

**KONKURRANSEMYNDIGHETENES
PÅLEGGSKOMPETANSE ETTER
KONKURRANSELOVEN OG EØS-AVTALEN**

Marianne Nergaard Magnus

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 10. november 2006

Innholdsfortegnelse

1	<i>Innledning</i>	1
1.1	Avhandlingens tema og hovedproblemstillinger	1
1.2	Oversikt over konkurransemyndighetene og deres påleggskompetanse	3
1.2.1	Konkurransetilsynets påleggskompetanse ved brudd på konkurransereglene i konkurranseloven og EØS-avtalen	3
1.2.2	EØS-myndighetenes påleggskompetanse ved brudd på konkurransereglene i EØS-avtalen	6
1.2.3	Oversikt over krrl § 12 og forordning 1/2003 art 7	8
2	<i>”Cease and desist orders”</i>	11
3	<i>Kompetansen til å utforme adferdsregulerende tiltak</i>	13
3.1	Generelt om adferdsregulerende tiltak og fremstillingen videre	13
3.2	Kravet om forholdsmessighet	16
3.2.1	Innledning	16
3.2.2	Kravets innhold	17
3.2.3	Domstolsprøving av konkurransemyndighetenes forholdsmessighetsvurdering	19
3.3	Foretakenes frihet til selv å velge hvordan de vil etterleve forbudsreglene	25
3.4	Typetilfeller av adferdsregulerende tiltak	31
3.4.1	Pålegg om forretningsforbindelse	31
3.4.2	Pålegg som bestemmer hvilke priser foretaket skal operere med	35
3.4.3	Informasjonsforpliktelser	40
3.4.3.1	Plikt til å gi informasjon til handelspartnere m.v.	41
3.4.3.2	Plikt til å rapportere til konkurransemyndighetene	43
3.5	Oppsummering av kompetansen til å pålegge adferdsregulerende tiltak	47
4	<i>Strukturelle tiltak</i>	48
4.1	Hva er et strukturelt tiltak?	48
4.2	Vilkår for å kunne pålegge strukturelle forpliktelser	50
4.3	Historisk bakgrunn for kompetansen til å pålegge strukturelle tiltak	52

4.4	Bestemmelsens begrunnelse og mothensyn	57
4.5	Avsluttende kommentarer til kompetansen til å pålegge strukturelle tiltak	63
5	<i>Preventive vedtak</i>	65
6	<i>Vedtak som forbyr gjentakelse av overtredelsen</i>	66
6.1	Grenser for kompetansen til å forby gjentakelse: Vedtaket må være rent deklarativt	68
6.2	Hensiktsmessigheten av "like effects orders"	74
7	<i>Vedtakskompetansen når en overtredelse allerede har opphørt</i>	77
7.1	Fastsettelsesvedtak	77
7.2	Vedtak som fattes der konkurransemyndighetene er usikre på om overtredelsen har opphørt	86
7.3	Tiltak for å avbøte skadevirkninger	90
7.3.1	UFEX-saken	90
7.3.2	Adgang til å pålegge reforhandling av "følgeavtaler"	94
8	<i>Kilder</i>	100
	Litteratur	100
	Lovgivning	102
	Praksis	104
	Andre dokumenter	111

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og hovedproblemstillinger

I konkurranseloven¹ (krll) §§ 10 og 11 finnes materielle konkurranseregler som styrer adferden til aktører på markedet. Etter § 10 er konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak eller sammenslutninger av foretak forbudt, mens § 11 forbyr utilbørlig utnyttelse av markedsdominans. De to forbudene er basert på de tilsvarende forbudsbestemmelser i EØS-avtalen² art 53 og 54 og EF-traktaten³ art 81 og 82, og skal i henhold til konkurranselovens forarbeider fortolkes i samsvar med praksis vedrørende disse bestemmelsene.⁴ Forbudene i krll §§ 10 og 11 og EØS art 53 og 54 kommer til anvendelse parallelt i Norge på konkurransebegrensninger som påvirker samhandelen innenfor EØS.

Når konkurransemyndighetene finner at det foreligger adferd i strid med de materielle konkurransereglene i konkurranseloven og EØS-avtalen,⁵ er det et viktig spørsmål hvor langt myndighetenes kompetanse til å gripe inn for å få stanset denne adferden rekker. Bestemmelsene som regulerer stansningskompetansen finner vi i krll § 12 og

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

² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992. Hoveddelen av denne avtalen er gjort til norsk lov ved 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).

³ Traktaten om opprettelse av Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 25. mars 1957.

⁴ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68 og s. 224-225.

⁵ I tillegg til de nevnte reglene om konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av markedsdominans kommer regler om kontroll med foretakssammenslutninger i krll kapittel 4 og EØS art 57, men da dette er regler som ikke omfattes av konkurransemyndighetenes påleggskompetanse, holdes de i det følgende utenfor begrepet ”konkurranseregler”.

rådsforordning 1/2003⁶ art 7. Stansningen av den ulovlige adferden skjer etter disse bestemmelsene i form av et pålegg om opphør. Denne avhandlingen vil søke å klargjøre og presisere grensene for konkurransemyndighetenes påleggskompetanse.

Når konkurransemyndighetene har konstatert en overtredelse av krrl §§ 10 eller 11 eller EØS art 53 eller 54, kan pålegget om å bringe overtredelsen til opphør utformes på forskjellige måter. Den klassiske formen for pålegg er de rene såkalte ”cease and desist orders”, dvs. pålegg som går ut på å kreve at foretaket slutter med eller avstår fra å utøve en definert adferd som er funnet å være i strid med forbudsbestemmelsene. Grensene for kompetansen til å gi tradisjonelle ”cease and desist orders” er ikke så problematiske å trekke, og behandles derfor kort under kapittel 2.

Et pålegg kan imidlertid også innebære at foretaket pålegges positive forpliktelser eller tiltak som er nødvendige for å bringe overtredelsen til opphør. Slike tiltak kan være av både adferdsregulerende og strukturell karakter. Hvor langt kompetansen til å gi adferdsregulerende og strukturelle tiltak strekker seg vil drøftes under henholdsvis kapittel 3 og kapittel 4.

Det kan videre reises spørsmål ved i hvilken grad påleggskompetansen er begrenset til å stanse en pågående overtredelse. Til dette spørsmålet kan det knyttes tre problemstillinger: For det første er det et spørsmål hvorvidt konkurransemyndighetene har kompetanse til å gi preventive vedtak. Dette vil drøftes under kapittel 5. For det andre kan det diskuteres i hvilken grad myndighetene kan gi vedtak som forbyr gjentakelse av overtredelsen, og her vil særlig en drøftelse av adgangen til å gi såkalte ”like effects orders” komme inn. Dette behandles under kapittel 6. For det tredje er det et spørsmål hvilken vedtakskompetanse konkurransemyndighetene har når en overtredelse allerede har opphørt, og dette vil drøftes under kapittel 7. Her behandles bl.a. kompetansen til å gi såkalte fastsettelsesvedtak og adgangen til å gi tiltak for å avbøte skadevirkninger av en historisk overtredelse.

⁶ Den nye gjennomføringsforordningen for EF art 81 og 82 – Rådsforordning (EF) nr. 1/2003, EFT 2003 L 1 s. 1.

I hastetilfeller, der det er rimelig grunn til å anta at det foreligger en overtredelse og det er fare for varig og uopprettelig skade på konkurransen, har konkurransemyndighetene etter krrl § 12 fjerde ledd og etter forordning 1/2003 art 8 adgang til å gi pålegg om opphør i form av et midlertidig vedtak. Avhandlingen vil ikke gi rom for å behandle denne særlige formen for påleggskompetanse, og det avgrenses derfor mot spørsmål knyttet til kompetansen etter § 12 fjerde ledd og art 8.

1.2 Oversikt over konkurransemyndighetene og deres påleggskompetanse

1.2.1 Konkurransetilsynets påleggskompetanse ved brudd på konkurransereglene i konkurranseloven og EØS-avtalen

Det følger av krrl § 9 første ledd at Konkurransetilsynet er ansvarlig for å føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, og i første ledd bokstav a sies uttrykkelig at dette omfatter kontroll med at lovens forbud og påbud overholdes. Et viktig virkemiddel i denne håndhevingen er kompetansen etter krrl § 12 til å gi pålegg om opphør av adferd i strid med forbudsbestemmelsene i krrl §§ 10 eller 11.⁷

Av krrl § 9 første ledd bokstav d fremgår det at Konkurransetilsynet også har som oppgave å håndheve EØS-avtalen art 53 og 54. Denne oppgaven er et utslag av den kompetanse norske konkurransemyndigheter gis i EØS-konkurranseloven⁸ § 6 til å føre tilsyn med at EØS art 53 og 54 overholdes.

At norske konkurransemyndigheter er gitt en slik kompetanse til å håndheve forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen, henger sammen med at EFTA-statene har etablert et system for nasjonal håndheving av EØS art 53 og 54 som tilsvarende det system som forordning 1/2003 etablerte på EU-siden, men som Kommisjonen

⁷ Det følger av krrl § 13 at i saker av ”prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning” har også Kongen i statsråd kompetanse til å gi pålegg etter § 12. Det avgrenses i det følgende mot denne særlige kompetansen som gis Kongen i statsråd.

⁸ Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

motsatte seg at ble tatt inn i EØS-avtalen.⁹ EFTA-statenes separate system ble etablert ved avtale av 24. september 2004 om endring av protokoll 4 kapittel II til avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) av 2. mai 1992. Art 5 i ODA protokoll 4 kapittel II fastslår nå uttrykkelig at EFTA-statenes konkurransemyndigheter skal ha myndighet til å anvende EØS-avtalen art 53 og 54 i enkeltsaker. EØS-konkurranseloven § 6 er en internrettslig gjennomføring av den kompetanse nasjonale konkurransemyndigheter gis i ODA protokoll 4 kapittel II art 5.

Det følger av EØS-konkurranseloven § 6 første ledd annet punktum at en rekke håndhevingsregler i konkurranseloven, herunder § 12, gjelder tilsvarende når norske konkurransemyndigheter håndhever EØS art 53 og 54. Det innebærer at den påleggskompetanse som krrl § 12 gir Konkurransetilsynet ved overtredelser av krrl §§ 10 og 11, også kommer til anvendelse ved overtredelser av EØS art 53 og 54. Av forarbeidene til konkurranseloven fremgår at dette er en følge av at lovgiver ikke fant det hensiktsmessig med forskjellige saksbehandlingsregler for håndheving av krrl §§ 10 og 11 og EØS art 53 og 54.¹⁰

Håndhevingsreglene i konkurranseloven, herunder påleggskompetansen i § 12, er formelt sett ikke harmonisert med håndhevingsreglene i forordning 1/2003. Dette henger sammen med at forordning 1/2003 ikke innebærer noe krav om en harmonisering av nasjonale saksbehandlingsregler.¹¹ Det er likevel på det rene at en rekke av de norske prosessreglene i konkurranseloven i større eller mindre grad speiler reglene i forordning 1. I forarbeidene er det da også uttrykkelig sagt at "[b]estemmelsene reflekterer ... til en viss grad saksbehandlingsreglene i forordning 1/2003."¹² Selv om krrl § 12 ikke er identisk med forordning 1 art 7, inneholder bestemmelsene i stor grad de samme elementene. Dette tilsier at EØS-retten og den omfattende praksis som foreligger rundt Kommisjonens

⁹ De bestemmelsene i forordningen som etablerer og regulerer systemet med desentralisert håndheving ble dermed ikke gjort til en del av EØS, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 199.

¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 197.

¹¹ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 208.

¹² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 197.

påleggskompetanse,¹³ vil gi retningslinjer også for fortolkningen av krrl § 12.¹⁴ I konkurranselovens forarbeider er det i forbindelse med omtalen av strukturelle tiltak tatt til orde for å vektlegge et slikt harmoniseringshensyn:

”Bestemmelsen i utkastets § 12 første ledd er utformet etter mønster fra EØS-retten. Den bør derfor etter departementets oppfatning fortolkes og anvendes i samsvar [med] EØS-retten og den praksis som utvikler seg gjennom håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54/EF-traktaten artikkel 81 og 82.”¹⁵

Det kan i tillegg vises til at forarbeidenes drøftelse av påleggskompetansen løpende trekker veksler på EF-retten.¹⁶

Der Konkurransetilsynet håndhever EØS art 53 og 54 følger det dessuten av EØS-konkurranseloven § 6 første ledd første punktum at håndhevingen må skje ”med de begrensninger som følger av EØS-avtalen”. Dette innebærer at håndhevingen må respektere grunnleggende prinsipper i EØS-retten,¹⁷ noe som også vil gjelde for tolkningen av § 12 når bestemmelsen anvendes på overtredelser av EØS art 53 og 54. Det antas i forarbeidene til konkurranseloven at forslaget til saksbehandlingsregler tilfredsstillende disse grunnprinsippene.¹⁸ Dersom det viser seg at norsk rett ikke i tilstrekkelig grad ivaretar de samme grunnleggende prinsipper som EØS-retten, vil imidlertid de interne prosessreglene måtte fortolkes i lys av EØS-prinsippene når tilsynet håndhever art 53 og 54.

¹³ Jf. nedenfor under 1.2.2.

¹⁴ Slik også Olav Kolstad m.fl., *Norsk konkurranserett, Bind II Prosess og sanksjoner* ved Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng, Oslo 2006 (heretter Graver/Hjelmeng) s. 30. Det bemerkes at det foreløpig ikke foreligger noen norsk rettspraksis knyttet til Konkurransetilsynets påleggskompetanse.

¹⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 71.

¹⁶ Jf. Graver/Hjelmeng s. 30 med henvisning til NOU 2003: 12 s. 67 f. og s. 230 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 69 f.

¹⁷ Se spesialmerknadene til § 6 i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 246-247, se også s. 197 og s. 208.

¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 197.

1.2.2 EØS-myndighetenes påleggskompetanse ved brudd på konkurransereglene i EØS-avtalen

Det følger av EØS art 55 at forbudsbestemmelsene i EØS art 53 og 54 i første rekke administreres av EØS-myndighetene, dvs. EFTAs overvåkningsorgan (heretter omtalt under forkortelsen ESA) og EU-kommisjonen ved Generaldirektoratet for Konkurranseregulering (heretter omtalt som Kommisjonen).

Den nærmere fordeling av enkeltsaker mellom Kommisjonen og ESA er regulert i EØS-avtalen art 56(1). I praksis innebærer denne fordelingsnøkkelen at de fleste sakene går til Kommisjonen, og ESAs viktigste funksjon er i praksis her å assistere Kommisjonen, særlig med å innhente bevis, når den etterforsker saker der norske bedrifter er involvert.¹⁹

Forordning 1/2003 art 7 gir Kommisjonen kompetanse til å gi pålegg om opphør av adferd i strid med konkurransereglene i EF art 81 og 82. Forordning 1/2003 er med visse særskilte EØS-tilpasninger innlemmet i EØS-avtalen,²⁰ og også inntatt i ODA protokoll 4 kapittel II med enkelte tilpasninger.²¹ Forordningen er gjennomført i norsk rett med disse tilpasningene gjennom EØS-konkurranseloven og endringer i forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen m.v. av 4. desember 1992 nr. 966 del I kapittel II, som er gitt med hjemmel i EØS-konkurranseloven § 5. Kompetansen til å gi pålegg om opphør av ulovlig adferd følger dermed av forordning 1/2003 art 7 både der Kommisjonen og der ESA håndhever EØS art 53 og 54.

Før forordning 1/2003 trådte i kraft 1. mai 2004 var det forordning 17/62²² som inneholdt de prosessuelle reglene som benyttes ved håndhevingen av konkurransereglene i EF og EØS. I forordning 17/62 var art 3 den bestemmelsen som svarer til den någjeldende

¹⁹ Jf. Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 151.

²⁰ Jf. EØS-komiteens beslutning nr. 130/2004 av 24. september 2004.

²¹ Jf. avtale av 24. september 2004 om endring av protokoll 4 kapittel II til avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) av 2. mai 1992.

²² Første forordning om anvendelse av bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86 – Rådsforordning (EØF) nr. 17/62, EFT nr. 13 av 21.2.1962 s. 204.

påleggsbestemmelsen i forordning 1/2003 art 7. Det er omfattende praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten knyttet til Kommisjonenens kompetanse etter forordning 17 art 3, og forordning 1 art 7 bygger til dels på denne praksisen. Det er dermed klart at praksis knyttet til art 3 vil gi retningslinjer også for fortolkningen av art 7. Siden argumenter med grunnlag i EF-domstolens praksis gjennom homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen, EØS art 6 og ODA art 3 uttrykkelig er gjort til relevante og tungtveiende argumenter også ved løsningen av de tolknings spørsmål EØS-avtalen gir grunnlag for,²³ vil denne praksisen være relevant også for fortolkningen av EØS-myndighetenes kompetanse etter art 7. I REC 1994-95 s. 59, *SSGA*, fremhevet EFTA-domstolen at også Førsteinstansrettens praksis er omfattet av tolkningsdirektivet i EØS art 6.²⁴ Avhandlingen vil på denne bakgrunn i stor grad analysere praksis knyttet til forordning 17/62 art 3.²⁵

I tillegg til praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten kommer Kommisjonenens avgjørelser, som tradisjonelt har vært viktige på konkurranseretts område.²⁶ Kommisjonspraksis kan i rettskildemessig henseende langt på vei sammenlignes med (annen) forvaltningspraksis.²⁷

Betraktningene i fortalen til forordning 1/2003 vil ha betydning for tolkningen av påleggskompetansen. I tillegg kommer forarbeidene til forordningen i form av Kommisjonenens forslag og uttalelser fra Europaparlamentet og Det økonomiske og sosiale utvalg. Forarbeider har generelt beskjedent vekt i fellesskapsretten, og har ikke blitt verdiget mye oppmerksomhet av EF-domstolen.²⁸ Likevel vil forarbeidene til forordningen til en viss grad trekkes inn som rettskildefaktor i avhandlingen, særlig der praksis knyttet til

²³ Jf. Sejersted m.fl. s. 216.

²⁴ *l.c.*

²⁵ Praksisen vil jo dessuten gi retningslinjer også for fortolkningen av krrl § 12, jf. det harmoniseringshensyn som er omtalt ovenfor under 1.2.1.

²⁶ Se Finn Arnesen, *Introduksjon til rettskildelæren i EF*, 3. utgave, Oslo 1995 s. 18.

²⁷ Jf. Sejersted m.fl. s. 218, hvor det også påpekes at de samme hensyn og vurderinger vil gjøre seg gjeldende som når vi i norsk rett vurderer betydningen av forvaltningspraksis for løsningen av rettsspørsmål.

²⁸ Jf. Arnesen s. 14.

forordning 17/62 art 3 gir liten veiledning fordi det er snakk om sider ved påleggskompetansen som ikke eksisterte under denne bestemmelsen.²⁹

Avhandlingen vil referere til den danske versjonen av forordning 1/2003. Teksten vil da ikke fremstå med de særskilte EØS-tilpasninger som er gjort, og vil avvike noe fra teksten i ODA protokoll 4 kapittel II, bl.a. ved at forordningen viser til artikkel 81 og 82 i EF-traktaten i stedet for EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og at det er Kommisjonen og ikke ESA som gis kompetanse i en rekke bestemmelser. Men siden avhandlingen i stor grad vil gjøre bruk av den betydelige praksisen rundt Kommisjonens kompetanse, er dette likevel mest naturlig. Det bemerkes dessuten at det konsekvent vil refereres til EF art 81 og 82 i teksten, selv når saker forut for Amsterdamtraktatens ikrafttredelse 1. mai 1999 omtales. (Amsterdamtraktaten innebar en ny nummerering av EF-traktaten, der art 85 og 86 ble erstattet av art 81 og 82). I sitater fra saker forut for 1. mai 1999 vil det gamle artikkelnummeret være erstattet av det nye, som vil stå i klammer.

1.2.3 Oversikt over krrl § 12 og forordning 1/2003 art 7

Etter krrl § 12 første ledd første punktum kan Konkurransetilsynet pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som ”overtrer forbudene i § 10 eller § 11, å bringe overtredelsen til opphør.” Tilsvarende følger det av forordning 1/2003 art 7 nr. 1 første punktum at hvis Kommisjonen ”konstaterer, at traktatens artikkel 81 eller 82 er *overtrådt*, kan den ved en beslutning pålegge de deltagende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger at bringe den pågældende overtrædelse til opphør” (mine uthevninger). Det følger av dette at en materiell betingelse som må være oppfylt for å kunne gi pålegg om opphør, er at det foreligger en overtredelse av forbudsbestemmelsene. Selve den materielle vurderingen av hva som skal til for at det foreligger en overtredelse av forbudsbestemmelsene faller utenfor denne avhandlingens tema. Det interessante i vår sammenheng er hvilken betydning overtredelsesvilkåret har for grensene som må settes for konkurransemyndighetenes påleggskompetanse.

Det er bare i forbindelse med at konkurransemyndighetene vurderer om det skal fattes vedtak som pålegg om opphør at de prøver om det foreligger en overtredelse av forbudsbestemmelsene. Dette henger sammen med at krrl §§ 10 og 11 og EØS art 53 og 54 er utformet som rene forbud, slik at en adferd vil være lovstridig hvis

²⁹ Se nedenfor under kapittel 4 om strukturelle tiltak.

et foretak har overtrådt forbudene, uten at dette er avhengig av at konkurransemyndighetene gjør noen vurdering av eller treffer noe vedtak om dette.³⁰

Av § 12 første ledd annet og tredje punktum fremgår at pålegget som fattes kan omfatte ”ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør”, og at slike tiltak kan være av enten adferdsregulerende eller strukturell karakter. Art 7 nr. 1 annet punktum sier tilsvarende at Kommisjonen kan pålegge foretaket ”enhver forpliktelse af adfærdsregulerende eller strukturell karakter”. Dette innebærer at konkurransemyndighetene har kompetanse til å foreskrive positive tiltak for å stanse overtredelsen.

Det følger av § 12 første ledd annet punktum at dersom Konkurransetilsynet pålegger et tiltak, må dette være ”nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør” (min uthevnning). Ordlyden i art 7 nr. 1 annet punktum inneholder også et krav om nødvendighet, idet bestemmelsen fastslår at Kommisjonen kan pålegge enhver forpliktelse som er ”nødvendig for effektivt at bringe overtrædelsen til ophør.” I tillegg sier art 7 nr. 1 annet punktum at det er forpliktelser som står ”i passende forhold til overtrædelsen” som kan pålegges. Det er dermed et krav om at de tiltak konkurransemyndighetene pålegger må være forholdsmessige.

Etter § 12 første ledd tredje punktum kan strukturelle tiltak bare pålegges ”dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil

³⁰ Dette fremgår uttrykkelig av forordning 1/2003 art 1 nr. 1 som sier at avtaler m.v. som omfattes av forbudet i EF art 81(1) og ikke oppfyller vilkårene i art 81(3) er forbudt, uten at det er nødvendig å treffe noe forutgående vedtak om dette, og av forordning 1 art 1 nr. 3 om at misbruk av dominerende stilling som omhandlet i EF art 82 er forbudt, uten at det er nødvendig å treffe noe forutgående vedtak om dette heller. Dette skiller seg fra et inngrepsprinsipp, der tilsynsmyndighetene må intervensere i markedet i den enkelte sak ved å fatte vedtak om forbud eller andre tiltak for å avbøte markedssvikten, se Erling Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Bergen 2003 s. 73.

være mer byrdefullt for foretaket.” Det samme sies uttrykkelig i art 7 nr. 1 tredje punktum. Når konkurransemyndighetene vurderer å pålegge strukturelle tiltak er det dermed en særlig forholdsmessighetsvurdering som må foretas.

Det følger av § 12 annet ledd at pålegg om opphør kan gis selv om Konkurransetilsynet vedtar overtredelsesgebyr mot foretaket etter § 29 eller anmelder overtredelsen.

Erfaring fra EF-konkurranseretten viser at en kombinasjon av pålegg om opphør og administrativ bot er det normale.³¹ I forarbeidene til konkurranseloven er det imidlertid fremhevet at for mindre alvorlige overtredelser kan pålegg om opphør være en mer hensiktsmessig reaksjon enn straff og sivilrettslige bøter. Det vises bl.a. til at et pålegg om opphør kan bidra til å avklare rettssituasjonen og gi veiledning for tolkningen av forbudsbestemmelsene, uten at det knyttes sanksjoner til førstegangsovertredelser.³²

Det fremgår uttrykkelig av forordning 1 art 7 nr. 1 første punktum at en sak etter art 7 kan settes i gang enten på grunnlag av en klage eller på Kommisjonens eget initiativ. I art 7 nr. 2 er det fastslått at en klage kan inngis både av medlemsstatene og av fysiske eller juridiske personer som kan godtgjøre en berettiget interesse. Det er på det rene at også saker etter krrl § 12 kan settes i gang enten på grunnlag av Konkurransetilsynets egen vurdering eller etter initiativ utenfra i form av tips, henvendelser og klager. I § 12 er det ikke angitt noen begrensninger på hvem som kan inngi klage.

Det følger av § 12 tredje ledd at Konkurransetilsynet skal begrunne avslag på anmodning om å gi pålegg etter første ledd og at avslag kan påklages til departementet.

Bestemmelsen innebærer at tredjepart er gitt konkrete rettigheter i saksbehandlingen. I konkurranselovens forarbeider er det uttalt at det å gi konkrete rettigheter til tredjepart kan være en måte å effektivisere forvaltningens etterlevelse av sine tilsynsoppgaver på.³³ Siden tredje ledd gir berørte tredjeparter adgang til å kreve at tilsynet vurderer å ta opp en sak, vil bestemmelsen gripe inn i det skjønnet forvaltningen vanligvis

³¹ Se Graver/Hjelmeng s. 30.

³² Se NOU 2003: 12 s. 67 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 69-70.

³³ Jf. NOU 2003: 12 s. 160.

har med hensyn til om den skal sette i gang en sak på grunnlag av en henvendelse fra en part som påstår seg krenket, eller om den bare skal velge å legge bort saken.³⁴ Samtidig er det på det rene at Konkurransetilsynet vil ha adgang til å avslå en anmodning ut fra en prioritetsvurdering. I forarbeidene er det uttalt at bestemmelsen dermed forener hensynet til at tredjeparts henvendelse blir behandlet seriøst, med at tilsynet beholder sin vurderingsfrihet der denne anses viktig.³⁵

Det er på det rene at også Kommisjonen der den avslår en klage gitt etter forordning 1 art 7 nr. 2, må gi et formelt vedtak om dette.³⁶

Etter art 7 nr. 1 siste punktum kan Kommisjonen når den har ”en berettiget interesse deri, ... fastslå, at der tidligere forelå en overtrædelse, som er bragt til opphør.”

Konkurransetilsynet gis etter ordlyden i § 12 ingen tilsvarende kompetanse til å fatte såkalte fastsettelsesvedtak.

For å sikre at foretaket etterlever et pålegg om opphør, kan Konkurransetilsynet ilegge tvangsmulkt etter krrl § 28. Kommisjonen har tilsvarende kompetanse til å ilegge tvangsbøter etter forordning 1/2003 art 24 nr. 1 bokstav a for å tvinge foretaket til å bringe overtredelsen til opphør i overensstemmelse med en beslutning etter art 7. I tillegg kan Konkurransetilsynet sanksjonere overtredelse av et pålegg om opphør med overtredelsesgebyr etter § 29 første ledd bokstav b eller straff etter § 30 første ledd bokstav b.

2 ”Cease and desist orders”

Fordi ”cease and desist orders” er pålegg som krever at foretak ikke må foreta visse handlinger – dvs. får forbud mot å utøve handlinger i strid med forbudsreglene – har disse

³⁴ Se Graver/Hjelmeng s. 88 og s. 112.

³⁵ Jf. NOU 2003: 12 s. 160.

³⁶ Se Luis Ortiz Blanco (redaktør), *EC Competition Procedure*, 2. utgave, Oxford 2006 margpunkt 12.05, med henvisning til praksis fra Førsteinstansretten og Kommissionens meddelelse om Kommissionens behandling af klager i henhold til EF-traktatens artikkel 81 og 82, EUT 2004 C 101 s. 65 avsnitt 28.

påleggene også blitt omtalt som negative pålegg ("negative orders"/"negative injunctions").³⁷ At konkurransemyndighetene der det foreligger en overtredelse har kompetanse til å gi slike pålegg, kan leses ut av ordlyden i krrl § 12 første ledd første punktum som sier at Konkurransetilsynet kan "pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak ... å bringe overtredelsen til opphør", og den tilsvarende formuleringen i forordning 1/2003 art 7 nr. 1 første punktum som gir Kommisjonen kompetanse til å "pålegge de deltaende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger at bringe den pågående overtrædelse til opphør." Denne typen pålegg kan dermed sies å ligge i kjernen av innholdet i bestemmelsene om pålegg om opphør.³⁸

Blanco³⁹ peker på at konkurransemyndighetene typisk vil ta i bruk en "cease and desist order" der foretakene ikke har samarbeidet med konkurransemyndighetene ved å si opp sine restriktive avtaler eller holde opp med sin ulovlige adferd forut for vedtaket, eller i de tilfellene der konkurransemyndighetene ikke er sikre på hvorvidt foretakene faktisk har brakt den overtredelsen saken gjelder til opphør.⁴⁰ Grunnen til at foretakene ikke har samarbeidet kan typisk være at de benekter at det foreligger noen overtredelse.⁴¹

³⁷ Se f.eks. Lennart Ritter og W. David Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3. utgave, Haag 2004 s. 1111, som nettopp omtaler pålegg til foretakene om å avstå fra bestemte handlinger som "negative orders".

³⁸ Blanco, margpunkt 15.08 påpeker nettopp at slike "'negative injunctions' ... literally reflect the content of that provision [art 7(1) of Regulation 1/2003]."

³⁹ Blanco, margpunkt 11.05.

⁴⁰ Under 7.2 nedenfor vil vedtak som fattes der konkurransemyndighetene er usikre på om overtredelsen har opphørt behandles nærmere.

⁴¹ Christopher Kerse og Nicholas Khan, *EC Antitrust Procedure*, 5. utgave, London 2005 nevner i margpunkt 6-020 fotnote 9 Kommisjonens avgjørelse i *COAPI* (Sak IV/33.868, EFT 1995 L 122 s. 37) som et eksempel på dette. COAPI var en profesjonell sammenslutning av agenter for industriell eiendomsrett som Kommisjonen fant at hadde overtrådt EF art 81(1) ved å ha fastsatt minstetariffer for agentenes ytelser overfor sine klienter. COAPI hadde ikke brakt de konstaterte overtredelser til opphør, da den bestred at dens beslutninger om fastsettelse av minstetariffer kunne anses å være i strid med art 81(1) (se avsnitt 49 i avgjørelsen).

Eksempler på ”cease and desist orders” kan være at konkurransemyndighetene pålegger foretaket å avstå fra å anvende diskriminerende avgifter eller rabatter, at foretaket får pålegg om å slutte med rovprising og at det gis pålegg om ikke lenger å bruke eksklusivitetsklausuler. Pålegg som på denne måten bare krever at foretaket må holde opp med en konstatert overtredelse, må sies å være nokså uproblematisk og vil derfor ikke bli drøftet nærmere. Blanco beskriver denne formen for pålegg som ”the most straightforward type of decision.”⁴²

3 Kompetansen til å utforme adferdsregulerende tiltak

3.1 Generelt om adferdsregulerende tiltak og fremstillingen videre

Det er en rekke eksempler på at konkurransemyndighetene har pålagt foretakene en plikt til å foreta positive handlinger i form av adferdsregulerende tiltak for å bringe en overtredelse til opphør. Adferdsregulerende tiltak er tiltak som har ”til hensikt å bestemme og kontrollere bedriftens atferd, og dermed sikre at bedriften opptrer i samsvar med lovens bestemmelser.”⁴³ Det er en rekke forskjellige adferdsregulerende tiltak som har blitt pålagt i praksis, og de har spent fra relativt lite inngripende tiltak til langt mer omfattende forpliktelser. Grovt sett kan tiltakene deles inn i to kategorier. Den ene er tiltak som anses påkrevd for foretakets etterlevelse av det tilsidesatte forbudet. Den andre kategorien er tiltak som mer indirekte bidrar til at overtredelsen virkelig opphører, nemlig ved å sikre en effektiv gjennomføring av konkurransemyndighetenes vedtak.

Pålegg om forretningsforbindelse faller innunder den første kategorien nevnt ovenfor. *Commercial Solvents*⁴⁴ er den grunnleggende dommen der EF-domstolen fortolket

⁴² Blanco margpunkt 11.05 fotnote 13.

⁴³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 71.

⁴⁴ Forente saker 6 og 7-73, *Commercial Solvents Corporation mot Kommisjonen*, Sml. 1974 s. 223.

forordning 17/62 art 3 slik at bestemmelsen ga Kommisjonen kompetanse til å pålegge positive tiltak.⁴⁵ Denne avgjørelsen gjaldt nettopp pålegg om forretningsforbindelse. Istituto Chemioterapico Italiano (datterselskap av Commercial Solvents) hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å stanse sine leveringer av råmateriale til Zoja, som trengte dette til sin produksjon av et legemiddel til bruk i tuberkulosebehandling. Kommisjonen påla Commercial Solvents og dets datterselskap, under trussel om dagbøter og innen en frist på 31 dager, å levere bestemte mengder råmateriale til Zoja, til priser som ikke måtte overstige det som tidligere var tatt.⁴⁶ EF-domstolen fant at Kommisjonen hadde kompetanse til å pålegge slike tiltak, og ga følgende prinsipielle uttalelse:

”[A]nvendelsen af denne bestemmelse må ske under hensyn til arten af den konstaterede overtrædelse og vil så vel kunne omfatte *påbud om at udføre visse handlinger eller præstere visse ydelser*, der ulovligt har været undladt, som forbud mod at fortsætte med visse handlinger eller at opretholde en vis praksis eller situation, der er i strid med traktaten.”⁴⁷

Domstolens avgjørelse i *Magill*⁴⁸ er en annen sentral avgjørelse som anerkjenner kompetansen til å gi pålegg om forretningsforbindelse, her i form av pålegg om å gi lisenser. Kommisjonen fant at tre fjernsynsselskaper hadde overtrådt artikkel 82 ved å nekte å gi lisenser til offentliggjøring av deres respektive ukentlige programoversikter, slik at *Magill TV Guide Ltd* ble forhindret i å utgi et generelt ukentlig tv-programblad. Kommisjonen påla selskapene å bringe overtredelsen til opphør ved bl.a.

”etter anmodning og på et ikke diskriminerende grunnlag at levere hinanden og andre interesserede parter deres egne ugentlige forhåndsversikter over programmer og tillade, at sådanne parter gengiver disse versikter.”⁴⁹

⁴⁵ Forordning 17 art 3 inneholdt ingen tilsvarende uttrykkelig formulering av Kommisjonens kompetanse til å gi positive tiltak som det forordning 1 art 7 nå gjør.

⁴⁶ Vedtakets artikkel 2 i sak IV/26.911, *Zoja/CSC-ICI*, EFT 1972 L 299 s. 51.

⁴⁷ *Commercial Solvents mot Kommisjonen* premiss 45 (min utheving).

⁴⁸ Forente saker C-241/91 P og C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. I-743.

⁴⁹ Vedtakets artikkel 2 i sak IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC og RTE*, EFT 1989 L 78 s. 43.

Kommisjonen påpekte videre at dersom selskapene valgte å levere og tillate offentliggjøring av programoversiktene på grunnlag av lisenser, skulle eventuelle lisensavgifter være rimelige. Hvis selskapene valgte denne løsning, ga Kommisjonen dem adgang til å stille nærmere bestemte vilkår i lisensavtalen. Under henvisning til *Commercial Solvents* premiss 45 sitert ovenfor fant Domstolen at et slikt pålegg var innenfor Kommisjonens kompetanse etter forordning 17 art 3. Domstolen uttalte bl.a. at pålegget, kombinert med muligheten til å knytte visse betingelser til tillatelsen til offentliggjørelse, var ”den eneste måte, hvorpå overtrædelsen kunne bringes til ophør”,⁵⁰ og Domstolen konkluderte med at pålegget var en ”rimelig og nødvendig foranstaltning med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør.”⁵¹

Pålegg om forretningsforbindelse må sies å være den klassiske formen for positiv handleplikt. Innunder den første kategorien tiltak nevnt ovenfor (det vil altså si tiltak som anses påkrevd for foretakets etterlevelse av det tilsidesatte forbudet) faller i tillegg til pålegg om forretningsforbindelse også pålegg som bestemmer hvilke priser foretaket skal operere med. Slike pålegg kan tenkes påkrevd der overtredelsen består i en ulovlig prisadferd. Den andre kategorien tiltak (det vil altså si tiltak som skal sikre en effektiv gjennomføring av konkurransemyndighetenes vedtak) består i første rekke av ulike former for forpliktelser til å gi informasjon til konkurransemyndighetene eller handelspartnere i forbindelse med pålegget om opphør. Pålegg om forretningsforbindelse, prispålegg og informasjonsforpliktelser utgjør dermed tre viktige typetilfeller av adferdsregulerende tiltak.

Før det går nærmere inn på disse typetilfellene og når de kan pålegges (3.4 nedenfor), er det imidlertid hensiktsmessig å behandle kravet om forholdsmessighet som vil gjelde generelt som en kompetansebegrensning for konkurransemyndighetene hver gang de i et konkret tilfelle vil pålegge et positivt tiltak. Forholdsmessighetskravet behandles derfor

⁵⁰ *RTE og ITP mot Kommisjonen* premiss 91.

⁵¹ *RTE og ITP mot Kommisjonen* premiss 94.

under 3.2. Et eget spørsmål er hvor langt konkurransemyndighetenes forholdsmessighetsvurdering er underlagt domstolsprøving. Dette vil behandles i et eget underavsnitt etter at det er redegjort for forholdsmessighetskravets innhold. Under 3.3 vil det ses på et særlig utslag av forholdsmessighetskravet, nemlig prinsippet om foretakenes frihet til selv å velge hvordan de vil etterleve forbudsreglene.

3.2 Kravet om forholdsmessighet

3.2.1 Innledning

Som det fremgår av 1.2.3 ovenfor inneholder både krrl § 12 første ledd og forordning 1 art 7 nr. 1 et krav om at de tiltakene som pålegges må være ”nødvendige” for å bringe overtredelsen til opphør, i tillegg til at art 7 nr. 1 uttrykkelig sier at forpliktelsene som pålegges må stå ”i passende forhold til” overtredelsen. Av betraktning 12 i fortalen til forordning 1⁵² fremgår at det er EF-rettens proporsjonalitetsprinsipp, eller forholdsmessighetsprinsipp som det normalt kalles i Norge, som ordlyden i art 7 nr. 1 har ment å vise til.⁵³ Der EØS-myndighetene gir pålegg om opphør etter art 7, vil dermed det EF-rettslige forholdsmessighetsprinsipp legge begrensninger på hvilke tiltak myndighetene kan pålegge foretaket.⁵⁴ Konkurranseloven § 12 første ledd fastslår etter sin ordlyd bare én – riktignok viktig – side av det som vanligvis forstås med et krav om forholdsmessighet,⁵⁵ nemlig at tiltaket ikke må gå lenger enn nødvendig for å oppnå det mål som skal fremmes. I

⁵² Der det legges til grunn at ”[d]et bør uttrykkelig fastslås i forordningen, at Kommissionen har beføyelse til under overholdelse av proportionalitetsprinsippet at pålegge virksomhederne enhver forpliktelse af adfærdsregulerende eller strukturell karakter, som er nødvendig for effektivt at bringe en overtrædelse til ophør.”

⁵³ Slik også Birgitte Bie Larssen, ”Strukturelle tiltak ved overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser”, *Lov og rett*, 2006 nr. 4, s. 195-218 (s. 212).

⁵⁴ At EF-rettens forholdsmessighetsprinsipp er omfattet av EØS-avtalen, er alminnelig antatt i teorien, se bl.a. Hans Petter Graver, ”Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser”, *Lov og Rett*, 1995 s. 279-306 (s. 305) og Marco Lilli, ”Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett”, *Lov og Rett*, 1999 s. 515-536 (s. 529).

⁵⁵ Se nærmere nedenfor om de ulike sidene ved forholdsmessighetskravet.

forarbeidene til bestemmelsen er det imidlertid uttrykkelig sagt at "[d]e alminnelige reglene om forholdsmessighet vil legge begrensninger på hvilke tiltak som tilsynet kan pålegge foretaket",⁵⁶ slik at også ordlyden i § 12 må sies å referere til et prinsipp om forholdsmessighet.

3.2.2 Kravets innhold

Det EF-rettslige forholdsmessighetsprinsipp kan i korthet sies å innebære at det må være et visst samsvar mellom det mål som ønskes oppnådd og de midler som benyttes for å nå målet.⁵⁷ Prinsippet har blitt fastslått i en lang rekke dommer,⁵⁸ og er som følge av Maastricht-avtalen i 1992 nå nedfelt i EF-traktaten art 5 tredje ledd i en generell form. I vurderingen av om målet med det vedtak som fattes kan forsvare de midler som benyttes, følger det av rettspraksis at det aktuelle tiltaket som utgangspunkt må tilfredsstille tre vilkår:⁵⁹ Tiltaket må for det første være *egnet* til å realisere det mål som begrunner det. Dette vilkåret vil som regel være oppfylt – det er sjelden at det aktuelle tiltak ikke kan tenkes å medføre det ønskede resultat.⁶⁰ For det andre må tiltaket ikke gå utover det som er *nødvendig* for å fremme formålet. Dette innebærer en vurdering av om det ønskede mål like effektivt kunne vært nådd gjennom andre tiltak, som ville vært mindre byrdefulle for den

⁵⁶ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

⁵⁷ Jf. Lilli s. 516, som i fotnote 5 henviser til den engelske dommeren Lord Diplocks beskrivelse av prinsippet som et forbud mot å benytte "a steamhammer to crack a nut when a nutcracker would do" (R v. Goldsmith [1983] 1 W.L.R. 151 på s. 155).

⁵⁸ Prinsippets anvendelse overfor rettsakter utstedt av fellesskapsinstitusjonene ble anerkjent i sak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Sml. 1970 s. 235. Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, London 1996, s. 134, opplyser at prinsippet frem til 1994 hadde vært påberopt eller anvendt i mer enn 500 saker for EF-domstolen.

⁵⁹ Se Lilli s. 518 f. og Paul Craig og Gráinne de Búrca, *EU Law*, 3. utgave, Oxford 2002 s. 372. Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, Oslo 2002 s. 592 er kritisk til en tredeling av forholdsmessighetskravet, og mener vilkåret om egnethet begrepsmessig må skilles fra proporsjonalitetsvurderingen. (Se likevel s. 595-596 i petit).

⁶⁰ Jf. Cecilia Gydal, *The Principle of Proportionality*, Stockholm 1996, s. 32 og Lilli s. 519.

som blir rammet av vedtaket. For det tredje må tiltaket være forholdsmessig i *streng* eller *snever forstand*. Det vil si at det må foretas en avveining av vekten av det mål som skal fremmes opp mot hvor inngripende eller tyngende tiltaket er overfor den private part som rammes – med andre ord en vurdering av om vekten av de hensyn som taler for tiltaket veier tyngre enn de som taler mot. Dette vilkåret betyr at et vedtak kan være uforholdsmessig selv om det ønskede målet ikke kan oppnås gjennom andre, mindre tyngende tiltak.⁶¹ De to første vilkårene kan ses som utslag av forholdsmessighetsprinsippets såkalte funksjonelle side, mens det siste vilkåret representerer prinsippets prinsipielle side.⁶²

Det kan nevnes at forholdsmessighetsprinsippet ikke bare spiller inn i forhold til EU- eller EØS-myndigheters beslutninger. Prinsippet får også bl.a. anvendelse på nasjonale tiltak som i utgangspunktet ikke tillates av fellesskapsretten, f.eks. handelsbegrensende tiltak iverksatt ut fra allmenne hensyn.⁶³

Anvendt på tiltak som ilegges i forbindelse med vedtak som pålegger opphør av ulovlig adferd, slo Domstolen i *Magill* fast at forholdsmessighetsprinsippet innebærer at

”de byrder, som pålægges virksomhederne med henblik på at bringe en overtrædelse av konkurranceretten til ophør, ikke må overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål, nemlig at sikre, at de regler, som er blevet tilsidesat, overholdes.”⁶⁴

I intern norsk rett er det nok ikke like fastlagt som i EF-retten hva som ligger i det forarbeidene til krrl § 12 formulerer som ”[d]e alminnelige reglene om

⁶¹ Jf. Lilli s. 519 og Takis Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford 2000, s. 92.

⁶² Jf. Erling Hjelmeng, *Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte*, Bergen 2004 s. 42, med henvisning til Bull s. 591 og Hans Petter Graver, *Forvaltningsrett i markedsstaten*, Bergen 2002 s. 90.

⁶³ Jf. Hjelmeng, *op.cit.*, s. 40.

⁶⁴ *RTE og ITP mot Kommisjonen* premiss 93. Som nevnt ovenfor under 3.1 fant Domstolen at pålegget som ble gitt i *Magill* var en ”rimelig og nødvendig foranstaltning med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør” (premiss 94), og forholdsmessighetsprinsippet var dermed overholdt. Tilsvarende uttalelser som i *Magill* finnes bl.a. i sak T-151/01 R, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3295 premiss 169.

forholdsmessighet”.⁶⁵ Graver har imidlertid gitt en fremstilling av innholdet i kravet til forholdsmessighet i norsk forvaltningsrett som i stor grad samsvarer med det prinsippet som oppstilles i EF-retten, idet han gir uttrykk for at kravet både innebærer et krav om egnethet, nødvendighet og en vurdering av om fordelene ved å foreta inngrepet overstiger ulempene.⁶⁶

3.2.3 Domstolsprøving av konkurransemyndighetenes forholdsmessighetsvurdering

Spørsmålet som skal behandles først er hvor langt EF- og EFTA-domstolen *kan* prøve forholdsmessighetsvurderingen etter forordning 1/2003 art 7, og i hvilken grad domstolene *faktisk* vil foreta en eventuell overprøving, eller om de har grunn til å vise en viss tilbakeholdenhet. Det er på det rene at domstolene i EF-retten er gitt en vid overprøvingsadgang av Kommisjonens vurdering av forholdsmessigheten av tiltak. EF-rettens forholdsmessighetsprinsipp gir nemlig hjemmel for å overprøve forvaltningens konkrete skjønn med hensyn til om et vedtak er uforholdsmessig.⁶⁷ Det er dermed adgang til full domstolsprøving av forholdsmessigheten av de tiltak EØS-myndighetene har gitt i forbindelse med et pålegg om opphør etter forordning 1/2003 art 7.

Selv om domstolene har *adgang* til å overprøve forholdsmessighetsvurderingen, er det imidlertid slik at *prøvingsintensiteten* vil variere avhengig av saksområde. Utgangspunktet er at et tiltak må oppfylle alle de tre vilkårene nevnt ovenfor (om egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i streng forstand), men domstolene vil likevel ofte utelate et eller

⁶⁵ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

⁶⁶ Jf. Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utgave, Oslo 2002 s. 133-134. I artikkelen i *Lov og Rett* 1995 har Graver på s. 297 oppsummert kravet til forvaltningsavgjørelsers forholdsmessighet i norsk rett på følgende måte: ”De regler som gir forvaltningen kompetanse til å utøve myndighet på grunnlag av skjønn, gir ikke myndighet til å vedta tiltak som er *unødvendige* i forhold til de mål som skal fremmes eller de hensyn som skal tilgodeses. I tillegg gjelder et krav om forholdsmessighet i snever forstand; det skal være forholdsmessighet mellom de verdier som søkes fremmet og de verdier som blir berørt av vedtaket.”

⁶⁷ Se Lilli s. 534 og Graver i *Lov og Rett* 1995 s. 303.

flere av disse vurderingstemaene.⁶⁸ I teorien er det flere steder vist til at det må trekkes et skille mellom prøvingsintensiteten for henholdsvis prøving av forvaltningens vurdering av forholdsmessigheten av vedtak truffet som ledd i håndheving av fellesskapsretten, og prøving av forholdsmessigheten av nasjonale tiltak som griper inn i fellesskapsretten. I førstnevnte tilfelle har Domstolen vist tilbakeholdenhet i sin overprøving av forvaltningens vurdering, og setter typisk vedtaket til side bare der det foreligger tydelige feilvurderinger. I sistnevnte tilfelle vil prøvingsintensiteten være mye sterkere.⁶⁹ Siden pålegg om opphør er vedtak som treffes som ledd i håndheving av fellesskapsretten, betyr dette at prøvingsintensiteten av forholdsmessighetsvurderingen her i utgangspunktet vil være nokså lav. Cecilia Gydal har behandlet hvordan forholdsmessighetsprinsippet har blitt anvendt av EF-domstolen på forskjellige områder. I forbindelse med omtalen av tiltak ilagt av Kommisjonen på konkurranserettens område, har hun bl.a. uttalt følgende:

”The importance of non-distorted competition is that without it, a well functioning internal market is impossible to achieve. It is in competition cases obvious that the general interest of establishing a common market most often outweighs the inconvenience an administrative measure such as a fine cause the affected trader.”⁷⁰

Dette tilsier at domstolene ofte vil vise tilbakeholdenhet med å fravike den vurdering konkurransemyndighetene har gjort av at tiltaket er forholdsmessig.

Spørsmålet blir så hvilken adgang norske domstoler har til å prøve forholdsmessighetsvurderingen av tiltak Konkurransetilsynet har ilagt i forbindelse med pålegg om opphør etter krrl § 12. Spørsmålet er ikke drøftet i forarbeidene til konkurranseloven. Det alminnelige utgangspunktet i norsk rett er at domstolene kan overprøve alle sider ved forvaltningens vurdering av om de lovbestemte vilkår for å treffe

⁶⁸ Se Lilli s. 520.

⁶⁹ Jf. f.eks. Tridimas s. 90, Graver i *Lov og Rett* 1995 s. 304 og Gydal s. 76-77.

⁷⁰ Gydal s. 86.

en avgjørelse er tilstede.⁷¹ Fra dette utgangspunktet må det imidlertid gjøres betydelige unntak: En tolkning av den konkrete lovbestemmelsen og reelle hensyn kan tilsi at forvaltningens konkrete vurdering i større eller mindre grad er unndratt fra domstolsprøving.⁷²

En forutsetning for at forvaltningen skal ha vurderingsfrihet er at loven bruker vage eller skjønnsmessige ord og uttrykk, men dette er samtidig ikke noe avgjørende moment.⁷³ Det er på det rene at kravet i krrl § 12 om at tiltaket må være ”nødvendig” for å bringe overtredelsen til opphør, og den forholdsmessighetsvurderingen som ligger i dette, er utpreget skjønnsmessig.

I teorien er det gitt uttrykk for som en klar hovedregel i norsk forvaltningsrett at domstolene ikke overprøver den skjønnsmessige vurderingen av om en avgjørelse er forholdsmessig, selv der kravet til å vurdere forholdsmessigheten fremgår direkte av loven.⁷⁴ Domstolene vil på den annen side kunne prøve om forvaltningen har *vurdert* forholdsmessigheten av vedtaket på en forsvarlig måte, og dersom det ikke er foretatt en forsvarlig vurdering, vil vedtaket kunne kjennes ugyldig.⁷⁵ Rettspraksis viser imidlertid at dette er en hovedregel som ikke gjelder uten unntak. Selv om Høyesterett i en rekke avgjørelser i tråd med den nevnte hovedregelen har kommet til at vurderingen av vedtakets forholdsmessighet i siste instans tilligger forvaltningens eget skjønn,⁷⁶ er det også eksempler på det motsatte.⁷⁷ Dette viser at det er nødvendig med en

⁷¹ Jf. f.eks. Rt. 1995 s. 1427 (Nysætervatnet og Hostadvatnet) på s. 1433 og 1436 og Rt. 2003 s. 662 avsnitt 36. Se også Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 258-259 og Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 8. utgave, Oslo 2006 s. 355 og s. 360-361.

⁷² Se Graver, *op.cit.* s. 260 f. og Eckhoff/Smith s. 360 f.

⁷³ Se Graver, *op.cit.* s. 261-262 med henvisning til bl.a. Rt. 1995 s. 72.

⁷⁴ Graver, *op.cit.* s. 136 f.

⁷⁵ *l.c.*

⁷⁶ Jf. f.eks. Rt. 1995 s. 738 (Norsk Fett- & Limindustri AS) og Rt. 2002 s. 209, i relasjon til bestemmelser i henholdsvis forurensningsloven og plan- og bygningsloven. Jf. også Rt. 1995 s. 72, som gjaldt bestemmelser i utlendingsloven, men som må anses fraveket av senere praksis (se fotnoten nedenfor).

⁷⁷ Jf. f.eks. Rt. 1998 s. 1795, Rt. 2000 s. 591 og Rt. 2005 s. 229, som gjaldt de samme bestemmelsene i utlendingsloven som Rt. 1995 s. 72. Høyesterett uttalte i Rt. 1998 s. 1795 på s. 1803 at ”[d]en forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter [utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd] er

konkret tolkning av krrl § 12 for å finne ut hvorvidt Konkurransetilsynets forholdsmessighetsvurdering her er unndratt fra domstolsprøving eller ikke.

I tillegg til at kravet om nødvendighet og forholdsmessighet er vagt og skjønnsmessig, og dermed åpner for at den konkrete vurderingen kan anses overlatt til Konkurransetilsynets skjønn, kan det pekes på at vilkåret viser til en *vurderingsnorm* som grunnlag for forvaltningens avgjørelse. Det kan se ut som om domstolene i mindre grad overprøver denne typen kriterier enn kriterier som viser til empiriske fenomener og størrelser som objektivt sett har en yttergrense.⁷⁸ Det forhold at loven viser til en vurderingsnorm kan dermed i seg selv sies å tale for at det er opp til Konkurransetilsynet å foreta denne vurderingen endelig. Det er samtidig klart at dette ikke uten videre tilsier at domstolene ikke har overprøvningsadgang, idet en rekke andre momenter vil spille inn i tolkningen av § 12.⁷⁹

Et annet moment av betydning når bestemmelsen skal tolkes er vurderingstemaets karakter. Vurderinger som har et juridisk eller moralsk preg vil domstolene lettere føle seg kompetente til å overprøve enn vurderinger av teknisk, økonomisk eller politisk art.⁸⁰ Det kan argumenteres for at en vurdering av tiltakets nødvendighet og forholdsmessighet er av etisk og juridisk karakter, idet vurderingen bl.a. innebærer en avveining av vekten av det mål som skal fremmes opp mot hvor inngripende eller tyngende tiltaket er overfor foretaket som rammes. Det er dermed klart angitte hensyn på hver side av vektskålen. Dessuten er lovtemaet av samme slag som domstolene prøver når vilkår stilles til forvaltningsvedtak (uforholdsmessig byrdefullt). Dette trekker i retning av at domstolene kan overprøve forholdsmessighetsvurderingen.

av typisk rettslig karakter”. Dessuten var det et moment at domstolene uansett måtte foreta en tilsvarende forholdsmessighetsvurdering etter EMK art 8.

⁷⁸ Jf. Frode Innjord, ”Hva er ”vakkert”? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og /eller skjønnspregede ord og uttrykk”, *Jussens Venner*, 1996 s. 161-194 (s. 182-183) og Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 263.

⁷⁹ Jf. Innjord s. 183 og Graver, *op.cit.* s. 262.

⁸⁰ Jf. Graver, *op.cit.* s. 262 og Eckhoff/Smith s. 364.

På den annen side vil nok vurderingen også ha innslag av økonomiske momenter – bl.a. i forbindelse med vurderingen av hvor byrdefullt tiltaket er for foretaket, herunder hvilke skadevirkninger det kan ha. I denne sammenheng kan det også argumenteres med at Konkurransetilsynet er et faglig ekspertorgan med særlig kyndighet på slike økonomiske vurderinger og på konkurranseområdet generelt. At dette kan ha betydning som tolkningsmoment er fremhevet i teorien,⁸¹ men det vil neppe være noe avgjørende moment for at den konkrete vurderingen kan anses overlatt til Konkurransetilsynets skjønn. Det kan kanskje heller tenkes å tale for at domstolene selv om de har full prøvingsadgang, viser tilbakeholdenhet med å overprøve det konkrete skjønn.⁸²

At krrl § 12 er utformet etter mønster fra forordning 1/2003 art 7, og den harmoniserende tolkning forarbeidene på grunnlag av dette tar til orde for,⁸³ må imidlertid sies å trekke sterkt i retning av at domstolene på samme måte som i EF/EØS-retten skal ha adgang til full domstolsprøving av forholdsmessigheten av de tiltak konkurransemyndighetene har ilagt. Der Konkurransetilsynet har anvendt krrl § 12 som ledd i håndhevingen av EØS art 53 og 54, vil den EF/EØS-rettslige adgangen til full prøving komme inn som et særlig sterkt tolkningsmoment,⁸⁴ og i disse tilfellene er det dermed naturlig å tolke bestemmelsen slik at domstolene har adgang til å overprøve Konkurransetilsynets forholdsmessighetsvurdering. I forlengelsen av dette kan det sies å gi et ubegrunnet preg av tilfeldighet om man skulle finne at domstolene har full overprøvingsadgang der Konkurransetilsynet har brukt § 12 ved håndhevingen av EØS-reglene, men ikke der

⁸¹ Se f.eks. Graver, *op.cit.* s. 263, Eckhoff/Smith s. 365 og Innjord s. 189-190.

⁸² Jf. Innjord s. 190 og Graver, *op.cit.* s. 263, begge med henvisning til Rt. 1975 s. 603 (Swingball Investments Ltd.), der Høyesterett nettopp falt ned på en mellomløsning med full prøvingsadgang, men hvor det utvises forsiktighet med å fravike organets vurdering. Spørsmålet om domstolene bør utvise tilbakeholdenhet selv om de anses å ha full kompetanse behandles kort nedenfor.

⁸³ Se under 1.2.1 ovenfor.

⁸⁴ Dette henger sammen med at det her er et krav om at konkurransemyndighetene må ta hensyn til grunnleggende prinsipper i EØS-retten, se under 1.2.1 ovenfor.

bestemmelsen er anvendt som ledd i håndhevingen av reglene i den norske konkurranseloven.

Det kan her muligens trekkes en viss parallell til avgjørelsen i Rt. 1998 s. 1795 (og de etterfølgende dommene i Rt. 2000 s. 591 og Rt. 2005 s. 229),⁸⁵ der Høyesterett på s. 1803 fremhevet som et tilleggsargument for full overprøving av forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 29 og § 30 at domstolene uansett måtte foreta en prøving av om utvisningen var et brudd på EMK art 8, og at forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven og art 8 langt på vei ville være sammenfallende.

Spørsmålet om hvilken adgang domstolene har til å overprøve forholdsmessighetsvurderingen kan ikke sies å ha et klart svar – som vist finnes det momenter som trekker i begge retninger. Men særlig på bakgrunn av det sist nevnte momentet om en harmoniserende tolkning med forordning 1/2003 art 7, synes det i alle fall der Konkurransetilsynet har anvendt krrl § 12 som ledd i håndhevingen av EØS art 53 og 54 naturlig å konkludere med at domstolene kan overprøve forholdsmessighetsvurderingen, og jeg mener at det samme må gjelde der § 12 er anvendt i forbindelse med håndheving av krrl §§ 10 og 11.⁸⁶

Selv om norske domstoler kan sies å ha en slik adgang, har de nok på samme måte som domstolene i EF/EØS-retten grunn til å vise en viss tilbakeholdenhet med å overprøve konkurransemyndighetenes forholdsmessighetsvurdering.⁸⁷ Særlig bør prøvingsintensiteten være lav der vurderingen i stor grad har hatt innslag av økonomiske momenter, siden Konkurransetilsynet er et faglig ekspertorgan med særlig kyndighet på nettopp slike vurderinger.⁸⁸

⁸⁵ Se fotnote 77 ovenfor.

⁸⁶ Larssen s. 216 kommer også til den konklusjon at domstolene kan overprøve forholdsmessighetsvurderingen etter krrl § 12.

⁸⁷ Slik også Larssen s. 216.

⁸⁸ Jf. ovenfor s. 23.

3.3 Foretakenes frihet til selv å velge hvordan de vil etterleve forbudsreglene

I EF-retten fremgår det av rettspraksis at det er et grunnleggende utgangspunkt at Kommisjonen ikke har kompetanse til å ”påtvinge parterne sit valg blandt de forskjellige former for adfærd, der alle er forenelige med traktaten.”⁸⁹ Der det finnes flere mulige midler for å bringe en overtredelse til opphør, må pålegget derfor som utgangspunkt være utformet slik at foretaket selv får muligheten til å velge hvordan det vil innrette seg for å stanse overtredelsen.⁹⁰ Dette kan ses som et utslag av forholdsmessighetskravet: Dersom overtredelsen kan bringes til opphør ved å gi foretaket frihet til å velge blant flere mulige virkemidler, må konkurransemyndighetene utforme vedtaket i tråd med dette for at det skal være den minst byrdefulle løsningen som pålegges.

At foretakenes frihet til selv å velge virkemiddel sikres, kan hevdes å bidra til at påleggets virkninger tilpasses markedet på en best mulig måte. I tillegg kommer at foretakene kanskje lettere vil gjennomføre pålegget om opphør når de ikke får en bestemt løsning tredd ned over hodet, men selv får muligheten til å velge hvordan forbudsbestemmelsene skal etterleves. Der prinsippet om valgfrihet slår gjennom vil det imidlertid gå utover konkurransemyndighetenes kompetanse til å utferdige konkrete positive forpliktelser.

Sitatet ovenfor er tatt fra Førsteinstansrettens avgjørelse i *Automec II*. Spørsmålet her var om Kommisjonen hadde kompetanse til å pålegge en positiv forpliktelse i form av forretningsforbindelse, (nærmere bestemt pålegg om å levere kjøretøy og reservedeler og gi tillatelse til å anvende varemerker), der en forhandler av biler var blitt nektet adgang til BMWs salgssystem. Retten uttalte at en overtredelse av EF art 81(1) som skyldes

⁸⁹ Jf. premiss 52 i Førsteinstansrettens avgjørelse i sak T-24/90, *Automec Srl mot Kommisjonen*, Sml. 1992 s. II-2223. Blanco, margpunkt 11.06 gjengir for øvrig formuleringen i premiss 52 i forbindelse med omtalen av Kommisjonens kompetanse til å pålegge positive tiltak.

⁹⁰ Graver/Hjelmeng formulerer dette slik: “[F]oretakene [vil] ha betydelig grad av frihet med henblikk på hvordan de vil etterleve forbudsreglene. I mange tilfeller er det på det rene at det finnes mange alternative måter å bringe en eventuell overtredelse til opphør på. Prinsipielt sett kan tilsynet derfor ikke gi foretak som har overtrådt reglene et mindre spillerom for etterlevelse enn foretakene har i utgangspunktet.” (s. 33).

anvendelsen av et ulovlig salgssystem også kan bringes til opphør gjennom å oppgi eller endre salgssystemet, i stedet for å pålegge kontraheringsplikt. Det fantes altså flere midler for å bringe overtredelsen til opphør, og Retten brukte dette som et argument for at Kommisjonen ikke hadde kompetanse til å diktere en bestemt form for adferd.

EF-domstolens avgjørelse i *Ford*⁹¹ inneholder flere tilsvarende betraktninger som *Automec II*. Også her var det snakk om forretningsnektelser innenfor et salgssystem: Ford nektet å levere høyrestyrte biler til tyske forhandlere. Kommisjonen hadde truffet et midlertidig vedtak der Ford i henhold til forordning 17 art 3 ble pålagt å gjenoppta leveringen. EF-domstolen fant imidlertid at Fords forretningsnektelse i seg selv verken var i strid med EF art 81 eller 82. Det var kun hovedforhandleravtalen mellom Ford og de tyske forhandlerne som antagelig var i strid med art 81(1), og Kommisjonen kunne eventuelt pålegge Ford å bringe anvendelsen av denne avtalen til opphør. Selv om en gjenopptagelse av leveransene kunne anses som en forutsetning for at forhandleravtalen ble fritatt under art 81(3), var

”Kommissionen ikke af den grund berettiget til ved en foreløpig beslutning at omdanne denne betingelse til et særskilt eksigibelt pålæg, der ikke giver den pågældende virksomhed nogen valgmulighed.”⁹²

Domstolen konkluderte derfor med at Kommisjonen ikke hadde kompetanse til å fatte pålegget.

I forarbeidene til den norske konkurranseloven er det fremhevet at EF-rettens prinsipp om foretakenes frihet til selv å velge hvordan forbudsreglene skal etterleves også gjelder i

⁹¹ Forente saker 228 og 229/82, *Ford of Europe Incorporated og Ford-Werke Aktiengesellschaft mot Kommisjonen*, Sml. 1984 s. 1129.

⁹² *ibid.* premiss 22.

forhold til krrl § 12: ”[D]ersom det er alternative måter å etterleve bestemmelsene på, må foretakene ha stor frihet til å velge hvordan de vil tilpasse seg.”⁹³

I både *Automec II* og *Ford* var det snakk om en eventuell overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Det er nettopp ved overtredelser av dette forbudet at prinsippet om foretakenes frihet til å velge virkemiddel særlig vil være relevant.⁹⁴ Dette henger sammen med at forbudet i EF art 81(1), EØS art 53(1) og krrl § 10, i motsetning til forbudet i EF art 82, EØS art 54 og krrl § 11, ikke retter seg mot en bestemt adferd på markedet, men mot konkurransebegrensende *avtaler* eller *samordnet opptreden*. Siden det ulovlige består i selve samordningen, vil overtredelsen være brakt til opphør så snart samordningen fjernes. Foretakene må selv få velge hvordan de vil bringe det konkurransebegrensende samarbeidet til opphør, og så lenge de etterlever forbudet ved å holde opp med selve kartellvirksomheten, kan de ikke pålegges bestemte positive forpliktelser for å gjøre konkurransen mer intensiv.

Også ved overtredelser av forbudet mot misbruk av dominerende stilling kan det imidlertid tenkes alternative måter å bringe overtredelsen til opphør på som begrenser konkurransemyndighetenes kompetanse til å pålegge positive tiltak. Som eksempel kan nevnes der overtredelsen består i diskriminerende markedsadferd. Her kan overtredelsen bringes til opphør på flere måter – og så lenge det dominerende foretaket ikke forskjellsbehandler ulike aktører ved å gi noen bedre vilkår, tilsier foretakets frihet til selv å velge virkemiddel at konkurransemyndighetene ikke kan pålegge én bestemt løsning.⁹⁵

⁹³ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70. Departementet erklærte seg her enig med høringsinstansen NHO som i sine merknader til lovutvalgets forslag hadde påpekt at slik lovforslaget var formulert, fremgikk ikke dette grunnleggende prinsippet. NHO uttalte derfor at det i det minste burde presiseres i forarbeidene at lovforslaget måtte forstås med denne begrensning (se NHOs høringsuttalelse av 4. juli 2003 punkt 7).

⁹⁴ I samme retning Graver/Hjelmeng s. 33-34.

⁹⁵ Se Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 136-137 som gir følgende eksempel på de alternative måtene en diskriminerende markedsadferd kan bringes til opphør på: “Hvis det ulovlige misbruk består i at kunde A innrømmes 5 % rabatt, mens kundene B og C innrømmes 10, står

Prinsippet om frihet til å velge virkemiddel er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. For å sikre at forbudsbestemmelsene blir etterlevd, kan konkurransemyndighetene se seg nødt til å pålegge en bestemt positiv adferd. I forarbeidene til den norske konkurranseloven er dette uttrykt slik: "[I] konkrete tilfeller kan det være nødvendig for tilsynet å gi pålegg om spesiell adferd for å sikre at bestemmelsene etterleves."⁹⁶ Der det ikke finnes noen alternative måter å bringe overtredelsen til opphør på enn å pålegge foretakene en positiv forpliktelse, vil dette være helt klart. Der overtredelsen for eksempel består i misbruk av dominerende stilling i form av forretningsnektelse, er det vanskelig å se for seg noe annet virkemiddel enn pålegg om forretningsforbindelse for å bringe overtredelsen til opphør.⁹⁷

I *Magill* som jo nettopp gjaldt pålegg om forretningsforbindelse, erklærte Domstolen i premiss 91 at Førsteinstansretten med rette hadde fastslått at

"et sådant pålæg kombinert med muligheden for at knytte visse betingelser til tilladelsen til offentliggørelse, herunder betaling af en licensafgift [var] ... *den eneste måde, hvorpå overtrædelsen kunne bringes til ophør.*" (min utheving).

Nettopp fordi det ikke fantes noen alternative måter å bringe overtredelsen til opphør på, kan det hevdes at prinsippet om frihet til å velge virkemiddel heller ikke ble krenket. Førsteinstansretten gir nok uttrykk for dette, idet den rett etter å ha fastslått at pålegget om forretningsforbindelse var den eneste mulige opphørsmåten, uttalte at

"[v]ed at pålægge sagsøgeren efter anmodning og på et ikke diskriminerende grundlag at give andre tilladelse til at offentliggøre de ugentlige oversigter fratager Kommissionen ikke selskabet

følgende muligheter åpne: A's rabatt økes til 10 %, B's og C's rabatt senkes til 5 %, alle tilstås mellom 7 og 8 % rabatt, ingen tilstås rabatt overhodet, eller leveranser innstilles til alle tre."

⁹⁶ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

⁹⁷ Kerse/Khan margpunkt 6-024 og Blanco margpunkt 11.07 i.f. fremhever dette poenget.

muligheten for at vælge mellem de forskellige foranstaltninger, som kan bringe overtrædelsen til ophør.”⁹⁸

Prinsippet om foretakenes frihet til å velge virkemiddel vil som nevnt ovenfor særlig være relevant ved overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Det betyr at konkurransemyndighetene normalt ikke vil ha kompetanse til å ilegge positive forpliktelser til å utøve en bestemt adferd i disse tilfellene.⁹⁹ Likevel er det også ved overtredelser av dette forbudet eksempler på at Kommisjonen har pålagt positive tiltak. Men disse tiltakene har som regel først og fremst hatt som formål å sikre en effektiv gjennomføring av Kommisjonens vedtak, mer enn å dreie seg om selve substansen i vedtaket, det vil si at de tilhører den andre kategorien tiltak nevnt under 3.1 ovenfor.¹⁰⁰

Som en slags ”mellomløsning” mellom det å gi foretakene frihet til selv å velge hvordan overtredelsen skal bringes til opphør og det å pålegge én bestemt løsning, finnes det en form for positive tiltak som tar et visst hensyn til valgfriheten, samtidig som konkurransemyndighetene sikres kontroll med etterlevelsen av forbudsbestemmelsene – nemlig pålegg om å levere inn *forslag* til hvordan overtredelsen kan bringes til opphør. Forslagene legges frem for konkurransemyndighetene med henblikk på godkjenning. Slike pålegg om å fremlegge forslag har for det første blitt gitt i de tilfellene der det finnes flere måter å bringe overtredelsen til opphør på, og det ikke er gitt noe positivt pålegg om å handle på en bestemt måte.¹⁰¹ Men også i saker der det i utgangspunktet er gitt pålegg om én bestemt løsning fordi det ikke foreligger noen alternativ måte å bringe overtredelsen til opphør på, er det eksempler på at Kommisjonen har gitt pålegg om å levere inn forslag som typisk går ut på hvordan noen aspekter ved denne bestemte løsningen skal gjennomføres. I

⁹⁸ Jf. sak T-69/89, *Radio Telefis Eireann mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. II-485 (RTE-dommen) premiss 98 og sak T-76/89, *Independent Television Publications Ltd mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. II-575 (ITP-dommen) premiss 71.

⁹⁹ Ritter/Braun sier uttrykkelig på s. 1112 at ”[o]rders with respect to Article 81 normally do not justify positive acts (injunctions).”

¹⁰⁰ Se om typetilfellet informasjonsforpliktelser nedenfor under 3.4.3.

¹⁰¹ Se f.eks. sak IV/32.732, *IJsselcentrale m.fl.*, EFT 1991 L 28 s. 32, som gjaldt overtredelse av EF art 81.

Commercial Solvents hadde Kommisjonen i vedtakets artikkel 2 pålagt foretakene å fremlegge forslag til Kommisjonen om den videre levering til Zoja. Domstolen fastslo i premiss 45 at Kommisjonen hadde kompetanse til å pålegge foretakene å levere inn slike forslag:

”Til dette formål kan Kommissionen eventuelt pålegge de pågældende virksomheder at forelægge Kommissionen forslag med henblik på at bringe situationen i overensstemmelse med de krav, som Traktaten opstiller.”¹⁰²

Ellers kan det nevnes at Kommisjonens kompetanse etter forordning 1/2003 art 9 til å godta tilsagn fra foretak kan sies å ha slektskap med denne typen ”mellomløsning”. Kompetansen innebærer at Kommisjonen i saker der den har til hensikt å fatte et pålegg om opphør av en overtredelse, i stedet kan godta tilsagn fra foretaket, der det forplikter seg til å imøtekomme de betenkeligheter Kommisjonen i sin foreløpige vurdering har underrettet foretaket om at den har. Kommisjonen fatter da et vedtak som gjør tilsagnet bindende, dvs. at brudd på vilkårene vil kunne sanksjoneres,¹⁰³ men uten at vedtaket slår fast at det faktisk har skjedd en overtredelse.¹⁰⁴ Kompetansen betyr dermed at vedtaket Kommisjonen fatter vil gå ut på det foretaket selv har bestemt å forplikte seg til, noe som kan sies å ivareta de samme hensyn som ligger bak prinsippet om foretakenes frihet til å velge virkemiddel. Samtidig vil Kommisjonens behov for kontroll med etterlevelsen av forbudsbestemmelsene være ivaretatt ved at tilsagnet gjøres bindende. Mulighetene til på denne måten å forlike en sak med konkurransemyndighetene er ikke på samme måte formalisert etter konkurranseloven.

¹⁰² Også i *Magill* ble foretakene pålagt å fremlegge forslag til Kommisjonen. I forbindelse med den positive forpliktelsen foretakene her var blitt pålagt til å gi andre tillatelse til å offentliggjøre foretakenes tv-programoversikter, skulle foretakene levere inn forslag til de betingelser som kunne fastsettes for denne tillatelsen, jf. Kommisjonens vedtak artikkel 2 i.f.

¹⁰³ Sanksjoneringen kan enten skje gjennom tvangsmulkt, jf. forordning 1 art 24 nr. 1 bokstav c, eller gjennom bot etter art 23 nr. 2 bokstav c.

¹⁰⁴ Jf. fortalen til forordning 1/2003, 13. betraktning.

3.4 Typetilfeller av adferdsregulerende tiltak

3.4.1 Pålegg om forretningsforbindelse

I saker der det foreligger en forretningsnektelse aktualiseres spørsmålet om konkurransemyndighetene kan gi pålegg om forretningsforbindelse i forbindelse med pålegget om opphør. Denne typen pålegg kan sies å være en samlebetegnelse for flere underkategorier, for eksempel pålegg om å gjenoppta levering til en distributør eller kunde¹⁰⁵, å gi en lisens¹⁰⁶ eller å gi adgang til en essensiell fasilitet¹⁰⁷. Fellestrekket for denne typen pålegg er at det er inngripende tiltak det er snakk om, idet de bryter med det grunnleggende prinsippet om kontraktsfrihet, som sier at ethvert foretak kan velge å gjøre forretninger med hvem det vil.¹⁰⁸ Pålegg om forretningsforbindelse vil innebære det motsatte, nemlig kontraheringsplikt.

Spørsmålet blir når kontraktsfriheten slår igjennom, slik at konkurransemyndighetene ikke kan ilegge pålegg om forretningsforbindelse, og når begrensningen av kontraktsfriheten kan forsvares, slik at denne positive forpliktelsen kan ilegges. For å svare på dette må det ses nærmere på den forskjellen mellom forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og forbudet mot misbruk av dominerende stilling som allerede er nevnt under 3.3 ovenfor:

¹⁰⁵ Jf. f.eks. *Commercial Solvents* og sak IV/29.132, *Hugin/Liptons*, EFT 1978 L 22 s. 23.

¹⁰⁶ Jf. f.eks. *Magill* og sak COMP D3/38.044, *NDC Health/IMS HEALTH: Foreløpige forholdsregler*, EFT 2002 L 59 s. 18, senere trukket tilbake, jf. Kommisjonens pressemelding IP/03/1159 av 13. august 2003. (*IMS Health*-vedtaket ble satt ut av kraft ved Rettens kjennelse i sak T-184/01 R, *IMS Health Inc. mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-2349, opprettholdt ved kjennelse av Domstolens President av 11. april 2002 i sak C-481/01 P (R), *NDC Health GmbH & Co. KG og NDC Health Corporation mot Kommisjonen og IMS Health Inc.*, Sml. 2002 s. I-3401. Kommisjonens kompetanse til å fastsette de konkrete påleggene ble imidlertid ikke vurdert i noen av sakene).

¹⁰⁷ Jf. f.eks. sak IV/34.801, *FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG*, EFT 1998 L 72 s. 30.

¹⁰⁸ Se Alison Jones og Brenda Sufirin, *EC Competition Law*, 2. utgave, Oxford 2004, s. 466: "The idea that a dominant undertaking has a duty to supply, in that a refusal to do so will be an abuse, is contrary to deep-seated notions of freedom of contract which decree that one should be free to deal with whom one chooses."

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid retter seg mot nettopp samarbeid eller avtaler, og vil, i motsetning til forbudet mot misbruk av dominerende stilling, ikke kunne sies å rette seg mot en ensidig adferd som en forretningsnektelse vil være. Det kan likevel være slik at en enkeltstående nektelse kan stå i sammenheng med overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid – f.eks. vil dette gjelde ved ulovlige avtaler om markedsdeling, som jo forutsetter at hver av deltagerne i avtalen nekter forretningsforbindelse med kunder som tilhører markedssegmentet til de andre deltagerne.¹⁰⁹ Konkurransemyndighetene kan pålegge foretakene å bringe en slik ulovlig *avtale* til opphør, men en konkret handlingsplikt i form av pålegg om forretningsforbindelse kan ikke ilegges. Whish uttrykker denne forskjellen mellom de to forbudene slik:

”Articles 81 and 82 have a different logic: Article 81 prohibits agreements, and the Commission may make an order to terminate them; Article 82 prohibits abuse, and again the Commission can make an order to terminate an abuse. However a refusal to supply under Article 81 cannot in itself be unlawful. The Commission could order an undertaking to terminate an agreement not to supply, but it does not follow that it can also make an order to supply.”¹¹⁰

Det fremgår av Førsteinstansrettens avgjørelse i *Automec II* (omtalt ovenfor under 3.3) at Kommisjonen nettopp brukte den forskjellige systematikken i EF art 81 og 82 i sin argumentasjon for at den ikke hadde kompetanse til å pålegge forretningsforbindelse ved en overtredelse av art 81(1).¹¹¹ Retten foretok imidlertid ikke selv noen sammenligning av måten å betrakte de to forbudene på, men kom i stedet til samme resultat ved å gjøre bruk av en bokstavelig fortolkning av art 81: Den viste til at art 81(2) bare foreskriver én uttrykkelig konsekvens av en overtredelse av art 81(1), nemlig avtalens ugyldighet. Den

¹⁰⁹ Jf. Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 150.

¹¹⁰ Jf. Richard Whish, *Competition Law*, 5. utgave, London 2003, s. 254.

¹¹¹ Jf. *Automec Srl mot Kommisjonen* premiss 40-46, der Kommisjonens argumentasjon for Retten er sammenfattet.

fant derfor at øvrige konsekvenser av overtredelsen, herunder forpliktelse til å inngå kontrakt, måtte avgjøres av nasjonale rettsinstanser etter nasjonale rettsregler.¹¹²

Dette påpekes også av Whish i forlengelsen av sitatet ovenfor: "Any further civil law consequences of an infringement of Article 81 should be determined in the domestic courts of Member States."¹¹³ Dette betyr at der en enkeltstående nektelse står i sammenheng med en overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid – som ved de ovenfor nevnte markedsdelingsavtaler – vil en eventuell plikt til å inngå kontrakt kun være en mulig sivilrettslig følge av overtredelsen, som må hjemles i nasjonal rett som en egen materiell sanksjon.

Retten konkluderte med at prinsippet om kontraktsfrihet slår igjennom ved overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, og knyttet samtidig dette til at det ved overtredelser av dette forbudet vil finnes flere egnede midler for å bringe overtredelsen til opphør – dvs. prinsippet om foretakenes frihet til selv å velge hvordan de vil etterleve forbudsreglene:

"Da kontraktsfriheten må forblive reglen, kan det i prinsippet ikke anerkendes, at Kommissionen i forbindelse med den kompetence til at meddele påbud, som den råder over med henblik på at bringe overtrædelser af artikel [81], stk. 1 til ophør, har kompetence til at påbyde en part at indgå kontraktforhold, idet Kommissionen i almindelighed råder over egnede midler til at pålægge en virksomhed at bringe en overtrædelse til ophør."¹¹⁴

Også av EF-domstolens avgjørelse i *Ford* (omtalt ovenfor under 3.3) og EFTA-domstolens avgjørelse i *Opel*¹¹⁵ fremgår at det ikke er grunnlag i forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid for å pålegge forretningsforbindelse. I *Opel*, der EFTA-domstolen var bedt om en tolkningsuttalelse av EØS art 53, uttalte Domstolen i premiss 49 at "det er intet grunnlag i EØS-avtalen artikkel 53 for å pålegge en uvillig distributør en plikt til å inngå en konkret

¹¹² Jf. premiss 50.

¹¹³ Whish, *op.cit.*, s. 254-255, med notehenviing til *Automec II* premiss 50.

¹¹⁴ *Automec Srl mot Kommisjonen*, premiss 51.

¹¹⁵ Sak E-3/97, *Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS*, REC 1998 s. 1.

forhandleravtale (se Førsteinstansrettens dom i sak T-24/90 *Automec mot Kommissjonen* [1992] ECR II-2223).”

En annen sak er at der konkurransemyndighetene velger å fatte en ren ”cease and desist order” som pålegger opphør av den ulovlige avtalen i slike saker som de omtalt ovenfor, kan denne i praksis få samme virkning som et positivt pålegg om forretningsforbindelse. Dette typisk fordi foretakene da kan se seg nødt til å inngå forretningsforbindelse for å unngå at konkurransemyndighetene nekter dem et individuelt fritak for den ulovlige avtalen. I *Automec II* premiss 54 antok nettopp Retten at Kommissjonen kunne ”vedtage en beslutning, der i praksis kunne have samme virkninger som de af sagsøgeren begærede påbud”. Uavhengig av dette ligger det like fullt fast at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid ikke gir rettslig grunnlag for å gripe inn i kontraktsfrihetsprinsippet og pålegge forretningsforbindelse.

Siden forbudet mot misbruk av dominerende stilling – i motsetning til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid – nettopp retter seg mot bestemte markedshandlinger, vil en forretningsnektelse her i seg selv kunne innebære en overtredelse.¹¹⁶ Der overtredelsen først består i misbruk av dominerende stilling i form av forretningsnektelse, er det som nevnt ovenfor under 3.3 vanskelig å se for seg noe annet virkemiddel enn pålegg om forretningsforbindelse for å bringe overtredelsen til opphør. Dette kan hevdes å forsvare det inngrepet i kontraktsfriheten som pålegget om forretningsforbindelse representerer.

Torbjörn Andersson, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler*, Uppsala 1999 s. 125-126 peker dessuten på at det antagelig følger direkte av hensynene bak EF art 82 at forretningsnektelse i strid med denne artikkelen bør føre til kontraheringsplikt: ”Om ett eller flera företag dominerar en marknad är det eller de ofrånkomliga avtalsparter på denna marknad och kan bestämma sitt uppträdande oberoende av konkurrenter

¹¹⁶ Det må imidlertid bemerkes her at Domstolen har gitt uttrykk for at en forutsetning for at forretningsnektelsen skal utgjøre en overtredelse av art 82, er at den medfører at konkurransen reelt sett nærmest utelukkes fullstendig og ikke kan begrunnes ut fra objektive forhold, og at inngåelse av forretningsforbindelse er absolutt nødvendig for at foretaket det er snakk om skal kunne utøve sin virksomhet og være i stand til å konkurrere, jf. sak C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. m.fl.*, Sml. 1998 s. I-7791, premiss 41. Se også Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, margpunkt 3.142: ”It will only constitute an abuse, however, when the refusal not only harms a consumer or a competitor, but substantially weakens competition in the relevant market and is not objectively justified.”

och egen kommersiell effektivitet. Ett företag som förvägras köpa produkter i en sådan situation är närmast helt avskuret från handel på marknaden, det kan inte etablera sig. Utbudet på marknaden ifråga kommer att regleras genom artificiella hinder och en ineffektiv konkurrenssituation bevaras. Till skydd för enskilda företag som vill konkurrera på ärliga villkor och för att möjliggöra effektiv konkurrens på marknader som domineras av ett eller ett fåtal företag, bör säljvägran i strid med artikel [82] leda till kontraheringsplikt.”

Det er altså bare ved forretningsnektelser i strid med forbudet mot misbruk av dominerende stilling at pålegg om forretningsforbindelse kan ilegges. De eksempler på saker som gir pålegg om forretningsforbindelse i form av å gjenoppta levering til en distributør eller kunde, å gi en lisens eller å gi adgang til en essensiell fasilitet som det er henvist til innledningsvis i dette avsnittet, gjelder alle nettopp overtredelser av EF art 82.¹¹⁷

Kommisjonens midlertidige avgjørelse i *IMS Health*¹¹⁸ gir eksempel på en særlig måte å gjennomføre et pålegg om forretningsforbindelse i form av å gi lisens i praksis. For å sikre at den lisensavgift som ble oppkrevd var rimelig og at prosedyren ikke tok unødig lang tid, ble det fastslått at avgiftens størrelse skulle avgjøres av uavhengige eksperter, i den utstrekning partene ikke ble enige innen en gitt tidsfrist. Ekspertene skulle oppnevnes av Kommisjonen dersom partene etter en gitt frist ikke ble enige om hvem som skulle utpekes. Ekspertene skulle så fremsende den fastsatte avgift til Kommisjonen til godkjenning.¹¹⁹

3.4.2 Pålegg som bestemmer hvilke priser foretaket skal operere med

I saker der overtredelsen består i at et foretak misbruker sin dominerende stilling ved å ta urimelig høye priser eller drive rovprising, oppstår spørsmålet om

¹¹⁷ Det kan nevnes at også Konkurransetilsynet i flere saker har benyttet sin kompetanse til å gi foretak pålegg om forretningsforbindelse. Som eksempel kan det vises til sak V 1998-11, der Røros Tweed AS, som eneste produsent av stakke- og forklestoff til Tromsbunaden, ble pålagt å levere dette stoffet til Elsa M. Systue. (Se også de etterfølgende vedtakene V 2000-127, V 2001-65 og V 2001-78 i denne saken). Dette vedtaket ble fattet før konkurranseloven 2004 og dennes innføring av et generelt forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Vedtaket ble dermed fattet under den vide inngrepshjemmelen i lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet § 3-10, men det fremgår av vedtaket at den konkurranseskadelige virksomheten det ble reagert mot nettopp var misbruk av markedsrett.

¹¹⁸ Se fotnote 106 ovenfor.

¹¹⁹ Jf. vedtakets artikkel 2, se også avgjørelsens avsnitt 215.

konkurransemyndighetene for å bringe den ulovlige prisadferden til opphør kan gi et positivt tiltak i form av pålegg som bestemmer hvilke priser foretaket skal operere med.¹²⁰ Slike positive tiltak vil nok aldri handle om å gi konkrete angivelser av nøyaktig hvilke priser foretaket skal operere med, men mer om å forplikte foretaket til å respektere visse prisrammer, typisk i form av ”pristak” eller ”prisgulv”, og så la det være opp til foretaket selv å fastsette prisene innenfor disse rammene. Hvilken kompetanse konkurransemyndighetene har til å gi slike prispålegg er spørsmålet som drøftes i det følgende. Spørsmålet vil besvares noe forskjellig avhengig av om overtredelsen gjelder urimelig høye priser eller rovprising, og disse behandles derfor hver for seg.

Hvilken kompetanse Kommisjonen har til å bestemme hvilke priser foretak skal operere med i saker om urimelig høye priser har ikke blitt endelig avgjort av EF-domstolen. I *United Brands*¹²¹ fant Kommisjonen at United Brands Company (UBC) hadde misbrukt sin dominerende stilling på flere måter, og at en av overtredelsene besto i at selskapet i forbindelse med sine salg av Chiquita-bananer hadde tatt urimelige salgspriser av noen av sine forhandlere. Kommisjonen påla UBC å bringe de konstaterte overtredelsene til opphør. For å bringe misbruket som besto i å ta urimelige salgspriser til opphør, fremgikk det underforstått av vedtaket at selskapet skulle nedsette prisene som det forlangte av kundene i Tyskland, Danmark og Benelux til et nivå som gjennomsnittlig var minst 15 % lavere enn de priser som det i desember 1975 fakturerte sine tyske og danske kunder.

Kommisjonen ga ikke uttrykk for denne forpliktelsen til å respektere en viss prisramme i den operative delen på slutten av vedtaket. Men av punkt C tidligere i vedtaket fremgikk forpliktelsen. Kommisjonen uttalte seg her imidlertid i vendinger som understreket at det ikke var snakk om å bestemme akkurat hvilke priser UBC skulle operere med, men ”at give virksomheden nogle retningslinjer, der kan hjælpe denne til – med

¹²⁰ Der overtredelsen består i konkurransebegrensende samarbeid i form av avtaler om prisfastsettelse, er det helt på det rene at et positivt pålegg om hvilke priser foretakene heretter kan operere med ikke vil være aktuelt. Dette henger sammen med at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid som allerede omtalt flere ganger retter seg mot avtaler eller samordning – og at konkurransemyndighetene derfor kun kan pålegge foretakene å bringe selve avtalen om prisfastsettelse til opphør.

¹²¹ Sak IV/26.699, *Chiquita*, EFT 1976 L 95 s. 1.

tilstrækkelig stor sikkerhed at vurdere, hvilke midler der skal til for at bringe overtrædelsen til ophør.” Deretter oppga den at så lenge UBC satte ned prisene til et nivå under det prosentmessige fastsatte pristak, ville den oppfylle forpliktelsen om å bringe overtredelsen til opphør. Det fremgikk at grunnen til at den bare ga disse ”retningslinjene” var at ”[a]nsvaret for fastsættelsen av prisene og valget mellom de forskjellige metoder, der fører til denne fastsættelse, påhviler imidlertid fuldt og helt virksomheden selv. Selv om Kommissionen på grundlag af artikel [82] i EOEf-traktaten skal forfølge den urimelige karakter af priser, der tages af en virksomhed med dominerende stilling, skal den på ingen måde stille sig i denne virksomheds sted, for så vidt angår fastsættelsen af salgspriserne på virksomhedens varer.”

EF-domstolen fant imidlertid at Kommisjonen ikke i tilstrekkelig grad hadde ført bevis for at UBC var skyldig i å anvende urimelige salgspriser, bl.a. var ikke UBCs produksjonsomkostninger blitt analysert, og den delen av Kommisjonens vedtak som fastslo en slik overtredelse ble på denne bakgrunn opphevet.¹²² Siden det dermed heller ikke ble aktuelt med noe pålegg om opphør av et misbruk i form av urimelig høye priser, tok Domstolen ikke stilling til hvorvidt Kommisjonen hadde adgang til å gi en slik forpliktelse til å respektere visse prisrammer som den hadde gjort.

I sitt forslag til avgjørelse i saken kom imidlertid Generaladvokat Mayras med uttalelser som gir uttrykk for at Kommisjonen er berettiget til å fastsette denne typen tiltak. Mayras viste til *Commercial Solvents* og uttalelsene i premiss 45 i denne dommen¹²³ og trakk deretter følgende slutning: ”Kommissionen er altså fuldt ud berettiget til ved kvalificeret overtrædelse af artikel [82] ved beslutning at forpligte en virksomhed til at respektere en vis prisramme, eller, om man vil, at handle som pris-”kommissær”.”¹²⁴ Generaladvokatens uttalelser har selvfølgelig ikke så stor tyngde som en avgjørelse fra EF-domstolen ville hatt. Siden Domstolen ikke tok stilling til spørsmålet om Kommisjonens kompetanse til å gi den aktuelle forpliktelsen, kan man imidlertid heller ikke si at det foreligger noen uoverensstemmelse mellom Mayras standpunkt og Domstolens avgjørelse.

Generaladvokatens standpunkt må iallfall sies å være et moment som trekker i retning av at

¹²² Jf. premiss 251-268 og artikkel 1 i sak 27/76, *United Brands mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 207.

¹²³ Se ovenfor side 14.

¹²⁴ Generaladvokat Mayras i sak 27/76, *United Brands mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 207.

Kommisjonen har kompetanse til å gi tiltak som innebærer forpliktelser til å respektere visse prisrammer i saker om urimelig høye priser.

I praksis er det imidlertid slik at der overtredelsen av art 82 består i at foretaket misbruker sin dominerende stilling ved å ta urimelig høye priser, har konkurransemyndighetene vært forsiktige med i det hele tatt å gripe inn.¹²⁵ En slik type misbruk går innunder kategorien *utnyttende* misbruk og rammer kunder og forbrukere direkte. Det nevnes ofte som et viktig argument mot inngripen at dette er en type misbruk som markedet selv vil rette opp; hvis normale markedskrefter virker, vil det at et dominerende foretak er i stand til å få store fortjenester ved å ta urimelig høye priser uunngåelig tiltrekke seg nye konkurrenter.¹²⁶ Hvis dette ikke skjer, vil nok konkurransemyndighetene ofte foretrekke å reagere mot *konkurransebegrensende* misbruk som hindrer adgang til markedet fremfor å gripe direkte inn mot de høye prisene.¹²⁷ Og selv om konkurransemyndighetene skulle ønske å gripe inn, vil det uansett være problematisk å avgjøre hvorvidt en pris virkelig er urimelig høy, og det blir dermed tilsvarende vanskelig å bestemme innenfor hvilke prisrammer foretaket skal pålegges å operere.¹²⁸ Det er bl.a. nødvendig å inneha en betydelig mengde informasjon om markedet for å avgjøre det korrekte prisnivået. Virkningen av myndighetenes prispålegg

¹²⁵ Se f.eks. Jones/Sufrin s. 379: "[T]he Commission has not much concerned itself with excessive prices, appearing to agree with the view that interference with high prices and profits *per se* is a disincentive to innovation and investment."

¹²⁶ Blant teoretikerne som hevder dette er Whish (5. utgave, 2003) på s. 688-689 og Jones/Sufrin på s. 276. Sistnevnte uttaler følgende: "[I]f a dominant undertaking can exploit its customers for a significant period of time there is something wrong with the market. For example, the ability to reap supra-competition profits by charging excessive prices should in theory act as a spur to attract new competitors on to the market."

¹²⁷ I sin *XXIVth Report on Competition Policy 1994* ga Kommisjonen nettopp uttrykk for dette: "[T]he Commission in its decisionmaking practice does not normally control or condemn the high level of prices as such. Rather it examines the behaviour of the dominant company designed to preserve its dominance, usually directly against competitors or new entrants who would normally bring about effective competition and the price level associated with it." Se også Jones/Sufrin s. 276 og s. 380 og Whish, *op.cit.*, s. 689.

¹²⁸ Se Whish, *op.cit.*, s. 689 og Jones/Sufrin s. 276 og s. 380.

kan tenkes å bli at prisen fryses på et nivå under markedspris, noe som kan hindre at andre foretak kommer inn på markedet.¹²⁹

Etter dette må det konkluderes med at det er usikkert hvorvidt konkurransemyndighetene har kompetanse til å gi positive tiltak i form av forpliktelser til å respektere visse prisrammer i saker der misbruket gjelder urimelig høye priser. Jeg mener likevel at det kan hevdes at konkurransemyndighetene har en slik kompetanse, særlig på bakgrunn av Generaladvokat Mayras uttalelser i forslaget til avgjørelse i *United Brands*-saken, med henvisning til Domstolens uttalelser i *Commercial Solvents*. Men dette vil nok uansett være en kompetanse som i praksis sjelden vil bli *benyttet*. Dette henger nettopp sammen med konkurransemyndighetenes generelle uvilje mot i det hele tatt å gripe inn mot urimelige priser og problemene med å fastsette et korrekt prisnivå som er nevnt ovenfor.

Der overtredelsen av art 82 består i at foretaket misbruker sin dominerende stilling ved å drive rovprising, vil nok konkurransemyndighetene generelt være noe mindre tilbakeholdne med å gripe inn.¹³⁰ Dette henger sammen med at rovprising, i motsetning til misbruk i form av å ta urimelig høye priser, ikke er utnyttende, men konkurransebegrensende misbruk som foretas med sikte på å eliminere konkurrenter fra markedet.¹³¹ Konkurransemyndighetene foretrekker som nevnt å bruke sine ressurser på å forfølge nettopp denne typen misbruk.¹³²

¹²⁹ Se Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 5. utgave, London 2001 margpunkt 12-070.

¹³⁰ Se f.eks. Jones/Sufrin s. 1113: "The Commission ... may restrict [an undertaking's] future pricing policies (this is more likely to be to restrain predatory pricing than excessive pricing)."

¹³¹ Se definisjonen på rovprising hos Jones/Sufrin s. 385: "Predatory pricing is the practice whereby an undertaking prices its product so low that competitors cannot live with the price and are driven from the market. Once the competitors are excluded from the market the undertaking is able to increase prices to monopoly levels and recoup its losses."

¹³² Jf. f.eks. Jones/Sufrin s. 276: "[T]he story of Article 82 is predominantly one of action against *anti-competitive* abuses." Se også sitatet fra *XXIVth Report on Competition Policy 1994* omtalt under fotnote 127 ovenfor.

Kommisjonens midlertidige avgjørelse i *ECS/AKZO I*¹³³ gjaldt rovprising; den multinasjonale kjemikalieprodusenten AKZO tok sikte på å drive den lille produsenten ECS ut av markedet for organiske peroxider til bruk i plastindustrien. I artikkel 1 i dette vedtaket oppstilte Kommisjonen et prisgulv, idet den forbød AKZO å tilby og levere de organiske peroxidene til priser under et visst nivå, som innebar at AKZO skulle vende tilbake til de avanser som selskapet hadde beregnet seg forut for rovprisingen. Med henvisning til denne avgjørelsen uttaler Graver/Hjelmeng at "[p]risregulering vil også typisk være på sin plass i saker om rovprising, der tilsynet iallfall må kunne oppstille et prisgulv."¹³⁴ Det er imidlertid ikke endelig slått fast av EF-domstolen at konkurransemyndighetene har en slik kompetanse.

I praksis kan det være store vanskeligheter forbundet med å pålegge prisrammer også her, bl.a. fordi konkurransemyndighetene ikke har så gode forutsetninger for å kunne vurdere omkostningene foretaket det gjelder har pådratt seg. På samme måte som der overtredelsen består i at foretaket tar urimelig høye priser kan det dermed være problematisk å finne det korrekte prisnivået. Det er en risiko for at prisen fryses på et nivå over det markedet gir grunnlag for.¹³⁵ Det er grunn til å tro at det var disse problematiske sidene ved denne typen positive tiltak som bidro til at Kommisjonen i den endelige avgjørelsen i *ECS/AKZO*-saken, *ECS/AKZO II*,¹³⁶ ikke oppstilte noe prisgulv.

3.4.3 Informasjonsforpliktelser

Praksis fra Kommisjonen viser at det i en lang rekke saker er gitt informasjonsforpliktelser i vedtak om pålegg om opphør, som typisk har tatt form av en plikt til å informere

¹³³ Sak IV/30.698, *ECS/AKZO*, EFT 1983 L 252 s. 13.

¹³⁴ Graver/Hjelmeng s. 35.

¹³⁵ Se Bellamy & Child margpunkt 12-070.

¹³⁶ Sak IV/30.698, *ECS/AKZO*, EFT 1985 L 374 s. 1. For øvrig påla Kommisjonen i dette vedtaket en rekke tiltak etter å ha gitt et generelt pålegg om opphør, bl.a. pålegg om at AKZO ikke måtte forskjellsbehandle ECSs kunder og egne kunder innenfor samme kategori ved å tilby sistnevnte lavere priser (et tiltak Domstolen senere opprettholdt).

handelspartnere m.v. om at overtredelsen er blitt brakt til opphør, eller en plikt til med jevne mellomrom å gjøre informasjon tilgjengelig for Kommisjonen. Som nevnt faller slike informasjonsforpliktelser innunder den andre kategorien tiltak omtalt under 3.1, nemlig tiltak som skal sikre en effektiv *gjennomføring* av konkurransemyndighetenes vedtak.¹³⁷ Denne typen positive tiltak er ikke av de mest inngripende. De to nevnte formene for informasjonsforpliktelser vil behandles i de følgende underavsnitt.

Blanco omtaler for øvrig denne typen tiltak som en form for *tilleggsforpliktelser* (jf. overskriften *Additional obligations* i margpunkt 11.08), som gjør det mulig for Kommisjonen ”to ascertain whether or not the undertakings are changing their conduct to conform with the positive or negative requirement imposed by the Commission.” På samme måte omtaler Graver/Hjelmeng rapporteringsplikter til konkurransemyndighetene som tilleggsplikter som sikrer at vedtaket gjennomføres, jf. s. 33.

3.4.3.1 Plikt til å gi informasjon til handelspartnere m.v.

Det foreligger en langvarig EF-rettslig praksis med tiltak som går ut på å kreve at foretak sprer informasjon til berørte handelspartnere som f.eks. forhandlere om at overtredelsen er blitt brakt til opphør og hvordan de nå skal forholde seg. I noen tilfeller er foretak også pålagt å informere offentligheten om konsekvenser av at en overtredelse er brakt til opphør.

¹³⁷ Kerse/Khan margpunkt 6-023 uttaler at ”[t]he Commission has ... required positive action ... to the extent of requiring parties to publicise certain matters relating to the infringement, but this goes to ensuring the effectiveness of the decision rather than its substance.” Graver/Hjelmeng uttaler på s. 34 tilsvarende om EU-praksisen med å pålegge foretak å informere berørte handelspartnere om deres rettigheter etter at Kommisjonen har pålagt stansing: ”Slike forpliktelser vil først og fremst tjene til å sikre vedtakets umiddelbare og effektive gjennomføring.”

Kommisjonens avgjørelse i *Hasselblad*¹³⁸ kan nevnes som eksempel. Saken gjaldt overtredelse av EF art 81(1) som besto i at kameraprodusenten Victor Hasselblad og eneforhandlerne i flere land for denne produsenten anvendte en markedsavskjermingspolitikk som bl.a. besto i at eneforhandlerne – etter initiativ fra Victor Hasselblad – unnlot å eksportere til andre medlemsstater i fellesmarkedet. Etter å ha pålagt foretakene å bringe overtredelsene til opphør, påla Kommisjonen Victor Hasselblad innen en frist på tre måneder å meddele sine eneforhandlere i EU skriftlig at eksport til andre medlemsland foretatt av disse eneforhandlere eller av forhandlere som disse leverer til, verken måtte motvirkes eller forbys.¹³⁹ Videre ble Hasselblads eneforhandler i Storbritannia, Hasselblad (GB), pålagt innen en frist på tre måneder å meddele sine forhandlere at de fritt kunne fastsette sine egne detaljpriser for Hasselblad-produkter, og at kryssleveranser til andre forhandlere og eksport til andre medlemsstater ikke var forbudt.¹⁴⁰ I tillegg skulle denne eneforhandleren bekjentgjøre overfor offentligheten at den ville yte ettersalgsservice til alle Hasselblad-produkter uten forskjellsbehandling.¹⁴¹

I *Schöller*¹⁴² bekreftet Førsteinstansretten at Kommisjonen har en slik kompetanse til å pålegge informasjonsforpliktelser. Saken gjaldt overtredelse av EF art 81(1) ved at Schöller hadde inngått avtaler om salgsstedseksklusivitet for småis med en rekke videreforhandlere med forretningssted i Tyskland. I artikkel 1 i sitt vedtak fastslo Kommisjonen at avtalene

¹³⁸ Sak IV/25.757, *Hasselblad*, EFT 1982 L 161 s. 18. Avgjørelsen ble for øvrig brakt inn for Domstolen i sak 86/82, *Hasselblad (GB) Limited mot Kommisjonen*, Sml. 1984 s. 883, og det ble da ikke stilt spørsmål ved Kommisjonens kompetanse til å gi de aktuelle tiltakene. Andre eksempler på at Kommisjonen har pålagt foretak plikt til å gi informasjon til handelspartnere m.v. gir bl.a. sak IV/26.699, *Chiquita*, EFT 1976 L 95 s. 1, se artikkel 3 b) første ledd, sak IV/29.702, *Johnson & Johnson*, EFT 1980 L 377 s. 16, se artikkel 2, sak IV/428, *VBBB/VBVB*, EFT 1982 L 54 s. 36, se artikkel 4, sak IV/27.393 og IV/27.394, *Publishers Association – Aftaler om faste bogladepriser*, EFT 1989 L 22 s. 12, se artikkel 4, sak IV/34.279/F3, *ADALAT*, EFT 1996 L 201 s. 1, se artikkel 2 og sak IV/35.733, *VW*, EFT 1998 L 124 s. 60, se artikkel 2.

¹³⁹ Vedtakets artikkel 5.

¹⁴⁰ Vedtakets artikkel 6.

¹⁴¹ Vedtakets artikkel 7.

¹⁴² Sak T-9/93, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-1611.

var i strid med art 81(1), mens den i artikkel 2 avslo fritakelse for avtalene etter art 81(3). I artikkel 3 i vedtaket påla Kommissjonen Schöller å

”oplyse de viderefornhandlere, med hvem virksomheten har inngået stadig gjældende aftaler af den i artikel 1 nævnte karakter, om ordlyden i artikel 1 og 2 under henvisning til, at aftalerne ikke har retsvirkning.”¹⁴³

Schöller anførte for Retten at art 3 i forordning 17/62 ikke ga Kommissjonen rett til å pålegge foretaket en slik opplysningsplikt. Til dette uttalte imidlertid Retten følgende i premiss 158:

”Efter Rettens opfattelse giver bestemmelsen [forordning 17 art 3] også Kommissionen kompetence til at pålægge en virksomhed at give en meddelelse som sket ved beslutningens artikel 3 med henblik på at sikre en effektiv gennemførelse af beslutningen. Da der i øvrigt er tale om en bestemmelse, der er i overensstemmelse med Kommissionens administrative praksis på området, må sagsøgerens argument vedrørende gyldigheden af beslutningens artikel 3 herefter forkastes.”

Der tiltaket går *utover* ren informasjon til tredjeparter og over til å avbøte skadevirkninger av overtredelsen, for eksempel ved å forplikte foretakene til å tilby tredjeparter reforhandling av de avtaler de har inngått, blir tiltaket mye mer inngrepene. Hvilken kompetanse konkurransemyndighetene har til å pålegge denne formen for positive tiltak vil behandles under 7.3.2 nedenfor.

3.4.3.2 Plikt til å rapportere til konkurransemyndighetene

I en rekke saker har foretak blitt pålagt en rapporteringsplikt til Kommissjonen i forbindelse med pålegget om opphør. Selv om det som regel ikke uttrykkes eksplisitt, er det naturlig å anta at formålet med slike rapporteringsplikter nesten alltid vil være å gjøre Kommissjonen i stand til å kontrollere om foretaket handler i overensstemmelse med det Kommissjonen har bestemt, og om virkningen faktisk er at overtredelsen bringes til opphør.¹⁴⁴ Pliktene kan ta

¹⁴³ Jf. sak IV/31.533 og IV 34.072, *Schöller Lebensmittel GmbH ' Co. KG*, EFT 1993 L 183 s. 1.

¹⁴⁴ I litteraturen kalles disse rapporteringspliktene gjerne for “compliance reports”, jf. f.eks. Kerse/Khan margpunkt 6-023 og Ritter/Braun s. 1113.

forskjellig form, avhengig av hvilken overtredelse det er snakk om, og hva slags bestemmelser Kommisjonen har fattet og ønsker å følge opp.

Der overtredelsen f.eks. består i at foretaket har utvist en ulovlig prispolitikk, har Kommisjonen typisk pålagt foretaket å jevnlig informere om hvilke priser det opererer med. Som eksempel på dette kan *United Brands*-saken¹⁴⁵ nevnes. Som nevnt under 3.4.2 ovenfor fant Kommisjonen her at United Brands Company (UBC) hadde misbrukt sin dominerende stilling bl.a. ved å ta urimelige salgspriser av noen av sine forhandlere. Etter å ha pålagt UBC å bringe de konstaterte overtredelsene til opphør i vedtakets artikkel 3 a), påla Kommisjonen i artikkel 3 b) annet ledd UBC

”senest den 20. april og derefter 2 gange årligt (senest den 20. januar og den 20. juli) at give Kommissionen meddelelse om de priser, selskabet i løbet af et foregående halvår har taget af de af sine kunder, der virker i Tyskland, Danmark, Irland, Nederlandene og BLOEU.”¹⁴⁶

Der Kommisjonen har fattet en bestemmelse som går ut på at foretaket må gi informasjon til handelspartnere m.v. som omtalt under 3.4.3.1 ovenfor, er det flere eksempler på at den også har foreskrevet en plikt til å rapportere om dette til Kommisjonen. Dette kan f.eks. ta form av en plikt til innen en viss frist å underrette Kommisjonen om at meddelelsen til handelspartnerne m.v. faktisk er gitt¹⁴⁷ og eventuelt på hvilken måte dette har skjedd,¹⁴⁸

¹⁴⁵ Sak IV/26.699, *Chiquita*, EFT 1976 L 95 s. 1. Andre eksempler på at Kommisjonen har fastsatt lignende rapporteringsplikter gir bl.a. sak IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar plc*, EFT 1997 L 258 s. 1 artikkel 4 og sak COMP/35.14, *Deutsche Post AG*, EFT 2001 L 125 s. 27 artikkel 2.

¹⁴⁶ Som nevnt under 3.4.2 ovenfor opphevet riktignok EF-domstolen senere den del av Kommisjonens vedtak som fastslo at UBC hadde anvendt urimelige salgspriser, jf. sak 27/76, *United Brands mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 207. Men Domstolen ga ikke noe uttrykk for at Kommisjonen ikke hadde kompetanse til å gi den rapporteringsplikt den hadde gjort.

¹⁴⁷ Se *Chiquita* artikkel 3 b) første ledd.

¹⁴⁸ Se *Hasselblad* artikkel 5 og 6 og *Johnson & Johnson* artikkel 2.

eller en plikt til å forelegge Kommisjonen et forslag til utformingen av en slik meddelelse.¹⁴⁹

Pålegget om å sende rapporter kan også være utformet mer generelt, og kanskje bare uttrykke hvilket formål rapportene skal oppfylle, uten å angi nøyaktig hva de skal inneholde. Et eksempel på dette gir Kommisjonens vedtak i *Tetra Pak II*-saken,¹⁵⁰ som gjaldt misbruk av dominerende stilling ved at kartongemballeringsforetaket Tetra Pak bl.a. hadde anvendt eliminerende og diskriminerende priser og lojalitetsrabatter. I artikkel 4 i vedtaket ble Tetra Pak pålagt en rapporteringsplikt:

”I en periode på fem år fra den 1. januar 1992 tilsender Tetra Pak Kommissionen, inden for de første seks måneder af året, en rapport, som kan gøre det mulig for Kommissionen at vurdere, om de foranstaltninger, som Tetra Pak har truffet på baggrund af denne beslutning, faktisk har medført, at de i artikel 1 konstaterede overtrædelser er blevet bragt til ophør.”

I *Microsoft*¹⁵¹ var den forpliktelsen foretaket ble pålagt for at Kommisjonen skulle kunne kontrollere gjennomføringen av vedtaket den hadde fattet, annerledes enn en tradisjonell rapporteringsplikt. Kommisjonen hadde i denne saken funnet at det forelå overtredelser av EF art 82 i form av leveringsnektelse og koblingshandel, og Microsoft ble pålagt en rekke forpliktelser for å bringe overtredelsene til opphør. Kommisjonen uttalte at for å sikre at den ble i stand til å føre en effektiv kontroll med Microsofts overholdelse av vedtaket, var en ren rapporteringsmekanisme ikke tilstrekkelig.¹⁵² Microsoft ble derfor pålagt å bistå Kommisjonen med å etablere

¹⁴⁹ Se *Publishers Association – Aftaler om faste bogladepriser* artikkel 4 og *VBBB/VBVB* artikkel 4.

¹⁵⁰ Sak IV/31.043, *Tetra Pak II*, EFT 1992 L 72 s. 1.

¹⁵¹ Kommisjonens beslutning av 24. mars 2004 (sak COMP/C-3/37.792), brakt inn for Førsteinstansretten under sak T-201/04. (Muntlige høringer for Retten fant sted 24.-28. april 2006, men dom i saken er ennå ikke avsagt).

¹⁵² Jf. avsnitt 1043 i beslutningen.

“a suitable mechanism assisting the Commission in monitoring Microsoft Corporation’s compliance with this Decision. That mechanism shall include a monitoring trustee who shall be independent from Microsoft Corporation.”¹⁵³

I avsnitt 1045 i beslutningen fremhevet Kommisjonen at

”[t]he primary responsibility of the Monitoring Trustee should be to issue opinions, upon application by a third party or by the Commission or *sua sponte* on whether Microsoft has, in a specific instance, failed to comply with this Decision, or on any issue that may be of interest with respect to the effective enforcement of this Decision.”¹⁵⁴

Kommisjonen har tradisjonelt alltid selv prøvd å kontrollere eller overvåke hvorvidt vedtak som gjelder overtredelse av EF art 81 og 82 følges, typisk ved å pålegge slike rene rapporteringsplikter som behandlet ovenfor. Opprettelsen av en uavhengig Monitoring Trustee skiller seg dermed fra denne tilnærmingen til kontroll og overvåking av vedtak. En slik måte å kontrollere overholdelse av forpliktelser på ligner på det regelsettet for å overvåke forpliktelser som er utviklet av Kommisjonen i forbindelse med fusjonskontroll – nemlig de såkalte *Best Practice Guidelines for Divestiture Commitments and Trustee Mandate*.¹⁵⁵ Det kan hevdes at *Microsoft*-avgjørelsen gir et varsel om at det i fremtiden kan

¹⁵³ Jf. beslutningens artikkel 7.

¹⁵⁴ Kommisjonen fattet en egen beslutning 28. juli 2005 som definerte rollen til ”the Monitoring Trustee” nærmere. Etter langvarig diskusjon, der Kommisjonen hadde funnet at flere av Microsofts forslag til overvåkningsmekanismer ikke var ”suitable”, utpekte Kommisjonen 5. oktober 2005 en trustee. En beslutning som viser noe av funksjonen til trustee’en, er den Kommisjonen fattet 12. juli 2006, og som i henhold til forordning 1/2003 art 24 nr. 2 påla Microsoft en tvangsmulkt på 280,5 millioner euro for ikke å ha handlet i overensstemmelse med forpliktelser etter den opprinnelige beslutningen av 24. mars 2004. Art 24 nr. 2-beslutningen var bl.a. basert på råd fra nettopp ”the Monitoring Trustee”.

¹⁵⁵ Se Kommisjonens pressemelding IP/03/614 av 2. mai 2003 - ”Commission publishes best practice guidelines for divestiture commitments in merger cases.” ”Explanatory Note on the Commission’s Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Control Regulation” og standardmodellene er tilgjengelig på DG Competitions internettsider http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/divestiture_commitments/.

være nødvendig å pålegge slike mer sofistikerte overvåkningsmekanismer også for vedtak som gjelder overholdelse av forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. Blanco peker nettopp på at forordning 1/2003 kan sies å kreve et mer sofistikert system,

“[n]ot only because Article 7 of Regulation 1/2003 makes explicit provision for the Commission’s power to impose any remedy, whether behavioural or structural, which is necessary to bring the infringement effectively to an end, but also because proceedings may become increasingly complex”.¹⁵⁶

3.5 Oppsummering av kompetansen til å pålegge adferdsregulerende tiltak

Samlet sett må det fastslås at kompetansen til å utforme adferdsregulerende tiltak er nokså omfattende,¹⁵⁷ og gir konkurransemyndighetene en fleksibel mulighet til å gi forskjellige typer forpliktelser tilpasset behovet ved den konkrete overtredelse. Praksis viser at adferdsregulerende tiltak er pålagt i en rekke forskjellige typer saker, uten at begrensningen som ligger i kravet om forholdsmessighet er funnet å utgjøre noe hinder. I tråd med dette har Kerse/Khan uttalt at forholdsmessighetsprinsippet som begrensning på kompetansen etter forordning 1/2003 art 7 ”[i]n practice, as *Magill* shows, ... may not be too great an obstacle.”¹⁵⁸ Mye taler dessuten for at domstolene vil vise tilbakeholdenhet med å fravike konkurransemyndighetenes vurdering av at tiltaket er forholdsmessig.

Det utslaget av forholdsmessighetskravet som betegnes som prinsippet om foretakenes frihet til selv å velge hvordan de vil etterleve forbudsreglene, innebærer imidlertid at for konkurransemyndighetenes kompetanse til å pålegge de mest inngripende adferdsregulerende tiltakene – pålegg om forretningsforbindelse og prispålegg – må det trekkes et skille mellom forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og forbudet mot

¹⁵⁶ Jf. Blanco margpunkt 15.10.

¹⁵⁷ Slik også Kerse/Khan margpunkt 6-025: ”In summary, the Commission’s powers under Art.7 of Reg.1/2003 to order positive action are extensive.”

¹⁵⁸ Kerse/Khan margpunkt 6-025.

misbruk av dominerende stilling. Behandlingen av typetilfellene viser nettopp at omfanget av kompetansen går mye lenger der det er snakk om et misbruk av dominerende stilling, og de mest inngripende adferdsregulerende tiltakene vil bare kunne være aktuelle ved overtredelser av dette forbudet. Dette er en konsekvens av hvordan forbudene er utformet, og den forskjellige systematikken som ligger i de ulike typene overtredelser forbudene retter seg mot.¹⁵⁹

4 Strukturelle tiltak

4.1 Hva er et strukturelt tiltak?

Både krrl § 12 og forordning 1/2003 art 7 fastslår at konkurransemyndighetene skal kunne pålegge strukturelle tiltak, men bestemmelsene sier ikke noe nærmere om hva et strukturelt tiltak er. En ren språklig forståelse av ”strukturelle tiltak” tilsier at tiltaket på en eller annen måte retter seg mot strukturen til det eller de foretak pålegget gjelder. Uttrykt annerledes er det dermed snakk om tiltak som griper inn i selve oppbygningen eller organiseringen av et foretak.¹⁶⁰

Dette kan omfatte forskjellige typer tiltak. Det er imidlertid strukturelle tiltak i form av en eller annen type oppsplitting av foretak som gjerne diskuteres. Slik oppsplitting kan for eksempel tenkes ved pålegg om salg av deler av en virksomhet (såkalte fisjonspålegg). Dette kommer til uttrykk i Kommissjonens forslag til ny rådsforordning om gjennomføring av art 81 og 82 (senere forordning 1/2003), der Kommissjonen i forbindelse med forslaget

¹⁵⁹ Albertina Albors-Llorens, *EC Competition Law and Policy*, Cullompton 2002, uttaler følgende om dette på s. 131: ”It would appear that the wider approach adopted by the Court in Article 82 EC cases is a direct consequence of the less restrictive terms in which Article 82 EC is framed.”

¹⁶⁰ I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 71 sier departementet uttrykkelig at ”[s]strukturelle tiltak søker å endre bedriftens strukturelle organisering”.

til art 7 omtaler kompetansen til å gi strukturelle tiltak, og bl.a. uttaler at det i noen tilfeller kan være nødvendig å ”afhænde visse aktiver.”¹⁶¹ I engelsk terminologi snakkes det her om såkalt ”divestiture”.¹⁶² Dette vil være tiltak av inngripende karakter overfor foretaket. Aller mest inngripende vil det være dersom omstruktureringen innebærer en ”utslettelse” av foretaket, for eksempel der det opprinnelige foretaket gjøres om til to eller flere nye og separate foretak.¹⁶³ En mindre inngripende form for oppsplitting vil være der foretaket pålegges å skille ut deler av virksomheten i et datterselskap, typisk i saker som gjelder ulovlig kryssubsidiering. Siden ordlyden i art 7 og § 12 bare gir kompetanse til å pålegge ”strukturelle tiltak” uten å spesifisere noe nærmere, må den sies å være så vid at alle de nevnte formene for tiltak, i tillegg til andre tenkelige former for tiltak av strukturell karakter, i utgangspunktet er omfattet.

Utover den nevnte formuleringen om avhendelse av aktiva i Kommisjonens forslag, sier ikke forarbeidene til forordning 1/2003 noe nærmere om hva slags strukturelle forpliktelser som kan gis ved pålegg om opphør. Heller ikke forarbeidene til konkurranseloven kan sies å gi noen særlig avklaring her. Riktignok nevner lovutvalgets flertall det ovenfor omtalte strukturelle tiltaket som består i å pålegge foretaket å skille ut deler av virksomheten i et eget selskap ved kryssubsidiering.¹⁶⁴ Flertallet nevner også et strukturelt tiltak som kan

¹⁶¹ Jf. KOM/2000/582 endelig udg., EFT 2000 C 365 E s. 284 under punkt IV. Kommisjonens formulering gjengis for øvrig av lovutvalgets flertall i NOU 2003: 12 s. 68.

¹⁶² I den engelske versjonen av forslaget er den tilsvarende formuleringen da også ”divestiture of certain assets”.

¹⁶³ Pålegg om omstrukturering av slik drastisk karakter ble gitt av underretten i Microsoft-saken i USA, jf. avgjørelse av 7. juni 2000, *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000). I henhold til dette pålegget skulle Microsoft deles i to; en ”operating systems business” og en ”applications business”. Microsoft anket imidlertid avgjørelsen, og ankeinstansen sendte saken tilbake til underretten for å vurdere tiltaket på nytt, jf. avgjørelse av 28. juni 2001, *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34 (DC Circ.). Selv om ankeinstansen ikke la direkte føringer på underretten, er det ganske klart at den ikke var overbevist om at strukturelle tiltak var det mest hensiktsmessige utfall i saken (se avsnitt V F). Kort tid etter ankeinstansens avgjørelse trakk Department of Justice saken, og Microsoft unngikk en oppsplitting – men foretaket står igjen med flere sivile søksmål mot seg.

¹⁶⁴ Jf. NOU 2003: 12 s. 68.

være aktuelt i forbindelse med krysseierskap, nemlig å pålegge en eller flere å selge seg ut av konkurrenters selskap.¹⁶⁵ Men utover dette angis det ikke hva slags strukturelle forpliktelser som kan pålegges.

At lovteksten og utredningen sier intet eller lite om hva som anses som en strukturell forpliktelse, ble kritisert av lovutvalgets mindretall (jf. NOU 2003: 12 s. 68), og dessuten av flere høringsinstanser i høringsrunden, jf. bl.a. uttalelsen til Den norske advokatforening av 14. juli 2003 punkt 3.2 og uttalelsen til DnB av 4. juli 2003 punkt 2.2. Dette førte imidlertid ikke til at departementet i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) ga noen klarere angivelse av hva slags strukturelle tiltak som kan pålegges. Departementet nevner riktignok eksempler på situasjoner der det er behov for strukturelle tiltak, men uten å presisere nærmere hva tiltakene skal gå ut på.

4.2 Vilkår for å kunne pålegge strukturelle forpliktelser

Strukturelle tiltak må som andre positive forpliktelser oppfylle kravet om forholdsmessighet. Men forholdsmessighetskravet er for strukturelle tiltak presisert slik at det inneholder ytterligere begrensninger for konkurransemyndighetenes kompetanse. For det første inneholder som nevnt ovenfor (under 1.2.3) tredje punktum i både krrl § 12 første ledd og forordning 1 art 7 nr. 1 en presisering av forholdsmessighetskravet for så vidt gjelder valget konkurransemyndighetene må foreta mellom å pålegge adferdsregulerende eller strukturelle tiltak: Strukturelle forpliktelser kan bare pålegges hvis det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller hvis et adferdsregulerende tiltak er mer byrdefullt for foretaket. Tredje punktum viser at strukturelle tiltak er å betrakte som sekundære i forhold til adferdsregulerende tiltak. Hvis det finnes et adferdsregulerende tiltak som like effektivt vil bringe overtredelsen til opphør, vil strukturelle tiltak ikke kunne pålegges, med mindre det like effektive adferdsregulerende tiltaket er mer byrdefullt. Det vil nok imidlertid være meget sjelden at et adferdsregulerende tiltak er å regne som mer byrdefullt for foretaket enn et tiltak av strukturell karakter.¹⁶⁶ Dersom et adferdsregulerende tiltak like

¹⁶⁵ *l.c.*

¹⁶⁶ I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 72 presiserer departementet at ”strukturelle tiltak ofte vil være mer inngripende enn atferdsregulerende tiltak.” Det kan også nevnes at Telenor i sin høringsuttalelse til NOU

effektivt kan bringe en overtredelse til opphør, vil resultatet dermed nesten alltid måtte bli at konkurransemyndighetene må velge dette tiltaket fremfor en strukturell forpliktelse.

Tredje punktum sier imidlertid ikke noe om de tilfeller der det strukturelle tiltaket er det mest effektive, men samtidig også det mest byrdefulle. Kanskje er den strukturelle forpliktelsen til og med den eneste måten å bringe en overtredelse til opphør på. Spørsmålet er om tiltaket i så fall kan pålegges uansett hvor byrdefullt det er. Her kommer forholdsmessighetskravet i streng forstand inn (omtalt ovenfor under 3.2.2). Som nevnt betyr det at det må foretas en konkret vurdering, der vekten av det mål som skal fremmes veies opp mot hvor inngripende eller tyngende tiltaket er overfor foretaket – noe som innebærer at pålegget kan tenkes å være uforholdsmessig også der det ikke finnes andre like effektive tiltak.¹⁶⁷

For det andre presiserer fortalen til forordning 1/2003 betraktning 12 forholdsmessighetskravet slik at det går frem at det bare vil være oppfylt under visse omstendigheter:

”Ændringer af en virksomheds struktur, således som den eksisterede, før overtrædelsen blev begået, vil kun stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen, såfremt der er betydelig risiko for vedvarende eller gentagne overtrædelser som hidrører fra selve virksomhedens struktur.”

Forarbeidene til konkurranseloven gir sin tilslutning til denne presiseringen, ved at både lovutvalgets flertall og departementet kommer med tilsvarende formuleringer.¹⁶⁸

I Kommisjonens opprinnelige forslag til art 7 sto det bare at Kommisjonen kunne pålegge foretakene ”alle nødvendige forpliktelser, herunder af strukturel karakter.”¹⁶⁹ Det var dessuten ingen uttalelser om

2003: 12 av 3. juli 2003 punkt 6 uttaler at det er grunn til å anta at pålegg om salg av deler av en virksomhet alltid vil være mer inngripende enn pålegg om adferdsforpliktelser.

¹⁶⁷ Slik også Larssen s. 212.

¹⁶⁸ Jf. NOU 2003: 12 s. 68 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 72.

¹⁶⁹ Jf. KOM/2000/582 endelig udg., EFT 2000 C 365 E s. 284 art 7.

forholdsmessighetskravet i fortalen til forslaget. I sin uttalelse om Kommisjonens forslag kritiserte Europaparlamentet forslaget for å gi Kommisjonen en for vid kompetanse til å gi strukturelle tiltak: ”I forslaget settes der ingen begrensninger for udøvelsen af denne nye beføjelse, og der gives ingen detaljer om, hvornår og hvordan den må udøves.”¹⁷⁰ Antagelig bidro dette til at de ovenfor omtalte begrensningene på kompetansen til å pålegge strukturelle tiltak ble innført i den endelige utgaven av forordning 1/2003.

4.3 Historisk bakgrunn for kompetansen til å pålegge strukturelle tiltak

Forordning 17/62 art 3 inneholdt ingen uttrykkelig hjemmel til å pålegge strukturelle tiltak for å bringe overtredelsen til opphør. I henhold til praksis under forordning 17 var det imidlertid under visse omstendigheter mulighet for å pålegge strukturelle tiltak også her. Det var da snakk om tilfeller hvor adferden i seg selv var en strukturell begivenhet som medførte en overtredelse av EF art 82, som der et allerede dominerende foretak kjøpte opp en konkurrent (såkalt ”strukturelt misbruk”). Ved slike overtredelser av strukturell karakter vil et strukturelt tiltak som å reversere selve transaksjonen, eller å legge selskapet ut for salg til en tredjepart, være den eneste muligheten for å bringe overtredelsen endelig til opphør.¹⁷¹

I Domstolens avgjørelse i *Continental Can*-saken¹⁷² ble det fastslått at et strukturelt misbruk kunne innebære en overtredelse av EF art 82. Kommisjonen hadde her fattet et vedtak hvor den fant at Continental Can hadde misbrukt sin dominerende stilling på markedet for letteballasje til kjøtthermetikk m.v.¹⁷³ Den hevdet at misbruket besto i at Continental gjennom sitt datterselskap Europemballage hadde kjøpt omtrent 80 % av aksjene og obligasjonene i det nederlandske selskapet TDV. Oppkjøpet innebar at konkurransen for ovennevnte emballasjeprodukter praktisk talt ble eliminert innenfor en

¹⁷⁰ Uttalelse fra Europaparlamentet av 21. juni 2001 (A5-0229/2001) s. 21.

¹⁷¹ Se Larssen s. 198-199 og Graver/Hjelmeng s. 44. Se også Whish, *Competition Law*, 4. utgave, London 2001 s. 236.

¹⁷² Sak 6/72, *Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen*, Sml. 1973 s. 215.

¹⁷³ Jf. sak IV/26.811, *Continental Can Company*, EFT 1972 L 7 s. 25.

vesentlig del av fellesskapsmarkedet. På denne bakgrunn påla Kommisjonen Continental å bringe overtredelsen til opphør, og fremlegge forslag til Kommisjonen om hvilke tiltak som måtte treffes i denne hensikt. EF-domstolen ga Kommisjonen medhold i at et oppkjøp foretatt av et dominerende foretak kunne innebære et misbruk av dominerende stilling. Domstolen uttalte bl.a.:

”Abuse may ... occur if an undertaking in a dominant position strengthens such position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition, i.e. that only undertakings remain in the market whose behaviour depends on the dominant one.”¹⁷⁴

Domstolen annullerte imidlertid Kommisjonens beslutning fordi Kommisjonen ikke hadde avgrenset det relevante markedet riktig, og vedtaket om å bringe overtredelsen til opphør ble derfor aldri iverksatt.

I sitt vedtak i *Warner-Lambert/Gillette*¹⁷⁵ fant Kommisjonen på samme måte som i *Continental Can* at det forelå et strukturelt misbruk. Gillette, som var dominerende på våtbarberingsmarkedet i Europa, hadde ervervet en minoritetsaksjepost i sin største konkurrent og fått interesser som kreditor i samme selskap. For å bringe overtredelsen av art 82 til opphør påla Kommisjonen Gillette å trekke seg ut av dette selskapet ved å avhende både sine kapitalandeler og sine interesser som kreditor.¹⁷⁶

Det var imidlertid klart at art 82 var et mangelfullt verktøy for å kontrollere oppkjøp og fusjoner,¹⁷⁷ og dette lå bak vedtagelsen av en egen EF-fusjonsforordning i 1989,¹⁷⁸ som i

¹⁷⁴ *Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen* premiss 26.

¹⁷⁵ Sak IV/33.440, *Warner-Lambert/Gillette m.fl.* samt IV/33.486 *BIC/Gillette og andre*, EFT 1993 L 116 s. 21.

¹⁷⁶ Vedtakets artikkel 4. Se også avsnitt 42.

¹⁷⁷ Se f.eks. Whish (5.utgave, 2003) s. 796 som påpeker at art 82 ”gave the Commission a limited control over concentrations, but it was always an imperfect tool. In particular Article 82 suffers from the defect that it can be applied only where an undertaking is already dominant: it does not catch the creation of dominance in the first place”.

2004 ble erstattet av forordning 139/2004.¹⁷⁹ Fusjonsforordningen medførte at Kommisjonen ikke lenger med basis i forordning 17/62, og senere forordning 1/2003, kunne reagere mot oppkjøp og fusjoner slik den gjorde i *Continental Can* og *Warner-Lambert/Gillette*.¹⁸⁰ Reguleringen i fusjonsforordningen er ikke forbudsbasert, men skjer ved en meldeplikt for foretakene, kombinert med en inngrepshjemmel for Kommisjonen. I stedet for å nekte en foretakssammenslutning kan Kommisjonen gjøre det mindre, nemlig å stille krav til omstrukturering som vilkår for å gi den nødvendige fusjonstillatelse.¹⁸¹ Etter Kommisjonens veiledninger er strukturelle vilkår å foretrekke fremfor de adferdsregulerende ved fusjonskontroll.¹⁸²

Under forordning 17/62 ble det aldri avgjort hvorvidt Kommisjonen kunne pålegge strukturelle tiltak dersom ikke den strukturelle begivenhet i seg selv utgjorde det kvalifiserende misbruket etter art 82. Kommisjonens avgjørelse i *Deutsche Post*¹⁸³ er imidlertid et eksempel på at strukturelle tiltak har inngått som bindende *tilsagn* fra foretak under forordning 17. Her mente Kommisjonen at Deutsche Post hadde foretatt ulovlig krysssubsidiert ved å anvende inntekter fra sitt brevmonopol til å tilby pakketjenester til under kostprisen, for dermed å utelukke konkurrenter på området for pakketjenester. Dette var bakgrunnen for at Deutsche Post ga Kommisjonen tilsagn ”om udskillelse og strukturell adskillelse af sine erhvervspakketjenester.”¹⁸⁴ Kommisjonen uttalte følgende om tilsagnet:

¹⁷⁸ Rådsforordning (EØF) nr. 4064/89, EFT 1990 L 257 s. 13.

¹⁷⁹ Rådsforordning (EF) nr. 139/2004, EUT 2004 L 24 s. 1.

¹⁸⁰ Jf. forordning 4064/89 art 22 nr. 1 og 2, senere avløst av forordning 139/2004 art 21(1). Det bemerkes at både *Continental Can* og *Warner-Lambert/Gillette* gjaldt transaksjoner som fant sted før fusjonsforordningen trådte i kraft.

¹⁸¹ Jf. Larssen s. 197-198 med henvisning til forordning 139/2004 art 8 nr. 2.

¹⁸² Jf. Meddelelse fra Kommisjonen om løsninger, der er acceptable i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 og Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98, EFT 2001 C 68 s. 3 avsnitt 9.

¹⁸³ Sak COMP/35.141, *Deutsche Post AG*, EFT 2001 L 125 s. 27.

¹⁸⁴ *ibid.* avsnitt 20.

”Dette tilsagn skal i første række på en gennemsiktig og synlig måde sikre, at indtægter fra eneretsområdet ikke anvendes til at finansiere aktiviteter inden for pakketjenester til postordresektoren. I henhold hertil forplikter DPAG sig til inden den 31. december 2001 at udskille alle erhvervspakketjenesterne ... til et retligt selvstændigt selskab (Newco).”¹⁸⁵

Kommisjonens vedtak inneholdt så et tiltak som forpliktet det nye datterselskapet til å legge frem bl.a. årlige resultatoppgjør og interne avregningspriser.¹⁸⁶ Selv om dette tiltaket var adferdsregulerende, forutsatte det etterlevelse av et løfte om strukturell endring.¹⁸⁷ Det kan påpekes her at den strukturelle endringen ikke gikk så langt som salg (”divestiture”), men kun gjaldt utskilling av en del av virksomheten. Så omfattende tiltak som ”divestiture” har da heller aldri forekommet, når man holder tilfeller med strukturelt misbruk utenom.¹⁸⁸

Når forordning 1/2003 art 7 nå åpner for at konkurransemyndighetene kan pålegge strukturelle tiltak, uten at dette er begrenset til tilfeller med ”strukturelt misbruk”, må det sies å innebære et nytt konkurransepolitisk instrument. Innføringen var da også kontroversiell,¹⁸⁹ og både Europaparlamentet og Det økonomiske og sosiale utvalg kritiserte kompetansen til å pålegge strukturelle tiltak i sine uttalelser om Kommisjonens forslag til art 7. Europaparlamentet påpekte bl.a. at innføringen av en så vid kompetanse ville være ”upassende og forhastet”,¹⁹⁰ mens Det økonomiske og sosiale utvalg bl.a. viste til at kompetansen ville være ”ganske uforenelig med mekanismerne og ånden” i EUs konkurranserett, og ville innebære at et nytt konkurransepolitisk instrument ble innført ”uden behørig forudgående debat og uden den nødvendige afklaring fra Kommissionens side.”¹⁹¹

¹⁸⁵ *L.c.*

¹⁸⁶ Vedtakets artikkel 2 nr. 2.

¹⁸⁷ Jf. Larssen s. 199 i.f.

¹⁸⁸ Se Whish (4. utgave, 2001) s. 236.

¹⁸⁹ Se Whish (5. utgave, 2003) s. 255.

¹⁹⁰ Jf. uttalelse fra Europaparlamentet av 21. juni 2001 (A5-0229/2001) s. 21.

¹⁹¹ Jf. uttalelse fra Det økonomiske og sosiale utvalg, EFT 2001 C 155 s. 73 punkt 2.8.2.2.

Også i norsk konkurranserett innebærer kompetansen i krrl § 12 til å pålegge strukturelle tiltak en nyskaping. På samme måte som Kommisjonen gjennom fusjonsforordningen har hatt adgang til å gi tillatelser på strukturelle vilkår også forut for forordning 1/2003, har riktignok også Konkurransetilsynet forut for den nye konkurranseloven hatt en slik adgang til strukturregulering gjennom reglene om kontroll med bedriftsserverv.¹⁹² Men Konkurransetilsynet har ikke tidligere kunnet gripe inn med strukturregulering overfor foretak som har oppnådd uønskede markedsstrukturer på andre måter enn ved bedriftsserverv.

Imidlertid ga forløperne til konkurranseloven 1993 myndighetene en viss kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak. Larssen peker på s. 200 på at trustloven 1926 ga adgang til å påby oppløsning av en konkurranseregulerende sammenslutning, såfremt den utøvde skadelig innflytelse på pris-, produksjons- og omsetningsforhold eller dens virkemåte måtte anses utilbørlig.¹⁹³ Hun peker videre på at trustlovens etterfølger prisloven også ga adgang til å kreve oppløsning av sammenslutninger med slik adferd.¹⁹⁴ Det var her likevel ikke snakk om noen allmenn adgang til å pålegge strukturelle tiltak. Konkurranseloven 1993 videreførte heller ikke kompetansen.

At et tilsynsorgan får en allmenn adgang til å pålegge strukturelle tiltak ved overtredelse av en forbudsbestemmelse, må nok også sies å representere en nyskaping i norsk forvaltningsrett.¹⁹⁵ Også i norsk rett var innføringen omstridt, og lovutvalget delte seg i to i forhold til spørsmålet. Mindretallet som gikk inn for at kompetansen til å pålegge strukturelle tiltak ikke skulle innføres, uttalte bl.a. at det ikke kunne se at det var godtgjort at Konkurransetilsynet hadde behov for en slik kompetanse. Mindretallet pekte videre på at spørsmålet om Konkurransetilsynet skulle ha kompetanse til å pålegge tiltak som oppfattes som så byrdefulle, burde utredes i større dybde.¹⁹⁶ I høringsrunden var det dessuten en

¹⁹² Jf. lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet § 3-11.

¹⁹³ Jf. lov 12. mars 1926 nr. 3 om kontroll med konkurranseinnskrenkninger og om prismisbruk § 20.

¹⁹⁴ Jf. lov 26. juni 1953 nr. 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold § 42(2).

¹⁹⁵ Se Larssen s. 200 som påpeker at det synes å være liten tradisjon for å gi et forvaltningsorgan kompetanse til å reagere mot overtredelse av en forbudsbestemmelse med strukturelle tiltak.

¹⁹⁶ NOU 2003: 12 s. 68.

rekke høringsinstanser som støttet utvalgets mindretall i at konkurransemyndighetene ikke skulle ha adgang til å pålegge strukturelle tiltak.¹⁹⁷

Til tross for kritikken ble det altså både i EU og Norge innført en kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak. Hvilke begrunnelser som ble gitt for denne innføringen, og hvilke mothensyn som kan anføres mot kompetansen, vil behandles nedenfor under 4.4. Deretter vil avsnitt 4.5 gjøre et forsøk på å trekke noen konklusjoner med hensyn til når det kan være rom for å anvende strukturelle tiltak.

4.4 Bestemmelsens begrunnelse og mothensyn

Innføringen av kompetansen til å pålegge strukturelle tiltak er svært sparsomt begrunnet i forarbeidene til forordning 1/2003. I Kommisjonens forslag til art 7 er følgende uttalelse den eneste begrunnelsen som gis:

”Forpligtelser af strukturel karakter kan være nødvendige for at bringe en overtrædelse definitivt til ophør. Dette kan især være tilfældet i forbindelse med visse samarbejdsaftaler og misbrug af en dominerende stilling, hvor det kan være nødvendigt at afhænde visse aktiver.”¹⁹⁸

Det er antagelig et effektivitetshensyn som ligger bak denne uttalelsen – et hensyn som tilsier at strukturelle tiltak kan være påkrevd for effektivt å stanse en konkurranseskadelig adferd. Den engelske versjonen av uttalelsen sier da også at strukturelle tiltak kan være nødvendige ”in order to bring an infringement *effectively* to an end”, og den svenske versjonen sier tilsvarende ”för att *effektivt* bringa en överträdelse att upphöra.” (mine uthevninger). Utover dette foretar Kommisjonen ingen nærmere utdyping av begrunnelsen noe sted, selv om Europaparlamentet og Det økonomiske og sosiale utvalg i sine uttalelser som nevnt ovenfor bl.a. kritiserte innføringen av en kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak for å være forhastet og ikke tilstrekkelig debattert og avklart.

¹⁹⁷ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 66-67 for en oversikt.

¹⁹⁸ Jf. KOM/2000/582 endelig udg., EFT 2000 C 365 E s. 284 under punkt IV.

En årsak til at Kommisjonen tok inn bestemmelsen i sitt forslag kan ha vært den opphetede diskusjonen om strukturelle tiltak som på den tiden pågikk i USA med utspring i Microsoft-saken.¹⁹⁹ Microsoft var samtidig også under etterforskning i EU for overtredelser av EF art 82. Kommisjonen kan ha villet sikre seg muligheten til å kunne pålegge tilsvarende oppsplittingstiltak som underretten i USA påla Microsoft.²⁰⁰

I forarbeidene til konkurranseloven synes både lovutvalget og departementet å vektlegge et ønske om harmonisering med forordning 1/2003 art 7 i sin begrunnelse for å innføre en adgang til å pålegge strukturelle tiltak i norsk rett.²⁰¹ Departementet påpeker at spørsmålet ikke er om det skal innføres en adgang til å pålegge norske foretak strukturelle forpliktelser etter norsk rett, men om Konkurransetilsynet skal ha en *tilsvarende* adgang etter konkurranseloven til å pålegge strukturelle forpliktelser som ESA og Kommisjonen vil få, når forordning 1 gjennomføres i norsk rett.

Mot et slikt harmoniseringshensyn kan innvendes at det innebærer en kopiering av en svakt begrunnet EF-rettslig kompetanse. Det kan hevdes å være problematisk å innføre en ordning det så langt ikke foreligger noen erfaringer fra, særlig når behovet for bestemmelsen i svært liten grad er drøftet i EU.²⁰²

Det kan nevnes at Sverige ikke har innført en tilsvarende kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak på nasjonalt nivå, jf. konkurranselagen § 23 og den uttrykkelige avvisningen av en slik innføring i forarbeidene foretok etter å ha utredet behovet. Utredningen om en modernisering av konkurranselagene uttalte således i

¹⁹⁹ Larssen s. 205 påpeker dette. De amerikanske Microsoft-avgjørelsene er omtalt ovenfor under 4.1 fotnote 163, der det fremgår at underretten i sin avgjørelse av 7. juni 2000 hadde pålagt Microsoft å dele foretaket i to.

²⁰⁰ Se Larssen s. 205. Kommisjonens beslutning i den europeiske Microsoft-saken (sak COMP/C-3/37.792) ble imidlertid fattet 24. mars 2004 under forordning 17/62 (forordning 1/2003 trådte i kraft 1. mai 2004) – og det ble følgelig ikke ilagt noe strukturelt tiltak her.

²⁰¹ Jf. NOU 2003: 12 s. 68 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

²⁰² Slik også Larssen s. 205-206.

sin delbetenkning SOU 2003:73 på s. 166 at det ikke ”framstår ... som lämpligt att införa regler om uppbyggnad av företagskoncentrationer på nationell nivå. Utredningen anser därför att reglerna om åläggande i svensk konkurrenslagstiftning inte bör ändras med hänsyn till artikel 7 i förordningen. I stället bör nuvarande svenske regler behållas.” Regjeringen sluttet seg til dette i Prop. 2003/04:80 s. 99. Heller ikke Danmark har innført noen uttrykkelig kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak, jf. Konkurrenceovens § 16. Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i konkurrenceret*, 6. utgave, København 2005, uttaler på s. 179 at det må antas at det ”ikke med hjemmel i Konkurrenceoven kan gives en dominerende virksomhed påbud om at splitte sig op i flere mindre virksomheder, således som det kendes i US antitrustret. Et indgreb af så alvorlig beskaffenhed kræver specifik lovhjemmel.”

Det norske lovutvalget foretok likevel ikke noen nærmere analyse av behovet for kompetansen. Etter at en rekke høringsinstanser påpekte at bestemmelsen var mangelfullt utredet,²⁰³ valgte imidlertid departementet å vurdere behovet for å innføre bestemmelsen om strukturelle tiltak noe nærmere.²⁰⁴ Departementet nevner eksempler på situasjoner der det hevdes at strukturelle tiltak vil være enklere og mer effektive enn adferdsregulerende tiltak, og legger til grunn at det er et konkurransepolitisk behov for å kunne pålegge førstnevnte. I likhet med den EF-rettslige begrunnelsen er det dermed også her et effektivitetshensyn som vektlegges.

For det første nevner departementet at en situasjon med krysseierskap mellom to uavhengige foretak kan forsterke incentivene til å opptre i strid med krrl § 10. Det hevdes at siden foretakets organisering her i seg selv gir økonomiske motiver til å overtre forbudsbestemmelsen, vil strukturelle tiltak som endrer foretakets underliggende incitament være mer effektive enn adferdsregulerende tiltak. Den andre situasjonen som nevnes er der en utnyttelse av en dominerende stilling skyldes at et foretak har eksklusiv tilgang til en innsatsfaktor som er avgjørende for markedsposisjonen til andre aktører. Her hevdes det å være behov for tiltak som endrer den underliggende strukturen i markedet, og

²⁰³ Se f.eks. Den norske advokatforenings høringsuttalelse av 14. juli 2003 punkt 3.2 og NHOs høringsuttalelse av 4. juli 2003 punkt 7.

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70-71.

på denne måten sikrer ønsket adferd ved at foretaket forfølger sine egne økonomiske interesser.

Mot effektivitetshensynet kan det imidlertid reises innvendinger. Det er ikke gitt at strukturelle tiltak alltid vil fungere mer effektivt enn adferdsregulerende. I amerikansk rett har konkurransemyndighetene hatt kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak ved overtredelser av forbudsbestemmelser som skal hindre kartellvirksomhet og misbruk av markedsrett helt siden antitrustlovenes vedtagelse på 1890-tallet. Det er i nyere amerikansk teori omstridt hvor effektive de strukturelle inngrep som er blitt gjort egentlig har vært. Debatten blusset særlig opp i kjølvannet av Microsoft-saken, der underretten som nevnt påla Microsoft å dele seg i to separate foretak. Robert W. Crandall har for eksempel etter en gjennomgang av sentrale amerikanske saker der det har blitt pålagt strukturelle tiltak konkludert med at konkurransen neppe har blitt effektivt fremmet:

”This review of the major section 2 Sherman Act cases won by the government or ending in consent decrees provides remarkably little evidence that these cases and the relief that emanated from them had a positive effect on competition and consumer welfare.”²⁰⁵

Crandall peker på at dette ofte skyldes at myndighetene har ligget etter markedsutviklingen, eller at de ikke har lyktes i å finne det sentrale konkurransebegrensende elementet i markedet, noe som særlig vil være tilfellet for markeder preget av raske teknologiske endringer.²⁰⁶ Det er riktignok andre teoretikere som har hevdet at noen strukturelle pålegg pålagt i tidlige monopolsaker i USA på lang sikt har hatt en positiv effekt på konkurransen.²⁰⁷ Det er imidlertid et faktum at instituttet har hatt en begrenset anvendelse i

²⁰⁵ Robert W. Crandall, ”The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases”, *Oregon Law Review*, Vol. 80, 2001 s. 109-198 (s. 197).

²⁰⁶ *ibid.* s. 198.

²⁰⁷ Se Larssen s. 208-209 som viser til William S. Comandor og F.M. Scherer, ”Rewriting history: the Early Sherman Act Monopolization Cases”, *International Journal of the Economics of Business*, Vol. 2, No. 2, 1995 s. 285-286.

amerikansk rett, og at anvendelsen har gått drastisk ned de siste tiårene.²⁰⁸ I forarbeidene til konkurranseloven er det ikke foretatt noen gjennomgang eller vurdering av USAs eller andre jurisdiksjoners erfaringer med strukturelle tiltak, til tross for at dette ble etterlyst i høringsrunden.²⁰⁹

Det kan bemerkes at en omstrukturering av foretak også kan by på rent praktiske problemer, som kan gjøre at den økonomiske verdien av inngrepet minsker påtagelig. Det kan her vises til den amerikanske ALCOA-saken, der retten uttalte at “a corporation, designed to operate effectively as a single entity, cannot readily be dismembered of parts of its various operations without a marked loss of efficiency”,²¹⁰ og også rettens uttalelser i den amerikanske United Shoe-saken: “United conducts all machine manufacture at one plant in Beverly, with one set of jigs and tools, one foundry, one laboratory for machinery problems, one managerial staff, and one labor force. It takes no Salomon to see that this organism cannot be cut into three equal and viable parts.”²¹¹ Å omstrukturere foretak som ikke egner seg for det kan dermed gi både byrdefulle og samfunnsøkonomisk sett lite effektive løsninger.

I tillegg til innvendinger mot effektivitetshensynet, kan det også reises spørsmål ved forarbeidenes fokusering på at strukturelle tiltak vil fjerne foretakenes incentiver til fremtidige overtredelser. Dette er noe som særlig kommer til uttrykk i departementets vurdering av at det er behov for strukturelle tiltak ved krysseierskap, der det fremheves at slikt eierskap kan skape sterke incitamenten til adferd i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Krysseierskap utgjør i seg selv ingen overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, og strukturelle tiltak kan etter lovens ordlyd bare benyttes for å ”bringe overtredelsen til opphør”. Som det vil fremgå av kapittel 5 nedenfor, innebærer ordlyden en klar avgrensning mot pålegg som kun gis med sikte på å forebygge mot mulige fremtidige overtredelser, dvs. rent preventive vedtak. Å anvende

²⁰⁸ Se Larssen s. 209.

²⁰⁹ Jf. Den norske advokatforenings høringsuttalelse av 14. juli 2003 punkt 3.2, Den norske Banks høringsuttalelse av 4. juli 2003 punkt 2.2 og NHOs høringsuttalelse av 4. juli 2003 punkt 7.

²¹⁰ Jf. *United States v. ALCOA*, 91 F. Supp. 333, 416 (S.D.N.Y. 1950), (se henvisning i *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34 (DC Circ.) avsnitt V F).

²¹¹ Jf. *United States v. United Shoe Machine Co.*, 110 F. Supp. 295, 348 (D. Mass. 1953), (se henvisning i *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34 (DC Circ.) avsnitt V F).

strukturelle tiltak kun for å fjerne de incentiver til en mulig fremtidig overtredelse som krysseierskap kan utgjøre, vil dermed være svært tvilsomt i forhold til ordlyden i § 12 og art 7.²¹² Etter min oppfatning måtte bestemmelsene ha hatt en generell hjemmel til å endre foretaks struktur for å fremme konkurranse for at det skulle vært mulig å gi strukturelle tiltak her.²¹³

Strukturelle tiltak vil imidlertid kunne benyttes for å forhindre at foretakene har incentiver til å fortsette eller gjenta en konstatert ulovlig adferd.²¹⁴ Forarbeidene legger til grunn at strukturelle tiltak først og fremst vil være anvendelige ved overtredelser av forbudet mot misbruk av dominerende stilling,²¹⁵ og de eksemplene forarbeidene nevner på anvendelse i § 11-situasjoner, vil nok nettopp ha til formål å hindre en fortsettelse eller gjentakelse av overtredelsen.²¹⁶ I disse tilfellene kan dermed en anvendelse av strukturelle tiltak lettere forsvares, under forutsetning av at forholdsmessighetskravet er oppfylt.

Det kan imidlertid pekes på noe som synes å fremstå som et paradoks eller logisk problem ved de tilfeller der det anses nødvendig å pålegge strukturelle tiltak for å bringe overtredelser av forbudet mot misbruk av dominerende stilling til opphør.²¹⁷ Tiltaket vil da innebære en omstrukturering som rammer nettopp den

²¹² Slik også Graver/Hjelmeng s. 47.

²¹³ Krrl § 14 kan imidlertid kanskje komme til anvendelse på tilfeller som dette. Bestemmelsen gir Kongen hjemmel til ved forskrift å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål, dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene. Det fremgår av Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 73 at bestemmelsen er inntatt i loven med tanke på adferd som faller utenfor §§ 10 og 11, men som det av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forby.

²¹⁴ Se nedenfor under kapittel 6, der det fremgår at forbud mot fortsettelse eller gjentakelse av overtredelsen omfattes av et pålegg om opphør. Som nevnt under 4.2 ovenfor er det dessuten forutsatt i fortalen til forordning 1/2003 og konkurranselovens forarbeider at det bare er i tilfeller der det er betydelig risiko for en *vedvarende* overtredelse eller *gjentakelse* av overtredelsen at strukturelle tiltak vil være nødvendig.

²¹⁵ Se NOU 2003: 12 s. 68.

²¹⁶ F.eks. vil pålegget som nevnes av lovutvalget om å skille ut deler av virksomheten i et eget selskap ved ulovlig kryssubsidiering, benyttes for å kunne kontrollere at denne overtredelsen ikke fortsetter eller gjentas.

²¹⁷ Både Graver/Hjelmeng s. 46 og Larssen s. 217-218 omtaler dette logiske problemet/paradokset.

dominerende stillingen, f.eks. der foretaket pålegges å selge ut deler av virksomheten. Samtidig er det verken etter krrl § 11 eller EØS art 54 i seg selv forbudt å inneha en dominerende stilling – det er bare misbruk av denne stillingen som er ulovlig. Det kan da virke ulogisk at det anses nødvendig å gripe inn mot en stilling et foretak lovlig kan inneha for å stanse en ulovlig adferd. Til dette kan imidlertid bemerkes at poenget med inngrepet ikke vil være å forhindre foretak i å inneha en dominerende stilling, men å sikre en markedsstruktur som tilrettelegger for fri konkurranse.²¹⁸ Graver/Hjelmeng uttaler at "[s]åledes vil ikke "beskyttelsen" av den dominerende stillingen på generelt grunnlag sperre for tiltak som pålegger endringer i foretakets struktur."²¹⁹

4.5 Avsluttende kommentarer til kompetansen til å pålegge strukturelle tiltak

Kompetansen etter forordning 1/2003 art 7 og krrl § 12 til å pålegge strukturelle tiltak har hittil ikke vært benyttet i praksis. Det er vanskelig å si noe sikkert om anvendelsen av kompetansen fremover. Dette avsnittet vil imidlertid forsøke å gi noen avsluttende kommentarer om når det kan anses å være rom for anvendelse av strukturelle tiltak.

Som det fremgår ovenfor er ordlyden i art 7 og § 12 så vid at de fleste former for strukturelle tiltak som utgangspunkt vil være omfattet. Den strenge forholdsmessighetsvurderingen som må foretas før strukturelle tiltak kan pålegges vil imidlertid sette begrensninger for når kompetansen kan anvendes og hva slags tiltak som kan pålegges. Forholdsmessighetsvurderingen innebærer som nevnt en vurdering av et tiltaks effektivitet når det gjelder å virkeliggjøre målet om å bringe overtredelsen til opphør, opp mot den byrde tiltaket innebærer for foretaket. Effektivitetsvurderingen vil være komplisert og bero på flere usikkerhetsmomenter, og som kritikken av effektivitetshensynet viser, kan det være vanskelig for myndighetene å vurdere tiltakets fremtidige effekt på markedet. Strukturelle tiltak vil dessuten jevnt over være svært byrdefulle for foretakene. I tillegg sier jo fortalen til forordning 1 og konkurranselovens forarbeider uttrykkelig at det bare er ved overtredelser der det er en betydelig risiko for vedvarende eller gjentatte overtredelser som følge av foretakets struktur, at strukturelle

²¹⁸ Jf. Larssen s. 218.

²¹⁹ Jf. Graver/Hjelmeng s. 46.

tiltak vil oppfylle forholdsmessighetskravet. Samlet sett tilsier dette at forholdsmessighetskravet svært ofte ikke vil være oppfylt.²²⁰

Som påpekt ovenfor under 4.4 vil det nok kunne være rom for å anvende strukturelle tiltak i de tilfellene med overtredelse av forbudet mot misbruk av dominerende stilling som nevnes i forarbeidene. Her kan det tenkes at faren for fortsatte eller gjentatte overtredelser er stor. Et annet tilfelle der strukturelle tiltak kan tenkes anvendt, er der det er skapt en tilstand som skyldes overtredelser, og tiltak er nødvendige for å gjenopprette konkurransen. Denne siste situasjonen vil behandles nærmere nedenfor under 7.3.1. Er det snakk om et tiltak som kun skal fjerne incentiver til mulige fremtidige overtredelser, som i eksempelet med krysseierskap nevnt i forarbeidene, finner jeg det imidlertid som nevnt meget tvilsomt om det er rom for å anvende strukturelle tiltak.

Det må kunne fastslås at strukturelle tiltak neppe kommer til å få særlig stor betydning i praksis. Etter min mening vil det bare være helt unntaksvis at kompetansen kan komme til anvendelse.²²¹ Uansett taler mye for at fortolkningen av kompetansen må være forsiktig og tilbakeholden inntil det har utviklet seg en praksis som kan gi veiledning. Dette fremheves uttrykkelig i forarbeidene til konkurranseloven:

”Siden bestemmelsen er ny i EØS-sammenheng, tilsier dette at konkurransemyndighetene bruker bestemmelsen med forsiktighet inntil det har utviklet seg en praksis som kan gi veiledning ved anvendelse og tolkning.”²²²

²²⁰ Blanco påpeker i margpunkt 11.07 at ”[t]he imposition of divestiture would only in exceptional circumstances stand the proportionality test.”

²²¹ Se også Jones/Sufrin s. 1114 som fremhever at ”[t]he ability to impose a structural remedy, i.e., to order divestment or break up companies is a powerful weapon in the hands of a competition authority and not one to be used lightly.”

²²² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 71.

5 Preventive vedtak

Vilkåret i krrl § 12 og forordning 1/2003 art 7 om at det må foreligge en overtredelse av en av forbudsbestemmelsene for at konkurransemyndighetene skal kunne gi pålegg om opphør, innebærer en klar avgrensning mot pålegg som kun gis med sikte på å forebygge mot mulige fremtidige overtredelser – altså rent preventive vedtak. Slike vedtak som retter seg mot en adferd som ennå ikke er utført, vil være direkte i strid med ordlyden i § 12 og art 7.²²³

Dersom det var rom for et eget område for *forsøk* innenfor rammene av forbudsbestemmelsene, slik at konkurransemyndighetene for eksempel kunne gripe inn mot foretakenes forhandlinger om en konkurransebegrensende avtale før denne ble inngått, kunne det hevdes at dette ville innebære en form for forebygging mot overtredelse av selve forbudsbestemmelsene. Generaladvokat Vesterdorf uttalte imidlertid uttrykkelig i sitt forslag til avgjørelse i *Polypropylen*²²⁴ at det ikke er rom for noe eget forsøksbegrep innenfor art 81:

”[E]lementære retssikkerhedsmæssige betragtninger taler for, at der ikke uden udtrykkeligt lovmæssigt grundlag søges skabt et forsøgsområde uden om artikel [81], et område der i virkeligheden udvider denne bestemmelse. Der kan da heller ikke, verken i senere praksis fra Domstolen eller i teorien, hentes støtte for, at forsøg på at fuldbyrde de gerningsindhold, der er beskrevet i artikel [81], skulle være ulovligt.”²²⁵

²²³ Kerse/Khan margpunkt 6-021 uttrykker dette slik: “...in the absence of any established infringement there is ... no basis on which the Commission may act. Article 7 of Reg.1/2003 is, by its terms, limited to cases where the Commission “finds that there is an infringement” (or finds that “an infringement has been committed in the past.”). I forhold til krrl § 12 uttaler Graver/Hjelmeng på s. 32: ”For det første er det et vilkår at det har skjedd en overtredelse av én av forbudsbestemmelsene. Påbud i rent forebyggende øyemed hjemles ikke i bestemmelsen.”

²²⁴ Sak T-7/89, *Hercules mot Kommisjonen*, Sml 1991 s. II-1711, felles uttalelse fra Generaladvokaten til alle polypropylen-sakene, se sak T-1/89, *Rhône-Poulenc*, Sml. 1991 s. II-869.

²²⁵ *ibid.* s. II-945-946.

Tilsvarende må gjelde for forbudet mot misbruk av dominerende stilling. Den samme vurderingen av at det ikke er noe eget rom for forsøk, må dessuten legges til grunn for de norske konkurransereglene, som jo er basert på de tilsvarende EF- og EØS-rettslige forbudsbestemmelsene og skal tolkes i samsvar med disse.²²⁶

At kravet om overtredelse avgrenser mot preventive pålegg, har viktige rettssikkerhetsmessige sider. Det sikrer forutberegnelighet; foretakene skal ikke risikere inngripen fra myndighetene dersom bestemmelsene ikke er overtrådt.

6 Vedtak som forbyr gjentakelse av overtredelsen

Når et foretak får et vedtak som pålegger opphør av en overtredelse rettet mot seg, ligger det i dette at foretaket verken kan fortsette eller gjenta den aktuelle overtredelsen. Det ville jo gi liten mening om pålegget bare skulle forby opprettholdelse av den lovstridige adferden, og ikke skulle få virkning også der foretaket for eksempel bestemmer seg for å gjenoppta den samme eller nesten den samme ulovlige adferden en tid etter at vedtaket er fattet. I forarbeidene til konkurranseloven uttrykkes dette som at "[e]t vedtak om pålegg om opphør innebærer både en konstatering av at det har funnet sted en lovstridig handling og samtidig et forbud mot gjentakelse eller fortsettelse av handlingen."²²⁷ Det bemerkes at det vel så å si aldri vil være slik at et foretak gjentar *eksakt* den samme adferden i fremtiden, men at det oftere vil være snakk om en *lignende* adferd eller tilsvarende praksis, og at dette nok må omfattes av forbudet mot gjentakelse.

Selv om pålegget om opphør altså i seg selv innebærer et forbud mot gjentakelse av adferden som er konstatert ulovlig, er det en rekke eksempler på at Kommisjonen tar inn et

²²⁶ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68 og s. 224-225.

²²⁷ NOU 2003: 12 s. 67.

tillegg i vedtaket som uttrykkelig forbyr enhver fremtidig avtale eller praksis med samme eller lignende formål eller virkning som den konstaterte overtredelsen, såkalte ”like effects orders”. Kommisjonens vedtak i kartellsaken *Armeringsnet*²²⁸ gir et typisk eksempel på hvordan slike ”like effects orders” ofte formuleres. Her ga artikkel 2 i vedtaket først et pålegg om å bringe de konstaterte overtredelsene i saken til opphør, før Kommisjonen uttalte at foretakene ”i fremtiden i forbindelse med deres armeringsnetaktiviteter [skal] afholde sig fra enhver overenskomst eller samordnet praksis med samme eller lignende formål eller virkning.”²²⁹

I *Tetra Pak II*-saken²³⁰ ble et slikt tillegg godtatt av Førsteinstansretten. Saken gjaldt misbruk av dominerende stilling ved at kartongemballeringsforetaket Tetra Pak bl.a. hadde anvendt eliminerende og diskriminerende priser og lojalitetsrabatter. Kommisjonen hadde i artikkel 3 i sitt vedtak²³¹ pålagt Tetra Pak å bringe de konstaterte overtredelsene til opphør, og deretter pålagt følgende ”like effects order”: ”I den forbindelse unnlader Tetra Pak at gentage eller fortsætte den adfærd, der er omhandlet i artikel 1, og unnlader at træffe nogen form for foranstaltning med tilsvarende virkning.” Det var deretter gitt en rekke foranstaltninger med henblikk på å bringe overtredelsene til opphør, herunder forbud mot eliminerende eller diskriminerende priser, og mot enhver form for rabatt eller særlig fordelaktige betalingsvilkår som ikke var begrunnet i en objektiv motytelse. I Rettens dom problematiseres ikke Kommisjonens kompetanse til å gi tillegget. I premiss 220 uttaler Retten bl.a.:

²²⁸ Sak IV/31.553, *Armeringsnet*, EFT 1989 L 260 s. 1.

²²⁹ Blant mange andre eksempler på ”like effects orders” kan nevnes Kommisjonens vedtak i sak IV/29.595, *Pioneer hi-fi-udstyr*, EFT 1980 L 060 s. 21 artikkel 4, sak IV/25.757, *Hasselblad*, EFT 1982 L 161 s. 18 artikkel 4, sak 94/215/EKSF, *Stålbjælker*, EFT 1994 L 116 s. 1 artikkel 3, sak IV/34.446, *Trans Atlantic Agreement*, EFT 1994 L 376 s. 1 artikkel 4, sak IV/35.691/E-4, *Rørkartel* (præisolerede rør), EFT 1999 L 24 s. 1 artikkel 2, sak COMP D3/34493, *DSD*, EFT 2001 L166 s. 1 artikkel 2 og sak COMP/E-1/36.490, *Grafitelektroder*, EFT 2002 L 100 s. 1 artikkel 2.

²³⁰ Sak T-83/91, *Tetra Pak International SA mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. II-755.

²³¹ Sak IV/31.043, *Tetra Pak II*, EFT 1992 L 72 s. 1.

”For så vidt angår forbudet mod enhver form for rabat eller særligt favorable vilkår, som ikke er begrundet i en ”objektiv modydelse” som nævnt i beslutningens artikel 3, stk. 3, nr. 3, er sigtet hermed at bringe samtlige led i den i beslutningen anførte praksis til ophør samt at forhindre enhver form for tilsvarende praksis.”

I flere senere avgjørelser er det vist til *Tetra Pak II*-dommen i forbindelse med at Kommisjonens kompetanse til å gi ”like effects orders” omtales.²³²

Rettspraksis har imidlertid trukket opp grenser for kompetansen til å forby gjentakelse av overtredelsen. Disse vil behandles i det følgende. Deretter skal det drøftes hvor hensiktsmessig bruken av ”like effects orders” er.

6.1 Grenser for kompetansen til å forby gjentakelse: Vedtaket må være rent deklarativt

I flere saker har Førsteinstansretten gitt uttrykk for at ”like effects orders” kun er av deklarativ karakter. Terminologien deklarativ tar sikte på å vise at vedtaket ikke innfører noen ny rettslig tilstand; det er kun snakk om en konkret anvendelse av et allerede eksisterende forbud.²³³ Graver/Hjelmeng uttrykker dette som at slike tillegg ikke vil kunne pålegge foretakene ytterligere forpliktelser utover det som følger av selve forbudet i krrl §§ 10 eller 11.²³⁴ I *Fiatagri*²³⁵ hadde Kommisjonen fattet et vedtak der en avtale om informasjonsutveksling mellom fabrikanter og eneimportører av landbrukstraktorer i Storbritannia ble ansett å være i strid med EF art 81(1). I artikkel 3 i vedtaket ga Kommisjonen et pålegg om opphør av den ulovlige adferden, og deretter en ”like effects order”:

²³² Se f.eks. Rettens avgjørelse i *PVC II*-saken, sak T-305/94 m.fl., *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-931 premiss 1249.

²³³ Jf. her Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 102, fotnote 42.

²³⁴ Graver/Hjelmeng s. 32.

²³⁵ Sak IV/31.370 og 31.446, *U.K. Agricultural Tractor Registration Exchange*, EFT 1992 L 68 s. 19.

”[Agricultural Engineers Association Ltd og informationscentralens åtte medlemmer] skal for fremtiden undlade at indgå nogen aftale eller deltage i nogen samordnet praksis, der kan have det samme eller et lignende formål eller den samme eller en lignende virkning.”

To av avtaledeltagerne, Fiatagri og New Holland Ford, anket vedtaket inn for Førsteinstansretten,²³⁶ og anførte bl.a. at det var vanskelig å fortolke, og ikke mulig å fastslå den presise rekkevidden av forpliktelsen som ble pålagt deltagerne i vedtakets artikkel 3. Til dette uttalte imidlertid Retten følgende:

”[Artikkel 3] er rent deklarasjonsmessig. Traktatens artikkel [81], stk. 1, fastslår et prinsipielt forbud mot avtaler, der begrenser konkurransen. Denne bestemmelse, der har ordre public-karakter, gjelder derfor for de sagsøgende virksomheder, uafhængigt af, om Kommissionen har givet noget pålæg herom, i hvert fald når Kommissionen, således som den i dette tilfælde har gjort det i beslutningens punkt 16 og 61 og i den ovenfor citerede artikkel 1 i dens konklusion, sætter virksomhederne, som har krav på retssikkerhed, når de disponerer, i stand til at få kendskab til, i hvilket omfang den informationsudvekslingsordning, de deltager i, er lovlig. I så henseende fremgår det navnlig af beslutningens punkt 50, der på ingen måde modsiger konklusionen, at en kendskab til konkurrenternes salg i ”historisk” øyemed ikke er ulovlig. Det bemærkes i det hele, at såfremt Kommissionen ville forbyde en anden informationsudvekslingsordning, som sagsøgerne deltog i, kunne den direkte anvende traktatens artikkel [81], stk. 1, uafhængigt af artikkel 3 i beslutningens konklusion. Som det hævdes af Kommissionen, er beslutningens konklusion, når den læses i lyset af betragtningerne, især punkt 16 og 61, således klar.”²³⁷

I avgjørelsen i *Eurofer*²³⁸ bekreftet Retten disse synspunktene. Her hadde Kommisjonen funnet at avtaler og forskjellige former for samordnet praksis mellom europeiske produsenter av stålbjelker utgjorde en overtredelse av EKSF-traktaten art 65.²³⁹ Kommisjonen hadde pålagt foretakene å bringe overtredelsene til opphør, og deretter gitt en ”like effects order”. Eurofer anket vedtaket inn for Retten, og anførte bl.a. at

²³⁶ Sak T-34/92, *Fiatagri UK Ltd og New Holland Ford Ltd mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. II-905.

²³⁷ *ibid.* premiss 39.

²³⁸ Sak T-136/94, *Eurofer ASBL mot Kommisjonen*, Sml. 1999 side II-263.

²³⁹ Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab (EKSF), Paris 18. april 1951. Traktatens art 65 ga et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid innenfor kull- og stålsektoren.

forpliktelsen til å ikke treffe ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” ikke var tilstrekkelig begrunnet:

”Eftersom der ikke gives en præcis definition af de elementer, der udgør en sådan foranstaltning, forbyder beslutningens artikel 3 i sidste ende en hvilken som helst form for konkurrencebegrænsning og er dermed ikke i overensstemmelse med formålet med påbud om at ophøre med eller undlade handlinger, nemlig at konkretisere adressaternes forpligtelser.”²⁴⁰

Retten fant imidlertid, under henvisning til *Fiatagri*, at forbudet mot å treffe ”foranstaltninger med tilsvarende virkning” var av ren deklarativ karakter, og at formålet var å forhindre gjentakelse av den adferd som var blitt konstatert ulovlig. Dessuten uttalte Retten at Kommisjonen uansett hadde rett til å gripe inn mot eventuelle senere overtredelser med hjemmel i EKSF art 65. Pålegget ble videre ansett tilstrekkelig klart siden Kommisjonen i vedtakets begrunnelse hadde angitt under hvilke omstendigheter den anså adferden konstatert i vedtakets artikkel 2 for å være ulovlig. Også for disse uttalelsene ble det henvist til *Fiatagri*.²⁴¹

De ”like effects orders” som ble gitt i disse sakene ble altså godtatt av Retten med uttrykkelig henvisning til at de var av ren deklarativ karakter. Tilleggene forbød gjentakelse av den adferden som vedtaket hadde fastslått at utgjorde en overtredelse av forbudsbestemmelsen, eller en adferd med lignende formål eller virkning. Vedtaket hadde dermed forankring i en konstatert overtredelse. Det ble påpekt i begge avgjørelsene at hvis Kommisjonen ville forby en *annen* adferd i fremtiden, kunne den da direkte anvende forbudsbestemmelsen i traktaten. Begge avgjørelsene viste videre til at det at pålegget var tilstrekkelig klart utformet hadde betydning. Dersom det ikke ut fra vedtaket som helhet kan leses en presis angivelse av hvilke omstendigheter som gjør adferden ulovlig, betyr nok dette at også den ”like effects order” som er gitt kan få et så vidt nedslagsfelt at den i

²⁴⁰ *ibid.* premiss 110.

²⁴¹ *ibid.*, premiss 114-115.

realiteten innebærer en ren forebyggelse av mulige fremtidige overtredelser (slik det ble avgrenset mot ovenfor under kapittel 5).

Et eksempel på at deler av en "like effects order" ikke ble godtatt av Retten gir *Kartongsakene*.²⁴² Det var her snakk om en rekke kartongprodusenter som Kommisjonen fant at hadde overtrådt kartellforbudet i art 81(1). Kommisjonen påla foretakene å bringe overtredelsene til opphør, og ga deretter en "like effects order":

"De skal for fremtiden i forbindelse med deres aktiviteter i kartonbranchen afholde sig fra enhver form for aftale eller samordnet praksis, som kan have samme eller tilsvarende formål eller virkning, herunder enhver form for udveksling af forretningsmæssige oplysninger".²⁴³

Kommisjonen ga så en rekke utdypende forbud som hadde til formål nettopp å forby fremtidig utveksling av forretningsmessige opplysninger, herunder forbud mot utveksling av både individuelle og visse statistiske opplysninger. Flere av kartelldeltagerne anket Kommisjonens vedtak inn for Retten. I alle sakene opphevet Retten forbudet mot utveksling av statistiske opplysninger, med den begrunnelse at Kommisjonen i sin begrunnelse for vedtaket ikke hadde godtgjort at en slik utveksling på selvstendig grunnlag utgjorde noen overtredelse:

"Et sådant forbud går ud over, hva der er nødvendigt for at sikre, at de regler, som er blevet tilsidesat, overholdes, for så vidt som det er til hinder for, at der udveksles rent statistiske oplysninger, der ikke har karakter af individuelle eller identificerbare oplysninger, med den begrundelse, at oplysningerne kunne anvendes til konkurrencebegrænsende formål. Dels fremgår det ikke af beslutningen, at Kommissionen skulle have anset udveksling af statistiske oplysninger som sådan for at være i strid med traktatens artikel [81], stk. 1. Dels medfører den omstændighed, at et system til udveksling af statistiske oplysninger vil kunne anvendes til konkurrencebegrænsende

²⁴² Se bl.a. sak T-311/94, *BPB de Eendracht NV mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-1129, sak T-334/94, *Sarrió SA mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-1439, sak 352/94, *Mo och Domsjö AB mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-1989 og sak T-354/94, *Stora Kopparbergs Bergslags AB mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-2111.

²⁴³ Jf. vedtakets artikkel 2 i sak IV/C/33.833, *Karton*, EFT 1994 L 243 s. 1.

formål, ikke, at det er i strid med traktatens artikel [81], stk. 1, idet dets konkurrencebegrensende virkninger i så tilfælde skal fastslås konkret.”²⁴⁴

Forbudet mot utveksling av statistiske opplysninger innebar en ren forebyggelse av en mulig fremtidig konkurransebegrensende adferd, og betydde at foretakene ble pålagt ytterligere forpliktelser enn det som fulgte av selve forbudsbestemmelsene. *Kartongsakene* viser dermed tydelig hvordan en ”like effects order” ikke kan gå utover det deklorative og forby fremtidig adferd som ikke er funnet rettsstridig etter forbudsbestemmelsene.²⁴⁵

I *PVC II-saken*²⁴⁶ fant Retten det nødvendig å ”distinguish the case” fra *Kartongsakene*. Saken gjaldt en rekke produsenter av PVC som Kommisjonen fant hadde overtrådt kartellforbudet i EF art 81(1). Kommisjonen ga foretakene et pålegg om opphør, og inkluderte en ”like effects order” i vedtakets artikkel 2: ”[Foretakene] skal for fremtiden, hva angår deres PVC-aktiviteter, afstå fra enhver aftale eller samordnet praksis med samme eller lignende formål eller virkning, herunder enhver utveksling af sådanne opplysninger, der normalt betraktes som forretningshemmeligheter”.²⁴⁷ Deretter presiserte Kommisjonen de opplysninger som det i henhold til dette ble forbudt å utveksle. Retten fant at artikkel 2 ikke innebar noen overskridelse av Kommisjonens påleggskompetanse. Den fremhevet at det vedtaket forbød var fremtidig utveksling av opplysninger om andre individuelle produsenters produksjon, leveranser m.v., mens generelle opplysninger kunne utveksles, så lenge man ikke av disse kunne utlede individuelle produsenters adferd. Dette sto i motsetning til Kommisjonens vedtak i *Kartongsakene*: ”Endelig viser andet punktum i beslutningens artikkel 2 klart, at Kommissionen i modsætning til den situation, som Retten tager stilling til i sager, der er anlagt til prøvelse af Kommissionens beslutning 94/601/EF af 13. juli 1994 om en procedure i henhold til traktatens

²⁴⁴ *BPB de Eendracht mot Kommisjonen* premiss 286, *Sarrió mot Kommisjonen* premiss 280, *Mo och Domsjö mot Kommisjonen* premiss 256 og *Stora mot Kommisjonen* premiss 112.

²⁴⁵ Der et forbud går utover det deklorative, kan det samtidig sies å innebære at de byrder et foretak pålegges overskrider grensene for det som er rimelig og nødvendig for å sikre at de tilsidesatte reglene overholdes – m.a.o. at forbudet står i strid med kravet om forholdsmessighet.

²⁴⁶ Sak T-305/94 m.fl., *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-931.

²⁴⁷ Sak IV/31.865, *PVC II*, EFT 1994 L 239 s. 14.

artikel [81] (IV/C/33.833 – Karton) (EFT L 243, s. 1), ikke har medtaget et forbud, der ligeledes under visse omstændigheder omfatter udveksling af samlede oplysninger.”²⁴⁸

En annen sak som klart illustrerer at Retten ikke har godtatt forbud mot fremtidig adferd som ikke er fastslått ulovlig etter forbudsbestemmelsene er *Langnese-Iglo*.²⁴⁹ Dette var riktignok en sak der det forbudet Kommisjonen hadde gitt skilte seg fra en vanlig ”like effects order”. Saken er likevel av interesse i denne sammenheng. Kommisjonen hadde her i artikkel 1 i sitt vedtak²⁵⁰ fastslått at de eksklusive kjøpsavtaler iskremprodusenten Langnese-Iglo hadde inngått med en rekke videreforhandlere med forretningssted i Tyskland var i strid med art 81(1), og besluttet i artikkel 2 at selv om avtalene falt innunder gruppefritaket for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, skulle fordelene ved dette gruppefritaket likevel bortfalle. Forbudet Kommisjonen nedla i artikkel 4 lød slik: ”Det forbydes Langnese-Iglo GmbH at inngå avtaler af den i artikkel 1 omhandlede karakter indtil den 31. december 1997.” Retten fant at dette forbudet måtte annulleres. Den pekte for det første på at såfremt inngåelsen av eksklusive kjøpsavtaler ikke i vesentlig omfang bidrar til en avskjerming av markedet, er art 81(1) som utgangspunkt ikke til hinder for at slike avtaler inngås.²⁵¹ Kommisjonens forbud i vedtakets artikkel 4 rettet seg likevel mot *enhver form* for fremtidige eksklusive kjøpsavtaler uansett avtalenes virkning på det relevante marked, og ikke bare mot fremtidige avtaler med samme eller lignende formål eller virkning som de avtaler Kommisjonen hadde funnet uforenelige med art 81(1).²⁵² Her skilte dermed

²⁴⁸ *LVM m.fl. mot Kommisjonen*, premiss 1258. Rettens uttalelser ble verken kommentert eller bestridt i den senere avgjørelsen i samme sak for Domstolen (sak C-238/99 P m.fl., *LVM m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. I-8375). Domstolsavgjørelsen omtales for øvrig nedenfor under 7.2.

²⁴⁹ Sak T-7/93, *Langnese-Iglo GmbH mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-1533.

²⁵⁰ Sak IV/34.072, *Langnese-Iglo GmbH*, EFT 1993 L 183 s. 19.

²⁵¹ *Langnese-Iglo mot Kommisjonen* premiss 207.

²⁵² I sin senere kontraappell for Domstolen (sak C-279/95 P, *Langnese-Iglo GmbH mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. I-5609) gikk Kommisjonen bort fra denne vide fortolkningen av vedtakets artikkel 4, og hevdet at bestemmelsen bare forbød Langnese-Iglo å gjenopprette *samme kompleks* av eksklusive kjøpsavtaler som selskapet tidligere hadde opprettet, og *ikke* hindret selskapet i å inngå *enhver form* for eksklusive kjøpsavtaler. Domstolen sluttet seg imidlertid til generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til avgjørelse

artikkel 4 seg fra de deklorative "like effects orders" som rettspraksis har godtatt.²⁵³ Retten uttalte videre at gruppefritaksforordningen var en generell rettsakt, og selv om Kommisjonen hadde kompetanse til å la fordelene bortfalle i en konkret sak, hadde den ikke adgang til å la fordelene ved et gruppefritak bortfalle med hensyn til *fremtidige* avtaler.²⁵⁴

6.2 Hensiktsmessigheten av "like effects orders"

Rettspraksis viser altså at konkurransemyndighetene har kompetanse til å ta inn "like effects orders" i vedtaket, under forutsetning av at de kun er deklorative. Men selv om kompetansen foreligger, kan det stilles spørsmål ved hvor hensiktsmessig og nødvendig anvendelsen av "like effects orders" er.

En "like effects order" i vedtaket kan hevdes å sikre en mest mulig effektiv og virkningsfull beslutning ved at den hindrer gjentakelse i fremtiden av den konkurransebegrensende adferden som er funnet lovstridig. Som nevnt tidligere innebærer imidlertid et pålegg om opphør i seg selv et forbud mot å fortsette eller gjenta adferden som er blitt konstatert ulovlig. Dessuten vil det jo uansett kunne gripes inn mot senere overtredelser med hjemmel i forbudsbestemmelsene. Dette tilsier at anvendelsen av "like effects orders" er unødvendig og ikke har noen reell funksjon. Riktignok kan det argumenteres med at et uttrykkelig forbud mot enhver fremtidig avtale eller praksis med samme eller lignende formål eller virkning som den konstaterte overtredelsen, kan bidra til at konkurransemyndighetenes risiko for å måtte innlede en ny prosedyre om samme spørsmål reduseres. Men i praksis vil en manglende etterlevelse av forbudet uansett kreve en ny prosedyre for å finne ut hvorvidt

som fastslo at den vide fortolkning Retten hadde anlagt av artikkel 4 var den korrekte, og avviste på dette grunnlag Kommisjonens kontraappell.

²⁵³ Generaladvokaten fremhevet i sitt forslag til avgjørelse i kontraappellen for Domstolen (jf. fotnoten ovenfor) nettopp dette: "Motsat bestemmelser, som Kommissionen har kunnet optage i andre beslutninger, forbyder artikkel 4 ikke de virksomheder, som er blevet straffet, fremover at indgå aftaler med samme eller tilsvarende indhold eller effektive virkning som de aftaler, som er forbudt i henhold til beslutningen." (avsnitt 40 i forslaget).

²⁵⁴ *Langnese-Iglo mot Kommisjonen* (Førsteinstansretten) premiss 208.

den nye adferden har ”samme eller lignende formål eller virkning” som den som er konstatert rettsstridig. Ritter/Braun har fremhevet dette poenget, idet de om Kommisjonens praksis med ”like effects orders” sier følgende:

”This practice seems legally doubtful and in practice unenforceable because the non-respect of such an order requires a new proceeding anyway in order to investigate and state that the new conduct was ’similar’ to, and as incompatible as, the old conduct.”²⁵⁵

I rettspraksis er det særlig Rettens avgjørelse i *PVC II*-saken (se ovenfor under 6.1) som synes å gi tilslutning til Kommisjonens bruk av ”like effects orders”.²⁵⁶ Retten innledet her sin drøftelse av den ”like effects order” som ble gitt med å uttrykkelig poengtere at ”[s]ådanne påbud er helt klart omfattet af den beføjelse, Kommissionen tillægges ved artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17.”²⁵⁷ Kommisjonen hadde presisert hva som lå i begrepet ”avtale eller samordnet praksis med samme eller lignende formål eller virkning” ved å vise til en rekke typer opplysninger foretakene fikk forbud mot å utveksle, og Retten fremhevet at disse presiseringene lå innenfor Kommisjonens kompetanse. I denne forbindelse pekte Retten særlig på at formålet med presiseringene var å forhindre at foretakene skulle *omgå* forbudet mot å fortsette eller gjenoppta de former for adferd som var konstatert i beslutningen.²⁵⁸ Retten må imidlertid samtidig sies å ha anerkjent at ”like effects orders” bare kan være av deklarativ karakter – noe som understrekes av at den fant det nødvendig å skille kommisjonsvedtaket i *PVC II* fra det i *Kartong* (jf. ovenfor under 6.1). Avgjørelsen illustrerer at en ”like effects order”, særlig der den inneholder uttrykkelige presiseringer, kan bidra til å klargjøre *hva* som innebærer en gjentakelse – selv om tillegget bare er rent deklarativt.

²⁵⁵ Ritter/Braun s. 1110 fotnote 623.

²⁵⁶ Kerse/Khan, margpunkt 6-021 fremhever at dette bifallet til bruken av ”like effects orders” skjer til tross for Rettens avgjørelse i *Fiatagri* hvor Retten i henhold til Kerse/Khan ”made it clear that the Commission only has power to act against actual infringements.”

²⁵⁷ *LVM m.fl. mot Kommisjonen*, premiss 1253.

²⁵⁸ *ibid.*, premiss 1254 og 1256.

Også Førsteinstansrettens avgjørelse i *Irish Sugar*²⁵⁹ kan nevnes; på samme måte som i *PVC II* godtok Retten her den "like effects order" Kommisjonen hadde gitt. Saken gjaldt misbruk av dominerende stilling etter EF art 82 ved at sukkerleverandøren Irish Sugar bl.a. hadde gitt diskriminerende prisrabatter. Etter å ha påbudt Irish Sugar å bringe de konstaterte overtredelsene til opphør, ga Kommisjonen i vedtakets artikkel 3 et generelt forbud mot å gjenta overtredelsene i fremtiden eller treffe noen form for foranstaltning med tilsvarende virkning, før den ga en rekke påbud og forbud som nettopp hadde til formål å forhindre en slik gjentakelse.²⁶⁰ Retten uttalte at den "like effects order" som var gitt var i overensstemmelse med rettspraksis, "for så vidt som den alene omfatter adfærd, der er uforenelig med traktaten."²⁶¹, noe som må sies å være et uttrykk for kravet om at vedtaket må være av ren deklarativ karakter. Som i *PVC II* fant Retten videre at rekken med påbud og forbud som var gitt etter det generelle gjentakelsesforbudet kun var presiseringer av hvordan det generelle forbudet skulle etterleves, og at disse presiseringene dekket de overtredelser Kommisjonen hadde konstatert tidligere i vedtaket. Irish Sugar fikk på bakgrunn av dette ikke medhold i sin anførsel om at den "like effects order" som var gitt rammet bredere enn den overtredelse den vedrørte.

Ved uttrykkelig å presisere og klargjøre hva som innebærer en gjentakelse av den konstaterte rettsstridige adferden, vil "like effects orders" i en viss utstrekning kunne bidra til at de foretak avgjørelsen gjelder lettere holder seg innenfor forbudsbestemmelsene i fremtiden. Når tilleggene er utformet på en slik måte, kan de etter min oppfatning sies å ha en viss funksjon, selv om de bare er deklorative.

²⁵⁹ Sak T-228/97, *Irish Sugar plc mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-2969.

²⁶⁰ Sak IV/34.621, 35.059/F-3, *Irish Sugar plc*, EFT 1997 L 258 s. 1.

²⁶¹ *Irish Sugar plc mot Kommisjonen*, premiss 301.

7 Vedtakskompetansen når en overtredelse allerede har opphørt

7.1 Fastsettelsesvedtak

Når konkurransemyndighetene pålegger et foretak å opphøre med en overtredelse eller ilegger bøter/overtredelsesgebyr for en overtredelse, ligger det ”innebygget” i vedtaket at de har kompetanse til å konstatere at en overtredelse har funnet sted.²⁶² Det som skal behandles i det følgende er imidlertid konkurransemyndighetenes kompetanse til å fatte et selvstendig vedtak som konstaterer at det har skjedd en overtredelse, *etter* at overtredelsen har opphørt, og *uten* at det er ilagt bøter/overtredelsesgebyr.

Praksis fra Kommisjonen under forordning 17/62 art 3 viser at den lenge har ansett at den har kompetanse til å fatte slike fastsettelsesvedtak.²⁶³ I *GVL*²⁶⁴ bekreftet EF-domstolen at en slik kompetanse forelå. I *Vitaminer* presiserte Førsteinstansretten uttrykkelig under henvisning til *GVL* at Kommisjonens kompetanse under forordning 17/62 til å fastslå overtredelser har en ubestridelig selvstendig karakter, slik at en konstatering av overtredelse ikke er avhengig av at det vedtas et pålegg om opphør eller ilegges en bot.²⁶⁵ I

²⁶² Se sak 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten MBH (GVL) mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 483, premiss 23, der Domstolen uttaler at “[b]efølgelsen til at træffe beslutninger ... [om pålegg om opphør og ileggelse av bøter og tvangsbøter] omfatter nødvendigvis befølgelsen til at konstatere den pågående overtrædelse.” Tilsvarende Rettens dom av 6. oktober 2005 i sak T-22/02 og T-23/02, *Sumitomo Chemical Co. Ltd og Sumika Fine Chemicals Co. Ltd mot Kommisjonen (Vitaminer)* der premiss 36 fastslår det samme og viser til *GVL mot Kommisjonen*. Begge disse sakene vil for øvrig omtales nærmere nedenfor.

²⁶³ Se for eksempel sakene IV/27.000, *IFTRA Aluminium*, EFT 1975 L 228 s. 3, IV/32.031, *Auditel*, EFT 1993 L 306 s. 50, IV/36.069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, EFT 1998 L 1 s. 10, IV/31.550 – *Zera/Montedison*, EFT 1993 L 272 s. 28 og IV/33.384 og 33.378, *Salg af pakkerejser i forbindelse med verdensmesterskabet i fodbold i 1990*, EFT 1992 L 326 s. 31.

²⁶⁴ Sak 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten MBH (GVL) mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 483, premiss 16-28.

²⁶⁵ Jf. Rettens dom av 6. oktober 2005 i sak T-22/02 og T-23/02, *Sumitomo Chemical Co. Ltd og Sumika Fine Chemicals Co. Ltd mot Kommisjonen (Vitaminer)* premiss 63. Grunnen til at Retten presiserte dette var for å tilbakevise en anførsel om at det at lovovertrederen ikke kunne ilegges bøter pga. en foreldelsesregel,

dag følger EØS-myndighetenes kompetanse til å fatte fastsettelsesvedtak uttrykkelig av forordning 1/2003 art 7 nr. 1 siste punktum: ”når Kommissionen har en berettiget interesse deri, kan den endvidere fastslå, at der tidligere forelå en overtrædelse, som er bragt til ophør.”²⁶⁶

Krrl § 12 inneholder i motsetning til forordning 1 ingen uttrykkelig spesifisering av Konkurransetilsynets kompetanse til å fatte fastsettelsesvedtak. Det fremgår imidlertid av uttalelser i forarbeidene at en slik kompetanse foreligger:

”I saker hvor overtredelsen er opphørt, forutsetter utvalget at Konkurransetilsynet ... kan konstatere at det har foreligget en overtredelse, uten at det er nødvendig med en særlig presisering av dette i loven.”²⁶⁷

I følge ordlyden i art 7 ligger en begrensning av kompetansen til å fatte fastsettelsesvedtak i at det må foreligge en ”berettiget interesse”. Dette bygger på praksis under forordning 17/62, jf. Domstolens uttalelse i *GVL*:

”Det med nærværende anbringende rejste problem er derfor ... om Kommissionen i denne sag havde en *legitim interesse* i at træffe en beslutning, hvorved der konstateres en overtrædelse, som den pågældende virksomhed allerede havde bragt til ophør.”²⁶⁸ (min utheving).

Forarbeidene til konkurranseloven sier ikke uttrykkelig at en slik berettiget interesse også er en forutsetning for Konkurransetilsynets kompetanse til å fatte fastsettelsesvedtak. Lovutvalget nevner imidlertid Kommisjonens kompetanse til å fatte fastsettelsesvedtak

samtidig medførte at Kommisjonen heller ikke kunne fatte et vedtak som konstaterte at den opphørte overtredelsen hadde funnet sted.

²⁶⁶ Se også fortalens 11. betraktning: ”Når der foreligger en berettiget interesse heri, bør Kommissionen også kunne vedtage beslutninger, der fastslår en overtrædelse, efter at denne er ophørt, selv om der ved beslutningen ikke pålægges bøder.”

²⁶⁷ NOU 2003: 12 s. 67. Departementet sluttet seg til dette, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

²⁶⁸ *GVL mot Kommisjonen*, premiss 24.

etter art 7, og trekker da frem forutsetningen om berettiget interesse. Utvalget viser til at en slik berettiget interesse, nemlig at det kan være et behov for å avklare nye tolkningsspørsmål og dermed bidra til å sikre en ensartet anvendelse av konkurransereglene (se om dette straks nedenfor), gjør seg like sterkt gjeldende for den norske konkurranseloven.²⁶⁹ På bakgrunn av dette er det rimelig å anta at når forarbeidene legger til grunn at Konkurransetilsynet har den samme kompetansen som Kommisjonen til å fatte fastsettelsesvedtak, følger begrensningen om at det må foreligge en berettiget interesse samtidig med.

Når konkurransemyndighetene vedtar pålegg om opphør eller ilegger bøter/overtredelsesgebyr for en overtredelse, ligger det som nevnt "innebygget" i vedtaket at de har kompetanse til å konstatere at en overtredelse har funnet sted, og den berettigede interessen i å fastslå at en overtredelse har skjedd kan da sies å ligge i selve vedtakets natur.²⁷⁰ Spørsmålet som skal drøftes nedenfor er imidlertid hva som kan utgjøre en berettiget interesse i å fatte et vedtak som fastslår en overtredelse, der overtredelsen allerede har opphørt og ingen bot/overtredelsesgebyr er ilagt.

Praksis viser at berettiget interesse foreligger der det er en fare for at foretaket gjenopptar den konkurranseskadelige adferden i fremtiden, eller der det er av allmenn interesse å avklare spørsmål knyttet til nye typer avtaler og adferd som ikke har blitt løst i den eksisterende rettspraksis.²⁷¹ Disse forholdene kan henge sammen, og i *GVL* ble

²⁶⁹ NOU 2003: 12 s. 67.

²⁷⁰ Se Kerse/Khan margpunkt 6-019: "The power to impose fines by reference to the duration of the infringement implies a power to make a finding that an infringement has taken place, so in most instances, the legitimate interest in making a finding of an infringement in respect of past conduct arise from the very nature of the decision itself."

²⁷¹ Jf. Kommisjonens forslag til ny rådsforordning om gjennomføring av art 81 og 82 (senere forordning 1/2003), KOM/2000/582 endelig udg., EFT 2000 C 365 E s. 284 som under punkt IV bl.a. har følgende bemerkninger til art 7: "I overensstemmelse med Domstolens retspraksis [henvisning til *GVL*-saken], er Kommissionens beføjelse til at vedtage en beslutning om, at der foreligger en overtrædelse, under sådanne omstændigheder dog begrænset til de tilfælde, hvor den har en berettiget interesse deri. Dette kan være

Kommisjonens interesse i å fatte et fastsettelsesvedtak knyttet til begge. Saken gjaldt en overtredelse av EF art 82: GVL, som var den tyske opphavsrettslige forvaltningsorganisasjonen som bl.a. ivaretok utøvende kunstneres opphavsrettigheter, hadde frem til 21. november 1980 nektet å inngå avtaler om ivaretagelse av rettighetene til kunstnere som ikke hadde tysk statsborgerskap eller bopel i Tyskland. Etter denne datoen ga GVL opp denne praksisen, og endret sine vedtekter og standardavtale. GVL ga imidlertid uttrykk for at selskapet i lys av den uklare rettstilstanden på området også fremover ville være berettiget til å unnlate å ivareta rettighetene for ikke-tyske kunstnere. På bakgrunn av dette mente Kommisjonen at det for å avklare rettstilstanden, ta hensyn til klagerne og unngå fremtidige overtredelser av samme eller lignende art, var nødvendig å fatte et vedtak etter art 3 i forordning 17/62.²⁷² Domstolen fant i sin avgjørelse at Kommisjonen med rette hadde gått ut fra at det var en fare for gjenopptagelse av GVLs praksis hvis det ikke ble uttrykkelig bekreftet at GVL var forpliktet til å bringe adferden til opphør, og at det derfor var nødvendig med en avklaring av rettstilstanden. Kommisjonen hadde dermed en legitim interesse i å fatte fastsettelsesvedtaket.²⁷³

Et eksempel på et fastsettelsesvedtak først og fremst fattet med bakgrunn i et ønske om å klargjøre rettstilstanden, gir Kommisjonens avgjørelse i *EATA*.²⁷⁴ Saken gjaldt en avtale inngått av rederiene som var parter i Europe Asia Trades Agreement (EATA) om begrensning av kapasitetsutnyttelsen og utveksling av opplysninger for å minske priskonkurransen mellom partene. Kommisjonen fant at denne avtalen (som var brakt til opphør før Kommisjonen fattet sin beslutning) innebar en overtredelse av art 81(1), og at betingelsene i art 81(3) ikke var oppfylt. I forbindelse med vurderingen av om avtalen kunne fritas individuelt etter art 81(3) uttalte Kommisjonen:

tilfældet, hvor der er risiko for, at adressaten gentager overtrædelsen, eller hvor sagen rejser nye fortolkningsspørgsmål, hvis afklaring er i den offentlige interesse.”

²⁷²Sak IV/29.839, *GVL*, EFT 1981 L 370 s. 49, avsnitt 74.

²⁷³ Jf. *GVL mot Kommisjonen*, premiss 27 og 28.

²⁷⁴ Sak IV/34.250, *Europe Asia Trades Agreement (EATA)*, EFT 1999 L 193 s. 23.

”Selv om EATA nu er ophævet, er det af følgende grunde i Fællesskabets interesse, at der tages stilling til, om aftalen opfyldte betingelserne for individuell fritagelse. For det første vil EATA-parterne, som fortsat mener, at betingelserne for fritagelse er opfyldt, kunne få gavn af den større retssikkerhed, en formel kommissionsbeslutning om den pågældende praksis giver, specielt da flere af parterne tidligere har været genstand for kommissionsbeslutninger rettet mod overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler. For det andet fastsættes det i forordning (EØF) nr. 4056/86, at parterne ikke behøver at anmelde en aftale, for at den skal blive fritaget af Kommissionen – andre linjerederier vil derfor også kunne nyde godt af den øgede retssikkerhed, en formel kommissionsbeslutning om den pågældende praksis giver. For det tredje er det nyttigt for de nationale domstole og myndigheder at få en klar tilkendegivelse af Kommissionens standpunkt, såfremt en tredjemand skulle søge erstatning efter national lovgivning for skade, han måtte have lidt som følge af den her omhandlede praksis. I betragtning af Kommissionens praksis med at forhøje bødebøbet i tilfælde af gentagne overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler er det endelig vigtigt, at der vedtages en formel beslutning i denne sag med henblik på de håndhævelsesforanstaltninger, der eventuelt måtte blive truffet i fremtiden.”²⁷⁵

Kommisjonen gir altså her en rekke grunner som viser hvorfor det er i allmenn interesse, (både partene selv, andre linjerederier og nasjonale domstoler og myndigheter nevnes), at den – selv om avtalen har opphørt – vurderer vilkårene for om det forelå en overtredelse, og fatter et formelt vedtak om dette slik at tolkningsspørsmål avklares. Dette henger nok også sammen med at det i EU er et viktig hensyn at konkurransereglene i fellesskapsretten blir anvendt på en ensartet måte, noe som tilsier at Kommisjonen kan ha et særlig behov for å avklare nye tolkningsspørsmål. Som nevnt uttales det i konkurranselovens forarbeider at dette hensynet gjør seg like sterkt gjeldende for den norske konkurranseloven.²⁷⁶

Lovutvalget viser til Konkurransetilsynets vedtak V 2002-58, der Konkurransetilsynet grep inn mot TV2s andelsrabatter selv om praksisen hadde opphørt på vedtakstidspunktet. Konkurransetilsynet uttalte at vedtaket måtte treffes først og fremst av håndhevingsmessige grunner. Konkurransetilsynet ønsket å gjøre det klart at rabattordningene og klausulene ikke var forenlige med konkurranselovens bestemmelser.

²⁷⁵ EATA, avsnitt 182-186.

²⁷⁶ Jf. NOU 2003: 12 s. 67.

Kommisjonens tredje begrunnelse i *EATA* om at det også er nyttig for nasjonale domstoler og myndigheter å få en avklaring av Kommisjonens standpunkt til om partenes praksis er lovlig, peker hen på et forhold som muligens kan sies å utgjøre en egen ”berettiget interesse” EØS-myndighetene har i å fatte fastsettellesvedtak – nemlig at vedtaket kan tjene som støtte for private parters etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonale domstoler. EF-domstolen slo i *Courage mot Crehan*²⁷⁷ fast at den som er blitt påført skade som følge av en konkurransebegrensende avtale eller adferd, har krav på erstatningsrettslig beskyttelse etter nasjonal rett. Desentralisert håndheving av konkurransereglene ved nasjonale domstoler er dessuten en viktig del av forordning 1/2003. Utgangspunktet er riktignok at der ESA eller Kommisjonen har fattet et vedtak om overtredelse, vil dette formelt ikke binde nasjonale domstoler.²⁷⁸ Men vedtakene vil ha betydelig bevisverdi, og ut fra hensyn som alminnelig lojalitetsplikt og det at motstridende avgjørelser bør unngås, kan det hevdes at vedtakene bør tillegges betydelig vekt.²⁷⁹ Selv om skadelidte ikke *automatisk* kan støtte seg på et vedtak for å etablere overtredelse og ansvar grunnlag,²⁸⁰ taler disse hensynene likevel for at et fastsettellesvedtak fra EØS-myndighetene faktisk vil kunne gi en støtte for skadelidte i et senere erstatningssøksmål. Dette kan særlig være nyttig med tanke på at private gjennomgående har langt mer begrensede muligheter enn tilsynsorganene for å bringe fakta på det rene.²⁸¹ Skadelidte vil ikke nødvendigvis være i stand til å innhente de bevis som trengs der det for eksempel er snakk om en overtredelse med et stort geografisk omfang, og de ansvarlige foretak bestrider de faktiske forhold.

Kommisjonens praksis viser at den har vektlagt dette som en berettiget interesse i flere saker. Et eksempel er Kommisjonens avgjørelse i *Bloemenveilingen Aalsmeer*.²⁸² Saken gjaldt vertikale kjøpsavtaler inngått av den kooperative blomsterauksjonsforeningen ”De

²⁷⁷ Sak C-453/99, *Courage Ltd mot Bernard Crehan*, Sml. 2001 s. I-6297.

²⁷⁸ Jf. Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 459.

²⁷⁹ *L.c.*

²⁸⁰ Jf. Graver/Hjelmeng s. 161.

²⁸¹ Jf. Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 458.

²⁸² Sak IV/31.379, *Bloemenveilingen Aalsmeer*, EFT 1988 L 262 s. 27.

Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer” (VBA) med engrosforhandlere av blomster, herunder Firma Florimex BV, som leide lokaler på VBAs store auksjonsområde. Avtalene inneholdt regler som innebar at forhandlerne i prinsippet forpliktet seg til kun å kjøpe blomsterprodukter hos VBA med henblikk på videresalg gjennom de leide lokalene. Florimex hadde anlagt sak ved en nederlandsk domstol med krav om skadeserstatning, fordi VBA ved adferd i strid med EF art 81 og 82 hadde forhindret Florimex i økonomisk utbyttegivende forretningsvirksomhet. Retten utsatte saken for å avvente Kommisjonens vurdering. Selv om de reglene Kommisjonen undersøkte hadde blitt endret forut for avgjørelsen, fant Kommisjonen likevel at den kunne konstatere at det forelå en overtredelse av art 81(1):

”Med henblik på avslutning af retssagen mellem VBA og Florimex, der for øjeblikket er udsat, må det, af hensyn til andre blomsterauktioners anvendelse af tilsvarende regler og for at sikre en ensartet anvendelse af fællesskabsreglerne, konstateres, at der foreligger en overtrædelse.”²⁸³

Også for Konkurransetilsynet kan nok betydningen av en formell avgjørelse for senere sivile saker tenkes å utgjøre en berettiget interesse i å fatte et fastsettelsesvedtak. Men vedtakene vil nok her ikke ha en like stor bevisverdi i etterfølgende sivile saker som EØS-myndighetenes vedtak, men mer inngå som ett av flere momenter i bevisvurderingen.²⁸⁴

I dommen fra 2005 i saken om *Vitaminer*-kartellet drøfter Førsteinstansretten nærmere rekkevidden av vilkåret om berettiget interesse. I denne saken hadde Kommisjonen fastslått at flere foretak hadde overtrådt EF art 81(1) og EØS art 53(1) ved å delta i en rekke forskjellige avtaler som påvirket flere markeder for vitaminprodukter. To av kartelldeltagerne, de japanske foretakene Sumitomo og Sumika, anket Kommisjonens

²⁸³ *ibid.* avsnitt 168.

²⁸⁴ Jf. Graver/Hjelmeng s. 161. Dette henger nok først og fremst sammen med at EØS-myndighetenes vedtak generelt kan sies å stå sterkere: Mens de nasjonale domstoler ikke har kompetanse til å overprøve vedtak fattet av EØS-myndighetene (se særlig forordning 1 art 16 og EØS-konkurranseloven § 8), foreligger det ingen generell plikt for nasjonale domstoler til ikke å fatte avgjørelser i strid med tidligere forvaltningsvedtak, herunder vedtak fra Konkurransetilsynet.

avgjørelse inn for Retten; selv om de ikke var bøtelagt av Kommissjonen, ønsket de ikke å være gjenstand for et vedtak om overtredelse som bl.a. ville skade deres omdømme. Foretakene fikk medhold: Retten annullerte Kommissjonens vedtak for så vidt gjaldt Sumitomo og Sumika, med den begrunnelse at Kommissjonen hadde begått en rettslig feil ved å fatte vedtaket uten å ha undersøkt om den hadde en berettiget interesse i å fastslå foretakenes overtredelser. Kommissjonen hadde heller ikke etterpå godtgjort for Retten at en slik berettiget interesse forelå.²⁸⁵

Retten kommer med flere interessante uttalelser i dommen. Selv om Kommissjonen generelt hadde anført flere mulige situasjoner der det kunne foreligge en berettiget interesse i å fatte et fastsettelsesvedtak – herunder de interessene som er behandlet ovenfor, dvs. interessen i å presisere rettstilstanden, interessen i å motvirke gjentakelser og interessen i å gi skadelidte parter adgang til å anlegge sak ved nasjonale sivile rettsinstanser – hadde Kommissjonen

”ikke ud fra den konkrete sags faktiske omstændigheder, dvs. de meget grove og omfattende overtrædelser, som sagsøgerne er anklaget for, ... godtgjort, at disse mulige situationer forelå i denne sag og derfor gav den en berettiget interesse i at vedtage en beslutning om konstatering af overtrædelserne for så vidt angår sagsøgerne.”²⁸⁶

Retten utdypet dette ved å vise til at Kommissjonen ikke hadde

”påvist den mindste risiko for gentagelse fra sagsøgernes side. Den har heller ikke med udgangspunkt i den konkrete sag afgivet oplysninger om retssager eller planlagte retssager, iværksat af tredjeparter, der har lidt skade på grund af de ulovlige handlinger.”²⁸⁷

²⁸⁵ Jf. *Sumitomo Chemical Co. Ltd og Sumika Fine Chemicals Co. Ltd mot Kommissjonen (Vitaminer)* premiss 132-140.

²⁸⁶ *ibid.* premiss 138.

²⁸⁷ *l.c.*

Dette står i motsetning til for eksempel både *GVL* og *Bloemenveilingen Aalsmeer* omtalt ovenfor, der Kommisjonen nettopp knyttet den berettigede interessen i å fatte fastsettelsesvedtak til den konkrete saken: I *GVL* hadde jo GVL selv flere ganger erklært at selskapet anså rettstilstanden som så uklar at praksisen med å unnlate å ivareta rettighetene for ikke-tyske kunstnere fritt kunne gjenopptas. Det var derfor en reell fare for gjentagelse av overtredelsen, slik at Kommisjonen så det nødvendig å avklare rettstilstanden. I *Bloemenveilingen Aalsmeer* viste Kommisjonen til at den konkrete skadeserstatningssaken med bakgrunn i overtredelsene som var anlagt for nederlandsk rett, gjorde det nødvendig å fatte et fastsettelsesvedtak.

Vitaminer-dommen indikerer dermed at konkurransemyndighetene må knytte sin begrunnelse for at det foreligger en berettiget interesse til de konkrete partene og den konkrete situasjonen, fremfor bare å komme med en generell begrunnelse. Det er lett å se at vilkåret om berettiget interesse ellers lett ville utvannes – konkurransemyndighetene ville kunne fatte et vedtak om konstatering av overtredelse i alle tilfeller ved bare å vise til generelle situasjoner der en berettiget interesse kan foreligge, uavhengig av sakens nærmere omstendigheter.

Det er videre uttalelser i dommen som kan tyde på at det ikke er helt på det rene, men derimot omtvistet, om interessen i å gjøre det mulig for de skadelidte parter å anlegge sak for sivile nasjonale domstoler utgjør en berettiget interesse i å fatte fastsettelsesvedtak. Sumitomo og Sumika anførte at Kommisjonen verken etter EF-traktaten eller forordning 17/62 kunne anses å ha til oppgave å gjøre slike søksmål mulig.²⁸⁸ Retten uttalte at Kommisjonen ikke hadde imøtegått denne anførselen (samt flere andre anførsler fra foretakenes side) på en slik måte at den påståtte berettigede interesse kunne anses godtgjort. Sitatet fra premiss 138 gjengitt ovenfor tyder imidlertid på at dersom Kommisjonen hadde gitt opplysninger om rettssaker eller planlagte rettssaker iverksatt av tredjeparter som hadde lidt skade pga. overtredelsene (som i *Bloemenveilingen Aalsmeer*),

²⁸⁸ *ibid.* premiss 126.

ville Retten godtatt dette som en berettiget interesse. På denne bakgrunn mener jeg at dommen ikke rokker ved at det kan utgjøre en berettiget interesse i å fatte fastsettelsesvedtak at vedtaket kan tjene som støtte for private parters etterfølgende søksmål – men at det da må være snakk om en konkret (forestående) sak.

7.2 Vedtak som fattes der konkurransemyndighetene er usikre på om overtredelsen har opphørt

Noen ganger kan konkurransemyndighetene være i tvil om overtredelsen faktisk har opphørt eller ikke før vedtaket fattes. Det er en rekke eksempler på at Kommisjonen for å være på den sikre siden da uansett har gitt et pålegg om å bringe overtredelsen til opphør. Særlig har dette vært vanlig praksis ved fordekte karteller, ettersom konkurransemyndighetene da ofte ikke vil være i stand til å fastslå med absolutt sikkerhet om alle kartelldeltagerne har avsluttet overtredelsen.²⁸⁹ Kommisjonen har sett det slik at et fastsettelsesvedtak da ikke er tilstrekkelig – det er nødvendig å gi foretakene et pålegg om å bringe overtredelsen til opphør for å unngå enhver tvil. (I motsetning til et fastsettelsesvedtak gir et pålegg om opphør bl.a. konkurransemyndighetene mulighet til å ilegge tvangsmulkt etter krrl § 28 eller etter forordning 1 art 24 for å sikre oppfyllelse av vedtaket, ettersom ileggelse av tvangsmulkt forutsetter at det er fattet et vedtak med bestemte plikter pålagt foretaket).²⁹⁰

²⁸⁹ Jf. Kerse/Khan margpunkt 6-020: "Where a cartel has been conducted in secrecy a prohibition and "like effects" order ... seems to be standard, because the Commission is frequently not in a position where is able to declare with absolute certainty that all the participants have put an end to the infringement." Fordekte karteller er for øvrig generelt en hovedproblemstilling ved håndhevelsen av konkurransereglene – det er ikke bare vanskelig å fastslå om kartelldeltagerne har avsluttet overtredelsen, det mest problematiske er kanskje at det må føres bevis for at det faktisk har foregått en ulovlig samordning i utgangspunktet, se Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 453.

²⁹⁰ Se Graver/Hjelmeng s. 81.

Kommisjonens avgjørelse i *Rørkartel*²⁹¹ kan nevnes som et illustrerende eksempel på at det ble gitt et pålegg om opphør i en kartellsak der Kommisjonen ikke var sikker på om overtredelsen hadde opphørt.²⁹² Saken gjaldt produsenter av preisolerte rør til fjernvarmeanlegg som hadde deltatt i et kompleks av konkurransebegrensende arrangementer i strid med art 81(1). Kommisjonen uttalte:

”I den foreliggende sag gikk kartellets deltagere meget langt ... for at skjule deres aktiviteter. Deres møder blev i de fleste tilfælde holdt i hemmelighed under dække af eller i forbindelse med møder i tilsyneladende lovlige brancheforeninger. Overtrædelsen fortsatte længe efter, at Kommissionen havde foretaget kontrolundersøgelser ... Den eneste væsentlige ændring i virksomhedernes adfærd bestod i, at de øverste direktører i direktørklubben og den tyske kontaktgruppe begyndte at holde møde uden for EF, formodentlig i håb om, at de dermed kunne skjule deres aktiviteter. På det sidste møde blev det endog drøftet, hvorledes kartellet kunne videreføres på anden måde. Under disse omstændigheder er det ikke mulig at fastslå med sikkerhed, at overtrædelsen er ophørt selv på nuværende tidspunkt. Det er derfor nødvendigt, at Kommissionen pålægger de virksomheder, som denne beslutning er rettet til, at bringe overtrædelsen til ophør (hvis dette ikke allerede er sket)”.²⁹³

I *Volkswagen*²⁹⁴ bekreftet Førsteinstansretten at Kommisjonen har en slik kompetanse til å gi pålegg der den er i tvil om overtredelsen har opphørt. Kommisjonen hadde her funnet at Volkswagen AG, sammen med sine datterselskaper Audi og Autogerma, hadde overtrådt EF art 81(1) ved å inngå avtaler med italienske forhandlere i salgsnettene med sikte på å forby eller begrense salg til endelige forbrukere og forhandlere fra andre medlemsstater. Retten sa seg enig i at en slik overtredelse hadde funnet sted, men at Kommisjonen ikke hadde ført tilstrekkelige bevis for at det forelå noen overtredelse i perioden fra 1. oktober

²⁹¹ Sak IV/35.691/E-4, *Rørkartel (præisolerede rør)*, EFT 1999 L 24 s. 1.

²⁹² Andre eksempler på tilsvarende kommisjonsavgjørelser er *Polypropylen* (sak IV/31.149, EFT 1986 L 230 s. 1), *Citronsyre* (sak COMP/E-1/36.604, EFT 2002 L 239 s. 18), *Vitaminer* (sak COMP/E-1/37.512, EFT 2003 L 6 s. 1), *Zinkphosphat* (sak COMP/E-1/37.027, EUT 2003 L 153 s. 1), *Karbonfrit papir* (sak COMP/E-1/36.212, EUT 2004 L 115 s. 1), *Smagsforstærkere* (sak COMP/C.37.671, EUT 2004 L 75 s. 1) og *Organiske peroxider* (sak COMP/E-2/37.857, EUT 2005 L 110 s. 44).

²⁹³ *Rørkartel*, avsnitt 162.

²⁹⁴ Sak T-62/98, *Volkswagen AG mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2707.

1996 og frem til Kommisjonens vedtak. Dette berørte imidlertid ikke Kommisjonens kompetanse til å fastslå overtredelse og pålegge opphør:

”Mangelen på beviser for så vidt angår perioden fra den 1. oktober 1996 indtil vedtagelsen af den anfægtede beslutning anfægter ikke lovligheden af beslutningens artikel 1, i det omfang Kommissionen deri har fastslået, at sagsøgeren har overtrådt traktatens artikel [81], stk. 1. Dette forhold rejser heller ikke tvivl om lovligheden af beslutningens artikel 2 og 5, hvori Kommissionen bl.a. pålægger sagsøgeren at træffe en række foranstaltninger for at bringe overtrædelsen til ophør og fastsætter en tvangsbøde for at sikre gennemførelsen af disse pålæg. Herved bemærkes, at det forhold, at Kommissionen ikke har fremført relevante og samstemmende beviser for, at overtrædelsen fortsatte efter den 1. oktober 1996, ikke i sig selv skaber sikkerhed for, at overtrædelsen faktisk er ophørt. Selv om det følgelig kan lægges Kommissionen til last, at den bl.a. har udmålt bøden på grundlag af den ikke beviste antagelse om, at overtrædelsen fortsatte i tiden mellem den 1. oktober 1996 og datoen for vedtagelsen af beslutningen, kan der til gengæld *ikke rejses kritik af Kommissionen for i beslutningens konklusion at have givet visse pålæg til sagsøgeren for at skabe sikkerhed for, at enhver ulovlig handlemåde indstilledes, og for i denne forbindelse at have truffet bestemmelse om tvangsbøder*. Hvis det antages, at overtrædelsen faktisk var ophørt, ville dette under alle omstændigheder indebære, at beslutningens artikel 2 og 5 blev virkningsløse.”²⁹⁵ (mine uthevinger).

Også Domstolens avgjørelse i *PVC II-saken*²⁹⁶ kan sies å innebære en bekreftelse av Kommisjonens kompetanse til å gi pålegg om opphør der den er usikker på om overtredelsen faktisk har opphørt. Saken gjaldt en rekke PVC-produsenter som Kommisjonen fant at hadde overtrådt EF art 81 ved å ha deltatt i et hemmelig kartell. Kommisjonen uttalte at den ikke visste ”hvorvidt møderne eller i det mindste en vis kommunikation mellom virksomhederne om priser og mengder faktisk er ophørt.”²⁹⁷ Kommisjonen fant det derfor nødvendig ”at enhver beslutning inneholder et formelt krav om, at de virksomheder, som stadig opererer i PVC-sektoren, bringer overtrædelsen til opphør”,²⁹⁸ og påla foretakene i artikkel 2 i vedtaket straks å bringe overtredelsene til

²⁹⁵ *ibid.* premiss 199.

²⁹⁶ Sak C-238/99 P m.fl., *LVM m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. I-8375.

²⁹⁷ Sak IV/31.865, *PVC II*, EFT 1994 L 239 s. 14 avsnitt 50.

²⁹⁸ *l.c.*

opphør, ”såfremt dette ikke allerede er sket”. Foretakene anførte overfor Domstolen at pålegget om opphør forutsatte bevis for at overtredelsen fortsatt pågikk på tidspunktet for vedtaket, og at siden det hadde gått noe tid uten noe slikt bevis, forelå det ikke lenger noe rettsgrunnlag for pålegg. Til dette sa Domstolen at pålegget

”kun [var] rettet til de virksomheter, som i givet fald stadig fortsatte overtrædelsen på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen. ... [P]åbuddet i henhold til beslutning PVC II [var] således helt uden genstand i forhold til virksomheder, der havde bragt overtrædelsen til ophør på tidspunktet for dens vedtagelse.”²⁹⁹

På bakgrunn av Kommisjonens omfattende praksis og de nettopp nevnte avgjørelser fra Retten og Domstolen, må det være forsvarlig å hevde at EØS-myndighetene har en slik kompetanse til å gi pålegg om opphør der de er i tvil om overtredelsen har opphørt. Selv om det gir liten mening å gi et pålegg om opphør der det viser seg at overtredelsen faktisk *har* opphørt før vedtaket fattes, og at et fastsettelsesvedtak da ville vært det mest naturlige, blir jo konsekvensen bare et virkningsløst pålegg. Dette fremgår av siste setning i sitatene fra både *PVC II* og *Volkswagen* ovenfor. Det som da står igjen vil bare være et fastsettelsesvedtak.

Et vilkår for å fatte fastsettelsesvedtak er imidlertid at det foreligger en berettiget interesse, jf. drøftelsen under 7.1 ovenfor. Der Kommisjonen samtidig med pålegget om opphør har ilagt bøter for overtredelsen, blir ikke dette problematisk, ettersom den berettigede interessen da som tidligere nevnt ligger ”innebygget” i vedtaket. I alle avgjørelsene nevnt ovenfor var dette tilfellet. Men der det ikke samtidig er ilagt bøter for overtredelsen, må kravet om berettiget interesse oppfylles på annen måte. I saken om *Vitaminer*-kartellet, som er behandlet ovenfor under 7.1, var nettopp situasjonen at Kommisjonen hadde gitt pålegg om opphør ”for klarhedens skyld ... såfremt dette ikke allerede er sket”,³⁰⁰ men uten at bl.a. de japanske foretakene Sumitomo og Sumika var blitt ilagt bøter. Siden Sumitomo og

²⁹⁹ *LVM mot Kommisjonen* premiss 108.

³⁰⁰ Sak COMP/E-1/37.512, *Vitaminer*, EFT 2003 L 6 s. 1, avsnitt 654.

Sumika faktisk hadde brakt sin deltagelse i avtalene til opphør mer enn fem år før Kommisjonen iverksatte sin undersøkelse, behandlet Retten Kommisjonens avgjørelse som et fastsettellesvedtak, der det var nødvendig for Kommisjonen å påvise en berettiget interesse. Som vist ovenfor annullerte Retten Kommisjonens vedtak for så vidt gjaldt Sumitomo og Sumika fordi vilkåret om berettiget interesse ikke var oppfylt.

7.3 Tiltak for å avbøte skadevirkninger

I kjølvannet av et misbruk av dominerende stilling eller et konkurransebegrensende samarbeid vil det kunne være etablert forhold på markedet som viderefører overtredelsenes virkninger. Problemstillingen som skal behandles i dette avsnittet er om påleggshjemmelen i krrl § 12 og forordning 1/2003 art 7 gir konkurransemyndighetene kompetanse til å pålegge tiltak som skal avbøte slike skadevirkninger av historiske overtredelser.

Rettskildetilfanget er relativt begrenset når det gjelder denne problemstillingen. I forarbeidene til konkurranseloven er spørsmålet ikke drøftet overhodet. Det finnes imidlertid enkelte uttalelser i EF-retten som kan sies å tale for at påleggshjemmelen kan inkludere tiltak for å avbøte skadevirkninger. Viktigst her er EF-domstolens avgjørelse i *UFEX*.³⁰¹ Denne dommen og mulige slutninger trukket av den vil behandles nedenfor under 7.3.1. I 7.3.2 tas deretter en særlig underproblemstilling opp, nemlig adgangen til å pålegge reforhandling av såkalte ”følgeavtaler”. Her foreligger det også noe EF-praksis som kompetansen vil drøftes ut fra.

7.3.1 UFEX-saken

I *UFEX* hadde Kommisjonen avvist en klage mot det franske postvesen La Poste, der det bl.a. var påstått at La Poste hadde misbrukt sin dominerende stilling i strid med EF art 82 ved kryssubsidiering til fordel for datterselskapet SFMI, som opererte på markedet for

³⁰¹ Sak C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex), tidligere Syndicat français de l'express international (SFEI), DHL International og Service CRIE mot Kommisjonen og May Courier*, Sml. 1999 s. I-1341.

internasjonal kurertjeneste. Kommisjonens begrunnelse for å avvise klagen var at det ikke var tilstrekkelig godtgjort at de påståtte overtredelser fortsatt fant sted. Førsteinstansretten fant at Kommisjonens avslag på klagen var riktig, idet den fastslo at overtredelsene var brakt til opphør, og at en behandling av saken ikke lenger ville tjene til å sikre at konkurransen innenfor fellesmarkedet ikke ble vridd – og dermed heller ikke ville være i overensstemmelse med den oppgave Kommisjonen var tildelt ved traktaten.³⁰² Klagerne anket Rettens avgjørelse inn for EF-domstolen, og anførte at det ikke var tilstrekkelig til å gjenetablere en akseptabel konkurransesituasjon at La Postes krysssubsidiering var brakt til opphør: Krysssubsidieringen hadde på bare to år sikret datterselskapet en førende posisjon på markedet for internasjonal kurertjeneste, og hadde dermed frembrakt strukturelle skjevheter som fortsatte å gjelde.³⁰³ EF-domstolen uttalte bl.a. følgende til dette:

”Såfremt der fortsatt består konkurrencebegrænsende virkninger, efter at de former for praksis, der har forårsaget dem, er bragt til ophør, har Kommissionen således stadig i henhold til traktatens artikel 2, artikel 3, [stk. 1.] litra g), og artikel [82] kompetence til at gribe ind for at fjerne eller neutralisere de pågældende virkninger (jf. i samme retning dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 24 og 25). Kommissionen kan således ikke alene under henvisning til, at de former for praksis der hævdes at være i strid med traktaten, er bragt til ophør, beslutte at henlægge en klage over de pågældende former for praksis på grund af sagens manglende interesse for Fællesskabet uden at have undersøgt, om der fortsatt består konkurrencebegrænsende virkninger, og om de påståede indgreb i konkurrencen i givet fald er så grove eller fortsatt har sådanne virkninger, at klagen derfor er af interesse for Fællesskabet.”³⁰⁴

Bl.a. på denne bakgrunn fikk klagerne medhold i sin anke, og Rettens dom ble opphevet og saken hjemvist til Retten – som i sin tur, på bakgrunn av Domstolens uttalelser, fant at Kommisjonens beslutning om å avvise klagen måtte annulleres. Dette fordi Kommisjonen

³⁰² Jf. sak T-77/95, *Syndicat français de l'express international (SFEI), DHL International, Service CRIE og May Courier mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-1 premiss 57-59.

³⁰³ Jf. *Ufex m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-1341 premiss 83-84.

³⁰⁴ *ibid.* premiss 94-95.

ikke hadde undersøkt de påståtte overtredelsers grovhet og varighet og deres eventuelle fortsatte skadevirkninger.³⁰⁵

Spørsmålet er hvilke slutninger som kan trekkes av *UFEX*-dommen. Ut fra dommens premisser synes det klart at når det består konkurransebegrensende virkninger også etter at en overtredelse er brakt til opphør, må Kommisjonen ha kompetanse til å gripe inn og fatte de tiltak som er nødvendige for å ”fjerne eller neutralisere” disse virkningene, slik at konkurransen gjenopprettes. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til avgjørelse i *UFEX* inneholder en nærmere begrunnelse for Kommisjonens kompetanse.

Generaladvokaten peker på at dersom Kommisjonen ikke skulle kunne gripe inn overfor foretak som ved å misbruke sin dominerende stilling på et tidlig stadium har lyktes i å varig fordreie den generelle markedssituasjon, vil det ha den paradoksale følge at disse foretakene får en ”gevinst”, selv om misbruket er brakt til opphør:

”I et sådant tilfælde ville ophøret af det tidlige stadiums former for praksis ikke indebære, at konkurrenceforholdene var ophørt med at være fordrejede, og medføre, at den virksomhed, som havde forset sig, kunne konstatere, at de pågældende former for praksis havde gjort det mulig for den at nå sit mål, og at de derfor ikke længere var nødvendige.”³⁰⁶

Bakteppet for Domstolens avgjørelse i *UFEX* var altså en situasjon der den avsluttede overtredelsen hadde forårsaket en tilstand som innebar en vedvarende konkurransebegrensende virkning i form av en strukturell endring på markedet, som den opprinnelige overtrederen fortsatte å nyte godt av. I lignende tilfeller som dette taler dermed *UFEX*-avgjørelsen for at konkurransemyndighetene har kompetanse til å gripe inn med tiltak for å avbøte skadevirkningene.

³⁰⁵ Jf. sak T-77/95 RV, *Union française de l'express (Ufex), DHL International, Service CRIE og May Courier mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2167.

³⁰⁶ Avsnitt 71 i generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til avgjørelse i *Ufex m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-1341.

UFEX-avgjørelsen går imidlertid ikke inn på hva slags tiltak som i så fall er aktuelle. Men siden vi snakker om situasjoner der selve konkurransestrukturen er blitt varig fordreid, vil det være strukturelle tiltak som kommer i betraktning. For eksempel kan det for å gjenopprette konkurransen være nødvendig å redusere den dominansen foretaket har oppnådd gjennom å pålegge oppsplitting av foretaket. Riktignok kan det innvendes at kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak for å avbøte skadevirkninger av en historisk overtredelse, ligger på siden av ordlyden i forordning 1/2003 art 7 og krnl § 12. Slike tiltak kan jo etter ordlyden benyttes for å bringe overtredelsen til opphør, uten at det sies noe om anvendelse av tiltak for å avbøte skadevirkningene av en overtredelse. Selv om det ikke lenger foreligger noen overtredelse av forbudsbestemmelsene, er det imidlertid snakk om skadevirkninger som innebærer varige konkurransevridninger på markedet. I denne forstand kan det sies å være tale om en tilstand av fortsatt rettskrenkelse, og at tiltak for å bringe en overtredelse til opphør og tiltak for å avbøte skadevirkningene av overtredelsen, kan sies å være to sider av samme sak.³⁰⁷ Bl.a. på bakgrunn av dette mener jeg det må det være forsvarlig å fortolke ordlyden dithen at strukturelle tiltak kan anvendes for å avbøte skadevirkninger i tilfeller som *UFEX*.³⁰⁸

Konkurransbegrensende virkninger i form av en fordreining av konkurransestrukturen på markedet kan også skje der det har skjedd en overdragelse av eiendomsrett eller andre rettigheter som ledd i en overtredelse av forbudsbestemmelsene. Det har i teorien blitt pekt på at det da kan være nødvendig å reversere slike overdragelser for å gjenopprette konkurransestrukturen, og at pålegg av strukturelle tiltak fra konkurransemyndighetene i så fall kan tenkes å være et egnet virkemiddel.³⁰⁹ Et eksempel på en slik situasjon er der det

³⁰⁷ Jf. Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 135.

³⁰⁸ Slik også Graver/Hjelmeng s. 47. Se også Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 135 som tilsvarende uttaler at adgangen til å pålegge forpliktelser av strukturell karakter i forordning 1/2003 art 7 "sannsynligvis [vil] kunne benyttes i tilfeller som *UFEX*".

³⁰⁹ Se f.eks. Kerse/Khan margpunkt 6-024: "It may, however, be necessary where, for example, a licence of industrial property or a joint venture falls foul of Arts 81 or 82, for the proprietary interests to be readjusted in order to eliminate any anti-competitive effects and re-establish the pro-competitive situation. As Art.81(2) appears not to, and Art.82 certainly does not, involve automatic divestiture of interests or annulment of

skjer overdragelse av immaterielle rettigheter som følge av en kartellavtale om markedsdeling.³¹⁰ Spørsmålet er om konkurransemyndighetene vil kunne pålegge salg av f.eks. fast eiendom eller immaterielle rettigheter for å gjenopprette konkurransestrukturen på markedet.

UFEX-dommen kan muligens brukes som argument for at konkurransemyndighetene også i slike situasjoner har adgang til å gripe inn og avbøte skadevirkningene av overtredelsen. Det er imidlertid ingen avgjørelser som gjelder nettopp denne typen tilfeller som fastslår at myndighetene har en slik kompetanse. Det er heller ikke klart hvorvidt strukturelle tiltak i så fall kan benyttes. Graver/Hjelmeng peker bl.a. på at behovet for strukturelle tiltak i tilfeller der immaterielle eiendomsrettigheter er overdratt er noe uklart, idet tilsvarende resultat vil kunne oppnås gjennom sivile søksmål.³¹¹ Men i den grad de sivilrettslige konsekvenser av en overtredelse er utilstrekkelige eller ikke brukes, vil nok anvendelsen av strukturelle tiltak lettere kunne forsvares.³¹²

7.3.2 Adgang til å pålegge reforhandling av "følgeavtaler"

Avtaler mellom deltagere i et ulovlig samarbeid og deres kunder i det relevante markedet hvor skadevirkningene av overtredelsen finner sted, karakteriseres gjerne som "følgeavtaler".³¹³ Selv om det ulovlige samarbeidet er avsluttet, vil skadevirkningene av

assignments of property, then the Commission's order may, where necessary, order action to be taken to that end." Se også Graver/Hjelmeng s. 36 og s. 48.

³¹⁰ Jf. f.eks. premiss 59 i sak C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH og Uwe Danzinger mot Ideal-Standard GmbH og Wabco Standard GmbH*, Sml. 1994 s. I-2789.

³¹¹ Jf. Graver/Hjelmeng s. 48 med henvisning til sak C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH og Uwe Danzinger mot Ideal-Standard GmbH og Wabco Standard GmbH*, Sml. 1994 s. I-2789 premiss 59, der Domstolen antar at selve overdragelsen vil rammes av art 81(2).

³¹² Se f.eks. Graver/Hjelmeng s. 48 som viser til at det i visse situasjoner ikke vil finnes private parter som kan forestå håndhevelsen, eller tilfeller der mulige saksøkere selv har vært involvert i overtredelsen og derfor ikke har noen interesse i å føre sak.

³¹³ Jf. Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 236.

overtredelsen kunne videreføres ved at samarbeidet har påvirket innholdet i følgeavtalene.³¹⁴ Påvirkningen vil typisk bestå i at overtredernes kunder betaler kartellpris, dvs. en overpris, for varer og tjenester, eller det kan være andre ”avleiringer” av konkurransebegrensningen, som for eksempel dårligere service, betalingsvilkår e.l.³¹⁵ Spørsmålet som skal drøftes i det følgende er om konkurransemyndighetene har kompetanse til å pålegge overtrederne å gi kundene anledning til å reforhandle slike følgeavtaler.

Enkelte avgjørelser viser at Kommisjonen er av den oppfatning at bestemmelsen om pålegg om opphør gir den en slik kompetanse til å pålegge kartellmedlemmer å gi kundene rett til reforhandling. I denne sammenheng kan først avgjørelsen i *Astra*³¹⁶ nevnes. Saken gjaldt joint venture-avtaler mellom Société européenne des satellites SA (SES) og British Telecommunications plc (BT) om at de i fellesskap skulle stille til rådighet en tv-distribusjonstjeneste via satellitt. Avtalene ble funnet å utgjøre en overtredelse av EF art 81(1). Partene brakte selv avtalene til opphør ved oppsigelse forut for Kommisjonens vedtak, men kundeavtalene med tv-programleverandører som var inngått under joint venture-avtalene skulle fortsette å gjelde. Kommisjonen fant at BT og SES skulle meddele programleverandørene at de hadde rett til å reforhandle betingelsene i kontraktene eller å oppsi kontraktene med passende varsel.³¹⁷ Som begrunnelse for dette tiltaket uttalte Kommisjonen bl.a. følgende:

”[Kompetansen til å bringe konstaterte overtredelser av EF art 81 til opphør etter forordning 17 art 3] innebærer ikke alene opphøret af de begrænsede aftaler mellem parterne, men også opphøret af begrænsende virkninger, der beror på kontrakter, som er indgået med udenforstående virksomheder i henhold til vilkårene for de førnævnte begrænsede aftaler. ... Disse kontrakter viderefører de af joint venture-aftalerne følgende konkurrencebegrænsende virkninger, fordi de kunder, som ønskede at

³¹⁴ Det er her altså ikke snakk om følgeavtaler som i seg selv inneholder ulovlige konkurransereguleringer og som dermed rammes av forbudet på selvstendig grunnlag.

³¹⁵ Jf. Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 237.

³¹⁶ Sak IV/32.745, *Astra*, EFT 1993 L 20 s. 23.

³¹⁷ Jf. vedtakets artikkel 3.

udsende deres programmer via Astra I A satellitten, ikke fik noget valg med hensyn til at indgå separataftaler om dels uplink-tjenester, dels [transponderkapacitet]. Desuden blev vilkårene i disse kontrakter fastlagt af BT og SES i forbindelse med joint venture-arrangementerne, det vil sige under fordrejede konkurrencevilkår. Dette betyder ikke, at kundekontrakterne også omfattes af artikel [81] stk. 1, alene på grund af deres forbindelse med de begrænsende horisontale aftaler. De begrænsende virkninger, som disse kontrakter viderefører, kan kun ophæves, når kunderne får ret til at ændre dem. Følgelig må de kunne vælge fortsat at ville være bundet af de med BT indgående kundekontrakter, at opsige eller genforhandle dem.”³¹⁸

Tilsvarende påla Kommisjonen i artikkel 5 i sitt vedtak i *Trans Atlantic Agreement*³¹⁹ de linjerederiene som gjennom Trans Atlantic Agreement (TAA)-avtalens bestemmelser om pris- og kapasitetsavtaler hadde overtrådt EF art 81(1) å underrette

”de kunder, med hvem de har inngået servicekontrakter og andre kontraktrelasjoner inden for rammerne af TAA, om, at de pågældende kunder efter ønske kan genforhandle eller straks opsi kontrakterne.”

Pålegget i TAA-beslutningen ble opphevet som utilstrekkelig begrunnet av Førsteinstansretten i *Atlantic Container Line m.fl. mot Kommisjonen*.³²⁰ Retten foretok imidlertid ikke noen prinsipiell avvisning av kompetansen til å pålegge overtredere å gi kundene anledning til å reforhandle slike følgeavtaler.³²¹ Retten fant at selv om de fleste kartellavtaler har slike mer eller mindre varige virkninger for tredjemenn, var det normalt ikke nødvendig å gi slike pålegg som i TAA-beslutningens artikkel 5. *Astra* syntes å være den eneste beslutningen hvor det var fastsatt en tilsvarende forpliktelse, men her hadde Kommisjonen sørget for å knytte en detaljert begrunnelse til forpliktelsen. Det ble videre vist til at kontraktene med tredjemenn i TAA ble inngått for ett år, og dermed ikke kunne anses for å være av særlig lang varighet. Dessuten trakk Retten frem at det, bortsett fra for

³¹⁸ Avsnitt 32-33 i avgjørelsen.

³¹⁹ Sak IV/34.446, *Trans Atlantic Agreement*, EFT 1994 L 376 s. 1.

³²⁰ Sak T 395/94, *Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-875.

³²¹ Erling Hjelmeng, ””Følgeavtaler” i konkurranseretten – en kommentar til ”Elleveransmålet””, *Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet*, 2005-06 s. 27-44 (s. 43), fremhever dette poenget.

den ugyldighetssanksjon som uttrykkelig nevnes i art 81(2), følger av rettspraksis at nasjonale rettsinstanser kan fastlegge de sivilrettslige følger som er forbundet med en overtredelse av art 81 – dog under forutsetning av at traktatens effektive virkning ikke undergraves.³²² Retten konkluderte med at

”[f]oranstaltningen i den anfægtede beslutnings artikel 5 var følgelig i det mindste ikke åpenbart nødvendig, og den er ikke i overensstemmelse med Kommissionens normale beslutningspraksis. Under de omstendigheter tilkom det Kommissionen udførligt at gjøre rede for sin argumentation. Kommissionen undlod imidlertid i den anfægtede beslutning ikke alene at angive grundene til, at det for at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør var nødvendig, at sagsøgerne gav deres kunder mulighet for at genforhandle de pågældende kontrakter, skjønt de ikke var i strid med traktatens artikel [81], stk. 1; den behandlede heller ikke noget sted i TAA-beslutningen spørsmålet om, hvad der skulle ske med de med afskiberne indgåede servicekontrakter. Heraf følger, at TAA-beslutningens artikel 5 må annulleres på grund af tilsidesættelse af begrundelsespligten.”³²³

I *TACA*³²⁴ påla Kommissjonen på samme måte som i TAA-beslutningen overtredene å underrette sine kunder om at de hadde rett til reforhandling eller oppsigelse av følgeavtalene.³²⁵ I motsetning til i TAA-beslutningen ga Kommissjonen her en begrunnelse for hvorfor den fant det hensiktsmessig å underkaste overtredene et slikt pålegg:

”Det væsentligste grundlag herfor er det indlysende princip om, at en part ikke må kunne drage fordel af sin egen ulovlige handling og heller ikke må kunne bevare ulovlig opnåede fordele. Formålet med at vedtage en beslutning er effektivt og fuldstændigt at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. Dette indebærer ikke alene, at de ulovlige aftaler mellem parterne bringes til ophør, men også at de ”konkurrencebegrænsende virkninger, der beror på kontrakter” indgået med tredjeparter ”i henhold til” disse aftaler, bringes til ophør [note til Kommissjonens beslutning i *Astra* avsnitt 32-33]. Sådanne kontrakter bevirker, at de konkurrencebegrænsende virkninger fortsat består,

³²² Jf. sak T 395/94, *Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommissjonen*, Sml. 2002 s. II-875, premiss 413-414.

³²³ *ibid.* premiss 415-416.

³²⁴ Sak IV/35.134, *Trans-Atlantic Conference Agreement*, EFT 1999 L 95 s. 1. TACA var for øvrig en avtale mellom de samme linjerederier som i TAA, og trådte i stedet for denne avtalen.

³²⁵ Jf. vedtakets artikkel 9 i sak IV/35.134, *Trans-Atlantic Conference Agreement*, EFT 1999 L 95 s. 1.

fordi de er fastlagt i en situation med fordrejede konkurrencevilkår. Kunderne må have ret til at ”opsige eller genforhandle” kontrakterne [note til *Astra* avsnitt 33] således at konkurrencebegrænsningerne ikke fortsætter med at bestå i kraft af disse kontrakter. For TACA’s vedkommende har parterne indgået fælles servicekontrakter, der må forventes at forblive i kraft efter vedtagelsen af denne beslutning, og som indeholder priser, hvorom det i denne beslutning fastslås, at de er ulovligt fastsat. Selv om servicekontrakterne ikke i sig selv er ugyldige i medfør af artikel [81], stk. 2, må de ikke desto mindre ”bedømmes sammen med og i lyset af transaksjonen som et hele”. Formålet med de beslutninger, Kommissionen vedtager, er at håndhæve Fællesskabets konkurrenceregler, og disse kontrakter ville være blevet indgået på helt andre vilkår, hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted. De må derfor ikke længere være i kraft, selv om dette ikke betyder, at kontrakterne i sig selv falder ind under artikel [81], stk. 1, ”alene på grund af deres forbindelse med de begrænsende horisontale aftaler” [note til *Astra* avsnitt 33]. Afskiberne bør derfor gives mulighed for at genforhandle eller opsige enhver fælles servicekontrakt.”³²⁶

Førsteinstansretten overprøvede Kommisjonens beslutning i *TACA*, men de aktuelle deler av vedtaket ble her opprettholdt uten at Retten eksplisitt tok stilling til kompetansen til å pålegge overtredene å gi kundene anledning til å reforhandle følgeavtaler.³²⁷

Etter dette må det fastslås at det er uklart hvorvidt konkurransemyndighetene har kompetanse til å pålegge overtredere å gi kunder adgang til reforhandling; Retten har ikke tatt konkret stilling til spørsmålet, og Domstolen har aldri behandlet denne siden av stansningshjemmelen.³²⁸ Det fremgår av Rettens overprøving av TAA-beslutningen at den ikke utelukker at Kommisjonen har kompetanse til å gi slike pålegg, men at pålegget i det aktuelle tilfellet i det minste ikke var ”åpenbart nødvendig”, og derfor trengte en begrunnelse. Retten viste her som nevnt bl.a. til at følgeavtalene i TAA ikke var særlig

³²⁶ *ibid.* avsnitt 578-582.

³²⁷ Jf. forente saker T-191/98, T-212/98 og T-214/98, *Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2003 s. II-3275.

³²⁸ Det bemerkes her at Domstolens avgjørelse i *UFEX* neppe kan tas til inntekt for at Kommisjonen har en slik kompetanse som drøftes her. Dette fremheves av Hjelmeng i *Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet*, 2005-06 s. 43, som peker på at Domstolen i *UFEX* uttalte seg om en vedvarende *konkurransebegrensende virkning* (i form av en strukturell endring på markedet), mens det her er tale om å hindre at *resultatet* av en begrensning i forhold til enkeltkunder blir stående.

langvarige, og at det normalt er nasjonale rettsinstanser som skal fastlegge de sivilrettslige konsekvensene av en overtredelse av art 81 – så lenge traktatens effektive virkning ikke undergraves.

Noen tilfeller kan ligge slik an at det fremstår som nødvendig med pålegg om å gi adgang til reforhandling for effektivt og fullstendig å bringe fortsatte skadevirkninger av kartellet til opphør. Et eksempel kan være der en markedsdeling sementeres ved langvarige følgeavtaler.³²⁹ I slike tilfeller vil en oppfyllelse av følgeavtalen ikke bare skade medkontrahenten – også selve konkurransesituasjonen på markedet, og derigjennom en rekke aktører, vil påvirkes. I tillegg kommer at en oppfyllelse av avtalen vil garantere kartelldeltagerne fruktene av sin overtredelse – noe Kommisjonen i *TACA* fremhevet som ”det væsentligste grundlag” for å underkaste *TACA*-partene pålegget. Det er derfor mulig at konkurransemyndighetene i denne typen situasjoner vil ha kompetanse til å gi pålegg om å gi adgang til reforhandling. Løsningen fremstår imidlertid som usikker, og kanskje tilsier mulighetene for en privat håndheving gjennom sivile søksmål at en reforhandling bør basere seg på dette i stedet for administrative pålegg.³³⁰

³²⁹ Jf. Hjelmeng i *Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet*, 2005-06 s. 43.

³³⁰ Spørsmålet om følgeavtalers sivilrettslige gyldighetsvirkninger er for øvrig bl.a. behandlet av Hjelmeng i *Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet*, 2005-06 s. 27-44, Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, s. 236-252 og Graver/Hjelmeng s. 171-173. Konklusjonen synes å være at selv om følgeavtaler ikke omfattes direkte av ugyldighetsregelen i EF art 81(2)/EØS art 53 nr. 2/krll § 10(2), vil følgeavtaler etter forholdene kunne anses som ugyldige, så langt realiseringen av formålet bak kartellforbudet tilsier dette.

8 Kilder

Litteratur

- Albors-Llorens Albors-Llorens, Albertina, *EC Competition Law and Policy* (Cullompton 2002).
- Andersson Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincippet og EG:s konkurrensregler* (Uppsala 1999).
- Areeda & Hovenkamp Areeda, Phillip E. og Hovenkamp, Herbert, *Antitrust Law, Volume III, Second Edition* (New York 2002).
- Arnesen Arnesen, Finn, *Introduksjon til rettskildelæren i EF*, 3. utgave (Oslo 1995).
- Bellamy & Child Bellamy, Christopher og Child, Graham, *European Community Law of Competition*, 5. utgave (London 2001).
- Blanco Blanco, Luis Ortiz (redaktør), *EC Competition Procedure*, 2. utgave (Oxford 2006).
- Boe Boe, Erik, *Innføring i juss, Bind 2 – Statsrett og forvaltningsrett* (Oslo 1993).
- Boe Boe, Erik, "Domstolsprøvelse av forvaltningens lovanvendelse", "Jus og informasjonsteknologi" Justivalen 1997 s. 29-31.
- Bull Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital* (Oslo 2002).
- Christensen m.fl. Christensen, Andreas m.fl., *Konkurrenseretten i EU*, 2. utgave (København 2005).
- Craig/de Búrca Craig, Paul og de Búrca, Gráinne, *EU Law*, 3. utgave (Oxford 2002).
- Crandall Crandall, Robert W., "The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases", *Oregon Law Review*, Vol. 80, 2001 s. 109-198.
- Emiliou Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study* (London 1996).

Eckhoff/Smith	Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, <i>Forvaltningsrett</i> , 8. utgave (Oslo 2006).
Faull & Nikpay	Faull & Nikpay, <i>The EC Law of Competition</i> , (Oxford 1999).
Fejø	Fejø, Jens, <i>EU-konkurrenseret</i> , 3. utgave (København 2003).
Goyder	Goyder, D. G., <i>EC Competition Law</i> (Oxford 2003).
Graver	Graver, Hans Petter, "Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønsmessige avgjørelser", <i>Lov og Rett</i> , 1995 s. 279-306.
Graver	Graver, Hans Petter, <i>Alminnelig forvaltningsrett</i> , 2. utgave (Oslo 2002).
Graver	Graver, Hans Petter, <i>Forvaltningsrett i markedsstaten</i> (Bergen 2002).
Gydal	Gydal, Cecilia, <i>The Principle of Proportionality</i> , (Stockholm 1996).
Hjelmeng	Hjelmeng, Erling, <i>Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler</i> , (Bergen 2003).
Hjelmeng	Hjelmeng, Erling, <i>Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte</i> , (Bergen 2004).
Hjelmeng	Hjelmeng, Erling, "Følgeavtaler" i konkurranseretten – en kommentar til "Elleveransmålet", <i>Juridisk Tidskrift</i> , 2005-06 s. 27-44.
Innjord	Innjord, Frode, "Hva er "vakkert"? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og /eller skjønnspregede ord og uttrykk", <i>Jussens Venner</i> , 1996 s. 161-194.
Jones/Sufrin	Jones, Alison og Sufrin, Brenda, <i>EC Competition Law</i> , 2. utgave (Oxford 2004).
Kerse/Khan	Kerse, Christopher og Khan, Nicholas, <i>EC Antitrust Procedure</i> , 5. utgave (London 2005).

Koktvedgaard	Koktvedgaard, Mogens, <i>Lærebog i konkurrenceret</i> , 6. reviderte utgave ved Caroline Heide-Jørgensen (København 2005).
Kolstad m.fl.	Kolstad, Olav m.fl., <i>Norsk konkurranseret, Bind II Prosess og sanksjoner</i> ved Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng (Oslo 2006).
Larsen	Larsen, Birgitte Bie, "Strukturelle tiltak ved overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser", <i>Lov og rett</i> , 2006 nr. 4, s. 195-218.
Lilli	Lilli, Marco, "Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett", <i>Lov og Rett</i> , 1999 s. 515-536.
Ritter/Braun	Ritter, Lennart og Braun, W. David, <i>European Competition Law: A Practitioner's Guide</i> , 3. utgave (Haag 2004).
Sejersted m.fl.	Sejersted, Fredrik m.fl., <i>EØS-rett</i> , 2. utgave (Oslo 2004).
Smith	Smith, Martin, <i>Competition Law – Enforcement and Procedure</i> , (London 2001).
Tridimas	Tridimas, Takis, <i>The General Principles of EC Law</i> , (Oxford 2000).
Weatherill & Beaumont	Weatherill, Stephen og Beaumont, Paul, <i>EC Law</i> , 2. utgave (London 1995).
Whish (4. utgave, 2001)	Whish, Richard, <i>Competition Law</i> , 4. utgave (London 2001).
Whish (5. utgave, 2003)	Whish, Richard, <i>Competition Law</i> , 5. utgave (London 2003).

Lovgivning

Norske lover og forskrifter

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

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-konkurranseloven).

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

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

Lov 12. mars 1926 nr. 3 om kontroll med konkurranseinnskrenkninger og om prismisbruk § 20 (trustloven).

Forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen m.v. av 4. desember 1992 nr. 966.

Traktater og forordninger

Traktaten om opprettelse av Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 25. mars 1957.

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992.

Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) av 2. mai 1992.

Rådsforordning (EØF) nr. 17/62, EFT nr. 13 av 21.2.1962 s. 204.

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003, EFT 2003 L 1 s. 1.

Rådsforordning (EØF) nr. 4064/89, EFT 1990 L 257 s. 13.

Rådsforordning (EF) nr. 139/2004, EUT 2004 L 24 s. 1.

Praksis

EF-domstolen

Commercial Solvents	Forente saker 6 og 7-73, <i>Commercial Solvents Corporation mot Kommisjonen</i> , Sml. 1974 s. 223.
Continental Can	Sak 6/72, <i>Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen</i> , Sml. 1973 s. 215.
Courage	Sak C-453/99, <i>Courage Ltd mot Bernard Crehan</i> , Sml. 2001 s. I-6297.
GVL	Sak 7/82, <i>Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten MBH (GVL) mot Kommisjonen</i> , Sml. 1983 s. 483.
Hasselblad	Sak 86/82, <i>Hasselblad (GB) Limited mot Kommisjonen</i> , Sml. 1984 s. 883.
Ideal-Standard	Sak C-9/93, <i>IHT Internationale Heiztechnik GmbH og Uwe Danzinger mot Ideal-Standard GmbH og Wabco Standard GmbH</i> , Sml. 1994 s. I-2789.
IMS Health	Sak C-481/01 P (R), <i>NDC Health GmbH & Co. KG og NDC Health Corporation mot Kommisjonen og IMS Health Inc.</i> , Sml. 2002 s. I-3401.
Internationale Handelsgesellschaft	Sak 11/70, <i>Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel</i> , Sml. 1970 s. 235.
Langnese-Iglo	Sak C-279/95 P, <i>Langnese-Iglo GmbH mot Kommisjonen</i> , Sml. 1998 s. I-5609.
Magill	Forente saker C-241/91 P og C-242/91 P, <i>Radio Telefis Eireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Kommisjonen</i> , Sml. 1995 s. I-743.
Oscar Bronner	Sak C-7/97, <i>Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. m.fl.</i> , Sml. 1998 s. I-7791.

PVC II	Sak C-238/99 P m.fl., <i>LVM m.fl. mot Kommisjonen</i> , Sml. 2002 s. I-8375.
UFEX	Sak C-119/97 P, <i>Union française de l'express (Ufex), tidligere Syndicat français de l'express international (SFEI), DHL International og Service CRIE mot Kommisjonen og May Courier</i> , Sml. 1999 s. I-1341.
United Brands	Sak 27/76, <i>United Brands mot Kommisjonen</i> , Sml. 1978 s. 207.
Retten i første instans	
Atlantic Container Line (TAA-saken)	Sak T 395/94, <i>Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommisjonen</i> , Sml. 2002 s. II-875.
Atlantic Container Line (TACA-saken)	Forente saker T-191/98, T-212/98 og T-214/98, <i>Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommisjonen</i> , Sml. 2003 s. II-3275.
Automec	Sak T-24/90, <i>Automec Srl mot Kommisjonen</i> , Sml. 1992 s. II-2223.
Der Grüne Punkt	Sak T-151/01 R, <i>Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG mot Kommisjonen</i> , Sml. 2001 s. II-3295.
Eurofer	Sak T-136/94, <i>Eurofer ASBL mot Kommisjonen</i> , Sml. 1999 side II-263.
Fiataagri	Sak T-34/92, <i>Fiataagri UK Ltd og New Holland Ford Ltd mot Kommisjonen</i> , Sml. 1994 s. II-905.
Ford	Forente saker 228 og 229/82, <i>Ford of Europe Incorporated og Ford-Werke Aktiengesellschaft mot Kommisjonen</i> , Sml. 1984 s. 1129.
IMS Health	Sak T-184/01 R, <i>IMS Health Inc. mot Kommisjonen</i> , Sml. 2001 s. II-2349.
Irish Sugar	Sak T-228/97, <i>Irish Sugar plc mot Kommisjonen</i> , Sml. 1999 s. II-2969.

Kartong - BPB de Eendracht	Sak T-311/94, <i>BPB de Eendracht NV mot Kommisjonen</i> , Sml. 1998 s. II-1129.
Kartong - Mo och Domsjö	Sak 352/94, <i>Mo och Domsjö AB mot Kommisjonen</i> , Sml. 1998 s. II-1989.
Kartong - Sarrió	Sak T-334/94, <i>Sarrió SA mot Kommisjonen</i> , Sml. 1998 s. II-1439.
Kartong - Stora	Sak T-354/94, <i>Stora Kopparbergs Bergslags AB mot Kommisjonen</i> , Sml. 1998 s. II-2111.
Langnese-Iglo	Sak T-7/93, <i>Langnese-Iglo GmbH mot Kommisjonen</i> , Sml. 1995 s. II-1533.
Magill - RTE-dommen	Sak T-69/89, <i>Radio Telefis Eireann mot Kommisjonen</i> , Sml. 1991 s. II-485.
Magill - ITP-dommen	Sak T-76/89, <i>Independent Television Publications Ltd mot Kommisjonen</i> , Sml. 1991 s. II-575.
Polypropylen	Sak T-7/89, <i>Hercules mot Kommisjonen</i> , Sml. 1991 s. II-1711.
PVC II	Sak T-305/94 m.fl., <i>Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) m.fl. mot Kommisjonen</i> , Sml. 1999 s. II-931.
Schöller	Sak T-9/93, <i>Schöller Lebensmittel GmbH & Co mot Kommisjonen</i> , Sml. 1995 s. II-1611.
Tetra Pak II	Sak T-83/91, <i>Tetra Pak International SA mot Kommisjonen</i> , Sml. 1994 s. II-755.
UFEX	Sak T-77/95, <i>Syndicat français de l'express international (SFEI), DHL International, Service CRIE og May Courier mot Kommisjonen</i> , Sml. 1997 s. II-1.
UFEX (etter hjemvisning til Retten)	Sak T-77/95 RV, <i>Union française de l'express (Ufex), DHL International, Service CRIE og May Courier mot Kommisjonen</i> , Sml. 2000 s. II-2167.

Vitaminer Dom av 6. oktober 2005 i sak T-22/02 og T-23/02, *Sumitomo Chemical Co. Ltd og Sumika Fine Chemicals Co. Ltd mot Kommisjonen (Vitaminer)*.

Volkswagen Sak T-62/98, *Volkswagen AG mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2707.

EFTA-domstolen

Sak E-3/97, *Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS*, REC 1998 s. 1.

Norsk Høyesterett

Rt. 1975 s. 603 *Swingball Investments Ltd*.

Rt. 1995 s. 72

Rt. 1995 s. 738 *Norsk Fett- & Limindustri AS*

Rt. 1995 s. 1427 *Nysætervatnet og Hostadvatnet*

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 2000 s. 591

Rt. 2002 s. 209

Rt. 2003 s. 662

Rt. 2005 s. 229

Amerikansk rettspraksis

United States v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000).

United States v. Microsoft Corp., 253 F. 3d 34 (DC Circ.).

Kommisjonsbeslutninger

ADALAT Sak IV/34.279/F3, *ADALAT*, EFT 1996 L 201 s. 1.

Armeringsnet Sak IV/31553, *Armeringsnet*, EFT 1989 L 260 s. 1.

Astra Sak IV/32.745, *Astra*, EFT 1993 L 20 s. 23.

Auditel	Sak IV/32.031, <i>Auditel</i> , EFT 1993 L 306 s. 50.
Bloemenveilingen Aalsmeer	Sak IV/31.379, <i>Bloemenveilingen Aalsmeer</i> , EFT 1988 L 262 s. 27.
Citronsyre	Sak COMP/E-1/36.604, <i>Citronsyre</i> , EFT 2002 L 239 s. 18.
COAPI	Sak IV/33.868, <i>COAPI</i> , EFT 1995 L 122 s. 37.
Continental Can	Sak IV/26.811, <i>Continental Can Company</i> , EFT 1972 L 7 s. 25.
Deutsche Post	Sak COMP/35.14, <i>Deutsche Post AG</i> , EFT 2001 L 125 s. 27.
DSD	Sak COMP D3/34493, <i>DSD</i> , EFT 2001 L 166 s. 1.
EATA	Sak IV/34.250, <i>Europe Asia Trades Agreement (EATA)</i> , EFT 1999 L 193 s. 23.
ECS/AKZO I	Sak IV/30.698, <i>ECS/AKZO</i> , EFT 1983 L 252 s. 13.
ECS/AKZO II	Sak IV/30.698, <i>ECS/AKZO II</i> , EFT 1985 L 374 s. 1.
FAG – Flughafen Frankfurt/Main	Sak IV/34.801, <i>FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG</i> , EFT 1998 L 72 s. 30.
Fiatagri	Sak IV/31.370 og 31.446, <i>U.K. Agricultural Tractor Registration Exchange</i> , EFT 1992 L 68 s. 19.
Grafitelektroder	Sak COMP/E-1/36.490, <i>Grafitelektroder</i> , EFT 2002 L 100 s. 1.
GVL	Sak IV/29.839, <i>GVL</i> , EFT 1981 L 370 s. 49.
Hasselblad	Sak IV/25.757, <i>Hasselblad</i> , EFT 1982 L 161 s. 18.
Hugin/Liptons	Sak IV/29.132, <i>Hugin/Liptons</i> , EFT 1978 L 22 s. 23.
IFTRA Aluminium	Sak IV/27.000, <i>IFTRA Aluminium</i> , EFT 1975 L 228 s. 3.
IJsselcentrale	Sak IV/32.732, <i>IJsselcentrale m.fl.</i> , EFT 1991 L 28 s. 32.

IMS Health	Sak COMP D3/38.044, <i>NDC Health/IMS HEALTH: Foreløpige forholdsregler</i> , EFT 2002 L 59 s. 18.
Irish Sugar	Sak IV/34.621, 35.059/F-3, <i>Irish Sugar plc</i> , EFT 1997 L 258 s. 1.
Johnson & Johnson	Sak IV/29.702, <i>Johnson & Johnson</i> , EFT 1980 L 377 s. 16.
Karbonfrit papir	Sak COMP/E-1/36.212, <i>Karbonfrit papir</i> , EUT 2004 L 115 s. 1.
Karton	Sak IV/C/33.833, <i>Karton</i> , EFT 1994 L 243 s. 1.
Langnese-Iglo	Sak IV/34.072, <i>Langnese-Iglo GmbH</i> , EFT 1993 L 183 s. 19.
Magill	Sak IV/31.851, <i>Magill TV Guide/ITP, BBC og RTE</i> , EFT 1989 L 78 s. 43.
Microsoft	Kommisjonens beslutning av 24. mars 2004 (sak COMP/C-3/37.792).
Organiske peroxider	Sak COMP/E-2/37.857, <i>Organiske peroxider</i> , EUT 2005 L 110 s. 44.
Pioneer	Sak IV/29.595, <i>Pioneer hi-fi-udstyr</i> , EFT 1980 L 060 s. 21.
Polypropylen	Sak IV/31.149, <i>Polypropylen</i> , EFT 1986 L 230 s. 1.
Publishers Association	Sak IV/27.393 og IV/27.394, <i>Publishers Association – Aftaler om faste bogladepriser</i> , EFT 1989 L 22 s. 12.
PVC II	Sak IV/31.865, <i>PVC II</i> , EFT 1994 L 239 s. 14.
Rørkartel	Sak IV/35.691/E-4, <i>Rørkartel</i> (præisolerede rør), EFT 1999 L 24 s. 1.
Salg af pakkerejser	Sakene IV/33.384 og 33.378, <i>Salg af pakkerejser i forbindelse med verdensmesterskabet i fodbold i 1990</i> , EFT 1992 L 326 s. 31.

Schöller	Sak IV/31.533 og IV 34.072, <i>Schöller Lebensmittel GmbH ' Co. KG</i> , EFT 1993 L 183 s. 1.
Smagsforstærkere	Sak COMP/C.37.671, <i>Smagsforstærkere</i> , EUT 2004 L 75 s. 1.
Stålbjælker	Sak 94/215/EKSF, <i>Stålbjælker</i> , EFT 1994 L 116 s. 1.
TACA	Sak IV/35.134, <i>Trans-Atlantic Conference Agreement</i> , EFT 1999 L 95 s. 1.
Tetra Pak II	Sak IV/31.043, <i>Tetra Pak II</i> , EFT 1992 L 72 s. 1.
Trans Atlantic Agreement (TAA)	Sak IV/34.446, <i>Trans Atlantic Agreement</i> , EFT 1994 L 376 s. 1.
United Brands	Sak IV/26.699, <i>Chiquita</i> , EFT 1976 L 95 s. 1.
Warner-Lambert/Gillette	Sak IV/33.440, <i>Warner-Lambert/Gillette m.fl.</i> samt IV/33.486 <i>BIC/Gillette og andre</i> , EFT 1993 L 116 s. 21.
VBBB/VBVB	Sak IV/428, <i>VBBB/VBVB</i> , EFT 1982 L 54 s. 36.
Wirtschaftsvereinigung Stahl	Sak IV/36.069, <i>Wirtschaftsvereinigung Stahl</i> , EFT 1998 L 1 s. 10.
Vitaminer	Sak COMP/E-1/37.512, <i>Vitaminer</i> , EFT 2003 L 6 s. 1.
VW	Sak IV/35.733, <i>VW</i> , EFT 1998 L 124 s. 60.
Zera/Montedison	Sak IV/31.550 – <i>Zera/Montedison</i> , EFT 1993 L 272 s. 28.
Zinkphosphat	Sak COMP/E-1/37.027, <i>Zinkphosphat</i> , EUT 2003 L 153 s. 1.
Zoja/CSC-ICI	Sak IV/26.911, <i>Zoja/CSC-ICI</i> , EFT 1972 L 299 s. 51.
Konkurransetilsynet	
Sak V 1998-11 (Røros Tweed AS)	

Sak V 2002-58 (TV2 AS)

Andre dokumenter

Kommisjonen

Kommisjonens forslag til ny rådsforordning om gjennomføring av art 81 og 82 (senere forordning 1/2003), KOM/2000/582 endelig udg., EFT 2000 C 365 E s. 284.

Meddelelse fra Kommisjonen om løsninger, der er acceptable i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 og Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98, EFT 2001 C 68 s. 3.

Kommissionens meddelelse om Kommissionens behandling af klager i henhold til EF-traktatens artikel 81 og 82, EUT 2004 C 101 s. 65.

Kommisjonens pressemelding IP/03/614 av 2. mai 2003.

Kommisjonens pressemelding IP/03/1159 av 13. august 2003.

“Explanatory Note on the Commission’s Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Control Regulation”. Tilgjengelig på DG Competitions internetsider
http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/divestiture_commitments/.

XXIVth Report on Competition Policy 1994

Europaparlamentet

Uttalelse fra Europaparlamentet av 21. juni 2001 (A5-0229/2001).

Det økonomiske og sosiale utvalg

Uttalelse fra Det økonomiske og sosiale utvalg, EFT 2001 C 155 s. 73.

Norske forarbeider

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

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

Innst. O. nr. 50 (2003-2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.

Svenske forarbeider

SOU 2003:73 Reformerad konkurrensövervakning – Konsekvenser i Sverige av EG:s nya tillämpningsförordning

Regeringens proposition 2003/04:80 Moderniserad konkurrensövervakning

