ivaretatt. Ulike medlemsland har laget egne retningslinjer, og nasjonal praksis følger dessuten Kommisjonen i varierende grad.²⁷⁶ At praksis er inkonsistent svekker både rettssikkerheten og markedintegrasjon innad i EU. Formålet med en innskrenket tolkning i retningslinjene har dermed ikke ført frem. I mine øyne er det først og fremst denne usikre rettstilstanden og retningslinjenes snevre tolkning som skaper et konkurranserettslig hinder for grønne samarbeid. Samtidig undergraver fragmentert praksis formålet med de nåværende retningslinjene, og åpner dermed for en endring i tråd med tidligere praksis. Løsninger skissert i punkt 4.4 kan dessuten bøte på at nasjonale håndhevere eventuelt er ukomfortabel med slike vurderinger.

²⁷³ Holmes (2020) s. 367

²⁷⁴ Hjelmeng og Sjørgård (2014) s. 406-407

²⁷⁵ I samme retning Holmes (2020) s. 359

²⁷⁶ Brook (2019) bl.a. s. 153, Gassler (2021) s. 441

Oppgaven har dermed vist muligheter innenfor gjeldende regelverk som ikke utnyttes i dag. Rammeverket i tredje ledd fremstår fleksibelt, og den løpende debatten viser vilje til endring. Samtidig har gjennomgangen belyst utfordringer og grenser som jeg mener er riktig å ivareta for å bevare konkurranserettens grunnleggende formål. I lys av det andre vilkårets formulering mener jeg det er vanskelig å se på samfunnet i sin helhet. Samtidig mener jeg ordlyden «a fair share» åpner for at det er tilstrekkelig at de konkrete brukerne på det konkrete, eller tilgrensende markedet, kun får en andel av samfunnsmessige gevinster. Unntaket for bærekraftsamarbeid kan derfor strekkes i større grad enn retningslinjene tilsier for å gi tilstrekkelig rom for bærekraftsamarbeid. Samtidig kan de bare strekkes til en viss grad dersom konkurranse skal ivaretas på en gunstig måte. I mine øyne må effektivitetsforsvaret først og fremst komplementere regulering for å gjøre det enklere for foretak å bidra til en bærekraftig utvikling.

4.3 Aktuelle muligheter for å sikre et større rom for bærekraftavtaler

4.3.1 Etter tredje ledd

I lys av rettskildene fremstår en utvikling innenfor tredje ledd som en naturlig løsning. Som gjennomgangen har vist mener jeg det i lys av tidligere praksis og traktatene er rom for en utvidende tolkning av ordlyden som inkluderer bærekraftgevinster. Et større rom for bærekraftsamarbeid er derfor mulig uten store endringer. Fordi foretakene først og fremst gjør en egen vurdering mener jeg det viktigste bidraget vil være en klargjøring av hvilke bærekraftsamarbeid som faller innenfor eller utenfor vilkårene i art. 101 tredje ledd. I tillegg til å bidra til en enhetlig og sammenhengende håndheving vil klargjøring bidra til rettssikkerhet og forutberegnelighet innenfor det rammeverket som eksisterer.²⁷⁷

Dette kan gjøres på flere måter. Først og fremst vil en oppdatering av Kommisjonens retningslinjer være ønskelig. Kommisjonens utkast til nye retningslinjer tar stilling til flere av de nevnte utfordringene.²⁷⁸ For det første anerkjenner de at miljøgevinster vil være relevant i tredje ledd. Samtidig opprettholder de tolkningen av forbrukere og markedets relevans. De utvikler derfor ikke rommet for samfunnet i sin helhet, slik tidligere praksis åpnet for.

²⁷⁷ I samme retning Volpin (2022) s. 471

²⁷⁸ Utkast til horisontale retningslinjer (2022)

Nederlandske retningslinjer tar imidlertid hensyn til samfunnet i sin helhet når det kommer til miljøskadelige samarbeid.²⁷⁹ Nederlandske konkurransemyndigheter utpensler også to tilfeller der kvantifisering av gevinstene ikke vil være nødvendig.²⁸⁰

Frem til nye retningslinjer eventuelt blir vedtatt er den pågående debatten og dialogen svært positiv. Selv om kommunikasjon fra Kommisjonen ikke er bindende, er det et verdifullt bidrag til utvikling. Kommisjonen og nasjonale håndhevere har også åpnet for en open-door-policy for foretak som vurderer bærekraftsamarbeid.²⁸¹ Hellas har dessuten utviklet en «Sustainability Sandbox» der forretningsforslag som kan bidra positivt til allmennhetens interesse kan implementeres i markedet under overvåkning av konkurransemyndighetene.²⁸² Veiledning i enkeltsaker fjerner mye av risikoen i nåværende rettstilstand. Samtidig vil åpenhet av slike vurderinger være viktig både for avklaring, men også for en enhetlig anvendelse. Gassler har blant annet foreslått en «sustainability database» for åpenhet og deling av avgjørelser innad i EU.²⁸³ Erfaringer fra COVID19 har også tydeliggjort at konkurransemyndigheter har et skjønnsrom i hvilke saker de ønsker å forfølge.²⁸⁴

Etter Rådsforordning 1/2003 har Kommisjonen mulighet til å treffe beslutninger for samarbeid som ikke bryter med art. 101(1) eller oppfyller vilkårene i art. 101(3). En slik mulighet har ikke nasjonale håndhevere. Antall saker som går til domstolene er også få etter rådsforordning 1/2003. Rettspraksis vil kunne gi både ytterligere klargjøring, men også ivareta rettssikkerheten og legitimitet.²⁸⁵ Første og andre vilkår skilles av avklaring i rettspraksis etter Rådsforordning 1/2003. Dette gjør rettstilstanden knyttet til forbrukere langt tydeligere enn for bærekraftgevinster.

En annen måte å regulere ønskede bærekraftsamarbeid på kan være gruppefritak.²⁸⁶ Gruppefritak er ment å fange opp samarbeid som typisk ville oppfylt vilkårene i tredje ledd, men forenkler både egenvurderingen og håndheving gjennom mindre skjønnsmessige vilkår. Gruppefritak er derfor en måte å unngå at nasjonale håndhevere er ukomfortable eller lite villige til å omfavne en utvidet tolkning.²⁸⁷ Dette vil også kunne gi en mer ensartet og

²⁷⁹ ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 52

²⁸⁰ ACM Retningslinjer (2021) avsnitt 53 flg.

²⁸¹ Kommisjonsnotat (2022)

²⁸² HCC (2021)

²⁸³ Gassler (2021) s. 441

²⁸⁴ OECD (2021) s. 44

²⁸⁵ Tilsvarende Townley (2009) s. 257

²⁸⁶ Gassler (2021) s. 440-441, Brook (2022), Holmes (2020) s. 404

²⁸⁷ Gassler (2021) s. 440-441

sammenhengende anvendelse som vil sikre rettssikkerheten i EU. Gruppefritak vil dessuten binde både Kommisjonen og nasjonale håndhevere.²⁸⁸ Sammenliknet med en vurdering etter tredje ledd kan dette være mindre ressurskrevende. Samtidig gir det økt forutberegnelighet og forutsigbarhet for foretakene. En slik løsning er skissert i Østerriksk nasjonalrett der det innføres en presumsjon for at vilkåret om «fair share for consumer» er oppfylt ved bærekraftgevinster.²⁸⁹

4.3.2 Utenfor tredje ledd

Utenfor effektivitetsforsvaret kan en falle tilbake på regulering, prioriteringer og skjønnsmessige vurderinger som skissert over. Uavhengig av hvilken rolle konkurranseretten spiller i bærekraftsammenheng er det bred enighet om at regulering har en primærrolle når det kommer til klimaendringer.²⁹⁰ Konkurransemyndighetenes prioriteringer og særlig valg av saker i næringer som transport er også uavhengig av tredjeleddvurderingen.

Som nevnt i punkt 2.1.1 kan regulering også føre til at atferden faller utenfor første ledd i sin helhet fordi det ikke anses som økonomisk aktivitet slik «undertaking»-vilkåret krever.²⁹¹ DSD-avgjørelsen kan gi bidrag i denne retning.²⁹² Statlige pålegg kan dessuten påberopes som fritaksgrunn under det såkalte «State Compulsion»-forsvaret. Dersom bærekraftmål og grønn utvikling i hovedsak skal reguleres vil dette være et aktuelt alternativ.

I mine øyne er det vilkåret om forbrukere som skaper den største utfordringen etter tredje ledd. For å unngå et slikt vilkår vil også løsningene skissert i 2.2.2 kunne være et hensiktsmessig alternativ. I så fall er en løsning som inneholder en proporsjonalitetsvurdering klart å foretrekke, slik Kommisjonens avgjørelse i Consumer Detergents har illustrert.²⁹³ I likhet med en eventuell tredjeleddløsning må en løsning etter første ledd klargjøres. For å ivareta rettssikkerhet og forutberegnelighet er det på dette punktet svært ønskelig med en tydelig praksis fra riktig instans.

Uavhengig av løsning mener jeg tydelighet og klargjøring per nå vil være konkurranserettenes største bidrag for bærekraftavtaler. Det blir derfor svært spennende å følge den videre

²⁸⁸ Ibid s. 442

²⁸⁹ AFCA (2022), se ellers Robertson (2022) og Zelger (2022)

²⁹⁰ Volpin (2022) s. 470

²⁹¹ Gassler (2021) s. 433

²⁹² DSD OJ [2001] L 166, OJ [2001] L 319

²⁹³ Consumer Detergents COMP/39579 2011

debatten, vedtakelsen av nye horisontale retningslinjer og eventuelle eksempler på lovlige bærekraftsamarbeid.

Litteraturliste

Norske lover

EØS-loven Lov 27. november 1992 nr. 104 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Konkurranseloven – krrl. Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

Norske forarbeider

NOU 2003:12 Ny konkurranselov

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Norske Rettsavgjørelser

Rt. 2011 s. 910 (A)

Rt. 2012 s. 1556 (A)

HR-2017-1229-A

Traktater

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, signert Oporto, 2. mai 1992, ikrafttredelse 1. januar 1994

ODA Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and a court of justice, with protocols 1 – 7, Signert 2. Mai 1992, ikrafttredelse 1. Januar 1994

Rio-erklæringen Forente Nasjoner (FN), Report of the United Nations conference on environment and development, Rio Declaration

	on environment and development, Rio de Janeiro, 3-14. juni 1992
UNFCCC	Forente nasjoner (FN), United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), Rio de Janeiro 4-14. juni 1992
TEU	Treaty on European Union – TEU, signert 13. desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009 (Traktaten om Den europeiske union – TEU)
TEUV	Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU, signert 13. desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009 (Traktaten om Den europeiske unions virkemåte – TEUV)
Forordninger og direktiver	
Rådsforordning 1/2003	Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Rådsforordning 1/2003), ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj
Konsolidert rådsforordning 1/1958	Council Regulation (EEC) No 1/1958 of 15 April 1958, Consolidated version 1 July 2013 determining the languages to be used by the European Economic Community (Konsolidert Rådsforordning 1/1958) ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/1958/1(1)/oj
Vertical Block Exemption	Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices («the Vertical Block Exemption»), 10.mai 2022, OJ L 134, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2022/720/oj

Block Exemption for Research and Development Agreements	Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements («the Block Exemption for Research and Development Agreements»), 14. desember 2010, OJ L 335, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2010/1217/oj
Block Exemption for Specialisation Agreements	Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements (“the Block Exemption for Specialisation Agreements”), 14. desember 2010, OJ L 335, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2010/1218/oj
Avgjørelser fra EU-domstolen	
Société Technique	Dom av 30. juni 1966, <i>Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)</i> , sak 56-65, ECLI:EU:C:1966:38
Consten og Grundig	Dom av 13. juli 1966 <i>Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community</i> , Forente saker 56 og 58-64, ECLI:EU:C:1966:41
Völk	Dom av 9. juli 1969, <i>Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke</i> , sak 5-69, ECLI:EU:C:1969:35
ICI	Dom av 14. juli 1972, <i>ICI Ltd. V Commission of the European Communities</i> , sak 48-69, ECLI:EU:C:1972:70

Metro I	Dom av 25.oktober 1977, <i>Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities</i> , sak 26-76, ECLI:EU:C:1977:167
Nungesser	Dom av 8.juni 1982, <i>L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission of the European Communities</i> , sak 258/78, ECLI:EU:C:1982:211
Remia	Dom av 11.juli 1985, <i>Remia BV and others v Commission of the European Communities</i> , sak 42/84, ECLI:EU:C:1985:327
Metro II	Dom av 22.oktober 1986, <i>Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities</i> , sak 75/84, ECLI:EU:C:1986:399
Höfner and Elser	Dom av 23.april 1991, [C5], <i>Höfner and Elser v Macrotron GmbH</i> , C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161
Diego	Dom av 18.mars 1997 [GC], <i>Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)</i> , C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160
Ladbroke Racing	Dom av 11.november 1997 [GC] <i>Commission of the European Communities and French Republic v Ladbroke Racing Ltd.</i> , forente saker C-359/95 P og C-379/95 P, ECLI:EU:C:1997:531
Italian Republic	Dom av 18.juni 1998 [C5] <i>Commission of the European Communities v Italian Republic</i> , C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303

Anic	Dom av 8.juli 1999 [C5] <i>Commission of the European Communities v Anic Partecipazioni SpA</i> , C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356
Albany	Dom av 21.september 1999 [GC] <i>Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie</i> , C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430
Pavlov mfl.	Dom av 12.september 2000 [C9], <i>Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten</i> , forente saker C-180/98 til C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428
Ambulanz Glöckner	Dom av 25.oktober 2001 [C5] <i>Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz</i> , C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577
Wouters	Dom av 19.februar 2002 [GC] <i>J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten</i> , C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98
Meca-Medina	Dom av 18.juli 2006 [C5] <i>David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission of the European Communities</i> , C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492
Asnef-Equifax	Avgjørelse av 23.november 2006 [C5], <i>Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)</i> , C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734
Pedro IV	Dom av 2.april 2009 [C5] <i>Pedro IV Servicios SL v Total España SA</i> , C-260/07 EU:C:2009:215

GlaxoSmithKline	Dom av 6.oktober 2009, [C5], <i>GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission of the European Communities</i> , Forente saker C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610
Tele2 Polska	Dom av 3.mai 2011 [GC] <i>Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA</i> , sak C-375/09, ECLI:EU:C:2011:270
Expedia	Dom av 13.desember 2012, [C5] <i>Expedia Inc v Autorité de la concurrence and Others</i> , sak C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795
Slovenská sporiteľňa	Dom av 7.februar 2013 [C3] <i>Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporiteľňa a.s.</i> , C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71
Allianz Hungária	Dom av 14.mars 2013 [C5] <i>Allianz Hungária Biztosító Zrt</i> , C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160
Mastercard	Dom av 11.september 2014, [C5], <i>Mastercard Inc. v Commission</i> , C-382/12 P, EU:C:2014:2201
FNV Kunsten	Dom av 4.desember 2014 [C5], <i>FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden</i> , C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411
Generics	Dom av 30. Januar 2020, [C5], <i>Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority</i> , C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52
AFMB	Dom av 16.juli 2020, [GC], <i>AFMB e.a. Ltd v Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank</i> , C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565

NH	Dom av 23.april 2020, [GC], <i>NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI</i> , C.507/18, ECLI:EU:C:2020:289
Underretten	
Matra Hachette	Dom av 15.juli 1994, <i>Matra Hachette SA v Commission</i> , sak T-17/93, ECLI:EU:T:1994:89
Metropole télévision	Dom av 11.juli 1996, <i>Metropole télévision SA mfl. v Commission</i> , Forente saker T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, ECLI:EU:T:1996:99
Compagnie générale maritime	Dom av 28.februar 2002, <i>Compagnie générale maritime and Others v Commission</i> , sak T-86/95, ECLI:EU:T:2002:50
Shaw	Dom av 21.mars 2002, <i>Michael Hamilton Shaw and Timothy John Falla v Commission</i> , sak T-131/99, ECLI:EU:T:2002:83
Eurovision	Dom av 8.oktober 2002, <i>Métropole Télévision SA (M6) (T-185/00), Antena 3 de Televisión, SA (T-216/00), Gestevisión Telecinco, SA (T-299/00) and SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA (T-300/00) v Commission</i> , Forente saker T-185/00, T-216/00, T-299/00 og T-300/00, ECLI:EU:T:2002:242
British Airways	Dom av 17.desember 2003, <i>British Airways plc v Commission</i> , sak T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343
DSD	Dom av 24.mai 2007, <i>Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH v Commission</i> , sak T-289/01, ECLI:EU:T:2007:155

Avgjørelser fra EU-kommisjonen

Avgjørelse av 17.desember 1981, sak IV/29.995 *Navewa-Anseau*, OJ L 167,

<http://data.europa.eu/eli/dec/1982/371/oj> (lest 09.12.2022)

Avgjørelse av 8.desember 1983, sak IV/29.955 *Carbon Gas Technologie*, OJ L 376,

<http://data.europa.eu/eli/dec/1983/669/oj> (lest 08.12.2022)

Avgjørelse av 11.oktober 1988, sak IV/32.368 *BBC Brown Boveri*, OJ L 301,

<http://data.europa.eu/eli/dec/1988/541/oj> (lest 08.12.2022)

Avgjørelse av 19.desember 1990, sak IV/33.016 *Ansac*, OJ L 152,

<http://data.europa.eu/eli/dec/1991/301/oj> (lest 09.12.2022)

Avgjørelse av 14.januar 1992, sak IV/33.100 *Assurpol*, OJ L 37,

<http://data.europa.eu/eli/dec/1992/96/oj> (lest 08.12.2022)

Avgjørelse av 23.desember 1992, sak IV/33.814 *Ford Volkswagen*, OJ L 20,

<http://data.europa.eu/eli/dec/1993/49/oj> (lest 09.12.2022)

Avgjørelse av 29.april 1994, sak IV/34.456 *Stichting Baksteen*, OJ L 131,

<http://data.europa.eu/eli/dec/1994/296/oj> (lest 09.12.2022)

Avgjørelse av 18.mai 1994, sak IV/33.640 *Exxon/Shell*, OJ L 144,

<http://data.europa.eu/eli/dec/1994/322/oj> (lest 08.12.2022)

Avgjørelse av 12.desember 1994, sak IV/34.252 *Philips/Osram*, OJ L 378,

<http://data.europa.eu/eli/dec/1994/986/oj> (lest 09.12.2022)

Avgjørelse av 10.mars 1998, sak IP/98/228, *KAMA*, XXVIII Report on Competition Policy (1998)

s. 181, https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1998/en.pdf (lest 08.12.2022)

Avgjørelse av 24.mars 1998, sak IV/F1/36.172 *ZVEI/Arge Bat*, OJ C 172, [https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3AC1998%2F172%2F06)

lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3AC1998%2F172%2F06 (lest 09.12.2022)

Avgjørelse av 15.oktober 1998, sak IP/98/896, *JAMA*, XXVIII Report on Competition Policy (1998) s. 181, https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1998/en.pdf (lest 08.12.2022)

Avgjørelse av 24.januar 1999, sak IV.F.1/36.718, *CECED*, OJ L 187, <http://data.europa.eu/eli/dec/2000/475/oj> (lest 08.12.2022)

Avgjørelse av 20.april 2001, sak COMP D3/34493 *DSD*, OJ L 166, <http://data.europa.eu/eli/dec/2001/463/oj> (lest 08.12.2022)

Avgjørelse av 17.september 2001, Forente saker COMP/34493 *DSD* mfl., OJ L 319, <http://data.europa.eu/eli/dec/2001/837/oj> (lest 08.12.2022)

Avgjørelse av 23.juli 2003, sak COMP/C.2-37.398 *UEFA Champions League*, OJ L 291, <http://data.europa.eu/eli/dec/2003/778/oj> (lest 09.12.2022)

Avgjørelse av 13.april 2011, *Consumer Detergents*, COMP/39579 https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39579/39579_2633_5.pdf (lest 06.12.2022)

Avgjørelse av 23.mai 2013, *StarAlliance*, sak COMP/AT.39595, C(2013) 2836 final, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39595/39595_3012_4.pdf (lest 09.12.2022)

EACEM, XXVIII Report on Competition Policy (1999) s. 152 flg.

VOTOB, Kommisjonens XXIIInd report on competition policy (1993) s. 106 flg.

Utenlandsk praksis

Avgjørelse 17-D-20 om slitesterke gulvbelegg, Franske Konkurransemyndigheter (2017), Publisert 19.oktober 2017, <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/communiqués-de-presse/19-october-2017-cartel-floor-coverings-sector>

Saksnummer 13.0195.66 *Chicken of Tomorrow*, Nederlandske Authority for Consumers and Markets (ACM) Referanse ACM/DM/2014/206028, Publisert 26. januar 2015,

https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf (lest 29.11.2022)

Retningslinjer

- Art. 101(3) Retningslinjer (2004) European Commission, *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, OJ C 101, publisert 27.04.2004
- Horisontale retningslinjer (2001) European Commission, *Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements*, OJ C 003, publisert 06.01.2001
- Horisontale retningslinjer (2011) European Commission, *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, OJ C 11, publisert 12.01.2011
- Vertikale retningslinjer (2010) European Commission, *Guidelines on Vertical Restraints*, OJ C 130, publisert 19.05.2010

Annen kommunikasjon fra EU-kommisjonen

European Commission, *Commitment by European Car Manufacturers to reduce CO2 emissions from passenger cars complies with EU Competition rules*, Pressemelding 6.oktober 1998, IP/98/865, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_98_865 (lest 08.12.2022)

European Commission, *XXIInd Report on Competition Policy 1992*, Brussel, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1993, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d406e5bd-53a6-4642-b7f9-00c2abb4d01b> (lest 09.12.2022)

European Commission, *XXVth Report on Competition Policy 1995*, Brussel, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1996, https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1995/en.pdf (lest 09.12.2022)

European Commission, *White Paper on Modernisation of the rules implementing articles 85 and 86 of the EC Treaty*, Commission Programme No 99/027, Brussel 12.05.1999, OJ C 132, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A51999DC0101&qid=1670628009790> (lest 09.12.2022)

European Commission, *XXIXth Report on Competition Policy 1999*, Brussel, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000, https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1999/en.pdf (lest 08.12.2022)

European Commission, *XXVIII Report on Competition Policy (1998)*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 1999, https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1998/en.pdf (lest 08.12.2022)

European Commission, *Competition: Commission adopts revised competition rules on horizontal co-operation agreements*, MEMO/10/676, Brussels 14. desember 2010, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_10_676 (lest 09.12.2022)

European Commission, Communication from the Commission, *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union* (De Minimis Notice), OJ C 291, 30.08.2014

European Commission, Pressemelding, *Antitrust: Commission fines car manufacturers €875 million for restricting competition in emission cleaning for new diesel passenger cars*, Brussels 8. Juli 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3581

European Commission Staff (Alexandra Badea, Marin Bankov, Graça Da Costa, José Elías Cabrera, Senta Marenz, Kevin O'Connor, Ekaterina Rousseva, Johannes Theiss, Andrea Usai, Sofia Vasileiou, Alexander Winterstein, Marc Zedler), Directorate-General for Competition, *Competition policy brief: Competition Policy in Support of Europe´s Green Ambition*, september 2021, DOI: <https://data.europa.eu/doi/10.2763/962262>

European Commission, *Public consultation on the draft revised Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines*, utkast til horisontale retningslinjer er tilgjengelig: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en (lest 09.12.2022)

European Commission, *Commission Notice on informal guidance relating to novel or unresolved questions concerning Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union that arise in individual cases (guidance letters)*, Brussel 3.10.2022, C(2022) 6925 final, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-10/coronavirus_informal_guidance_notice_antitrust_2022.pdf (lest 09.12.2022)

Litteratur inkludert artikler

Abdelkhalek, Idris, Sustainable development in the EU – which state of play in competition law?, *European Competition Journal*, 2021, DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2021.2003998>

Brook, Or, Block Exemption Regulations and Public Policy: in The Defence of BERS, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* s. 1-32, 2022, DOI: <https://doi.org/10.1017/cel.2022.1>

Brook, Or, Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging approaches of the Commission, EU Courts, and five Competition Authorities, *Common Market Law Review*, Volume 56, Issue 1, s. 121-156, DOI: <https://doi.org/10.54648/cola2019006>

Coates, Kevin og Middelschulte Dirk, Getting Consumer Welfare Right: the competition law implications of market-driven sustainability initiatives, *European Competition Journal* Volume 15, Issue 2-3, 2019, s. 318-326, DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2019.1665940>

Claici, Adina og Lutz, Jasper, Beyond the Policy Debate: How to Quantify Sustainability Benefits in Competition Cases: Lessons Learned From Environmental Economics, *CoRe*, 2021, Vol. 5 (3) s. 200-209, DOI: DOI: 10.21552/core/2021/3/5

Ellison, Jordan, *A Fair Share: Time for the Carbon Defence?* 21.februar 2020, DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3542186>

Evensen, Harald og Sæveraas, Eivind, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven: med kommentarer*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2009

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

Gassler, Martin, «Sustainability, the Green Deal and Art 101 TFEU: Where We Are and Where We Could Go», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 12, Issue 6, June 2021, s. 430-442, DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab030>

Gjendemsjø, Ronny, «Introduction to the competition rules applicable to undertakings», i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Finn Arnesen (red.) mfl., Nomos/Hart 2018, s. 525-568

Hjelmeng, Erling J. og Sørgard, Lars, *Konkurransopolitikk: Rettslig og økonomisk analyse*, Fagbokforlaget 2014

Holmes, Simon, «Climate change, sustainability, and competition law», *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 8, Issue 2, July 2020, s. 354-405, DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006>

Horspool, Margot, Humphreys, Matthew og Wells-Greco, Michael, *European Union Law*, 11.utgave, Oxford University Press 2021

Hovenkamp, Herbert, Are Agreements to Address Climate Change Anticompetitive?, *Regulatory Review* 11.september 2019, tilgjengelig: <https://ssrn.com/abstract=3451931> (lest 09.12.2022)

Inderst, Roman og Thomas, Stefan, Integrating Benefits from Sustainability into the Competitive Assessment – How Can We Measure Them?, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12 No. 9, November 2021, s. 705-709, DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab077>

Inderst, Roman og Thomas, Stefan, Prospective Welfare Analysis—Extending Willingness-To-Pay Assessment to Embrace Sustainability, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 18, Issue 3, 22.september 2022, s. 551-583, DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab021>

Juul-Langseth, Jan Magne, Thue, Anders, Bryng, Per Kristian, Østbye, Peder, Jonassen, Martin og Lazardis, Sofia, *Konkurranserett i et nøtteskall*, 1.utgave, Gyldendal juridisk 2015

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

Kingston, Suzanne, Competition Law in an Environmental Crisis, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 10, Issue 9, November 2019, s. 517–518, DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz076>

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

Loozen, Edith, EU Antitrust in Support of the Green Deal. Why Good Is not Good Enough, *Amsterdam Law School Research Paper No. 2022-21*, 5.april 2022, s. 1-28

Malinauskaite, Jurgita og Buğra Erdem, Fatih, Planned Obsolescence in the Context of a Holistic Legal Sphere and the Circular Economy, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 41, Issue 3, 2021, s. 719-749, DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa061>

Monti, Giorgio, «Article 81 EC and Public Policy», *Common Market Law Review*, Volume 39, Issue 5, 2002, s. 1057-1099, DOI: <https://doi.org/10.54648/5103811>

Monti, Giorgio, «Four Options for a Greener Competition Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 11, Issue 3-4, March-April 2020, Pages 124–132, DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa007>

Nicolaides, Phedon, The Balancing Myth: The Economics of Article 81(1) & (3), *Legal Issues of Economic Integration* 32(2), 2005 s. 123-145, DOI: <https://doi.org/10.54648/leie2005017>

Nowag, Julian and Teorell, Alexandra, The Antitrust Car-Emissions Investigation in the Us: – Some Thoughts From the Other Side of the Pond, *CPI Antitrust Chronicle* VOLUME 1(2). 1.mai 2020, s. 55-61, tilgjengelig: <https://ssrn.com/abstract=4035533> (lest 09.12.2022)

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

Robertson, Viktoria H. S. E., Sustainability: A World-First Green Exemption in Austrian Competition Law, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 13, Issue 6, September 2022 s. 426-434, DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab092>

van Rompuy, Ben, *Economic efficiency: the sole concern of modern antitrust policy?: non-efficiency considerations under Article 101 TFEU*, Wolters Kluwer Law International 2012

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

Vedder, Hans, *Competition Law and Environmental Protection in Europe: Towards Sustainability?*, Europa Law Pub. 2002

Volpin, Cristina, “Competition enforcement and sustainability: the odd couple”, i Kokkoris, Ioannis og Claudia Lemus (red.), *Research Handbook on the Law and Economics of Competition Enforcement*, Edward Elgar Publishment 2022, DOI: <https://doi.org/10.4337/9781789903799.00028>

Whish, Richard og David Bailey, *Competition Law*, 9th edition, Oxford University Press 2018

Whish, Richard og David Bailey, *Competition Law*, 10th edition, Oxford University Press 2021

van der Zee, Eva, Quantifying Benefits of Sustainability Agreements Under Article 101 TFEU, *World Competition* Volume 43, Issue 2, 2020 s. 189-208, DOI: <https://doi.org/10.54648/woco2020010>

Zelger, Bernadette, The new sustainability exemption according to § 2(1) Austrian Cartel Act and its relationship with Article 101 TFEU – European spearhead or born to fail?, *European Competition Journal*, Volume 18, Issue 3, 16.oktober 2022, s. 514-531, DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.2131238>

Uttalelser fra organisasjoner eller institusjoner

Autoriteit Consument & Markt (ACM), *Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law*, 26. Januar 2021, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-onsustainability-agreements-oppurtunities-within-competition-law.pdf> (lest 8.12 2022)

The Austrian Federal Competition Authority (AFCA), *AFCA Publishes draft Guidelines on the application sustainability-agreements, asking for comments*, 1.juni 2022, <https://www.bwb.gv.at/en/news/news-2022/detail/afca-publishes-draft-guidelines-on-the-application-sustainability-agreements-asking-for-comments> (lest 10.12.2022)

Bundeskartellamt (BKA), *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis*, 1. oktober 2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.pdf;jsessionid=65CE07A804BFC9740D4C58C8DD7413CA.1_cid387?_blob=publicationFile&v=2 (lest 10.12.2022)

Competition & Markets Authority (CMA), *Environmental sustainability and the UK competition and consumer regimes: CMA advice to the Government*, 2022, <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-and-the-ukcompetition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the->

[government/environmentalsustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government](#) (lest 10.12.2022)

Forente Nasjoner (FN), *United Nations Sustainable Development Goals – FNs bærekraftsmål*, 2015, <https://sdgs.un.org/goals> (lest 8. desember 2022)

Hellenic Competition Commission (HCC), *Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law*, 2020, https://www.epant.gr/files/2020/Staff_Discussion_paper.pdf (lest 10.12.2022)

Hellenic Competition Commission (HCC), Sustainability Sandbox; *Public Consultation: Proposal for the creation of a sandbox for sustainability and competition in the Greek market*, 2021, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html> (lest 09.12.2022)

Konkurransetilsynet, *Korleis kan konkurranse fremje berekraft?*
<https://konkurransetilsynet.no/berekraft-og-konkurranse/korleis-kan-konkurranse-fremje-berekraft/> (lest 09.12.2022)

Konkurransetilsynet, kan konkurransepolitikk bidra til berekraft?, episode av *Konkurransespodden* publisert 24. juni 2022, tilgjengelig blant annet:
<https://play.acast.com/s/konkurransespodden/kan-konkurransepolitikk-bidra-til-baerekraft>
(hørt 01.12.2022)

OECD (2020), Hellas-delegasjonen sitt bidrag til Sustainability and Competition, *OECD Competition Committee Discussion Paper*, DAF/COMP/WD(2020)64,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)64/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)64/en/pdf) (lest 08.12.2022)

OECD (2021), Environmental Considerations in competition enforcement, *OECD Competition Committee Discussion Paper*,
<https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competitionenforcement.htm> (lest 08.12.2022)

Verdenskommisjonen for miljø og utvikling (WCED), *Vår felles framtid*, Tiden Norsk Forlag 1987

Watson/OECD, Measuring environmental benefits in competition cases – Note by Nadine Watson, *Roundtable on Environmental Considerations in Competition Enforcement*, 1.desember 2021, DAF/COMP(2021)14,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2021\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)14/en/pdf) (lest 10.12.2022)

Debattinnlegg

Søvik, Rebekka, seniorrådgiver i Konkurransetilsynet, «Innlegg: Samarbeid i vinden – på konkurransen løs?», *Dagens Næringsliv*, 26.01.2022,
<https://www.dn.no/innlegg/energi/havvind/jus/innlegg-samarbeid-i-vinden-pa-konkurransen-los/2-1-1155327>, (lest 29. november 2022)

Schmidt Galaaen, Øistein, direktør i Norwea, «Innlegg: Havindsamarbeid øker konkurransen», *Dagens Næringsliv* 28.01.2022, <https://www.dn.no/innlegg/innlegg-havindsamarbeid-oket-konkurransen/2-1-1159155> (lest 29. november 2022)

Teigum, Siri, Christoffersen, Bendik og Snemyr, June, alle partnere i advokatfirmaet Thommessen, «Innlegg: Helt nødvendig med samarbeid om havvind», *Dagens Næringsliv* 02.02.2022, <https://www.dn.no/innlegg/jus/klima-og-miljo/konkurransen/innlegg-helt-nodvendig-med-samarbeid-om-havvind/2-1-1161585> (lest 29. november 2022)

Foredrag og konferansmateriale

Vestager, Margrethe, *The Green Deal and Competition Policy*, tale på Renew Webinar 22. september 2020. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en (lest 01.12.2022)

Vestager, Margrethe, Competition Policy in support of the Green Deal, IBA Competition Conference 10. september 2021, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-policy-support-green-deal_en/ (lest 01.12.2022)