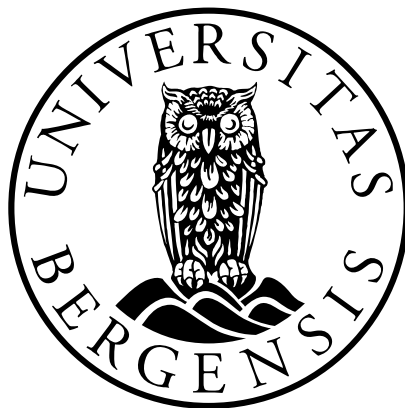


Adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser

*En analyse med utgangspunkt i formålsalternativet i
konkurranseloven § 10 første ledd*

Kandidatnummer: 91

Antall ord:
14755



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2024

Innholdsfortegnelse

1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Bakgrunn og aktualitet.....	4
1.3 Forholdet til EU/EØS-retten og rettskildebildet.....	6
1.4 Videre fremstilling.....	8
2 Presentasjon av samarbeidsforbudet.....	9
2.1 Generelt om konkurranseloven § 10.....	9
2.2 Forholdet mellom formålsalternativet og virkningsalternativet.....	11
3 Bindende videresalgspriser som en formålsrestriksjon.....	13
3.1 Nærmere om hvordan prisbinding oppnås i praksis.....	13
3.2 Behandlingen av bindende videresalgspriser i europeisk konkurranserett.....	15
3.3 Utviklingen i tolkningen av formålsvilkåret.....	17
3.4 Kort om kursendringen i amerikansk antritrustlovgivning.....	21
3.5 Status quo på tross av utvikling.....	23
4 <i>Super Bock</i> -saken som en «game changer»?.....	24
4.1 Introduksjon.....	24
4.2 C-211/22 <i>Super Bock</i>	25
4.3 Forholdet mellom formålsvilkåret og «hardcore»-restriksjoner.....	27
4.4 Samspeillet mellom konkurranseloven § 10 første ledd og tredje ledd ved vurderingen av konkurransefremmende effekter.....	30
4.5 Er det grunnlag for en begrenset kontekstvurdering av bindende videresalgspriser?.....	32
4.6 I hvilken grad er rettsstilstanden endret etter <i>Super Bock</i> ?.....	34
5 En rettsøkonomisk analyse av bindende videresalgspriser – under hvilke omstendigheter kan en formålsovertredelse konstateres?.....	36
5.1 Introduksjon.....	36
5.2 Det er i kontekstvurderingen slaget står.....	37
5.3 Når er erfaringsgrunnlaget tydelig nok til å konstatere at avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen?..39	
5.3.1 Prisøkning og reduksjon av «inter-brand»-konkurransen.....	39
5.3.2 Koordinering av atferd i leverandør- og/eller-forhandlerleddet.....	40
5.3.3 «Commitment»-problemet.....	41
5.3.4 Redusert innovasjon i forhandlerleddet.....	42
5.3.5 Delkonklusjon.....	42
5.4 Når skapes rimelig tvil ved om avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen?.....	43
5.4.1 Forhindring av «free-rider»-problemet.....	43
5.4.2 Unngå dobbel marginalisering.....	45
5.4.3 Reduksjon av etableringshindre.....	46
5.4.4 Økte lagerbeholdninger.....	47
5.4.5 Delkonklusjon.....	48
6 Avsluttende refleksjoner.....	49
7 Litteraturliste.....	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er bindende videresalgspriser. Jeg skal undersøke adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser i lys av forbudet mot samarbeid som har til «formål» å hindre, innskrenke eller vri konkurransen i konkurranseloven § 10 første ledd.¹ Denne bestemmelsen oppstiller et generelt forbud mot konkurransebegrensende samarbeid. Oppgaven søker å besvare to hovedproblemstillinger. Det første spørsmålet er hva som skal til for at en avtale som fastsetter bindende videresalgspriser har til formål å begrense konkurransen. I forlengelsen av dette skal det undersøkes hvilke konkrete omstendigheter som er relevante i vurderingen av om bindende videresalgspriser utgjør en formålsrestriksjon.

Begrepet bindende videresalgspris referer til en avtale mellom en selger og kjøper som fastsetter den prisen som kjøperen kan ta ved videresalg av produktet eller tjenesten.² Slike vertikale avtaler inngås typisk mellom en leverandør og en forhandler, og forhindrer dermed forhandlerleddet i å fastsette videresalgssprisen på selvstendig grunnlag. Forhandlerleddet består som regel av en grossist eller detaljist, avhengig av antall distribusjonsledd for det aktuelle produktet eller tjenesten.³ Initiativet til å operere med bindende videresalgspriser kan komme fra både leverandør- og forhandlerleddet. Denne typen prissamarbeid mellom aktører på ulike trinn i omsetningskjeden er gjennomgående blitt ansett for å ha til formål å begrense konkurransen.⁴ Den historiske begrunnelsen for å forby bindende videresalgspriser har i hovedsak vært at det forhindrer prisreduksjon, ettersom kjøperen fratras muligheten til å fastsette sin egen utsalgspris.

Å omtale fastsettelsen av bindende videresalgspriser som et samarbeid kan i noen tilfeller være misvisende. Det kan riktignok være avtalt direkte mellom leverandøren og forhandleren hvilken utsalgspris forhandleren kan ta, men i mange tilfeller oppnås bindende videresalgspriser gjennom pålegg fra leverandøren som forhandleren motvillig godtar. Samtidig kan en forhandler i enkelte tilfeller ha incentiver til å presse leverandøren til å

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

² Gippini-Fournier (2009) side 1

³ ASKO er et eksempel på en grossist, som videreselger dagligvarer til NorgesGruppens kjeder.

Dagligvarebutikkene er detaljister, som videreselger dagligvarer til forbrukere.

⁴ Se for eksempel Konkurransetilsynets veiledning (2013) avsnitt 17 med henvisning til eldre rettspraksis

fastsette videresalgsprisene mot sin vilje. I vurderingen av om det er fastsatt bindende videresalgspriser i disse tilfellene er det avgjørende hvorvidt forhandlerens adgang til å fastsette sin utsalgspris på selvstendig grunnlag er begrenset, og ikke om det er inngått en rettslig bindende avtale om bruk av bindende videresalgspriser.

Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr også samarbeid som har til «virkning» å begrense konkurransen. Utgangspunktet er imidlertid at formålsvilkåret skal vurderes først. Årsaken til at oppgaven bare behandler formålsalternativet er at bindende videresalgspriser har blitt ansett som så konkurranseskadelig at forbudet har blitt konstatert uten å ta stilling til virkningene av samarbeidet. Forholdet til virkningsvilkåret er likevel relevant for å forstå innholdet i formålsvilkåret ved bedømmelsen av bindende videresalgspriser.

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Til tross for at adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser beror på en tolkning av konkurranseloven § 10 første ledd – som er en juridisk øvelse – har økonomiske teorier vedrørende effekten av bindende videresalgspriser betydelig innflytelse på utfallet av vurderingen. Holdningen til bindende videresalgspriser har derfor endret seg i takt med utviklingen innen økonomisk teori, der stadig flere konkurransefremmende virkninger fremholdes som støtte for en mer nyansert tilnærming til bindende videresalgspriser.

Bindende videresalgspriser har tradisjonelt vært ansett for å stride mot forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid både innen europeisk og amerikansk konkurranserett. I kjølvannet av *Leegin*-saken⁵ fra US Supreme Court i 2007 forlot man imidlertid det historiske utgangspunktet om et kategorisk *per se*-forbud mot bindende videresalgspriser, og fastslo at bindende videresalgspriser må vurderes etter *rule of reason*-doktrinen, der positive og negative virkninger på konkurransen må avveies mot hverandre for å vurdere om samarbeidet skal forbys.⁶

I Europa har utviklingen latt vente på seg – inntil nylig avsagte *Super Bock*.⁷ Denne avgjørelsen fra EU-domstolen markerer et tydelig brudd med tidligere rettspraksis med

⁵ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc*

⁶ Whish og Bailey (2021) side 132

⁷ C-211/22 *Super Bock*

hensyn til behandlingen av bindende videresalgspriser. Dommen gir grunnlag for å stille spørsmål ved om rettstilstanden kan opprettholdes, og den bidrar til å avklare under hvilke omstendigheter bindende videresalgspriser utgjør en formålsrestriksjon.

Nasjonalt har tematikken foreløpig fått lite oppmerksomhet. Det finnes verken domstols- eller forvaltningspraksis som behandler adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser i lys av samarbeidsforbudet i konkurranseloven § 10. I en lagmannsrettsavgjørelse fra 2017 ble det riktignok konstatert at McDonald's hadde fastsatt bindende videresalgspriser på sine hamburgere.⁸ Saken gjaldt imidlertid krav om erstatning for brudd på konkurransereglene og formålsvilkåret ble ikke behandlet.

Til tross for få kjente tilfeller av bindende videresalgspriser nasjonalt antas forekomsten å være høy. Økningen innen netthandel, kombinert med stadig bedre tilgang til prisovervåkningsverktøy, gjør at foretakene effektivt kan spore hverandres utsalgspriser. Det er derfor grunn til å tro at bindende videresalgspriser er utbredt i markeder der forholdene ligger til rette for det. Ettersom både leverandøren og forhandleren kan ha økonomisk interesse av hemmelighold i en slik situasjon kan det være krevende å avdekke samarbeidet. Konkurransemyndighetene er derfor ofte avhengig av varsler fra foretak som deltar i samarbeidet eller fra utenforstående som fatter mistanke om at det fastsettes bindende videresalgspriser.

I enkelte markeder er imidlertid utgangspunktet et obligatorisk krav om å benytte bindende videresalgspriser. På det norske bokmarkedet er utgivere og forhandlere forpliktet til å benytte en fastpris for salg til sluttkunde ved nyutgivelser for en periode på ett år, jf. bokloven § 5.⁹ Begrunnelsen for fastprisregelen i bokmarkedet er i hovedsak et ønske om å nå de litteraturpolitiske målene om bredde, mangfold og kvalitet i litteraturen på de norske språkene.¹⁰

⁸ Borgarting lagmannsretts dom av 25. april 2017, *Carpe Diem Invest AS og Sito AS mot McDonalds Norge AS*, LB-2016-36932

⁹ Lov 16. juni 2023 nr. 64 om omsetning av bøker

¹⁰ Prop.82 L (2022-2023) kapittel 8.4

1.3 Forholdet til EU/EØS-retten og rettskildebildet

Et av de overordnede målene med norsk konkurranselovgivning er å harmonisere reglene med EU/EØS-konkurranseretten.¹¹ Samarbeidsforbudet i konkurranseloven § 10 har sitt motstykke i EØS-avtalen artikkel 53 og TEUV artikkel 101.¹² De tre bestemmelsene er identisk utformet, foruten kravet om påvirkning på samhandelen, som ikke finnes i den norske forbudsbestemmelsen. Ved påvirkning av samhandelen mellom EØS-landene skal imidlertid konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 håndheves parallelt.¹³

En viktig konsekvens av målet om harmonisering av norsk konkurranserett med regelsettene i EU/EØS-retten er at rettspraksis fra domstolene i EU og EFTA-domstolen vedrørende tolkningen av TEUV artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53 er en tungtveiende rettskilde ved anvendelsen av det norske samarbeidsforbudet.¹⁴ Høyesterett har gjentatt dette utgangspunktet ved en rekke anledninger.¹⁵ Rettskildebildet blir dermed tilsvarende sammensatt, og i fravær av nasjonale rettskilder knyttet til tolkningen av formålsvilkåret ved fastsettelse av bindende videresalgspriser blir praksis fra EU-domstolene og EFTA-domstolen desto mer sentralt for denne oppgaven.

Det rettslige utgangspunktet for oppgaven er likevel konkurranseloven § 10 første ledd. Ved tolkningen av bestemmelsen må alminnelig rettskildelære anvendes, noe som innebærer at den må tolkes i tråd med lovgiverviljen og autorative rettskilder. Konkurransetilsynet har utarbeidet en egen veileder om bindende videresalgspriser, som oppsummerer rettstilstanden anno 2013.¹⁶ Tatt i betraktning utviklingen som har skjedd siden den tid fremstår imidlertid veiledningen allerede som utdatert på noen områder.

EU-domstolen har behandlet adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser i lys av samarbeidsforbudet i TEUV artikkel 101 ved en rekke anledninger, og disse avgjørelser har stor betydning ved undersøkelsen av dagens rettstilstand. I tillegg har EU-kommisjonen vedtatt egne forordninger og retningslinjer som gir veiledning for hvordan TEUV artikkel 101

¹¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 29 og 68

¹² Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (uoffisiell norsk oversettelse)

¹³ EØS-konkurranseloven § 7 første ledd

¹⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 65 og 224

¹⁵ Senest i HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) avsnitt 53 med henvisning til tidligere rettspraksis

¹⁶ Konkurransetilsynets veiledning (2013)

skal fortolkes ved vertikale samarbeid. Kommisjonens retningslinjer er et ikke-bindende «soft law» instrument som i stor grad er basert på EU-domstolens praksis. De vil likevel kunne bidra til å gi veiledning for hvordan rettstilstanden skal forstås og har slikt sett stor praktisk betydning for foretak som må innrette seg etter konkurranseregelverket. I oppgaven vil også generaladvokatens forslag til avgjørelser for EU-domstolen brukes aktivt der de bidrar til å klargjøre hvordan formålsvilkåret skal forstås og anvendes. Disse forslagene er kun rådgivende og ikke bindende for EU-domstolen, men uttalelsene kan være en verdifull kilde til forståelsen av EU-domstolens praksis.¹⁷

Et særtrekk ved konkurranseretten er at mange av begrepene som anvendes har klare referanser til økonomisk teori, noe som gjør det nødvendig for rettsanvenderen å bruke argumenter utledet fra økonomisk teori ved tolkningen av disse begrepene.¹⁸ En fullverdig analyse av adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser i lys av forbudet mot samarbeid som har til formål å begrense konkurransen krever derfor også at økonomisk teori benyttes for å undersøke de nærmere virkningene av et slikt samarbeid. Oppgaven vil derfor forsøke å anvende argumenter basert på økonomisk teori ved fastleggelsen av gjeldende rett, men det understrekes at dette ikke innebærer en fullstendig gjennomgang av nyere økonomisk teori knyttet til virkningen av bindende videresalgspriser.

¹⁷ Fredriksen og Mathisen (2022) side 355

¹⁸ Kolstad (2008) side 412-413

1.4 Videre fremstilling

For å besvare problemstillingene er oppgaven bygd opp slik at kapitlene frem til presentasjonen av *Super Bock*-saken gir hvert sitt bidrag til å få frem disharmonien som eksisterte mellom håndhevelsen av bindende videresalgspriser og innholdet i formålsvilkåret. Del I består av kapittel 2 og 3. I denne delen vil jeg starte med å gi en introduksjon av samarbeidsforbudet og kommentere forholdet mellom formålsalternativet og virkningsalternativet. I kapittel 3 skal jeg vise at håndhevelsen av bindende videresalgspriser ikke har fulgt etter utviklingen som har skjedd i tolkningen av formålsvilkåret.

Oppgavens del II består av kapittel 4,5 og 6. I kapittel 4 skal jeg analysere implikasjonene av *Super Bock* for vurderingen av bindende videresalgspriser, før jeg i kapittel 5 anvender disse funnene sammen med økonomiske teorier for å vurdere hvilke omstendigheter som må foreligge dersom en formålsovertredelse skal kunne konstateres. Kapittel 6 består av noen avsluttende refleksjoner på bakgrunn av de funnene som er gjort i oppgavens øvrige deler.

2 Presentasjon av samarbeidsforbudet

2.1 Generelt om konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Det følger av bestemmelsens første ledd 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». Forbudet har til formål å hindre konkurranseskadelig atferd på markedene gjennom å beskytte konkurranseprosessen. Bestemmelsen er også et bidrag til å ivareta konkurranselovens overordnede formål om å fremme konkurranse for å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. konkurranseloven § 1. Både horisontale og vertikale samarbeid omfattes av forbudet.¹⁹

Vilkårene i bestemmelsens første ledd kan deles opp i tre kriterier, som alle må være oppfylt dersom bestemmelsens forbud skal være overtrådt; samarbeidskriteriet, konkurransebegrensningskriteriet og foretakskriteriet. I bestemmelsen er samarbeid beskrevet som avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden. Foretaksbegrepet er definert i konkurranseloven § 2 og setter rammene for det saklige virkeområdet for samarbeidsforbudet.

Denne oppgaven vil imidlertid kun behandle konkurransebegrensningskriteriet. Dette beskrives i bestemmelsen som å ha til «formål eller virkning» å begrense konkurransen. Forholdet mellom disse to vilkårene vil forklares i kapittel 2.2. Foruten de lovfestede vilkårene som fremgår av bestemmelsens ordlyd er det i EU-domstolens praksis innfortolket et fjerde vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart dersom forbudet skal være overtrådt.²⁰ Kravet til merkbar påvirkning gjelder også ved tolkningen av den norske forbudsbestemmelsen.²¹ Dette innebærer at samarbeid uten nevneverdig innvirkning på konkurransen faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.²² Dersom samarbeidet har til formål å begrense konkurransen vil imidlertid merkbarhetskravet være oppfylt uten å måtte demonstrere den konkrete påvirkningen på konkurransen.²³

¹⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 59

²⁰ C-5/69 *Völk* avsnitt 7 og C-226/11 *Expedia* avsnitt 38

²¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 225

²² Se *De Minimis Notice* artikkel 8-11 for en oversikt over samarbeid som Kommisjonen anser for ikke å påvirke konkurransen merkbart, basert på foretakenes markedsandeler

²³ E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 47 og C-226/11 *Expedia* avsnitt 37

Konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a-e består av en ikke-uttømmende liste over samarbeid som normalt vil bli ansett for å oppfylle konkurransebegrensningskriteriet. Også andre former for samarbeid kan dermed rammes av forbudet. Det fremgår av bestemmelsens bokstav a) at samarbeid som består i å «fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår» normalt vil være konkurransebegrensende. Slikt prissamarbeid, som inkluderer fastsettelsen av bindende videresalgspriser, har tradisjonelt blitt ansett for å stride mot samarbeidsforbudet.²⁴

Dersom et samarbeid faller innunder forbudsregelen i første ledd, kan det likevel godtas hvis det oppfyller betingelsene i tredje ledd. Denne unntaksbestemmelsen består av fire kumulative vilkår som må oppfylles dersom samarbeidet skal tillates. På et overordnet nivå omfatter unntaket samarbeid som medfører effektivitetsgevinster som samlet sett oppveier for den konkurransebegrensende effekten ved samarbeidet. For en fullstendig gjennomgang av de konkurranserettslige rammene for å fastsette bindende videresalgspriser er det nødvendig å vurdere når unntaksvilkårene i tredje ledd kan være oppfylt for denne typen samarbeid, men denne oppgaven vil konsentrere seg om formålsvilkåret i første ledd.

I medhold av bestemmelsens fjerde ledd kan enkelte samarbeidstyper som antas å oppfylle vilkårene i tredje ledd unntas fra forbudsbestemmelsen gjennom gruppefritak. Bestemmelsens andre ledd fastslår at et samarbeid som faller innunder forbudsregelen i første ledd, og som ikke oppfyller vilkårene for unntak etter tredje ledd, er ugyldig og uten rettsvirkning.

Overtredelse av samarbeidsforbudet kan resultere i pålegg om opphør av atferden, overtredelsesgebyr og straff, jf. konkurranseloven §§§ 12, 29 og 32. Foretak og personer som har lidt tap som følge av overtredelsen kan kreve erstatning på alminnelig erstatningsrettslig grunnlag.

²⁴ Se kapittel 3.2

2.2 Forholdet mellom formålsalternativet og virkningsalternativet

Regelen i konkurranseloven § 10 første ledd forbyr samarbeid som har til «formål eller virkning» å begrense konkurransen. Ved tolkningen av bestemmelsen er det viktig å forstå forskjellen mellom disse to vilkårene, samt hvordan dette får betydning i vurderingen av om konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt. Til tross for at oppgaven begrenser seg til å behandle formålsvilkåret, er det derfor nyttig å gi en oversikt over forholdet mellom de to forbudskategoriene.

Ordlyden tilsier at vilkårene er alternative, noe EU-domstolen har understreket ved en rekke anledninger.²⁵ Den teoretiske forskjellen mellom vilkårene består i at en formålsrestriksjon kan konstateres uten å vurdere de konkurransebegrensende virkningene på markedet, mens virkningsalternativet krever en vurdering av om samarbeidet vil ha en konkurransebegrensende virkning. Ved å forby både formål og virkning sikres muligheten for at både samarbeid som har negative virkninger på konkurransen, samt samarbeid med dette som siktemål, kan omfattes av forbudet.²⁶ Skillet mellom de to vurderingene er også begrunnet i prosessuelle hensyn, ved å antyde hvilken analyseform konkurransemyndighetene må innta for å vurdere om samarbeidsforbudet er overtrådt.²⁷

Ved vurderingen av om et samarbeid oppfyller konkurransebegrensningskriteriet skal formålsvilkåret vurderes først.²⁸ Dersom en formålsovertredelse konstateres er det ikke nødvendig å ta stilling til om samarbeidet også har en konkurransebegrensende virkning.²⁹ Samarbeidets faktiske virkninger må først analyseres dersom en formålsovertredelse ikke kan påvises. Dette innebærer imidlertid ikke at vilkårene er gjensidig utelukkende. Et samarbeid kan konstateres å ha både til formål og virkning å begrense konkurransen.³⁰

Den nærmere sondringen mellom formålsalternativet og virkningsalternativet er stadig gjenstand for tolkning i EU-domstolen, og flere avgjørelser har blitt kritisert for å tåkelegge

²⁵ Se for eksempel C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 33, C-345/14 *Maxima Latvija* avsnitt 16 og C-56/65 *L.T.M* side 249

²⁶ Whish og Bailey (2021) side 126 med henvisning til Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 47

²⁷ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 24

²⁸ C-56/65 *L.T.M* side 249 og C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 33

²⁹ C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 34

³⁰ C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 44

skillet mellom de to forbudskategoriene.³¹ Formålsalternativet skal legge til rette for en retsteknisk enklere regel enn virkningsalternativet, ved at enkelte former for atferd blir ansett som så konkurranseskadelig at det er unødvendig å påvise at atferden har konkrete virkninger på markedet.³² Denne forbudskategorien er dermed forbeholdt de mest åpenbare konkurranseskadelige samarbeidene.³³ Generaladvokat Kokott påpeker at eksistensen av formålsalternativet fremmer forutberegnelighet for markedsaktørene, som kan tilpasse sin atferd, samtidig som det letter ressursbruken til konkurransemyndighetene.³⁴

Under virkningsalternativet må det foretas en konkret vurdering av om det aktuelle samarbeidet vil ha en konkurransebegrensende virkning. Det kreves ikke at de faktiske virkningene allerede har inntrådt, da EU-domstolen har ansett det som tilstrekkelig at samarbeidet potensielt har en konkurransebegrensende virkning.³⁵ Denne vurderingen krever en kontrafaktisk analyse; samarbeidets virkning må undersøkes ut fra hvordan konkurransesituasjonen ville vært ved fravær av det aktuelle samarbeidet.³⁶ En slik undersøkelse er mer ressurskrevende for konkurransemyndighetene, men bidrar samtidig til å sikre økonomisk presisjon i enkeltsaker. I den kontrafaktiske analysen inngår imidlertid samme faktagrunnlag og økonomiske vurderinger som under formålsalternativet, og sontringen mellom de to alternativene består derfor først og fremst av graden og dybden av analyse som kreves, og ikke av hvilket vurderingsgrunnlag som er relevant.³⁷

³¹ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 1 og 2

³² C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 51, C-373/14 *Toshiba* avsnitt 26 og C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 35

³³ Hjelmeng og Østerud (2022) side 70

³⁴ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 43

³⁵ C-345/14 *Maxima Latvija* avsnitt 30 og C-7/95 P *John Deere* avsnitt 77

³⁶ C-382/12 P *Mastercard* avsnitt 161

³⁷ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 32

3 Bindende videresalgspriser som en formålsrestriksjon

Hensikten med dette kapittelet er å illustrere at behandlingen av bindendene videresalgspriser harmonerer dårlig med utviklingen som har skjedd i tolkningen av formålsvilkåret. I kapittel 3.2 skal jeg derfor beskrive hvordan bindende videresalgspriser har blitt vurdert i EU-retten, før jeg i kapittel 3.3 viser utviklingen som har skjedd i tolkningen av formålsvilkåret og klarlegger hvordan vilkåret skal forstås i dag. I kapittel 3.4 skal jeg kort omtale kursendringen som skjedde i USA, ettersom dette har bidratt til å synliggjøre inkonsistensen mellom behandlingen av bindende videresalgspriser og nyere økonomisk teori i EU-retten. Avslutningsvis skal jeg i kapittel 3.5 oppsummere funnene som er gjort hittil i oppgaven. For å tydeliggjøre hva som menes med bindende videresalgspriser i fremstillingen videre skal jeg først forklare hvordan dette kan oppnås og hvilke former for prisbinding denne oppgaven omhandler.

3.1 Nærmere om hvordan prisbinding oppnås i praksis

Bindende videresalgspriser kan fastsettes direkte eller indirekte. Direkte fastsettelse av bindende videresalgspriser foreligger i de tilfeller der videresalgsprisen eksplisitt reguleres i avtalen mellom leverandøren og forhandleren.³⁸ Dette omfatter avtaleklausuler der leverandøren gis mulighet til å fastsette videresalgsprisen og avtaleklausuler som forbyr kjøperen å selge under et bestemt prisnivå.³⁹

Indirekte fastsettelse av bindende videresalgspriser oppnås typisk ved bruk av incentiver til å opprettholde et bestemt prisnivå eller gjennom å avskrekke fra å fravike et bestemt prisnivå. En rekke virkemidler kan benyttes for å oppnå bindende videresalgspriser på denne måten, herunder fastsettelse av forhandlerens margin eller maksimale rabattsats ved videresalg, gjøre dekning av forhandlerens rabatter eller reklamekostnader betinget av et visst prisnivå, ved å kreve at forhandleren opererer med samme videresalgpris som sine konkurrenter eller

³⁸ For et eksempel på direkte fastsettelse av bindende videresalgspriser, se avtaleklausulen gjengitt i sak AT.40428 GUESS avsnitt 84

³⁹ Kommisjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 186

gjennom å reagere på manglende overholdelse av et gitt prisnivå med trusler, sanksjoner, leveringsstans eller oppsigelse av avtalen.⁴⁰

I omtalen av bindende videresalgspriser er det vanlig å skille mellom minimumspris, fastpris, maksimumspris og veiledende pris, der de to førstnevnte formene for prisbinding er temaet for denne oppgaven. I engelsk konkurranserettslig terminologi benyttes begrepet 'resale price maintenance' om bruken av minimumspris og fastpris.⁴¹ Hvorvidt prisbindingen utgjør en minimumspris eller fastpris beror på om det er «genuinely possible for the reseller to lower that sale price, taking account of the actual effect of all the clauses of the contract at issue in the main proceedings in their economic and legal context».⁴²

Det avgrenses imidlertid mot en omtale av denne bevisvurderingen, ettersom oppgavens formål er å undersøke de konkurranserettslige rammene for å fastsette minimumspris og fastpris. Å gå nærmere inn i faktum og bevisvurdering for å klarlegge om det i det hele tatt er fastsatt bindende videresalgspriser og vurdere grensen mot maksimumspriser og veiledende priser har derfor lite for seg innenfor rammene av denne oppgaven. Både maksimumspriser og veiledende priser er dessuten tillatt, såfremt foretakene har en markedsandel på under 30 % og ingen av partene utøver et slikt press på den andre at det i realiteten er snakk om en minimumspris eller fastpris, jf. Forskrift om grupper av vertikale avtaler §§§ 2 (1), 3 (1) og 4 bokstav a.⁴³

I fremstillingen videre refererer dermed begrepet bindende videresalgspriser til en avtale eller samordnet opptreden som direkte eller indirekte har til formål å fastsette forhandlerens minimumspris eller fastpris ved videresalg av leverandørens produkt eller tjeneste.⁴⁴

⁴⁰ Se Kommissjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 187 for en ikke-uttømmende liste over indirekte virkemidler som kan benyttes for å oppnå en bindende videresalgpris

⁴¹ Whish og Bailey (2021) side 679 og Kommissjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 185

⁴² C-279/06 *CEPSA* avsnitt 71 og C-260/07 *Pedro* avsnitt 80

⁴³ Forskriften utløp 31. mai 2022, men er vedtatt erstattet av Kommissjonsforordning (EU) nr. 2022/720 som trådte i kraft 1. juni 2022. Forordningen omtales i EU-retten som Vertical Block Exemption Regulation (VBER)

⁴⁴ Definisjonen er ment å samsvare med «hardcore»-restriksjonen i Kommissjonsforordning (EU) nr. 2022/720 artikkel 4 bokstav a og den formen for bindende videresalgspriser som EU-domstolen tradisjonelt har ansett for å utgjøre en formålsrestriksjon

3.2 Behandlingen av bindende videresalgpriser i europeisk konkurranserett

Å fastsette bindende videresalgpriser har tradisjonelt vært ansett for å stride mot forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i europeisk konkurranserett. Både Kommisjonen og EU-domstolen har ved en rekke anledninger konkludert med at bruken av bindende videresalgpriser utgjør en overtredelse av TEUV artikkel 101 (1).⁴⁵ EU-domstolen utviklet et nærmest kategorisk forbud mot bindende videresalgpriser, og i *Binon* uttalte den at “provisions which fix the prices to be observed in contracts with third parties constitute, of themselves, a restriction on competition within the meaning of Article 85 (1) which refers to agreements which fix selling prices as an example of an agreement prohibited by the Treaty”.⁴⁶ De berørte foretakene anførte flere konkurransefremmende effekter av å fastsette bindende videresalgpriser, men EU-domstolen vurderte disse effektene som relevante kun etter TEUV artikkel 101 (3).⁴⁷

EU-domstolens kategoriske forbud mot bindende videresalgpriser, som ble utviklet på 1980-tallet, fremstår å være basert på at prissamarbeid i seg selv utgjør en såpass alvorlig restriksjon på konkurransen at en individuell vurdering av samarbeidet etter formålsalternativet er unødvendig. Det grunnleggende innholdet i formålsvilkåret var allerede på denne tiden utviklet i *L.T.M* og *Grundig*⁴⁸, og vurderingen var om innholdet i avtalen var «sufficiently deleterious» for konkurransen.⁴⁹ EU-domstolen foretok imidlertid ingen selvstendig individuell vurdering av om bindende videresalgpriser hadde et konkurransebegrensende formål basert på denne normen.

I nyere tid har flere aktører innen markedet for netthandel vært gjenstand for etterforskning med hensyn til bruken av bindende videresalgpriser overfor sine forhandlere. En rapport fra 2017 utarbeidet av Kommisjonen avdekket at videresalgprisrelaterte restriksjoner er de klart mest utbredte restriksjonene i netthandelsmarkedet, og Kommisjonen varslet en mer målrettet

⁴⁵ Se som eksempler C-243/83 *Binon* avsnitt 44, C-311/85 *VVR* avsnitt 17, C-161/84 *Pronuptia* avsnitt 25 og COMP/37.975 PO/Y *Yamaha*.

⁴⁶ C-243/83 *Binon* avsnitt 44. TEUV artikkel 85 (1) er nå gjeldende TEUV artikkel 101 (1)

⁴⁷ C-243/83 *Binon* avsnitt 45 og 46

⁴⁸ C-56/65 *L.T.M* side 249 og C-56-58/64 *Grundig* side 342-343

⁴⁹ C-56/65 *L.T.M* side 249

håndhevelse av forretningspraksisen på dette markedet på bakgrunn av veksten innen netthandel i Europa.⁵⁰

Kommisjonen tok funnene i rapporten på alvor og bøtela året etter fem aktører innen netthandelsmarkedet for bruk av bindende videresalgspriser. I *Asus*, *Denon & Marantz*, *Philips* og *Pioneer* ble fire leverandører av forbrukerelektronikk ilagt bøter for tilsammen 111 Millioner Euro i separate avgjørelser.⁵¹ Leverandørene grep særlig inn mot forhandlere som videresolgte deres produkter til en lav pris og truet med ulike former for sanksjoner dersom de ikke endret prisene til det nivået leverandørene krevde. I tillegg benyttet de et prisovervåkningsverktøy som effektivt kunne spore forhandlernes videresalgspris, og leverandørene kunne dermed raskt reagere dersom et fastsatt prisnivå ikke ble overholdt. Kommisjonen påviste at denne praksisen førte til høyere priser med umiddelbar effekt på forbrukerne. Uten noen inngående drøftelse, med henvisning til eldre rettspraksis knyttet til bruken av bindende videresalgspriser, konkluderte Kommisjonen med at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål og var i strid med forbudet i TEUV artikkel 101 (1)⁵².

I *GUESS* ble en kleskjede bøtelagt for bruk av bindende videresalgspriser overfor sine forhandlere som opererte på netthandelsmarkedet.⁵³ Også her henviste Kommisjonen til eldre rettspraksis og konkluderte med at ordningen utgjorde en formålsrestriksjon.⁵⁴ I litteraturen har rettstilstanden blitt tolket dithen at bindende videresalgspriser utgjør en av kategoriene som automatisk faller innunder formålsalternativet.⁵⁵ Samlet fremstår tilnærmingen til bindende videresalgspriser historisk sett som relativt formalistisk i EU-retten, i den grad at bare tilstedeværelsen av en slik restriksjon har vært tilstrekkelig til at avtalen har blitt ansett for å ha et konkurransebegrensende formål. For å ta stilling til om dagens rettstilstand kan opprettholdes, må det derfor vurderes nærmere hva som skal til for at et samarbeid anses for å ha et konkurransebegrensende formål.

⁵⁰ REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT – Final report on the E-commerce Sector Inquiry, COM/2017/0229 final

⁵¹ Commission Press Release IP/18/4601, 24 July 2018 og AT. 40465 *Asus*, AT. 40469 *Denon & Marantz*, AT. 40181 *Philips* og AT. 40182 *Pioneer*

⁵² Se som eksempel AT. 40181 *Philips* avsnitt 59-64

⁵³ Case AT.40428 *GUESS*

⁵⁴ Case AT.40428 *GUESS* avsnitt 136-138

⁵⁵ Whish og Bailey (2021) side 136

3.3 Utviklingen i tolkningen av formålsvilkåret

Den norske forbudsbestemmelsens utgangspunkt er at samarbeid som har til «formål [...] å hindre, innskrenke eller vri konkurransen» er forbudt, jf. konkurranseloven § 10 første ledd. Ordlyden tilsier at konkurransen må påvirkes negativt dersom et samarbeid skal forbys, men det er ikke avgjørende på hvilken måte konkurransen påvirkes. Utover dette gir verken ordlyden eller forarbeidene noen veiledning med hensyn til det nærmere innholdet i formålsvilkåret. Som vist i kapittel 1.3 vil imidlertid rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen være en tungtveiende rettskilde ved tolkningen av det norske samarbeidsforbudet. Høyesterett har også behandlet tolkningen av formålsvilkåret i konkurranseloven § 10 første ledd ved to anledninger⁵⁶, og har fulgt opp utviklingen i EU- og EFTA-domstolens tolkning av formålsvilkåret etter TEUV artikkel 101 (1) og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.

I HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) klargjorde Høyesterett at dersom et samarbeid skal anses for å ha et konkurransebegrensende formål må det «'fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen', slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet».⁵⁷ Denne formuleringen stammer fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelse som ble innhentet i forbindelse med tolkningen av formålsvilkåret i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 ved et tilfelle av anbudssamarbeid mellom to drosjeselskaper.⁵⁸ Dette rettslige utgangspunktet for tolkningen av formålsvilkåret samsvarer med nyere rettspraksis fra EU-domstolen.⁵⁹ For eksempel uttalte EU-domstolen i *Budapest Bank* at det grunnleggende rettslige kriteriet for å vurdere om et samarbeid utgjør en formålsrestriksjon er om «an agreement reveals in itself a sufficient degree of harm to competition for it to be considered that it is not necessary to assess its effects».⁶⁰ EU-domstolens grunnleggende føringer for innholdet i formålsvilkåret indikerer en høy terskel for å konstatere at et foretakssamarbeid har til formål å begrense konkurransen, ettersom denne kategorien er forbeholdt samarbeid hvor det fremstår som overflødig å undersøke potensielle konkurransebegrensende virkninger. En slik forståelse av

⁵⁶ HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) og HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*)

⁵⁷ HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) avsnitt 39

⁵⁸ E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 50-54

⁵⁹ C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 37, C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 53 og 57, C-345/14 *Maxima Latvija* avsnitt 18 og C-286/13 *Dole Food* avsnitt 113

⁶⁰ C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 37

terskelen for at formålsvilkåret skal være oppfylt samsvarer med EU-domstolens gjentatte uttalelser om at denne forbudskategorien skal tolkes restriktivt.⁶¹

EU-domstolens praksis med hensyn til terskelen for å konstatere en formålsovertredelse har imidlertid ikke vært helt konsistent, og enkelte uttalelser kan tolkes i retning av et lempeligere krav for å påvise en formålsrestriksjon. I *T-Mobile* uttalte EU-domstolen at det for å påvise et konkurransebegrensende formål «(...) is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition».⁶² Uttalelsen tilsier at vurderingen av om et samarbeid har et konkurransebegrensende formål beror på om samarbeidet er egnet til å påvirke konkurransen negativt. En slik vidtrekkende tolkning av formålsvilkåret utvider anvendelsesområdet for denne forbudskategorien betydelig sammenlignet med normen som ble utviklet i *L.T.M.* Med henvisning til uttalelsene i *T-Mobile* konkluderte også Høyesterett i Rt. 2012 s. 1556 (Gran & Ekran) med at formålsvilkåret i konkurranseloven § 10 (1) var oppfylt dersom samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende.⁶³ EU-domstolen korrigerer imidlertid denne vidtrekkende tolkningen av formålsvilkåret i *Cartes Bancaires*, ved å presisere at domstolens føringer for tolkningen av formålsvilkåret i *L.T.M.*, og som senere er gjentatt i en rekke avgjørelser, fortsatt utgjør det grunnleggende rettslige utgangspunktet ved tolkningen av formålsvilkåret.⁶⁴ Det er dermed klart at det grunnleggende vurderingstemaet under formålsvilkåret er om samarbeidet fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å undersøke dets virkninger.⁶⁵

I den nærmere vurderingen av om et samarbeid fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen må det tas hensyn til «innholdet i samarbeidsavtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng den inngår i», jf. HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) avsnitt 40.⁶⁶ Det er samarbeidets objektive formål som må vurderes, men foretakenes subjektive intensjoner kan vektlegges som et moment i totalvurderingen.⁶⁷ Foruten de konkrete typetilfellene der samarbeidet har blitt ansett for å ha et

⁶¹ C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 58, C-307/18 *Generics* avsnitt 67, C-345/14 *Maxima Latvija* avsnitt 18 og C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 54

⁶² C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 31

⁶³ Rt. 2012 s. 1556 (Gran & Ekran) avsnitt 64 og 65

⁶⁴ C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 55-58

⁶⁵ Med hensyn til tolkningen av formålsvilkåret i den norske forbudsbestemmelsen er dette rettslige utgangspunktet bekreftet i HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) avsnitt 58-59

⁶⁶ Se også HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) avsnitt 58-59, samt C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 53 og C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 51

⁶⁷ C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 54

konkurransbegrensende formål gir imidlertid EU-domstolens praksis utover dette liten veiledning med hensyn til hva slags samarbeid som kan utgjøre en formålsrestriksjon.

I *Budapest Bank* klargjorde EU-domstolen at det må foreligge «reliable and robust experience» for at det konkrete samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, dersom formålsvilkåret skal være oppfylt.⁶⁸ I sitt forslag til avgjørelse i *Budapest Bank* understreker Generaladvokat Bobek at disse pålitelige og solide erfaringene består av veletablert økonomisk teori understøttet av konkurransemyndighetene og tidligere rettspraksis.⁶⁹ Tatt i betraktning at formålsvilkåret skal tolkes restriktivt, tilsier dette at det må fremstå som tydelig basert på tidligere erfaringsgrunnlag at samarbeidet er konkurransebegrensende dersom en formålsovertredelse skal kunne konstateres.⁷⁰ Dette innebærer imidlertid ikke at det aktuelle samarbeidet for å utgjøre en formålsrestriksjon må sammenfalle med et allerede kjent typetilfelle for samarbeid som har til formål å begrense konkurransen.⁷¹ Også hittil ukjente former for konkurranseskadelig atferd kan kvalifisere til å utgjøre en formålsovertredelse.

Samarbeidet må videre vurderes ut fra den økonomiske og rettslige sammenhengen det inngår i, gjerne omtalt som kontekstvurderingen.⁷² I denne vurderingen må det tas hensyn til arten av de aktuelle produktene eller tjenestene, markedets oppbygning og struktur, samt hvordan det fungerer.⁷³ Kontekstvurderingen bidrar til å forhindre at samarbeid som normalt er konkurransebegrensende, men som på bakgrunn av konkrete forhold ved det aktuelle markedet eller de berørte produktene eller tjenestene, likevel ikke anses for å utgjøre en formålsrestriksjon. EU-domstolen uttrykte i *Toshiba* at dersom det aktuelle samarbeidet faller innunder en kategori som presumeres å være konkurransebegrensende, kan analysen av den økonomiske og rettslige konteksten begrenses til det som er strengt nødvendig for å fastslå eksistensen av et konkurransebegrensende formål.⁷⁴ Den begrensede kontekstvurderingen ble i dommen begrunnet med at avtaler om markedsdeling, som er eksplisitt nevnt i TEUV artikkel 101 (1), presumeres å være konkurransebegrensende. Dette kan tas til inntekt for at kontekstvurderingen kan begrenses til det som er strengt nødvendig for å avklare om det

⁶⁸ C-228/18 *Budapest* avsnitt 76

⁶⁹ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 42. Tilsvarende i Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 79

⁷⁰ Tilsvarende i HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) avsnitt 82

⁷¹ C-591/16 P *Lundbeck* avsnitt 130-131 og HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) avsnitt 81

⁷² HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) avsnitt 83

⁷³ C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 53

⁷⁴ C-373/14 *Toshiba* avsnitt 28 og 29

foreligger en formålsrestriksjon ved tilfeller av samarbeid som uttrykkelig er nevnt i TEUV artikkel 101 (1).⁷⁵

I sitt forslag til avgjørelse i *Budapest Bank* uttrykte Generaladvokat Bobek at den begrensede kontekstvurderingen er ment som en effektiv realitetssjekk for å avdekke om samarbeidet etter sin art er konkurranseskadelig.⁷⁶ Dersom det foreligger faktiske eller rettslige omstendigheter som tilsier at samarbeidet ikke kan anses for å ha et konkurransebegrensende formål, må det foretas en full analyse av samarbeidets effekter gjennom det alternative virkningsvilkåret. Den begrensede kontekstvurderingen bygger dermed på en forutsetning om at samarbeid som erfaringsmessig begrenser konkurransen vil avdekkes gjennom en forenklet vurdering av samarbeidets økonomiske og rettslige kontekst. Høyesterett har bekreftet at den begrensede kontekstvurderingen også får anvendelse ved tolkningen av formålsvilkåret i konkurranseloven § 10 første ledd.⁷⁷ Anvendelsen av formålsvilkåret kan dermed lette konkurransemyndighetenes oppgave med å påvise samarbeidets konkurranseskadelige natur, men Generaladvokat Bobek påpeker at det ikke representerer noen forenklet vei til å konstatere brudd på samarbeidsforbudet.⁷⁸ Skadevirkningene på konkurransen må tydelig identifiseres og være så klare at en vurdering av de faktiske virkningene på det aktuelle markedet er overflødig.

En vurdering av samarbeidets kontekst er ikke begrenset til å bare ta i betraktning de negative skadevirkningene på konkurransen. I *Generics* presiserte EU-domstolen at en formålsovertredelse foreligger i tilfeller der begrunnelsen for samarbeidet ikke er noe annet enn å la være å konkurrere, og dette krever at man i kontekstvurderingen må undersøke om det aktuelle samarbeidet også kan ha konkurransefremmende virkninger.⁷⁹ Formålet med å vurdere potensielle konkurransefremmende virkninger under kontekstvurderingen er å undersøke om det kan stilles spørsmål ved om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig til at det kan utgjøre en formålsrestriksjon.⁸⁰

En gjennomgang av rettskildene viser at meningsinnholdet i formålsvilkåret har utviklet seg på en relativt konform måte i EU-domstolens praksis, og i dag fremstår de rettslige

⁷⁵ Det samme gjelder ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, se E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 93

⁷⁶ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 49-51

⁷⁷ HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) avsnitt 55

⁷⁸ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 60

⁷⁹ C-307/18 *Generics* avsnitt 87 og 103

⁸⁰ Se kapittel 4.4 for mer om vurderingen av konkurransefremmende virkninger under kontekstvurderingen

utgangspunktene for formålsvurderingen som lite omstridte. Høyesterett og EFTA-domstolen har tolket formålsvilkåret i tråd med utviklingen som har skjedd i EU-retten, i samsvar med harmoniseringsmålet mellom de tre regelsettene. Utviklingen illustrerer at det er det konkrete samarbeidet som er gjenstand for vurdering, og det legges ikke opp til et kategorisk forbud mot enkelte samarbeidstyper.

3.4 Kort om kursendringen i amerikansk antitrustlovgivning

I amerikansk antitrustlovgivning skilles det ikke mellom konkurransebegrensende formål og virkning. Ved tolkningen av Sherman Act Section 1 sorteres potensielt konkurranseskadelige samarbeid i kategoriene *per se*-forbud og *rule of reason*.⁸¹ *Per se*-kategorien innebærer et absolutt forbud mot det aktuelle samarbeidet, uten mulighet for unntak. Dersom et samarbeid skal vurderes på bakgrunn av *rule of reason*-doktrinen må det derimot foretas en konkret avveining av de positive og negative virkningene ved samarbeidet for å avgjøre om det skal forbys eller ikke.⁸² Til tross for at disse to kategoriene ikke er parallelle med formåls- og virkningsalternativet i europeisk konkurranserett, finnes det likheter mellom dem.⁸³

Tilnærmingen til bindende videresalgspriser i USA var lenge sammenlignbar med situasjonen i Europa. Bindende videresalgspriser ble ansett som såpass skadelig for konkurransen at det forelå et *per se*-forbud mot slikt prissamarbeid under Sherman Act Section 1. Dette utgangspunktet ble fastslått av amerikansk Høyesterett allerede i 1911 i *Dr. Miles*.⁸⁴ Bare eksistensen av en avtale mellom to foretak som fastsatte bindende videresalgspriser ville derfor være i strid med amerikansk konkurranselovgivning.⁸⁵ Det var ikke rom for å foreta en individuell vurdering av potensielle konkurransefremmende virkninger. I *Colgate* tillot riktignok amerikansk Høyesterett at en leverandør foreslo videresalgsprisene på sine produkter til forhandlerne, for deretter å nekte å selge sine produkter til de forhandlerne som

⁸¹ Hjelmeng og Østerud (2022) side 69

⁸² Whish og Bailey (2021) side 132

⁸³ Whish og Bailey (2021) side 132 hevder at formålsalternativet og *per se*-kategorien har klare likhetstrekk ettersom begge kategoriene dekker samarbeid som er antatt å være såpass konkurranseskadelig at det er unødvendig å undersøke dets virkninger. Den viktigste forskjellen består derimot i adgangen til unntak. I europeisk konkurranserett kan også formålsrestriksjoner unntas på bakgrunn av det lovfestede effektivitetsforsvaret i TEUV artikkel 101 tredje ledd. En tilsvarende unntaksadgang for *per se*-kategorien finnes ikke i amerikansk antitrustlovgivning.

⁸⁴ *Dr. Miles Medical Co v. John D. Park & Sons Co*

⁸⁵ Peeperkorn (2008) side 203

ikke videresolgte produktene til de foreslåtte prisene.⁸⁶ Rekkevidden av denne avgjørelsen ble imidlertid utfordret utover på 1900-tallet, både gjennom ny konkurranselovgivning og avgjørelser fra amerikansk Høyesterett. I *Albrecht* ble dessuten *per se*-forbudet mot bindende videresalgspriser utvidet til også å omfatte maksimumspriser.⁸⁷

Den gjennomgripende endringen i tilnærmingen til bindende videresalgspriser kom i 2007 ved *Leegin*-avgjørelsen.⁸⁸ En leverandør av klær og annet tilbehør i skinn påla sine forhandlere bindende videresalgspriser ved å oppfordre de til ikke å gi rabatter som medførte at varene ble videresolgt til en lavere pris enn fastsatt av leverandøren. *Leegin* stanset deretter all distribusjon av sine varer til forhandlere som ikke etterkom denne oppfordringen.

Domstolens flertall fravek utgangspunktet om et *per se*-forbud slik det ble fastlagt i *Dr. Miles*, og uttalte at det var nødvendig å undersøke de økonomiske virkningene av vertikale avtaler som fastsatte bindende videresalgspriser.⁸⁹ Med henvisning til økonomisk litteratur påpekte domstolen at bindende videresalgspriser kunne medføre både konkurransefremmende og konkurransebegrensende effekter på et gitt marked. Som potensielle konkurransefremmende effekter pekte domstolen særlig på at bindende videresalgspriser kunne bidra til å forhindre dobbel marginalisering og «free-riding», redusere etableringshindre på markedet og fremme «interbrand»-konkurransen.⁹⁰ Opprettholdelsen av et *per se*-forbud kunne dermed ikke lenger forsvares, og bindende videresalgspriser må nå vurderes med utgangspunkt i *rule of reason*-doktrinen.⁹¹ Dette krever at de positive og negative virkningene ved bindende videresalgspriser avveies mot hverandre i vurderingen av om samarbeidet skal forbys eller ikke. Tilnærmingen til bindende videresalgspriser blir dermed mer nyansert og åpner for å anvende nyere økonomisk teori som støtte for å tillate slikt prissamarbeid.

Europeisk konkurranserett er inspirert av Sherman Act.⁹² Etter kursendringen i USA har det derfor blitt reist spørsmål ved hvorvidt tilnærmingen til bindende videresalgspriser i europeisk konkurranserett er for rigid. Enkelte teoretikere har hevdet at TEUV artikkel 101 (1) er overdrevent håndhevet, og tatt til orde for at *rule of reason*-doktrinen bør anvendes også ved

⁸⁶ *United States v. Colgate & Co*

⁸⁷ *Albrecht v. Herald Co*

⁸⁸ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc*

⁸⁹ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc* side 9

⁹⁰ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc* side 9-14

⁹¹ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc* side 28

⁹² Hjelmeng og Østerud (2022) side 69

tolkningen av denne bestemmelsen.⁹³ Dette synspunktet har imidlertid blitt avvist av både EFTA-domstolen og EU-domstolen ved flere anledninger, senest i henholdsvis *Ski Taxi* og *Generics*.⁹⁴ En balansering av konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger ved vurderingen av bindende videresalgspriser ivaretas imidlertid også i europeisk konkurranserett gjennom samspillet mellom TEUV artikkel 101 (1) og 101 (3).⁹⁵

3.5 Status quo på tross av utvikling

Fremstillingen hittil har vist at behandlingen av bindende videresalgspriser harmonerer dårlig med utviklingen som har skjedd i tolkningen av formålsvilkåret. Verken EU-domstolen eller Kommisjonen har foretatt en individuell vurdering av bindende videresalgspriser basert på innholdet i formålsvilkåret. Klassifiseringen av bindende videresalgspriser som en formålsrestriksjon begrunnes i stor grad med henvisning til eldre rettspraksis. De rettslige utgangspunktene som er oppstilt for formålsvurderingen innebærer imidlertid at hvert enkelt samarbeid må undergis en individuell vurdering, og det er ikke lenger omstridt at også konkurransefremmende effekter er relevante under formålsvilkåret. I nyere tid har Kommisjonen likevel fortsatt med sin formalistiske tilnærming til bindende videresalgspriser.

EU-retten har ikke fulgt opp utviklingen som har skjedd i amerikansk antitrustlovgivning, der konkurransefremmende virkninger ved bindende videresalgspriser har vunnet gehør i amerikansk Høyesterett. Med grunnlag i argumenter utledet fra økonomisk teori kunne ikke et *per se*-forbud lenger forsvares, men det må nå foretas en individuell vurdering basert på *rule of reason*-doktrinen. Slik formålsvilkåret tolkes i dag er det rom for å anvende økonomisk teori som ledd i å undersøke om konkurransefremmende virkninger medfører at det kan stilles spørsmål ved om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig til at det kan utgjøre en formålsrestriksjon. Utviklingen i tolkningen av formålsvilkåret har imidlertid ikke medført noen endring i behandlingen av bindende videresalgspriser, inntil nylig avsagte *Super Bock*.⁹⁶

⁹³ Whish og Bailey (2021) side 140 med videre henvisninger

⁹⁴ E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 66 og C-307/18 *Generics* avsnitt 104

⁹⁵ Se kapittel 4.4 for mer om samspillet mellom disse to bestemmelsene

⁹⁶ C-211/22 *Super Bock*

4 *Super Bock*-saken som en «game changer»?

4.1 Introduksjon

I forrige kapittel oppstilte jeg de grunnleggende vurderingstemaene og de relevante momentene som må vurderes under formålsvilkåret i konkurranseloven § 10 første ledd. I tillegg viste jeg at bindende videresalgspriser stadig anses for å utgjøre en klassifisert formålsrestriksjon. I kapittel 4 skal jeg undersøke nærmere om det er grunnlag for å opprettholde denne rettstilstanden i lys av *Super Bock*-saken. Avgjørelsen representerer et tydelig avvik fra tidligere etablert rettspraksis om bindende videresalgspriser, og gir et viktig bidrag med hensyn til hvordan formålsvilkåret skal tolkes ved vurderingen av bindende videresalgspriser.

For å tydeliggjøre hvilke avklaringer avgjørelsen kommer med vil jeg i kapittel 4.2 forklare hva EU-domstolen tok stilling til og hvilke rettslige utgangspunkter den gir for vurderingen av bindende videresalgspriser. Deretter fortsetter jeg med å diskutere betydningen av at bindende videresalgspriser klassifiseres som en «hardcore»-restriksjon i kapittel 4.3, før jeg i kapittel 4.4 vurderer hvilke konkurransefremmende effekter som er relevante under formålsvilkåret. Dommen gir også grunnlag for å diskutere omfanget av kontekstvurderingen, og dette gjør jeg i kapittel 4.5. Til slutt skal jeg i kapittel 4.6 klargjøre i hvor stor grad avgjørelsen endrer rettstilstanden.

4.2 C-211/22 *Super Bock*

I *Super Bock* ble EU-domstolen forelagt en rekke spørsmål fra *Tribunal da Relação de Lisboa* og kom med en forhåndsavgjørelse etter prosedyren i TEUV artikkel 267.⁹⁷ Et av spørsmålene angikk tolkningen av formålsvilkåret i TEUV artikkel 101 (1) med hensyn til bruken av bindende videresalgspriser i en vertikal avtale mellom en leverandør og forhandler.

Super Bock Bebidas S.A. er et av Portugals største drikkevareselskap og produserer og markedsfører en rekke ulike drikkevarer, hovedsakelig øl og flaskevann.⁹⁸ For å distribuere sine drikkevarer inngikk *Super Bock* eksklusive distribusjonsavtaler med uavhengige distributører som skulle videreselge produktene til hoteller, restauranter og kaféer. Over en periode på ti år påla *Super Bock* sine distributører å overholde visse krav i forbindelse med videresalg av drikkevarene. Et av kravene var at distributørene ikke kunne videreselge drikkevarene til et lavere prisnivå enn det *Super Bock* selv fastsatte.⁹⁹ *Super Bock*, et styremedlem og en direktør i selskapet ble bøtelagt med 24 Millioner Euro av portugisiske konkurransemyndigheter for brudd på nasjonal konkurranselovgivning og TEUV artikkel 101.

Fastsettelsen av de bindende minimumsprisene ble oppnådd ved at *Super Bock* hver måned godkjente en liste over minimumspriser for videresalg som det kommuniserte skriftlig og muntlig til sine distributører. Prislister ble som regel overholdt av distributørene, men *Super Bock* brukte et prisovervåkingssystem for å sikre at videresalgssprisene ikke avvek fra det som var fastsatt. Ved manglende overholdelse av prislister ble distributørene utsatt for ulike gjengjeldende tiltak, som fjerning av avtalte rabattordninger, forsinket påfyll av drikkevarer til distributørens lagre og leveringsnektelse.¹⁰⁰ Bindende videresalgsspriser ble dermed oppnådd gjennom en kombinasjon av direkte fastsettelse av et gitt prisnivå og bruk av indirekte virkemidler for å sikre at minimumsprisene ble overholdt.

Det var på denne bakgrunn at EU-domstolen avga en forhåndsavgjørelse vedrørende tolkningen av formålsalternativet i TEUV artikkel 101 (1) basert på følgende spørsmål:

⁹⁷ *Tribunal da Relação de Lisboa* er en av fem regionale ankedomstoler i Portugal, og tilsvarer de norske lagmannsrettene

⁹⁸ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 10

⁹⁹ Se domstolens gjengivelse av *Super Bock*'s praksis i C-211/22 *Super Bock* avsnitt 10-15

¹⁰⁰ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 14

«[T]he referring court asks, in essence, whether Article 101(1) TFEU must be interpreted as meaning that the finding that a vertical agreement fixing minimum resale prices constitutes a ‘restriction of competition by object’ may be made without first examining whether that agreement raises a sufficient level of harm to competition or whether it may be presumed that such an agreement, of itself, presents such a degree of harm.»¹⁰¹

EU-domstolen innleder med å gjenta det rettslige utgangspunktet for tolkningen av formålsvilkåret slik det er blitt utviklet i rettspraksis:

*“The essential legal criterion for ascertaining whether an agreement, whether it is horizontal or vertical, involves a ‘restriction of competition by object’ is a finding that that agreement in itself presents a sufficient degree of harm to competition”.*¹⁰²

Denne formuleringen er velkjent fra tidligere rettspraksis, og domstolen gjentar også de øvrige vurderingstemaene under formålsvilkåret som følger av etablert rettspraksis.¹⁰³ Deretter understreker domstolen at dersom bindende videresalgpriser skal utgjøre en formålsrestriksjon må det vurderes om avtalen faktisk er tilstrekkelig skadelig for konkurransen i lys av kriteriene som er oppstilt under formålsvilkåret.¹⁰⁴

EU-domstolen gjør det dermed tidlig klart at epoken med en formalistisk behandling av bindende videresalgpriser er over. Også denne formen for samarbeid må nå vurderes på individuelt grunnlag før en formålsovertredelse kan konstateres. Ingen av de eldre avgjørelsene som nedla et nærmest kategorisk forbud mot bindende videresalgpriser nevnes, og det fremstår som at EU-domstolen ikke ser behov for å påpeke at den utfordrer en etablert rettstilstand. Tatt i betraktning utviklingen i tolkningen av formålsvilkåret og nyere økonomisk teori fremstår ikke denne kursendringen som overraskende, men den representerer et tydelig brudd med behandlingen av bindende videresalgpriser gjennom langvarig og etablert rettspraksis. Utover dette kommer EU-domstolen med flere uttalelser som bidrar til å avklare rammene for vurderingen av om bindende videresalgpriser utgjør en formålsrestriksjon.

¹⁰¹ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 27

¹⁰² C-211/22 *Super Bock* avsnitt 34

¹⁰³ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 35 og 36

¹⁰⁴ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 37

4.3 Forholdet mellom formålsvilkåret og «hardcore»-restriksjoner

Det har lenge fremstått som uklart hvilken betydning det har for tolkningen av formålsvilkåret at samarbeidet er klassifisert som en «hardcore»-restriksjon i et gruppefritak. EU-domstolen og Kommisjonen har ikke vært samstemte med hensyn til hva som kan utledes av at et samarbeid klassifiseres som en «hardcore»-restriksjon. Bakgrunnen for problemstillingen er at enkelte avtaletyper og samordnet praksis er unntatt fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid gjennom såkalte gruppefritak. Gruppefritakene gis i EU-retten som forordninger, og er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XIV og inkorporert i norsk rett som forskrift.¹⁰⁵ Avtalene som faller innunder gruppefritakene er antatt å oppfylle de fire kumulative vilkårene i TEUV artikkel 101 tredje ledd.¹⁰⁶ Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter kan dermed ikke prøve en avtale som omfattes av et gruppefritak mot vilkårene i TEUV artikkel 101 første ledd.¹⁰⁷

I medhold av konkurranseloven § 10 fjerde ledd er det vedtatt en rekke forskrifter som fastslår at enkelte avtaletyper faller innunder bestemmelsens tredje ledd, slik at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid ikke kommer til anvendelse.¹⁰⁸ Grovt sett består gruppefritakene av en definisjon av avtaletypene som omfattes av fritaket, terskler for markedsandelene til de aktuelle foretakene som ikke kan overstiges dersom fritaket skal få anvendelse, samt en klassifisering av visse restriksjoner som «hardcore»-restriksjoner.¹⁰⁹ En avtale mellom foretak som inneholder en «hardcore»-restriksjon faller i sin helhet utenfor gruppefritakenes anvendelsesområde, ettersom slike restriksjoner normalt ikke oppfyller vilkårene for individuelt unntak i TEUV artikkel 101 tredje ledd.¹¹⁰

Bindende videresalgspriser utgjør en «hardcore»-restriksjon, jf. Kommisjonsforordning (EU) nr. 2022/720 artikkel 4 bokstav a. Utgangspunktet må dermed være at adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser beror på en tolkning av formålsvilkåret i konkurranseloven § 10

¹⁰⁵ Forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv.

¹⁰⁶ For vertikale avtaler, se fortalen til Kommisjonsforordning (EU) nr. 2022/720 punkt 2 og 5

¹⁰⁷ Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 29 gir riktignok Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter adgang til å trekke tilbake et gruppefritak på visse vilkår i enkeltsaker, men dette benyttes sjelden

¹⁰⁸ For vertikale avtaler, se Forskrift 21.juni 2010 nr. 898 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden. Forskriften utløp 31. mai 2022, men er vedtatt erstattet av Kommisjonsforordning (EU) nr. 2022/720 som trådte i kraft 1. juni 2022. Forordningen omtales i EU-retten som Vertical Block Exemption Regulation (VBER)

¹⁰⁹ Whish og Bailey (2021) s. 178

¹¹⁰ Fortalen til Kommisjonsforordning (EU) nr. 2022/720 punkt 5 og 15

første ledd slik det er utviklet gjennom rettspraksis, eventuelt en vurdering av om effektivitetsgevinstene er store nok til at samarbeidet kan unntas etter konkurranseloven § 10 tredje ledd. I sine retningslinjer uttrykker imidlertid Kommisjonen at «hardcore»-restriksjoner på generelt grunnlag vil utgjøre en formålsrestriksjon etter TEUV artikkel 101 (1), og at de i sin individuelle vurdering av vertikale avtaler vil ta utgangspunkt i at «hardcore»-restriksjoner mest sannsynlig faller innunder forbudet i TEUV artikkel 101 (1).¹¹¹ Kommisjonen understreker også i sitt *De Minimis Notice* at den anser alle «hardcore»-restriksjoner i gruppefritak for å utgjøre formålsrestriksjoner.¹¹² Kommisjonen presiserer riktignok at verken klassifisering som en «hardcore»-restriksjon eller formålsrestriksjon vil utgjøre en *per se* overtredelse av TEUV artikkel 101, ettersom foretakene alltid vil ha muligheten til å påvise at vilkårene i bestemmelsens tredje ledd er oppfylt.¹¹³

I sin veileder om bindende videresalgpriser bygger også Konkurransetilsynet på en forutsetning om at formålsvilkåret og «hardcore»-restriksjoner har nær sammenheng og er overlappende begreper.¹¹⁴ I relasjon til bindende videresalgpriser virker dermed synspunktet å være en presumsjon om at dette utgjør en formålsrestriksjon fordi gruppefritaket for vertikale avtaler klassifiserer det som en «hardcore»-restriksjon.

I *Super Bock* uttrykker imidlertid EU-domstolen at det er en klar distinksjon mellom formålsvilkåret og gruppefritakenes «hardcore»-restriksjoner. Det eneste siktemålet med å klassifisere enkelte restriksjoner som «hardcore»-restriksjoner «is to exclude certain vertical restrictions from the scope of a block exemption».¹¹⁵ Gruppefritaksforordningene gir ingen indikasjoner på om «hardcore»-restriksjoner vil anses for å ha et konkurransebegrensende formål eller virkning. Domstolen beskriver forholdet mellom disse to kategoriene på følgende måte:

*«[T]he concepts of ‘hardcore restrictions’ and of ‘restriction by object’ are not conceptually interchangeable and do not necessary overlap. It is therefore necessary to examine restrictions falling outside that exemption, on a case by case basis, with regard to Article 101(1) TFEU».*¹¹⁶

¹¹¹ Kommisjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 179 og 180

¹¹² *De Minimis Notice* artikkel 13

¹¹³ Kommisjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 195

¹¹⁴ Konkurransetilsynets veiledning (2013) avsnitt 12 og 13

¹¹⁵ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 40

¹¹⁶ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 41

Det understrekes at restriksjoner som ikke omfattes av gruppefritaket for vertikale avtaler må prøves mot vilkårene i TEUV artikkel 101 (1) på individuelt grunnlag, og formålsrestriksjoner og «hardcore»-restriksjoner er dermed ikke nødvendigvis overlappende konsepter. Basert på EU-domstolens uttalelser fremstår det ikke som holdbart å opprettholde Kommisjonens utgangspunkt om at avtaler som inneholder en «hardcore»-restriksjon presumeres å utgjøre en formålsrestriksjon. Til tross for at domstolen ikke henviser til tidligere rettspraksis, er skillet mellom formålsvilkåret og «hardcore»-restriksjoner gjentatt ved en rekke anledninger.¹¹⁷

Det fremstår imidlertid ikke som helt tydelig hvilken betydning det har for den konkrete vurderingen under formålsvilkåret at bindende videresalgsspriser utgjør en «hardcore»-restriksjon. I *Super Bock* uttaler EU-domstolen at klassifiseringen av bindende videresalgsspriser som en «hardcore»-restriksjon må tas i betraktning «as an element of the legal context».¹¹⁸ Uttalelsen indikerer at det vil ha betydning ved vurderingen av den rettslige konteksten under formålsvilkåret at avtalen klassifiseres som en «hardcore»-restriksjon. Domstolen kommenterer ikke nærmere hva slags betydning det er snakk om, men det er nærliggende å anta at klassifiseringen som en «hardcore»-restriksjon vil være negativt for foretak som forsøker å argumentere for at fastsettelsen av bindende videresalgsspriser ikke utgjør en formålsovertredelse. Det fremstår likevel som uklart om EU-domstolen mener at det er grunnlag for at bindende videresalgsspriser kan undergis en begrenset kontekstvurdering etter mønster fra *Toshiba*, eller om klassifiseringen som en «hardcore»-restriksjon bare vil være et generelt utgangspunkt når samarbeidets rettslige kontekst skal vurderes.¹¹⁹

¹¹⁷ C-260/07 *Pedro* avsnitt 68, Generaladvokat Mazáks forslag til avgjørelse i C-439/09 *Pierre Fabre* avsnitt 25-30 og Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i C-230/16 *Coty Germany* avsnitt 135 og 136

¹¹⁸ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 38

¹¹⁹ Se kapittel 4.5 for mer om omfanget av kontekstvurderingen

4.4 Samspillet mellom konkurranseloven § 10 første ledd og tredje ledd ved vurderingen av konkurransefremmende effekter

Dersom et konkurransebegrensende samarbeid på bakgrunn av sitt formål eller virkning faller innunder konkurranseloven § 10 første ledd, vil de eventuelle konkurransefremmende effektene av samarbeidet i utgangspunktet bare være relevante i vurderingen etter konkurranseloven § 10 tredje ledd.¹²⁰ I motsatt tilfelle vil bestemmelsen i tredje ledd kunne miste mye av sin betydning, og dette er noe av grunnen til at EU-domstolen har avvist at *rule of reason*-doktrinen er anvendelig ved vurderingen av et samarbeid etter TEUV artikkel 101 (1).¹²¹

Dette utgangspunktet medfører imidlertid ikke at eksistensen av konkurransefremmende effekter er irrelevant i vurderingen av om en avtale i det hele tatt faller innunder konkurranseloven § 10 første ledd. I HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) bekreftet Høyesterett at det var korrekt av lagmannsretten å undersøke eventuelle konkurransefremmende virkninger i kontekstvurderingen under formålsalternativet i konkurranseloven § 10 første ledd.¹²² Høyesterett bygde på EU-domstolens uttalelser i *Generics*, som bekrefter at et samarbeids eventuelle konkurransefremmende effekter må inngå i kontekstvurderingen etter TEUV artikkel 101 (1).¹²³ Det er derfor ikke grunnlag for å opprettholde skillet som ble skapt i *Binon*, der EU-domstolen anså konkurransefremmende effekter ved bindende videresalgpriser som relevante utelukkende etter TEUV artikkel 101 (3).¹²⁴

Det fremstår imidlertid ikke som klart hvilke typer av konkurransefremmende effekter som er relevante i kontekstvurderingen etter første ledd, og hvilke som er forbeholdt vurderingen etter tredje ledd. I HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) avviste Høyesterett at mulige effektivitetsgevinster knyttet til et anbudssamarbeid mellom to drosjeselskaper er relevant i vurderingen av om samarbeidet har et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd.¹²⁵ I relasjon til kontekstvurderingen tiltrådte senere Høyesterett i HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) lagmannsrettens formulering om at poenget er å «kontrollere på generelt nivå om det foreligger særlige omstendigheter som reiser tvil om samarbeidets

¹²⁰ Se C-382/12 *MasterCard* avsnitt 93 og 180 om forholdet mellom TEUV artikkel 101 (1) og 101 (3)

¹²¹ Whish og Bailey (2021) side 157 med henvisning til C-307/18 *Generics* avsnitt 104

¹²² HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) avsnitt 87-89

¹²³ C-307/18 *Generics* avsnitt 103

¹²⁴ C-243/83 *Binon* avsnitt 45 og 46

¹²⁵ HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) avsnitt 54

konkurransbegrensende evne».¹²⁶ Hensikten er altså å undersøke om de potensielt konkurransefremmende effektene fører til at det kan reises spørsmål ved om samarbeidet utgjør en formålsrestriksjon. I *Cartes Bancaires* la også EU-domstolen til grunn at det aktuelle samarbeidets mål, i dette tilfellet å bekjempe «free-riding» i markedet for betalingstjenester, skulle vektlegges i formålsvurderingen etter TEUV artikkel 101 (1).¹²⁷

I *Generics* presiserte EU-domstolen det konkrete utgangspunktet for vurderingen av konkurransefremmende effekter under TEUV artikkel 101 (1). Det sentrale er at foretakene kan vise at de konkurransefremmende effektene er relevante og spesifikke for det aktuelle samarbeidet.¹²⁸ Dersom dette er påvist, og de konkurransefremmende effektene er tilstrekkelig betydelige til at det oppstår rimelig tvil om hvorvidt samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, har ikke samarbeidet et konkurransebegrensende formål.¹²⁹ I slike tilfeller må det foretas en full analyse gjennom virkningsalternativet. Bare eksistensen av konkurransefremmende effekter i seg selv forhindrer imidlertid ikke samarbeidet fra å utgjøre en formålsrestriksjon.¹³⁰ Usikre eller usannsynlige konkurransefremmende effekter er heller ikke i stand til å skape tilstrekkelig tvil ved samarbeidets konkurransebegrensende evne.¹³¹

I *Super Bock* presiserer EU-domstolen at de ovennevnte utgangspunktene også gjelder ved undersøkelsen av en avtale som fastsetter bindende videresalgspriser. Vedrørende betydningen av konkurransefremmende effekter under kontekstvurderingen uttaler den:

*“Provided that they are demonstrated, relevant, intrinsic to the agreement concerned and sufficiently significant, those effects may give rise to reasonable doubt as to whether the agreement concerned caused a sufficient degree of harm to competition.”*¹³²

En generell henvisning til at bindende videresalgspriser kan ha konkurransefremmende effekter er dermed ikke nok til å forhindre at avtalen faller innunder formålsalternativet. Det må demonstreres at de konkurransefremmende effektene er relevante, spesifikke for den aktuelle avtalen og tilstrekkelig betydelige dersom det skal skapes rimelig tvil ved om avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen.

¹²⁶ HR-2021-1086-A (*Forlagssaken*) avsnitt 88-89 med henvisning til C-307/18 *Generics* avsnitt 107

¹²⁷ C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 62 og 74

¹²⁸ C-307/18 *Generics* avsnitt 105

¹²⁹ C-307/18 *Generics* avsnitt 107

¹³⁰ C-307/18 *Generics* avsnitt 106

¹³¹ C-307/18 *Generics* avsnitt 110

¹³² C-211/22 *Super Bock* avsnitt 36

Omfanget av konkurransefremmende effekter som kan tas i betraktning under vurderingen av konkurranseloven § 10 første ledd kan reise spørsmål ved hvilke effekter som gjenstår til vurdering under tredje ledd, og hvor inngående de skal undersøkes. I sitt forslag til avgjørelse i *Generics* hevder Generaladvokat Kokott i så måte at alle påståtte positive effekter ved en avtale er en del av kontekstvurderingen og må vurderes når man undersøker om avtalen har et konkurransebegrensende formål.¹³³ Dersom dette synspunktet legges til grunn gjenstår det ikke mye til vurderingen etter tredje ledd, foruten noen av de typiske effektivitetsgevinstene som kostnadsbesparelser og kvalitetsforbedringer. Dette medfører likevel ikke at tredje ledd mister sin betydning. Colomo påpeker at vurderingene av de konkurransefremmende virkningene som må foretas etter første og tredje ledd er forskjellige, og har ulike målsettinger.¹³⁴ Etter første ledd er vurderingen av konkurransefremmende effekter nødvendig for å undersøke samarbeidets målsetting, og dette er ikke mulig å gjennomføre uten å ta i betraktning plausible konkurransefremmende effekter.¹³⁵ I tillegg er prøvingsintensiteten ulik; etter første ledd er det tilstrekkelig med en relativt overfladisk vurdering av om samarbeidet potensielt kan ha konkurransefremmende effekter, mens under vurderingen i tredje ledd må foretakene selv påvise at samarbeidet fører til konkurransefremmende effekter som oppveier for de konkurransebegrensende effektene.¹³⁶ Dette krever en mer dyptgående analyse av de konkurransefremmende effektene sammenlignet med hva som kreves etter første ledd.

4.5 Er det grunnlag for en begrenset kontekstvurdering av bindende videresalgspriser?

Et spørsmål som oppstår i kjølvannet av EU-domstolens uttalelser i *Super Bock* er om bindende videresalgspriser kan undergis en begrenset kontekstvurdering med bakgrunn i synspunktet fra *Toshiba*. I sistnevnte avgjørelse uttrykte EU-domstolen at dersom samarbeidet faller innunder en kategori som presumeres å være konkurransebegrensende, kan analysen av den økonomiske og rettslige konteksten begrenses til det som er strengt nødvendig for å

¹³³ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i C-307/18 *Generics* avsnitt 158

¹³⁴ Colomo (2019)

¹³⁵ Colomo (2019)

¹³⁶ Colomo (2019)

fastslå eksistensen av et konkurransebegrensende formål.¹³⁷ I *Toshiba* ble den begrensede kontekstvurderingen utført på en avtale om markedsdeling, som eksplisitt er listet opp i TEUV artikkel 101 (1) bokstav c) og presumeres å være konkurransebegrensende.

I sitt forslag til avgjørelse i *Budapest Bank* argumenterer Generaladvokat Bobek for at den begrensede kontekstvurderingen må kunne foretas dersom man har erfaringsmessig grunnlag for at avtalen tilhører en kategori av avtaler som «most of the time, is detrimental to competition [...]».¹³⁸ Kommisjonen har fremholdt at begrunnelsen for å foreta en begrenset kontekstvurdering i *Toshiba* har overføringsverdi til andre samarbeidstyper. I sitt innlegg til EFTA-domstolen i E-3/16 *Ski Taxi* uttaler den at en begrenset kontekstvurdering også «bør anvendes på andre opplagte, etablerte formålsrestriksjoner, som prisfastsettelse.»¹³⁹ Både EFTA-domstolen og Høyesterett var enige i dette synspunktet.¹⁴⁰

Med utgangspunkt i de ovennevnte argumentene for å foreta en begrenset kontekstvurdering fremstår det som uklart hvorfor EU-domstolen i *Super Bock* har unnlatt å kommentere omfanget av kontekstvurderingen for bindende videresalgpriser. Som vist i kapittel 3.2 har bindende videresalgpriser gjennomgående blitt behandlet som en etablert formålsrestriksjon i EU-domstolens praksis, og ordlyden i TEUV artikkel 101 (1) bokstav a) uttrykker at en slik form for prissamarbeid presumeres å være konkurransebegrensende. Begrunnelsen som ble gitt i *Toshiba* for å foreta en begrenset kontekstvurdering av en markedsdelingsavtale virker derfor å slå ut med full styrke også for en avtale om bindende videresalgpriser.

Dersom kontekstvurderingen av bindende videresalgpriser ikke kan begrenses på lik linje med andre etablerte formålsrestriksjoner fremstår ikke EU-domstolens tolkning av formålsvilkåret som helt konsistent med hensyn til dette spørsmålet. Fraværet av henvisning til *Toshiba* i relasjon til kontekstvurderingen kan imidlertid ikke forstås på annen måte enn at det ikke er grunnlag for å foreta en begrenset kontekstvurdering av bindende videresalgpriser. Tatt i betraktning den historiske behandlingen av bindende videresalgpriser fremstår det som uklart hvorfor EU-domstolen ikke adresserer problemstillingen i det hele tatt. En forklaring kan være at domstolen anser avklaringen av forholdet mellom formålsvilkåret og «hardcore»-restriksjoner som en så klar stadfesting av at

¹³⁷ C-373/14 *Toshiba* avsnitt 28 og 29

¹³⁸ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 48

¹³⁹ E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 43

¹⁴⁰ E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 102 og svar nr. 5 og HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) avsnitt 55

bindende videresalgspriser skal vurderes på individuelt grunnlag basert på en alminnelig tolkning av formålsvilkåret, at det ikke er behov for å kommentere forholdet til den begrensede kontekstvurderingen. På bakgrunn av tidligere rettspraksis knyttet til kontekstvurderingen hadde det likevel vært nyttig å adressere omfanget av denne i *Super Bock*, for å tydeliggjøre graden av analyse som kreves for å påvise at bindende videresalgspriser har til formål å begrense konkurransen.

4.6 I hvilken grad er rettstilstanden endret etter *Super Bock*?

På et overordnet nivå er det ingen tvil om at *Super Bock* representerer en markant endring i EU-domstolens behandling av bindende videresalgspriser. Samtidig gjentar avgjørelsen i stor grad de rettslige utgangspunktene for tolkningen av formålsvilkåret som er utviklet i rettspraksis; det nye er at disse nå er relevant også ved vurderingen av bindende videresalgspriser. Denne utviklingen er lite overraskende, tatt i betraktning at EU-domstolen stadig presiserer at tidligere etablerte formålsrestriksjoner må prøves på individuelt grunnlag mot formålsvilkåret. Dette betyr imidlertid ikke at avgjørelsen er uten relevans. Det fremstår som klart at det ikke lenger er holdbart for konkurransemyndighetene å henvise til eldre rettspraksis som klassifiserer bindende videresalgspriser som en formålsrestriksjon. En individuell vurdering må foretas, og omfanget av konkurransefremmende effekter under kontekstvurderingen kan medføre at formålsvilkåret ikke er oppfylt. Den formalistiske tilnærmingen til bindende videresalgspriser som ble skapt i *Binon* kan dermed ikke opprettholdes.

Avgjørelsen definerer de nærmere rammene for hvordan en vurdering av bindende videresalgspriser skal foretas. Den understreker distinksjonen mellom formålsvilkåret og «hardcore»-restriksjoner, og synspunktet i Kommisjonens retningslinjer om at disse er overlappende begreper kan ikke opprettholdes. Kategoriseringen av enkelte restriksjoner som «hardcore»-restriksjoner i et gruppefritak har bare den virkning at gruppefritakets anvendelsesområde innsnevres. Til tross for at Kommisjonens vertikale retningslinjer trådte i kraft så sent som 1. juni 2022, virker de allerede å ha mistet sin relevans når det hevdes at «hardcore»-restriksjoner presumeres å utgjøre en formålsrestriksjon.

Vedrørende betydningen av konkurransefremmende effekter under kontekstvurderingen bekrefter avgjørelsen regelen som ble utviklet i *Generics*. Dersom det skapes rimelig tvil om hvorvidt den aktuelle avtalen som fastsetter bindende videresalgspriser er tilstrekkelig skadelig for konkurransen er det ikke grunnlag for å konstatere en formålsovertredelse. Dersom bindende videresalgspriser skal falle innunder konkurranseloven § 10 første ledd i et slikt tilfelle må det foretas en full analyse etter virkningsalternativet. Til tross for at begrunnelsen som ble gitt for å begrense omfanget av kontekstvurderingen i *Toshiba* virker å ha overføringsverdi, virker det ikke å være grunnlag for å foreta en begrenset kontekstvurdering av bindende videresalgspriser. Avgjørelsen drøfter ikke problemstillingen, men sett i sammenheng med de øvrige avklaringene den gir har det trolig blitt ansett som unødvendig å kommentere omfanget av kontekstvurderingen.

Ettersom avgjørelsen bryter med langvarig og etablert rettspraksis er det grunn til å nevne at det er en forhåndsavgjørelse avsagt av EU-domstolen. Det store avviket fra tidligere rettspraksis må vurderes i lys av at domstolen bare tok stilling til tolkningen av formålsalternativet i TEUV artikkel 101 (1) ved bruk av bindende videresalgspriser på et generelt nivå. Domstolen hadde selv et ønske om å besvare de forelagte spørsmålene mer presist og målrettet, men de faktiske og rettslige premissene for spørsmålene stilt av foreleggelsesdomstolen var ikke klare nok.¹⁴¹ Domstolen kunne dermed gi minimalt med veiledning med hensyn til hvordan formålsvilkåret skulle anvendes i denne konkrete saken.¹⁴² Dette svekker avgjørelsens bidrag til å avklare under hvilke konkrete omstendigheter bindende videresalgspriser utgjør en formålsrestriksjon.

Samlet sett fremstår likevel avgjørelsen som en «game changer» i behandlingen av bindende videresalgspriser. Domstolen prioriterer hensynet til å oppnå presisjon i enkeltsaker fremfor å plassere enkelte samarbeidsformer i formålskategorien uten å vurdere potensielle konkurransefremmende effekter. Det gjenstår imidlertid fortsatt å undersøke nærmere hvilke omstendigheter som kan medføre at bindende videresalgspriser utgjør en formålsrestriksjon, og hvilke omstendigheter som tilser at konkurranseskaden ikke er tydelig nok, slik at virkningsalternativet må benyttes. I denne undersøkelsen vil vurderingen av potensielle konkurransefremmende og konkurransebegrensende effekter stå sentralt, og i det neste

¹⁴¹ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 25

¹⁴² C-211/22 *Super Bock* avsnitt 26

kapittelet skal jeg anvende argumenter utledet fra økonomisk teori for å vurdere adgangen til å fastsette bindende videresalgpriser.

5 En rettsøkonomisk analyse av bindende videresalgpriser – under hvilke omstendigheter kan en formålsovertredelse konstateres?

5.1 Introduksjon

I *Budapest Bank* klargjorde EU-domstolen at det må foreligge «reliable and robust experience» for at det konkrete samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, dersom formålsvilkåret skal være oppfylt.¹⁴³ I tilfeller der det foreligger tilstrekkelig med konsensus i økonomisk teori for at et samarbeid vil være konkurransebegrensende kan dette dermed være avgjørende for å konstatere en formålsovertredelse.¹⁴⁴ Dette skyldes at konkurransebegrensende atferd som konsept i all hovedsak er et økonomisk begrep.¹⁴⁵

Nyere økonomisk teori anerkjenner både konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger ved bruk av bindende videresalgpriser. I sine retningslinjer peker også Kommisjonen på en rekke mulige virkninger ved bruk av bindende videresalgpriser, både positive og negative.¹⁴⁶ De mulige konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkningene av bindende videresalgpriser har til felles at sannsynligheten for at de vil oppstå, samt med hvilken styrke, beror på hvilke forutsetninger og særtrekk som foreligger i et konkret tilfelle. Både Kommisjonens retningslinjer og gruppefritaksforordningene er basert på et utgangspunkt om at vertikale restriksjoner både kan redusere og øke forbrukervelferden, avhengig av omstendighetene på det aktuelle markedet.¹⁴⁷ I dette kapittelet skal jeg forsøke å knytte sammen vilkårene i formålstesten med de bærende økonomiske teoriene i favør og disfavør av bindende videresalgpriser, for å undersøke i hvilke tilfeller en

¹⁴³ C-228/18 *Budapest* avsnitt 76

¹⁴⁴ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 72

¹⁴⁵ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 72

¹⁴⁶ Kommisjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 196 og 197

¹⁴⁷ Peepkorn (2008) side 205

formålsovertredelse kan konstateres, og i hvilke tilfeller rettsanvenderen må anvende det alternative virkningsvilkåret. Som vist består formålsvilkåret av flere vurderingstemaer, og det er derfor nyttig å først avklare hvilke av disse som sannsynligvis blir utslagsgivende i vurderingen av adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser.

5.2 Det er i kontekstvurderingen slaget står

Ettersom det fremstår uomstridt at bindende videresalgspriser kan ha både konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger, kan det argumenteres for at denne typen samarbeid på generelt grunnlag bør vurderes etter virkningsalternativet, og ikke formålsalternativet. Som jeg skal vise i dette kapitlet er det imidlertid fortsatt grunnlag for å vurdere om bindende videresalgspriser utgjør en formålsovertredelse. Dette motsetningsforholdet skyldes måten formålsvilkåret er oppdelt på, og hvilke funksjoner de ulike trinnene i vurderingen har.

Under den nærmere vurderingen av om samarbeidet fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen må det tas hensyn til «innholdet i samarbeidsavtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen den inngår i».¹⁴⁸ Ved anvendelsen av dette vurderingstemaet deles den konkrete analysen ofte inn i to trinn.¹⁴⁹ Det første trinnet består av en vurdering av innholdet i samarbeidsavtalens bestemmelser og dens formål, mens det andre trinnet består av å vurdere om den rettslige og økonomiske konteksten som samarbeidet ble gjennomført i gjør at det kan stilles spørsmål ved konklusjonen fra trinn én.¹⁵⁰ Utfallet av kontekstvurderingen i trinn to vil altså være å bekrefte eller avkrefte konklusjonen under trinn én.

Hensikten med vurderingen av avtalens innhold og formål er å “ascertain whether the agreement in question falls within a category of agreements whose harmful nature is, in the light of experience, commonly accepted and easily identifiable”.¹⁵¹ Tatt i betraktning at bindende videresalgspriser utgjør en form for prissamarbeid som fratrar en markedsaktør muligheten til å opptre på selvstendig grunnlag vil nok formålstestens første trinn ofte være

¹⁴⁸ HR-2017-1229-A (*Ski Taxi*) avsnitt 40

¹⁴⁹ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 41

¹⁵⁰ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 42 og 43

¹⁵¹ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 42

oppfylt. Avtalebestemmelser som fastsetter bindende videresalgspriser har gjerne ingen annen plausibel forklaring enn å begrense konkurransen, basert på en objektiv bedømmelse av samarbeidet. Dersom foretakene også har konkurransefremmende hensikter med samarbeidet er det heller ikke til hinder for at en objektiv bedømmelse av samarbeidets innhold og formål konkluderer med at det er konkurransebegrensende.¹⁵² Til tross for at bindende videresalgspriser må vurderes på individuelt grunnlag etter *Super Bock*, foreligger det langvarig rettspraksis som kategoriserer det som en formålsrestriksjon og det er uttrykkelig nevnt som et eksempel på konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a. På bakgrunn av erfaringene fra tidligere rettspraksis og det faktum at priselementet fjernes som konkurranseparameter fremstår det som relativt sikkert at bindende videresalgspriser faller innunder formålsvilkåret etter bedømmelsen av trinn én.

Dersom konklusjonen etter første trinn av analysen er at samarbeidets innhold og formål er konkurransebegrensende er dette likevel ikke tilstrekkelig for å konstatere en formålsovertredelse. Kontekstvurderingen må foretas nettopp for å undersøke om det kan skapes rimelig tvil ved om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig.¹⁵³ I vurderingen må det tas hensyn til “[...]the nature of the goods or services affected, as well as the actual conditions of the functioning and structure of the market or markets in question”.¹⁵⁴ EU-domstolen skiller ikke klart mellom de ulike momentene i kontekstvurderingen, men har understreket at ethvert relevant forhold kan tas i betraktning.¹⁵⁵ Ettersom virkningene av bindende videresalgspriser beror på den spesifikke rettslige og økonomiske konteksten de fastsettes i vil denne delen av formålstesten ofte bli avgjørende for å fastslå om det foreligger en formålsrestriksjon eller ikke. Både konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger er relevante under kontekstvurderingen, og i kapittel 5.3 skal jeg undersøke hvilke kontekstspesifikke omstendigheter som tilsier at en formålsovertredelse kan konstateres. Videre skal jeg i kapittel 5.4 forsøke å peke på noen tilfeller der det skapes rimelig tvil ved om avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, med den konsekvens at virkningsalternativet må benyttes for å konstatere en overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd.

¹⁵² C-209/07 *Beef Industry* avsnitt 21

¹⁵³ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 36

¹⁵⁴ C-211/22 *Super Bock* avsnitt 35

¹⁵⁵ C-67/13 *Cartes Bancaires* avsnitt 78

5.3 Når er erfaringsgrunnlaget tydelig nok til å konstatere at avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen?

5.3.1 Prisøkning og reduksjon av «inter-brand»-konkurransen

Den mest åpenbare og direkte negative virkningen av bindende videresalgspriser er at forhandlerne fratras muligheten til å redusere prisen på selvstendig grunnlag.¹⁵⁶ Det vil redusere «intra-brand»-konkurransen ettersom forhandlerne fratras muligheten til å bruke pris som et konkurranseparameter. «Intra-brand»-konkurransen refererer til konkurransen mellom forhandlere av produkter eller merkevarer fra samme leverandør.¹⁵⁷ En svekket «intra-brand»-konkurransen vil også slå negativt ut for sluttbrukeren, ettersom det ofte resulterer i økt pris.¹⁵⁸ De negative konkurransemessige effektene er særlig store i tilfeller der bindende videresalgspriser initieres av forhandlere med stor markedsmakt for å opprettholde et høyt prisnivå.¹⁵⁹ Da vil også «inter-brand»-konkurransen svekkes, noe som gjennomgående anses som mer alvorlig enn svekkelse av «intra-brand»-konkurransen i europeisk konkurranserett.¹⁶⁰ Fastsettelse av bindende videresalgspriser i en slik kontekst vil ofte resultere i at formålsvilkåret er oppfylt, ettersom prisøkning og en svekket «inter-brand»-konkurransen etter sin art er konkurransebegrensende, og disse skadelige virkningene fremstår som iboende i avtalen under denne konteksten.

Omfanget av de negative effektene for «intra-brand»-konkurransen ved bruk av bindende videresalgspriser vil også avhenge av markedsmakten til leverandørene, ettersom en svekkelse i «intra-brand»-konkurransen bare er problematisk dersom «inter-brand»-konkurransen i leverandør- eller forhandlerleddet allerede er svekket.¹⁶¹ Desto større markedsmakt hos leverandøren eller forhandleren, desto større sannsynlighet er det for at

¹⁵⁶ Kommisjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 196 bokstav g

¹⁵⁷ Whish og Bailey (2021) side 658-659. Dette til forskjell fra «inter-brand»-konkurransen, som referer til konkurransen mellom ulike foretaks produkter eller merkevarer. I bokbransjen er for eksempel konkurransen mellom de ulike bokhandlerne ved salg av et bestemt forlags bøker «intra-brand», mens konkurransen mellom de ulike forlagene er «inter-brand».

¹⁵⁸ Peepkorn (2008) side 207

¹⁵⁹ Peepkorn (2008) side 206

¹⁶⁰ Whish og Bailey (2021) side 660. Også flertallet i *Leegin* hevder det viktigste er å beskytte «inter-brand»-konkurransen, men Peepkorn (2008) side 206-207 mener at forbrukerne er minst like godt tjent med sterk «intra-brand»-konkurransen.

¹⁶¹ C-306/20 *Visma Enterprise* avsnitt 78

bindende videresalgspriser reduserer «inter-brand»-konkurransen og leder til horisontale konkurransebegrensninger.¹⁶² Dersom foretak med betydelig markedsrett fastsetter bindende videresalgspriser slik at den konkurransebegrensende virkningen også inntreffer horisontalt i omsetningskjeden, virker veien kort til å fastslå en formålsrestriksjon, uavhengig av om virkningen inntreffer på leverandør- eller forhandlernivå.

5.3.2 Koordinering av atferd i leverandør- og/eller- forhandlerleddet

Fastsettelsen av bindende videresalgspriser kan legge til rette for økt koordinering mellom aktørene på både leverandør- og forhandlernivå.¹⁶³ På leverandørnivå vil bindende videresalgspriser lede til økt prisgjennomsiktighet i markedet, noe som gjør det lettere å oppdage om en leverandør avviker fra den samordnete atferden ved å redusere prisen.¹⁶⁴ Prisgjennomsiktigheten gjør det også mulig å reagere på avvik fra den koordinerte atferden med sanksjoner. Sannsynligheten for slike negative effekter øker i markeder som er utsatt for koordinert atferd, for eksempel der leverandørene utgjør et oligopol og bindende videresalgspriser dekker en betydelig andel av markedet.¹⁶⁵

I forhandlerleddet kan sterke eller velorganiserte forhandlere overbevise en eller flere leverandører om å fastsette bindende videresalgspriser for å opprettholde et samarbeid som optimaliserer profittnivået og stabiliserer likevekten i den samordnete atferden.¹⁶⁶ Teorien forutsetter imidlertid at slike forhandlerkartell har enkeltforhandlere med stor kjøperrett, slik at leverandørene ikke kan risikere å bli boikottet dersom de ikke støtter oppunder det felles prisnivået. Peeperkorn peker på at bindende videresalgspriser også vil undergrave incentivene for leverandøren til å kutte prisene til sine forhandlere, ettersom den bindende videresalgsprisen vil forhindre den i å dra nytte av økt salg.¹⁶⁷ Erfaringsgrunnlaget for konkurranseskadelige virkninger fremstår særlig tydelig i tilfeller der leverandørene benytter de samme forhandlerne ved distribusjonen av sine produkter og avtaler om bindende videresalgspriser dekker hele eller store deler av markedet. Dersom det i tillegg er høy

¹⁶² I Konkurransetilsynets veiledning (2013) avsnitt 32 uttrykker tilsynet at de horisontale konkurransebegrensningene i slike situasjoner er særlig problematiske

¹⁶³ Kommisjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 196 bokstav a og b

¹⁶⁴ Peeperkorn (2008) side 206

¹⁶⁵ Peeperkorn (2008) side 206

¹⁶⁶ Gippini-Fournier (2009) side 6

¹⁶⁷ Peeperkorn (2008) side 206

markedskonsentrasjon på flere av trinnene i omsetningskjeden fremstår erfaringsgrunnlaget som tydelig nok til at en formålsovertredelse kan konstateres.

5.3.3 «Commitment»-problemet

En økonomisk rasjonell leverandør vil ønske at dens forhandlere konkurrerer hardt, slik at de reduserer sine kostnader og marginer, noe som fører til økt salg for leverandørene.¹⁶⁸

Leverandørene ønsker imidlertid ikke at denne konkurransen blir så sterk at det skapes et press på dens egne marginer, ofte som følge av at enkelte sterke forhandlere med kjøpermakt krever lavere innkjøpspriser. Presset fra forhandlerne blir enda sterkere dersom leverandøren har et «commitment»-problem, som består i at den har interesse i å redusere prisen ved videresalg av produktet til det neste leddet i omsetningskjeden.¹⁶⁹ I en slik situasjon vil leverandøren foretrekke at det fastsettes bindende videresalgspriser slik at den forplikter seg til å ikke senke prisen for påfølgende aktører i omsetningskjeden, og dermed begrense presset på sine egne marginer.¹⁷⁰ Bindende videresalgspriser vil dermed kunne bøte på «commitment»-problemet for leverandøren. Dersom en monopolistisk leverandør fastsetter bindende videresalgspriser for alle sine forhandlere og/eller avtalen er gjort offentlig blir de negative effektene sterkest.¹⁷¹ I en slik kontekst fremstår leverandørens formål utelukkende å være en økning av egne markedsandeler, samt å redusere presset på sine egne marginer. Under disse forutsetningene er leverandørens begrunnelse for å fastsette bindende videresalgspriser objektivt sett ikke noe annet enn at han ønsker å la være konkurrere. Ettersom de negative effektene også ved «commitment»-problemet blir størst dersom leverandøren har sterk markedsrett og bindende videresalgspriser er utbredt på markedet, fremstår det som en forutsetning at disse kontekstspesifikke omstendighetene foreligger dersom formålsvilkåret skal være oppfylt.

¹⁶⁸ Peeperkorn (2008) side 207

¹⁶⁹ Kommisjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 196 bokstav d

¹⁷⁰ Peeperkorn (2008) side 208

¹⁷¹ Motta m.fl. (2009) side 2

5.3.4 Redusert innovasjon i forhandlerleddet

Et ytterligere argument som ofte fremholdes når de negative effektene av bindende videresalgspriser undersøkes, er at det vil redusere innovasjonen i forhandlerleddet.¹⁷² Synspunktet bygger på at dersom forhandlerne fratras muligheten til å konkurrere på pris, så vil det svekke incentivene til å etablere seg på markedet med nye konsepter. I forhandlerleddet vil nyetableringer som lavpriskonsepter forhindres fra å overføre sin kostnadseffektivitet til forbrukerne når videresalgsprisen er fast.¹⁷³ Konsekvensen blir at potensielt mer effektive konkurrenter helt eller delvis utestenges fra det aktuelle markedet. Dersom bindende videresalgspriser fastsettes i et konsentrert marked med få aktører for å utestenge nye aktører fra å tre inn på markedet fremstår konkurransebegrensningen å være så tydelig at en undersøkelse av de faktiske virkningene fremstår unødvendig. Når kostnadseffektive konsepter forhindres fra å etablere seg på et marked påvirker dette også forbrukervelferden, og dette strider med et av de grunnleggende formålene bak konkurranselovgivningen, jf. konkurranseloven § 1 (2). Om nye aktører faktisk utestenges fra markedet krever sannsynligvis en virkningsanalyse, og det fremstår som uklart om høy markedskonsentrasjon i denne konteksten alene er nok til at bindende videresalgspriser anses som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at en formålsovertredelse kan konstateres.

5.3.5 Delkonklusjon

Med grunnlag i argumentene utledet fra økonomisk teori er inntrykket at erfaringsgrunnlaget under visse omstendigheter er tydelig nok til at utfallet av kontekstvurderingen bekrefter at bindende videresalgspriser utgjør en formålsrestriksjon. Det er særlig to kontekstspesifikke omstendigheter som fremstår å være nødvendig dersom de negative effektene av bindende videresalgspriser skal slå ut med full styrke. Den første er at leverandør- og/eller-forhandlerleddet må bestå av aktører med markedsrett. Den andre forutsetningen er at markedet er konsentrert og at avtaler som fastsetter bindende videresalgspriser dekker hele eller store deler av markedet. Dersom én av disse omstendighetene foreligger på det aktuelle markedet er inntrykket at det finnes solide og pålitelige erfaringer for at bindende

¹⁷² Kommisjonenens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 196 bokstav e

¹⁷³ Gippini-Fournier (2009) side 8

videresalgspriser er tilstrekkelig skadelig for konkurransen, slik at en formålsovertredelse kan konstateres.

Ettersom begge omstendighetene fremstår som såpass sentrale for at de konkurransebegrensende effektene ved bindende videresalgspriser skal oppstå, kan det argumenteres for at fraværet av de gjør at avtalen ikke fremtrer som tilstrekkelig skadelig til at det ikke er nødvendig med en virkningsvurdering. Da kan det ikke konstateres en formålsovertredelse. Samtidig vil nok ikke eksistensen av disse omstendighetene på det aktuelle markedet utelukke at det foreligger konkurransefremmende virkninger av et slikt omfang at det skapes rimelig tvil ved om bindende videresalgspriser er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. I kapittel 5.4 skal jeg derfor undersøke hvilke konkurransefremmende effekter bindende videresalgspriser kan skape, og om disse kan føre til formålsvilkåret ikke er oppfylt.

5.4 Når skapes rimelig tvil ved om avtalen er tilstrekkelig skadelig for konkurransen?

5.4.1 Forhindring av «free-rider»-problemet

Det grunnleggende argumentet som fremføres i favør av bindende videresalgspriser er at det kan redusere eller få bukt med «free-rider»-problemet.¹⁷⁴ Argumentet er basert på idéen om at konkurrerende forhandlere i et marked vil forsøke å nyte godt av en konkurrents markedsføring og service for å øke sitt eget salg.¹⁷⁵ Uten bindende videresalgspriser kan dermed enkelte forhandlere bli «gratispassasjerer» å utnytte konkurrentenes investeringer i salgsfremmende aktiviteter. Sluttkunden kan dermed først oppsøke forhandleren som har høy faglig kompetanse og har investert mye i markedsføringen av produktet, for deretter å handle produktet av en forhandler som ikke tilbyr slik service, til en presumptivt lavere pris. Dette

¹⁷⁴ Gippini-Fournier (2009) side 9 og 10. På norsk omtales det gjerne som «gratispassasjerproblemet», se Konkurransetilsynets veiledning (2013) avsnitt 28

¹⁷⁵ Peepkorn (2008) side 208

kan medføre at ingen forhandlere vil investere i slike salgsfremmende aktiviteter, og både leverandørene og forbrukerne vil bli skadelidende i en slik situasjon.

Å fastsette bindende videresalgsspriser kan bøte på «free-riding»-problemet ved at priselementet fjernes i konkurransen mellom forhandlerne, som dermed vil få sterke incentiver til å investere i salgsfremmende aktiviteter for å tiltrekke seg kundene.¹⁷⁶ Dette vil komme forbrukerne til gode ved at forhandlerne samlet sett yter bedre service ved salg av et gitt produkt. Gippini-Fournier kritiserer imidlertid dette premisset, og hevder at mange forhandlere ikke vil øke sine investeringer i salgsfremmende aktiviteter til tross for økte marginer, ettersom incentivene ikke er store nok.¹⁷⁷ Synspunktet bygger på at økonomisk rasjonelle forhandlere vil fortsette med «free-riding», og at bindende videresalgsspriser dermed ikke løser dette problemet.¹⁷⁸

Effekten av bindende videresalgsspriser i bekjempelsen av «free-riding» avhenger i stor grad av spesifikke forhold ved produktet som omsettes, og hvordan markedet fungerer. I økonomisk teori er det grunnleggende utgangspunktet at kundene vil legge større vekt på god informasjon og et høyt servicenivå i tilfeller hvor det aktuelle produktet er teknologisk avansert eller der bruken krever kjennskap til bestemte forhold ved det.¹⁷⁹ Ved generiske ytelser der egenskapene ved produktene er vanskelig å skille fra hverandre vil trolig ikke bindende videresalgsspriser være et effektivt verktøy for å forhindre «free-riding», fordi kundene i mindre grad vil vektlegge nivået på servicen som ytes av forhandleren når de handler. Evnen til å bekjempe «free-riding» fremstår som størst i de tilfellene der servicen som må ytes i tilknytning til salget av produktet gjør at «free-riding»-problemet i det hele tatt oppstår, og foretakene kan vise at bindende videresalgsspriser løser dette på en måte som øker omsetningen av produktet fordi forhandlerne i større grad investerer i salgsfremmende tiltak. Sannsynligheten for at bindende videresalgsspriser vil anses for å ha konkurransefremmende virkninger i en slik situasjon vil øke dersom konkurransen mellom leverandørene er sterk og de har begrenset markedsrett.¹⁸⁰ I en slik kontekst fremstår de konkurransefremmende virkningene som såpass markante at de kan skape rimelig tvil ved om avtalen er tilstrekkelig konkurranseskadelig.

¹⁷⁶ Peeperkorn (2008) side 209

¹⁷⁷ Gippini-Fournier (2009) side 11 og 12

¹⁷⁸ Gippini-Fournier (2009) side 12

¹⁷⁹ Kolstad (2003) side 35 med videre henvisning til Hovenkamp (1994) side 404-405

¹⁸⁰ Kommisjonens vertikale retningslinjer (2022) avsnitt 197 bokstav d

5.4.2 Unngå dobbel marginalisering

Problemet med dobbel marginalisering består i at både leverandøren og forhandleren har interesse i å fastsette sine priser utelukkende basert på egen profitt, uten å hensynta de andre aktørene i omsetningskjeden.¹⁸¹ Når hver enkelt aktør i en omsetningskjede beregner en margin ut fra eget profittmaksimeringsbehov som legges til prisen blir sluttprisen til forbrukeren høyere enn det omsetningskjeden som helhet er tjent med. Et eksempel på dette kan være at forhandleren tar en høyere videresalgspris enn det leverandøren forutsatte i sine beregninger, og antall solgte enheter vil dermed reduseres. Ved fastsettelse av bindende videresalgspriser kan ressursbruken innad i omsetningskjeden optimaliseres, noe som kan medføre lavere sluttpriser til den siste aktøren i omsetningskjeden, som ofte er forbrukerne.¹⁸²

En vanlig innvending mot at bindende videresalgspriser kan løse problemet med dobbel marginalisering er at det forutsetter at aktørene kjenner til den samfunnsøkonomisk optimale prisen, noe som sjelden er tilfellet.¹⁸³ I tillegg påpeker Peeperkorn at dersom en leverandør opplever at en forhandler ved sin prissetting ikke tar tilstrekkelig hensyn til de potensielt negative effektene dette kan få for leverandørens profitt, vil det økonomisk rasjonelle være å pålegge forhandleren maksimumspriser, og ikke fastpris eller minimumspris.¹⁸⁴ Å pålegge fastpriser eller minimumspriser kan i et slikt tilfelle tvert imot forsterke problemet med dobbel marginalisering ved å bidra til at sluttprisen øker ytterligere.¹⁸⁵ De potensielt konkurransefremmende virkningene av å fastsette bindende videresalgspriser virker derfor å være for usikre og generelle til at kan skapes tilstrekkelig tvil under kontekstvurderingen. Resonnementene bygger på tvilsomme forutsetninger, og det fremstår som vanskelig å vise at forbrukervelferden øker dersom forutsetningene likevel skulle slå til.

¹⁸¹ Peeperkorn (2008) side 210

¹⁸² Peeperkorn (2008) side 210 og Kolstad (2003) side 36

¹⁸³ Kolstad (2003) side 36

¹⁸⁴ Peeperkorn (2008) side 210. Også Gippini-Fournier (2009) side 16 er av denne oppfatning

¹⁸⁵ Peeperkorn (2008) side 210

5.4.3 Reduksjon av etableringshindre

Et ytterligere argument i favør av bindende videresalgsspriser er at det kan hjelpe en leverandør med å introdusere en ny merkevare eller etablere seg på et nytt marked. Introduksjonen av en ny merkevare kan kreve store investeringer fra den første forhandleren som velger å distribuere produktet, for eksempel til markedsføring og utvikling av det aktuelle markedet. Forhandlere som først begynner å distribuere produktet etter at markedet er ferdigutviklet og merkevaren er kjent, kan utnytte investeringene som den første forhandleren måtte foreta for å etablere seg.¹⁸⁶ Begrunnelsen for å fastsette bindende videresalgsspriser i et slikt tilfelle ligner derfor på situasjonen beskrevet i kapittel 5.4.1, ettersom formålet er å få bukt med forhandlere som «free-rider».

De konkurransefremmende virkningene som kan oppstå i denne konteksten bygger på at bindende videresalgsspriser vil beskytte den eller de opprinnelige forhandlerne, ved å legge til rette for at nyetableringen lykkes.¹⁸⁷ Dersom det fastsettes bindende videresalgsspriser forhindres de tilkomne forhandlerne fra å redusere prisen, og gjør det mulig for den eller de opprinnelige forhandlerne å hente seg inn igjen etter å ha pådratt seg kostnader i etableringsfasen. Disse potensielt konkurransefremmende effektene kan imidlertid ikke rettferdiggjøre bruk av bindende videresalgsspriser over en lang periode, og ikke for allerede eksisterende markeder og etablerte merkevarer.¹⁸⁸ Motta m.fl. påpeker imidlertid at dersom nyetableringen overbeviser de etablerte forhandlerne om å fastsette bindende videresalgsspriser for å hjelpe den å tre inn på markedet – og de etablerte forhandlerne ikke bruker bindende videresalgsspriser – er det usannsynlig med konkurransebegrensende virkninger.¹⁸⁹ Å fastsette bindende videresalgsspriser for å redusere etableringshindre fremstår likevel som å være avhengig av omstendigheter ved det aktuelle markedet som gjør det utfordrende for foretakene å skape rimelig tvil under kontekstvurderingen. De plausible konkurransefremmende effektene fremstår bare som relevante og avtalespesifikke for en avgrenset tidsperiode.

¹⁸⁶ Peeperkorn (2008) side 211 og Gippini-Fournier (2009) side 14

¹⁸⁷ Peeperkorn (2008) side 211

¹⁸⁸ Peeperkorn (2008) side 212

¹⁸⁹ Motta m.fl. (2009) side 4

5.4.4 Økte lagerbeholdninger

I økonomisk vanskelige tider, når fremtidig etterspørsel er usikker, vil forhandlerne frykte prisnedgang. Dette kan resultere i at de ikke evner å opprettholde en tilstrekkelig lagerbeholdning, noe som også vil påvirke omsetningen negativt.¹⁹⁰ Bindende videresalgspriser kan i en slik situasjon fungere som et incentiv for forhandlerne til å opprettholde sin lagerbeholdning på et tilstrekkelig nivå.¹⁹¹ De sikres en viss margin på sine videresalg dersom prisen på produktet i fremtiden skulle falle. Prisgulvet kan også komme forbrukerne til gode, ved at forhandlerne i økonomiske nedgangstider har en stabil og fyldig lagerbeholdning.

Disse positive virkningene kan imidlertid elimineres av de økte varekostnadene forhandlerne påføres ved at de blir sittende med sin økte lagerbeholdning over en lengre periode.¹⁹² Denne økte varekostnaden vil svekke forhandlernes incentiv til å opprettholde lagerbeholdningen også i økonomiske nedgangstider. Peeperkorn er derfor skeptisk til å operere med bindende videresalgspriser for å løse dette problemet, og hevder det bare vil være et gyldig argument i perioder med økonomisk resesjon.¹⁹³ Foruten perioder med slike økonomiske nedgangstider, fremstår ikke de konkurranséfremmende virkningene som betydelige eller sikre nok til at det skapes rimelig tvil ved om avtalen er tilstrekkelig konkurranseskadelig. Gippini-Fournier peker også på en rekke mindre inngripende tiltak enn bindende videresalgspriser som vil være mer effektivt for å løse utfordringen med forhandlernes lagerbeholdning i økonomiske nedgangstider.¹⁹⁴

¹⁹⁰ OECD POLICY ROUNDTABLES, Resale Price Maintenance (2008) side 28

¹⁹¹ Peeperkorn (2008) side 210

¹⁹² Peeperkorn (2008) side 211

¹⁹³ Peeperkorn (2008) side 211

¹⁹⁴ Gippini-Fournier (2009) side 15

5.4.5 Delkonklusjon

Samlet sett er inntrykket at effekten av de konkurransefremmende virkningene som fremholdes i økonomisk teori beror på de konkrete omstendighetene, og det kan være utfordrende å konkludere med om formålsvilkåret er oppfylt eller ikke. De positive virkningene som bindende videresalgspriser kan skape avhenger av spesifikke forhold ved produktet som omsettes og makroøkonomiske faktorer. I tillegg fremstår noen av virkningene som usikre, og enkelte virkninger kan bare oppstå i en avgrenset tidsperiode.

Slik innholdet i kontekstvurderingen har blitt tolket av EU-domstolen fremstår det likevel som at omfanget av de konkurransefremmende virkningene i noen tilfeller er relevante, avtalespesifikke og tilstrekkelig betydelige til at det skapes rimelig tvil ved om avtalen er tilstrekkelig konkurranseskadelig.¹⁹⁵ Dette gjelder også dersom en av forutsetningene jeg beskrev i kapittel 5.3.5 er tilstede, men da må nok forholdene ligge til rette for at én eller flere av virkningene jeg har beskrevet i kapittel 5.4 vil slå ut med full styrke. Under slike omstendigheter kan det nok ikke konstateres at en avtale som fastsetter bindende videresalgspriser utgjør en formålsrestriksjon, med den konsekvens at rettsanvenderen må foreta en vurdering av virkningsalternativet.

¹⁹⁵ Slik er vurderingstemaet formulert i C-211/22 *Super Bock* avsnitt 36

6 Avsluttende refleksjoner

Oppgaven har vist at det ikke lenger er grunnlag for å opprettholde den formalistiske tilnærmingen til bindende videresalgspriser som ble skapt av EU-domstolen på 1980-tallet. Utviklingen i tolkningen av formålsvilkåret, kombinert med nyere økonomisk teori og kursendringen i amerikansk antitrustlovgivning har bidratt til å fremtvinge EU-domstolens avgjørelse i C-211/22 *Super Bock*. Avgjørelsen fastslår at bindende videresalgspriser er gjenstand for individuell prøving med utgangspunkt i vurderingstemaene under formålsvilkåret i TEUV artikkel 101 (1). Vurderingen av adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser blir dermed mer nyansert sammenlignet med tidligere rettspraksis.

I den nærmere vurderingen av adgangen til å fastsette bindende videresalgspriser er inntrykket at kontekstvurderingen ofte vil bli utslagsgivende for utfallet. Som jeg viste i kapittel 5 vil det bero på de konkrete omstendighetene om en formålsovertredelse kan konstateres, men inntrykket er at enkelte forutsetninger må være tilstede på det aktuelle markedet dersom bindende videresalgspriser er tilstrekkelig skadelig for konkurransen. De konkurranseskadelige effektene blir sterkest dersom markedet består av aktører med markedsrett eller der markedet er konsentrert og avtaler som fastsetter bindende videresalgspriser er utbredt på markedet. Tatt i betraktning at formålsvilkåret skal tolkes restriktivt og er forbeholdt de åpenbart konkurranseskadelige samarbeidene, kan det argumenteres for at virkningsalternativet må benyttes ved fravær av disse forutsetningene. Selv om anvendelsen av virkningsalternativet er mer ressurskrevende for konkurransemyndighetene, kan det bidra til å sikre mer treffsikre resultat i enkeltsaker.

Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at en fullverdig vurdering av de konkurranserettslige rammene for å fastsette bindende videresalgspriser ikke kan foretas alene på bakgrunn av formålsvilkåret i konkurranseloven § 10 første ledd. Både det alternative virkningsvilkåret og unntaksbestemmelsen i konkurranseloven § 10 tredje ledd må undersøkes for at de konkurranserettslige skrankene skal være fullstendig klarlagt. Som beskrevet i kapittel 2.2 og 4.4 vil flere av vurderingsgrunnlagene for formålsvurderingen også være relevante for disse vurderingene, men prøvingsintensiteten er ulik og det kreves en mer dyptgående analyse for å konstatere at bindende videresalgspriser er i strid med samarbeidsforbudet i konkurranseloven § 10 i disse tilfellene.

7 Litteraturliste

Litteratur

Bøker

Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 4.utg., Vigmostad & Bjørke 2022

Hovenkamp, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 1. utg. West Publishing Company 1994

Juuhl-Langseth, Jan Magne, Thue, Anders, Bryng, Per Kristian, Østbye, Peder, Jonassen, Martin og Lazaridis, Sofia, *Konkurranserett i et nøtteskall*, 1. utg., Gyldendal 2015

Kolstad, Olav, Ryssdal, Anders, Graver, Hans Petter og Hjelmeng, Erling, *Norsk konkurranserett: Bind I – Atferdsregler og strukturkontroll*. 1. utg. Universitetsforlaget 2007

Pennock, James Roland, *Resale Price Maintenance: A Comparative American-European Perspective*, 1.utg., Taylor & Francis 2017

Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, 10.utg., Oxford University Press 2021

Artikler og tidsskrift

Buhart, Jacques, Dionnet, Stéphane og Pradelles, Frédéric. *Vertical Agreements & Restriction of Competition by Object: What's New in Europe?* Publisert 11.juli 2023. Tilgjengelig på: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/vertical_agreements_restriction_of_competition_by_object_whats_new_in_europe.pdf?119678/ce53d58994a959d5935a87bb97f7785e74fc78884cfce7e3f243a6da5e0469d2

Colomo, Pablo Ibanez. *Persistent myths in competition law (I), 'the pro-competitive aspects of an agreement can only be considered under article 101 (3) TFEU'*. Publisert 13. mai 2019. Tilgjengelig på: <https://chillingcompetition.com/2019/05/13/persistent-myths-in-competition-law-i-the-pro-competitive-aspects-of-an-agreement-can-only-be-considered-under-article-1013-tfeu/>

Colomo, Pablo Ibanez. *Case C-211/22, Super Bock: the Binon (formalistic) era is over, and vertical price-fixing is no longer the odd one out*. Publisert 3. juli 2023. Tilgjengelig på: <https://chillingcompetition.com/2023/07/03/case-c-211-22-super-bock-the-binon-formalistic-era-is-over-and-vertical-price-fixing-is-no-longer-the-odd-one-out/>

Gippini-Fournier, Eric (2009). *Resale Price Maintenance in the EU: In Statu Quo Ante Bellum?* Fordham Corp. L Inst – 36th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy.

Haziroglu, Elif Cemre and Gökatalay, Semih (2015). *Minimum resale price maintenance in EU in the aftermath of the US Leegin decision*. European Journal of Law and Economics, 2016, Vol. 42 (1), page 45-71

Hjelmeng, Erling og Østerud, Eirik. *Formålsvilkåret i konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53*, Jussens Venner, 2022, nr. 2, side 63-87.

Kolstad, Olav. *Rettsøkonomi i juridisk argumentasjon*. Tidsskrift for rettsvitenskap, 2008, nr. 4-5, side 393-440

Kolstad, Olav. *Konkurranselovens forbud mot pris-, anbuds- og markedsdelingssamarbeid*. Jussens Venner, 2003, nr. 1, side 1-45

Motta, Massimo, Rey, Patrick, Verboven, Frank og Vettas, Nikos. *Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view*. Opinion of the Economic Advisory Group on Competition Policy (2009). Tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf

Peeperkorn, Luc. *Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies*. European Competition Journal, Vol. 4 No. 1 June 2008, page 201-208

Williams, J. Rysh. *Empirical effects of resale price maintenance: Evidence from fixed book price policies in Europe*. Journal of Competition Law & Economics, 2024, page 1-29

Norske lover og forskrifter

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

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

Lov 16. juni 2023 nr. 64 om omsetning av bøker (bokloven)

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

Forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv.

Forarbeider

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)

Prop.82 L (2022-2023) Lov om omsetning av bøker (bokloven)

Norske rettsavgjørelser og praksis

Høyesterett

Rt. 2012 s. 1556 A, *Staten v/Konkurransetilsynet mot Gran & Ekran AS*

HR-2017-1229-A, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet*

HR-2021-1086-A - I. *Cappelen Damm Holding AS og Cappelen Damm AS mot Staten v/Konkurransetilsynet*, II. *Gyldendal ASA og Gyldendal Norsk Forlag AS mot Staten v/Konkurransetilsynet*

Lagmannsretten

Borgarting lagmannsretts dom av 25. april 2017, *Carpe Diem Invest AS og Sito AS mot McDonalds Norge AS*, LB-2016-36932

Internasjonale traktater og rettsakter

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), signert 02.05.92

Konsolideret utgave af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), signert 13.12.07

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene fastsatt i traktatens artikkel 81 og 82

Kommisjonsforordning (EU) nr. 2022/720 av 10. mai 2022 om anvendelsen av traktatens artikkel 101 nr. 3 på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden

Internasjonale rettsavgjørelser

EU-domstolen

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

Dom av 13. juli 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community (Grundig)*, Joined cases 56/64 and 58/64, EU:C:1966:41

Dom av 9. juli 1969, *Franz Völk v. Ets J. Vervaecke (Völk)*, C-5/69, EU:C:1969:35

Dom av 3. juli 1985, *SA Binon & Cie v. SA Agence et messageries de la presse (Binon)*, C-243/83, EU:C:1985:284

Dom av 28. januar 1986, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis (Pronuptia)*, C-161/84, EU:C:1986:41

Dom av 1. oktober 1987, *VZW Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. VZW Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten (VVR)*, C-311/85, EU:C:1987:418

Dom av 28. mai 1998, *John Deere Ltd v. Commission of the European Communities (John Deere)*, C-7/95 P, EU:C:1998:256

Dom av 18. september 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom and Télévision française 1 SA (TF1) v Commission of the European Communities (Métropole television)*, T-112/99, EU:C:2001:215

Dom av 11. september 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL (CEPSA)*, C-279/06, EU:C:2008:485

Dom av 20. november 2008, *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (Beef Industry)*, C-209/07, EU:C:2008:643

Dom av 2. april 2009, *Pedro IV Servicios SL v. Total España SA (Pedro)*, C-260/07, EU:C:2009:215

Dom av 4. juni 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (T-Mobile)*, C-8/08, EU:C:2009:343

Dom av 13. September 2013, *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence and Others (Expedia)*, C-226/11, EU:C:2012:795

Dom av 11. september 2014, *MasterCard and Others v. Commission (Mastercard)*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201

Dom av 11. september 2014, *Groupement des cartes bancaires v European Commission (Cartes Bancaires)*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204

Dom av 19. mars 2015, *Dole Food Company, Inc, Dole Fresh Fruit Europe v. European Commission (Dole Food)*, C-286/13 P, EU:C:2015:184

Dom av 26. november 2015, *SIA 'Maxima Latvija' v. Konkurences padome (Maxima Latvija)*, C-345/14, EU:C:2015:784

Dom av 20. januar 2016, *Toshiba Corporation v. European Commission (Toshiba)*, C-373/14 P, EU:C:2016:26

Dom av 30. januar 2020, *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority (Generics)*, C-307/18, EU:C:2020:52.

Dom av 2. april 2020, *Gazdasági Versenyhivatal v. Budapest Bank Nyrt. And Others (Budapest Bank)*, C-228/18, EU:C:2020:265.

Dom av 25. mars 2021, *H. Lundbeck A/S and Lundbeck Ltd v. European Commission (Lundbeck)*, C-591/16 P, EU:C:2021:243

Dom av 18. november 2021, *SIA 'Visma Enterprise' v. Konkurences padome (Visma Enterprise)*, C-306/20, EU:C:2021:935

Dom av 29. juni 2023, *Super Bock Bebidas SA and Others v. Autoridade da Concorrência (Super Bock)*, C-211/22, EU:C:2023:529

Forslag til avgjørelse fra generaladvokatene

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Kokott, avsagt 19. februar 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (T-Mobile)*, EU:C:2009:110

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Mazák, avsagt 3. mars 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence og Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi (Pierre Fabre)*, EU:C:2011:113

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Wahl, avsagt 27. mars 2014, C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires v European Commission (Cartes Bancaires)*, EU:C:2014:1958

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Wahl, avsagt 26. juli 2017, C-230/16, *Coty Germany GmbH mnot Parfümerie Akzente GmbH (Coty Germany)*, EU:C:2017:603

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Bobek, avsagt 5. september 2019, C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal v. Budapest Bank Nyrt. And Others (Budapest Bank)*, EU:C:2019:678

EU-kommisjonen

Case COMP/37.975 PO/Y *Yamaha*, Commission decision of 16 July 2003
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37975/37975_91_5.pdf

Case AT.40465 *Asus*, Commission decision of 24 July 2018
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40465/40465_337_3.pdf

Case AT40469 *Denon & Marantz*, Commission decision of 24 July 2018
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40469/40469_329_3.pdf

Case AT.40181 *Philips*, Commission decision of 24 July 2018
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40181/40181_417_3.pdf

Case AT.40182 *Pioneer*, Commission decision of 24 July 2018
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40182/40182_370_3.pdf

Case AT.40428 *GUESS*, Commission decision of 17 December 2018
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40428/40428_1205_3.pdf

EFTA-domstolen

Sak E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS og Staten v/Konkurransetilsynet*, avsagt 22. desember 2016

Supreme Court of the United States

Dr. Miles Medical Co v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)

United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)

Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968)

Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007)

Konkurranserettslige retningslinjer og veiledninger

Commission notice, *Guidelines on vertical restraints*, from Official Journal of the European Union, C 248/01, 30. juni 2022 (*Kommisjonens vertikale retningslinjer*) Tilgjengelig på: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630(01))

Commission notice, *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, from Official Journal of the European Union, C 291/1, 30. august 2014. Tilgjengelig på: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=HU](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=HU)

Konkurransetilsynet, *Veiledning om anvendelse av konkurranse-loven § 10 – bindende videresalgspis*, 21. januar 2013. Tilgjengelig på: <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/09/veiledning-om-bruk-av-bindende-videresalgspis.pdf>

Øvrige kilder

Commission Press Release IP/18/4601, 24 July 2018. Tilgjengelig på:
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4601

OECD, *POLICY ROUNDTABLES, Resale Price Maintenance*, DAF/COMP(2008)37.
Tilgjengelig på: <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>

REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN
PARLIAMENT – Final report on the E-commerce Sector Inquiry, COM/2017/0229 final
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0229>

Regjeringen, EØS-notatbasen (20.06.2023). Gruppefritak for vertikale avtaler (VBER). EØS-
notat. Hentet fra:
<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2022/sep/gruppefritak-for-vertikale-avtaler-vber/id2950723/>