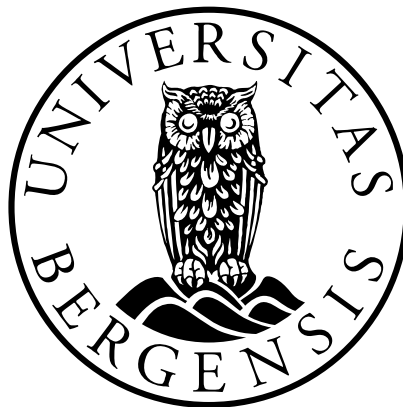


# Relevante gevinster etter konkurranseloven § 10 tredje ledd

*Med fokus på relevansen av ikke-økonomiske  
gevinster*

Kandidatnummer: 104

Antall ord: 13 423



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	2
1.1 Problemstilling og aktualitet .....	2
1.1.1 Avgrensninger .....	4
1.2 Når foreligger det et konkurransebegrensende samarbeid etter konkurranseloven § 10 .....	4
1.3 Rettskildebildet.....	6
1.3.1 Rettslig plassering av konkurranseloven § 10.....	6
1.3.2 Institusjoner i EU og EØS .....	8
1.4 Den videre fremstilling.....	9
2 Relevante effektivitetsgevinster etter konkurranseloven § 10 (3).....	10
2.1 Indre effektivitet.....	10
2.1.1 Stordriftsfordeler .....	11
2.1.2 Spesialiseringsgevinster .....	12
2.2 Dynamisk effektivitet.....	13
3 Relevansen av ikke-økonomiske gevinster etter tredje ledd .....	15
3.1 EU-domstolens tolkning av tredje ledd.....	15
3.2 Kommisjonens tolkning av tredje ledd.....	23
3.2.1 Før moderniseringsprosessen .....	24
3.2.2 Etter moderniseringsprosessen.....	26
3.3 Oppsummering og delkonklusjon .....	28
3.4 Skal EØS-avtalen art. 53 (3) og konkurranseloven § 10 (3) og tolkes likt?.....	30
3.4.1 Konkurranselovens formål .....	31
3.4.2 Kystbuss-saken.....	34
3.4.3 Harmonisering som beste løsning?.....	37
4 Konklusjon .....	39
Litteraturliste .....	40

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og aktualitet

Oppgavens problemstilling er om konkurranseloven § 10 (3) åpner for å legge vekt på ikke-økonomiske hensyn. Konkurranseloven § 10 (3) er en unntaksbestemmelse som åpner for å godkjenne konkurransebegrensende samarbeid, selv om disse som utgangspunkt er forbudt etter bestemmelsens første ledd.

Etter konkurranseloven § 10 (3) kan et konkurransebegrensende samarbeid bli kjent lovlig dersom samarbeidet bidrar til en forbedring av ”produksjonen eller fordelingen av varene” eller den ”tekniske eller økonomiske utvikling”.<sup>1</sup> Oppgaven reiser spørsmål om generelle samfunnshensyn, også omtalt som ikke-økonomiske gevinster, kan kvalifisere for slikt unntak.

Bestemmelsens ordlyd synes i seg selv ikke å åpne for å vektlegge andre hensyn enn rent økonomiske, men etter en gjennomgang av praksis fra EU-domstolen, Kommisjonen og juridisk litteratur, kan det fremstå som at ikke-økonomiske gevinster kan ha en viss relevans. Eksempler på slike samfunnshensyn kan være miljøhensyn, sysselsettingshensyn, kulturpolitiske hensyn, forbrukervern og industripolitiske hensyn.

Konkurranseloven § 10 (3) har sitt utgangspunkt i et europeisk samarbeid, og ett av formålene med konkurranseloven er å harmonisere norsk rett med EØS-rett.<sup>2</sup> Gjennom EØS-avtalen<sup>3</sup> vil praksis fra EU derfor være retningsgivende.

Konkurranselovgivningen består i hovedtrekk av regelsett som har som oppgave å regulere konkurransemarkedet slik at man får et velfungerende marked med mange aktører som hele tiden streber etter å forbedre og effektivisere seg. Man har sett at forbrukerne ofte er tjent med et velfungerende marked, fordi varer og tjenester blir både billigere og bedre som følge av den konstante konkurransen mellom foretakene.<sup>4</sup>

Et motstykke til et velfungerende marked vil være markeder med store og få dominerende aktører. En reell bekymring innenfor konkurranseretten er at selskaper med store

---

<sup>1</sup> Lov 5. Mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68, NOU 2003: 12 s. 61 og delinnstilling NOU 2001: 28 s. 7

<sup>3</sup> Avtale om Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen)

<sup>4</sup> Se eksempelvis Olav Kolstad, "Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme «forbrukernes interesser»", Tidsskrift for Rettsvitenskap 01-02/2005 s. 1-94 for en videre gjennomgang av forbrukernes interesser

markedsandeler vil kunne skade forbrukervelferden på flere områder. Eksempelvis gjennom å senke kvaliteten på produkter, heve prisen, undergrave innovasjon på området og frata forbrukerne valgmuligheter.<sup>5</sup>

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12 (heretter kalt konkurranseloven eller krrl.) § 10 skal bidra til å forhindre at konkurransen i et marked blir begrenset, og samtidig opprettholde en effektiv bruk av samfunnets ressurser.<sup>6</sup> Likevel har man vært bevisst at det ikke er alle konkurransebegrensende samarbeid som nødvendigvis er uheldige. I noen tilfeller vil konkurransebegrensende samarbeid kunne gi større gevinster, enn negative følger.

Det er her konkurranseloven § 10 (3) kommer inn og foretar en avveining av samarbeidets positive gevinster og negative følger. Et spørsmål som har realisert seg er derfor hvilke gevinster det er relevant å legge vekt på. Er det kun økonomiske effektivitetsgevinster som kan gi fritak etter tredje ledd, eller vil andre ikke-økonomiske samfunnsgevinster også ha relevans. Dette er spørsmålet oppgaven forsøker å besvare.

Problemstillingen er aktuell siden ingen dom eller praksis klart slår fast relevansen av ikke-økonomiske fordeler. Som følge av en mangel på positive rettskilder har rettsstilstanden vedrørende relevansen av ikke-økonomiske gevinster vært uklar.

Det er i hovedsak kilder fra EU-rettens instanser som gir de viktigste tolkningsbidragene for tolkningen av konkurranseloven § 10 (3). Oppgavens hoveddel vil derfor ha fokus på TEUV art. 101 (3) og tolkningen av denne for å avklare rettsstilstanden.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Richard Whish, og David Bailey, *Competition Law*, 8. utgave, Oxford 2015, s. 2

<sup>6</sup> NOU 2003: 12 s. 26

<sup>7</sup> Traktaten om Den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) For at det ikke skal veksles mellom bruken av TEUV art. 101 (3) og de tidligere art. 81 og art. 85, vil det konsekvent henvises til TEUV art. 101 (3). Siteringer som viser til de eldre bestemmelsene er derfor byttet ut med TEUV. Av samme grunn vil det også refereres konsekvent til EU-domstolen fremfor EF-domstolen i de sakene hvor det skulle være aktuelt. Nevnte endringer markeres med [].

### 1.1.1 Avgrensninger

For at oppgaven ikke skal bli for omfattende, har det vært nødvendig å foreta noen avgrensninger.

Oppgaven handler om konkurranseloven § 10 (3) som er en unntaksbestemmelse fra hovedregelen i første ledd. Drøftelsen begrenser seg derfor til en gjennomgang av vilkårene om en forbedring av ”produksjonen eller fordelingen av varene” eller den ”tekniske eller økonomiske utvikling”. Tredje ledd sine øvrige vilkår om ”rimelig andel til forbrukerne”, ”nødvendighetsvilkåret” og ikke utelukke rom for restkonkurranse i markedet, faller derfor utenfor oppgavens rekkevidde å behandle, og vil ikke bli gjennomgått ytterligere.

Konkurranseloven § 10 (4) åpner for at gruppefritak kan gis med forskrift i lov. Disse gruppefritakene vil det heller ikke gis nærmere utdyping av, ettersom disse faller på siden av hva problemstillingen berører.

## 1.2 Når foreligger det et konkurransebegrensende samarbeid etter konkurranseloven § 10

For å kunne vurdere hva konkurranseloven § 10 (3) er et unntak fra, vil det i dette kapittelet gis en kort gjennomgang av hovedregelen etter første ledd.

For at unntaksbestemmelsen i tredje ledd skal få virkning, må det først foreligge et samarbeid som er konkurransebegrensende. Konkurranseloven første ledd regulerer når et samarbeid har til ”formål” eller ”virkning” å ”hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. For å vurdere hva tredje ledd er et unntak fra, vil det nedenfor kort gjøres rede for hva som skal til for å oppfylle vilkårene i første ledd.

Bestemmelsen i Konkurranseloven § 10 er som følger:

#### **§ 10. Konkurransbegrensende avtaler mellom foretak**

Enhver 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, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

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

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

Kongen kan ved forskrift fastsette regler for hva som skal gå inn under tredje ledd (gruppefritak). Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd.

Konkurranseloven § 10 (1) forbyr konkurransebegrensende samarbeid som vil ”hindre, innskrenke eller vri konkurransen”.

Et slikt samarbeid kan være ”enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden”. Ordlyden angir tre alternative vilkår for hva som skal til for å kalles et samarbeid etter bestemmelsen. Både formelle og uformelle samarbeid er omfattet.<sup>8</sup> Ellers kunne foretakene enkelt omgått loven ved å la være å utforme formelle kontrakter.

Vurderingen om et samarbeid har til ”formål” å begrense konkurransen er objektiv. Det avgjørende er om den objektive tolkningen av samarbeidets formål er å begrense konkurransen i markedet.<sup>9</sup> Ettersom det er den objektive forståelsen som skal legges til grunn, vil ikke være nødvendig å avklare partens subjektive mening, men en felles forståelse om å begrense konkurransen vil være retningsgivende.<sup>10</sup>

For å vurdere et samarbeids ”virkning”, må det foretas grundige økonomiske analyser for å vurdere om samarbeidet begrenser konkurransen i markedet.<sup>11</sup> Økonomiske teorier har derfor en avgjørende rolle når det kommer til å fastslå samarbeidets konkurransebegrensende virkning.<sup>12</sup>

Isolert oppstiller ikke lovteksten noe ytterligere vilkår, men det er gjennom EU-rettspraksis utviklet et krav om at konkurransebegrensningen må være merkbar for å unngå unødvendig ressursbruk på ubetydelige begrensninger.<sup>13</sup> Dette kravet gjelder også for krrl. § 10 (1).

---

<sup>8</sup> Whish, s. 103

<sup>9</sup> Whish, s. 124

<sup>10</sup> Whish, s. 124

<sup>11</sup> Olav Kolstad, mfl., *Norsk Konkurranserett: Bind 1: Atferdsregler Og Strukturkontroll* Oslo 2007274-275

<sup>12</sup> Kolstad, mfl., s. 275-276

<sup>13</sup> Kolstad, mfl., s. 288

Dersom avtalen oppfyller vilkårene i første ledd slår andre ledd fast at avtalen eller beslutningen vil være uten rettsvirkning.

Det er først når det foreligger et konkurransebegrensende samarbeid etter først ledd, at unntaksbestemmelsen i tredje ledd får anvendelse. Man sier med dette at avtalens positive virkninger vil kunne veie opp for dens negative følger.

Etter fjerde ledd kan det gis gruppefritak fra loven. Disse gruppefritakene gjør at avtaler som er konkurransebegrensende ikke trenger å oppfylle vilkårene i tredje ledd for å være lovlige. Fritak kan gis for grupper av samarbeid som lovgiver mener markedet vil være tjent med, på tross av samarbeidets negative effekt.

## 1.3 Rettskildebildet

Ettersom konkurranseloven baserer seg på en EØS-rettslig bestemmelse er det hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til hvor bestemmelsen befinner seg i rettskildebildet. Det vil først gis en gjennomgang av bestemmelsens plassering og det relevante rettskildematerialet i delkapittel 1.3.1. I delkapittel 1.3.2 vil det kort vises til EU og EØS sine rettsavklarende institusjonen som vil være relevante for oppgavens problemstilling.

### 1.3.1 Rettslig plassering av konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 (3) har sitt utgangspunkt i et europeisk samarbeid. Ett av formålene med konkurranseloven var å harmonisere norsk rett med EØS-rett.<sup>14</sup> Siden bestemmelsene var ment å harmonisere, har konkurranseloven § 10 (3) hentet sitt materielle innhold fra EØS-avtalens<sup>15</sup> art. 53 (3), som igjen baserer seg på EU-retten TEUV art. 101 (3).<sup>16</sup> De to sistnevnte bestemmelsene har lik lovtekst:

The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

---

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68, NOU 2003: 12 s. 61 og delinnstilling NOU 2001: 28 s. 7

<sup>15</sup> Avtale om Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen)

<sup>16</sup> Traktaten om Den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV)

Den EU-rettslige lovbestemmelsen kom først med Romatraktaten i år 1957 som art. 85, før bestemmelsen ble endret til EF-traktaten art. 81, før den gjennom Lisboa-traktaten i 2007 fikk navnet TEUV art. 101

- a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

Som følge av at konkurranseloven § 10 (3) er en harmonisering med EU- og EØS-rett, som er egne rettssystemer, reiser det seg noen metodiske utfordringer. Ettersom EØS-avtalen gjør EFTA-statene til en integrert del av EUs marked, er EFTA-statene forpliktet til å legge vekt på uttalelser og praksis på fra EU.<sup>17</sup> Det er derfor klart at EUs avgjørelser vil være retningsgivende for tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser. Et spørsmål i denne sammenheng er hvilken overføringsverdi EU- og EØS-rettens kilder har for tolkningen av konkurranseloven.<sup>18</sup>

Som et utgangspunkt har man gjennom EØS-loven § 1 gjort EØS-avtalen til norsk lov og gitt denne forrang ved motstrid, jf. EØS-loven § 2.<sup>19</sup> Det er likevel bare EØS-loven art. 53 og art. 54 som er omfattet av dette forrangsprinsippet. Ettersom konkurranseloven ikke er en gjennomføring av EØS-avtalen i norsk rett, vil ikke krrl. § 10 påvirkes direkte av EØS-loven § 2.

Problemstillingen rundt relevansen av EU og EØS sine rettskilder er blitt belyst i forarbeidene, og under arbeidet med lovforslaget til konkurranseloven av 2004 ga Graverutvalget sitt syn på hvordan et eventuelt motstridsspørsmål burde løses:

”Som vist ovenfor, kan det oppstå enkelte motsetninger mellom overvåkningsorganenes og norske konkurransemyndigheters vurdering av en gitt situasjon som følge av at de vektlegger ulike hensyn. Harmonisering med atferdsreglene i EU/ EØS-retten innebærer imidlertid at norske konkurransemyndigheter må følge den rettspraksis som foreligger i EU/EØS-retten. Det vil derfor ikke være adgang for norske konkurransemyndigheter til å legge avgjørende vekt på lovens formål som rettskilde der det finnes regler eller rettspraksis i EØS-retten som tilsier et annet tolkningsresultat. I praksis vil det, som det fremgår av drøftelsen over, sjelden være potensiale for slik konflikt.”<sup>20</sup>

Arbeids- og administrasjonsdepartementet presiserte at ”(...)departementet, som utvalget, at en harmonisering i den nye loven ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis i alt og ett vil bli identisk med praksis fra EU og EØS. Her vil blant annet ulikheter i reglens formål,

---

<sup>17</sup> Fredrik Sejersted, mfl., *EØS-Rett*, 3. utgave, Oslo 2011, s. 87

<sup>18</sup> Problematikken rundt relevansen av internasjonale kilder er bla. omtalt i Hans Petter Graver, "Internasjonale konvensjoner som rettskilde", *Lov og Rett 08/2003* s. 468-489

<sup>19</sup> Lov 27. November 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

<sup>20</sup> NOU 2003: 12 s. 49



virkeområde, samt rettskildesituasjonen, kunne spille inn og føre til et noe annerledes resultat.”<sup>21</sup>

En tolkning av forarbeidene tilsier derfor at norske konkurranseregler som utgangspunkt skal harmonisere med EU og EØS retten så langt dette lar seg gjøre. Det er likevel verdt å bemerke seg at forarbeidene åpner for at det vil være tilfeller hvor det kan forekomme konflikt hva gjelder ulikheter i formål, virkeområde og at rettskildesituasjonen nødvendiggjør et annet tolkningsresultat enn det som følger av EU og EØS.

Ettersom mesteparten av det relevante rettskildematerialet kommer fra EU-domstolen og Kommisjonen, vil hovedfokus i denne oppgaven være på EU-rettens kilder. Det vil derfor være hensiktsmessig å si noen ord om EU og EØS sine rettsavklarende og håndhevende institusjoner.

### **1.3.2 Institusjoner i EU og EØS**

EU- og EØS-samarbeidet er selvstendige rettssystemer, med egne organer for å sikre at medlemsstatene etterfølger sine forpliktelser.

EUs rettsavklarende organer er EU-domstolen, som består av selve Domstolen, Underretten og et antall spesialdomstoler.<sup>22</sup> EU-domstolen er EUs øverste domstol og prejudikatdomstol, mens Underretten er en førsteinstans og dens uttalelser vil ha vekt deretter.

Det følger av TEUV art. 7 at traktaten skal tolkes dynamisk gjennom å balansere traktatens øvrige mål og skape et felles indre marked. Domstolens oppgave er dermed å avgjøre saker i tråd med traktatens formål og hensyn, og samtidig være et rettsavklarende og rettsutviklende organ for medlemstatene.<sup>23</sup> I denne fremstillingen vil hovedvekten av avgjørelsene komme fra EU-domstolen og Underretten.

Kommisjonen har flere oppgaver innenfor EU.<sup>24</sup> Kommisjonen forvalter blant annet EU-retten direkte overfor private rettssubjekter, og dens uttalelser og avgjørelser kan derfor sidestilles med norske forvaltningsavgjørelser.<sup>25</sup> Den rettskildemessige vekten av forvaltningsavgjørelser

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68

<sup>22</sup> Domstolens oppbygning følger av Traktat om Den Europeiske Union (TEU) art. 19

<sup>23</sup> Praksis og avgjørelser fra EU blir oversatt til de offisielle språkene innenfor EU. I denne fremstillingen vil jeg i hovedsak benytte den danske oversettelsen.

<sup>24</sup> Kommisjonens oppgaver følger av TEU art. 17

<sup>25</sup> Sejersted, mfl., s. 129-132

er kanskje ikke så tungtveiende, men kan være retningsgivende dersom annen rettspraksis ikke foreligger.

EFTA-pilarens rettsavklarende organer er EFTA-domstolen, og EFTAs overvåkningsorgan ESA.<sup>26</sup> EFTA-domstolen sin oppgave etter ODA-avtalen er å avgjøre EØS-rettslige spørsmål som oppstår i EFTA.<sup>27</sup> ESA sin hovedoppgave er å være et overnasjonalt kontrollorgan som sikrer at medlemsstatene etterlever sine EØS-rettslige forpliktelser.<sup>28</sup>

## 1.4 Den videre fremstilling

Oppgaven reiser spørsmål om hvilke gevinster som er relevante å legge vekt på i vurderingen av konkurranseloven § 10 (3), og da særlig relevansen av ikke-økonomiske gevinster.

Det vil derfor i del 2 gis en gjennomgang av de økonomiske effektivitetsgevinster som vil være relevante etter konkurranseloven § 10 (3).

Deretter gis det i delkapittel 3.1 og 3.2 en gjennomgang av relevant praksis på området for å se om denne åpner for å legge vekt på andre hensyn enn de rent økonomiske i vurderingen. Ettersom praksisen på området i hovedsak kommer fra EU, vil spørsmålet i denne delen være hva som er rettstilstanden for TEUV art. 101 (3). For at gjennomgangen skal fremstå som ryddig har drøftelsen blitt delt opp i to, hvor praksis fra EU-domstolen og Kommisjonen blir behandlet hver for seg.

Siden praksis fra EU vil være retningsgivende for EØS innenfor dette området, vil det til slutt stilles spørsmål i delkapittel 3.4 om rettstilstanden er den samme for EØS-avtalen art. 53 (3) som for konkurranseloven § 10 (3) på bakgrunn av delkonklusjonen i delkapittel 3.3.

---

<sup>26</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA)

<sup>27</sup> Se ODA-avtalen artikkel 27-41

<sup>28</sup> Se ODA-avtalen artikkel 4-26

## 2 Relevante effektivitetsgevinster etter konkurranseloven § 10 (3)

Oppgaven reiser spørsmål om hvilke gevinster som er relevante å legge vekt på i vurderingen av konkurranseloven § 10 (3), og da særlig relevansen av ikke-økonomiske gevinster. I dette kapitlet vil det gis en gjennomgang av de økonomiske gevinstene det vil være relevant å legge vekt på etter tredje ledd.

For at et konkurransebegrensende samarbeid skal stå seg etter tredje ledd må det aktuelle samarbeidet bidra til en forbedring i ”produksjonen eller fordelingen av varene” eller den ”tekniske eller økonomiske utvikling”.<sup>29</sup>

For å avgjøre når et samarbeid bidrar på en slik måte, må det vurderes hva som ligger i disse vilkårene. Det vil i det videre være et spørsmål om hva som er en relevant gevinst etter tredje ledd. For å avklare spørsmålet vil et naturlig sted å begynne være med ordlyden.

Ordlyden av en forbedring i ”produksjonen eller fordelingen av varene” taler for at det er de produksjonsmessige og effektiviserende gevinstene samarbeidet medfører som er avgjørende. Ordlyden av den ”tekniske eller økonomiske utvikling” taler for at samarbeid som bidrar til en fremtidsrettet utvikling av driften vil være en relevant gevinst.

For å vurdere nærmere hva som ligger i vilkårene, har de forskjellige gevinstene blitt delt opp i kategorier. Kolstad benytter seg av begrepene ”indre effektivitet” som omhandler vilkåret om forbedring i ”produksjonen eller fordelingen av varene”, mens ”dynamisk effektivitet” retter seg mot vilkåret ”tekniske eller økonomiske utvikling”.<sup>30</sup> Under fremstillingen av relevante effektivitetsgevinster vil det i det følgende bli benyttet samme terminologi.

### 2.1 Indre effektivitet

Effektivitetsgevinster som omfattes av kategorien ”Indre effektivitet” er de gevinstene som bidrar til en mer effektiv ressursbruk innad hos foretakene.<sup>31</sup> Kostnader kuttes eksempelvis gjennom å øke produksjonseffektivitet eller å optimalisere sin egen produksjon.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Konkurranseloven § 10 (3)

<sup>30</sup> Kolstad, mfl., s. 297-319

<sup>31</sup> Kolstad, mfl., s. 298

<sup>32</sup> Kolstad, mfl., s. 298

Samtidig vil ikke alle bedriftsøkonomiske fordeler, gjennom å optimalisere produksjonen eller effektiviteten, være en effektivitetsgevinst etter § 10 (3). I *Consten & Grundig* slår EU-domstolen fast at fordelene må komme samfunnet som helhet til gode som en ”mærkbare objektive fordele”, og ikke bare være en gevinst for det enkelte foretak.<sup>33</sup> Saken gjaldt en distribusjonsavtale mellom en fransk forhandler og et elektronikkfirma. Avtalen gikk ut på at den franske forhandleren kun skulle levere varer til Grundig i Frankrike mot at de ble pålagt å kjøpe et visst antall produkter, reparere produktene og avstå fra å selge produkter som kunne konkurrere mot Consten sine varer på det franske markedet. Spørsmålet var om avtalen var egnet til å forbedre ”fordelingen av varene”, noe som ble svart benektende av både Kommisjonen og EU-domstolen ettersom avtalen kun resulterte i fordeler for Consten og Grundig. En avtale som eksempelvis gir utslag i et tap hos en annen aktør, vil ikke bidra til en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse, men kun en omfordeling av overskuddet innenfor det aktuelle markedet, og oppfyller ikke vilkåret i tredje ledd.<sup>34</sup>

Det oppstilles med dette et vilkår om at gevinsten må medføre en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse for å kunne omfattes av unntaket i tredje ledd.<sup>35</sup> Selv om ordlyden av en forbedring i ”produksjonen eller fordelingen av varene” ikke eksplisitt nevner en forbedring av tjenester, er det lagt til grunn at også tjenester som bedriften tilbyr vil omfattes av vilkåret.<sup>36</sup>

Kostnadsbesparelser som følge av et konkurransebegrensende samarbeid kan ha mange former. Det vil nedenfor gis to eksempler på forbedringer i ”produksjonen eller fordelingen av varene” som kan resultere i en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse og dermed kunne oppfylle vilkårene etter §10 (3). Det er viktig å bemerke seg at dersom en avtale oppfyller vilkåret til en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse, må samtidig tredje ledd sine øvrige vilkår også være oppfylt for at det konkurransebegrensende samarbeidet skal bli kjent gyldig.

### **2.1.1 Stordriftsfordeler**

Gjennom stordriftsfordeler kan bedriftene oppnå lavere produksjonskostnader, ved at prisen per produserte enhet synker i takt med jo flere enheter som produseres.<sup>37</sup> Ved å optimalisere produksjonen kan det unngås å betale for uutnyttet produksjonspotensiale hos bedriften. Avtaler

---

<sup>33</sup> Forenede saker 56 og 58/64, *Consten & Grundig mot Kommisjonen*, Sml. 1965-1968 s. 245 (s. 260-261)

<sup>34</sup> Kolstad, mfl., s. 299

<sup>35</sup> Kolstad, mfl., s. 299

<sup>36</sup> Kolstad, mfl., s. 298

<sup>37</sup> EUT 2004 C 101/97, *Retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikkel 81 (3)* (avsnitt 66) – heretter kalt Kommisjonens retningslinjer

som eksempelvis omfatter samarbeid om logistikk, gjør at bedriftene kan oppnå større utnyttelsesgrad av sine ressurser. Istedenfor at to halvfulle transportkjøretøy frakter varer for hver sin bedrift, kan de kjøre en full bil.<sup>38</sup> Det er flere måter å optimalisere ressursutnyttelsen gjennom stordriftsfordeler. Eksempelvis vil sammenslåing av produksjon, distribusjon, markedsføring, forskning og utviklingsavtaler alle gi muligheter for å oppnå stordriftsfordeler.<sup>39</sup>

Erfaringsutveksling er en annen form for indre effektivitet som vil kunne medføre en forbedring i ”produksjonen eller fordelingen av varene”. Over tid opparbeider en bedrift seg kunnskap om hvordan man kan produsere en vare ved å utnytte ressursene på best mulig måte. Gjennom utveksling av erfaring og kunnskap om en produksjonsrekke, produksjonsprosess eller bestemte oppgaver knyttet til produksjonen, kan produktiviteten økes fordi man kan produsere mer effektivt eller utføre oppgaver raskere.<sup>40</sup>

Stordriftsfordeler kan på denne måten bidra til en mer effektiv ressursbruk og vil etter forarbeidene kunne gi en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse.<sup>41</sup>

## 2.1.2 Spesialiseringsgevinster

Ved spesialiseringsgevinster fokuserer bedriften på å spesialisere seg på ett eller et fåtall produkter. Bedriften oppnår spesialkompetanse på nettopp dette produktet. Ved at flere bedrifter spesialisere seg på hver sin del og så setter delene sammen til et komplett produkt kan man optimalisere produksjonen. På denne måten oppnår man en effektiv fordeling av ressurser og kompetanse. Slike samarbeidsavtaler vil kunne begrense konkurransen fordi det blir vanskeligere for utenforstående aktører å konkurrere mot spisskompetansen de forskjellige aktørene i samarbeidet innehar. Likevel kan slike samarbeid effektivisere produksjonen og gi samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelser. Det er relativt oversiktlig å avveie en spesialiseringsavtale sine negative konsekvenser opp mot de eventuelle besparelser samarbeidet vil gi. Det er derfor gitt gruppefritak etter krrl. § 10 (4) jf. (3) for visse grupper av spesialiseringsavtaler.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Eksempel fra Kommisjonens retningslinjer avsnitt 66

<sup>39</sup> Kommisjonens retningslinjer avsnitt 66

<sup>40</sup> Kommisjonens retningslinjer avsnitt 66

<sup>41</sup> NOU 1991: 27 s. 89

<sup>42</sup> Forskrift 20. April 2012 nr. 343 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på visse grupper av spesialiseringsavtaler

## 2.2 Dynamisk effektivitet

Dynamisk effektivitet retter seg mot vilkåret ”tekniske eller økonomiske utvikling”. Selv om et marked er tjent med en best mulig fordeling av ressursene, er det samtidig et ønske om innovasjon for å frembringe nye produkter og løsninger som ressurs til å utvikle det fremtidige markedet.<sup>43</sup> Ny kunnskap og bedre teknologi tilrettelegger for best mulig og langsiktig ressursutnyttelse av de tilgjengelige og begrensede ressursene.<sup>44</sup> For å utvikle et marked fremover vil det ofte være nødvendig at flere aktører samarbeider og deler erfaringer og kunnskap. Slike samarbeid kan begrense konkurransen i markedet etter krrl. § 10 (1), fordi det enkelte foretak ikke lenger har samme drivkraft til å konkurrere frem innovative løsninger. Lovgiver har likevel sett at slike samarbeid vil kunne innebære samfunnsøkonomiske gevinster. Det har derfor blitt slått fast at avtaler som bidrar til en dynamisk effektivitet gjennom den ”tekniske og økonomiske utvikling” vil kunne påberopes etter tredje ledd.

Et eksempel på slikt samarbeid er forsknings- og utviklingsavtaler, som det i 2012 ble gitt forskrift om gruppefritak for.<sup>45</sup> Tekniske fremskritt i produksjonen, distribusjonen, eller i form av nye produkter eller forbedringer av eksisterende produkter vil kunne gi forbrukerne gevinster gjennom økt behovstilfredsstillelse og samtidig effektivisere produksjons- og distribusjonslinjene.<sup>46</sup> Innovasjon medfører ofte tekniske nyvinninger som er med på å drive markedet fremover. En annen form for avtale mellom virksomheter er eksempelvis lisensavtaler som kan bidra til raskere spredning av ny teknologi, mens avtaler om felles produksjon av nye eller forbedrede varer eller tjenester kan medføre at nye produkter og tjenester kommer raskere på markedet og med lavere omkostninger.<sup>47</sup>

Ved å anerkjenne denne typen samarbeid som effektivitetsgevinst, åpner man for at foretakene kommer frem til tekniske og økonomiske løsninger de alene ikke ville ha kommet frem til, eller hadde brukt lenger tid og flere ressurser på å utvikle på egenhånd.<sup>48</sup> På denne måten legger man til rette for en dynamisk effektivitet som gagnar både foretakene, forbrukerne og samfunnet som helhet. Tilegnelse av ny kunnskap som igjen kan effektivisere ressursbruken, kan i seg selv være en samfunnsøkonomisk gevinst. Gjennom denne type samarbeid spares samfunnet for

---

<sup>43</sup> Kolstad, mfl., s. 318

<sup>44</sup> Kolstad, mfl., s. 298

<sup>45</sup> Forskrift 20. April 2012 nr. 342 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på visse grupper av forsknings- og utviklingsavtaler

<sup>46</sup> Kolstad, mfl., s. 318

<sup>47</sup> Kommisjonens retningslinjer avsnitt 71

<sup>48</sup> Kommisjonens retningslinjer avsnitt 70

unødvendig ressursbruk og det samfunnsøkonomiske overskuddet økes.<sup>49</sup> Selv om enhver forbedring av et produkt eller tjeneste kan sies å forbedre den dynamiske effektiviteten, må det foretas en konkret helhetsvurdering for å vurdere virkningene av samarbeidet. Vurderingstemaet er likt som for de indre effektivitetsgevinstene jf. Consten & Grundig, hvor vurderingen måtte bero på om gevinstene som følge av avtalen var ”mærkbare objektive fordele”.<sup>50</sup>

Etter en tolkning av vilkårene i konkurranseloven § 10 (3) kan det synes som at ordlyden i seg selv ikke åpner for å vektlegge ikke-økonomiske hensyn i vurderingen. Det er likevel et sammensatt bilde hvor indre- og dynamiske effektivitetsgevinster kan gli over i hverandre og gi flere gevinster enn først tiltenkt.<sup>51</sup> Fellesnevneren for de begge er at de må gi utslag i en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse for at den skal kunne kalles en gevinst etter konkurranseloven § 10 (3).<sup>52</sup> Selv om dette ikke nødvendigvis lukker døren for at ikke-økonomiske gevinster kan omfattes av bestemmelsen, kan det antyde at en langsiktig konsekvens må være at den aktuelle gevinsten må resultere i en samfunnsøkonomisk besparelse på et eller annet vis.

Spørsmålet videre blir om andre rettskildedefaktorer åpner for at også ikke-økonomiske gevinster kan være relevante gevinster etter tredje ledd. Jeg vurderer dette i fremstillingen under som et spørsmål om relevansen av ikke-økonomiske gevinster i vurderingen av konkurranseloven § 10 (3).

---

<sup>49</sup> Kolstad, mfl., s. 318

<sup>50</sup> *Consten & Grundig mot Kommisjonen* (s. 260-261)

<sup>51</sup> Kommisjonens retningslinjer avsnitt 59

<sup>52</sup> Kolstad, mfl., s. 297

## 3 Relevansen av ikke-økonomiske gevinster etter tredje ledd

Etter tolkningen i kapittel 2, åpner ikke ordlyden i tredje ledd for å omfatte andre hensyn enn de rent økonomiske. Metodisk er det derfor nødvendig å se videre til andre rettskilder for avklaring. Ettersom det ikke foreligger relevant praksis fra EØS sin side, vil det i hovedsak sees til EU for avklaring.

I delkapittel 3.1- 3.3 vil det gis en gjennomgang av relevant praksis fra EU. Delkapittel 3.1 tar for seg EU-domstolens tolkning av tredje ledd, mens Kommisjonens avgjørelses og uttalelser vurderes i delkapittel 3.2. Etter at rettsstilstanden innenfor EU og EØS er avklart vil det i punkt 3.4 vurderes om den samme tolkningen skal legges til grunn for konkurranseloven § 10 (3).

Siden praksis fra dette område vil være retningsgivende for EØS, vil man på bakgrunn av konklusjonen for TEUV art. 101 (3) kunne legge samme tolkning til grunn for EØS-avtalen art.53 (3).

### 3.1 EU-domstolens tolkning av tredje ledd

EU-domstolen har i en rekke saker vurdert eller uttalt noe om hva som er relevante gevinster etter tredje ledd. Under belyses noen av sakene hvor domstolen har uttalt seg, eller behandlet ikke-økonomiske hensyn i sine vurderinger.

#### Europemballage

En generell uttalelse om at EUs organer skal samordne traktatens forskjellige mål ble gitt i *Europemballage*.<sup>53</sup> I denne saken var det spørsmål om å annullere en beslutning gitt av kommisjonen. Partene var Kommisjonen mot et selskap som fremstilte forskjellige typer emballasje av metall, papir og plastikk.

Det ble uttalt at:

”(...)De begrænsninger af konkurrencen, som Traktaten, under visse betingelser tillader på grund af nødvendigheden af at samordne de forskellige mål, der skal nås, har i de krav, der opstilles i artiklerne 2

---

<sup>53</sup> Sak 6/72, *Europemballage mot Kommisjonen*, Sml. 1973 s. 215 (avsnitt 24)



og 3, en grænse, som ikke kan overskrides, uden at svækkelsen af konkurransen ville kunne skade fellesmarkedets målsætning”.<sup>54</sup>

Sitatet fremstår som en generell uttalelse om at man kan tillate en begrensning i konkurransen hvis det er nødvendig for å fremme ett eller flere av EUs øvrige mål. En konsekvens av dette vil være at ikke-økonomisk hensyn som følger av øvrige traktatbestemmelser har relevans i enhver vurdering om å godkjenne konkurransebegrensende samarbeid. Dette kan tale for at traktatens bestemmelse kan tolkes utvidende hvis det er spørsmål om å tillate en konkurransebegrensende atferd for å integrere andre EU-rettslige mål.

Hva gjelder begrensningen den gamle traktaten EØF (nå TEUV) art. 3 setter, handlet dette om at den konkurransebegrensningen det er snakk om å tillate ikke kan være av en slik karakter at konkurransen i markedet fjernes. Etter art. 2 skulle EU ha som målsetting å fremme en harmonisk utvikling av fellesskapsretten. Selv om uttalelsen kan fremstå som en åpning for å legge vekt på andre ikke-økonomiske hensyn, gir ikke avgjørelsen noen avklaring på om alle EUs målsettinger er like relevante og eventuelt hvilken selvstendig vekt disse har.

### Metro I

Et samfunnshensyn som tilsynelatende har vært vektlagt i flere saker, er hensynet til sysselsetting. I en sak for domstolen, kalt Metro I, var det spørsmål om en leverandør av underholdningselektronikk i Tyskland kunne få en konkurransebegrensende distribusjonsavtale godkjent av Kommisjonen.<sup>55</sup> Kommisjonen og SABA (leverandøren) ble saksøk av Metro som hevdet at Kommisjonens godkjenning måtte annulleres. Metro hevdet konkurransebegrensningen var unødvendig, og at samarbeidet ikke oppfylte vilkårene etter TEUV art. 101 (3).

Kommisjonen fant samarbeidet å oppfylle vilkårene etter tredje ledd, og EU-domstolen opprettholdt Kommisjonens avgjørelse. Domstolen la vekt på at sysselsettingshensyn, særlig under en økonomisk lavkonjunktur, hører til de mål som TEUV art.101 (3) åpner for å legge vekt på.

---

<sup>54</sup> *Europemballage mot Kommisjonen* (avsnitt 24)

<sup>55</sup> Sak C-26/76, *Metro mot Kommisjonen*, Sml. 1977 s. 1875

Domstolen uttale at:

”(…)desuden er leveringsaftaler for et rimeligt tidsrum en stabiliserende faktor for beskæftigelsen, hvilket betragtet som en forbedring af de almindelige produktionsvilkår, navnlig under en økonomisk lavkonjunktur, hører til de mål, som artikel [101 (3)], giver mulighed for at forfølge.”<sup>56</sup>

Uttalelsen kan tolkes slik at domstolen i denne saken finner stabiliseringen av sysselsetting som en del av en ”forbedring av produksjonen”.

Etter vurderingen av relevante effektivitetsgevinster i kapittel 2 er det klart at samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelser vil være relevante gevinster etter tredje ledd. Hensynet til sysselsetting alene faller ikke under definisjonen i kapittel 2 om samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelser. Samtidig ville det vært et overflødig moment av domstolen å poengtere at hensynet til sysselsetting, spesielt under nedgangstider, faller inn under ordlyden, dersom dette hensynet ikke har noen betydning i seg selv.

At domstolen strekker ordlyden til å også omfatte sysselsettingshensyn, kan med dette tale for at de vurderer sysselsettingshensyn som en relevant gevinst etter tredje ledd, og tilsynelatende åpner for at ikke-økonomiske gevinster har relevans i vurderingen.

Med dette åpner domstolen for at hensynet til sysselsetting, spesielt under nedgangstider, er et relevant hensyn under tredje ledd. Samtidig kan det stilles spørsmål ved om denne tolkningen åpner for at alle ikke-økonomiske hensyn vil være relevante etter tredje ledd. At ordlyden kan strekkes i dette tilfellet åpner ikke nødvendigvis for at et hvilket som helst samfunnshensyn kan omfattes av vilkåret.

Sysselsettingshensyn og opprettholdelse av arbeidsplasser kan være en stabiliserende faktor i et urolig marked. Ett av EUs overordnede formål er å bidra til en høy sysselsetting, og etter TEUV art. 9 og art. 147 skal traktaten legge til rette for å etterstrebe høy sysselsetting innenfor sitt virkeområde.

Opprettholdelse av arbeidsplasser er på mange måter en målbar økonomisk gevinst, mens andre samfunnshensyn som eksempelvis miljø- og kulturhensyn ikke nødvendigvis kan sies å generere like tydelige økonomiske gevinster.

At det opprettholdes en høy sysselsetting vil kunne kvantifisere seg i økonomiske gevinster eksempelvis gjennom økte skatteinntekter og forbedret velferd, som på sikt vil kunne resultere

---

<sup>56</sup> *Metro mot Kommisjonen* (avsnitt 43)

i en samfunnsøkonomisk besparelse. Hensynet til sysselsetting vil derfor være nærmere ordlydens kjerne enn eksempelvis miljøhensyn og kulturhensyn.

I lys av Europemballage-saken hvor domstolen gir uttrykk for en mer generell uttalelse av vilkårets rekkevidde, gir domstolen i Metro I klarere holdepunkter for et ikke-økonomisk hensyn de mener hører til de mål som vilkåret åpner for. Hensynet til sysselsetting, spesielt under nedgangstider, vil derfor være et relevant hensyn under tredje ledd, som taler for en utvidende tolkning. Ved å legge vekt på sysselsetting åpnes det ikke for at alle ikke-økonomiske hensyn vil ha relevans ettersom hensynet har et økonomisk preg. Rekkevidden av hvilke andre ikke-økonomiske hensyn som kan være relevante gir dommen ikke svar på. Det må derfor sees videre til andre uttalelser fra EU-praksis for avklaring.

### Remia

I Remia var det spørsmål om et morselskaps omstrukturering og salg av to datterselskaper oppfylte vilkårene i tredje ledd.<sup>57</sup> Det forelå en konkurranseklausul for det ene datterselskapet slik at det andre datterselskapet skulle ha mulighet til å overleve og etablere seg på markedet uten konkurranse fra det første datterselskapet. Klausulen hadde konkurransebegrensende virkning.

Saken var først hos Kommisjonen, som mente at klausulen ikke medførte gevinster som veide opp for ulempene den konkurransebegrensende klausulen ville ha. De mente avtalen ikke oppfylte noen av vilkårene i tredje ledd.<sup>58</sup> Kommisjonens avgjørelsen ble anket videre til EU-domstolen. Under sin vurdering av saken viste domstolen til den tidligere uttalelsen i Metro I:

”Med hensyn til argumentationen om, at virksomheten kun kunne overleve og beskæftigelsen kun kunne bevares, såfremt konkurrenseklausulen havde en gyldighetsperiode på 10 år, bemerkes, at opretholdelsen av beskæftigelsen, jfr. Domstolens dom af 25. Oktober 1977 (Metro, 26/76, Sml. s. 1875), betragtet som en forbedring af de almindelige produktionsvilkår, navnlig under en økonomisk lavkonjunktur, hører til de mål, som artikel [101 (3)], giver mulighed for at forfølge.(...)”<sup>59</sup>

Domstolen opprettholdt Kommisjonens avgjørelse, men viste at den sto ved sin tidligere uttalelse om at sysselsettingshensyn er en relevant gevinst etter tredje ledd. Kommisjonen hadde vært beskjedne med å vurdere konkret hvilken relevans sysselsettingshensyn hadde, ettersom det var flere forhold som gjorde at klausulen ikke oppfylte vilkårene i tredje ledd. At domstolen igjen viser at sysselsetting er en relevant gevinst, underbygger forståelsen av at tredje ledd åpner

---

<sup>57</sup> Sak 42/84, *Remia mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 2545

<sup>58</sup> EUT 1983 L 376/22, *Nutricia/De Rooij og Nutricia/Zuid-Hollandse Conservenfabriek* (avsnitt 41)

<sup>59</sup> *Remia mot Kommisjonen* (avsnitt 42)

for en vid tolkning hvor ikke-økonomiske gevinster har relevans. Uttalelsen bidrar ikke til avklaring av rekkevidden for hvilke ikke-økonomiske hensyn som kan være relevante, men at sysselsetting, spesielt under en nedgangsperiode, er en gevinst som er relevant å legge vekt på etter tredje ledd, fremstår som tydelig.

### Van Landewyck SARL

Domstolen gikk noe lenger i sin uttalelse om rekkevidden av relevante gevinster i Van Landewyck SARL.<sup>60</sup> Saken gjaldt distribusjon av tobakksvarer i Belgia hvor det var anført at samarbeidet skulle gis fritak etter tredje ledd.

I sin vurdering av saken startet domstolen med å poengtere at et konkurransebegrensende samarbeid kun kan gis fritak dersom det oppfyller vilkårene i tredje ledd, men at også andre hensyn enn de som fremkommer av ordlyden kan være relevante for denne vurderingen.

De uttaler at:

”Det skal endvidere nævnes, at det som (...) fremgår af de beføjelser, som er indrømmet kommissionen i artikel [101 (3)], at nødvendigheden af en bestandig effektiv konkurrence kan forenes med beskyttelsen af forskellige mål, og visse restriktioner i konkurrencen kan godkjendes af hensyn hertil, når de er nødvendige for at realisere disse mål og ikke fører til, at konkurrencen for en væsentlig del af de fællesmarkedet udelukkes.”<sup>61</sup>

Uttalelsen tilsier at dersom et konkurransebegrensende samarbeid fremmer et hensyn som er forenelig med et av EU-rettens øvrige målsettinger, vil det være relevant å legge vekt på dette hensynet. Domstolen synes med dette å åpne for en meget vid vurdering av tredje ledd hvor alle EUs øvrige mål kan omfattes som relevante hensyn.

Denne uttalelsen må samtidig sees i sammenheng med at det var en generell uttalelse som ikke hadde direkte innflytelse på resultatet i dommen. Distribusjonsavtalene mellom foretakene gjaldt en såpass stor markedsandel at samarbeidet ville utelukke muligheten for restkonkurranse jf. TEUV art. 101 (3) bokstav b. En eventuell rekkevidde av hvilke øvrige hensyn som også kan omfattes ble heller ikke klarlagt, ettersom domstolen ikke vurderte sakens faktum opp mot uttalelsen.

Om ikke rekkevidden ble klarlagt, uttalte likevel domstolen videre i dommens avsnitt 182 om at sosiale hensyn, som opprettholdelse av sysselsettingen under nedgangstider, slik som gjort i

---

<sup>60</sup> Forenede saker 209-215/78 og 218/78, *Van Landewyck mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 3125 (avsnitt 176)

<sup>61</sup> *Van Landewyck mot Kommisjonen* (avsnitt 176)

Metro I, var et relevant hensyn etter tredje ledd.<sup>62</sup> I liket med uttalelsen i Reima og Metro I vil derfor sysselsettingshensyn være en relevant gevinst.

Selv om det på bakgrunn av en såpass generell uttalelse er vanskelig å si noe konkret om rekkevidden av hvilke hensyn det kan legges vekt på, vil det nok kunne sies at hensyn som ikke er omfattet av EUs kompetanseområder faller utenfor.

Etter TEUV art. 7 skal traktatens felles målsettinger balanseres gjennom integrasjon, og etter TEU art. 5 skal denne balanseringen kun foregå mellom hensyn som er positivt angitt i traktaten. EUs medlemsstater har tilsluttet seg traktaten og gitt fra seg sin suverenitet på bestemte områder. Dersom EUs organer handler på områder den ikke er blitt tildelt kompetanse, vil den derfor handle utenfor sin kompetanse og mangle legitimitet. Som en følge av at EU-retten er positivt angitt, vil traktatens bestemmelser derfor sette en begrensning for hvilke hensyn som kan være relevante å legge vekt på. Ved å legge vekt på andre hensyn enn de som følger av traktaten vil EU i så fall ha handlet utenfor sin myndighet. På bakgrunn av at uttalelsen i dommen er generell, vil EU-rettens positive kilder uansett kunne sette en grense for hvilke hensyn det er legitimt å legge vekt på. Dette er likevel bare et forsøk på å avklare en ytre ramme, og den selvstendige vekten av de forskjellige hensynene EU fremmer vil uansett variere i vurderingen etter tredje ledd.

### Matra

Hensynet til sysselsetting og industri ble nok en gang poengtert av domstolen i Matra.<sup>63</sup> Det var spørsmål om å godkjenne et konkurransebegrensende samarbeid som ville bidra til opprettholdelse av arbeidsplasser og fremme industripolitiske hensyn. Saken var først til vurdering hos Kommisjonen som Ford/Volkswagen.<sup>64</sup>

Saken gjaldt et samarbeid mellom to bilprodusenter som ønsket å kutte kostnader ved å opprette et felles produksjonssenter i Portugal. Prosjektet ville totalt skape rundt 15 000 arbeidsplasser og tiltrekke seg underleverandører som ville gis muligheter til å vokse.

Kommisjonen fant samarbeidets gevinster å veie opp for dens konkurransebegrensende ulemper og uttalte at:

”(...)Prosjektet bidrager derfor til at fremme en harmonisk utvikling i [EU] og til at redusere regionale forskjelle, hvilket er nogle af Traktatens grundlæggende mål. Det fremmer desuden integrationene på det

---

<sup>62</sup> *Van Landewyck mot Kommisjonen* (avsnitt 182)

<sup>63</sup> Sak T-17/93, *Matra Hachette mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. II-595

<sup>64</sup> EUT 1993 L 20/14, *Ford/Volkswagen*

europiske marked, idet det på et av [EU's] viktige industriområder knytter Portugal tettere til [EU]. Dette vil ikke i sig selv kunne begrunde en fritagelse, med mindre betingelserne i artikkel [101 (3)], var oppfylt, men det er et element, som Kommissionen har taget hensyn til.”<sup>65</sup>

Avgjørelsen ble anket fordi Matra mente Kommisjonen hadde lagt vekt på ”ekstraordinære omstendigheter” når de vurderte prosjektets innflytelse på infrastrukturen og sysselsettingen.<sup>66</sup> Saksøker mente på sin side at disse hensynene ikke var relevante for vurderingen.

Underretten uttalte at Kommisjonen, uavhengig betydningen av de ”ekstraordinære omstendigheter”, hadde godtgjort at samarbeidet uansett oppfylte vilkårene i tredje ledd.<sup>67</sup> Kommisjonens avgjørelse ble opprettholdt, uten at EU-domstolen konkret kommenterte relevansen av disse ”ekstraordinære omstendigheter”. At uttalelsen ikke blir kommentert, betyr nok neppe at den ikke tok stilling til disse ekstraordinære hensynene.<sup>68</sup> Hensynet til infrastruktur og sysselsetting er begge en del av EUs øvrige målsettinger. At hensynet til infrastruktur og sysselsetting vil være relevante ikke-økonomiske hensyn i vurderingen av tredje ledd er også støttet av uttalelsen i Van Landewyck SARL.

### Métropole Télévision

I en annen sak for Underretten, Métropole Télévision, var det spørsmål om å annullere et vedtak om TV-rettigheter Kommisjonen hadde gitt.<sup>69</sup> Noen private selskaper hevdet at de som følge av Kommisjonens avgjørelse ble utestengt fra en del av markedet.

Retten opphevet Kommisjonens avgjørelse og uttalte seg generelt om at:

”Kommissionen kan ganske vist inden for rammerne af en samlet vurdering lægge vægt paa hensyn, der er forbundet med varetagelsen af almenhedens interesser, med henblik paa at meddele en fritagelse i henhold til traktatens artikkel [101 (3)].(...)”<sup>70</sup>

Uttalelsen fra Underretten virker klar på at de mener det foreligger en vid adgang til å legge vekt på offentlige interesser ved vurderingen av tredje ledd. Til sammenligning fra de andre uttalelsene som er vurdert over, synes det som at retten strekker ordlyden enda lenger i dette tilfellet. Ikke bare viser de til EUs øvrige målsettinger, men sier at det er en samlet vurdering hvor offentlige interesser vil være relevante. Domstolens uttalelse tolkes dit at ikke-økonomiske

---

<sup>65</sup> Ford/Volkswagen (avsnitt 36)

<sup>66</sup> *Matra Hachette mot Kommisjonen* (avsnitt 137)

<sup>67</sup> *Matra Hachette mot Kommisjonen* (avsnitt 139)

<sup>68</sup> Giorgio Monti, "Article 81 EC and public policy", *Common Market Law 39/2002* s. 1057-1099 (s. 1070)

<sup>69</sup> Forenede saker T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, *Métropole Télévision m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-649

<sup>70</sup> *Métropole Télévision m.fl. mot Kommisjonen* (avsnitt 118)

hensyn som ikke er omfattet av EUs fellesskapsrett, kan være relevante så lenge de fremmer offentlige interesser. Hva som er grensen og om alle tenkelige offentlige interesser er omfattet, avklares ikke. Selv om avgjørelsen åpner for en meget bred vurdering av ikke-økonomisk hensyn etter tredje ledd, må uttalelsen likevel sees i lys av hvilken instans den er gitt av. Uttalelsen kommer fra Underretten, og EU-domstolen kan derfor både overprøve og fravike uttalelsen i senere saker. Ettersom EU-domstolen ikke har strukket seg like langt i uttalelsen om hvilke ikke-økonomiske hensyn som er relevante, vil det nok vært mest riktig å falle ned på at det kreves klarere holdepunkter fra EU om at helt generelle offentlige hensyn også kan omfattes.

### Stim

I en sak som gikk for Underretten, Stim, ble det gitt en generell uttalelse om at hensynet til kulturelt mangfold vil være et relevant hensyn for vurderingen av art. 101 som helhet.

#### Domstolen uttalte:

”As a preliminary, it must be recalled that, under Article 151(4) EC, ‘[t]he Community shall take cultural aspects into account in its action under other provisions of this Treaty, in particular in order to respect and to promote the diversity of its cultures’. Accordingly, in the application of Article [101 TEUV], the Commission is required to take into consideration the objective of respecting and promoting cultural diversity, in particular where the application of that article concerns an activity linked to culture”.<sup>71</sup>

Uttalelsen viser at Kommisjonen i sine vurderinger skal ta hensyn til kultur, gjennom å respektere og fremme kulturelt mangfold i saker som berører dette feltet. Kulturelt mangfold og respekt for diversitet er et EU-rettslig hensyn som skal ivaretas gjennom TEUV art. 164 (4). Selv om ivaretagelse av kulturelt mangfold ikke kan antas å ha et like økonomisk preg som eksempelvis sysselsetting, vil det nok kunne sies at kulturelt mangfold kan bidra til en forbedring av forbrukervelferden gjennom et større mangfold av tilgjengelige varer. Økt forbrukervelverd vil dermed kunne realisere seg i en økonomisk gevinst. Uttalelsen fra Underretten taler derfor for at kulturhensyn vil være en relevant gevinst etter tredje ledd.

På samme måte som kulturhensyn, er hensynet til forbrukervern en bred kategori som i mange tilfeller vil kunne realisere seg i økonomiske gevinster, eksempelvis ved økt produktsikkerhet som en følge av "tekniske eller økonomiske utvikling". Målsettingen om forbrukervern følger av TEUV art. 12, og TEUV art. 169 (1). Bestemmelsene skal sikre et høyt forbrukervern innenfor EU gjennom å bidra til vern av forbrukernes helse, sikkerhet og økonomiske interesser.

---

<sup>71</sup> Sak T-451/08, *Stim mot Kommisjonen*, Digitale Samlinger (avsnitt 73)

Dette taler for at samarbeid som bidrar til en forbedring av forbrukervernet vil kunne være relevante ikke-økonomiske gevinster etter tredje ledd.

### 3.2 Kommisjonens tolkning av tredje ledd

Kommisjonen har i likhet med EU-domstolen uttalt seg om hva som er en relevant gevinst etter tredje ledd. Usikkerheten rundt hvilke gevinster som er relevante etter TEUV art. 101 (3) oppsto for alvor med Rådsforordning 1/2003.<sup>72</sup> Forordningen var opphavet for den såkalte moderniseringsprosessen. Før moderniseringsprosessen var det kun Kommisjonen som traff avgjørelser etter TEUV art. 101 (3).<sup>73</sup> Praksisen var at foretakene måtte notifisere Kommisjonen om samarbeid som kunne være konkurransebegrensende, og Kommisjonen måtte så godkjenne disse. Arbeidsmengden ble med tiden stor, ettersom de var eneste organ til å treffe avgjørelser. Det var behov for å endre denne praksisen, og samtidig modernisere EUs konkurranserett. Moderniseringsprosessen ble til med rådsforordning 1/2003, og den tidligere notifiseringsplikten til Kommisjonen opphørte.<sup>74</sup> Det var nå opp til foretakene selv, nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler å vurdere hvorvidt det forelå brudd på konkurranselovens bestemmelser om forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.<sup>75</sup>

Kommisjonens retningslinjer for anvendelse av traktatens art. 101 (3), ble utformet som et tolkningsbidrag for å veilede foretakene og nasjonale konkurransemyndigheter i den vurderingen de nå selv måtte foreta.<sup>76</sup> Retningslinjene skulle ikke ha noen rettskapende funksjon, men skulle fungere som en veiledning for tolkningen, og er basert på en del av regelverket, praksis fra EU-domstolen, Underretten og Kommisjonen.

Etter disse endringene oppsto en diskusjon om rettstilstanden med tanke på hvilke gevinster som var relevante for vurderingen i tredje ledd.<sup>77</sup> I tiden før moderniseringsprosessen hadde

---

<sup>72</sup> EUT 2003 L 1/1, *Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82*, heretter kalt rådsforordningen

<sup>73</sup> EUT 1962 13/204, *Forordning nr. 17: Første forordning om anvendelse av bestemmelsene i traktatens artikkel 85 og 86* (artikkel 4-9)

<sup>74</sup> Kommisjonen har i den anledning uttalt seg om en rekke saker til tidligere art. 81 (3) og hovedvekten av praksisen fra Kommisjonen er knyttet til den gamle bestemmelsen

<sup>75</sup> Rådsforordningen sin fortale (avsnitt 4)

<sup>76</sup> ESA fant Kommisjonens retningslinjer å være relevant for EØS for å opprettholde like konkurransevilkår og for å sikre ensartet anvendelse av EØS-konkurranseregler. Se EØS-tillegget 2007 42/1, *EFTAs overvåkningsorgan* sin fortale (bokstav B og C)

<sup>77</sup> Rekkevidden av bestemmelsen har vært oppe for diskusjon av flere juridiske forfattere. Se eksempelvis;

Richard Whish, og David Bailey, *Competition Law*, 8. utgave, Oxford 2015

Suzanne Kingston, *Greening EU Competition Law and Policy* Cambridge 2012

Okeoghene Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law* Oxford 2006

Christopher Townley, *Article 81 EC and Public Policy* Oxford 2009



Kommisjonen og EU-domstolen tilsynelatende lagt selvstendig vekt på ikke-økonomiske hensyn i sine vurderinger, mens i retningslinjene gir de uttrykk for at andre traktatfestede mål bare er relevante dersom de kan anføres under de økonomiske vilkårene i tredje ledd.<sup>78</sup>

I delkapittel 3.2.1 skal det gis noen eksempler på hvordan Kommisjonen har vurdert saker hvor ikke-økonomiske hensyn har vært aktuelle. I delkapittel 3.2.2 gjøres rede for uttalelser fra Rådsforordningens 1/2003 forarbeider og Kommisjonens retningslinjer som satte fart rundt debatten om relevansen av ikke-økonomiske hensyn. Fremstillingen av Kommisjonens praksis er derfor blitt delt opp i perioden før og etter moderniseringsprosessen.

### **3.2.1 Før moderniseringsprosessen**

Kommisjonen har i likhet med domstolen vurdert eller uttalt noe om hva som er relevante gevinster i tredje ledd.

#### *BPCL/ICI*

I en sak til vurdering hos Kommisjonen, kalt BPCL/ICI, var det spørsmål om omstrukturering i en periode hvor industrien hadde fått tilgang til nye maskiner og teknologi, og hvor følgene var høyere produksjonskapasitet enn markedet tilsa.<sup>79</sup> Foretaket i saken sto i fare for å måtte nedbemanne eller legge ned virksomheten hvis samarbeidet ikke hadde blitt gitt fritak etter tredje ledd. Kommisjonen fant at avtalene ville forbedre kapasitetsutnyttelsen uten å utelukke effektiv konkurranse og dermed medføre en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse.

I BPCL/ICI uttalte Kommisjonen:

”På grund af industriens strukturelle overskudskapacitet inden for de pågældende produkter og fordi aftalerne og den dertil knyttede lukning af produktionsanlæg nedbragte denne overskudskapacitet og forbedrede kapacitetsudnyttelsen uden at udelukke effektiv konkurrence, opvejer fordelene ved disse aftaler og de dertil knyttede lukninger af anlæg de skadelige virkninger, de måtte have.(...)”<sup>80</sup>

I denne saken synes det ikke som at Kommisjonen legger nevneverdig vekt på industripolitiske hensyn, ettersom Kommisjonen finner samarbeidet å generere kostnadsbesparelse som omfattes av ordlyden å ”forbedre produksjonen og fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling”. Likevel er hensynet til industri og opprettholdelse av arbeidsplasser et mål EU ønsker å fremme. Etter TEUV art. 173 skal EU skal fremme

---

<sup>78</sup> Kommisjonens retningslinjer avsnitt 42

<sup>79</sup> EUT 1984 L 212/1, *BPCL/ICI*

<sup>80</sup> *BPCL/ICI* (avsnitt 34)

industripolitikk i samsvar med et åpent og konkurransedyktig marked. At et underordnet hensyn til industri og sysselsetting i denne saken var avgjørende for utfallet, er derfor tenkelig.<sup>81</sup> Selv om avgjørelsen i seg selv ikke åpner for noen vid adgang til å legge vekt på andre samfunnshensyn, belyser den et poeng om at det i all den tid det var Kommisjonen som hadde monopol på å fatte avgjørelser etter tredje ledd, er nærliggende at de også har lagt vekt på ikke-økonomiske hensyn i sine beslutninger.

### CECED

I en annen sak til vurdering hos Kommisjonen kalt CECED, synes Kommisjonen i forhold til tidligere saker å legge mer selvstendig vekt på hensynet til miljø.<sup>82</sup> Kommisjonen var i denne saken klar på at hensynet til miljø alene var en relevant gevinst etter tredje ledd. Saken gjaldt et tilfelle hvor produsenter og importører av vaskemaskiner av miljømessige årsaker hadde gått sammen om å avslutte å produsere og importere de maskinene som hadde høyest energiforbruk. Problemet var at foretakene hadde samlet sett en indre markedsopplutning på 90%, og samarbeidet medførte at øvrige produsenter måtte omstille seg både kostnads- og kunnskapsmessig for å kunne ha mulighet til å konkurrere i det samme markedet. Kommisjonen fant på bakgrunn av disse omstillingene samarbeidet å være konkurransebegrensende fordi konkurrentene i en omstillingsperiode ble nødt til å øke sine kostnader for å ha mulighet til å produsere like energieffektive vaskemaskiner.

Kommisjonen uttalte at:

”Vaskemaskiner, som alt andet lige bruger mindre energi, er objektivt set teknisk set mer effektive. Lavere elforbrug fører indirekte til mindre forurening fra elproduktion. Den kommende drift af det samlede antal installerede maskiner, der yder samme service med mindre indirekte forurening, er mer økonomisk effektiv end før aftalen”.<sup>83</sup>

Uttalelsen fra Kommisjonen synes klar på at vaskemaskiner som har lavere strømforbruk vil være mer effektive. Det spesielle med uttalelsen i forhold til tidligere avgjørelser vedrørende miljøhensyn, er at Kommisjonen legger vekt på at lavere strømforbruk i seg selv er en økonomisk effektivitetsgevinst. Kommisjonen har i tidligere saker funnet at miljøhensyn har bidratt til å fremme den ”tekniske eller økonomiske utvikling”, men ikke vært like klare på at hensynet til miljø i seg selv er en effektivitetsgevinst.<sup>84</sup> Kommisjonen sidestiller altså lavere

---

<sup>81</sup> Se også tilsvarende EUT 1987 L 5/13, *ENI/Montedison* (avsnitt 26)

<sup>82</sup> EUT 1999 L 187/47, *CECED*

<sup>83</sup> *CECED* (avsnitt 48)

<sup>84</sup> I flere saker har Kommisjonen konkludert med at miljøhensyn har bidratt til å fremme den ”tekniske eller økonomiske utvikling” se Kingston, s. 271

strømforbruk med økonomiske effektivitetsgevinster og åpner med dette for en vid tolkning av gevinstvilkåret.

At hensynet til miljø er viktig må sees i sammenheng med at TEUV art. 11 skal ha som formål å implementere et miljørettslig perspektiv innenfor EU. Etter bestemmelsen skal det spesielt legges vekt på å fremme en bærekraftig utvikling, noe denne avgjørelsen også bærer preg av. Kommisjonens uttalelse i CECED er derfor en viktig pekepinn på at hensynet til miljø står sterkt innenfor EU.

I likhet med hensynet til kultur vil miljøhensyn også kunne realisere seg gjennom økt forbrukervelferd som en økonomisk gevinst. Når Kommisjonen i dette tilfellet likevel åpner for at miljøhensyn kan ha selvstendig vekt i vurderingen, er dette en vid forståelse av gevinstvilkåret og åpner for en tolkning hvor hensynet til miljø i seg selv vil kunne være en relevant gevinst.<sup>85</sup>

Om enhver miljørettslig gevinst vil ha samme selvstendige vekt er likevel noe usikkert. Det må også bemerkes at saken ikke har vært oppe til vurdering hos EU-domstolen. At Kommisjonen i likhet med EU-domstolen i disse sakene åpner for at ikke-økonomiske gevinster kan være relevante i vurderingen etter tredje ledd fremstår derfor som klart.

### **3.2.2 Etter moderniseringsprosessen**

Som følge av moderniseringsprosessen har det blitt hevdet at Kommisjonen med sine uttalelser i Retningslinjene har ønsket å snevre inne bruken av ikke-økonomiske hensyn i vurderingen etter tredje ledd.

I forarbeidene til Rådsforordningen 1/2003 ble det uttalt at TEUV art. 101 sitt formål er:

”(…)at skabe en retlig ramme for en økonomisk vurdering af aftaler og ikke at åbne muligheden for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne af politiske hensyn”.<sup>86</sup>

Uttalelsen fremstår som et tydelig signal for at det kun er økonomiske effektivitetsgevinster som er relevante for vurderingen etter tredje ledd.

Etter at Rådsforordningen 1/2003 ble vedtatt, ga Kommisjonen ut retningslinjer som skulle være en veiledning til den vurderingen foretakene, konkurransemyndighetene og nasjonale

---

<sup>85</sup> En forståelse av at miljøhensyn i seg selv vil være en relevant gevinst synes også støttet av Townley, s. 175

<sup>86</sup> EUT 1999 C 132/1, *Hvidbok om modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til EF-traktatens artikel 85 og 86* (avsnitt 57)

domstoler nå selv skulle foreta. I retningslinjene uttalte Kommisjonen seg om vurderingen etter tredje ledd.

I retningslinjene kan det synes som at Kommisjonen går noe bort fra den klare linjen om at det kun er økonomiske hensyn er relevante, slik som det ble uttalt i forarbeidene. Kommisjonen antyder i retningslinjene at ikke-økonomiske hensyn vil ha betydning så lenge de kan anføres under et av vilkårene i tredje ledd:

”(...)Der kan tages hensyn til andre traktatfæstede mål i det omfang, de kan henføres under de fire betingelser i artikkel [101 (3)]”.<sup>87</sup>

Retningslinjene legger til grunn at hensyn som kan anføres under et av vilkårene i tredje ledd vil være legetime hensyn. Når kommisjonen i tiden før moderniseringsprosessen har lagt selvstendig vekt på ikke økonomiske hensyn jf. CECED- saken, vil disse uttalelsene i retningslinjene være en innsnevring fra tidligere praksis. Uttalelsen må sees i sammenheng med at det ikke lenger er Kommisjonen som skal gi unntak etter tredje ledd, det kan synes som de ønsker å unngå en vilkårlig bruk av ikke-økonomiske hensyn i vurderingen for slike unntak.

At uttalelsen var en bevisst avklaring for relevansen av ikke-økonomiske hensyn vil også være naturlig ettersom det har vært knyttet usikkerhet om Kommisjonen har åpnet for en vid tolkning av tredje ledd, men uten at man har kunnet slå dette fast. Uttalelsene i retningslinjene vil derfor fremstå som både oppklarende og retningsgivende.

Selv om kommisjonen i avgjørelsene før moderniseringsprosessen la vekt på ikke økonomiske hensyn i vurderingene, kan en videreføring av denne muligheten etter moderniseringsprosessen medføre lite forutberegnelighet for foretakene ettersom det nå er de selv og nasjonale konkurransemyndigheter som skal tilkjenne unntak etter tredje ledd. En vid adgang til å legge vekt på ikke-økonomiske hensyn kan føre til vilkårlighet rundt hvilke hensyn som er relevante. En avveining mellom økonomiske og ikke-økonomiske gevinster ut fra hvilke mål og hensyn som den enkelt rettsanvender finner mest hensiktsmessige vil være både problematisk og lite konsist.

At Kommisjonen ønsker å snevre inn bruken av ikke-økonomiske hensyn, synes også støttet av uttalelsene i retningslinjene avsnitt 59, hvor de forskjellige kategoriene av effektivitetsgevinster anføres.

---

<sup>87</sup> Kommisjonens retningslinjer avsnitt 42

”De forskjellige former for effektivitetsgevinster, der opregnes i artikkel 81, stk. 3, er brede kategorier, der tager sikte på at dække alle objektive økonomiske effektivitetsgevinster.(...)”.<sup>88</sup>

Uttalelsen gir uttrykkelig anføring på at det kun er økonomiske gevinster som er relevante etter TEUV art. 101 (3). Spørsmålet er om dette er en innskrenkning fra tidligere praksis eller en videreføring av gjeldene rett.

Som fremstillingen over viser har det vært knyttet en del usikkerhet til hvilke gevinster som er relevante å legge vekt på i vurderingen etter tredje ledd. Det synes å foreligge et skille mellom bruken av ikke-økonomiske hensyn før og etter moderniseringsprosessen.

I perioden før moderniseringsprosessen var ikke dette et særlig stort problem, ettersom Kommisjonen hadde monopol til å vurdere unntakene etter tredje ledd. At Kommisjonen i en periode fra 1962 til 2004 bare har lagt vekt på økonomiske hensyn, uten at ikke-økonomiske hensyn har hatt en viss rolle i beslutningen, fremstår som liten.

Ettersom moderniseringsprosessen medførte at fritak etter tredje ledd som hovedregel ikke lenger skulle overveies av Kommisjonen, har det i ettertid vært en mangel på saker hvor ikke-økonomiske hensyn har kunnet bli tatt i betraktning. Det har derfor skapt usikkerhet om uttalelsene i Retningslinjene faktisk var ment som en innsnevring av relevansen av ikke-økonomiske hensyn. En avklaring fra Kommisjonens side om relevansen av ikke-økonomiske gevinster har derfor latt vente på seg.

EU-domstolen har i perioden etter moderniseringsprosessen kommet med uttalelser til støtte for en snever tolkning av tredje ledd hvor økonomiske effektivitetsgevinster er relevante.<sup>89</sup> Disse uttalelsene må samtidig sees i sammenheng med at saken ikke gjaldt et tilfelle hvor samfunnshensyn gjorde seg spesielt gjeldende. En avgjørelse fra domstolen vedrørende ikke-økonomiske samfunnshensyn har heller ikke blitt satt på spissen i nyere rettspraksis. Dette har ført til et spørsmål om hvorvidt ikke-økonomiske hensyn fremdeles er relevante for vurderingen etter tredje ledd.

### 3.3 Oppsummering og delkonklusjon

I juridisk litteratur har flere forfattere åpnet for å vektlegge ikke-økonomiske hensyn, mens andre har tatt til orde for at TEUV art. 101 (3) skal ha et utelukkende økonomisk perspektiv.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Kommisjonens retningslinjer avsnitt 59

<sup>89</sup> Sak T-111/08, *MasterCard mot Kommisjonen*, Digitale Samlinger (avsnitt 206)

<sup>90</sup> En snever forståelse synes støttet av Whish og Odudu i følgende bøker:

Ordlyden i tredje ledd kan i seg selv tale for at bestemmelsen ikke var utformet med tanke på å dekke ikke-økonomiske hensyn.<sup>91</sup> En slik snever tilnærming har blant annet vært støttet av Odudu, som mener at tredje ledd ikke skal benyttes som en Trojansk hest for å kunne pålegge eller nekte private foretak rettigheter og plikter, på bakgrunn av øvrige EU-rettslige mål man ikke får gjennomført direkte på annen måte ovenfor foretakene.<sup>92</sup>

På en annen side kan nettopp mangelen på instrumenter til å gjennomføre andre overordne mål, tale for at det er et behov for å bruke tredje ledd som en kanal til å fremme ikke-økonomiske hensyn. Det er blitt hevdet at en slik vid tilnærming til tredje ledd er viktig nettopp fordi bestemmelsen spiller en avgjørende rolle for å gjennomføre og samkjøre EUs miljøpolitikk og konkurranselovgivning.<sup>93</sup>

Samtidig må det kunne settes en grense for hva man kan ønske å oppnå gjennom en konkurranserettsbestemmelse. Det vil derfor være en risiko for at man åpner for å vektlegge alle mulige typer hensyn dersom det åpnes for å legge vekt på ikke-økonomiske hensyn.<sup>94</sup>

Forutberegneligheten som følge av desentralisert håndhevelse taler også for å begrense relevansen av ikke-økonomiske hensyn. Det kan fremstå som vilkårlig dersom avveiningen mellom konkurransepolitikk og øvrige samfunnshensyn skal foretas av nasjonale konkurransemyndigheter, uten å ha vært nøye overveid som politiske hensyn.

Samtidig må det legges vekt på at domstolen og Kommisjonen har åpnet for ikke-økonomiske hensyn i sine tidligere vurderinger, og at det har vært tatt til orde i litteraturen for at tredje ledd er en viktig bestemmelse hvis EU skal få gjennomført sine øvrige målsettinger.<sup>95</sup> Rekkevidden av hvilke hensyn som er relevante og vekten av disse har samtidig ikke blitt klarlagt ut fra rettspraksis.<sup>96</sup> Det vil derfor være nødvendig å stille spørsmål ved i hvilken grad Kommisjonens uttalelser i Retningslinjene begrenser muligheten til å legge vekt på ikke-økonomiske hensyn.

---

Richard Whish, og David Bailey, *Competition Law*, 8. utgave, Oxford 2015

Okeoghene Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law* Oxford 2006

<sup>91</sup> En slik tilnærming støttes også av, Okeoghene Odudu, "The Wider Concerns of Competition Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2010 s. 599-613 (s. 605)

<sup>92</sup> Odudu, 173

<sup>93</sup> Kingston, 293

<sup>94</sup> Odudu, "The Wider Concerns of Competition Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2010 s. 599-613 (s. 613)

<sup>95</sup> Dette synet støttes blant annet av Kolstad, mfl., s. 320. Han synes å mene at på bakgrunn av EU-samarbeidets overordnede formål om å integrere øvrige traktatfestede mål i sine avgjørelser, kan relevansen av ikke-økonomiske hensyn ikke utelukkes helt.

<sup>96</sup> Townley, s. 175-176

Uttalelsen i retningslinjene kan forstås som at ikke-økonomiske gevinster kan komme inn som et sideordnet moment som sammen med en samfunnsøkonomisk effektivitetsgevinst kan oppfylle vilkåret i ordlyden. Eksempelvis ved tvilstilfeller om det konkurransebegrensende samarbeidet oppfyller vilkårene i tredje ledd.

På bakgrunn av uttalelsene i retningslinjene synes det derfor som at ikke-økonomiske gevinster har mindre selvstendig vekt enn de rent økonomiske kjerne hensynene, og at ikke-økonomiske gevinster alene ikke vil ha noen særlig gjennomslagskraft.

Samtidig kan man stille spørsmål ved en slik forståelse, fordi betydningen av ikke-økonomiske hensyn kan fremstå som et overflødig tilleggsmoment dersom det først må slås fast at samarbeidet bidrar til en samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse.<sup>97</sup>

På bakgrunn av uttalelsene i retningslinjene, og for at bestemmelsen ikke skal miste sitt konkurranserettslige preg vil det nok ikke kunne legges til grunn at et ikke-økonomisk hensyn alene vil kunne gi fritak etter tredje ledd.

Som gjennomgått i delkapittel 3.1 og 3.2 vil ikke-økonomiske hensyn kunne realisere seg i samfunnsøkonomiske besparelser og vil derfor kunne falle inn under ordlyden i tredje ledd. Det avgjørende er i hvilken grad det ikke-økonomiske hensynet bidrar til positive gevinster for samfunnet.

En forståelse av at ikke-økonomiske gevinster er relevante dersom de realiserer seg i en samfunnsøkonomisk effektivitetsgevinst, fremstår derfor som den mest riktige. Denne forståelsen vil være en snevrere forståelse enn hva praksis fra før moderniseringsprosessen åpnet for. I påvente av klare holdepunkter fra Kommisjonen eller EU-domstolen vil konklusjonen derfor være at betydningen av ikke-økonomiske hensyn etter TEUV art. 101 (3) og EØS-avtalen art. 53 (3) må være tilbakeholden.

### **3.4 Skal EØS-avtalen art. 53 (3) og konkurranseloven § 10 (3) og tolkes likt?**

Som redegjort i delkapittel 1.3 er utgangspunktet at konkurranseloven skal harmonisere med EØS-avtalens bestemmelser. Det er samtidig ikke inntatt noen lovbestemmelse i konkurranseloven om at innholdet skal tolkes tilsvarende som EØS-avtalens bestemmelser.

---

<sup>97</sup> Monti, "Article 81 EC and public policy", *Common Market Law 39/2002* s. 1057-1099 (s. 1070)

Forarbeidene åpner også for at det kan være tilfeller hvor ulikheter i formål, virkeområde og rettskildesituasjonen nødvendiggjør et annet tolkningsresultat.<sup>98</sup>

Som delkonklusjonen i delkapittel 3.3 viser, vil det til en viss grad være adgang til å legge vekt på ikke-økonomiske hensyn for vurderingen av TEUV art. 101 (3) og EØS- avtalen art. 53 (3). Spørsmålet er om en situasjon hvor norsk konkurransepolitikk risikerer å bli veid opp mot andre overordnede politiske formål fra EU, nødvendiggjør et annet tolkningsresultat for konkurranseloven enn EØS-avtalen. Det vil derfor vurderes om konkurranseloven, i likhet med EU og EØS, åpner for at ikke-økonomiske samfunnshensyn har relevans.

I det følgende vil jeg gjøre rede for om konkurranselovens formål og rettskildesituasjon taler for at rettstilstanden for krrl. § 10 (3) skal være en annen enn EØS-avtalen art. 53 (3). Det vil først være nødvendig å vurdere om konkurranselovens formål åpner for at ikke-økonomiske hensyn vil ha relevans etter tredje ledd. Deretter er det interessant å se hvordan det eneste kjente norske tilfellet hvor ikke-økonomiske hensyn har vært omhandlet, ble håndtert av konkurransemyndighetene i Kystbuss-saken. Til slutt vil det stilles spørsmål om hensynet til harmonisering vil være det beste utgangspunktet å falle ned på.

### 3.4.1 Konkurranselovens formål

Ordlyden av en forbedring i ”produksjonen eller fordelingen av varene” eller den ”tekniske eller økonomiske utvikling” i krrl. § 10 (3) er identisk med EØS-avtalen art. 53 (3).

For å tolke hvilke hensyn konkurranseloven åpner for å vektlegge, er det naturlig å starte med en formålstolkning. Dagens konkurranselov er fra 2004, og har nesten tilsvarende ordlyd som formålsbestemmelsen fra loven i 1993.<sup>99</sup> Formålet med konkurranseloven følger av krrl. § 1, og er etter vanlig rettskildelære ment å være en veiledning ved tolkningen av lovens øvrige bestemmelser.<sup>100</sup>

Formålsbestemmelsen uttrykker at ”Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser (...)”.<sup>101</sup> En naturlig ordlydstolkning tilsier at det overordnede målet er effektiv ressursbruk, og at konkurranse er et virkemiddel for å nå det. Konkurranseloven skal skape en regulert konkurranse mellom aktørene, og beskytte disse mot

---

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68

<sup>99</sup> Lov 11. Juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) (OPPHEVET)

<sup>100</sup> Se Torstein Eckhoff, og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001, s. 101-112 om lovbestemmelers formål

<sup>101</sup> Konkurranseloven § 1.



mekanismer som vil virke ødeleggende for den frie konkurranse på det aktuelle markedet. Konkurranselovgivningen skal videre strebe etter et markedet som fungerer optimalt gjennom å utnytte samfunnets ressurser best mulig. Dette kan tale for at loven har et utelukkende økonomisk perspektiv, hvor ikke-økonomiske hensyn vil være uten relevans.

Ettersom formålsbestemmelsen til nåværende konkurranselov baserer seg på formålet fra loven fra 1993, vil forarbeidene til den gamle loven være et tolkningsbidrag. Ryssdalutvalget arbeidet med utkastet til konkurranseloven av 1993. I forarbeidene til lovforslaget uttalte de at formålet til dagjeldende konkurranselovgivning<sup>102</sup> var for vidt definert og foreslo en klar avgrensning mot andre hensyn enn rent konkurransepolitiske.<sup>103</sup>

De mente ”at pris- og konkurransemyndighetene er pålagt andre oppgaver enn de rent konkurransepolitiske”, og at den tidligere loven fremmet ”mange ulike formål”. Den gamle formålsbestemmelsen var vidt definert og skulle ”tjene som et ledd i arbeidet med å fremme full sysselsetting, nytte produksjonsmulighetene effektivt, motvirke avsetningskriser og fremme rimelig fordeling av nasjonalinntekten”.<sup>104</sup>

Utvalget ønsket å få et tydeligere skille mellom konkurransepolitikk og andre samfunnshensyn. De uttalte at ”konkurransepolitikken skal være effektiv og dessuten kunne avgrenses på en fornuftig måte i forhold til økonomisk politikk for øvrig”, og for å oppnå dette ”må det foretas en streng avgrensning”.<sup>105</sup>

Ryssdalutvalget ville innskrenke og avgrense mot andre samfunnshensyn enn rent økonomiske, og ga uttrykk for at vektingen av øvrige samfunnshensyn mot konkurransepolitikk ikke burde ”foretas av konkurransemyndighetene”. Dette var for ”det første at en konkurransepolitikk som også tar hensyn til fordelingspolitiske mål, vil skape uklarheter mht. hvilken politikk som bør føres”.<sup>106</sup>

En ”avveiningen mellom effektiv ressursbruk og fordelingspolitiske mål er et politisk valg” som bør ivaretas gjennom særlovgivning eller egne bevilgninger over statsbudsjett. ”For det annet vil en konkurransepolitikk som tar sikte på å fremme fordelingspolitiske mål, i realiteten innebære at politiske valg blir delegert til konkurransemyndighetene”.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> Lov 26. Juni 1953 nr. 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (OPPHEVET)

<sup>103</sup> NOU 1991: 27 s. 79

<sup>104</sup> NOU 1991: 27 s. 79

<sup>105</sup> NOU 1991: 27 s. 79

<sup>106</sup> NOU 1991: 27 s. 83

<sup>107</sup> NOU 1991: 27 s. 83

I sine uttalelser tydeliggjorde utvalget et ønske om en effektiv konkurransepolitikk, hvor avgjørelsen om hvilke hensyn som skal stå opp mot de konkurranserettslige, bør være opp til politikerne å vurdere, og ikke hos konkurransetilsynet eller den konkrete rettsanvenderens skjønn.

Under arbeidet med konkurranseloven av 2004 ønsket ikke Graverutvalget å forandre eller trekke inn andre hensyn som relevante for konkurranselovgivningen.<sup>108</sup>

Departementet som arbeidet med lovforslaget vurderte også andre hensyn burde tas inn i formålsbestemmelsen, men fant at en avveining av ikke-økonomiske samfunnshensyn burde legges til politikken.<sup>109</sup> Det kan derimot synes at de ønsket å presisere det økonomiske perspektivet ytterligere gjennom å spisse ordlyden i formålsbestemmelsen fra ”virksom konkurranse” til ”effektiv bruk av samfunnets ressurser”.<sup>110</sup>

Utgangspunktet etter en tolkning av ordlyden i formålsbestemmelsen og tilhørende forarbeider, er at konkurranselovens bestemmelser skal ha et rent konkurranserettslig preg, hvor effektiv samfunnsøkonomisk ressursbruk skal være avgjørende.

At formålet til konkurranseloven skal være rent konkurransepolitisk kan også synes støttet av konkurranselovens systematikk. Krrl. § 3 sier at det kun er ”kongen” eller ”kongen i statsråd” som kan gi unntak fra loven. Dette taler for at de bestemmelsene i loven som åpner for å vektlegge andre hensyn enn de rent økonomiske allerede har vært oppe til en avveining.

Rettskildene tolkes dithen at det ikke er den enkelte rettsanvenders oppgave å vurdere relevansen av ikke-økonomiske hensyn opp mot de enkelte bestemmelsene. Slike avveininger er best tjent med å foretas på et politisk nivå. Ordlyden og forarbeidene synes klare i sine tolkninger, men det kan likevel stilles spørsmål ved om konkurranseloven avskjærer at ikke-økonomiske hensyn kan ha betydning.

Siden lovendringen i 2004 hadde flere bestemmelser blitt forandret, og utviklingen innenfor EU og EØS gjorde at det var behov for en gjennomgang av loven for å sikre et effektivt samarbeid mellom EØS sine håndhevingsorganer, og medlemsstatenes

---

<sup>108</sup> NOU 2003: 12 s. 50

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 33

<sup>110</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 32

konkurransemyndigheter.<sup>111</sup> Etter at konkurranseloven hadde vært virksom i noen år ble det i 2010 opprettet et utvalg som skulle foreta en gjennomgang av loven.

Utvalget la nok en gang vekt på at hensynet til harmonisering sto sterkt mellom de to rettssystemene, og på bakgrunn av utredningen kunne "(...) ikke utvalget se at det foreligger noen utvikling av de parallelle konkurransereglene innenfor EU/EØS som skulle tilsi at det foreligger et behov for å foreslå endringer i gjeldende konkurranselov".<sup>112</sup>

Formålet til konkurranseloven tilsier at loven skal ha et rent konkurranserettslig preg, samtidig som hensynet til harmonisering står sterkt. Som konkludert med i delkapittel 3.3 vil ikke-økonomiske hensyn som realiserer seg i en økonomisk gevinst som kan anføres under ordlyden være en relevant gevinst for EØS-avtalen art. 53 (3). Selv om hensynet til miljø, sysselsetting, kulturpolitikk, forbrukervern og industripolitikk ikke kommer frem av formålsbestemmelsen i konkurranseloven, var noe av delkonklusjonen at disse hensynene må realisere seg i en økonomisk effektivitetsgevinst som vil kunne omfattes av ordlyden. I lys av harmoniseringsprinsippet, og at utvalget i 2010 ikke så grunnlag for å endre konkurranseloven vil det derfor tenkes at konkurranseloven § 10 (3) åpner for at ikke-økonomiske hensyn kan ha en slik underordnet relevans.

Det er videre relevant å se hvordan et tilfelle av krrl. § 10 (3) har blitt håndtert nasjonalt. Det finnes lite norsk praksis på området, men det er en sak som først var til vurdering hos Konkurransetilsynet før vedtaket ble klaget inn til Fornyings- og administrasjonsdepartementet (heretter FAD) i år 2012. Saken har blitt omtalt som Kystbuss-saken, og er den eneste saken hvor spørsmålet om relevansen av ikke-økonomiske gevinster etter konkurranseloven § 10 (3) er blitt behandlet.

### 3.4.2 Kystbuss-saken

Kystbuss-saken<sup>113</sup> omhandler et vedtak gjort av FAD etter en klage på et vedtak fra Konkurransetilsynet. Saken handlet om et samarbeid mellom to busselskaper om ruten mellom Bergen og Stavanger. Konkurransetilsynet påla Boreal Transport Sør (tidligere Veolia) og Tide buss om å avslutte samarbeidet. Konkurransetilsynet mente samarbeidet var i strid med krr. § 10 (1) ettersom sammenslåingen kunne ha som formål å begrense konkurransen på strekningen,

---

<sup>111</sup> NOU 2012: 7 s. 9

<sup>112</sup> NOU 2012: 7 s. 24

<sup>113</sup> Det kongelige fornyings-, administrasjons- og kirke departementets vedtak 4. Mai 2012 om opphevelse av Konkurransetilsynets vedtak V2007-9 - pålegg om opphør - konkurranseloven § 12 jfr. § 10

og at gevinsten ikke kom passasjerene til gode.<sup>114</sup> Avgjørelsen ble anket til FAD, blant annet med begrunnelsen i at samarbeidet ville gi økte miljøgevinster i form av redusert CO<sub>2</sub>-utslipp til atmosfæren.

Foranledningen for saken var at selskapene Veolia og Tide i 1999, etter oppfordring fra samferdselsdepartementet, hadde inngått et samarbeid om å tilby reisende ekspressbuss fra Bergen til Stavanger. Siden Konkurransetilsynet fant samarbeidet å være konkurransebegrensede vurderte de om vilkårene etter krrl. § 10 (3) var oppfylt for om samarbeidet likevel kunne fortsette. Et av de kumulative vilkårene etter tredje ledd er at samarbeidet må etterlate en mulighet for restkonkurranse i det aktuelle markedet jf. krrl. § 10 (3) bokstav b. Konkurransetilsynet mente at det forelå ”liten eller ingen grad av restkonkurranse”, fordi Kystbussen var eneste tilbyder på strekningen og inngangsbarrieren var høy for nye aktører å etablere seg.<sup>115</sup> De kunne ikke finne noen reelle konkurrenter på strekningen, men vurderte kun om det fantes andre tilbud fra buss eller tog. De la dermed ikke vekt på tilsvarende konkurranse fra personbiler eller fly. Til anførselen om at samarbeidet medførte miljøgevinster viste Konkurransetilsynet til Kommisjonens retningslinjer punkt 43 hvor vurderingen skal foretas innenfor rammen av det relevante markedet. Slik tilsynet vurderte det var det uklart hvilke effektivitetsgevinster som kunne omfattes av tredje ledd. De viste til at selv om problemstillingen rundt relevante effektivitetsgevinster var blitt berørt i fellesskapsretten og juridisk teori, forelå det ingen endelig konklusjon om ikke-økonomiske gevinster var et legitimt hensyn. De anerkjente at samarbeidet mellom de to busselskapene genererte effektivitetsgevinster, men at disse uansett var av såpass beskjeden betydning at problemstillingen ikke ble satt på spissen.<sup>116</sup>

Busselskapene klaget saken inn til FAD som opphevet vedtaket. FAD konkluderte med at det fantes et visst konkurransepress fra andre transportformer og at Kystbuss-samarbeidet ville skape effektivitetsgevinster. I tiden mellom de to vedtakene, hadde det også etablert seg en ny aktør på strekningen.<sup>117</sup> FAD mente at samarbeidet ga effektivitetsgevinster, men at disse var vanskelig å stadfeste, foruten de samfunnsøkonomiske besparelsene samarbeidet medførte. I vedtaket vurderte Departementet momenter som ”bedre trafikkikkerhet” og ”besparelser for miljøet” dersom flere velger buss fremfor bil. Man så med dette at ikke-økonomiske effektivitetsgevinster som miljøhensyn tilsynelatende ble trukket inn som relevante momenter.

---

<sup>114</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2007-9 Tide Reiser AS - Veolia Transport Sør AS 15. Mai 2007 s. 16

<sup>115</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2007-9 s. 17

<sup>116</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2007-9 s. 18

<sup>117</sup> FADs vedtak om opphevelse av vedtak V2007-9 s. 34

Selv om departementet tok med disse momentene i sin vurdering, uttrykte de usikkerhet rundt relevansen av ikke-økonomiske effektivitetsgevinster, og viste til Konkurransetilsynets vurdering av spørsmålet om at ”det er uklart om gevinster knyttet til miljø og trafikksikkerhet omfattes av bestemmelsen, og at det er vanskelig å vurdere om slike gevinster faller innenfor eller utenfor det relevante markedet”.<sup>118</sup>

Selv om Konkurransetilsynet konkluderte med at eventuelle samfunnsøkonomiske gevinster var uten relevans for vurderingen av tredje ledd, stiller ikke FAD seg utelukkende bak denne tolkningen. Departementet gjør ingen selvstendig vurdering av spørsmålet, men anerkjenner at rettstilstanden er usikker hva gjelder relevante gevinster. De oppstiller videre to problemstillinger, hvor første spørsmål er hvilke gevinster som kan tas i betraktning etter tredje ledd, og det andre var i hvilken grad slike gevinster faktisk vil bortfalle som en følge av oppsplitting av samarbeidet.<sup>119</sup>

I relevans til det siste spørsmålet viste departementet til at det var vanskelig å si noe konkret om bortfallet av eventuelle miljøgevinster ved oppsplitting, fordi miljøeffektene tilsynelatende var små. FAD syntes det ble hypotetisk å legge vekt på miljø- og trafikksikkerhetsgevinster i denne saken, og tok derfor ikke stilling til problemstillingen om relevansen av ikke-økonomiske gevinster.<sup>120</sup>

Kystbuss-saken gir ingen klar løsning for relevansen av ikke-økonomiske hensyn, og eventuelt hvilke hensyn det vil være relevant å legge vekt på. Det synes som at FAD er unnvikende med å konkludere på et prinsipielt vanskelig spørsmål, når det uansett ikke var nødvendig for å løse saken. At departementet ikke utelukkende slutter seg til Konkurransetilsynets synspunkt, men unnviker å ta stilling til spørsmålet, kan derfor tilsi at de ikke helt ønsker å stenge døren for relevansen av ikke-økonomiske gevinster, dersom det vil være tilfellet etter EØS-avtalen art. 53 (3). Det fremstår som at FAD inntar en tilbakeholden rolle i påvente av avklaring fra andre instanser.

Spørsmålet er derfor om det mest hensiktsmessige vil være å falle ned på en konklusjon om at harmonisering mellom konkurranseloven og EØS-avtalen taler for lik tolkning.

---

<sup>118</sup> FADs vedtak om opphevelse av vedtak V2007-9 s. 33

<sup>119</sup> FADs vedtak om opphevelse av vedtak V2007-9 s. 33

<sup>120</sup> FADs vedtak om opphevelse av vedtak V2007-9 s. 34

### 3.4.3 Harmonisering som beste løsning?

Forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen art. 53 reguleres av ODA-avtalen protokoll 4 kapittel II art. 3. Bestemmelsen gir føringer på når norske konkurransemyndigheter og domstoler må anvende EØS-avtalens bestemmelser fremfor de nasjonale. Etter EØS-konkurranselov § 1 er norske domstoler og konkurransemyndigheter gitt myndighet til å håndheve EØS-avtalens art. 53.<sup>121</sup>

I saker som påvirker samhandelen vil både EØS-avtalen art. 53 og konkurranseloven § 10 anvendes, mens i de tilfeller hvor samhandelen ikke er påvirket, kan konkurranseloven § 10 benyttes alene. Oda protokoll 4 kapittel II art. 3 nr. 2 er ikke til hinder for at en ved anvendelsen av norsk konkurranselovgivning i saker som ikke påvirker samhandelen legger seg på en mer restriktiv linje, hva gjelder å forby eller sanksjonere mot foretaks ensidige atferd enn det som er tillatt etter EØS-avtalen art. 53.

Dette betyr at i de sakene hvor bestemmelsene benyttes samtidig kan ikke anvendelsen av krrl. § 10 føre til forbud av samarbeid som er lovlig etter EØS-avtalen art. 53. Det vil derfor si at når samhandelen er påvirket må en også legge vekt på de fordelene som vil være relevante etter EØS-avtalen art. 53.

Terskelen for å nå opp til samhandelskriteriet er uklar ettersom vilkåret skal tolkes vidt.<sup>122</sup> Grensen mellom samhandelskriteriet og ensidig atferd som ikke påvirker samhandelen er som følge av dette uklar. Når det foreligger en slik overlapping av vilkår, skapes det en usikkerhet for hvor grensen går og i hvilke saker norske domstoler og konkurransemyndigheter har muligheten til å legge seg på en mer restriktiv linje enn det som følger av EØS-avtalen art. 53 (3).<sup>123</sup> For å slippe problemstillingen rundt denne rekkevidden kan alle praktiske formål tilsi at EØS-avtalen og konkurranseloven skal tolkes likt. På samme måte vil det også være lite gunstig å ha en tolkning for EØS-avtalen art. 53 (3), mens en annen for krrl. § 10 (3).

I lys av internasjonaliseringen hvor foretak i større grad enn tidligere driver virksomhet på tvers av landegrenser, taler både hensynet til forutberegnelighet og effektivitet for at de to bestemmelsene skal tolkes likt for å unngå uklarheter.

---

<sup>121</sup> Lov 5. Mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranselov) § 1

<sup>122</sup> Sejersted, mfl., s. 520-524

<sup>123</sup> Ingrid Margrethe Halvorsen Barlund, "Kor fritt står nasjonale styresmakter til å regulere eigen konkurranse i den indre marknad?", Tidsskrift for forretningsjus 01/2015 s. 54-76 (s. 56)

Som uttalt i forarbeidene var blant annet målsettingen bak konkurranseloven å harmonisere denne med EØS-avtalens konkurranseregler. Hvis utviklingen innenfor EU og EØS i fremtiden tilsier at formålet om harmonisering har endret seg, vil det også være naturlig å endre krrl. § 10 (3) sitt materielle innhold dersom disse to bestemmelsene ikke lenger skal tolkes likt.

En konsekvens av å åpne for ikke-økonomiske hensyn etter tredje ledd er at politiske valg og vurderinger kan falle ned på konkurransemyndighetene.<sup>124</sup> Slike hensyn bør som et overordnet prinsipp bli behandlet på et politisk nivå.

Samtidig vil en tolkning av tredje ledd som åpner for en underordnet vektlegging av ikke-økonomiske hensyn heller ikke være noe unntak fra konkurranseloven, ettersom det ikke er tale om å legge vekt på utenforliggende hensyn, så lenge det aktuelle samfunnshensynet vil realisere seg i en samfunnsøkonomisk gevinst som kan anføres under ordlyden.

Det er vanskelig å si noe om rekkevidden av hvilke ikke-økonomiske samfunnshensyn som vil kunne realisere seg i en økonomisk gevinst. Som en ytre grense for hvor langt man kan strekke ordlyden, og hvilke hensyn som kan omfattes, kan det trekkes en parallell til læren om utenforliggende hensyn i forvaltningsretten.<sup>125</sup> Denne læren går i hovedsak ut på at man ikke kan legge vekt på hensyn som er usaklige for vurderingen. En slik forutsetning vil uansett bare sette en ytre skranke for hvilke hensyn man skal kunne plassere inn under ordlyden.

Konklusjonen er med dette at EØS-avtalen art. 53 (3) og konkurranseloven § 10 (3) skal tolkes likt. Ikke-økonomiske gevinster vil derfor være relevante som et underordnet hensyn hvis det kan realisere seg i en samfunnsøkonomisk gevinst som kan anføres under ordlyden.

---

<sup>124</sup> For de prosessuelle problemstillingene knyttet til Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler se, Siri Teigum og Eivind Vesterkjær, "Effektivitet eller rettssikkerhet? Håndheving av konkurranseloven 2004", *Tidsskrift for forretningsjus* 02/2004 s. 249-277

<sup>125</sup> Torstein Eckhoff, og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Oslo 2018, s. 388-400

## 4 Konklusjon

Oppgavens problemstilling er om konkurranseloven § 10 (3) åpner for å legge vekt på ikke-økonomiske hensyn i vurderingen av relevante gevinster etter tredje ledd.

Etter konkurranseloven tredje ledd kan et konkurransebegrensende samarbeid bli kjent lovlig dersom samarbeidet bidrar til en forbedring av ”produksjonen eller fordelingen av varene” eller den ”tekniske eller økonomiske utvikling”. Ordlyden synes i seg selv ikke å åpne for en adgang til å legge vekt på ikke-økonomiske hensyn.

Som vist i delkapittel 3.1 og 3.2 har EU-domstolen og Kommisjonen i perioden før moderniseringsprosessen lagt vekt på andre hensyn enn rent økonomiske i sine avgjørelser. Etter moderniseringsprosessen har det vært et fravær av avgjørelser og uttalelser hvor ikke-økonomiske hensyn er blitt vektlagt. Samtidig har Kommisjonens retningslinjer blitt tolket som en innsnevring av den tidligere praksisen hvor ikke-økonomiske gevinster var relevante. Mangelen på avklaring i positive rettskilder har bidratt til en diskusjon rundt spørsmålet, og relevansen og rekkevidden av ikke-økonomiske hensyn har derfor vært uklare.

På bakgrunn av en tolkning av praksis fra EU og Kommisjonen synes det som at Kommisjonens retningslinjer ønsket å begrense bruken av ikke-økonomiske hensyn. En forståelse av at ikke-økonomiske gevinster kun er relevante dersom samarbeidet realiserer seg i en samfunnsøkonomisk gevinst som kan anføres under vilkåret i tredje ledd, fremstår derfor som den mest riktige. Ikke-økonomiske hensyn vil med dette spille en underordnet rolle, og kan ikke tilkjenne unntak etter tredje ledd på selvstendig grunnlag. Denne forståelsen vil være en snevrere forståelse enn hva praksis fra før moderniseringsprosessen åpnet for. I påvente av klarere holdepunkter fra Kommisjonen eller EU-domstolen er konklusjonen at betydningen av ikke-økonomiske hensyn etter TEUV art. 101 (3) og EØS-avtalen art. 53 (3) må være tilbakeholden.

Hva gjelder spørsmålet om lik tolkning mellom konkurranseloven § 10 (3) og EØS-avtalen art. 53 (3), tilsier alle praktiske formål at de to bestemmelsene skal tolkes likt på bakgrunn av formålet om harmonisering. Dersom en fremtidig avgjørelse fra EU eller EØS åpner for å legge selvstendig og avgjørende vekt på ikke-økonomiske hensyn etter tredje ledd, vil situasjonen derimot kunne stille seg annerledes på bakgrunn av konkurranselovens formål om et rent konkurranserettslig preg.



# Litteraturliste

## Bøker

Eckhoff, Torstein, og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)

Eckhoff, Torstein, og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave (Oslo 2018)

Kingston, Suzanne, *Greening EU Competition Law and Policy* (Cambridge 2012)

Kolstad, Olav, mfl., *Norsk Konkurranserett: Bind 1: Atferdsregler Og Strukturkontroll* (Oslo 2007)

Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law* (Oxford 2006)

Sejersted, Fredrik, mfl., *EØS-Rett*, 3. utgave (Oslo 2011)

Townley, Christopher, *Article 81 EC and Public Policy* (Oxford 2009)

Whish, Richard, og David Bailey, *Competition Law*, 8. utgave (Oxford 2015)

## Artikler

Barlund, Ingrid Margrethe Halvorsen, "Kor fritt står nasjonale styresmakter til å regulere egen konkurranse i den indre marknad?", *Tidsskrift for forretningsjus* 01/2015 s. 54-76

Graver, Hans Petter, "Internasjonale konvensjoner som rettskilde", *Lov og Rett* 08/2003 s. 468-489

Kolstad, Olav, "Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme «forbrukernes interesser»", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 01-02/2005 s. 1-94

Monti, Giorgio, "Article 81 EC and public policy", *Common Market Law* 39/2002 s. 1057-1099

Odudu, Okeoghene, "The Wider Concerns of Competition Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2010 s. 599-613

Vesterkjær, Siri Teigum og Eivind, "Effektivitet eller rettssikkerhet? Håndheving av konkurranseloven 2004", *Tidsskrift for forretningsjus* 02/2004 s. 249-277

## **Lover**

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

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

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

Lov 26. Juni 1953 nr. 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (OPPHEVET)

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

## **Forarbeider**

NOU 1991: 27 Konkurranse for effektiv ressursbruk

NOU 2001: 28 Delinnstilling om endringer i konkurranselovgivningen

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov

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

## **Forskrifter**

Forskrift 20. April 2012 nr. 342 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på visse grupper av forsknings- og utviklingsavtaler

Forskrift 20. April 2012 nr. 343 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på visse grupper av spesialiseringsavtaler

## **Avtaler og traktater**

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA)

Avtale om Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Traktat om Den Europeiske Union (TEU)

Traktaten om Den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV)

## **EU-domstolen**

Forenede saker 56 og 58/64, *Consten & Grundig mot Kommisjonen*, Sml. 1965-1968 s. 245

Forenede saker 209-215/78 og 218/78, *Van Landewyck mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 3125

Sak 6/72, *Europemballage mot Kommisjonen*, Sml. 1973 s. 215

Sak 42/84, *Remia mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 2545

Sak C-26/76, *Metro mot Kommisjonen*, Sml. 1977 s. 1875

## **Underretten**

Forenede saker T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, *Métropole Télévision m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-649

Sak T-17/93, *Matra Hachette mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. II-595

Sak T-111/08, *MasterCard mot Kommisjonen*, Digitale Samlinger

Sak T-451/08, *Stim mot Kommisjonen*, Digitale Samlinger

## **Kommisjonens avgjørelser**

EUT 1983 L 376/22, *Nutricia/De Rooij og Nutricia/Zuid-Hollandse Conservenfabriek*

EUT 1984 L 212/1, *BPCL/ICI*

EUT 1987 L 5/13, *ENI/Montedison*

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

EUT 1999 L 187/47, *CECED*

### **Annen praksis fra Kommisjonen**

EUT 1962 13/204, *Forordning nr. 17: Første forordning om anvendelse av bestemmelsene i traktatens artikkel 85 og 86*

EUT 1999 C 132/1, *Hvidbok om modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til EF-traktatens artikkel 85 og 86*

EUT 2003 L 1/1, *Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82*

EUT 2004 C 101/97, *Retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikkel 81 (3)*

### **EØS**

EØS-tillegget 2007 42/1, *EFTAs overvåkningsorgan*

### **Det kongelige fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet**

Det kongelige fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets vedtak 4. Mai 2012 om opphevelse av Konkurransetilsynets vedtak V2007-9 - pålegg om opphør - konkurranseloven § 12 jfr. § 10

### **Konkurransetilsynet**

Konkurransetilsynets vedtak V2007-9 Tide Reiser AS - Veolia Transport Sør As 15. Mai 2007