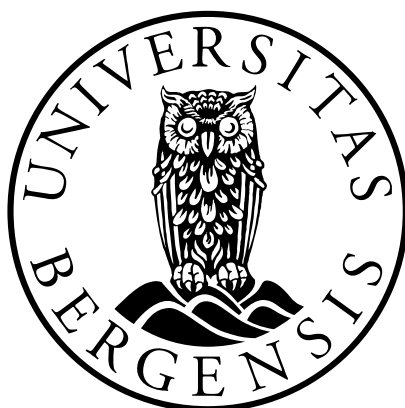


Agentavtaler

*Utviklingen av unntaket for ekte agentavtaler og
alternative tilnærminger til dagens regulering*

Kandidatnummer: 132

Antall ord: 14988



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10/12-2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	iii
1 Innledning.....	1
1.1 Tema.....	1
1.2 Bakgrunn.....	1
1.3 Rettskildebildet og metodiske utfordringer.....	3
2 Konkurranserettens formål og hovedregelen i konkurranseloven § 10.....	5
2.1 Innledning.....	5
2.2 Konkurranserettens overordnede formål om samfunnsøkonomisk effektivitet.....	5
2.3 Kartellforbudet.....	6
2.4 Agentur som distribusjonsform.....	7
2.4.1 Vertikale samarbeid.....	7
2.4.2 Alternative distribusjonsformer.....	8
2.4.3 Agentavtaler.....	8
2.4.4 Unntaket for ekte agentavtaler.....	9
3 Utviklingen av unntaket.....	11
3.1 Innledning.....	11
3.2 Notice on agency agreements [1962].....	11
3.3 Suiker Unie UA and others v Commission [1975].....	12
3.4 VVR v Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten [1987].....	14
3.5 Bundeskartellamt v Volkswagen AG and VAG Leasing GmbH [1995].....	15
3.6 Guidelines on Vertical Restraints [2000].....	17
3.7 Minoan Lines v Commission [2003].....	19
3.8 DaimlerChrysler v Commission [2005].....	20
3.9 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio [2006].....	23
3.10 Guidelines on Vertical Restraints [2010].....	25
3.11 Voest Alpine and Voest Alpine Wire Rod Austria v Commission [2015].....	27
4 Oppsummering: Gjeldende rett.....	29
4.1 Innledning.....	29
4.2 Risiko, integrasjon og eksklusivitet.....	29
4.3 Kritisk blick på gjeldende rett.....	33

5	Alternative tilnæringer til agentunntaket	37
5.1	Innledning	37
5.1.1	Særnorsk regulering	37
5.2	Konkurranseloven § 10 (3)	38
5.3	Rule of Reason	39
5.4	Nødvendighetsvurdering av de konkurransebegrensende klausulene	40
5.5	En tilnærming i tråd med moderne økonomisk teori	42
6	Avslutning.....	46
	Litteraturliste.....	47

1 Innledning

1.1 Tema

Denne oppgaven omhandler unntaket for såkalte *ekte* agentavtaler fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak i konkurranseloven § 10 (1).¹ Agentunntaket vil først presenteres i et faktisk og juridisk perspektiv. Deretter vil sentral praksis gjennomgås for å redegjøre for utviklingen i reguleringen, fra agentunntaket ble satt på dagsordenen i 1962, frem til i dag. Oppgaven vil ikke gi en fullstendig gjennomgang av all relevant praksis, men basere seg på de mest sentrale dommene. Videre gis en oppsummering av gjeldende rett der ulemper og implikasjoner som følge av dagens regulering påpekes. Til slutt vil det redegjøres for de mest nærliggende alternative tilnærminger til dagens regulering.

1.2 Bakgrunn

Alle varer og tjenester må formidles i et marked for å kunne selges. På veien fra produsent til konsument kan produktet gå gjennom en rekke ledd i den vertikale verdikjeden før produktet når sluttforbruker. Ofte er det slik at produsenter ikke markedsfører og selger sine produkter direkte til sluttkonsumenten. Produsentene står derfor overfor et valg om hvordan distribusjonen av produktene skal organiseres. De kan blant annet velge å integrere distribusjonen vertikalt i eget foretak, anvende selvstendige distributører gjennom salg til grossister og detaljister, selge ut franchise-rettigheter eller anvende kommersielle agenter.² Valget av distribusjonsform og hvordan foretaket struktureres bestemmer hvordan og i hvilken grad distribusjonen blir underlagt konkurransereguleringen.

Konkurranseloven § 10 setter et forbud mot atferd som har til formål eller gir som virkning begrenset konkurransen i et marked. Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid blir ofte omtalt som *kartellforbudet*. Det har lenge vært antatt at samarbeidet mellom prinsipal og agent vil være utenfor virkeområdet til kartellforbudet i tilfeller hvor en agent fremforhandler og/eller slutfører avtaler med tredjepart på vegne av en prinsipal uten å bære økonomisk risiko.³ Dette

¹ Lov 3. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. Heretter 'konkurranseloven' eller 'krrl'.

² Whish (2018) s. 630.

³ *Notice on exclusive dealing contracts with commercial agents* OJ [1962] 139/2921.

til tross for at agentavtalen inneholder konkurransebegrensende restriksjoner som begrenser agentens kommersielle frihet.

Tradisjonelt har unntaket for ekte agentavtaler vært forankret i foretaksbegrepet og doktrinen om én økonomisk enhet. Dersom agent og prinsipal har inngått en ekte agentavtale utgjør de én økonomisk enhet i relasjon til kartellforbudet, og det vil ikke foreligge et samarbeid mellom uavhengige foretak. I lys av utviklingen, og at det generelt i EU og nasjonalt har tendert mot en mer økonomisk tilnærming til konkurransereglene, synes unntaket å ha et sviktende og lite treffende teoretisk grunnlag.⁴ Fokus har beveget seg vekk fra det regelformalistiske mot et fokus på den økonomiske realiteten og samfunnsøkonomisk effektivitet. Reguleringen skal på denne måten i større grad ta hensyn til de faktiske økonomiske effektene av foretakets atferd. Rundt årtusenskiftet foregikk det et paradigmeskifte i så måte, og Europakommisjonen⁵ uttalte i 2004 at utviklingen går mot en «stronger emphasis on economic analysis. Competition policy is adapting to recognize both the teachings of modern economics and the constantly evolving dynamics of markets [...] It shifts the focus firmly to the economic effects of firm behaviour».⁶ Rundt samme tidspunkt ble det også kunngjort retningslinjer for vurderingen av vertikale samarbeid og gruppefritak for vertikale avtaler.⁷ Det formelle unntaket for ekte agentavtaler kan se ut til å henge igjen fra den gamle regel-formalistiske tilnærmingen.⁸

Behandlingen av agentavtaler har vært gjenstand for diskusjon og uenigheter siden Kommisjonen lanserte sine første retningslinjer i 1962.⁹ I tillegg har praksis fra Kommisjonen og EU-Domstolen¹⁰ vært inkonsekvent i vurdering av agentavtaler. Det er derfor behov for avklaring av det konkrete innholdet i unntaket.

Spørsmålet om hvilke typer avtaler som omfattes av agentunntaket er av stor praktisk betydning. Slik unntaket praktiseres i dag vil reguleringen av de ulike distribusjonsformene medføre at foretak gis incentiver til å velge agentavtaler for å oppnå immunitet fra kartellforbudet, fremfor å velge den distribusjonsformen som er mest effektiv isolert sett. Dette omtales som agentprivilegiet.¹¹ Unntaket kan synes nokså paradoksalt, da det ut fra

⁴ Se blant annet Schmidtchen (2007) s. 37

⁵ EUs utøvende myndighet. Heretter 'EU-Kommisjonen' eller 'Kommisjonen'.

⁶ *A pro-active Competition Policy for a Competitive Europe* COM/2004/0293, pkt. 3.1.

⁷ *Guidelines on vertical restraints* OJ [2000] C 291/1; OJ [1999] L 336/21.

⁸ Zhang (2013) s. 6; Lianos (2007) s. 3-4.

⁹ OJ [1962] 139/2921; Se blant annet Lunde (2007) s. 69-70 og tilsvarende i Hjelmeng (2008).

¹⁰ 'Court of Justice of the European Union'. Heretter 'EU-Domstolen' eller 'Domstolen'.

¹¹ Henriksson (2012) s. 234.

effektivitetshensyn, som er bærende for konkurranseretten, ikke nødvendigvis er grunn for at reguleringen differensierer mellom de ulike distribusjonsformene. Det er dermed grunnlag for å vurdere det konkrete innholdet i reguleringen av ekte agentavtaler og se på muligheten for hvorvidt alternative tilnærminger gir et mer ønsket resultat. I norsk rett er det mulighet for en særnorsk regulering av agentavtaler, men det er nærliggende å se på de muligheter som også har vært vurdert i EU/EØS-retten.

I løpet av agentunntakets levetid er ulik terminologi blitt benyttet for å kategorisere agentavtaler opp mot kartellforbudet. Videre har kartellforbudet i EU/EØS-reguleringen også flere ganger endret hjemmel. For å sikre en forståelig og sammenhengende fremstilling anvendes begrepet 'ekte agentavtale' for de tilfeller der agentavtalen er utenfor virkeområdet til kartellforbudet i krrl. § 10 (1) eller tilsvarende hjemmel i EU/EØS-retten. Brudd på konkurranseloven § 10 eller tilsvarende hjemmel i EU/EØS-retten vil omtales som et brudd på 'kartellforbudet'.

1.3 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

Oppgaven tar utgangspunkt kartellforbudet slik det kommer til uttrykk i konkurranseloven § 10. Ordlyden er den samme som i EØS-avtalens artikkel 53, som tilsvarende TEUV artikkel 101, med unntak av samhandelsvilkåret.¹² Samtlige forbudsbestemmelser, slik de kommer til uttrykk i konkurranseloven, innebærer en frivillig harmonisering med EU/EØS-retten. Likevel skal krrl. § 10, som det klare utgangspunkt, forstås på samme måte som EØS-avtalens artikkel 53.¹³ For oppgavens vedkommende tilsier harmoniseringen med EU/EØS-retten, samt forutberegnelighet og en effektiv gjennomføring av EØS-samarbeidet, at rettspraksis fra EU-Domstolen og EFTA-Domstolen¹⁴ veier tungt når man skal fastlegge innholdet i agentunntaket.¹⁵

I tillegg til rettspraksis fra EU-Domstolen er retningslinjer gitt av Kommisjonen praktisk viktige. Denne type meddelelser har status som «soft law» og er ikke juridisk bindende, men angir de prinsipper og momenter som blir vektlagt ved vurderingen.¹⁶ Til tross for å ha liten

¹² Lov 27 november 1992 nr. 109. Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven); Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (Heretter 'TEUV') OJ C 202, 7.6.2016, p. 1-388; se Lov 3. mai 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (Heretter 'EØS-konkurranseloven') § 7.

¹³ HR-2017-1229-A avsnitt 34-35; se også Rt. 2011 s. 910 avsnitt 63 og Rt. 2012 s. 1556 avsnitt 27.

¹⁴ 'The Court of Justice of the European Free Trade Association States'. Heretter 'EFTA-Domstolen'.

¹⁵ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 68 og 224.

¹⁶ *Guidelines on vertical restraints* OJ [2010] C 130/1 avsnitt 4.

rettskildemessig vekt er det retningslinjene, sammen med kommisjonspraksis, som foretak i realiteten vil forsøke å innrette seg etter. Retningslinjene er derfor en viktig del av analysen.¹⁷

Generaladvokatens innstillinger vil også være relevant for oppgavens problemstilling. Disse er innstillinger gitt i forkant av at saken tas opp til doms og inneholder Generaladvokatens forslag til løsning og resultat. Innstillingen har ikke direkte rettskildemessig vekt på samme måte som rettspraksis, men kan ha betydelig innflytelse på dommen som blir avsagt. Innstillingene vil tillegges rettskildemessig vekt i kraft av hvor oppklarende og god argumentasjonen er, og i hvilken grad etterfølgende dom tar Generaladvokatens innstilling til følge.¹⁸

Sentralt for oppgaven er fortolkningen av avgjørelser fra Domstolen og Underretten.¹⁹ På dette området er det ikke vesensforskjeller fra den norske juridiske metoden og det avgjørende vil være om det foreligger læresetninger som har overføringsverdi til senere saker.²⁰ Til tross for den norske regulering gjennom konkurranseloven § 10 foreligger det lite rettspraksis fra Høyesterett. Analyse av praksis fra EU/EØS-retten, med de omkringliggende rettskilder, er derfor sentralt for å fastlegge innholdet i den nasjonale reguleringen og for å besvare oppgavens problemstilling.

Særegent for konkurransereglene er forholdet mellom rettsvitenskap og økonomi. Reguleringen har naturligvis et juridisk rammeverk, men også dypt inngående fagøkonomiske vurderinger. Sistnevnte krever følgelig en forståelse for økonomi og økonomisk metode. I relasjon til dette har både konkurransetilsynet og Kommisjonen utarbeidet veiledere for bruk av økonomiske analyser som bevis.²¹

¹⁷ Fredriksen (2018) s. 147-150.

¹⁸ Ibid. s. 322-323.

¹⁹ 'General Court', Retten i første instans.

²⁰ Fredriksen (2018) s. 316.

²¹ Konkurransetilsynet (2015) og SEC/2011/1216.

2 Konkurranserettens formål og hovedregelen i konkurranseloven § 10

2.1 Innledning

Agentavtaler faller under kategorien av vertikale avtaler og samarbeid. Det følger av økonomisk teori at denne type samarbeid normalt ikke vil begrense konkurransen, og i motsetning til horisontale samarbeid er det ingen presumpsjon for at vertikale samarbeid medfører konkurranseskade.²² Det er derfor hensiktsmessig å plassere agentavtaler som distribusjonsform i et faktisk og økonomisk perspektiv.

2.2 Konkurranserettens overordnede formål om samfunnsøkonomisk effektivitet

Konkurranselovens formål fremgår av § 1. Her fremgår det at konkurransereglene er ment å sikre samfunnsøkonomisk effektivitet til fordel for forbruker. Samfunnsøkonomisk effektivitet innebærer at utnyttelsen av ressurser skal gi størst mulig grad av nytte gjennom blant annet å optimalisere pris og kvalitet på produktene. Det skal legges til grunn en konsumentvelferdsstandard i vurderingen, som innebærer at markedet skal virke til det beste for alle konsumenter.²³ Den samfunnsøkonomiske påvirkningen kommer gjennom en sunn konkurransesituasjon, og ikke konkurransen i seg selv, ettersom konkurranse ikke har noen økonomisk egenverdi. Dette mål-middel-hierarkiet slås fast i forarbeidene til konkurranseloven.²⁴ En sub-optimal allokering av ressurser vil medføre et dødvektstap gjennom tap av ikke-realiserert nytte. En slik tilpasning vil kunne medføre høyere priser og produsenter som ikke optimaliserer produksjon og kvalitet.

Det nasjonale formålet skiller seg noe fra det EU/EØS-rettslige formålet som også tar hensyn til blant annet rivalisering mellom foretak og markedsintegrasjon for å sikre et fungerende og effektivt indre marked i EU. Det kan derfor hevdes at nasjonal konkurranserett i større grad skal

²² Wish (2018) s. 637-638; OJ [2010] C 130/1 avsnitt 6; Sak C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító and Others* avsnitt 43.

²³ Kolstad (2014) note 9; Dette nyanserer vurderingen av samfunnsøkonomisk effektivitet. Normalt vil ikke samfunnsøkonomisk effektivitet ta hensyn til en rettførdig fordeling av ressurser og effektivitet kan oppnås også i de tilfeller hvor produsenten får hele overskuddet.

²⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 221; NOU 2003: 12 s. 225.

ta hensyn til samfunnsøkonomisk effektivitet, noe som vil påvirke vurderingen av alternative tilnærminger til reguleringen av agentavtaler.²⁵

2.3 Kartellforbudet

Det fremgår av Konkurranseloven § 10 (1) at «[e]nhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt».

Det fremgår av forarbeidene at det hovedsakelig er tre vilkår som må være til stede for at for at bestemmelsen skal komme til anvendelse:

«For det første må det foreligge en eller annen form for samarbeid mellom uavhengige foretak. For det annet må samarbeidet ha konkurransebegrensende formål eller virkning. I tillegg må det som i EU/EØS-retten, innfortolkes et vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart (merkbarhetsvilkåret).»²⁶

Utgangspunktet for vurderingen er at partenes opptreden må være kvalifisert for en avtale eller et samarbeid. I rettspraksis har dette blitt uttrykt som en «felles vilje til å innrette seg på markedet på en bestemt måte».²⁷ Når det gjelder agentavtaler blir vurderingen om det foreligger avtaler *mellom* foretak, da det alltid vil ligge avtaler til grunn for samarbeidet.

Konkurranseloven § 2 definerer foretak som en enhet som utøver ervervsvirksomhet. Enhver form for aktivitet av økonomisk art regnes som ervervsvirksomhet etter § 2 jfr. § 10, uavhengig av den juridiske eller økonomiske betegnelsen på samarbeidet.²⁸ Uavhengige foretak kan gjennom doktrinen om én økonomisk enhet bli regnet som samme økonomiske enhet, hvor rettsvirkningen er at det ikke foreligger samarbeid *mellom* foretak. Unntaket for ekte agentavtaler forankres i forannevnte doktrine.

Videre må samarbeidet ha til formål eller som virkning å være konkurransebegrensende. Det fremgår av HR-2017-1229-A avsnitt 38-40 at det skal foretas en objektiv vurdering hvor samarbeidet må fremstå som tilstrekkelig skadelig etter en konkret bedømmelse av det aktuelle

²⁵ Juuhl-Langseth (2015) s. 33-34.

²⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 225.

²⁷ Sak E-3/97 *Jan og Kristian Jæger AS v Opel Norge AS* avsnitt 35.

²⁸ Sak C-205/03 *FENIN v Commission* avsnitt 25.

saksforholdet.²⁹ Partenes subjektive formål eller hvorvidt samarbeidet bare er egnet til å virke konkurransebegrensende er ikke avgjørende.³⁰ Vurderingen av om det foreligger en konkurransebegrensende virkning «må foretas på bakgrunn av en grundig analyse av den juridiske og økonomiske kontekst avtalen fungerer eller skal fungere i».³¹

Avslutningsvis må det innfortolkes et vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart av samarbeidet.³² Dette omtales som merkbarhetsvilkåret og er en forlengelse av at samarbeidet må kunne «hindre, innskrenke eller vri konkurransen» jfr. § 10.³³

Dersom et samarbeid faller innenfor virkeområdet til § 10 (1), vil foretaket kunne anlegge et effektivitetsforsvar i medhold av § 10 (3). Foretaket vil argumentere for at de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene som følger av samarbeidet veier tyngre enn de negative effektene som fastslått etter § 10 (1).

2.4 Agentur som distribusjonsform

2.4.1 Vertikale samarbeid

Vertikale samarbeid innebærer samarbeid mellom aktører på ulike nivå i den vertikale verdikjeden. Bakgrunnen for at bedrifter velger å inngå samarbeid vertikalt i verdikjeden er blant annet de store transaksjonskostnadene forbundet med distribusjon av produkter. Begrepet transaksjonskostnader benyttes her om de kostnadene som påløper som følge av å bruke markedet til å distribuere produkter, for eksempel kostnader forbundet med å innhente nødvendig markedsinformasjon eller ved å fremforhandle avtaler med konsumenter.³⁴ Ved bruk av kommersielle agenter vil foretaket kunne effektivisere produksjon og distribusjon gjennom blant annet å redusere transaksjonskostnadene. Disse effektivitetsgevinstene vil kunne resultere i et økt samfunnsøkonomisk overskudd til fordel for forbruker.

I motsetning til horisontalt samarbeid foregår vertikale samarbeid mellom aktører som i utgangspunktet ikke står i direkte konkurranse med hverandre. Vertikale samarbeid behandles

²⁹ Se også rådgivende uttalelse fra EFTA, Sak E-3/16 *Ski Taxi* s. 22.

³⁰ HR-2017-1229 avsnitt 38-40.

³¹ Kolstad (2014) note 67.

³² Se blant annet Rt. 2012 s. 1556, avsnitt 31.

³³ Se blant annet Sak C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító and Others*, avsnitt 34.

³⁴ Van Den Bergh (2017) s. 245-246; Hjelmeng (2014) s. 530.

derfor ofte mildere enn horisontale.³⁵ Dette kommer blant annet til uttrykk i forskrift om grupper av vertikale avtaler, hvor utgangspunktet er at konkurranseloven § 10 ikke får anvendelse jfr. gruppefritaket § 2.³⁶

Samtidig må det påpekes at også vertikale samarbeid helt klart kan være konkurransebegrensende og skadelig for forbrukere og derfor forbudt.³⁷ Resultatet er at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret.

2.4.2 Alternative distribusjonsformer

I valget av distribusjonsform er det særlig to alternativer til agentavtaler som er sentrale. Foretaket kan velge å forestå distribusjonen selv ved å integrere seg i den vertikale verdikjeden, for eksempel gjennom mor- og datterselskap. Foretaket vil da inneha større kontroll over distribusjonen og vil kunne bestemme strategi og betingelser i alle ledd uten at det foreligger et samarbeid mellom uavhengige foretak. Kartellforbudet omfatter med andre ord ikke ensidig adferd av samme økonomiske enhet. Dette omtales som konsernprivilegiet.³⁸ Ulempen med å forestå distribusjonen selv er de store kostnadene forbundet med vertikal integrasjon, samt den finansielle og kommersielle risikoen. Foretaket kan også benytte seg av selvstendige foretak til å forestå distribusjonen. I dette tilfellet vil foretaket selge sine produkter eller tjenester til en uavhengig distributør som så selger videre til sluttkonsument. Denne ordningen innebærer lavere kostnader og risiko for foretaket, men fortjenesten må deles med distributøren. Foretaket innehar mindre kontroll over distributørens salgsstrategi og kan ikke sette betingelser og restriksjoner for distribusjonen på samme måte som ved agentavtaler.

2.4.3 Agentavtaler

Bruk av kommersielle agenter som distribusjonsform står i en mellomstilling mellom å forestå distribusjonen selv eller benytte en uavhengig distributør. En agent er en fysisk eller juridisk person som handler på vegne av et annet foretak, ofte omtalt som prinsipalen. Det foreligger en agentavtale i de tilfeller hvor en agent fremforhandler og/eller slutfører avtaler på vegne av en prinsipal, enten i eget navn eller i prinsipalens. I relasjonen mellom agent og prinsipal fungerer

³⁵ Van Den Bergh (2017) s. 242.

³⁶ Forskrift 21. juni 2010 nr. 898 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

³⁷ Se blant annet Sak C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító and Others* avsnitt 43.

³⁸ Henriksson (2012) s. 234.

agenten som en formidler av prinsipalens varer og tjenester, hvor agenten selv mottar en kommisjon for arbeidet. Prinsipalen står ansvarlig for kostnader og risiko forbundet med avtaler som agenten inngår på prinsipalens vegne.³⁹

Bruk av kommersielle agenter i distribusjonsforhold har hovedsakelig blitt kategorisert av domstolene enten som selvstendige foretak eller som et mellomledd integrert i prinsipalens virksomhet og er underlagt henholdsvis kartellforbudet eller unntaket for ekte agentavtaler.⁴⁰

Agenten vil i sin virksomhet opptre på to forskjellige markeder. Han opptrer på markedet for prinsipalens varer eller tjenester, hvor han formidler kjøp og salg på vegne av prinsipalen, samtidig som han opptrer selvstendig på markedet for formidling av agenttjenester. I markedet for formidling av agenttjenester behandles agenten som en uavhengig juridisk enhet i relasjon til kartellforbudet. Skillet mellom de to markedene har vært gjenstand for ulik praktisering gjennom agentunntakets levetid.

2.4.4 Unntaket for ekte agentavtaler

Ekte agentavtaler vil defineres utenfor virkeområdet til kartellforbudet på bakgrunn av at samarbeidet mellom prinsipal og agent ikke regnes for å representere et samarbeid «mellom foretak».⁴¹ Unntaket har tradisjonelt sett blitt forankret i foretaksbegrepet og doktrinen om én økonomisk enhet, som begrunner tilfeller der to separate juridiske enheter skal bli behandlet som samme økonomiske enhet. I relasjonen mellom agent og prinsipal har ikke agenten autonomi til å opptre selvstendig på markedet etter eget ønske og strategi, men er underlagt prinsipalens kontroll. Når agenten utelukkende må følge prinsipalens instruksjoner skal partene identifiseres med hverandre i den felles virksomheten. Prinsipalen kan derfor begrense agentens kommersielle frihet ved blant annet å bestemme pris og betingelser for avtalene som fremforhandles.⁴²

Det har tradisjonelt blitt lagt til grunn to vilkår for hvorvidt det foreligger en ekte agentavtale. For det første må agenten ikke bære noen økonomisk risiko eller kostnader gjennom samarbeidet med prinsipalen. For det andre må agenten være integrert i prinsipalens virksomhet

³⁹ OJ [2010] C 130/1 avsnitt 12.

⁴⁰ Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Tesouro i sak C-266/93 *Bundeskartellamt v Volkswagen og VAG Leasing*, avsnitt 16.

⁴¹ Se blant annet Sak C-40/73 *Suiker Unie and Others v Commission* avsnitt 479-484.

⁴² Wish (2018) side 93-95.

som et hjelpeorgan eller mellomledd for formidling av varer og tjenester. Domstolene og Kommisjonen har tilsynelatende vært inkonsekvente i vurderingen av agentavtaler og hvilke kriterier som legges til grunn.

I de tilfeller samarbeidet omfattes av agentunntaket, vil det falle utenfor virkeområdet til kartellforbudet. Det vil derfor ikke være nødvendig å vurdere forholdet opp mot gruppefritaket for vertikale avtaler eller mot effektivitetsforsvaret i krrl. § 10 (3) dersom man står overfor en ekte agentavtale. Dersom samarbeidet ikke omfattes av agentunntaket kan det likevel være unntatt kartellforbudet gjennom gruppefritaket.⁴³ Gruppefritaket innebærer at de avtaler som omfattes av fritaket automatisk tilfredsstillers effektivitetsforsvaret i krrl. § 10 (3) og er lovlige, såfremt det ikke er avtalt noen svartelistede restriksjoner. Det er særlig to restriksjoner som faller i denne kategorien, 1) bindende minimumspriser for videresalg, og 2) absolutt områdebeskyttelse i eneforhandleravtaler.⁴⁴

⁴³ Forskrift om grupper av vertikale avtaler (2010).

⁴⁴ Hjelmeng (2014) s. 571-572.

3 Utviklingen av unntaket

3.1 Innledning

I denne delen av oppgaven vil sentral praksis fra Domstolen, Underretten og Kommisjonen gjennomgås. Underretten spiller en særlig sentral rolle på konkurranserettens område, og om følge av at agentavtaler generelt er sparsommelig vurdert er praksis fra Underretten viktig i analysen av gjeldende rett.⁴⁵ En kronologisk fremstilling er mest hensiktsmessig da dette gir mulighet for en fortløpende vurdering av forskjeller og hvorvidt praktiseringen endrer seg eller tilslutter seg tidligere praksis. Som det vil fremgå av analysen har vurderingen utviklet seg fra et fokus på integrasjon og eksklusivitet frem mot 2000-tallet, til et fokus på fordeling av risikofaktorer frem til i dag.

3.2 Notice on agency agreements⁴⁶ [1962]

I 1962 kom Kommisjonen med den første offisielle kunngjøringen som omhandlet anvendelsen av agentavtaler. Kunngjøringen danner grunnlaget for videre analyse.⁴⁷ På dette tidspunkt var det enda ikke avklart at vertikale samarbeid generelt ville kunne være forbudt etter kartellforbudet.

Dersom samarbeidet skulle være unntatt kartellforbudet fremgikk det av retningslinjene at agentens funksjon i kontraktsforholdet skulle være å forhandle transaksjoner på vegne av prinsipalen, slutføre transaksjoner på vegne av prinsipalen i prinsipalens navn, eller slutføre transaksjoner i eget navn på vegne av prinsipalen. Det faktum at avtalen formelt sett omtaler en part som en kommersiell agent var irrelevant ved vurderingen av om samarbeidet var unntatt kartellforbudet.⁴⁸

Ved vurderingen av agentavtalen skulle det tas utgangspunkt i grensdragningen mellom kommersielle agenter på den ene siden og selvstendige foretak på den andre. Agenten må «by the nature of his functions, [...] neither undertake nor engage in activities proper to an

⁴⁵ Fredriksen (2018) s. 160.

⁴⁶ *Notice on exclusive dealing contracts with commercial agents* OJ [1962] 139/2921. Heretter 'retningslinjene av 1962'.

⁴⁷ Whish (2018) s. 634.

⁴⁸ OJ [1962] 139/2921 del I.

independent trader in the course of commercial operations».⁴⁹ I vurderingen var det «*decisive criterion* which distinguishes the commercial agent from the independent trader, the agreement - express or implied - which deals with responsibility for the *financial risks* bound up with the sale or with the performance of the contract» (min kursiv).⁵⁰ Agenten «*must not* by the nature of his functions *assume any risk* resulting from the transaction.» (min kursiv).⁵¹ Med andre ord er graden av finansiell risiko og kostnader som agenten bærer selve essensen i vurderingen av hvorvidt samarbeidet er underlagt agentunntaket. Finansiell risiko og kostnader vil eksempelvis være knyttet til tilfeller hvor agenten overtar eierskap til produktene og må holde et gitt lager av disse, må organisere, opprettholde og sikre betydelige tjenester overfor kundene uten betaling, eller om han kan bestemme pris eller andre betingelser.⁵² Disse forholdene fremstår som referanserammen for hvorvidt agenten i realiteten skal anses for et selvstendig foretak.

Det fulgte av retningslinjene at alle konkurransebegrensende restriksjoner var forenlig med agentunntaket, uavhengig om de begrenset agentens kommersielle frihet i produktmarkedet eller i markedet for formidling av agenttjenester.⁵³

Kunngjøringen danner utgangspunktet for den videre analysen. Samtidig var retningslinjene hverken bindende for domstolene eller har rettskildemessig vekt på samme måte som rettspraksis. Det interessante er derfor i hvilken grad etterfølgende praksis fulgte Kommisjonens retningslinjer. Det påpekes her at Domstolen noen år senere, i 1966, avklarte at vertikale samarbeid kunne bryte med kartellforbudet.⁵⁴

3.3 Suiker Unie UA and others v Commission⁵⁵ [1975]

Suiker Unie var den første saken hvor Domstolen måtte ta stilling til innholdet i agentunntaket, og er helt grunnleggende i så måte. Saken gjaldt Pfeifer & Langen, deres agenter og andre produsenter av sukker i Nederland, Italia og Tyskland. Gjennom samordnet og koordinert atferd praktiserte de markedsdeling for å styre pris og kvantum. I agentavtalene lå det et forbud mot å

⁴⁹ Ibid. del I.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid. del II.

⁵⁴ Sak C-56/64 og C-58/64 *Consten and Grundig v Commission*.

⁵⁵ Sak C-40/73 *Suiker Unie UA and others v Commission*. Heretter 'Suiker Unie'.

selge sukker fra andre produsenter enn Pfeifer & Langen, samt restriksjoner på hvor agentene kunne selge sukkeret og til hvilke kundegrupper.⁵⁶

Domstolen tok utgangspunkt i at avtalene juridisk sett var agentavtaler, da forhandlerne solgte sukker på vegne av Pfeifer & Langen, var underlagt deres instruksjon og kontroll, måtte ivareta deres interesser og var begrenset til å handle på et gitt område.⁵⁷ Det avgjørende for vurderingen om samarbeidet var utenfor virkeområdet til kartellforbudet var:

«if such an agent works for the benefit of his principal he may in principle be treated as an *auxiliary organ* forming an *integral part* of the latter's undertaking, who must carry out his principal's instructions and thus, like a commercial employee, forms an *economic unit* with this undertaking» (min kursiv).⁵⁸

Domstolen legger til grunn at det avgjørende er hvorvidt agenten opptrer som et hjelpeorgan som er integrert i prinsipalens virksomhet. I vurderingen er det sentralt hvorvidt agenten er underlagt prinsipalens instruksjon tilsvarende en kommersielt ansatt. Om dette er tilfellet vil agent og prinsipal utgjøre én økonomisk enhet og agentavtalen vil være utenfor virkeområdet kartellforbudet. Det vil følgelig ikke foreligge et samarbeid «mellom» uavhengige foretak.

I sondringen mellom ekte og uekte agentavtaler var det avgjørende hvorvidt agenten ut fra et økonomisk perspektiv utførte oppgaver som et selvstendig foretak.⁵⁹ Agenten vil anses som et selvstendig og uavhengig foretak dersom han bærer den finansielle risikoen forbundet med salget til tredjepart.⁶⁰ I de tilfeller hvor agenten bærer den finansielle risikoen vil manglende integrasjon i prinsipalens virksomhet medføre at det ikke foreligger en ekte agentavtale.

I tvisten anførte produsentene at agentene i visse relasjoner utgjorde en integrert del av foretakene, og i andre relasjoner opptrådte som selvstendige forhandlere. Dette kom til syne ved at agentene gjennom agentavtalene var gitt en mulighet til å opptre selvstendig der det ikke var fare for konkurranse i det felles markedet. Realiteten var at agentene handlet i eget navn og for egen risiko i tillegg til å handle på vegne av Pfeifer & Langen. Domstolen godtok ikke et slikt tvetydig forhold hvor agenten påstås integrert i prinsipalens foretak i en relasjon, men uavhengig i en annen. Det fremstår som agenten må opptre eksklusivt for prinsipalen, og at det

⁵⁶ Ibid. avsnitt 530.

⁵⁷ Ibid. avsnitt 538.

⁵⁸ Ibid. avsnitt 480.

⁵⁹ Ibid. avsnitt 541.

⁶⁰ Ibid.

er uforenelig med unntaket dersom han foretar selvstendig virksomhet ved siden av agentoppdraget.⁶¹

I likhet med retningslinjene av 1962 vurderer Domstolen hvorvidt agenten bærer finansiell risiko i interaksjonen med tredjepart. Samtidig anvender Domstolen økonomisk risiko som vurderingsmoment for manglende integrasjon. Dersom agenten bærer en finansiell risiko vil han ikke kunne utgjøre et hjelpeorgan som er integrert i prinsipalens foretak. Hvorvidt integrasjon og økonomisk risiko er alternative eller kumulative vilkår, eller om de er momenter i samme vurdering, er noe uklart.

3.4 VVR v Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten⁶² [1987]

I saken Vlaamse Reisebureaus tok Domstolen stilling til forholdet mellom turoperatører, leverandører av pakkereiser, og reisebyråer. I saken forelå det et system av avtaler mellom reisebyråene og turoperatørene, henholdsvis agent og prinsipal, som påla reisebyråene å følge prisnivået satt av turoperatørene og forbød dem å dele egen kommisjon med kundene. Hver agent representerte flere prinsipaler og i nettverket av avtaler forelå det også restriksjoner som begrenset priskonkurransen mellom agentene. Domstolen konkluderte med at avtalene hadde både som formål og virkning å begrense konkurransen mellom agentene.⁶³

Belgiske myndigheter anførte at det forelå ekte agentavtaler ettersom agentene inngikk avtaler i prinsipalens navn og for prinsipalens regning. De måtte derfor anses som et hjelpeorgan underlagt prinsipalen.⁶⁴ Domstolen tilbakeviste argumentasjonen og uttalte at hver agent måtte anses for en:

«independent agent who provides services on an entirely independent basis. He sells travel organized by a large number of different tour operators and a tour operator sells travel through a very large number of agents, [...] a travel agent cannot be treated as an auxiliary Organ forming an integral part of a tour operator's undertaking». ⁶⁵

⁶¹ Ibid. avsnitt 544-547.

⁶² Sak C-311/85 *VVR v Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*. Heretter 'Vlaamse Reisebureaus'.

⁶³ Ibid. avsnitt 17.

⁶⁴ Ibid. avsnitt 19.

⁶⁵ Ibid. avsnitt 20.

Begrunnelsen for at agenten måtte anses for selvstendig og uavhengig av prinsipalen var at agentene solgte reiser for et stort antall turoperatører, samt at hver turoperatør brukte et stort antall agenter. Vurderingen gir uttrykk for at manglende integrasjon mellom agent og prinsipal, herunder manglende eksklusivitet, er uforenelig med agentunntaket. I dette tilfellet ser Domstolen ut til å innfortolke et tilleggsvilkår om eksklusivitet mellom agent og prinsipal utover hva som kan utledes av retningslinjene av 1962 og Suiker Unie. Videre vurderer de ikke fordelingen av finansiell risiko mellom agenten og prinsipal eller hvorvidt agenten faktisk utgjør et hjelpeorgan integrert i prinsipalens virksomhet. Eksklusivitet som vurderingsmoment ser ut til å være utledet av integrasjonsvilkåret, hvor manglende eksklusivitet er et uttrykk for manglende integrasjon.

Domstolen fatter seg i korthet og forholder seg i stor grad til det konkrete faktum i saken uten å subsumere rundt økonomisk risiko og kostnader. Dette kan tas til inntekt for at det både er et krav om eksklusivitet og et krav om at agenten ikke bærer finansiell risiko. Eksklusivitet og finansiell risiko vil i så tilfelle være kumulative vilkår i vurderingen, hvor det ikke er nødvendig å vurdere finansiell risiko dersom det uansett ikke foreligger eksklusivitet.

Det interessante for videre analyse er hvorvidt fokus på eksklusivitet mellom prinsipal og agent var et uttrykk for den generelle utviklingen av unntaket, eller om det ble vurdert som særskilt viktig som følge av det konkrete saksforholdet. Herunder er det interessant hvorvidt eksklusivitet er et selvstendig vilkår.

3.5 Bundeskartellamt v Volkswagen AG and VAG Leasing GmbH⁶⁶ [1995]

Saken omhandlet Volkswagen sitt distribusjonsnettverk i forbindelse med salg og leasing av biler. Partene i saken var Volkswagen AG (VAG), VAG-Leasing og deres underliggende forhandlere. Som agenter skulle forhandlerne fremforhandle leasing-avtaler på vegne av VAG-Leasing og kjøpe de aktuelle kjøretøyene fra VAG i eget navn og på eget ansvar, for så å overføre dem til VAG-Leasing til samme pris som de selv hadde betalt. Forhandlerne mottok deretter en kommisjon for hver leasingavtale de inngikk. Etter endt leasingavtale ble bilene

⁶⁶ Sak C-266/93 *Bundeskartellamt v Volkswagen AG and VAG Leasing GmbH*. Heretter 'VAG-Leasing'.

tilbakeført til forhandlerne, som deretter måtte selge bilene for egen regning. Forhandlerne kunne heller ikke arbeide med leasing-forhandlere i konkurranse med VAG-Leasing.⁶⁷

Domstolen uttalte at agenter «can lose their character as independent traders only if they do not bear *any of the risks* resulting from the contracts negotiated on behalf of the principal and they operate as *auxiliary organs* forming an *integral part* of the principal's undertaking» (min kursiv).⁶⁸

Domstolen konkluderte med at agenten «assume[d], at least in part, the financial risks linked to the transactions [...] in so far as they repurchase the vehicles from it upon the expiry of the leasing contracts». ⁶⁹ På bakgrunn av den finansielle risikoen agenten påtok seg i kontraktsforholdet, var foretaket å anse som uavhengig av Volkswagen-konsernet. Etter Domstolens syn kunne ikke agenten påta seg «any of the risks»⁷⁰ ved gjennomføringen av agentoppdraget.

I vurderingen av økonomisk risiko fremstår graden av integrasjon som det teoretiske bakteppet for subsumsjonen, og det er graden av økonomisk risiko som avgjør hvorvidt agenten er tilstrekkelig integrert i prinsipalens virksomhet. Likevel er det vanskelig å trekke ut av dommen hvorfor økonomisk risiko alene er det avgjørende momentet i vurderingen av én økonomisk enhet, noe Domstolen heller ikke eksplisitt uttaler seg om. Dette medfører usikkerhet om hvorvidt integrasjon og risiko utgjør alternative eller kumulative vilkår for agentunntaket, eller om økonomisk risiko alene er vurderingstema. Samtidig var det eksklusivitet mellom prinsipal og agent, noe som kan forklare hvorfor det ikke var aktuelt for Domstolen å drøfte dette særskilt.

Domstolen påpeker videre at agentens «principal business of sales and after-sales services is carried on, largely independently, in their own name and for their own account»⁷¹ Det faktum at agenten utfører virksomhet som et selvstendig foretak tas til inntekt for at det ikke foreligger en ekte agentavtale. Dette ser ut til å være et uttrykk for at agentens manglende eksklusivitet og egenopptreden ikke er forenlig med unntaket, i tråd med tidligere praksis.⁷² Samtidig påpeker ikke Domstolen om dette er en vurdering av økonomisk risiko eller om det er tilknyttet

⁶⁷ Ibid. avsnitt 6.

⁶⁸ Ibid. avsnitt 19.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Sak C-311/85 *Vlamse Reisebureas* avsnitt 20 og Sak C-40/73 *Suiker Unie* avsnitt 544.

manglende integrasjon. Ut fra konteksten fremstår det som underordnede vurderingsmomenter i de tilfeller der det er relevant i henhold til det konkrete sakskomplekset.

Generaladvokat Tesauro anfører i sin innstilling til saken at finansiell risiko alene må være det avgjørende momentet i vurderingen, ettersom dette utgjør selve essensen i denne type avtaleforhold.⁷³ Det er i tilfeller hvor prinsipalen selv bærer kostnadene og risikoen ved gjennomføringen av kontraktsforholdet at relasjonen til agenten bør være unntatt kartellforbudet.⁷⁴ Videre forkaster Tesauro integrasjon som selvstendig moment i vurderingen. Det faktum at Domstolen ikke foretar en vurdering av integrasjon som et selvstendig kriterium trekker i retning av at Domstolen tilslutter seg Generaladvokatens innstilling. Uavhengig av begrunnelse er det klart at Domstolen tenderer mot et fokus på risiko fremfor integrasjon.

Domstolen beveger seg fra et fokus på integrasjon, mot et fokus på økonomisk risiko. Forholdet mellom økonomisk risiko og integrasjon som vilkår fremstår noe uklart etter dommen. Domstolen vurderer heller ikke eksklusivitet direkte. Det fremgår ikke hvorvidt dette kommer som følge av at eksklusivitet ikke var problematisert i den konkrete saken, eller at eksklusivitet ikke utgjør et selvstendig kriterium. For videre analyse er derfor forholdet mellom de ulike vurderingsmomentene, og vektingen av dem, sentralt.

3.6 Guidelines on Vertical Restraints⁷⁵ [2000]

Retningslinjene av 2000 omhandler vertikale avtaler og samarbeid, og erstattet retningslinjene fra 1962. Agentavtaler er regulert i paragrafene 12-20.

Kommisjonen omtalte i retningslinjene agentavtaler som faller utenfor virkeområdet til kartellforbudet som «genuine agency».⁷⁶ Videre var «[t]he determining factor [...] the financial or commercial risk borne by the agent».⁷⁷ Herunder påpeker Kommisjonen at det er to typer risiko som inngår i vurderingen. Den ene omhandler agentens finansielle risiko knyttet til forhandlingen og gjennomføringen av avtalen med tredjepart, mens den andre gjelder kostnader knyttet til nødvendige investeringer som følge av agentforholdet. Sistnevnte er tilfeller hvor

⁷³ Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Tesauro i sak C-266/93 i *VAG-Leasing*.

⁷⁴ *Ibid.* avsnitt 17.

⁷⁵ *Guidelines on vertical restraints* OJ [2000] C 291/1. Heretter 'Retningslinjene av 2000'.

⁷⁶ *Ibid.* avsnitt 13.

⁷⁷ *Ibid.*

agenten pådrar seg irreversible kostnader og investeringer uten alternativt anvendelsesområde.⁷⁸

Retningslinjene åpnet for at agenten kunne bære en «insignificant»⁷⁹ andel kostnader og risiko. Med andre ord kan en agentavtale være forenlig med unntaket for ekte agentavtaler også i tilfeller der agenten bærer en *ubetydelig* andel risikofaktorer. Dette innebærer at Kommisjonen hever akseptnivået for den risiko som agenten kan bære, der agenten tidligere ikke kunne bære noen risiko.⁸⁰ Gjennom en mer liberal tilnærming til agentavtaler kan dette forenkle praktiseringen og gi foretakene større spillerom i valg av distribusjonsform. Samtidig definerer ikke Kommisjonen hva som regnes som ubetydelig risiko, noe som medfører uklarhet og gir rom for tolkning.

Videre fremgår det av retningslinjene at manglende eksklusivitet er irrelevant ved vurderingen.⁸¹ Sett i sammenheng med paragraf 12-20 i sin helhet underbygger dette Kommisjonens syn på risikovurderingen som det sentrale. Her foreligger det en uenighet og forskjell i praktiseringen fra Domstolens drøftelser i Suiker Unie og Vlaamse Reisebureas. Samtidig er fokus på risikofaktorer mer i overensstemmelse VAG-Leasing.

Retningslinjene presiserer også at restriksjoner som påvirker forholdet mellom prinsipal og agent i markedet for agenttjenester ikke lenger omfattes av agentunntaket.⁸² Konkurransbegrensende klausuler i markedet for agenttjenester vil dermed nå kunne omfattes av kartellforbudet. Dette innebærer en innsnevring av virkeområdet til agentunntaket. Et skille mellom de to markedene virker kunstig i lys av den teoretiske forankringen i doktrinen om én økonomisk enhet. Som følge av utviklingen vil derfor agent og prinsipal kunne anses som samme økonomisk enhet i en relasjon, men uavhengige i en annen. Dette kan vanskelig innfortolkes i bestemmelsens ordlyd jfr. «mellom foretak»⁸³. Kommisjonen ser her ut til å gjøre et unntak fra unntaket for ekte agentavtaler.

Samtidig må det her påpekes at retningslinjene, i likhet med retningslinjene fra 1962, har status som «soft law». Det avgjørende er derfor om etterfølgende rettspraksis slutter seg til

⁷⁸ Ibid. avsnitt 14.

⁷⁹ Ibid. avsnitt 15 og 16; Sml. OJ [1962] 139/2921.

⁸⁰ Sak C-266/93 *VAG-Leasing* avsnitt 19.

⁸¹ OJ [2000] C 291/1 avsnitt 13.

⁸² Ibid. avsnitt 19.

⁸³ Konkurranseloven § 10 (1).

Kommisjonens retningslinjer. Uten domstolens tilslutning har endringene liten rettskildemessig betydning.

3.7 Minoan Lines v Commission⁸⁴ [2003]

Minoan Lines er en fergeoperatør som driver passasjer- og biltransport mellom Hellas og Italia. I saken ble Minoan Lines identifisert med samarbeidspartner og agent ETA, hvor sistnevnte deltok i kartellvirksomhet. Til tross for at partene utgjorde to separate juridiske enheter anførte Kommisjonen at de sammen utgjorde én økonomisk enhet som følge av samarbeidet, med den konsekvens at prinsipalen kunne identifiseres med atferden til agenten.⁸⁵ Minoan på sin side anførte at de og ETA utgjorde to uavhengige foretak, både juridisk og økonomisk.⁸⁶ De forsvarte seg med at de manglet autonomi på markedet og at deres atferd var styrt av reguleringer fra offentlige myndigheter, samt at ETAs atferd lå utenfor kontraktsforholdet mellom Minoan og ETA.⁸⁷

Underretten påpekte at det var to sentrale kriterier ved vurderingen av hvorvidt det foreligger én økonomisk enhet: «first, whether the intermediary takes on *any economic risk* and, secondly, whether the services provided by the intermediary are *exclusive*» (min kursiv).⁸⁸ Underretten konkluderer med at det foreligger én økonomisk enhet og dermed en ekte agentavtale siden:

«ETA did business on the market only in the name of and for the account of Minoan, it took on no financial risk in connection with that business and, lastly, the two companies were perceived by third parties and on the market as forming one and the same economic entity, namely Minoan».⁸⁹

Prinsipalen ble derfor identifisert med atferden til agenten.

Det er flere interessante momenter man kan trekke ut av dommen. For det første ser det ut til at integrasjon som selvstendig vilkår ikke lenger vektlegges ved vurderingen av samarbeidet. Det er den økonomiske risiko agenten sto overfor som var det avgjørende for om agent og prinsipal utgjorde én økonomisk enhet. I motsetning til retningslinjene av 2000 godtar ikke Underretten

⁸⁴ Sak T-66/99 *Minoan Lines v Commission*. Heretter 'Minoan'.

⁸⁵ Ibid. avsnitt 119.

⁸⁶ Ibid. avsnitt 21.

⁸⁷ Ibid. avsnitt 14 og 99-100.

⁸⁸ Ibid. avsnitt 126.

⁸⁹ Ibid. avsnitt 129.

at agenten bærer noen økonomisk risiko. Dette underbygger synet på integrasjon og økonomisk risiko som alternative vilkår, eventuelt risikofordeling som eneste selvstendige vilkår. For det andre kan det fremstå som et selvstendig kriterium hvorvidt agenten jobber eksklusivt for prinsipalen.⁹⁰ Dette vil være mer i tråd med utgangspunktet i Vlaamse Reisebureaus, men gå imot retningslinjene av 2000. Underretten utdyper riktignok at det sentrale i vurderingen av eksklusivitet er hvorvidt agenten opptrer som en selvstendig forhandler på samme marked som han utfører tjenester for prinsipalen, i tråd med utgangspunktet i Suiker Unie.⁹¹ For det tredje ser det ut til at Underretten oppstiller som et tilleggskriterium i vurderingen hvordan forholdet mellom agent og prinsipal fremstår utad.⁹² Dette tilleggskriteriet sier imidlertid lite om fordelingen av risikofaktorer, eller i hvilken grad agenten utgjør en integrert del av prinsipalens foretak. Vurderingen tar heller ikke hensyn til at prinsipalen ikke godkjenner eller autoriserer agentens atferd, eller der det foreligger avvikende interesser mellom partene.⁹³ Hvorvidt dette tilleggskriteriet er et selvstendig moment som leder til resultatet, eller om det trekkes inn som støtte for et resultat som allerede følger av risikokriteriet, er uklart.

Avgjørelsen følger trenden som har fulgt denne analysen, det vil si et skifte i fokus fra integrasjon til en vurdering av økonomisk risiko. Samtidig fremstår agentens eksklusivitet som et selvstendig kriterium for agentunntaket. Hvorvidt avveiningen følger av det konkrete saksforholdet, eller om integrasjon ikke lenger utgjør et vilkår og er erstattet av eksklusivitet, er sentralt for videre analyse.

3.8 DaimlerChrysler v Commission⁹⁴ [2005]

Saken omhandlet Mercedes-Benz sitt distribusjonsnettverk og salg av personbiler i Tyskland, Spania og Belgia. Kommisjonen anførte at distribusjonsnettverket la restriksjoner på intramerke-konkurransen gjennom begrensninger på import av Chrysler, og at Mercedes-Benz konsernet hadde brutt kartellforbudet gjennom prisfiksing og geografisk avgrensning av salg.⁹⁵ De argumenterte videre for at «The Mercedes-Benz agent bears a considerable share of the price risk associated with the vehicles whose sale he negotiates».⁹⁶ Risikofaktorene omfattet

⁹⁰ Ibid. avsnitt 132.

⁹¹ Ibid. avsnitt 128.

⁹² Ibid. avsnitt 129.

⁹³ Ibid. avsnitt 139 og 149.

⁹⁴ Sak T-325/01 *DaimlerChrysler v Commission*. Heretter 'DaimlerChrysler'.

⁹⁵ Ibid. avsnitt 9-10.

⁹⁶ Sak COMP/36.264 *Mercedes-Benz*, avsnitt 155.

prisrisiko gjennom potensielt lavere utbetalt kommisjon, kostnader forbundet med transport og salgskampanjer, og diverse kommersielle risikofaktorer.⁹⁷ Kommisjonen vektla også at agentene i stor grad bedrev virksomhet i andre relasjoner, og en liten del av deres totale fortjeneste kom gjennom agent-prinsipal forholdet.⁹⁸

Underretten tar utgangspunkt i at agenten ikke kan påta seg oppgaver eller funksjoner som fra et økonomisk standpunkt tilsvarer det til et uavhengig foretak. Agenten må videre være underlagt prinsipalens kontroll og må følge hans instruksjoner.⁹⁹ Det fremstår som om Underretten anvender prinsipalens autoritet og kontroll over agenten som et mål på graden av integrasjon.

Vurderingen tar utgangspunkt i «the degree of risk borne by those agents under the agency agreement *and* the question of their integration into Mercedes-Benz» (min kursiv).¹⁰⁰ Det fremgår derfor som klart at det formelle utgangspunktet er en selvstendig vurdering av risiko og integrasjon som to kumulative vilkår. Dersom prinsipalen innehar bestemmende autoritet og bærer den økonomiske risikoen, skal agenten «be treated in the same way as employees and considered as integrated in that undertaking and thus forming an economic unit with it».¹⁰¹

Underretten konkluderte motsatt av Kommisjonens vedtak i vurderingen av økonomisk risiko. De anså agentens finansielle og kommersielle risiko som irrelevant relativt til prinsipalens, og at Kommisjonen «materially overstates the importance of the risks associated with the obligation on agents».¹⁰²

Underretten anså agentenes kommersielle frihet for å være svært begrenset, og for liten til å kunne påvirke konkurransen i markedet. De konkluderte med at var prinsipalen som bar prisrisikoen forbundet med salget av biler.¹⁰³ I motsetning til Kommisjonens standpunkt, mente Underretten at det ikke forelå noen prisrisiko for agenten når denne kunne gi rabatter som igjen ville bli fratrukket deres kommisjon. Dette var et valg agenten kunne gjøre uavhengig av prinsipalens samtykke, i et forsøk på å selge flere biler og øke sin totale fortjeneste.¹⁰⁴

⁹⁷ Ibid. avsnitt 155-159.

⁹⁸ Ibid. avsnitt 160 (d).

⁹⁹ Sak T-325/01 *DaimlerChrysler* avsnitt 87-88.

¹⁰⁰ Ibid. avsnitt 89.

¹⁰¹ Ibid. avsnitt 102.

¹⁰² Ibid. avsnitt 109. Se også avsnitt 102-103 og 106.

¹⁰³ Ibid. avsnitt 100-102.

¹⁰⁴ Ibid. avsnitt 99.

Underretten tok også stilling til hvorvidt det forelå andre risikofaktorer, utover prisrisikoen, som medførte at samarbeidet likevel ble omfattet av kartellforbudet.¹⁰⁵ Det innebar særlig kostnader i forbindelse med transport av biler, plikten til å kjøpe tilbake biler samt garanti og servicetjenester.¹⁰⁶ Kommisjonen hadde i sin påstand redegjort for ulike risikofaktorer, uten å bevise hvordan disse utgjorde en vesentlig risiko.¹⁰⁷ Dette viser at det ikke er tilstrekkelig å påvise en teoretisk risiko som følge av den formelle agentavtalen, det må også bevises etter en konkret vurdering hvordan dette utgjør en økonomisk risiko for agenten.¹⁰⁸

Dommen trekker i retning av at risikovurderingen alene er det sentrale vurderingsmomentet, og at integrasjonsvilkåret ikke lenger spiller en selvstendig rolle.¹⁰⁹ Selve drøftelsen beror alene på en vurdering av de ulike økonomiske risikofaktorene, finansiell og kommersiell, som agenten står overfor.¹¹⁰ At integrasjon ikke utgjør et selvstendig vilkår underbygges av Kommisjonens vedtak, hvor de formulerer at «[t]he criterion of integration is, unlike risk allocation, not a separate criterion for distinguishing a commercial agent from a dealer».¹¹¹

Underretten tar ikke uttrykkelig standpunkt til Kommisjonens uttalelse om hvorvidt integrasjon utgjør et selvstendig vilkår. Det faktum at de foretar en vurdering av prinsipalens kontroll over agenten og agentens autonomi på markedet, gir likevel uttrykk for en vurdering av graden av integrasjon.¹¹² Tilsynelatende anvender Underretten graden av økonomisk risiko og kostnader som et mål på integrasjon, uten å skille mellom de to størrelsene. Likevel etterlater dette betydelig tvil om den innbyrdes vektingen av risiko og integrasjon, og hvorvidt integrasjon utgjør et selvstendig vilkår ved siden av økonomisk risiko.

Underretten åpner for, i likhet med retningslinjene av 2000, at agenten kan bære en viss andel av risikofaktorene. Vurderingen vil bero på om det er prinsipal eller agent som bærer hovedrisikoen i avtaleforholdet.¹¹³ Det er likevel fortsatt uklart i hvilken grad agenten kan bære økonomisk risiko, med andre ord hva Underretten anser for «material risks» og «meaningful

¹⁰⁵ Ibid. avsnitt 103.

¹⁰⁶ Ibid. avsnitt 103-113.

¹⁰⁷ Ibid. avsnitt 112. Underretten anvender begrepet «material risks».

¹⁰⁸ Henriksson (2012), s. 264-265.

¹⁰⁹ Tore Lunde tar dommen til inntekt for at det ikke lenger er et selvstendig integrasjonsvilkår jfr. Lunde (2007) s. 62-71.

¹¹⁰ Se Sak T-325/01 *DaimlerChrysler* avsnitt 89-119.

¹¹¹ Sak COMP/36.264 *Mercedes-Benz* avsnitt 163.

¹¹² Sak T-325/01 *DaimlerChrysler* avsnitt 88.

¹¹³ Lunde (2007) s. 70.

economic risks».¹¹⁴ Underretten ser ut til å ha en praktisk tilnærming til i hvilken grad agenten bærer økonomisk risiko, hvor det ikke er til hinder at agenten bærer kostnader som er uvesentlige relativt til prinsipalen og kontraktsforholdet forøvrig.¹¹⁵ I sin subsumsjon omtaler Underretten manglende levering, ansvar for garanti og reklamasjon, samt risiko for at kjøper ikke betaler for «principal risks».¹¹⁶ Samtidig foreligger det ikke en klar terskel for hvilke risikofaktorer som medfører at man er utenfor virkeområdet til agentunntaket. Uten en klar terskel for vurderingen, er heller ikke aktørenes rettsstilling forutberegnelig.

Som følge av dommen oppstår det en viss spenning mellom Kommisjonen og domstolene. Kommisjonen har både i denne dommen og tidligere gitt klart uttrykk for allokering av risikofaktorer som det eneste sentrale vurderingskriteriet, noe som gir seg utslag i vektingen av risikomomenter. På den andre siden går Underretten her imot Kommisjonen og anser dem for å ha vurdert den økonomiske risikoen for strengt. Dette illustrerer at domstolenes vurdering i så henseende er mer sammensatt.

Underretten omtaler ikke eksklusivitet som vurderingsmoment i foreliggende sak. Hvorvidt dette kommer som følge av at det ikke utgjør et selvstendig vilkår, eller det faktum at det ikke var problematisert i saken, er usikkert. Videre kan det argumenteres for at integrasjonskriteriet er redusert til et støtte- eller tolkningsmoment, i den grad det påvirker økonomisk risiko.¹¹⁷ For videre analyse er en klargjøring av hvilke vilkår som gjelder, terskelen og det innbyrdes forholdet mellom dem, sentralt.

3.9 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio¹¹⁸ [2006]

CEES gjaldt en forespørsel fra spansk høyesterett om en prejudisiell avgjørelse av saksforholdet. Oljeselskapet CEPSA hadde inngått avtaler med en rekke bensinstasjoner som påla disse å selge drivstoff eksklusivt fra dem. I tillegg var bensinstasjonene underlagt CEPSA sin instruksjon og måtte følge deres utsalgspriser, samt deres salgs- og forretningsstrategi. Ved mottakelse av drivstoffet pliktet bensinstasjonene å oppbevare dette på en måte som minimerer

¹¹⁴ Ibid. avsnitt 111-112.

¹¹⁵ Ibid. avsnitt 112.

¹¹⁶ Ibid. avsnitt 102.

¹¹⁷ Lunde (2007) s. 70.

¹¹⁸ Sak C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*. Heretter 'CEES'.

faren for skade eller tap, samtidig som de påtok seg risikoen og sto ansvarlig for eventuelle tap både overfor CEPESA og tredjepart. Bensinstasjonsinnehaverne mottok en kommisjon etter hvor mye som ble solgt, samtidig som de var forpliktet til å betale CEPESA for mottatt drivstoff ni dager etter levering.¹¹⁹

Domstolen referer til tidligere rettspraksis for agentunntaket og stadfester at prinsipal og agent må utgjøre én økonomisk enhet, med utgangspunkt i hvem som bærer den økonomiske risikoen i kontraktsforholdet.¹²⁰ Det er nå forenlig med unntaket også der agenten bærer «only a negligible share of the risks».¹²¹

I denne saken hadde ikke Domstolen tilstrekkelig informasjon til å vurdere fordeling av økonomisk risiko og kostnader, men de trakk opp generelle retningslinjer for vurderingen. De konkluderte med at det skal foretas en vurdering av:

«factual circumstances (...) as to the actual allocation of the financial and commercial risks (...) first, of the risks linked to the sale of the goods, such as the financing [...], second, of the risks linked to investments specific to the market, namely those required to enable the [agent] to negotiate or conclude contracts with third parties».¹²²

I likhet med retningslinjene av 2000 deles vurderingen av risiko opp i kontraktsspesifikk og markedsspesifikk risiko. Fordelingen av økonomisk risiko og risikofaktorer mellom agent og prinsipal skal vurderes på bakgrunn av «criteria such as ownership of the goods, the contribution to the costs linked to their distribution, their safe-keeping, liability for any damage caused to the goods or by the goods to third parties, and the making of investments specific to the sale of those goods».¹²³ Tilfeller der agenten bærer «to a non-negligible extent, one or more financial and commercial risks linked to the sale to third parties» er uforenelig med agentunntaket.¹²⁴ I likhet med DailmerChrysler ligger fokuset hovedsakelig på vurdering av ulike typer risikofaktorer, og integrasjon blir ikke anvendt som mer enn et forklarende begrep for agentavtaler.

¹¹⁹ Ibid. avsnitt 12.

¹²⁰ Ibid. avsnitt 43-48.

¹²¹ Ibid. avsnitt 61.

¹²² Ibid. avsnitt 48-51.

¹²³ Ibid. avsnitt 60.

¹²⁴ Ibid. avsnitt 65.

Domstolen fastslår et viktig skifte i utviklingen som har fulgt siden retningslinjene av 1962. I markedet for formidling av agenttjenester anses agenten som en selvstendig forhandler, hvor restriksjoner vil kunne utgjøre et brudd på kartellforbudet.¹²⁵ Typiske restriksjoner er eksklusivitet- og konkurranseklausuler. Dette er i henhold til retningslinjene av 2000, og fastslår unntaket fra unntaket for agentavtaler. Vurderingen av eksklusivitet ser derfor ut til å ha beveget seg fra å være et vilkår for ekte agentavtaler i Vlaamse Reisebureas, til noe som nå er forbudt dersom det i tilstrekkelig grad begrenser konkurransen. Domstolen begrunner ikke hvordan doktrinen om én økonomisk enhet er forenlig med at slike klausuler likevel omfattes av kartellforbudet.

Videre stadfester Domstolen endringen fra retningslinjene av 2000 og DaimlerChrysler, ved at det er forenlig med unntaket at agenten bærer en *ubetydelig* andel av risikoen.¹²⁶ Tidligere har agenten ikke kunnet bære noen risikofaktorer forbundet med samarbeidet.¹²⁷ Utviklingen hever nivået på den risiko som godtas for agentunntaket. Med dette gis agentunntaket et videre spillerom og det er mindre økonomisk risiko og usikkerhet forbundet med å velge agentavtaler som distribusjonsform. Samtidig uttaler ikke Domstolen seg eksplisitt om hvilket nivå som kan anses for «ubetydelig» andel risiko.

Utgangspunktene i CEES ble stadfestet i en senere prejudisiell avgjørelse som omhandlet et saksforhold med likelydende avtaler.¹²⁸ Risiko ser nå ut til å være det sentrale vurderingstema, men terskelen og vektingen av risikofaktorer er fortsatt uklar.

3.10 Guidelines on Vertical Restraints¹²⁹ [2010]

Retningslinjene av 2010 utvikler og avløser retningslinjene fra 2000. Utformingen av de relevante paragrafene i 12-21 er lik med dem fra 2000, med visse tilføyelser og endringer.

Kommisjonen utdyper risikovurderingen ytterligere fra de tidligere retningslinjene. Det er nå tre typer finansiell eller kommersiell risiko som står sentralt ved anvendelsen av agentunntaket. I tillegg til kontrakts-spesifikk risiko og marked-spesifikk risiko, som også ble vurdert i retningslinjene av 2000, påpeker nå Kommisjonen også økonomisk risiko knyttet til agentens

¹²⁵ Ibid. avsnitt 62.

¹²⁶ Ibid. avsnitt 61.

¹²⁷ Se også Van Bael & Bellis (2010) s. 175-176.

¹²⁸ Sak C-279/06 CEPSA.

¹²⁹ *Guidelines on vertical restraints* OJ [2010] C 130/1. Heretter 'Retningslinjene av 2010'.

egen aktivitet på det samme produktmarkedet som han leverer agenttjenester for prinsipalen.¹³⁰ Dersom agenten blir påført økonomisk risiko i forbindelse med et pålegg fra prinsipalen om egenaktivitet på samme produktmarked, men ikke i kraft av å være prinsipalens kommersielle agent, er dette en type risiko som spiller inn i vurderingen. Dette ser ut til å være et utslag av eksklusivitetskriteriet slik det har blitt praktisert av domstolene.¹³¹

Dersom agenten bærer noen av risikofaktorene som listet i paragraf 14, 15 eller 16, vil resultatet være at kontraktsforholdet «will not be qualified as an agency agreement» etter agentunntaket.¹³² Samtidig beholder Kommisjonen forbeholdet om at agenten kan bære en «ubetydelig» andel risiko.¹³³ I retningslinjene av 2000 og praksis, senest omtalt i CEES, ser det ut til at det skal foretas en mer konkret vurdering av de påløpte risikoene og kostnader. Hvilke risikofaktorer Kommisjonen godtar i vurderingen fremstår uklart.

Kommisjonens tilnærming i paragraf 13 viser at vurderingen av risikofaktorer er avgjørende i analysen av agentavtaler. Det fremgår videre at eksklusivitet mellom prinsipal og agent i streng forstand ikke er nødvendig, ved at det vurderes som uproblematisk at en agent arbeider for flere prinsipaler. Integrasjon blir ikke nevnt som selvstendig vilkår eller vurderingsmoment. Retningslinjene er i så måte i overensstemmelse med uttalelsene i kommisjonsavgjørelsen ved DaimlerChrysler, men i strid med domsavgjørelsen i samme sak.¹³⁴

Kommisjonen stadfester sitt fokus på en strengere praktisering i vurderingen av økonomisk risiko. Vurderingen er også i stor grad knyttet opp mot risikofaktorene som er opplistet i de daværende retningslinjene. Domstolene har hatt en mer liberal og helhetlig tilnærming, og det interessante for videre analyse av praksis er å se om de slutter seg til Kommisjonens strenge tilnærming.

¹³⁰ Ibid. avsnitt 14.

¹³¹ Ibid. avsnitt 14 og 15.

¹³² Ibid. avsnitt 17.

¹³³ Ibid. avsnitt 15.

¹³⁴ Sml. Sak COMP/36.264 *Mercedes-Benz* avsnitt 163 og Sak T-325/01 *DaimlerChrysler* avsnitt 88.

3.11 Voestalpine and voestalpine Wire Rod Austria v Commission¹³⁵ [2015]

I saken ble det anført at samarbeidet mellom produsenter av bygningsmaterialer medførte brudd på kartellforbudet. Det sentrale fra saken er vurderingen av hvorvidt den ene produsenten, Austria Draht, kunne identifiseres med handlingene til salgsagenten Mr. G, og derfor kunne bli ilagt bot som følge av hans deltagelse i den påståtte kartellvirksomheten.¹³⁶ Austria Draht anførte at Mr. G var en selvstendig salgsagent som opptrådte utenfor deres kontroll og at de derfor ikke kunne holdes ansvarlig for hans atferd.¹³⁷ I den konkrete vurderingen slår Underretten fast at Austria Draht hadde hovedtyngden av den økonomiske risikoen for avtalene fremforhandlet av Mr. G, og at de kostnadene Mr. G hadde i forbindelse med agenttjenestene var ubetydelig i denne sammenhengen.

Underretten uttaler at det overordnede vurderingstema er «whether a principal and his agent or intermediary form a single economic entity, the agent or intermediary being an auxiliary organ forming part of the principal's undertaking»¹³⁸. Det skal foretas en todelt vurdering, «first, whether the intermediary takes on any economic risk and, second, whether the services provided by the intermediary are exclusive»¹³⁹ Finansiell risiko forbundet med salg eller gjennomføring av agentoppdraget er «the decisive factor»¹⁴⁰, og Underretten godtar at agenten «bears to a very limited extent, the financial risks».¹⁴¹

Saken er prinsipielt viktig fordi Underretten måtte forholde seg til det faktum at Mr. G opptrådte som agent også for en annen prinsipal, hvor hovedinntekten hans kom fra denne. I så henseende kan ikke agentens tjenester overfor Austria Draht sies å være eksklusive i streng forstand. At eksklusivitet blir trukket frem som et relevant vurderingsmoment strider med retningslinjene av 2010, som sier at det er irrelevant for vurderingen om agenten jobber for flere prinsipaler.¹⁴² Domstolen foretar likevel ikke en vurdering av eksklusivitet i streng forstand, men vurderer «whether that agent is in a position, as regards the activities entrusted to him by that principal,

¹³⁵ Sak T-418/10 *voestalpine and voestalpine Wire Rod Austria v Commission*. Heretter 'Voestalpine AG'.

¹³⁶ Ibid. avsnitt 149.

¹³⁷ Ibid. avsnitt 89.

¹³⁸ Ibid. avsnitt 138.

¹³⁹ Ibid. avsnitt 139.

¹⁴⁰ Ibid. avsnitt 154.

¹⁴¹ Ibid. avsnitt 158.

¹⁴² OJ [2010] C 130/1 avsnitt 13.

to act as an independent trader free to determine his own business strategy».¹⁴³ Underretten vurderer følgelig eksklusivitet på bakgrunn av agentens mulighet for egenopptreden på samme marked som prinsipalen. Det bryter dermed ikke med eksklusivitetskriteriet at agenten kan utgjøre én økonomiske enhet med begge prinsipaler.¹⁴⁴

Drøftelsen faller tilbake på vurderingen av finansiell risiko og hvorvidt agenten, til tross å samarbeide med flere prinsipaler, utgjør et hjelpeorgan integrert i prinsipalens virksomhet.¹⁴⁵ Motsetningsvis vil agenten utgjøre et uavhengig foretak dersom han bærer ikke-ubetydelige risikofaktorer og selvstendig kan avgjøre sin egen strategi på markedet.

Underretten anså kostnader til juridisk hjelp, reisekostnader, påløpte kostnader i forbindelse med slutføring av avtalen, oversettelseskostnader etc. som ubetydelige i relasjon til vurderingen av økonomisk risiko.¹⁴⁶ Fordelingen av disse risikofaktorene er derfor uvesentlige i vurderingen av økonomisk risiko, som følge av at de er «ancillary to the activities entrusted», og videre er «negligible or limited».¹⁴⁷ Underretten slår her fast at de godtar begrenset økonomisk risiko som forenlig med agentunntaket. Videre ser Underretten ut til å ha en mer helhetlig tilnærming til vurderingen av agentens økonomiske risiko. Senest i CEES var vurderingen hvorvidt agenten bar «one or more financial and commercial risks», som gir uttrykk for en mer stringent tilnærming.¹⁴⁸

¹⁴³ Sak T-418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 153.

¹⁴⁴ *Ibid.* avsnitt 160.

¹⁴⁵ *Ibid.* avsnitt 154.

¹⁴⁶ *Ibid.* avsnitt 142-148.

¹⁴⁷ *Ibid.* avsnitt 147.

¹⁴⁸ Sak C-217/05 *CEES* avsnitt 65.

4 Oppsummering: Gjeldende rett

4.1 Innledning

Kapittel 4 vil gi en oppsummering av gjeldende rett. Fokus vil være på hva som er innholdet i agentunntaket i dag, hva som er vilkårene for unntaket og innholdet i disse. Det vil også gis kritiske bemerkninger til agentunntaket slik det praktiseres.

4.2 Risiko, integrasjon og eksklusivitet

Det overordnede vurderingstema er hvorvidt agent og prinsipal anses for én økonomisk enhet på markedet, hvor agenten arbeider under prinsipalens kontroll og instruksjoner. Herunder må agenten utgjøre et hjelpeorgan, integrert i prinsipalens virksomhet.¹⁴⁹ Det fremgår av analysen at det er blitt trukket frem et risikokriterium, et integrasjonskriterium og et eksklusivitetskriterium.

Utgangspunktet for vurderingen er at det skal foretas en saksspesifikk og konkret vurdering av den økonomiske relasjonen mellom prinsipal og agent. Det er den faktiske opptreden på markedet som skal vurderes, på bakgrunn av den reelle fordelingen av risikofaktorer og kostnader.¹⁵⁰ Vurderingen er således fristilt fra agentavtalens formelle kategorisering og fordeling av risikofaktorer og kostnader.¹⁵¹

Vurderingen av økonomisk risiko og i hvilken grad agenten bærer risikofaktorer og kostnader utgjør selve essensen i vurderingen av agentforholdet. I de tilfeller agenten ikke bærer noen finansiell eller kommersiell risiko i avtaler inngått med tredjepart vurderes han i realiteten til å utgjøre et hjelpeorgan for prinsipalen. Det er uomtvistet at det foreligger et vilkår om økonomisk risiko.¹⁵²

I hvilket omfang agenten kan bære økonomisk risiko fremstår derimot mer uklart. Utgangspunktet er at agenten ikke skal bære noen form for finansiell eller kommersiell risiko ved gjennomføringen av agentoppdraget. Samtidig vurderes de tilfeller hvor agenten bærer en

¹⁴⁹ Sak T-418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 136-138; C-40/73 *Suiker Unie* avsnitt 480.

¹⁵⁰ Sak T-325/01 *DaimlerChrysler* avsnitt 46-51.

¹⁵¹ Sak T-418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 136-137.

¹⁵² Se senest Sak T-418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 139.

begrenset eller ubetydelig risiko som forenlig med agentunntaket.¹⁵³ I denne forbindelse uttaler Underretten at agenten ikke kan bære «material risks».¹⁵⁴ I fastsettelse av akseptabel risiko kan det også være hensiktsmessig å se hen til de øvrige oversettelsene. I Svensk versjon omtales «material risks» som en «väsentlig risk», i dansk versjon en «væsentlig risici», i tysk en «spürbar Risiken», i fransk «des risques substantiell».¹⁵⁵ Samtidig skal ikke domstolene tolkes dithen at det er et krav at agenten skal bære en slik vesentlig risiko for at samarbeidet faller utenfor virkeområdet til agentunntaket. Gjeldende rett må være at det ikke er forenelig med agentunntaket også i de tilfeller hvor agenten bærer en ikke-ubetydelig andel av kostnader og risiko. Hva som utgjør vesentlige og ikke-ubetydelige risikofaktorer må avgjøres fra sak til sak, og vurderes relativt til den risiko prinsipalen bærer. Det kan vanskelig sies noe generelt om hvor terskelen ligger.¹⁵⁶

Typiske risikofaktorer som er relevante i vurderingen av om agenten bærer ikke-ubetydelig risiko er eierskap til formuesgodet som er gjenstand for transaksjonen, kostnader i forbindelse med distribusjon og oppbevaring, samt ansvar overfor tredjepart for garanti og skade på formuesgodet.¹⁵⁷ Risikofaktorer og kostnader som i større grad følger indirekte av agentavtalen, som kostnader forbundet juridisk bistand, reisekostnader, oversettelseskostnader etc., regnes i denne sammenheng som ubetydelige.¹⁵⁸ Denne type kostnader ser ut til å falle helt utenfor vurderingen. Kostnader som blir kompensert av prinsipalen skal heller ikke tas med i vurderingen. Videre kan det påpekes at agenten med rimelighet bør ha ansvar for egen uaktsomhet slik at kostnader forbundet med agentens uaktsomme opptreden ikke skal medtas.¹⁵⁹

Visse risikomomenter og kostnader er det uproblematisk at agenten bærer etter agentavtalen. Det faller utenfor vurdering hvorvidt agenten bærer økonomisk risiko på et annet marked enn det som følger av agent-prinsipal virksomheten.¹⁶⁰ Videre faller det utenfor vurderingen hvorvidt agenten pådrar seg egne kostnader i forbindelsen med ytelse av agenttjenester generelt

¹⁵³ Sak T- 418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 147; Sak C-217/05 *CEES* avsnitt 61.

¹⁵⁴ Sak T-325/01 *DailmerChrysler* avsnitt 112.

¹⁵⁵ Henrikson (2012) s. 264-265; Sak T-325/01 *DaimlerChrysler* avsnitt 112.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Sak C-217/05 *CEES* avsnitt 60.

¹⁵⁸ Sak T-418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 147.

¹⁵⁹ Henriksson (2012) s. 263.

¹⁶⁰ Sak T-325/01 *DailmerChrysler* avsnitt 113.

eller ved fremforhandling av agentavtalen. Dette inkluderer for eksempel investering i egne lokaler og personell for å yte agenttjenester eller økonomiske risiko ved manglende inntjening.

I sontringen mellom ekte og uekte agentavtaler vil sammenligningsgrunnlaget være til en selvstendig og uavhengig distributør. Dersom agenten bærer risikofaktorer og påtar seg oppgaver som ut fra et økonomisk perspektiv tilsvarer det til et uavhengig foretak, vil agenten bære deler av den den finansielle og kommersielle risiko i avtaler med tredjepart. Det vil dermed ikke foreligge en ekte agentavtale.¹⁶¹ En teoretisk mulighet for at agenten kan bære økonomisk risiko eller kostnader er ikke tilstrekkelig i vurderingen. At en agentavtale beskriver en mulighet for slike risikofaktorer og kostnader er derfor ikke tilstrekkelig å påstå at agenten faktisk bærer ikke-ubetydelig risiko. Det må bevises ut fra de faktiske forhold at samarbeidet er utenfor virkeområdet til agentunntaket.¹⁶²

Det har vært gjenstand for diskusjon og uenighet hvorvidt det foreligger et integrasjonsvilkår som et selvstendig og kumulativt vilkår i tillegg til risikovilkåret. Kommisjonen fokuserer på økonomisk risiko, graden av risiko, og hvorvidt agenten bærer nærmere angitte risikofaktorer.¹⁶³ Samtidig ordlegger domstolene seg slik at det er en todelt vurdering, både av økonomisk risiko og graden av integrasjon.¹⁶⁴ Forskjellen i praktisering toppet seg i kommisjonsavgjørelsen som ledet til DailmerChrysler, hvor Kommisjonen uttalte «[t]he criterion of integration is, unlike risk allocation, not a separate criterion».¹⁶⁵ Dette ledet til at blant andre Tore Lunde konkluderte med at «integrasjonskriteriet har lidd ein sakte og smertefull død».¹⁶⁶

Det fremstår som mer hensiktsmessig å se på integrasjon og risiko som to sider av samme vurderingstema. Slik jeg tolker sakene fra domstolene er integrasjon den overordnede termen som blir brukt for om agent og prinsipal utgjør én økonomisk enhet. Risiko blir følgelig brukt som det avgjørende kriteriet for om agenten er integrert i prinsipalens foretak. Selv om domstolene riktignok legger avgjørende vekt på allokeringen av risikofaktorer, medfører ikke dette at integrasjon ikke har noen betydning. Det er nettopp i de tilfeller hvor agenten ikke påtar seg noen finansiell eller kommersiell risiko, eller bare i ubetydelig grad, at han virkelig kan sies

¹⁶¹ Sak C-40/73 *Suiker Unie* avsnitt 482.

¹⁶² Henriksson (2012) s. 264.

¹⁶³ OJ [2010] C 130/1 avsnitt 13-17.

¹⁶⁴ Sak T-325/01 *DailmerChrysler* avsnitt 89.

¹⁶⁵ Sak COMP/36.264 *Mercedes-Benz* avsnitt 163.

¹⁶⁶ Lunde (2007) side 70.

å være integrert i prinsipalens foretak og utgjøre samme økonomiske enhet i henhold til kartellforbudet.¹⁶⁷ Både risiko og integrasjon fremstår derfor som nødvendig, og hver for seg ikke tilstrekkelig.¹⁶⁸ Dette finner støtte i *Suiker Unie* hvor agenten anses for selvstendig og uavhengig av prinsipalen dersom han bærer økonomisk risiko i avtaleforholdet, fordi dette resulterer i at han ikke i tilstrekkelig grad er integrert i prinsipalens virksomhet.¹⁶⁹

I tillegg til graden av økonomisk risiko og integrasjon fremstår eksklusivitetskriteriet som en sentral del av rettspraksis. Det er to forhold som har aktualisert en vurdering av agentens eksklusivitet. Det første tilfellet er der agenten opptrer for to eller flere prinsipaler samtidig. Det andre tilfellet er der agenten opptrer selvstendig på samme markedet som han formidler tjenester på vegne av prinsipalen. I de tilfeller der det er relevant som følge av det konkrete saksforholdet, ser domstolene ut til å fremstille eksklusivitet som et eget vilkår.¹⁷⁰ Reelt sett er det naturlig å anse et kriterium om eksklusivitet som et utslag av integrasjonsvurderingen, fremfor et vilkår i seg selv.¹⁷¹ Slik nyere praksis fra domstolene gir uttrykk for skal vurderingen av eksklusivitet knytte seg til en vurdering av i hvilken grad agenten opptrer selvstendig i det samme markedet som han utfører agenttjenester for prinsipalen.¹⁷² Vilkåret skal følgelig ikke tolkes bokstavelig, og det er derfor ikke noe til hinder for at agenten påtar seg agentoppdrag for flere prinsipaler.¹⁷³ Domstolen åpner videre for at agenter kan utgjøre én økonomisk enhet med flere prinsipaler samtidig, uten at dette bryter med eksklusivitetskriteriet.¹⁷⁴ En slik praktisering stemmer overens med retningslinjene av 2010.¹⁷⁵ Etter mitt syn gir derfor eksklusivitet uttrykk for en vurdering av agentens integrasjon i prinsipalens virksomhet på samme måte som økonomisk risiko, samtidig som det ikke isolert sett er et eget vilkår. Agenten kan i kontraktsforholdet derfor ikke ha friheten til å opptrå selvstendig og uavhengig, samtidig som han representerer prinsipalen.¹⁷⁶ Manglende eksklusivitet blir derfor problematisk i de tilfeller hvor agenten, som følge av å representere flere prinsipaler eller bedrive egen aktivitet på markedet, utfører virksomhet tilsvarende en uavhengig og selvstendig distributør.¹⁷⁷

¹⁶⁷ Erlend Hjelmeng har en tilsvarende tilnærming i sitt tilsvarende til Tore Lunde, se Hjelmeng (2008).

¹⁶⁸ Henriksson (2012) s. 284.

¹⁶⁹ Sak C-40/73 *Suiker Unie* avsnitt 538-542.

¹⁷⁰ Sak T-418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 139; Sak C-311/85 *Vlaamse Reisebureas* avsnitt 20.

¹⁷¹ Henriksson (2012) s. 221.

¹⁷² Sak T-418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 141.

¹⁷³ *Ibid.* avsnitt 157.

¹⁷⁴ *Ibid.* avsnitt 160.

¹⁷⁵ OJ [2010] C 130/1 avsnitt 13.

¹⁷⁶ Se i denne forbindelse Sak C-40/73 *Suiker Unie* avsnitt 546-547.

¹⁷⁷ Sak T-418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 157.

Det er nå sikker rett at konkurransebegrensende restriksjoner i agentavtalen som påvirker markedet for agenttjenester i utgangspunktet ikke omfattes av agentunntaket. På markedet for agenttjenester behandles agenten som uavhengig av prinsipalen, og som et selvstendig foretak.¹⁷⁸ Eksklusivitetsklausuler og konkurranseklausuler faller derfor utenfor agentunntakets virkeområde. Dette representerer følgelig et unntak fra unntaket for ekte agentavtaler.

All den rettspraksis som har blitt trukket frem i analysen levner liten tvil om den teoretiske forankringen i doktrinen om én økonomisk enhet.¹⁷⁹ Samtidig sier hverken domstolene eller retningslinjene noe eksplisitt om hvorfor ekte agentavtaler er unntatt kartellforbudet, eller hvordan doktrinen om én økonomisk enhet rettferdiggjør unntaket, til tross for at samarbeidet vil kunne ha en negativ effekt på samfunnsøkonomisk effektivitet.

4.3 Kritisk blick på gjeldende rett

Grunnlaget for unntaket for ekte agentavtaler kan kritiseres for at det mangler en god teoretisk forankring i doktrinen om én økonomisk enhet og fordi det ikke er i samsvar med konkurranserettens målsetning om samfunnsøkonomisk effektivitet. I forlengelsen av dette blir kriteriene som legges til grunn for vurderingen mangelfulle. Det er særlig den teoretiske forankringen i doktrinen om én økonomisk enhet og foretaksbegrepet som har blitt møtt med kritikk. Forankringen i doktrinen er lite treffende ettersom agent og prinsipal i de fleste tilfeller helt klart utgjør to selvstendige foretak, noe domstolene også anerkjenner. Doktrinen begrunner heller ikke agentprivilegiet og de særegenheter som kjennetegner agentavtaler.

Slik gjeldende rett nå praktiseres står aktører overfor et regelverk som tilsynelatende virker stringent og regelformalistisk. Dersom man legger Kommisjonens retningslinjer til grunn, vil enhver risikofaktor som er pålagt agenten potensielt kunne medføre at samarbeidet blir behandlet som en uekte agentavtale. I sin tilnærming har domstolene mindre fokus på den økonomiske realiteten og hvorfor foretak velger å anvende agentavtaler i utgangspunktet, og hvilke fordeler dette vil kunne gi i et dynamisk perspektiv. Agentunntaket praktiseres etter en statisk tilnærming til forholdet mellom agent og prinsipal, hvor enhver kostnad, økonomisk risiko eller restriksjon i større eller mindre grad vurderes isolert.¹⁸⁰ En slik praktisering kan se ut til å henge igjen fra tiden før konkurranseretten beveget seg mot en mer effekt- og

¹⁷⁸ Se blant annet Sak C-217/05 *CEES* avsnitt 62.

¹⁷⁹ Sak T-418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 163.

¹⁸⁰ Sak T-325/01 *DailmerChrysler* avsnitt 103-109.

virkningsbasert tilnærming.¹⁸¹ En naturlig utvikling vil være økt fokus på de dynamiske aspektene i økonomien, hvor den økonomiske realiteten og de faktiske effektene av samarbeidet blir det som primært vurderes.

Definisjonen av *ubetydelig andel* økonomisk risiko og hvilke nivåer og terskler som er gjeldende fremstår heller ikke klart. Fordelingen av økonomisk risiko og kostnader utgjør essensen av agentunntaket, men ettersom det ikke foreligger en klar terskel for vurderingen er det vanskelig for de involverte foretakene å forutberegne sin rettsstilling.

Gjennom reguleringen av agentavtaler er det for alle praktiske formål ingen forskjell mellom en ekte agent og et datterselskap eller en kommersielt ansatt i samme foretak. Når sondringen mellom ekte og uekte agentavtaler baseres på skillet mellom en agent og en selvstendig forhandler, uten at man med sikkerhet kan vite hvor denne grensen går, er dette problematisk. Dersom agentunntaket praktiseres så strengt som Kommisjonen legger opp til vil forskjellen til full vertikal integrasjon viskes ut. Foretaket vil tvinges til å integrere seg i hele verdikjeden, for på denne måten unngå risiko for at samarbeidet faller innenfor virkeområdet til kartellforbudet.

Vurderingen av eksklusivitet som et mål på integrasjon blir lite treffende dersom man ser kriteriet i lys av den teoretiske forankringen. I vurderingen av eksklusivitet utgjør agent og prinsipal samme økonomiske enhet i en relasjon, men selvstendige og uavhengige foretak i en annen. Denne distinksjonen kan vanskelig forankres i doktrinen. Unntaket fra unntaket fører til en uheldig inkonsekvens og en todelt vurdering. Først må det foretas en vurdering av relasjonen mellom agent og prinsipal hvor en viss grad av eksklusivitet er nødvendig for at det foreligger en ekte agentavtale. Deretter må det foretas en vurdering av om eksklusiviteten medfører en kumulativ begrensning av konkurransen, med den konsekvens at det er forbudt etter kartellforbudet. Skillet forklares ved at agenten til enhver tid opptrer på markedet for formidling av agenttjenester, et teoretisk marked som har liten overføringsverdi.¹⁸²

Det kan også stilles spørsmålsteget ved hensiktsmessigheten av at distribusjonsformer reguleres ulikt etter kartellforbudet. Slik regelverket nå er strukturert vil foretak i valget av distribusjonsform ha incentiv til å velge agentavtaler på bakgrunn av agentprivilegiet, fremfor hva som er mest samfunnsøkonomisk effektivt i det konkrete tilfellet.¹⁸³ I så henseende er

¹⁸¹ Lianos (2007) s. 3-4; Zhang (2013) s. 6 og 18.

¹⁸² Henriksson (2012) s. 216-219.

¹⁸³ Van Den Bergh (2017) s. 291.

vurderingen av restriksjoner i franchiseavtaler og underleverandøravtaler forankret i doktrinen om aksessoriske begrensninger, hvor de konkurransebegrensende restriksjonene kan godtas som følge av at de er nødvendig for at «prinsipalen» skal inneha nødvendig kontroll.¹⁸⁴ Doktrinen vil bli omtalt senere i oppgaven. Dersom ulike distribusjonsformer skal behandles ulikt må det gjenspeile den økonomiske realiteten og være i samsvar med økonomisk effektivitet.¹⁸⁵ Denne distinksjonen er ikke velbegrunnet i agentunntakets teoretiske forankring.

Dagens tilnærming åpner for at foretak kan strukturere seg utenom virkeområdet til kartellforbudet gjennom en fordeling av de risikofaktorer som domstolene anser som sentrale, til tross for at en slik struktur ikke maksimerer samfunnsøkonomisk effektivitet. Reguleringen av agentavtaler i seg selv vil derfor gi foretak incentiver til å strukturere seg med agenter for å oppnå immunitet fra kartellforbudet, fremfor de faktiske fordelene agentavtaler ellers medfører. Dette gjelder særlig dersom man legger Kommisjonens retningslinjer til grunn, hvor det fremgår klare rammer for hvilke risikofaktorer som er relevante for vurderingen.¹⁸⁶

Utviklingen av agentunntaket er også relevant opp mot menneskerettighetene. Underretten uttaler i *Voestalpine AG* at uskyldspresumpsjonen gjelder som følge av de store konsekvensene for foretakene som blir dømt for brudd på kartellforbudet.¹⁸⁷ Med andre ord gjelder uskyldspresumpsjonen etter EMK art. 6 nr. 2 og Kommisjonen må med tilstrekkelig grad av bevis fastslå at konkurranseskadelig atferd har funnet sted.¹⁸⁸ Samtidig konkluderer Underretten med at prinsipalen kan identifiseres med agentens konkurranseskadelige atferd, på samme måte som identifikasjon med en kommersielt ansatt, også der forholdet ligger utenfor agentens mandat og det ikke foreligger bevis for at prinsipalen var kjent med atferden eller godkjente denne.¹⁸⁹

En regel som godtar identifikasjon mellom agent og prinsipal, uten at det foreligger bevis for at prinsipal er bevisst eller godkjenner agentens handlinger, er betenkelig. På dette punktet svikter det teoretiske grunnlaget for unntaket. Det kan ikke kreves at prinsipalen skal ha tilsvarende organisatorisk kontroll over agenten som over et datterselskap eller egne ansatte, siden agenter i større grad vil ha en egeninteresse som ikke nødvendigvis samsvarer med

¹⁸⁴ Lunde (2007) s. 71-72.

¹⁸⁵ Townley (2013) s. 23.

¹⁸⁶ OJ [2010] C 130/1 avsnitt 13-17.

¹⁸⁷ Sak T 418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 116.

¹⁸⁸ 'Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen', gjort til norsk lov ved Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett § 2.

¹⁸⁹ Sak T 418/10 *Voestalpine AG* avsnitt 175.

prinsipalen. At prinsipal og agent har avvikende interesser ser domstolene bort ifra.¹⁹⁰ I relasjon til menneskerettighetene er det behov for at reguleringen fremstår klarere på at agent og prinsipal formelt og reelt sett er to uavhengige foretak. I hvilken utstrekning en prinsipal skal være ansvarlig for og identifiseres med sin agent er oppe til evaluering i en forekommende revisjon av de norske foretaksstraff- og korrupsjonsreglene.¹⁹¹

¹⁹⁰ Sak T-66/99 *Minoan* avsnitt 149.

¹⁹¹ Advokatbladet.no (2018); Regjeringen.no (2018).

5 Alternative tilnærminger til agentunntaket

5.1 Innledning

Ettersom agentunntaket har sviktende teoretisk forankring i doktrinen om én økonomisk enhet og foretaksbegrepet, samt har vært gjenstand for kritikk og diskusjon, er det nærliggende å vurdere alternative tilnærminger til dagens regulering. Kommisjonens praktisering av unntaket er ressurskrevende for de involverte parter og er ikke egnet for å skape en forutberegnelig rettsstilling ved anvendelsen av agentavtaler. Det er naturlig å se hen til de løsninger som har blitt presentert i EU/EØS-rettslig sammenheng, med tanke på at den nasjonale reguleringen i stor grad bør harmonisere med EU/EØS. Samtidig er det mulighet for en særnorsk regulering av agentavtaler.

5.1.1 Særnorsk regulering

I Norge har man gjennom konkurranseloven og EØS-konkurranseloven to generelle konkurranseregelverk som anvendes parallelt. EØS-konkurranseloven gjennomfører EØS-avtalens konkurranseregler og forpliktelser i norsk rett. Konkurranseloven inneholder de norske reglene og utgjør et fullstendig konkurranserettslig regelverk med både materielle og prosessuelle regler.¹⁹² I de tilfeller der det ikke foreligger noen samhandelsdimensjon står man etter konkurranseloven fritt til hva man ønsker å tillate eller ikke, ettersom loven kan anvendes uinnskrenket.¹⁹³ Dette følger direkte av EØS-avtalen art. 53 og TEUV art. 101. Det er følgelig mulighet for en særnorsk regulering av agentavtaler i de tilfeller samhandelskriteriet ikke er oppfylt, med de begrensninger som følger av EU/EØS-retten generelt. En særnorsk regulering vil i større grad kunne ta hensyn til formålet om samfunnsøkonomisk effektivitet, i motsetning til EU/EØS-retten som har et mer komplekst og sammensatt formål.

Til tross for at en særnorsk regulering er mulig, er det momenter som taler mot en særnorsk regulering av agentavtaler. Et parallelt system som samsvarer med EU/EØS-retten forenkler praktiseringen for foretak ved at de har to likelydende regelverk å forholde seg til. Med økt

¹⁹² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 213.

¹⁹³ Ibid. s. 208.

globalisering og det utstrakte EU/EØS-samarbeidet har de fleste forhold en samhandelsdimensjon og få forhold ville kunne behandles etter en særnorsk regulering. Samtidig påpekes det at alternativene som blir presentert er vel så relevante i et EU/EØS-perspektiv.

5.2 Konkurranseloven § 10 (3)

Et naturlig utgangspunkt for vurderingen av alternative tilnærminger er å se på de løsninger som allerede ligger i lovverket. Konkurranseloven § 10 (3) åpner for et effektivitetsforsvar av samarbeid som i utgangspunktet blir omfattet av kartellforbudet. Effektivitetsforsvaret bygger på at et slikt samarbeid kan realisere gevinster som også øker samfunnsøkonomisk effektivitet, og som veier opp for de negative skadevirkningene.¹⁹⁴ Dersom vilkårene i tredje ledd er oppfylt blir rettsvirkningen at samarbeidet likevel ikke blir forbudt, til tross for at det begrenser konkurransen etter første ledd. Dette innebærer at unntaket for agentavtaler etter første ledd må falle bort i sin helhet, og agentavtaler vil vurderes etter tredje ledd.

Det foreligger fire kumulative vilkår for at samarbeidet ikke skal være forbudt etter krrl. § 10 (3). For det første må samarbeidet bedre produksjonen eller fordelingen av varer, eller fremme teknisk eller økonomisk utvikling. For det andre må forbrukerne sikres en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd. For det tredje må ikke samarbeidet pålegge restriksjoner som ikke er absolutt nødvendig, og for det fjerde må det ikke utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder. Det er foretaket selv som vil ha bevisbyrden for at samarbeidet skal tillates.¹⁹⁵ Vilkårene harmoniserer med EØS-avtalen art. 53 (3) og TEUV art. 101 (3).

Som påpekt tidligere står vertikale samarbeid i en særstilling når det gjelder økonomisk teori. Bruk av agenter vil kunne effektivisere distribusjonen og redusere transaksjonskostnadene til prinsipalen, for herigjennom å øke samfunnsøkonomisk overskudd. De argumenter som taler for å anvende agenter som distribusjonsform er de samme som vil bygge opp under et effektivitetsforsvar etter tredje ledd.

Dersom vurderingen blir flyttet fra første til tredje ledd vil dette kunne gi en bedre løsning ut fra et effektivitetssynspunkt. Håndhevelsen av reguleringen blir forenklet gjennom at det vil være ett generelt effektivitetsforsvar å forholde seg til, som også harmoniserer med EU/EØS-

¹⁹⁴ Kolstad (2014) note 86.

¹⁹⁵ NOU 2003:12 s. 229.

retten. Dette vil virke ressursbesparende for både offentlige konkurransemyndigheter og foretakene selv.¹⁹⁶ En behandling etter tredje ledd gir også en bedre balanse mellom reguleringen av agentavtaler og den økonomiske realiteten. Fremfor at foretaket skal forsvare seg på bakgrunn av risikoallokering, vil de kunne forsvare samarbeidet gjennom å redegjøre for og dokumentere effektivitetsgevinstene samarbeidet gir. Dette innebærer at de analyser og vurderinger foretaket gjør i forkant av valget av distribusjonsform, også vil være egnet til å vise de konkrete forhold som gjennom agentavtalen vil fremme samfunnsøkonomisk effektivitet.

5.3 Rule of Reason

Det foreligger en generell debatt rundt kartellforbudet som handler om at forbudet fanger opp unødige mange samarbeidsavtaler gjennom sin utforming, og at reguleringen heller burde utformes tilsvarende den amerikanske «Rule of Reason».¹⁹⁷ I henhold til amerikansk rett vurderes samarbeidet etter en konkret avveining av positive og negative effekter på markedet, hvor «the factfinder weighs all of the circumstances of a case in deciding whether a restrictive practice should be prohibited as imposing an unreasonable restraint on competition».¹⁹⁸

En slik tilnærming kan virke forlokkende og domstolene kan se ut til å ha beveget seg i retning av en EU/EØS-rettslig variant av en helhetlig og konkret vurdering.¹⁹⁹ Likevel fremgår det klart av gjeldende rett at en slik regel ikke eksisterer, og at en eventuell avveining av samarbeidets positive og negative sider er henvist til en vurdering etter TEUV art. 101 (3).²⁰⁰ Kommisjonen begrunner dette med at en slik regel vil være lite hensiktsmessig ettersom man i EU/EØS-rettslig sammenheng i likhet med norsk konkurranserett har forholdet mellom første og tredje ledd i sine forbudsbestemmelser, en vesensforskjell fra systemet i amerikansk rett.²⁰¹ En tilpasning til en Rule of Reason vil kreve store endringer i reguleringen, og diskusjonen rundt en slik alternativ tilnærming er således lagt død.

¹⁹⁶ Van Den Bergh (2017) s. 291.

¹⁹⁷ Wish (2018) s. 142; The Sherman Act, U.S. Code Chapter 1.

¹⁹⁸ Van Den Bergh (2017) s. 290; 433 US 36, 49 (1977) *Continental T V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*

¹⁹⁹ Se Wish (2018) s. 142-144.

²⁰⁰ Sak T-112/99 *M6 and Others v Commission*, avsnitt 72-74.

²⁰¹ OJ [1999] C 132/01 avsnitt 56-57.

5.4 Nødvendighetsvurdering av de konkurransebegrensende klausulene

I en agentavtale vil prinsipalen ha et behov for å pålegge agenten kommersielle restriksjoner for å inneha tilstrekkelig kontroll over distribusjonsprosessen. Restriksjonene blir prinsipalens verktøy for en god implementering av egen markedsstrategi og en effektiv distribusjonsprosess, samt generelt beskytte egne interesser. Det har følgelig blitt tatt til orde for at agentavtaler bør vurderes ut ifra prinsipalens behov for kontroll overfor agenten. Ancillary Restraints Doctrine ('ARD'), doktrinen om aksessoriske begrensninger, har derfor vært fremmet som alternativt teoretisk grunnlag ekte agentavtaler.

En forankring i ARD vil medføre at agentavtalen er lovlig etter kartellforbudet fordi de konkurransebegrensende restriksjonene er objektivt nødvendige i det kommersielle samarbeidet mellom prinsipal og agent.²⁰² Restriksjonene i seg selv er ikke gjenstanden for samarbeidet, men står i direkte relasjon til dette og er nødvendig for at kontraktsforholdet skal fungere.²⁰³ Motsetningsvis vil en gjennomføring av agentavtalen foruten restriksjonene innebære en for stor usikkerhet og risiko for prinsipalen.

Anvendelsen av ARD som teoretisk grunnlag for agentunntaket baserer seg hovedsakelig på forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Tesauro i VAG Leasing.²⁰⁴ Tesauro hevdet at en vurdering av finansiell risiko utgjorde selve essensen av agentforholdet, og må derfor «be regarded as being an essential factor in determining whether or not a 'typical' agency contract is involved».²⁰⁵ I forlengelsen av dette hevdet han at manglende integrasjon og eksklusivitet ikke er egnede kriterier for å vurdere agentavtaler.²⁰⁶ Videre anførte Tesauro at «the economic unit theory is completely inadequate for the purposes of the proper, coherent determination of the conditions for the applicability of Article 85».²⁰⁷ Generaladvokaten hevdet at det var uholdbart at doktrinen ble anvendt som begrunnelse for agentprivilegiet, og dermed ga immunitet for alle konkurransebegrensende restriksjoner.²⁰⁸ Tesauro tok til orde for at

²⁰² Wish (2018) side 137-138.

²⁰³ Sml. OJ [2005] 56/24.

²⁰⁴ Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Tesauro i sak C-266/93 *VAG-Leasing*.

²⁰⁵ Ibid. avsnitt 17.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid. avsnitt 18.

²⁰⁸ Ibid. avsnitt 15-18.

reguleringen burde tendere mot en mer helhetlig vurdering i sontringen mellom ekte og uekte agentavtaler.

En forankring i ARD tar utgangspunkt i agent og prinsipal som to selvstendige og uavhengige foretak, slik realiteten faktisk er. Dette utgangspunktet er mer naturlig, da «[a]n agent and its principal are separate undertakings, both in law and economics: it is a fiction to pretend that they are not»²⁰⁹

Generaladvokat Tesauro legger opp til en todelt vurdering av agentavtalen. I første del av vurderingen må det avgjøres om man står overfor en *typisk* agentavtale.²¹⁰ Her vil fokus være på allokering av risikofaktorer og i hvilken grad agenten bærer finansiell risiko ved gjennomføringen av agentoppdraget. Deretter må det foretas en vurdering av de konkurransebegrensende klausulene i agentavtalen og hvorvidt disse er nødvendige for en effektiv gjennomføring av kontraktsforholdet. Fokuset må være på de faktiske klausulene i relasjon til det konkrete kontraktsforholdet. Vurderingen av om klausulene er nødvendige beror på kontraktsforholdets juridiske og økonomiske fundament, hvor «restriction on competition entailed by the clause must be necessary on account of the legal/economic nature of the contract embodying it».²¹¹ Bare på denne måten kan restriksjonene godtas, til tross for at de virker konkurransebegrensende. Med andre ord, restriksjonene «may therefore be considered to be compatible [...] only if they are essential in order for the contract to be able to perform its function in full».²¹² Er klausulene nødvendige for gjennomføringen av agentoppdraget, bør de heller ikke forbys.

I den konkrete vurderingen vil fortsatt allokeringen av risikofaktorer ha en sentral plass i hvorvidt det foreligger en typisk agentavtale. Samtidig vil klausuler som pålegger agenten en ikke-ubetydelig andel risiko sjeldent vil være nødvendig i en typisk agentavtale. I vurderingen av nødvendighet vil kriteriene om integrasjon og eksklusivitet kunne anvendes som en del av den økonomiske konteksten og hvorvidt de konkurransebegrensende klausulene er nødvendige i kontraktsforholdet.

En vurdering som utledet ovenfor vil medføre at agentunntaket flyttes fra foretaksbegrepet og doktrinen om én økonomisk enhet, over til en forankring i ARD og at agentavtalen ikke har til

²⁰⁹ Townley (2013) s. 22.

²¹⁰ Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Tesauro i sak C-266/93 *VAG-Leasing* avsnitt 20.

²¹¹ *Ibid.* avsnitt 19.

²¹² *Ibid.*

formål eller virkning å være konkurransebegrensende.²¹³ Agentavtalen vil følgelig ikke oppnå immunitet dersom vilkårene er oppfylt. Derimot vil det foreligge en presumpsjon for at agentavtalen er forenlig med kartellforbudet som følge av at de konkurransebegrensende restriksjonene er nødvendige.²¹⁴ I denne relasjonen er det lite hensiktsmessig å argumentere for at agent og prinsipal utgjør én økonomisk enhet, da dette sier lite om den økonomiske og juridiske begrunnelsen for hvorfor prinsipalen påfører agenten konkurransebegrensende restriksjoner.

Nødvendige restriksjoner vil være de som utgjør en typisk del av enhver agentavtale. I retningslinjene av 2010 anser Kommisjonen følgende restriksjoner for å være iboende i enhver relasjon mellom agent og prinsipal: 1) geografisk begrensning av hvor agenten kan formidle varer og tjenester, 2) begrensninger i hvilke kundesegmenter agenten kan formidler varer og tjenester til og 3) pris og betingelser i avtalene som fremforhandles med tredjepart.²¹⁵ Restriksjonene stemmer godt overens med hva som kan antas å være nødvendige restriksjoner i en typisk agentavtale.

På den ene siden vil ikke praktiseringen av agentunntaket bli like effektiv og ressursbesparende som en vurdering i henhold til krrl. § 10 (3). På den andre siden vil en teoretisk forankring i ARD og vurdering som utledet her i større grad sikre forutberegnelighet for de foretak som velger kommersielle agenter og agentavtaler som distribusjonsform. Er ikke restriksjonene nødvendig for gjennomføringen av agentoppdraget, er de heller ikke lovlige i henhold til kartellforbudet. Agentunntaket vil forankres i § 10 (1) ved at samarbeidet hverken har til «formål eller virkning» å begrense konkurransen.

5.5 En tilnærming i tråd med moderne økonomisk teori

Det er flere som har hevdet at agentunntaket tar for lite hensyn til foretakets prioriteringer i tilknytning til struktur og organisering av distribusjonen. Fokus er i stor grad rettet mot allokering av risikofaktorer fremfor hvilke effektivitetsgevinster som kan følge av distribusjon gjennom agenter. I det følgende vil det blir redegjort for en tilnærming som i større grad

²¹³ Konkurranseloven § 10 (1).

²¹⁴ Lianos (2007) s. 12-13.

²¹⁵ OJ [2010] C130/1 avsnitt 18.

samsvarer med økonomisk teori. Det vil bli tatt utgangspunkt i artikler av Loannis Lianos og Angela Huyue Zhang.²¹⁶ Det er uklart i hvilken grad tilnærmingen vil samsvare bedre med målsetningen om samfunnsøkonomisk effektivitet, men den vil gi en mer treffende økonomisk begrunnelse for agentunntaket.

I sin artikkel tar Lianos utgangspunkt i at det er uheldig med en regulering av agentavtaler som gir foretak incentiver til å velge agenter som distribusjonsform for å dra nytte av agentprivilegiet. Dersom agentunntaket tar sikte på å sikre effektiv ressursallokering vil ikke dette samsvare med den mer økonomiske og effekt-orienterte tilnærmingen i den moderne konkurranseretten.²¹⁷ Lianos argumenterer for at agentunntaket kan forankres mer treffende dersom man begrunner det i New institutuinal economics (NIE), fremfor den neoklassiske teorien som tradisjonelt ligger til grunn. Dette innebærer at man begrunner unntaket i foretakets valg av organisering og strukturering.²¹⁸ Tilnærmingen vil samtidig være forenlig med doktrinen om én økonomisk enhet, bare med noen avvikende vurderingsmomenter.²¹⁹

NIE plasserer agentavtaler på et kontinuum av alternative måter å strukturere og organisere seg på i vertikale relasjoner. På den ene siden ligger markedsstrukturer, hvor markedsmekanismer og prismekanismer styrer distribusjonen. På den andre siden ligger en hierarkisk struktur der parten med størst autoritet har bestemmende kontroll og er overordnet dem med lavere autoritet, henholdsvis prinsipal og agent.²²⁰ Gjennom å strukturere seg hierarkisk vil foretaket oppnå større kontroll over distribusjonen og redusere transaksjonskostnadene som påløper ved å bruke markedet. På denne måten effektiviseres transaksjonene uten fordyrende mellomledd.

Lianos vurderer agentavtaler og doktrinen om én økonomisk enhet som en form for hierarkisk struktur. Kartellforbudet og agentunntaket bør anerkjenne at en hierarkisk struktur medfører at prinsipalen har et større behov for kontroll over distribusjonen. Lovregulering som tar sikte på påvirke den interne struktureringen i et foretak bør derfor vise overbærenhet for de restriksjoner prinsipalen pålegger agentens kommersielle frihet, da disse vil være nødvendige for å opprettholde en slik struktur.²²¹

²¹⁶ Lianos (2007) og Zhang (2013); se også Townley (2013).

²¹⁷ Lianos (2007) s. 1-4.

²¹⁸ Ibid. s. 27; Coas.org.

²¹⁹ Lianos (2007) s. 26.

²²⁰ Cambridge dictionary definition; Hierarchy.

²²¹ Lianos (2007) s. 29.

NIE forklarer at foretak vil velge struktur etter Discrete alignment principel. Prinsippet bygger på de variabler og attributter som kjennetegner transaksjonene i markedet. Det er særlig tre attributter som trekkes frem som sentrale. 1) alternativkostnaden til formuesgodene som omsettes, 2) usikre momenter ved gjennomføringen av transaksjonene, og 3) hyppigheten av transaksjonene. Dersom disse variablene er tilstede i de aktuelle transaksjonene på markedet, er det effektivt for prinsipalen å strukturere seg hierarkisk med kommersielle agenter. Behovet for en hierarkisk struktur underbygges videre av at det er prinsipalen som i størst grad foretar investeringer i distribusjonen og innehar eiendomsretten til formuesgodene. Det er dermed prinsipalen som vil måtte beskytte seg mot ex post opportuniste og hold-up situasjoner, det vil si faren for kontraktuelle konflikter som følge av samarbeidet.²²²

Lianos argumenterer for at agentavtaler bør vurderes på bakgrunn av markedet og hvorvidt de variabler og attributter som kjennetegner markedet tilsier at det er effektivt for foretaket å strukturere seg hierarkisk. Dersom en hierarkisk struktur er effektivt, bør heller ikke kartellforbudet komme til anvendelse. Det vil foreligge en presumpsjon for at samarbeidet er unntatt kartellforbudet dersom prinsipalen innehar eiendomsretten og dermed også bærer den vesentlige del av risikoen. Lianos mener videre at agentunntaket fortsatt kan forankres i foretaksbegrepet og doktrinen om én økonomisk enhet, slik at det ikke kreves en for stor omlegging av reguleringen.

Zhang er kritisk til Lianos sin kategorisering av agentavtaler som en hierarkisk struktur.²²³ I motsetning til Lianos mener Zhang at agentavtaler er en hybrid form for struktur som ligger midt i kontinuumet som omtalt ovenfor. Zhang anser eierskap til formuesgodet som det sentrale, og bygger på Oliver Hart' videreutvikling av Roald Coase's teorier om foretak.²²⁴

Zhang mener den økonomiske begrunnelsen for ekte agentavtaler i større grad bør hvile på hvem som innehar eiendomsretten til formuesgodet. Nærmere bestemt hvem som innehar residualkontroll og residualinntekt knyttet til formuesgodet når dette beveger seg i verdikjeden. Residualkontroll defineres ved den som innehar bestemmende autoritet når det gjelder pris og andre betingelser, uavhengig av om denne har det fulle eierskap.²²⁵ Residualinntekten er inntekten som i positiv eller negativ grad avviker fra forventet inntekt ved distribusjonen.

²²² Ibid. s. 27-28.

²²³ Zhang (2013).

²²⁴ Ibid. s. 20-21, med henvisning til Oliver Hart: Firms Contracts and Financial Structure 29-55 (1995).

²²⁵ Zhang (2013) s. 21.

Dersom prinsipalen innehar både residualkontroll og residualinntekt til produktet vil han bære risikoen for svingninger i markedet, og har derfor incentivene til å effektivisere produksjon og omsetning. Prinsipalen bør derfor kunne ilegge agenten kommersielle restriksjoner for å oppnå størst grad av effektivitet.²²⁶

Vurderingen av agentavtalen kan videre knyttes opp mot Business justification doctrine. I Amerikansk rett vurderte Judge Posner i sak *Morrison v Murray Biscuit* agentavtaler på bakgrunn av hvorvidt restriksjonene kan rettferdiggjøres ut fra foretakets valg av forretningsstrategi.²²⁷ Business justification doctrine baserer seg på at dersom agentavtalen har en god forretningsmessig begrunnelse, og en «function other than to circumvent the rule against price fixing», vil den bidra til effektiv allokering av ressurser gjennom å effektivisere distribusjonen.²²⁸ Flere har tilsluttet seg denne forståelsen og det har blant annet blitt uttalt at «[a]gency relationships that have strong business justifications are the ones most likely to promote efficiency; those created merely to avoid antitrust scrutiny are the most likely to be inefficient and harmful to consumers».²²⁹ Dersom organiseringen av distribusjonen gjennom agenter har en forretningsmessig begrunnelse, vil gode grunner tale for å anse agentavtalen som lovlig i henhold til kartfellforbudet. En forretningsmessig begrunnelse kan forankres i hvem som innehar eiendomsretten til formuesgodet som er gjenstand for transaksjonen.

En alternativ tilnærming til unntaket for ekte agentavtaler vil derfor kunne være å se om foretaket kan rettferdiggjøre valget om bruk av agentavtaler på bakgrunn av foretakets forretningsstrategi og hvorvidt det gir en mer effektiv distribusjon enn ved bruk av uavhengige distributører. I den konkrete vurderingen fokuseres det på hvem som innehar eiendomsretten til formuesgodet og attributtene som kjennetegner markedet. Det EU/EØS-rettslige utgangspunktet ved en vurdering av risikoallokering mellom agent og prinsipal vil her kunne fungere på samme måte, men som en vurdering av hvem som innehar eiendomsretten til formuesgodet. Zhang sin tilnærming vil kreve at agentunntaket forankres i at det hverken har som formål eller virkning å være konkurransebegrensende, og vil følgelig innebære større endringer i reguleringen.

²²⁶ Ibid. s. 31-33.

²²⁷ Case 797 F.2d at 1430 *Morrison v. Murray Biscuit Co.*

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Case 561 F.3d at 282 *Valuepest.com of Charlotte v. Bayer Corp.*

6 Avslutning

Analysen i kapittel 3 av oppgaven har vist at det fremstår uklart hvilke kriterier som gjelder ved vurderingen av agentavtaler. Videre foreligger det en uoverensstemmelse mellom Kommisjonens og domstolenes praktisering av agentunntaket, hvor det er ulikt syn på hvilke vilkår som gjelder og tolkningen av disse. Kommisjonens retningslinjer er spesielt uklare når det gjelder hvilke vurderinger som gjøres og hva som vektlegges av domstolene.

Sondringen mellom ekte og uekte agentavtaler etter konkurranseloven § 10 (1) tar utgangspunkt i en vurdering av om agenten i realiteten er et uavhengig foretak, eller om han skal behandles som et hjelpeorgan underlagt prinsipalens kontroll. Innholdet i vurderingen vil basere seg på graden av integrasjon og fordelingen av risikofaktorer, samt i hvilken grad agenten bærer en finansiell og kommersiell risiko utover det ubetydelige. Det skal foretas en konkret og helhetlig vurdering hvor graden av integrasjon og fordelingen av økonomisk risiko fungerer sammen, der begge er nødvendige, men utilstrekkelige hver for seg. Vurderingen av eksklusivitet har gitt opphav til et unntak fra unntaket, hvor eksklusivitet nødvendig i en relasjon, men forbudt i en annen.

I kapittel 5 er alternative tilnærminger til agentunntaket blitt presentert og vurdert. Dersom reguleringen av agentavtaler flyttes til det generelle effektivitetsforsvaret i krrl. § 10 (3) vil prosessen forenkles og effektiviseres. En tilnærming i tråd med doktrinen om aksessoriske begrensninger vil imidlertid gi en mer forutberegnelig regulering av agentavtaler. Man vil uansett finne den beste begrunnelsen for unntaket fra kartellforbudte i moderne økonomisk teori.

Litteraturliste

Litteratur / Juridisk teori

- Fredriksen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 3. utg. Bergen: Vigmostad & Bjørke AS, 2018
- Henriksson (2012) Henriksson, Lars. *Distributionsavtal – vertikala avtal och konkurrensrättsliga aspekter*. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2012.
- Hjelmeng (2008) Hjelmeng, Erling. «Tore Lunde: Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv». *Tidsskrift for rettsvitenskap* Nr. 3 2008 (Volum 121) s. 361-374.
- Hjelmeng (2014) Hjelmeng, Erling J. og Lars Sørgard. *Konkurransopolitikk, Rettslig og økonomisk analyse*. Bergen: Vigmostad & Bjørke AS, 2014
- Juuhl-Langseth (2015) Juuhl-Langseth, Jan Magne, mfl. *Konkurranserett i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2015.
- Kolstad (2014) Kolstad, Olav. «Kommentar til konkurranseloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal rettsdata* 2014. Hentet 22.11.19
- Lianos (2007) Lianos, Ioannis «Commercial Agency Agreements, Vertical Restraints, and the Limits of Article 81(1) Ec: Between Hierarchies and Networks.» 2007. *Journal of Competition Law and Economics*. Volum 3 nr. 4, s. 625-672. Doi:10.1093/joclec/nhm017
- Lunde (2007) Lunde, Tore. *Distribusjonsavtaler I konkurranserettslig perspektiv*. Bergen: Vigmostad & Bjørke AS, 2007

- Schmidtchen (2007) Schmidtchen, Dieter. Max Albert og Stefan Voigt, Mohr «Red.» *The More Economic Approach to European Competition Law*, edited by Dieter Schmidtchen, Max Albert, og Stefan Voigt, *Conferences on New Political Economy*. Mohr Siebeck, The Deutsche Nationalbibliothek, 2007. ISSN 1861-8340 (Conferences on New Political Economy). ISBN 978-3-16-149414-7.
- Townley (2013) Townley, Christopher, “The Concept of an 'Undertaking': The Boundaries of the Corporation - A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries” (March 12, 2009; Last revised: 27 Nov 2013). *EC COMPETITION LAW: A CRITICAL ASSESSMENT*, G. Amato & C. Ehlermann, eds., Hart Publishing, Oxford, 2007.
SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1358649>
- Van Bael & Bellis (2010) Van Bael & Bellis. *Competition Law of the European Community*. 5. Utg. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010
- Van Den Bergh (2017) Roger Van Den Bergh. *Comparative Competition Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017
- Whish (2018) Whish, Richard og David Bailey. *Competition law*. 9. Utg. Oxford; Oxford University Press, 2018.
- Zhang (2013) Zhang, Angela Huyue, “Toward an Economic Approach to Agency Agreements” (September 1, 2012). *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 9, Issue 3, 553-591 (2013); King's College London Law School Research Paper No. 2013-5.
SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2179673> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2179673>

Meddelelser mm. fra Kommisjonen

OJ [1962] 139/2921

Notice on exclusive dealing contracts with commercial agents.

Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/notice_exclusive_contracts_en.pdf

OJ [1999] C 132/01

White paper on modernisation of the rules implementing articles 85 and 86 of the EC treaty.

Hentet fra, sist besøkt 09.12.19:

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1999:132:FULL&from=EN>

OJ [1999] L 336/21

COMMISSION REGULATION (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices.

Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:336:0021:0025:EN:PDF>

OJ [2000] C 291/1

Commission Notice, Guidelines on vertical restraints.

Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2000:291:FULL&from=EN>

OJ [2005] 56/24

Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations.

Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(02)&from=EN)

COM/2004/0293 final

Communication from the Commission - A pro-active Competition Policy for a Competitive Europe.

Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004DC0293&from=EN>

OJ [2010] C 130/1

Commission notice, Guidelines on vertical restraints.

Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:EN:PDF>

SEC/2011/1216 final

Commission staff working paper best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases. 17. Oktober 2011.

SEC/2011/1216 final.

Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011SC1216&from=EN>

Lover og forarbeider mm.

EØS-loven (1992)	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v
Menneskerettsloven (1999)	Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
Konkurranseloven (2004)	Lov 3. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
EØS-konkurranseloven (2004)	Lov 3. mai 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.
Forskrift om grupper av vertikale avtaler (2010)	Forskrift 21. juni 2010 nr. 898 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden
NOU 2003: 12	Ny Konkurranselov
Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)	Ot.prp.nr.6 (2003–2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 04.11.1950
TEUV	Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 202, 7.6.2016, p. 1-388

Rettsavgjørelser og annen praksis

Norsk rettspraksis

Rt. 2011 s. 910

Rt. 2012 s. 1556

HR-2017-1229-A

Avgjørelser fra EU-domstolen

Forenede saker 56 og 58/64	Consten and Grundig v Commission of the EEC, ECLI:EU:C:1966:41
Sak C-40/73	Suiker Unie and Others v Commission, Forenede saker 40 til 48, 50, 54 til 56, 111, 113 og 114-73 ECLI:EU:C:1975:174
Sak C-311/85	VVR v Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, ECLI:EU:C:1987:418
Sak C-266/93	Bundeskartellamt v Volkswagen AG and VAG Leasing GmbH, ECLI:EU:C:1995:345
Sak C-205/03	FENIN v Commission, ECLI:EU:C:2006:453
Sak C-217/05	Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, ECLI:EU:C:2006:784
Sak C-279/06	CEPSA, ECLI:EU:C:2008:485
Sak C-32/11	Allianz Hungária Biztosító and Others, ECLI:EU:C:2013:160

Avgjørelser fra Underretten i EU

Sak T-112/99	M6 and Others v Commission, ECLI:EU:T:2001:215
Sak T-66/99	Minoan Lines v Commission, ECLI:EU:T:2003:337
Sak T-325/01	DaimlerChrysler v Commission, ECLI:EU:T:2005:322
Sak T-418/10	Voestalpine and voestalpine Wire Rod Austria v Commission, ECLI:EU:T:2015:516

Generaladvokaters forslag til avgjørelse

Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Tesauro i sak C-266/93 Bundeskartellamt v Volkswagen og VAG Leasing, ECLI:EU:C:1995:172

Kommisjonsavgjørelse

sak COMP/36.264 Mercedes-Benz

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-3/97 Jan og Kristian Jæger AS v Opel Norge AS, Rådgivende uttalelse

Sak E-3/16 Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet

Avgjørelser fra Amerikansk rett

- 433 US 36, 49 (1977) Continental T V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.,
Hentet fra, sist besøk 09.12.19:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>
- 797 F.2d 1430 (1986) Morrison v. Murray Biscuit Co., United States Court of Appeals, Seventh Circuit.
Hentet fra, sist besøk 09.12.19:
<https://casetext.com/case/morrison-v-murray-biscuit-co-2>
- Case 561 F.3d 282 (2009) Valuepest.com of Charlotte v. Bayer Corp. United States Court of Appeals, Fourth Circuit.
Hentet fra, sist besøk 09.12.19:
<https://casetext.com/case/valuepestcom-of-charlotte-v-bayer-corp>

Nettsider

- Advokatbladet.no «Mener reglene for foretaksstraff og korrupsjon er uklare» 31. august 2018.
Hentet fra, sist besøk 09.12.19:
<https://www.advokatbladet.no/korrupsjon/mener-reglene-for-foretaksstraff-og-korrupsjoneruklare/114663?fbclid=IwAR0owewcWEAPmOviThLAHli4LrADqLbYREY aJ3L2rVKJGu9kf8j1xl-UzYw>
- Coase.org. «About New Institutional Economics». 2000-2019.
Hentet fra, sist besøk 09.12.19:
<https://www.coase.org/newinstitutionaleconomics.htm>
- Regjeringen.no. «Skal se på reglene om foretaksstraff og korrupsjon» Pressemelding Nr: 38- 2018 Dato: 31.05.2018.
Hentet fra, sist besøk 09.12.19:
<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/skal-se-pa-reglene-om-foretaksstraff-og-korrupsjon/id2603117/>
- Dictionary.cambridge.org. «Hierarchy; business English».
Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/hierarchy>

Annet

- The Sherman Act, U.S. Code Chapter 1. 15 U.S.C.

Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1> >

- Konkurransetilsynet (2015). «Veiledning for utarbeiding av økonomiske analyser som fremlegges for Konkurransetilsynet». Rev. Dato: 08.06.2015

Hentet fra, sist besøk 09.12.19:

https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/09/r1065-veiledning-for-utarbeiding-av-okonomiske-analyser-som-fremlegges-for-konkurransen-804327_4_1-1.pdf