

Bærekraft og konkurranserett: Handlingsrom og skranker for bærekraftssamarbeid under konkurranseloven § 10 og § 11

Svein Terje Tveit, Stein Ove Solberg og Magnus H.K. Viddal
/Arntzen de Besche advokatfirma

*Prosjektet har mottatt midler fra det
alminnelige prisreguleringsfondet.*





BÆREKRAFT OG KONKURRANSERETT

*Handlingsrom og skranker for bærekraftssamarbeid
under konkurranseloven § 10 og § 11*

En utredning med støtte fra konkurransetilsynet

Arntzen de Besche advokatfirma AS

29. desember 2023

BÆREKRAFT OG KONKURRANSERETT

0	FORORD.....	4
1	SAMMENDRAG.....	5
2	INNLEDNING.....	7
2.1	Bakgrunn, formål og mandat.....	7
2.2	Prosjektorganisering og gjennomføring.....	8
2.3	Oversikt over fremstillingen.....	10
3	GJENNOMGANG AV RELEVANT RETTSPRAKSIS OG LITTERATUR.....	10
3.1	Innledning	10
3.2	Domstolpraksis.....	10
3.2.1	TFEU art. 101 og konkurranseloven § 10 sitt anvendelsesområde og formål.....	10
3.2.2	Domstolpraksis om konkurransebegrensninger.....	13
3.2.3	Domstolpraksis TFEU art. 101 (3)	14
3.2.4	Domstolpraksis TFEU art. 102.....	15
3.3	EU-kommisjonen.....	17
3.3.1	Overordnet	17
3.3.2	Veiledninger.....	17
3.3.3	Praksis fra EU-kommisjonen	19
3.4	Nasjonal praksis og veiledning (EU/EØS).....	21
3.4.1	Innledning	21
3.4.2	Nederland.....	23
3.4.3	Østerrike	32
3.4.4	Hellas	33
3.4.5	Tyskland	34
3.4.6	Frankrike	35
3.4.7	Storbritannia	35
3.4.8	Ungarn.....	36
3.5	Juridisk litteratur om bærekraft og konkurranserett.....	38

3.5.1	TFEU art. 101 og konkurranseloven § 10 – anvendelsesområde og formål	38
3.5.2	Bærekraftshensyn som effektivitetsforsvar og rettferdiggjørende forhold etter TFEU art. 101 (3) og konkurranseloven § 10 (3)	43
3.5.3	Grensesnittet mellom bærekraft og misbruk av dominerende stilling etter TFEU art. 102/konkurranseloven § 11	47
4	BÆREKRAFT OG KONKURRANSERETT – ET PRAKTISK PERSPEKTIV	51
4.1.1	Innledende refleksjoner – en oppskrytt konflikt eller sammenheng mellom bærekraft og konkurranserett?	51
4.2	Konkurransereglens anvendelsesområde	53
4.2.1	Konkurranseloven § 10 - anvendelsesområde	53
4.2.2	Ulike former for bærekraftssamarbeid	53
4.2.3	State compulsion forsvaret	55
4.3	Konkurransbegrensningskriteriet/misbrukskriteriet anvendt på bærekraftssamarbeid	56
4.3.1	Overordnet	56
4.3.2	Særlig om nye markeder	57
4.3.3	Særlig om prosjektsamarbeid	58
4.3.4	Særlig om informasjonsutveksling	59
4.3.5	Særlig om innkjøpssamarbeid	63
4.3.6	Særlig om standardisering	65
4.4	Rettferdiggjøring	66
4.4.1	Innledning	66
4.4.2	Legislative hensyn	67
4.4.3	Vilkårene for unntak – praktiske refleksjoner	67
5	INNSPILL TIL VERKTØYKASSE	68
5.1	Utgangspunktet: Mer veiledning er ønsket	68
5.2	Kort om Konkurransetilsynets prioriteringer og bærekraftsarbeid hittil	69
5.3	Konkrete innspill til veileder	70

0 FORORD

Denne rapporten er skrevet av Arntzen de Besche Advokatfirma AS med støtte av forskningsmidler fra Konkurransetilsynet. Siktemålet med rapporten er å identifisere hvordan konkurranseloven fremmer, eller kan fremme, en bærekraftig utvikling. I tillegg spør vi om, og i så fall hvordan, konkurranseloven kan hindre en bærekraftig utvikling.

Klima- og miljøutfordringen gjør at Norge, som andre land, er i omstilling. Det grønne skiftet omfatter alle samfunnsområder og aktører. EU ønsker samtidig å bruke konkurransepolitikk som et strategisk virkemiddel, noe som fremgår blant annet av unionens grønne giv (Green Deal).

Konkurransereglene forbyr konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett, og er ikke skånet for sammenhenger til EUs og Norges klimapolitikk og bærekraftsarbeid. Samarbeid vil være nødvendig for å nå Norges og EUs bærekraftsmål, og konkurransereglene må tilpasses og anvendes på ulike former for bærekraftssamarbeid, eller samarbeid hvor bærekraft inngår som en del av samarbeidet. Bærekraft vil, i ulike variasjoner og i ulik grad, etter omstendighetene kunne være et konkurranseparameter. Foretak som er mer bærekraftige enn andre vil dermed også kunne etablere eller styrke deres markedsrett ved hjelp av en mer effektiv eller treffsikker bærekraftsstrategi. Konkurransereglene vil måtte tilpasses og anvendes også på denne typen markedsrett, dersom det oppstår spørsmål om mulig misbruk av en dominerende markedsstilling. Bærekraft kan under visse omstendigheter også være en rettferdiggjøringsgrunn som oppveier for en eventuell konkurranseskade og derved gjør ellers konkurranseskadelig atferd lovlig.

Rapporten vil analysere hvordan disse sammenhengene mellom bærekraft og konkurranserett er vurdert i juridisk praksis, teori, ulike konkurransemyndigheters veiledninger, og basert på våre erfaringer og innspill fra næringslivet, vurdere aktuelle og potensielle praktiske problemstillinger. Vi vil også gi innspill til en eventuell veileder/verktøykasse for Konkurransetilsynet.

Vi har hatt samtaler med 25 næringslivsaktører (organisasjoner og bedrifter), andre jurister og gjennomført en enkel questback-undersøkelse, men alle synspunktene i rapporten står for vår regning. Vi er takknemlige for alle innspill til rapporten, og ser frem til å fortsette samtalen om bærekraft og konkurranserett.

Oslo, 29. desember 2023



Svein Terje Tveit



Stein Ove Solberg



Magnus H. K. Viddal

1 SAMMENDRAG

Klima- og miljøutfordringen. Å begrense klimaendringer, naturtap og forurensning er de tre største miljøutfordringene i verden.¹ FNs klimapanel (IPCC) legger til grunn at de globale klimagassutslippene må nå toppen mellom 2020 og 2025, for å begrense skadene fra global oppvarming. Et grønt skifte forutsetter raske og store utslippskutt i alle sektorer, og utvikling av teknologier og systemer må akselereres. Norge har nasjonale mål for å redusere klimagassutslippene og forurensningen, og for å ta vare på naturmangfoldet. Klimaloven stadfester Norges klimamål. Sirkulær økonomi skal videre bidra til å redusere klimagassutslipp, press på naturen og forurensning.² Den adresserer også ressursknapphet, blant annet knapphet på kritiske mineraler som er viktige for en grønn omstilling. EUs klassifiseringssystem, taksonomien, legger til rette for at finansmarkedene kanalisere kapital til bærekraftige aktiviteter og prosjekter. Systemet blir sentralt for å definere hvilke aktiviteter som kan regnes som grønne og bærekraftige.

Klimautvalget påpeker at overgangen til et lavutslippssamfunn forutsetter en helhetlig omstilling av samfunnet. Energi må brukes mer effektivt, og teknologi må spres og utvikles. Det grønne skiftet er dermed en omstilling som omfatter alle samfunnsområder og aktører. Når alle deler av samfunnet skal omstille seg handler det ikke lenger om å vurdere kostnadseffektiviteten i hvert enkelt tiltak isolert sett. Klimautvalget mener at en må vurdere hva som gir den beste omstillingen til lavest kostnad samlet sett.³ Innovasjon, herunder utvikling og bruk av fornybar kraft, og en transportsektor med lave eller ingen utslipp, er essensielt for å lykkes med omstillingen. Ressursene må brukes mer effektivt ved å holde seg lenger i kretsløpet, bedre produktdesign, økt levetid, ombruk, bruk av sekundære råvarer, reparasjon og materialgjenvinning. EU ønsker å bruke konkurransepolitikk som et strategisk virkemiddel, noe som fremgår av unionens grønne giv (Green Deal).⁴

Problemstilling. Vi har forsøkt å finne en god problembeskrivelse når det gjelder sammenhengen mellom bærekraft og konkurranseret (og konkurransepolitikk). Det er en forventning, blant annet i EU, om at bærekraft skal hensyntas i konkurransepolitikken og ved anvendelsen av konkurransereglene. Vi har ved hjelp av innspill og erfaringer fra næringslivet forsøkt å konkretisere dette samspillet. Hvilke klima- og miljøutfordringer skal konkurranseretten løse?

Anvendelsesområdet. Konkurransereglene bidrar til en bærekraftig utvikling ved å legge til rette for effektiv konkurranse, og dermed innovasjon, kvalitet, utvalg og effektiv allokering av ressurser som reduserer kostnader og priser, og som dermed bidrar til konsumentvelferd. Konkurransereglene har slik sett en viktig markedsøkonomisk rolle i å legge til rette for og støtte oppunder en samfunnseffektiv bruk av ressursene, og en mer bærekraftig utvikling.

Bærekraftssamarbeid eller -avtaler er ingen egen avtaletype i konkurranserettslig forstand, og bærekraft er hittil viet begrenset plass i selve regelverket. Foreløpig finnes det også kun et relativt begrenset antall konkurransesaker som gjelder bærekraftssamarbeid- eller bærekraft-problemstillinger. Dette vil kunne endres etter hvert som veiledning fra Kommisjonen og andre konkurransemyndigheter blir tydeligere på hvilke former for bærekraftssamarbeid som faller utenfor reglene, hvilke som vil kunne begrense konkurransen, og ikke minst hvordan

¹ Klima- og miljødepartementet Prop. nr. 1 S (2022-2023).

² Departementene - Nasjonal strategi for en grønn sirkulær økonomi 2021.

³ Klimautvalget 2050 Delrapport 2023.

⁴ [The European Green Deal \(europa.eu\)](https://european-council.europa.eu/media/en/press-areas/pages/default.aspx).

myndighetene vil tilnærme seg og prioritere ulike former for konkurransespørsmål knyttet til avtaler og samarbeid hvor bærekraft inngår som en større eller mindre del.

EU-traktatens miljøbestemmelser er samtidig relevante ved tolkningen av konkurransereglene, og vil som følge av homogenitetsbetraktninger også være relevant ved anvendelsen av EØS-konkurranseloven. Vi vil oppfordre Konkurransetilsynet til å uttale seg om relevansen av den norske klimaloven og bærekraftslovgivningen ved anvendelsen av konkurranseloven. Bærekraft kan føre til en avgrensning av konkurranserettens virkeområde, dersom foretakene tilpasser seg miljølovgivningen og det ikke finnes andre mindre konkurransebegrensende alternativer (jf. «State action»-doktrinen), eller dersom foretakene på annen måte ivaretar en legitim offentlig interesse (jf. bl.a. EU-domstolens sak C-309/99, *Wouters*), eller dersom begrensningen anses lovlig og nødvendig for å gjennomføre en lovlig hovedvirksomhet (jf. læren om aksessoriske begrensninger).

Etter vår vurdering kan det i eventuelle retningslinjer skilles mellom rene bærekraftssamarbeid, dvs. samarbeid hvor partene (i samarbeidet) deler bærekraftsløsninger, ideer og kunnskap, på den ene siden, og ulike samarbeid som f.eks. produksjons-, forsknings- eller innkjøpssamarbeid hvor økt fokus på bærekraft bare er ett av flere mål, på den andre siden. Den første gruppen samarbeid vil (eller bør) som utgangspunkt etter vår vurdering ikke rammes av konkurranseloven § 10, og eventuelle konkurransebegrensninger bør vurderes under læren om tilknyttede konkurransebegrensninger. Et videre, og uavklart, spørsmål er hvorvidt konkurransereglene kan avgrenses mot visse typer bærekraftssamarbeid eller standardiseringsordninger som omfatter hele bransjer ut fra paralleller til konkurransereglenes avgrensning mot kollektive arbeidsregler (jf. bl.a. EU-domstolens sak C-67/96, *Albany*). Vi ser ikke at det i dag er rettslig grunnlag for en slik skarp avgrensning, men mener dette er avgrensninger Konkurransetilsynet kan vurdere og hensynta i retningslinjer, hvor Konkurransetilsynet angir egne prioriteringer.

Konkurransebegrensning. Prissamarbeid, eller kunde- og markedsdeling mellom konkurrenter i markeder knyttet til fornybar energi, bærekraftige varer eller tjenester eller liknende, vil naturligvis vurderes på samme måte under konkurransereglene som øvrige *hardcore* konkurransebegrensninger. Praksis fra EU gir også flere eksempler på kartellsamarbeid, hvor konkurrenter begrenser utvikling og bruk av (mer) bærekraftig og miljøvennlig teknologi, eller informasjonsutveksling hvor dette leder til forsinket, mangelfull eller manglende implementering av (ny) miljølovgivning, eller miljøstandarder. Dette er i kjernen av hva forbudet mot konkurransebegrensende avtaler og samordning i konkurranseloven § 10 vil ramme.

Vanskeligere konkurranserettslige spørsmål oppstår knyttet til bærekraft og standardisering, prosjektsamarbeid, innkjøpssamarbeid, FoU-samarbeid og andre former for produksjonssamarbeid som ikke har hovedfokus på felles salg- og markedsføring. Dersom Konkurransetilsynet gir nærmere veiledning om konkurranserett og bærekraft, bør veiledningen etter vår vurdering særlig gi innspill til hvordan felles prisfastsettelse, felles kostnader og deling av konkurransesensitiv informasjon skal vurderes i ulike former for produksjonssamarbeid, hvor bærekraft inngår som en del av samarbeidet, ikke er konkurransebegrensende – herunder om, og eventuelt hvordan, bærekraft påvirker grensdragningen mellom rene kommersialiseringssamarbeid og produksjonssamarbeid.

Rettfærdiggjøring. I vurderingen av om en konkurransebegrensning er lovlig begrunnet, er det relevant å se på større eller samlede virkninger, eller en netto positiv virkning, uten at det er nødvendig å vise at hver enkelt forbruker gis en fordel (jf. EU-domstolens sak C-238/05, *Asnef*). Fordelen kan i prinsippet oppnås på et annet marked enn det markedet hvor konkurransen begrenses (jf. EU-domstolens sak C-382/12 *P, MasterCard*). Konkurransetilsynet bør skille mellom

bærekraft i snevrere forstand, eksempelvis hindre miljøskade, og bærekraft i videre forstand, eksempelvis indirekte bidra til reduserte utslipp. Mer konkret er det viktig at Konkurransetilsynet avklarer hvorvidt gevinster som kommer samfunnet som helhet til gode kan tas i betraktning, eventuelt om det bare kan tas i betraktning for noen typer av bærekraftssamarbeid/avtaler. Det nederlandske konkurransetilsynet har valgt å gå for den siste løsningen, som tillater brede gevinster for miljøskadeavtaler, men viser til at avtaler som gjelder bærekraft i vid forstand – eller en kombinasjon av miljøskade og bærekraft i vid forstand – må komme avtakerne på det relevante markedet til gode (se ACMs retningslinjer, premiss 52).

Veiledning. Vi vil oppfordre Konkurransetilsynet til å koordinere en veileder med de nordiske tilsynene. En pan-nordisk tilnærming vil gi næringslivet enda større forutberegnelighet, og vil gi veiledningen enda større legitimitet. Konkurransetilsynet bør angi egne prioriteringer, herunder hvilke sakstyper og hvilke bærekraftsrelaterte problemstillinger som vil bli prioritert. Vi ville særlig ha fokusert på produksjonssamarbeid, standardisering og informasjonsutveksling.

Konkurransetilsynet bør videre avklare hvilken betydning eksisterende sektorregulering har, eksempelvis at bærekraftsutfordringen allerede/bedre er adressert gjennom regulering, slik at bærekraft i liten grad påvirker konkurranserettsvurderingene, eller at konkurranseretten anvendes med forsiktighet hvor det foreligger regulering. Hvordan regulering vil påvirke vurderingene av konkurransereglene på ulike bærekraftssamarbeid vil antakelig variere, men spørsmålet bør kommenteres, herunder hvilken betydning det har at myndighetene allerede er involvert (f.eks. i et standardiseringstiltak). Dette kan enten skje gjennom rettslig veiledning, eller veiledning knyttet til hva tilsynet vil prioritere og hvordan (sml. Kommisjonens 2008 Guidance on Enforcement Priorities in Applying Article 82).

Det vil være viktig og nyttig at Konkurransetilsynet klargjør at bærekraftshensyn er relevant i vurderingen etter konkurranseloven § 10 tredje ledd av om konkurransebegrensninger er lovlig begrunnet, og eventuelt også klargjør hvilke bærekraftshensyn som kan være relevante. Vil Konkurransetilsynet se det som naturlig å prioritere mellom norske, europeiske og globale utslipp? Vil tilsynet prioritere mellom klima, natur og forurensning? Osv.

2 INNLEDNING

2.1 Bakgrunn, formål og mandat

Dette prosjektet, og denne rapporten, har som formål å bidra til å avklare hvordan konkurranseloven griper inn i avtaler og samarbeid mellom foretak som er inngått med formål om å fremme bærekraft, og belyse hvordan veiledning fra Konkurransetilsynet kan bidra til økt forutberegnelighet og rettssikkerhet for næringslivet.

Prosjektet har søkt å identifisere hvilke bærekraftssamarbeid som faller innenfor konkurranseloven, og hvilke bærekraftssamarbeid som vil kunne rettferdiggjøres under konkurranseloven § 10 første eller tredje ledd. Vi vil også skissere i hvilken grad ulike bærekraftsinitiativ, og atferd knyttet til bærekraft, kan rammes av konkurranseloven § 11. Vi vil undersøke i hvilken grad konkurransereglene skaper *utfordringer* for å nå bærekraftsmålene, og i hvilken grad konkurransereglene *tilrettelegger* for å nå bærekraftsmålene.

Rapporten er på ingen måte uttømmende. Litteraturen og veiledningene fra nasjonale konkurransemyndigheter er omfattende. Vi har gjort et selektivt utvalg av konkurranserettslige problemstillinger, hvor vi vurderer bærekraft som mest relevant. Med bærekraft sikter vi primært til klima- og miljøhensyn, selv om begrepet bærekraft inneholder tre dimensjoner: miljømessig

bærekraft (klima- og miljø, løse klimakrisen), sosial bærekraft (sikre menneskerettighetene, motvirke sosial dumping og bekjempe arbeidslivskriminalitet) og økonomisk bærekraft (sikre mennesker og samfunn økonomisk trygghet).

Prosjektet er støttet med forskningsmidler for 2022/2023 tildelt av Konkurransetilsynet i henhold til Nærings- og fiskeridepartementets retningslinjer for tildeling av tilskuddsmidler til konkurransefaglig forskning (heretter «retningslinjene»⁵). For nærmere detaljer vises det til Konkurransetilsynets utlysning av forskningsmidler for 2022 og 2023, i mars 2022, søknad fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS av 16. mai 2022 og Konkurransetilsynets vedtak V2022-16, datert 1. juli 2022.

2.2 Prosjektorganisering og gjennomføring

Prosjektet har vært gjennomført i flere faser.

I fase I har vi foretatt en gjennomgang av juridisk litteratur og relevant praksis fra Europa, men også fra USA og utvalgte jurisdiksjoner i Asia der det ble vurdert hensiktsmessig. Arbeidet konsentrerte seg om tre temaer. For det første søkte vi å identifisere i hvilken grad bærekraft er et relevant hensyn i konkurranseretten, og hvordan atferdsreglenes anvendelsesområde blir avgrenset. Her tok vi for oss retningslinjer fra nasjonale konkurransemyndigheter som behandler bærekraft og konkurranse særskilt (Nederland, Hellas m.fl.), «soft-law» i EU/EØS vedrørende bærekraft i konkurranseretten, og vurderte hvorvidt og hvordan bærekraft rettspolitisk kan gjøres til et (mer) relevant hensyn i konkurranseretten. For det andre ønsket vi å klargjøre konkurransebegrensningskriteriet – og misbrukskriteriet – anvendt på bærekraftssamarbeid. I denne delen hadde vi et særlig fokus på industrisamarbeid, informasjonsutveksling og standardisering. For det tredje så vi på hvordan bærekraftssamarbeid kan begrunnes, enten som del av en førsteledds vurdering (jf. Wouters¹) eller ut fra en tredjeledds vurdering (effektivitetsgevinster mv.).⁶

I fase II gjennomgikk vi en rekke praktiske erfaringer fra ulike bærekraftsarenaer, konkrete saker (anonymisert) og delte, diskuterte og hentet erfaringer fra næringslivet gjennom konkrete seminarer, intervjuer og møter. Vi har hatt samtaler med 25 næringslivsaktører, fortrinnsvis store og mellomstore norske bedrifter eller utenlandske bedrifter med virksomhet i Norge, samt enkelte næringslivs- og bærekraftsorganisasjoner. Vi gjennomførte også en enkel questback undersøkelse, slik beskrevet under i punkt 2.3. Fokuset i denne fasen var særlig atferdsreglenes randsoner; hvilke problemstillinger gjenstår, hvilke avklaringer eller veiledning mangler og hvordan virker konkurransereglene fremmende eller hindrende for bærekraftssamarbeid.

I fase III har vi arbeidet med å oppsummere vår gjennomgang og våre erfaringer, og gi en praktisk verktøykasse for hvordan ulike typer bærekraftssamarbeid kan analyseres under konkurranselovens §§ 10 og 11. Verktøykassen er konsistent med praksis og litteratur som er gjennomgått, og tilpasset de praktiske erfaringene, innspillene og problemstillingene som har oppstått før og under prosjektet.

⁵ Retningslinjer for tildeling av tilskuddsmidler til konkurransefaglig forskning, fastsatt av Nærings- og fiskeridepartementet 25. januar 2022.

⁶ Jf. delrapport til Konkurransetilsynet av 1. mars 2023.

2.3 Metodikk

Våre vurderinger bygger i hovedsak på en gjennomgang av praksis, teori og egne erfaringer med konkurranserettslige problemstillinger på bærekraftsområdet.

Vi har samtidig som nevnt hatt samtaler med 25 bedrifter/organisasjoner. Utvalget av bedrifter/organisasjoner er gjort basert på vår egen vurdering av hvilke bedrifter/organisasjoner vi mener kan ha innspill til problemstillingen knyttet til bærekraft og konkurranserett. Vi har fortrinnsvis valgt selskaper som har en omsetning på minst 1 milliard kroner i siste regnskapsår i Norge, og som har betydelig virksomhet i Norge med over 100 ansatte. Det innebærer at små og mellomstore bedrifter i mindre grad har blitt forespurte i dette prosjektet konkret. De utvalgte bedriftene er ikke eksplisitt angitt, men inngår blant de omkring 100 opplistede «forespurte selskaper» i Questback-undersøkelsens siste side.

Samtalene med den enkelte bedrift/organisasjon har hatt en varighet på minst 1 time og maksimalt 2 timer. I de fleste samtalene har to eller flere representanter fra selskapet vært tilstede, og da fortrinnsvis juridisk direktør og bærekraftsdirektør, samt eventuelt andre fra ledelsen (CEO/COO mv.),

Questback-undersøkelsen er sendt til 100 selskaper, og det er sendt purringer i flere omganger hvor svar ikke har kommet med det første.

Seleksjonen av selskaper er gjort ut fra en kvalitativ vurdering av hvilke selskaper som antas å ha oppfatninger og erfaringer med konkurranserett og bærekraft, men igjen fortrinnsvis selskaper av en viss størrelse med omsetning på minst 1 milliard kroner og minst 100 ansatte (se over).

I undersøkelsen er det stilt elleve spørsmål. Svarprosenten varierer fra 5% (spørsmål 3: Opplever dere konkurransereglene som en flaskehals i utviklingen og bruk av miljøvennlig teknologi?) til 24% (spørsmål 1, 4, 6, 7, 8 og 9). Vi vet ikke hvorfor selskaper har latt være å svare, men antar at det dels kan ha sammenheng med arbeidsbyrde/tid. For spørsmål med spesielt lav svarprosent (spørsmål 3 og 5) antar vi den lave svarprosenten også skyldes respondentens vurdering av relevansen av spørsmålet, mao. at enkelte av spørsmålene oppleves som mindre relevant. Dette kan vi imidlertid ikke si med sikkerhet.

Vårt overordnede inntrykk fra questback undersøkelsen er at de fleste opplever konkurranse om bærekraftig innovasjon og grønne løsninger, og at konkurransereglene i mindre grad oppleves som flaskehals. Samtidig er en relativt stor andel positive til mer/klarere veiledning generelt og i enkeltsaker.

Vi nevner at ens spørsmål 4 (Har dere vurdert en strategi eller handling/aktivitet i markedet som ville fremmet bærekraft, men som dere har latt være å forfølge grunnet konkurransereglene eller usikkerhet rundt regelverket?) sier noe om relevansen av konkurranserett og bærekraft, er det grunnet spørsmålsstillingen ikke mulig å si om vurderingen er knyttet til en usikkerhet rundt reglene eller selve reglene. Vi nevner videre at for spørsmål 9 (Ville klarere retningslinjer for bærekraftsamarbeid fra Konkurransetilsynet og/eller EU-kommisjonen gjort det mer sannsynlig at dere inngår bærekraftsamarbeid fremtiden?), ser vi at det grunnet spørsmålsstillingen ikke automatisk kan trekke slutningen at det er for lite veiledning ut av svaret på dette spørsmålet. Men spørsmålet sier noe om relevansen av konkurransereglene på bærekraftsområdet og antyder at veiledning er nyttig. Mer overordnet er det grunn til å anvende resultatene fra questback-undersøkelsen med stor forsiktighet. Det sentrale med undersøkelsen var å få en pekepinn på trender/oppfatninger. De kvalitative vurderingene i vår analyse står for vår regning, og er i

hovedsak basert på gjennomgangen av kildene, våre erfaringer, samt (i mindre grad) intervjuene som er gjennomført.

2.4 Oversikt over fremstillingen

Vi skal i del 3 av denne rapporten gjennomgå relevant rettspraksis og litteratur. I del 4 vil vi gi et praktisk perspektiv og gjennomgå ulike problemstillinger basert på praksis, litteratur, samtaler med næringslivet og annen kartlegging. I del 5 skal vi gi noen forslag til en verktøykasse for Konkurransetilsynet.

3 GJENNOMGANG AV RELEVANT RETTSPRAKSIS OG LITTERATUR

3.1 Innledning

Vi skal nedenfor oppsummere de viktigste rettskildene som vi har identifisert hva gjelder samvirket mellom konkurranserett og bærekraft. Ettersom bærekraft og konkurranserett er et aktuelt og mye omtalt tema, med stadig ny utvikling i EU og medlemsstatene, vil rettskildematerialet være i kontinuerlig utvikling, og vi forventer at det skjer mer fremover enn hva som har skjedd hittil innen konkurranserett og bærekraft. Rettsutviklingen skjer i parallell med økt regulering av bærekraft, og økt rettsliggjøring av bærekraft hvor stadig flere tvister og krav springer ut av ulike plikter knyttet til bærekraft.⁷

Kildetilfanget omfatter i tillegg til rettspraksis (som fortsatt er noe begrenset), praksis fra EU-kommisjonen, praksis fra nasjonale konkurransemyndigheter, artikler, rapporter, nyhetsbrev og veiledere fra konkurranserettsekspertene og europeiske konkurransemyndigheter. En oversikt over litteratur som har vært gjennomgått i forbindelse med prosjektets første fase er vedlagt som Bilag 1. Listen er en nettoliste. Kilder som i liten grad har bidratt til nye perspektiver eller avklaringer er utelatt. Litteraturlisten inneholder en egen kolonne med lenke til litteratur som ikke er bak betalingsmur/åpent tilgjengelig (eksempelvis på SSRN). Listen omfatter som utgangspunkt ikke rettspraksis, veiledninger og rapporter.

3.2 Domstolpraksis

3.2.1 TFEU art. 101 og konkurranseloven § 10 sitt anvendelsesområde og formål

Domstolpraksis står sentralt ved tolkning av konkurransereglens anvendelsesområde og formål. Ettersom det er forholdsvis begrenset tilfang av konkurranserettssaker for norske domstoler, er det, her som ellers, relevant ta hensyn til praksis fra særlig EU. Det følger for øvrig eksplisitt av forarbeidene til konkurranseloven § 10 at praksis i EU og EØS er relevant ved tolkning av

⁷ Se eksempelvis søksmål om erstatning for forurensning (eks. *Liuuya v. RWE*, 2015, Tyskland), krav på grunnlag av grønnvasking (eks. *Vegetarian Society of Denmark v. Danish Crown* (2021, DK)), krav på grunnlag av brudd på styrets plikter knyttet til bærekraft (*ClientEarth v. Board of Directors of Shell* (2022, UK)) og krav som følge av brudd på corporate due diligence-lover (*Les Amis de la Terre v. Total* (2020, Frankrike)). Vi ser også en del saker mot myndighetene knyttet til manglende oppfølging av bærekraftsavtaler, eksempelvis det norske klimasøksmålet anlagt av Greenpeace Norden (HR-2020-2472) hvor Greenpeace Norden m.fl. saksøkte Staten ved Olje- og Energidepartementet for spørsmålet om gyldigheten av tildeling av 10 utvinningstillatelser for petroleum i Barentshavet (23. konsesjonsrunde) og Urgenda m.fl. mot Nederland. Sistnevnte gjaldt et søksmål mot den nederlandske stat med krav om fastsettelsesdom for statens plikt til å redusere utslipp av klimagasser med minst 25 % fra 1990-nivå innen 2020 med utgangspunkt i den nederlandske grunnloven, og «no harm» prinsippet i folkeretten og EMK, samt den nederlandske sivilrettslige aktsomhetsplikten ("duty of care"). Staten ble dømt til å redusere utslippene både i første og annen instans. Høyesterett i Nederland forkastet anken i 2019.

forbudsbestemmelsen, og at praksis fra EU og EØS, av hensyn til regelharmonisering, må veie tungt som rettskilde ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen.⁸

Innledningsvis er det nyttig å konstatere at EU-domstolen i en nylig avgjort statsstøttesak fremhevet viktigheten av både primær- og sekundærlovgivningen knyttet til miljø og bærekraft ved anvendelsen og tolkningen av de generelle statsstøttebestemmelsene.⁹ Det er i juridisk litteratur på samme vis tatt til orde for at bærekraftslovgivningen, både i traktaten, charteret og sekundærlovgivningen, vil kunne være relevant også ved anvendelsen av de generelle konkurransereguleringene.¹⁰ Derfor vil det etter vår vurdering, og basert på EU-domstolens generelle praksis, være naturlig å anvende konkurransereglene i EU-traktaten, herunder TFEU art. 11, hvor det heter at «[e]nvironmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development.»¹¹

Hvordan en eventuell interessekonflikt eller et spenningsforhold mellom EU-rettens miljøregler og konkurranseregler konkret skal løses, finnes det hittil lite veiledning om i EU-domstolens praksis. Men veiledninger og praksis fra EU-kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter viser at bærekraft kan være et reelt effektivitetsforsvar eller rettfærdiggjørende forhold etter TFEU art. 101 (3). Det finnes også noen bidrag i litteraturen, som vil bli gjennomgått under punkt 3.3.¹²

For det andre vil bærekraft i prinsippet kunne være en offentlig interesse som kan fremkalle en avgrensning av anvendelsesområdet til konkurransereglene. Det mest sentrale eksempelet er EU-domstolens avgjørelse i Wouters-saken, hvor domstolen la til grunn at en konkurransebegrensende avtale kan unntas fra TFEU art. 101 dersom den har et legitimt formål.¹³ Domstolen synes å ha avgrenset anvendelsesområdet hvor konkurransebegrensningen kan anses nødvendig ut fra en offentlig interesse. Det konkrete spørsmålet i saken var om den nederlandske advokatforeningens nye regulering, som ikke tillater partnerskap mellom advokater og revisorer, var i strid med TFEU art. 101. Formålet med den nye reguleringen var å «ensure that the ultimate consumers of legal services and the sound administration of justice are provided with necessary guarantees in relation to integrity and experience».¹⁴ EU-domstolen mente at det formålet var tilstrekkelig for at den nye reguleringen ikke omfattes av TFEU art. 101. Avgjørelsen er fulgt opp i sak C-519/04 P, Meca-Medina, som også gjaldt idrettsregler (anti-doping), hvor det i premiss 45 heter følgende:

«Therefore, even if the anti-doping rules at issue are to be regarded as a decision of an association of undertakings limiting the appellants' freedom of action, they do not, for all that, necessarily constitute a restriction of competition incompatible with the common market, within the meaning of Article 81 EC,

⁸ Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), side 225.

⁹ Sak C-594/18 P Austria v Commission, premiss 45.

¹⁰ Lacovides (2022) s. 42.

¹¹ Se også Lisboa-traktaten (TEU), artikkel 3 nr. 3, hvor det heter at EU «skal arbeide for en bærekraftig utvikling i Europa som bygger på balansert økonomisk vekst og prisstabilitet, en sosial markedsøkonomi med høy konkurranseevne der full sysselsetting og sosial framgang etterstrebes, samt et høyt nivå for miljøvern og bedring av miljøkvaliteten» og The European Green Deal (COM/2019/640 final).

¹² Wouters (2021).

¹³ Sak C-309/99 Wouters premiss 97.

¹⁴ Sak C-309/99 Wouters premiss 97.

since they are justified by a legitimate objective. Such a limitation is inherent in the organisation and proper conduct of competitive sport and its very purpose is to ensure healthy rivalry between athletes.»

Wouters og Meca-Medina er mye omtalt i litteraturen om grensesnittet mellom bærekraft og konkurranserett. *The Netherlands Authority for Consumers and Markets* («ACM») gir uttrykk for at Wouters etter omstendighetene vil kunne tenkes brukt på bærekraftsavtaler, men at rettspraksisen ikke er tilstrekkelig klar til at ACM kan gi noe (konkret) veiledning.¹⁵ Det greske konkurransetilsynet, *Hellenic Competition Commission* («HCC») mener på sin side at rettspraksis ikke er til hinder for å bruke Wouters-doktrinen på bærekraftssamarbeid. HCC konkluderer derfor med at det finnes et handlingsrom for å bruke Wouters på bærekraftssamarbeid.¹⁶

For det tredje vil konkurranserettens egne avgrensingsregler, herunder forbudsbestemmelsens tredje ledd om lovlige konkurransebegrensninger (effektivitetsgevinster) eller læren om tilknyttede/aksessoriske begrensninger, være relevant. Avtalte konkurransebegrensninger som er nødvendige for gjennomføringen av ikke-konkurransebegrensende samarbeid (såkalte «ancillary restraints»), er etter EU-domstolens praksis ikke i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.¹⁷

Det er likevel enkelte utfordringer med dette for enkelte typer bærekraftssamarbeid. Dette kan illustreres under henvisning til anbudssamarbeid/prosjektsamarbeid og Ski Follo taxi-saken, om de to taxiselskapene som innga felles tilbud til et pasientkjøringsanbud i Oslo.¹⁸ EFTA-domstolen hadde uttalt at det måtte vurderes om fastsettelsen av felles pris utgjør en tilknyttet begrensning. Høyesterett avviste imidlertid anførselen med den begrunnelse at «Anbudssamarbeidet var, i dette tilfellet, etter sin art konkurransebegrensende. Det foreligger derfor ingen lovlig hovedvirkosomhet som prisfastsettelsen er direkte knyttet til.» Denne rettsanvendelsen gir lite rom for doktrinen om «ancillary restraints». Når samarbeid blir kategorisert som formålsrestriksjoner vil det i praksis være svært vanskelig for foretak å snu et slikt utgangspunkt – både under henvisning til effektivitetsgevinster og/eller «ancillary restraints». Læren om tilknyttede begrensninger er derfor først og fremst relevant for enkelte typer avtaler eller samarbeid knyttet til bærekraft som må vurderes etter sin virkning (TFEU art. 101) eller som mulig misbruk av dominans (TFEU art. 102).

For det fjerde kan det tenkes en parallell fra EU-domstolens tilnærming til kollektive arbeidsavtaler til bærekraftsavtaler og konkurranseregler. Konkurranseloven gjelder eksempelvis ikke for arbeids- og ansettelsesvilkår (§ 3). Fra EU-retten ble dette slått uttrykkelig fast i Albany (C-67/96), der EU-domstolen kom frem til at konkurransereglene ikke gjelder for «collective bargaining» mellom ansatte og selskapene om obligatorisk medlemskap i trygdesystemet.¹⁹ Domstolen uttalte da følgende i premiss 60, slik også gjentatt i sak C-438/05, ITWF mot Viking:

«It therefore follows from an interpretation of the provisions of the Treaty as a whole (...) that agreements concluded in the context of collective negotiations between management and labour in pursuit of such

¹⁵ ACM (2021), premiss 18. [Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law \(acm.nl\)](https://www.acm.nl/en/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law).

¹⁶ HCC Draft Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law, side 24.

¹⁷ Sak C-382/12 MasterCard mot Kommissjonen

¹⁸ Sak E-3/16 Ski og Follo Taxi v konkurransetilsynet

¹⁹ Sak C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie

objectives must, by virtue of their nature and purpose, be regarded as falling outside the scope of Article [101/53].»

Samme tema var sentralt i Høyesteretts avgjørelse i «Holship».²⁰ Etter den saken kan forholdet mellom tariffrett og konkurranserett oppsummeres i to dimensjoner. *For det første*; en tariffavtale faller utenfor konkurransereglens virkeområde hvis den oppfyller to vilkår: den må være inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere og forfølge målet om å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. *For det andre*; unntaket fra EØS-avtalens konkurranseregler som gjelder for tariffavtaler, omfatter ikke en bestemmelse som innebærer at en havnebruger fortrinnsvis må benytte ansatte i et annet foretak fremfor sine egne, eller en boikott som tar sikte på å oppnå tilslutning til en tariffavtale med en slik bestemmelse. Dette vil være en restriksjon på etableringsretten. Utover dette er det fortsatt en rekke gråsoner.

Overført til bærekraft og konkurranserett er særlig spørsmålet om bærekraftssamarbeid som omfatter hele bransjer, eller som regulerer eller standardiserer, i visse tilfeller ikke vil være omfattet av konkurransereglene overhodet. De nærmere grensene for å anvende Albany-saken på bærekraftssamarbeid er uklar. Gjennomgangen av litteratur nedenfor tyder likevel på at det bør være et handlingsrom for å bruke Albany-saken også på bærekraftssamarbeid.

3.2.2 Domstolpraksis om konkurransebegrensninger

Det kan være gode grunner til å skille mellom rene bærekraftssamarbeid, dvs. samarbeid hvor innkjøpere deler bærekraftsløsninger, ideer og kunnskap på den ene siden (eksempelvis rene bærekraftsorganisasjoner), og innkjøpssamarbeid hvor økt fokus på bærekraft er *ett av flere* mål, selv om det hittil ikke finnes avgjørelser som tar direkte stilling til dette på den andre siden. Den første gruppen samarbeid vil ikke (eller bør ikke) etter vår vurdering rammes av konkurranseloven § 10, og eventuelle konkurransebegrensninger bør vurderes under læren om tilknyttede konkurransebegrensninger. Dersom det eksisterer klare konkurransebegrensninger, og disse går lengre enn hva som er nødvendig og forholdsmessig for å realisere bærekraftssamarbeidet, vil de normalt være i strid med konkurranseloven § 10. Den andre gruppen samarbeid vil i prinsippet kunne påvirke konkurransen, og må vurderes nærmere.

I denne vurderingen bør det sees nærmere på formåls- og virkningsbegrepet. Etter vår vurdering kan det være gode grunner for å være restriktiv i tilnærmingen til formålsbegrepet, og av prinsipp f.eks. se på ulike former for produksjonssamarbeid som er begrunnet i genuine bærekraftshensyn (som etter omstendighetene vil kunne omfatte blant annet ulike former for FoU-samarbeid, innkjøpssamarbeid, konsortier, mv.) under virkningsvurderingen. Slike samarbeid, hvor tyngdepunktet knytter seg til felles produksjon²¹, og hvor samarbeidet er begrunnet i bærekraftshensyn, vil regulært ikke kunne utvise «*sufficiently reliable and robust experience for the view to be taken that that agreement is, by its very nature, harmful to the proper functioning of competition*», og derved kvalifisere som formålsrestriksjon.²²

²⁰ Sak HR-2016-2554-P

²¹ Se eksempelvis Kommisjonens nye horisontale retningslinjer om tilbudskonsortier og hvorvidt disse har tyngdepunktet i produksjonssamarbeid- eller kommersialiseringssamarbeid, premiss 350 flg.

²² Sak C-228/18 Budapest Bank and Others premiss 76.

3.2.3 Domstolpraksis TFEU art. 101 (3)

For å kunne vise at en ellers konkurransebegrensende avtale har konkurransefremmende virkninger i form av effektivitetsgevinster som reduserte produksjonskostnader, forbedret kvalitet eller nye produkter, må det vises at gevinsten kommer forbruker til gode. EU-domstolen har i Asnef-saken, som gjaldt utveksling av informasjon mellom konkurrenter knyttet til kundenes kredittverdighet og soliditet, lagt til grunn at det er den samlede virkningen for forbruker som er avgjørende:

«In the event that a system for the exchange of information on credit, such as that register, restricts competition within the meaning of Article 81(1) EC, the applicability of the exemption provided for in Article 81(3) EC is subject to the four cumulative conditions laid down in that provision. It is for the national court to determine whether those conditions are satisfied. In order for the condition that consumers be allowed a fair share of the benefit to be satisfied, it is not necessary, in principle, for each consumer individually to derive a benefit from an agreement, a decision or a concerted practice. However, the overall effect on consumers in the relevant markets must be favourable.»²³

Presiseringen er nyttig i et bærekraftsperspektiv, da den viser at «*the overall effect*» kan være knyttet til større eller samlede virkninger, eller en netto positiv virkning, uten å vise at hver enkelt forbruker gis en fordel.

EU-domstolen har også gitt veiledning med hensyn til i hvilket marked effektivitetsgevinsten må oppstå. EU-domstolens avgjørelse i Mastercard-saken er sentral.²⁴ Saken omhandlet Mastercards brudd på TFEU art. 101 i et såkalt «tosidig marked», dvs. et marked hvor foretaket betjener ulike kundegrupper på to sider av markedet, og det er nettverkseffekter på tvers av markedene, og foretaket (plattformen) utnytter disse nettverkseffektene (internalisering), eksempelvis rubrikkmarkedet hvor det selges både reklame og annonser til atskilte kundegrupper.²⁵ EU-domstolen konkluderte i Mastercard-saken med at fordelene som forbrukerne av kortene (kortholderne) hadde, ikke kunne oppveie for konkurranseskaden overfor selgere/kjøpmenn. Vi siterer for ordens skyld EU-domstolens begrunnelse i avsnitt 234:

«However, as is recalled in paragraph 234 of the present judgment, examination of the first condition laid down in Article 81(3) EC raises the question whether the advantages derived from the measure at issue are of such a character as to compensate for the disadvantages resulting therefrom. Thus, where, as in the present case, restrictive effects have been found on only one market of a two-sided system, the advantages flowing from the restrictive measure on a separate but connected market also associated with that system cannot, in themselves, be of such a character as to compensate for the disadvantages resulting from that measure in the absence of any proof of the existence of appreciable objective advantages attributable to that measure in the relevant market, in particular, as is apparent from paragraphs 21 and 168 to 180 of the judgment under appeal, where the consumers on those markets are not substantially the same.»²⁶

²³Sak C-238/05 Asnef Equifax premiss 72.

²⁴ Sak C-382/12 P MasterCard Inc v European Commission.

²⁵ Kind (2013).

²⁶ Sak C-382/12 P MasterCard Inc v European Commission premiss 242.

Som uttalelsen viser, er det altså i utgangspunktet relevant å vektlegge fordeler, herunder bærekraftsfordeler, også utenfor det konkrete markedet som påvirkes av konkurransebegrensningen, og det er videre ikke noe krav om full kompensasjon av de negative virkningene fra konkurranseskaden.²⁷ Selv om Mastercard-avgjørelsen konkret omhandlet et tosidig marked, bør avgjørelsen etter vår vurdering være overførbar til andre markeder som ikke er tosidige, hvor det er en nær sammenheng mellom markedene hvor skaden skjer og hvor bærekraftsgevinsten oppnås.²⁸

I fravær av flere saker knyttet til konkurranse og bærekraft, er det en rekke ubesvarte spørsmål knyttet til hvordan tredjeleddsvurderingen skal gjøres. Dette gjelder blant annet om miljøgevinst er en relevant effektivitetsgevinst, og om det eventuelt skal skilles mellom ulike miljøgevinster (lokale, internasjonale, konkrete eller overordnede mv.). Det er også uklart hvordan fremtidige forbrukere skal hensyntas i analysen, mao. om gevinsten må oppnås av dagens forbrukere. Videre er det uklart hvordan ikke-økonomiske hensyn, som miljøhensyn ofte vil kunne være, vil vektes i vurderingen av om konkurransebegrensningen er lovlig begrunnet etter TFEU art. 101 tredje ledd. Til sist nevner vi at det er uklart hvordan vitenskapelige usikkerheter knyttet til vurdering, kvantifisering og kvalitetssikring av miljøeffekter skal vurderes under TFEU art. 101 tredje ledd.

3.2.4 Domstolpraksis TFEU art. 102

Utgangspunktet er at «a dominant undertaking has a special responsibility not to allow its behaviour to impair genuine, undistorted competition in the internal market».²⁹ EU-domstolen har gitt uttrykk for at de opplistede kategoriene av «abuse» i TFEU art. 102 ikke er uttømmende.³⁰ Dermed vil f.eks. «unsustainable business practices» etter omstendighetene også kunne utgjøre misbruk av dominerende stilling etter TFEU art. 102. Misbruk kan også bestå av summen av flere enkelthendelser og handlinger, som vil kunne være praktisk i en bærekraftskontekst, hvor organisasjoner eller foretak, over tid koordinerer, beslutter eller avtaler flere enkelttiltak, standarder eller prosjekter som ikke hver for seg begrenser konkurransen, men som samlet sett kan virke utestengende.

Selv om det ikke følger av ordlyden i konkurranseloven § 11 c), vil konkurransebegrensende atferd fra et dominerende foretak likevel være lovlig dersom den dominerende aktøren kan vise til at det foreligger objektivt rettferdiggjørende grunner.³¹ I dette ligger at det dominerende foretaket kan: 1) påvise at den konkurransebegrensende atferden er kommersielt legitim og proporsjonal, eller 2) den konkurransebegrensende atferden kan begrunnes i effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode.³² Unntaket, og de anførte grunnene eller effektivitetsgevinstene, må her som ellers vurderes objektivt.³³

²⁷ Gassler (2021) s. 430-442.

²⁸ En viss parallell er det her til diskusjonene i *Tetra-Pak II* saken om dominans og konkurransevirkning i to ulike markeder, jf. Sak C-333/94 *Tetra Pak v Commission* premiss 24.

²⁹ Sak C-307/18 *Geneics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority* premiss 153.

³⁰ Sak C-457/10 *Astra Zeneca v the Commission*.

³¹ Sak C-209/10 *Post Danmark* premiss 40.

³² Sak C-209/10 *Post Danmark* premiss 41.

³³ Sak C-307/18 *Geneics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority* premiss 168-169.

Selv om det etter rettspraksis i EU skilles mellom misbruksvurderingen og vurderingen av objektiv begrunnelse, er det likevel slik at konkurranseskade og objektiv begrunnelse henger tett sammen. En objektiv begrunnelse medfører at det ikke foreligger misbruk, slik uttalt av Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i *Syfait*.³⁴ Dette innebærer, hvis riktig, at det må gjøres en bredere vurdering under misbruksvurderingen («alle relevante omstendigheter»), og at det blir mindre igjen å vurdere under fanen objektiv begrunnelse, hvor foretaket selv har bevisbyrden (snudd bevisbyrde). En tilnærming som foreslått av generaladvokaten vil i praksis derfor kunne øke mulighetene for et foretak til å sannsynliggjøre en lovlig konkurransebegrensning.

*Hilti*³⁵ og *Tetra pak II*³⁶ er to velkjente saker som gjelder et annet unntak om «*public interest*». Hilti forsøkte å rettfærdiggjøre sin konkurransebegrensende atferd med at patroner fra ikke-Hilti produkter i Hiltis stiftespistoler kan true forbrukerens sikkerhet. I Tetra-pak II-saken mente Tetra Pak at koblingssalg av maskiner og kartonger var nødvendig ut ifra hensynet til folkehelsen. EU-domstolen kom i begge sakene til at helse og sikkerhet (i utgangspunkte-t) er «*public interest*» som kan være relevante å vektlegge. Unntaket om «*public interest*» førte ikke frem i noen av de sakene siden proporsjonalitetstesten ikke var oppfylt.³⁷ I begge sakene kunne ikke det dominerende foretaket ensidig handle ut ifra «*public interest*» siden lovgivning og reguleringer kunne få bukt med problemene tilknyttet helse og sikkerhet med lempeligere løsninger. Det er et uavklart spørsmål i hvilken grad «*public interest*» rommer ulike typer bærekraftshensyn.³⁸

Videre har EU-domstolen lagt til grunn at vage, generelle og teoretiske argumenter ikke er tilstrekkelig for å anse f.eks. en forretningsnektelse som objektivt rettfærdiggjort.³⁹

Bevisbyrden for tilstedeværelse av objektivt rettfærdiggjørende grunner, ligger i utgangspunktet hos det dominerende foretaket.⁴⁰

EU-domstolen uttaler i *Generics* at «*the fact that an undertaking is in a dominant position does not disqualify it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and it must be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its commercial interests*».⁴¹ Bærekraftshensyn kan også være en del av et foretaks kommersielle interesser. Dermed vil dette vurderingstemaet stå sentralt i vurderingen av om foretaket har tatt «*reasonable steps*» for å beskytte sine kommersielle interesser ved f.eks. prisdiskriminering eller leveringsnektelse overfor andre aktører som ikke oppfyller bærekraftsmålsetninger. Proporsjonalitetsvurderingen vil her, som ellers, være sentral for tredjeleddsvurderingen.

³⁴Sak C-53/03, *Syfait* m.fl. mot GlaxoSmithKline *A EVE* avsnitt 72 og Whish (2009) s. 206.

³⁵ Sak T-30/89 *Hilti* premiss 118, opprettholdt i sak C-53/92 *Hilti v Commission*.

³⁶ Sak T-83/91 *Tetra Pak II* premiss 155.

³⁷ *Ibid.* premiss 84.

³⁸ En annen kategori av objektive rettfærdiggjøringsgrunner er i teorien kalt «*legitimate business behaviour*», og fremstår mer aktuell ved vurderingen av ulike bærekraftshensyn. Se Van der Vijver (2013) s. 121–122 og 132. Forfatteren skiller mellom objektive begrunnelser sortert under «*legitimate business behaviour*», «*public interest*» og «*efficiency considerations*». Artikkelforfatteren mener den første kategorien lettere lar seg bevise enn de to øvrige.

³⁹ Sak T-301/04 *Clearstream Banking* premiss 185.

⁴⁰ Sak C-307/18 *Generics* premiss 165-166; sak T-604/18 *Google Android* premiss 601-602.

⁴¹ Sak C-307/18 *Generics* premiss 149.

3.3 EU-kommisjonen

3.3.1 Overordnet

Regelharmoniseringen på konkurranserettens område innebærer at praksis og veiledninger fra EU-kommisjonen er relevant ved tolkningen av de norske konkurransereglene, slik også nylig slått fast av Høyesterett i Schibsted/Nettbil-saken.⁴² Vi ser at fokus på bærekraft og bærekraftshensyn gis økt fokus i forbindelse med revisjonen av gjeldende gruppefritak, samt EU-kommisjonens retningslinjer.

Selv om det foreløpig er få konkurransesaker som angår bærekraft direkte, er det tilsynelatende et økende sakstfang. Dette kan selvsagt ha sammenheng med konkurransemyndighetenes fokus på denne type problemstillinger, men kan like gjerne skyldes foretakenes eget fokus på bærekraft i ulike samarbeidskonstellasjoner. Det foreligger flere eksempler fra praksis på samarbeid som begrenser utvikling og bruk av miljøvennlig teknologi.⁴³ I tilfeller hvor informasjonsutvekslingen har ledet til forsinket eller manglende implementering av miljølovgivning, eller miljøstandarder, synes det klart at det vil foreligge en konkurransebegrensning.

3.3.2 Veiledninger

3.3.2.1 Reviderte horisontale retningslinjer (HBER)

EU-kommisjonen vedtok 1. juni 2023 oppdaterte retningslinjer for anvendelsen av art. 101 TFEU på horisontale samarbeidsavtaler mv. («horisontale retningslinjer»)⁴⁴ De nye retningslinjene inneholder henvisninger til EUs ambisiøse bærekraftsmål (Green Deal)⁴⁵, og et eget kapittel om bærekraftsavtaler (kapittel 9) som har forrang dersom det er mer gunstig for foretaket.⁴⁶ Bærekraft defineres vidt, og inkluderer sosial og økonomisk bærekraft, herunder rimelig levelønn, menneskerettigheter, dyrevelferd og ernæring.⁴⁷

Mer spesifikt inneholder retningslinjene veiledning om hvilke typer bærekraftsavtaler/samarbeid som vil falle utenfor anvendelsesområdet til TFEU art. 101(1) (side 148), veiledning til vurdering av bærekraftssamarbeid under TFEU art. 101(1), med særlig fokus på standardiseringsavtaler i et bærekraftsperspektiv (side 149 flg.), veiledning til vurderingen av bærekraftssamarbeid under TFEU art. 101(3), betydningen av offentlige myndigheters involvering og avslutningsvis en samling eksempler (side 154 flg.).

Eksemplene fra EU-kommisjonen er nyttige. Et av eksemplene i de nye horisontale retningslinjene er der en bransjeorganisasjon for strømleverandører etablerer ikke-bindende standardvilkår for levering til sluttbrukere.⁴⁸ Standardvilkårene er ikke-diskriminerende og gjennomsiktede og dekker tema slik som angivelse av strømuttaket, tilkoblingspunktet og tjenestens pålitelighet mv. Standardvilkårene omfatter ikke anbefalte priser eller klausuler om pris. EU-kommisjonen mener

⁴² HR-2023-299-A.

⁴³ EU-kommisjonens saker i AT. 39824 (lastebilkartellsaken).

⁴⁴ EU-kommisjonen (2022).

⁴⁵ Se EU-kommisjonen (2023) premiss 3 og 516.

⁴⁶ Se premiss 525.

⁴⁷ Se avsnitt 516-518.

⁴⁸ Se HBER, premiss 512.

derfor at det er usannsynlig at samarbeidet vil medføre konkurransebegrensende virkninger. Eksempelet er nyttig som et «soft safe harbour».

Et annet eksempel er hvor flere produsenter av prosessert mat samarbeider om å anbefale et visst fettnivå på prosessert mat. De involverte produsentene har markedsandeler på 70 %, og nasjonale myndigheter gjennomfører en kampanje om farene ved høyt fettinnhold i prosessert mat. EU-kommisjonen mener at samarbeidet medfører et maksimum fettnivå for prosessert mat, men at det er usannsynlig at samarbeidet har konkurransebegrensende virkninger. Dette er fordi de involverte aktørene fortsatt vil konkurrere på andre parametere som smak, pris, ernæring mv., selv om forbrukerne vil ha færre produkter å velge mellom. EU-kommisjonen understreker også at selv om et slikt samarbeid eventuelt skulle omfattes av TFEU art. 101 (1), vil TFEU art. 101 (3) sannsynligvis være oppfylt, siden de positive helseeffektene oppveier for konkurransebegrensningene.⁴⁹ Det er interessant at EU-kommisjonen velger å bruke et slikt eksempel under kategorien «sustainability agreements», men eksempelet bør ha overføringsverdi til andre saker om f.eks. klimagassutslipp og dyrevelferd.

Mer generelt er det likevel fortsatt uklart i hvilken grad bærekraft er relevant i vurderingen av innordningen av ulike former for samarbeid som produksjonssamarbeid (hvor det blant annet vil kunne være nødvendig og tillatt å dele konkurransesensitiv informasjon, og fastsette felles priser) og kommersialiseringssamarbeid (hvor slik deling og fastsettelse av felles priser normalt ikke er tillatt). Et praktisk eksempel er i hvilken grad konkurransereglene (i større grad) tillater tilbudskonsortier og fellestilbud mellom aktører som deltar i større fornybarprosjekter. Enkelte aktører vil regulært ha en slik størrelse, finansiering og eierskap (f.eks. staten) at det relativt sjelden kan tenkes prosjekter som foretaket strengt tatt ikke har en reell mulighet til å utføre alene. De samarbeidende partene vil likevel kunne anføre at samarbeidet gir fordeler i form av ressurs-, tidsbesparelser- og risikoavlastning mv.

3.3.2.2 Reviderte vertikale retningslinjer (VBER)

EUs reviderte gruppefritak for vertikale avtaler (*Vertical Block Exemption Regulation*/«VBER») nevner ikke bærekraft eksplisitt. Derimot viser de vertikale retningslinjene til at bærekraftig utvikling er et av prioriteringsområdene for EUs policyutvikling, og at det ikke finnes egne regler for vertikale bærekraftsavtaler. Slike avtaler må derfor vurderes på tilsvarende måte som andre vertikale avtaler, men bærekraftsmålsetninger kan selvsagt spille i vurderingen av effektivitetsgevinster.

Bærekraft nevnes eksplisitt i sammenheng med retningslinjenes behandling av selektive distribusjonssystemer, nærmere bestemt bærekraftsmålsetninger som såkalte kvalitative kriterier (avsnitt 144). Tilsvarende trekkes bærekraftshensyn frem som potensielt relevant i vurderingen av hvorvidt en konkurranseklausul (non-compete obligation) skal tillates i medhold av TFEU art. 101(3):

«Non-compete obligations may also be used to address a hold-up problem for investments pursuing sustainability objectives. For example, a hold-up problem could arise where an energy supplier facing increased demand for renewable energy wishes to invest in a hydropower plant or wind farm. The supplier may only be willing to undertake long-term investment risk if a sufficient number of buyers are willing to commit to purchase renewable energy for a longer period. Such vertical agreements with buyers may be pro-competitive, as the long-term non-compete obligation may be necessary for the investment to take place at all, or for it to take place on the foreseen scale or within the foreseen time. Therefore, such non-

⁴⁹ Se HBER, premiss 602.

compete obligations may fulfil the conditions of Article 101(3) of the Treaty if the supplier's investment has a long depreciation period, exceeding the 5 years set out in Article 5(1), point (a) of Regulation (EU) 2022/720.»⁵⁰

VBER trådte i kraft i EU 1. juni 2022. Hva som gjelder i Norge er på nåværende tidspunkt noe uklart, ettersom den norske forskriften som gjennomførte tidligere VBER (2010) formelt utløp 31. mai 2022 og prosessen med gjennomføring av nye VBER i EØS-EFTA-landene/Norge ikke er forventet ferdigstilt før senhøsten 2023.

3.3.2.3 Andre retningslinjer

I januar 2023 publiserte EU-kommisjonen utkast til nye bærekraftsretningslinjer innen landbruk.⁵¹ Bakgrunnen er et vedtak i EU om å tillate visse typer konkurransebegrensende avtaler og samarbeid innen landbrukssektoren, som er nødvendige (*indispensable*) for å oppnå bærekraftsstandarder som overgår de som er satt på EU-nivå eller i nasjonalstatene.⁵²

EØS-avtalens avgrensning mot blant annet EUs landbrukspolitikk innebærer at retningslinjene ikke vil være direkte relevante for norske forhold, men kan likevel inneholde enkelte nyttige avklaringer rundt hvordan EU vurderer spørsmål om konkurransebegrensende samarbeid i en landbruksmessig kontekst. Retningslinjene inneholder blant annet et eget kapittel om konkurransebegrensninger (side 17-20), samt eksempeltilfeller (side 59-65). Høringsrunden avsluttes 24. april 2023.

3.3.3 Praksis fra EU-kommisjonen

3.3.3.1 Car Emission/AdBlue (AT. 40178)

Et nyere eksempel fra EU-kommisjonen er sak AT.40178, hvor EU-kommisjonen grep inn mot et samarbeid mellom fem bilprodusenter som hadde utviklet ny teknologi for å rense nitrogenoksyd utslipp utover lovpålagte krav.⁵³ Bilprodusentene inngikk i et ulovlig samarbeid gjennom å utsette bruken av teknologien, og begrenset derfor konkurransen om å levere mest mulig miljøvennlige biler. Bilprodusentene signaliserte til hverandre at overoppfyllelse av regulatoriske krav ikke var ønsket, og forhindret teknisk nyvinning for kjøretøy med dieselmotorer som ville gitt flere valgmuligheter for forbrukerne. Saken gir en nyttig påminnelse om at konkurransereglene får anvendelse på andre konkurranseparametere enn bare pris.

Teknisk samarbeid mellom bilprodusentene kan selvsagt være legitimt, og det er særlig interessant at EU-kommisjonen i forlengelsen sendte et brev til partene hvor de veileder om hvilke aspekter av samarbeidet som ikke reiser konkurransemessige bekymringer, slik som standardisering av påfyllingsverktøy, kvalitetsstandarder, og felles utvikling av en software plattform, samt oppbyggingen av en infrastruktur for tilbudssiden av rensevæske som brukes på moderne dieselmotorer for å redusere utslipp.⁵⁴ Det sentrale poenget var at aktørene utover å diskutere det

⁵⁰ EU-kommisjonen (2022) premiss 360.

⁵¹ EU-kommisjonen (2023).

⁵² I notat fra Skift-Næringslivets klimaledere om bærekraftstiltak innen landbruket av [...] heter det at «Arbeidet og videre tiltak knyttet til dette notatet må skje innenfor rammene av konkurranselovgivningen. Det er særlig viktig at det ikke utveksles informasjon mellom konkurrenter som kan medvirke til produksjons-/utbudsbegrensninger».

⁵³ Sak AT.40178 Car Emission.

⁵⁴ Sak AT.40178 Car Emission.

som kunne vært genuine standardiseringsinitiativ eller fellesløsninger, holdt tilbake ny teknologi som noen av aktørene var i ferd med å utvikle, for å unngå avbrudd i eksisterende forretninger. Koordineringen «*served to eliminate the competitive risks arising from the divergent solutions*».⁵⁵ Uttalelsen understreker at standardiseringssamarbeid ikke må gå så langt som å fjerne konkurransen mellom ulike løsninger eller modeller.

Kommisjonen ila VW et overtredelsesgebyr på MEUR 502 og BMW et gebyr på MEUR 373. Saken understreker at det er viktig å beskytte teknologikonkurransen, og at dette ikke minst gjelder innenfor bærekraft som er en dynamisk og ikke en enhetlig vitenskapelig standard.

3.3.3.2 CECED-saken (1999)

EU-kommisjonen konkluderte med at TFEU art. 101 (1) var oppfylt i CECED-saken,⁵⁶ som er mye omtalt i litteraturen. I CECED-saken ble produsenter av vaskemaskiner enige om å slutte å importere eller produsere de minst energieffektive vaskemaskinene.⁵⁷ EU-kommisjonen konkluderte med at det var et konkurransebegrensende samarbeid (formålsrestriksjon) etter TFEU art. 101 (1). Samarbeidet ville føre til en 19 % prisøkning, og innebar at produksjonen av de minst energieffektive maskinene ikke ville bli videreført. EU-kommisjonen vurderte så bærekraftssamarbeidet opp imot TFEU art. 101 (3) siden samarbeidet kunne føre til lavere strømforbruk «*collective environmental benefits*».⁵⁸ I tillegg vektla EU-kommisjonen at «*account can also be taken of the costs of pollution*», noe som tilsier at målbare miljøgevinster var relevant.⁵⁹ EU-kommisjonen hadde en nokså knapp vurdering av om forbrukerne oppnådde en «*fair share*» av miljøfordelene.⁶⁰ EU-kommisjonen uttalte at bærekraftssamarbeidet var «*likely to deliver both individual and collective benefits for users and consumers*», noe som kan ha overføringsverdi til andre saker om særlig klimagassutslipp.⁶¹ EU-kommisjonen konkluderte med at forbrukerne ville få lavere energiutgifter (individual benefits) som medfører miljøgevinster (collective benefits) og dermed at TFEU art. 101 (3) var oppfylt. CECED-saken er dermed et godt eksempel på anvendelsen av TFEU art. 101(3), og første gang EU-kommisjonen aksepterte «eksterne kostnader» eller negative eksternaliteter som en gevinst under art. 101 (3).

Etter vår vurdering er det gode grunner til at Konkurransetilsynet mer generelt bør være åpne for å akseptere negative eksternaliteter i tredjeleddsvurderingen, eksempelvis reduksjon av plastikkavfall eller CO2 utslipp og dets innvirkning på vannkvaliteten).

3.3.3.3 DSD-saken (COMP D3/34493)

Saken omhandler Tysklands ordninger for resirkulering av emballasjeavfall, nærmere bestemt virksomheten til Duales System Deutschland («DSD») for innsamling og resirkulering av emballasjeavfall.⁶² I DSD-saken var både distributører og produsenter forpliktet til å ta imot og

⁵⁵ Ibid. premiss 128.

⁵⁶ Se sak IV.F.1/36.718. CECED (heretter CECED).

⁵⁷ CECED-saken premiss 19-20.

⁵⁸ Ibid. premiss 52-58.

⁵⁹ Ibid. premiss 55.

⁶⁰ Ibid. premiss 56.

⁶¹ Ibid. premiss 91.

⁶² Sak COMP D3/34493; sak T-151/01 som er opprettholdt av EU-domstolen i sak C-395/07 P.

gjenvinne emballasjeavfall som ikke omfattes av det offentlige avfallshåndtering. Tysk lovgivning ga produsenter og distributører mulighet til å delta i en unntaksordning som garanterer resirkulering av emballasjeavfall. DSD er det dominerende operatørforetaket i unntakssystemet. Deltakere i unntaksordningen måtte betale en lisensavgift basert på i hvor stor grad de brukte «the Green Dot» (tilsvarende Grønt Punkt) på emballasje til DSD. EU-kommisjonen konkluderte med at DSD hadde opptrådt ekskluderende og misbrukt sin dominerende stilling. EU-kommisjonen la til grunn at det ikke var mulig («*economic unrealistic*») å unngå DSDs lisensavgift, og at ordningen derfor hindrer produsenter og distributører fra å ta i bruk eventuelle konkurrerende ordninger for emballasjeavfall.⁶³ EU-kommisjonen konkluderte også med at DSDs kontraktsvilkår var nær eksklusive, og at det ikke var noe «*equality of opportunity for competitors*».⁶⁴

I tillegg konkluderte EU-kommisjonen med at DSD handlet i strid med TFEU art. 102 (a) ved å kreve urimelige priser. Prisen står ikke i noen rimelig sammenheng med den økonomiske verdien av tjenesten: «*[I]n balancing the various interests in this case, DSD does not appear to have any reasonable interest in linking the fee payable by its contractual partners not to the exemption service actually used but to the extent to which the mark is used*».⁶⁵

DSD-saken gir et eksempel på en forholdsmessighetsvurdering, og viser at selv om ordningen forfølger et bærekraftsformål må den ikke gå for langt i å begrense muligheten for potensielle konkurrerende ordninger. Kingston kommenterer at denne saken var ganske åpenbart brudd på TFEU art. 102 og at DSD egentlig ikke hadde genuine miljømessige begrunnelser for sine ordninger. Saken viser også at konkurransebegrensningsvurderingen under TFEU art. 102 må gjøres på samme måte som ellers, selv om det er et bærekraftsformål som forfølges.⁶⁶

3.4 Nasjonal praksis og veiledning (EU/EØS)

3.4.1 Innledning

De fleste etterforskninger og vedtak knyttet til TFEU art. 101 og art. 102 kommer fra nasjonale konkurransemyndigheter. Nasjonal praksis kan derfor bidra med viktig veiledning til avklaring av rammene for TFEU art. 101/EEA art. 53/konkurranseloven §10 og TFEU art. 102/EEA art. 54/konkurranseloven § 11.⁶⁷

Det varierer hvordan konkurransemyndighetene i ulike medlemsland forholder seg til temaet bærekraft, og myndighetenes ulike tilnærminger har vært gjenstand for analyse i flere ulike sammenhenger. En mulig tilnærming er å dele myndighetene inn etter hvorvidt de anlegger en progressiv, nøytral eller reaktiv tilnærming til bærekraft, med utgangspunkt i en glidende skala. Følgende oversikt hentet fra *Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities* kan gi et overordnet bilde på hvordan ulike nasjonale konkurransemyndigheter forholder seg til spørsmål om bærekraft og konkurranserett.⁶⁸

⁶³ Sak COMP D3/34493 premiss 103.

⁶⁴ Ibid. premiss 115.

⁶⁵ Ibid. premiss 112.

⁶⁶ Kingston kommenterer at denne saken var ganske åpenbart brudd på TFEU art. 102 og at DSD egentlig ikke hadde genuine miljømessige begrunnelser for sine ordninger. Se Kingston (2012) s. 316.

⁶⁷ EU-kommisjonen (u.å.) Se også artikkelen med samme syn: Malinauskaite (2023).

⁶⁸ Malinauskaite (2023).

Table 1. National Competition Authorities' Approaches to Sustainability

Positive action approach	Cautious approach	Reserved approach	Undecided approach
Austria	Belgium	Czechia	Croatia
France	Bulgaria	Germany	Cyprus
Greece	Finland		Denmark
Hungary	Ireland		Estonia
Spain	Poland		Italy
The Netherlands	Portugal		Latvia
	Romania		Lithuania
	Sweden		Luxembourg
			Malta
			Slovakia
			Slovenia

Den samme artikkelen inneholder også en oversikt over forskjellige EU-lands status og ulike fremgangsmåter i grensesnittet mellom bærekraft og konkurranserett.⁶⁹

Table 2: Comparative Analysis (Compiled by the Authors)

		Scope			Sustainability			Tools/next steps			
		Art 101	Art 102	Mergers	Broad	Narrow	Not defined	EU guidance	National guidance	Enforcement priority	Others
Positive action approach	The Netherlands	v			v*				v		Guidelines
	Austria	v				v			v		Legislative route
	Greece	v	v	v	v*			v	v		Sandbox/legislation/guidelines
	Hungary						v*		v		New Notice – pro-active remedies
	France	v		v			v*			v	Sustainability priorities/Head of sustainability
	Spain	v		v			v*				Action plan
Cautious approach	Belgium	v	v	v			v*				
	Bulgaria						v	v			
	Ireland	v		v			v*	v			
	Finland	v					v*	v			
	Romania	v	v	v			v	v			Hierarchical approach: priority to the climate-related aspects
	Poland	v		v			v*	v			
	Portugal						v	v			
Sweden	v	v	v			v*	v				

*Environmental protection is singled-out.

⁶⁹ Malinauskaite (2023) s. 13.

Det finnes også en rekke gode abonnementsløsninger, eksempelvis LexisNexis, som tilbyr løpende oppdateringer (*tracker*) over globale endringer og nyheter i ulike land.⁷⁰ Dette er særlig nyttig for land hvor saker, veiledninger og nyheter ikke nødvendigvis publiseres på engelsk.

3.4.2 Nederland

3.4.2.1 Retningslinjer (ACM)

3.4.2.1.1 Innledning

Det nederlandske konkurransetilsynet, *The Netherlands Authority for Consumers and Markets* («ACM»), er blant de nasjonale konkurransemyndighetene i EU som har anlagt en forholdsvis progressiv linje når det gjelder spørsmål om bærekraft. ACM omtaler, i likhet med Konkurransetilsynet, bærekraft som en av sine «nøkkelprioriteringer».⁷¹ I juli 2020 publiserte ACM et forslag til retningslinjer for bærekraftsavtaler: *Sustainability Agreements Guidelines*. Forslaget ble etterfulgt av en revidert utgave publisert 26. januar 2022 (*Second Draft Guidelines*, heretter («ACMs retningslinjer»). ACM var for øvrig først ute blant de nasjonale konkurransemyndighetene i EU til å publisere retningslinjer spesifikt om bærekraft og konkurranserett.

ACMs retningslinjer blir av flere ansett både som et kjærkomment bidrag og et steg fremover i den pågående debatten om konkurranserett og bærekraft.⁷² *The Dutch Competition Act of 22 May 1997* («DCA») art. 6 speiler TFEU art. 101.⁷³ ACMs retningslinjer forsøker å klargjøre hvordan man skal foreta en konkurranserettslig vurdering av bærekraftsavtaler, samt ACMs rolle som håndhevsorgan.

ACMs retningslinjer gir konkret veiledning om hvilke bærekraftsavtaler som er lovlige, og hvordan ACM i praksis vurderer spørsmålet om lovligheten av slike avtaler.⁷⁴ ACMs retningslinjer gir også praktiske råd for vurderingen. Blant annet gis det en rekke eksempler, slik at aktørene selv kan gjøre en konkret konkurranserettslig vurdering av planlagte bærekraftsavtaler.⁷⁵ Et uttalt siktemål med ACMs retningslinjer er nettopp å gi foretak, bransjeforeninger og rådgivere mulighet til selv å undersøke sitt handlingsrom for å utforme bærekraftsavtaler i tråd med konkurransereglene.⁷⁶

Når ACM vurderer bærekraftsavtaler opp mot konkurransereglene, skiller de mellom tre ulike typetilfeller:

1. Avtaler som faller utenfor DCA art. 6 sitt anvendelsesområde.
2. Avtaler som i utgangspunktet omfattes av DCA art. 6, og som derfor må vurderes etter bestemmelsenes unntaksvilkår.

⁷⁰ LexisNexis (u.å.).

⁷¹ ACM (2021) s. 3 (heretter «ACMs retningslinjer»).

⁷² Jansen (2022).

⁷³ ACMs retningslinjer (2021) premiss 10.

⁷⁴ ACMs retningslinjer (2021) s. 5.

⁷⁵ Ibid. s. 5.

⁷⁶ Ibid. premiss 3.

3. Avtaler som omfattes av DCA art. 6 der markedsaktørene må undersøke om bærekraftssamarbeidet lovlig kan gjennomføres på andre måter.⁷⁷

ACMs retningslinjer kapittel 5 omhandler bærekraftssamarbeid som i utgangspunktet må anses som konkurransebegrensende, men som likevel er lovlig etter DCA art. 6 (3) og TFEU art. 101 (3). Når ACM foretar en vurdering etter tredje ledd tar de utgangspunkt i EU-kommisjonens retningslinjer⁷⁸ og praksis fra EU-domstolen.⁷⁹ ACM fokuserer også særlig på at DCA art. 6 (3) kan være et egnet instrument for å balansere interessene om fordelene ved bærekraft opp mot virkningene av konkurranseskadene.⁸⁰

Etter vår vurdering er det særlig nyttig at det nederlandske konkurransetilsynet avklarer at de vil ta en pragmatisk tilnærming til vurderingen av bærekraftssamarbeid, hvor det er gitt innledende veiledning. Dersom det gis klarsignal i innledende veiledning, vil ikke det nederlandske konkurransetilsynet gripe inn med overtredelsesgebyr. En slik tilnærming er etter vår vurdering ressursbesparende, effektiv og nyttig – dersom veiledningen er av tilstrekkelig god kvalitet.

3.4.2.1.2 Bærekraftsavtaler som faller utenfor virkeområdet for DCA art. 6

ACM uttrykker at det er uklart hvorvidt gjeldende rett gir anledning til å anvende Wouters-doktrinen på bærekraftssamarbeid.⁸¹ ACM gir derfor ikke noe veiledning om bruken av Wouters-doktrinen på bærekraftssamarbeid.⁸² Som vist ovenfor, gir imidlertid HCC anvisning på at det finnes et handlingsrom å bruke Wouters på bærekraftssamarbeid.⁸³

I ACMs retningslinjer kapittel 4 omtales bærekraftsavtaler som faller utenfor DCA art. 6 sitt virkeområde, og som dermed er lovlige i konkurranserettslig sammenheng.⁸⁴ Det gis eksempelvis veiledning på hvilke kategorier av bærekraftsavtaler som typisk ikke vil være konkurransebegrensende.⁸⁵ ACMs retningslinjer oppstiller fem kategorier, og under hver kategori gis utfyllende merknader og eksempler:⁸⁶

1. Bærekraftsavtaler som «*incentivize undertakings to make a positive contribution to a sustainability objective without being binding on the individual undertakings*».⁸⁷ Her nevnes f.eks. sektorspesifikke målsetninger om å redusere CO2-utslipp. Vår vurdering er at slike

⁷⁷ Ibid. s. 7.

⁷⁸ EU-kommisjonen (2004) s. 97-118.

⁷⁹ For sistnevnte bestemmelse vises det her til sak T-574/14 premiss 130, 133 og 134.

⁸⁰ ACMs retningslinjer (2021) s. 22.

⁸¹ Ibid. premiss 18.

⁸² Ibid. premiss 18.

⁸³ Se punkt 3.3.2 over.

⁸⁴ Ibid. s. 8.

⁸⁵ ACMs retningslinjer (2021) premiss 22, med videre henvisning til EU-kommisjonens (2004/C 101/08) premiss 18-22.

⁸⁶ ACMs retningslinjer (2021) s. 9.

⁸⁷ Ibid. premiss 23.

frivillige initiativ ikke vil kunne utgjøre en konkurransebegrensning, og det er nyttig for (det nederlandske) næringslivet at veilederen til ACM er så klar.

2. Bærekraftsavtaler som omhandler «*codes of conduct promoting environmentally-conscious, climate-conscious or socially-responsible practices*». ⁸⁸ Her nevnes blant annet felles standarder og merking for benyttede produksjonsmetoder. ACM påpeker at det må gjelde klare kriterier for å delta i slike bærekraftsavtaler, og at disse kriteriene må være ikke-diskriminerende. Videre uttaler ACM at det bør være mulig for aktørene å ha likeverdige, egne standarder og prosedyrer for merking, og å selge produkter som faller utenfor området avtalen gjelder. ACMs merknad er etter vår vurdering nyttig, og støttes av EU-kommisjonens horisontale retningslinjer som peker på at standardisering i visse tilfeller vil kunne begrense innovasjon og produktmangfold. ⁸⁹
3. Bærekraftsavtaler som «*are aimed at improving product quality, while, at the same time, certain products or products that are produced in a less sustainable manner are no longer sold*». ⁹⁰ Slike avtaler faller utenfor anvendelsesområdet hvis de ikke har noen nevneverdig påvirkning på produktprisen og/eller produktmangfoldet. Et eksempel kan være samarbeid for å oppnå en mer effektiv bruk av forpakkingsmaterialer, eller å unngå bruk av visse typer forpakkninger.
4. Bærekraftsavtaler «*where new products or markets are created through innovation, and where a joint initiative is needed for acquiring sufficient production resources, including know-how, or for achieving sufficient scale*». ⁹¹ Her trekker ACM frem at noen prosjekter krever samarbeid mellom konkurrenter i oppstartfasen. Dersom prosjektene er mer langvarige, må de imidlertid vurderes mer inngående etter DCA art. 6. Her er ACM klare, og vi er enige i slutningen, så lenge «*joint initiative is needed*». Her oppstår i praksis vanskelige spørsmål knyttet til om enkeltaktører (teknologi-/løsning- og modellkappløp) vel så gjerne kan innovere på egenhånd.
5. Bærekraftsavtaler hvor formålet er å sikre at «*undertakings involved, their suppliers and/or their distributors respect the national or international standards that apply to doing business in countries outside Europe, particularly in developing countries*». ⁹² Ved å inngå samarbeidsavtaler om overholdelsen av rettslige forpliktelser, kan aktørene utforme ordninger og foreta den nødvendige oppfølging av om forpliktelsene overholdes, eksempelvis at samarbeidspartnere skal beskytte naturressurser og overholde fair trade-regler.

3.4.2.1.3 Skillet mellom «miljøskadeavtaler» og «bærekraftsavtaler»

TFEU art. 101 (3) og DCA art. 6 (3) stiller som vilkår at forbrukere må sikres en «*fair share*» av bærekraftsavtalens effektivtetsgevinster for at avtalen skal være lovlig. En nyvinning i ACMs retningslinjer er skillet mellom såkalte «*environmental-damage agreements*» (miljøskadeavtaler) og «*other sustainability agreements*» (andre bærekraftsavtaler), og betydningen av skillet for vurderingen

⁸⁸ Ibid. premiss 24.

⁸⁹ Se Kommisjonens horisontale retningslinjer, premiss 501.

⁹⁰ ACMs retningslinjer (2021) premiss 25.

⁹¹ Ibid. premiss 26.

⁹² Ibid. premiss 27.

av «fair share»-kriteriet.⁹³ Vurderingen av om brukerne får en «fair share» av miljøgevinstene favner bredere (dvs. brukere utover det relevante markedet), dersom samarbeidet omfattes av begrepet «*environmental-damage agreements*». Poenget er at man har større handlingsrom for lovlig bærekraftssamarbeid ved «*environmental-damage agreements*» sammenlignet med «*sustainability agreements*». ACM bruker en presis definisjon av begrepet «*environmental-damage agreements*»:

«Environmental damage can be described as damage to the environment in the production and consumption of goods or services. Environmental damage results, for example, from the emission of harmful air pollutants and greenhouse gases, and from the waste of raw materials. We call the resulting damage for society, which is not included in the price of production, negative externalities. This damage manifests itself as atmospheric heating, a reduced biodiversity, and/or less healthy livelihoods. Environmental damage implies the inefficient usage of scarce natural resources. If undertakings, by working together, reduce environmental damage, they thus generate an efficiency gain. That gain will not only be reaped by the users of the products in question, but also by society as a whole. ACM believes that, with regard to such collaborations, a different interpretation than usual can be used for the requirement that the users are allowed a fair share of the benefits of an agreement.»⁹⁴ (våre understrekninger).

Når det gjelder begrepet «*sustainability agreements*», bruker ACM ingen omfattede eller presis definisjon av begrepet, men tar utgangspunkt i hvordan begrepet er brukt av FN. Med «*sustainability agreements*» mener ACM:

«[A]ny agreements between undertakings, as well as any decisions of associations of undertakings, that are aimed at the identification, prevention, restriction or mitigation of the negative impact of economic activities on people (including their working conditions), animals, the environment, or nature.»⁹⁵

Skillet mellom miljøskadeavtaler og bærekraftsavtaler har gitt foretak noe nytt å forholde seg til, og ACM måtte presisere skillet mellom «*environmental-damage agreements*» og «*sustainability agreements*» i det reviderte utkastet til retningslinjer, etter at flere interessenter ønsket klarere veiledning.⁹⁶

3.4.2.1.4 Nærmere beskrivelse og identifikasjon av effektivitetsgevinster i bærekraftsavtaler

Når effektivitetsgevinstene ved bærekraftsavtaler skal vurderes opp mot de konkurransebegrensende virkningene, må avtalens gevinster identifiseres, samt i hvilken utstrekning man kan forvente at gevinstene oppnås.⁹⁷ ACM understreker at bare objektive bærekraftsgevinster skal tas i betraktning, og at slike gevinster kan komme til gode både for forbrukerne og samfunnet i vid forstand.⁹⁸ Effektivitetsgevinstene kan blant annet relatere seg til å redusere såkalte negative eksterne virkninger i produksjon og forbruk, men også til andre gevinster.⁹⁹ For noen avtaler kan det være vanskelig å kvantifisere gevinstene. Videre fremhever

⁹³ ACMs retningslinjer (2021) premiss 7.

⁹⁴ Ibid. premiss 8.

⁹⁵ Ibid. premiss 7.

⁹⁶ ACMs retningslinjer (2021) s. 1.

⁹⁷ ACMs retningslinjer (2021) premiss 40.

⁹⁸ Ibid. premiss 36.

⁹⁹ Ibid. premiss 36.

ACM at omfanget av analysen av de ulike gevinstene ved avtalen delvis vil bero på hvordan vurderingen av «*fair share*»-kriteriet skal gjøres i den konkrete saken.¹⁰⁰

3.4.2.1.5 Vurderingen av om forbrukerne er sikret en «*fair share*» av avtalens effektivitetsgevinster

ACMs retningslinjer tar til orde for at forbrukere ikke alltid må kompenseres fullt ut for konkurransebegrensningene:

«ACM believes there is good reason to deviate from this basic principle if two criteria are met: (i) the agreement is an environmental-damage agreement, and (ii) the agreement helps, in an efficient manner, comply with an international or national standard, or it helps realize a concrete policy goal (to prevent such damage). Only if both criteria are met, then ACM believes that users do not need to be compensated in full.»¹⁰¹ (*våre understrekinger*).

ACM vurderer gevinstene av en miljøskadeavtale slik at det bør være mulig å hensynta også andre gevinster enn de som direkte gjelder forbrukere.¹⁰² ACM påpeker at det er *forbrukernes* etterspørsel av de aktuelle produktene eller tjenestene som i hovedsak medfører bærekraftsutfordringer. Derfor mener ACM det kan være rettferdig at forbrukerne ikke nødvendigvis kompenseres fullt ut for konkurransebegrensninger av bærekraftssamarbeid som skal motvirke nettopp slike utfordringer. ACM peker også på at forbrukerne vil nyte godt av de samme gevinstene av bærekraftsavtaler som resten av samfunnet.

ACM stiller likevel krav om at bærekraftsavtalen må bidra til (effektivt) å overholde en internasjonal eller nasjonal standard (som samarbeidsaktørene ikke allerede er bundet til) eller en konkret politisk målsetning. Som eksempel på sistnevnte trekker ACM frem den nederlandske regjeringens målsetning om å redusere CO₂-utslipp på nederlandsk jord «*by year x by Y %*».¹⁰³ Dersom en bærekraftsavtale oppfylder definisjonen av å være en «*environmental-damage agreement*», og bidrar til å nå målsetningen om reduksjon i Nederlands CO₂-utslipp, kan vurderingen resultere i at forbrukerne ikke fullt ut skal kompenseres for bærekraftsavtalens konkurransebegrensende virkninger.

Dersom en avtale om bærekraftssamarbeid bærer preg av både å være en «*environmental-damage agreement*» og en «*sustainability agreement*» uttaler ACM at vurderingen etter tredje ledd vil ha en «*mixed character*»¹⁰⁴, og gir anvisning på at:

«Insofar the initiative concerns the reduction of environmental damage, the benefits for society can be included in their entirety, while for the other aspects, only the benefits for the users on the relevant market can be included.»¹⁰⁵

¹⁰⁰ Ibid. premiss 42.

¹⁰¹ Ibid. premiss 45.

¹⁰² Ibid. premiss 48.

¹⁰³ Ibid. premiss 49.

¹⁰⁴ ACMs retningslinjer (2021) premiss 52.

¹⁰⁵ Ibid. premiss 52.

Skillet mellom «*environmental-damage agreement*» og «*sustainability agreements*», og hvilke effektivitetsgevinster som kan vurderes for de ulike avtalene, gir uttrykk for ACMs intensjon om at også bredere samfunnshensyn skal kunne anerkjennes som legitime rettslige hensyn i vurderingen etter DCA art. 6 (3) (og TFEU art. 101 (3)). Siden forbrukeres adferd også er årsak til miljø- og klimaproblemer, er det hensiktsmessig at konkurransebegrensende avtaler som skal motvirke disse problemene ikke må kompensere forbrukerne fullt ut. I tillegg synliggjør skillet at man er avhengig av å se samfunnet i et større bilde når man vurderer spørsmål i grensesnittet mellom bærekraft og konkurranserett. Som vi kommer tilbake til har EU-kommisjonen et annet syn på kriteriet om at forbrukerne må kompenseres fullt ut for konkurransebegrensningene.

3.4.2.1.6 Behovet for nærmere kvantifisering av gevinstene

ACM utdyper videre om scenarioer hvor vurderingen etter tredje ledd typisk ikke fordrer noen nærmere kvantifisering av avtalens gevinster opp mot konkurransebegrensningene.¹⁰⁶ Dermed vurderer ACM scenarioer som krever at gevinstene og konkurransebegrensningene av avtalen nærmere kvantifiseres i et økonomisk perspektiv.

ACM deler inn i to kategorier der nærmere kvantifisering av effektivitetsgevinster etter tredje ledd ikke er nødvendig: 1) bærekraftsavtaler der de involverte aktørene har en begrenset markedsandel, og 2) avtaler der gevinstene med avtalen raskt fremstår å være klart større enn konkurransebegrensningene.¹⁰⁷ Likevel må gevinster og konkurransebegrensninger av avtalen identifiseres og uttrykkes i økonomiske termer, før de avveies mot hverandre.¹⁰⁸

3.4.2.1.7 ACMs retningslinjer om kvantifisering av avtalens bærekraftige gevinster

For å tallfeste gevinstene av en «*environmental-damage agreement*» i et økonomisk perspektiv, gir ACMs retningslinjer anvisning på at dette må skje ved å bruke såkalte «*environmental prices*». ACM forklarer «*environmental prices*» som uttrykk for den økonomiske verdien samfunnet tillegger miljøskader (også kalt «*shadow prices*»), slik som skadevirkningene av forurensende utslipp og klimagassutslipp. I valget av hvilke «*environmental price[s]*» som skal benyttes, fremholder ACM at et utgangspunkt kan være «*the guidelines that apply to governmental agencies when making social cost-benefit analyses*» («*SCBAs*»).¹⁰⁹ ACM utdyper dette nærmere i sine retningslinjer avsnitt 58 flg.

Metoden med å fastsette «*environmental prices*» kan derimot ikke brukes for andre «*sustainability agreements*». For «*sustainability agreements*» kan det foretas en noe bredere vurdering av brukernes betalingsvilje, hvor også fremtidige brukere kan omfattes.¹¹⁰ Verdsettelsen av betalingsviljen kan også vurderes etter en «*willing-to-pay study*». ¹¹¹ Her kan det skilles mellom studier på bakgrunn av «*revealed preferences*» eller på bakgrunn av «*stated preferences*», som bruker henholdsvis data om

¹⁰⁶ Ibid. premiss 64 flg.

¹⁰⁷ Ibid. premiss 55 og 56.

¹⁰⁸ Ibid. premiss 57.

¹⁰⁹ ACMs retningslinjer (2021) premiss 58.

¹¹⁰ Ibid. premiss 61.

¹¹¹ Ibid. premiss 62.

forbrukernes faktiske handlemønster og informasjon basert på hva forbrukerne har svart om hvordan de ville handlet i en hypotetisk situasjon.¹¹²

Ved bruk av «*revealed preferences*»-studier kan man blant annet benytte «*the Contingent Valuation method*», som går ut på at deltakerne i studien svarer på hvordan de verdsetter ekte, eksisterende produkter.¹¹³ ACM viser også til at man kan bruke «*the Conjoint Analysis method*», der verdsetting av ulike egenskaper ved produkter identifiseres separat.

3.4.2.1.8 Hellas' og Nederlands felles tekniske rapport om bærekraft og konkurranse (2021)

Rapporten «*Technical Report on Sustainability and Competition*» ble bestilt av ACM i samarbeid med Hellenic Competition Commission.¹¹⁴ Rapporten gir innsikt i de økonomiske modellene og konseptene som er sentrale for hvordan effektivitetsgevinster for samfunnet i vid forstand, og for fremtidige generasjoner, skal verdsettes og vurderes i konkurransesaker.

Med utgangspunkt i ulike økonomiske metoder, forklarer rapporten hvilke kvantitative vurderinger som kan benyttes for å innlemme bredere sosiale hensyn og gevinster for fremtidige generasjoner i konkurranserettslige vurderinger. Rapporten klarlegger blant annet hvordan sentrale begrep skal forstås, som «*environmental damage*», og den gir overblikk over ulike instrumenter som kan brukes for å måle bærekraftsgevinster. I rapportens første del introduseres grunnleggende velferdsøkonomiske konsepter og analyser, som bygger på individers «*choice for environmental quality*».¹¹⁵ Rapportens andre del drøfter metodene som kan brukes for å måle endringer som følge av skadevirkninger på miljø og bærekraft, ved bruk av «*the concept of total economic value*». Begrepet henviser til de samlede velferdsgevinstene som kan tilskrives forbedringer i miljøkvalitet. Vi mener at Konkurransetilsynet (spesielt konkurranseøkonomene) kan ha nytte av denne rapporten, i tillegg til at den kan føre til mer forutsigbarhet for markedsaktører.

Selv om avveiningen av effektivitetsgevinster og konkurransebegrensninger er velkjente øvelser i konkurranseretten, presiserer ACMs retningslinjer og «*technical report*» hvilke gevinster som skal vurderes, og hvordan. ACMs retningslinjer åpner opp for å vektlegge bredere samfunnsmessige hensyn i avveiningen av en bærekraftsavtales gevinster og konkurransebegrensninger enn det som tidligere har vært lagt til grunn. At ACM i samarbeid med HCC gir nærmere veiledning for hvordan effektivitetsgevinster skal verdsettes, kan videre gi forutsigbarhet både for foretakene og ACM. Metodene kan potensielt tjene til inspirasjon også for det norske Konkurransetilsynet.

3.4.2.2 Praksis (ACM)

3.4.2.2.1 Chicken of Tomorrow-avtalen (2015)

Aktører innen fjørfeindustrien og matvarebransjen inngikk i 2013 en avtale med mål om en mer bærekraftig slaktekylling-industri, kjent som «*The Chicken of Tomorrow*»-avtalen.¹¹⁶ Aktørene ble enige om ni hovedmålsetninger som skulle gjøre kyllingindustrien mer bærekraftig, og bidra til økt

¹¹² Ibid. premiss 62.

¹¹³ Ibid. premiss 62.

¹¹⁴ ACM og HCC (2021), tilgjengelig her: [Technical Report on sustainability and \(acm.nl\)](https://www.acm.nl) (sist besøkt 26. september 2023).

¹¹⁵ Ibid. s. ii.

¹¹⁶ ACM (2015) s. 2.

dyrevelferd. Supermarkedkjedene som deltok i samarbeidet, skulle tilpasse sine kjøps- og salgsvilkår i tråd med avtalens målsetninger.

ACM vurderte lovligheten av avtalen med utgangspunkt i tidligere retningslinjer.¹¹⁷ De konkluderte med at bærekraftsavtalen var i strid med DCA art. 6 (1), da avtalen i stor grad begrenset forbrukernes valgfrihet og hindret forbrukeren i å kjøpe «regulært produsert» kyllingkjøtt. Dette var særlig tilfellet siden samarbeidet tok sikte på at samtlige av de store nederlandske supermarkedene skulle delta, som til sammen hadde rundt 95 % av markedsandelene.¹¹⁸

ACM vurderte avtalen også opp mot DCA art. 6 (3), men fant at vilkårene ikke var oppfylt. ACM konkluderte med at avtalen ikke ville medføre noen gevinster for forbrukere. ACM vurderte også at mer proporsjonale tiltak kunne bli gjennomført for å gjøre fjørfeindustrien mer bærekraftig.

3.4.2.2.2 VEMW (forening) i Nederland (februar 2022)

VEMW er en forening for «*business energy users*» og «*business water users*».¹¹⁹ VEMW ønsket at medlemmene skulle ha mulighet til å inngå en kollektiv avtale med utviklerne av en *offshore* vindpark. Avtalen ville medføre fastpris på grønn energi over flere år, og at de involverte ville bidra til å promotere bærekraftig energi. Langvarige leveringsavtaler ble fremhevet som gunstig for utviklerne av vindparken. VEMW henvendte seg til ACM med spørsmål om initiativet ville være i tråd med den nederlandske konkurranseloven.

ACM pekte på at samarbeidet ville gi VEMWs medlemmer mulighet til å skaffe grønn energi direkte fra produsenten. De ville derfor bidra til å realisere avtalte klimamål og fremme etableringen av vindparker. Det aktuelle forslaget gjaldt én bestemt vindpark som skulle legges ut på anbud, og ACM pekte på at andre foretak og vindpark-utviklere fortsatt ville ha mulighet til å kjøpe og selge bærekraftig energi andre steder. ACM konkluderte med at initiativet ikke var i strid med konkurransereglene under henvisning til DCA art. 6 (3).

3.4.2.2.3 Systemoperatører i Nederland (juni 2022)

I 2021 ønsket en gruppe systemoperatører å samordne pris på CO₂ ved kjøps- og investeringsbeslutninger. Til å begynne med skulle prisen være 50 EURO per tonn.¹²⁰ Avtalen skulle gjøre det mer attraktivt å gjøre investeringer med lavere CO₂-utslipp. ACM vurderte det foreslåtte initiativet høsten 2021 (hvor systemoperatørene i mellomtiden hadde økt sin beregningspris til 100 EURO per tonn CO₂).

ACM uttalte at en pris på 50 EURO per tonn CO₂ ikke hadde merkbare effekter på operatørenes kostnader, og i forlengelsen av dette, på systemoperatørenes tariffer. ACM uttalte at dette kunne stilt seg annerledes dersom det gjaldt høyere priser for CO₂en. Likevel konkluderte ACM med at også med en høyere pris på CO₂, ville bærekraftsgevinstene veie tyngre enn de mulige kostnadene for forbrukeren, da alle energiforbrukere vil oppleve gevinstene av avtalen dersom CO₂-utslipp reduseres. Videre uttalte ACM at samarbeidet var nødvendig for å oppnå gevinstene, og at det ville være tilstrekkelig restkonkurranse. De konkluderte med at avtalen oppfylte DCA art. 6 (3), og at avtalen dermed lovlig kunne inngås.

¹¹⁷ ACM (2014).

¹¹⁸ Se sammendrag av avgjørelsen; ACM (2015).

¹¹⁹ ACM (2022).

¹²⁰ ACM (2022); ACM «Netbeheerders kennensamenwerken om CO₂ uitstoot te verminderen» (2022).

3.4.2.2.4 Shell og TotalEnergies Nederland (juni 2022)

Saken gjaldt konkurrentene Shell og TotalEnergies, som sammen med to statlige selskaper ønsket å inngå samarbeid om et CO₂-lagringsprosjekt i Nordsjøen, nærmere bestemt i nedlagte gassutvinningsfelt.¹²¹ Som ledd i prosjektet skulle foretakene blant annet bygge en høykapasitetskanal for transport og lagring av CO₂. For at kanalen skulle kunne settes i drift var det nødvendig at foretakene samarbeidet. Shell og TotalEnergies ønsket å tilby CO₂-lagring sammen, og å sette en felles pris på kabelens drift. Samarbeidet gjaldt bare for oppstarten av de første 20 % av kabelens kapasitet. Foretakene ba ACM om en uformell veiledning om hvorvidt samarbeidet kunne være lovlig.

ACM konkluderte med at samarbeidet oppfylte DCA art. 6 (3). Problemstillingen var om foretakene kunne oppnådd det samme resultatet på egen hånd, og hvilke gevinster som ville komme foretakenes kunder til gode. ACM foretok en vurdering av bidraget samarbeidsavtalen kunne gi til reduksjon av CO₂-utslipp. ACM konkluderte med at samarbeidet var nødvendig for at prosjektet skulle bli vellykket, og at gevinstene for kunder og samfunnet som helhet oversteg avtalens konkurransebegrensende virkninger. De påpekte at konkurransen ikke var begrenset for de gjenværende 80 % av transport- og lagringskapasiteten i prosjektet. Partene kunne dermed lovlig inngå samarbeidet for salg av de første 20 % av transport og lagring av CO₂ i prosjektet.

3.4.2.2.5 Coca-Cola m.fl. og supermarkedkjeder i Nederland (juli 2022)

Flere drikkevareprodusenter, deriblant Coca-Cola og Vrumona, ønsket sammen med matvarekjedene Albert Heijn og Jumbo å inngå samarbeid om å fjerne plastikk på brusforpakninger.¹²² Dersom avtalen ble inngått, ville brusforpakningen bli mer resirkulerbare og bruken av plast reduseres. Endringene ville gjelde over 70 % av de aktuelle forpakningene. I saken hadde aktørene foretatt en egen vurdering, før de ba ACM om veiledning.

ACM konkluderte med at avtalene ikke er konkurransebegrensende, og dermed lovlige. Ifølge foretakene hadde ikke de aktuelle plasthåndtakene noen rolle i konkurransen mellom dem, noe som ble understøttet av en markedsundersøkelse. I tillegg ga avtalen foretakene frihet i å velge når og hvordan de ønsket å utvikle forpakningene, noe ACM anså som viktig. ACM påpekte ellers at avtalen ville bidra til å nå bærekraftsmål, og at den ikke ville ha noen skadevirkninger for forbrukere. ACM pekte på at avtalen ville omfattes av minst to av de opplistede kategoriene i ACMs retningslinjers kapittel 4 om lovlige bærekraftsavtaler.¹²³

3.4.2.2.6 Hagesentre i Nederland (september 2022)

Flere hagesentre ønsket å inngå samarbeid om å nekte planter levert fra leverandører som brukte ulovlige sprøytemidler.¹²⁴ Samarbeidet skulle bidra til en mer bærekraftig sektor. Bransjeforeningen *Dutch Garden Retail Sector* spurte ACM om veiledning om avtalen som var inngått mellom flere hundre av foreningens medlemmer.

ACM vurderte samarbeidet som lovlig:

¹²¹ ACM (2022); ACM «No action letter agreement Shell and TotalEnergies regarding storage of CO₂ Northsea» (2022).

¹²² ACM (2022).

¹²³ ACMs retningslinjer (2021) premiss 23 og 29.

¹²⁴ ACM (2022).

«Arrangements among competitors about excluding certain suppliers are usually at odds with the competition rules. However, some arrangements may still be allowed in order to prevent illicit competition, which is, for example, competition with products that have been manufactured using illegal production methods. Obviously, before any supplier is excluded, a due process needs to be followed. And that will be the case here» (*våre understrekninger*).¹²⁵

ACM pekte på at til tross for tiltak for å motvirke bruk av ulovlige sprøytemidler, benyttet noen produsenter fortsatt slike. Det var dette hagesentrene ville unngå. ACM understreket at slike avtaler må være «åpne og transparente», og ha tilfredsstillende saksbehandlingsregler og prosedyrer før noen aktører ekskluderes – noe som var tilfellet i saken. ACM hadde derfor ingen innvendinger til samarbeidsavtalen.

3.4.3 Østerrike

3.4.3.1 Østerrikes lovrevisjon av kartelloven (Cartel Act) art. 2 (1)

I 2021 utvidet Østerrike den nasjonale bestemmelsen «Cartel Act art. 2 (1)» som svarer til TFEU art. 101 (3), med sikte på å skape et bedre og mer forutsigbart rettslig grunnlag for samarbeid om bærekraft:

*«(...)Consumers shall also be deemed to enjoy a fair share of the benefits which result from improvements to the production or distribution of goods or the promotion of technical or economic progress if those benefits contribute substantially to an ecologically sustainable or climate-neutral economy.»*¹²⁶

Lovendringen angir eksplisitt i hvilke tilfeller et samarbeid med bærekraftige miljøhensyn kan gi effektivitetsgevinster som oppveier samarbeidets konkurransebegrensende virkninger og sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd. Bidraget til en bærekraftig eller klimanøytral økonomi må være av en viss betydning for å omfattes av unntaket, selv om regelverket ikke kvantifiserer eller konkretiserer hvordan. Lovendringen illustrerer hvordan unntaksbestemmelsen kan benyttes som redskap til å fremme bærekraftshensyn.

Østerrikes lovendring og forholdet til TFEU art. 101 (3) er for øvrig behandlet i en artikkel av Zegler.¹²⁷ Artikkelen er skrevet før Østerrikes nye retningslinjer tilknyttet endringen av Cartel Act art. 2 (1). Artikkelen konkluderer med at Østerrikes lovendring er i tråd med EUs forordning 1/2003 og at en utvidet anvendelse av unntaket i Cartel Act art. 2 (1) bør være i tråd med tolkningen av TFEU art. 101 (3).

3.4.3.2 Retningslinjer (BWB)

Det østerrikske konkurransetilsynet *Bundeswettbewerbsbehörde* («BWB») har utarbeidet retningslinjer i tilknytning til endringen av Cartel Act art. 2 (1).¹²⁸ Retningslinjene (heretter «BWBs retningslinjer») ble publisert i september 2022, og er også tilgjengelig på engelsk.

¹²⁵ ACM (2022).

¹²⁶ Se Austrian Federal Cartel Act 2005 (2021) chapter 1 § 2.

¹²⁷ Zelger (2022) s. 514-531.

¹²⁸ BWB (2022).

Formålet med lovendringen var å innrette konkurranselovgivningen i en mer bærekraftig retning, og å bidra til den pågående europeiske diskusjonen om bærekraftssamarbeid. BWB utstedte deretter en veileder for å gi et bidrag til denne diskusjonen.

BWBs retningslinjer redegjør innledningsvis for bakgrunnen for bærekraftsunntaket, samt det generelle innholdet i forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og de øvrige unntakene fra dette. Deretter behandler veilederen bærekraftssamarbeid, nærmere bestemt når disse omfattes av forbudet og i hvilke tilfeller det kan gjøres unntak fra det. Veilederen har et særlig fokus på de fem vilkårene for å rettferdiggjøre et konkurransebegrensende bærekraftssamarbeid:

- 1) Samarbeidet må for det første lede til økte effektivitetsgevinster.
- 2) Effektivitetsgevinstene må bidra til en økologisk bærekraftig eller klimanøytral økonomi.
- 3) Bidraget til en økonomisk bærekraftig eller klimanøytral økonomi må være av en viss betydning.
- 4) Den konkurransebegrensende virkningen av samarbeidet må være uunngåelig eller absolutt nødvendig for å oppnå økologisk bærekraft eller klimanøytral økonomi.
- 5) Bærekraftssamarbeidet må ikke åpne for at konkurransen elimineres.¹²⁹

BWBs retningslinjer inneholder en omfattende behandling av hvilke bærekraftssamarbeid som kan lede til unntak fra forbudet. Bl.a. behandler den en rekke typetilfeller av bærekraftsbidrag, med nærmere drøftelser av når disse er tilstrekkelige for å gjøre unntak. Bærekraftsbidraget kan ifølge veilederen knytte seg til bl.a. klimabeskyttelse, tilpasning til klimaendringer og/eller overgangen til sirkulærøkonomi. Veilederen gir slik sett praktisk veiledning for vurderingen av ulike tilfeller av bærekraftssamarbeid.

Cartel Act art. 2 (1) gjelder ikke hvis samhandelskriteriet er oppfylt, og forholdet faller inn under TFEU art. 101. BWB mener likevel at retningslinjene gir solide vurderingstrinn for å anvende TFEU art. 101 (3) eller lignende nasjonale bestemmelser.¹³⁰

På side 42 i retningslinjene finnes det også et oversiktlig «follow chart» som kan gi økt forutsigbarhet og oversikt for aktører.

3.4.4 Hellas

Det greske konkurransetilsynet, *Hellenic Competition Commission* («HCC»), publiserte 22. juni 2022 en såkalt «sandbox» hvor selskaper kan notifisere mulige miljømessige løsninger for nærmere vurdering i lys av konkurransereglene.¹³¹ Formålet bak denne «sandboxen» er å gi økt forutsigbarhet og redusere risikoen for brudd på konkurranselovgivningen for investeringer som bygger på bredere bærekraftshensyn.¹³² Hellas innga også skriftlig innlegg til OECD om grensesnittet mellom bærekraft og konkurranserett noe som underbygger Hellas' engasjement.¹³³

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ HCC (u.å.). Tilgjengelig her: [Technical Report on sustainability and \(acm.nl\)](https://www.acm.nl) (sist besøkt 26. september 2023).

¹³² HCC (u.å.).

¹³³ OECD (2020).

HCC har i et diskusjonsutkast («discussion paper») kommentert grensesnittet mellom konkurranserett og misbruk av dominerende stilling.¹³⁴ HCC fremhevet at bærekraftshensyn bør være relevant i vurderingen av TFEU art. 102 og fusjonskontroll i tillegg til TFEU art. 101.¹³⁵ Ved anvendelsen av TFEU art. 101 (1) og art. 101(3), bør det foretas et bredere perspektiv av de økonomiske hensynene slik at også sosial velferd samt eksterne miljømessige virkninger (utenfor det relevante markedet) også omfattes. HCC fremhever at skadeteorier bør omfavne langsiktige miljømessige virkninger og etter hvert like muligheter mellom generasjoner (intergenerational equality).¹³⁶ HCC mener at tolkningen av økonomiske hensyn i konkurranselovgivningen er for snever og at konkurranselovgivningen bør tolkes mer i samsvar med bredere konstitusjonelle verdier og prinsipper i tråd med bærekraftsmåletningene i TFEU.¹³⁷ HCCs «discussion paper» har også blitt omtalt flere ganger i litteraturen. Vår gjennomgang tilsier at TFEU art. 102, eller tilsvarende nasjonal bestemmelse, har vært lite diskutert av øvrige land i EU/EØS.

3.4.5 Tyskland

3.4.5.1 Retningslinjer (Bundeskartellamt)

Det tyske konkurransetilsynet, *Bundeskartellamt* («Bundeskartellamt» eller «BKA»), har utarbeidet en «background paper» (oktober 2020) med tittelen «*Open markets and sustainable economic activity – public interest objectives as a challenge for competition law practice*».¹³⁸ Rapporten omtaler BKAs praksis og syn på miljø som «*public interest*» i relasjon til både TFEU art. 101 (1) og 101 (3) samt innen fusjonskontroll.

3.4.5.2 Praksis (Bundeskartellamt)

BKA har tradisjonelt vært restriktive med å vektlegge bærekraft.¹³⁹ I de siste årene har derimot BKA i flere saker vektlagt bærekraft, og konkludert med at det ikke var brudd på konkurranselovgivningen.¹⁴⁰

I en sak hvor fire foretak innen sukkerproduksjon samarbeidet om å sikre produksjon av sukker i tilfelle mangel av energiforsyninger valgte BKA ikke å åpne sak.¹⁴¹ Saken står i en mulig særstilling som følge av krigen i Ukraina og usikkerheter i energimarkedet, men er like fullt et eksempel på at BKA vektla bærekraft i relasjon til energisikkerhet og forutsigbarhet.

BKA har også f.eks. akseptert samarbeid om bærekraftig produktmerking med det formål å vise at visse kriterier til dyrevelferd er oppfylt.¹⁴² I en sak som gjaldt meierisektoren fant BKA derimot at et samarbeid om innføring av tilleggsavgifter var i strid med konkurransereglene.¹⁴³ BKA uttalte i deres pressemelding at «*Sustainability does not play a role in the financing model. However, Agrardialog can*

¹³⁴ HCC (u.å.).

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid. s. 46.

¹³⁷ Ibid. s. 46.

¹³⁸ Bundeskartellamt (2022).

¹³⁹ Se f.eks. Note by Germany' DAF/COMP/WD(2020)63 s. 14.

¹⁴⁰ Bundeskartellamt (2022).

¹⁴¹ Bundeskartellamt (2022).

¹⁴² Bundeskartellamt (2022).

¹⁴³ Bundeskartellamt (2022).

at any time present us with a sustainability concept which is not based on a price agreement to the disadvantage of consumers.»¹⁴⁴ Praksisen fra BKA kan ha særlig overføringsverdi til samarbeid om produksjonsmerking.

3.4.6 Frankrike

Det franske konkurransetilsynet, *Autorité de la concurrence* («FCA»), prioriterer, i likhet med flere andre nasjonale konkurransemyndigheter, håndheving av saker med et grensesnitt mot bærekraft, herunder brudd på konkurranselovgivning som har negativ innvirkning på miljøbeskyttelse.¹⁴⁵

En sentral sak fra FCA omhandlet flere produsenter og én bransjeforening som samarbeidet innen markedet for gulvbelegg.¹⁴⁶ FCA konkluderte med at de involverte aktørene samarbeidet om prisfastsettelse, delte konfidensiell informasjon og salgsstrategier.¹⁴⁷ I tillegg inngikk de involverte aktørene en avtale som hindrer dem å reklamere for de ulike miljøpåvirkningene av produktene deres. De involverte aktørene kommuniserte deres miljøprestasjoner gjennom et blad produsert av bransjeforeningen. FCA påpekte at dette villedet forbrukerne og begrenset deres beslutningsatferd. FCA la til grunn at samarbeidet blant annet reduserte insentiver til innovasjon og produksjon av mer bærekraftige produkter. FCA konkluderte med at samarbeidet var en formålsovertredelse. FCA ila produsentene og bransjeforeningen bot på til sammen MEUR 302.¹⁴⁸ Saken er et godt eksempel på et FCA etter omstendighetene vektlegger negativ innvirkning på miljø og innovasjon.

Videre har FCA uttalt i sin årsrapport at salgs- og kommunikasjonsstrategier om bærekraft er blitt en gunstig metode for å skape seg et konkurransefortrinn overfor konkurrenter.¹⁴⁹ Derfor er det en økt risiko for at markedsaktører bruker bærekraft som «skalkeskjul» for konkurransebegrensende atferd.¹⁵⁰ FCA har altså fokus på å håndheve bærekraftstiltak (med konkurransebegrensende virkninger) som ikke er genuine.

FCA har nylig publisert reviderte retningslinjer for utmåling av bøter (*FCA's Revised fining guidelines*) hvor bærekraft er tema.¹⁵¹ Retningslinjene inkluderer bærekraft og miljøpåvirkning som et vurderingskriterium for «*the gravity of the infringement*» ved overtredelse av TFEU art. 101 eller artikkel L.420-1 av den franske handelskoden (Code de commerce). Bærekraft vil derfor vektlegges i evalueringen av overtredelsens alvorlighetsgrad som igjen kan påvirke botens størrelse.

3.4.7 Storbritannia

Grensesnittet mellom bærekraft og konkurranserett er også prioritert av det britiske konkurransetilsynet, *Competition and Markets Authority* («CMA»). CMAs fusjonskontrollretningslinjer (2021) viser til at bærekraftige løsninger kan være et relevant konkurranseparameter, og at bærekraft også kan være et relevant hensyn når man ser på mulige

¹⁴⁴ Bundeskartellamt (2022).

¹⁴⁵ OECD (2021) premiss 208.

¹⁴⁶ Det franske konkurransetilsynet (2017).

¹⁴⁷ OECD (2021) s. 24.

¹⁴⁸ OECD (2021) s. 24.

¹⁴⁹ Det franske konkurransetilsynet (2021).

¹⁵⁰ Det franske konkurransetilsynet (2021).

¹⁵¹ Det franske konkurransetilsynet (2021)

effektivitetsgevinster som følge av foretakssammenslutningen.¹⁵² Videre har CMA gjennomført en høring og publisert en rekke innspill til hvordan forbruker og konkurranseregimer bedre kan støtte opp under UKs «net zero and environmental sustainability goals» (september 2021).¹⁵³ Rapporten omhandler blant annet grønnvasking og forbrukerlovgivning, i tillegg til bærekraft og konkurranserett. Innspillene har ført til noe mer veiledning og en tilsynelatende mer proaktiv tilnærming til grensesnittet mellom bærekraft og konkurranserett. CMA har f.eks. en vid tolkning av «fair share» av bærekraftfordeler for forbrukere.

CMA har i 2023 utarbeidet utkast til nye retningslinjer i tilknytning til horisontale avtaler som bl.a. omtaler bærekraft i relasjon til standardisering.¹⁵⁴

CMA definerer bærekraftsavtaler i punkt 2.1. i retningslinjene:

«This document applies to 'environmental sustainability agreements'. This term is intended to capture agreements or concerted practices between competitors and potential competitors which are aimed at preventing, reducing or mitigating the adverse impact that economic activities have on environmental sustainability or assessing the impact of their activities on environmental sustainability. At a general level, economic activity may, directly or indirectly, cause negative environmental externalities, including through pollution, reducing biodiversity, or contributing to climate change from greenhouse gas emissions.»

Retningslinjene gir et betydelig større rom for å akseptere samarbeid som gjelder «climate change agreements» sammenlignet med øvrige typer bærekraftssamarbeid (se retningslinjene punkt 6.1 flg.) «Climate change agreements» defineres i punkt 2.4: «Climate change agreements' are a sub-set of environmental sustainability agreements. For the purpose of this Guidance, the term covers agreements which contribute towards the UK's binding climate change targets under domestic or international law.» For slike avtaler vil CMA anlegge en videre forståelse av hva som kan anses som en «fair share to consumers», se punkt 6.

3.4.8 Ungarn

3.4.8.1.1 Praksis (GVH)

Ungarn har en noe unik tilnærming til håndhevingen av konkurransereglene på ulike former for bærekraftssamarbeid og avtaler. Det ungarske konkurransetilsynet, *Gazdasági Versenyhivatal* («GVH») har blant annet introdusert nye retningslinjer for overtredelsesgebyrer, og presisert at positive virkninger av avhjelpende tiltak vil kunne tas i betraktning. «Out-of-market» bærekraftsvirkninger vil, slik vi forstår det, også omfattes, uten at det er nærmere klargjort hvordan relevante og ikke relevante bærekraftseffekter skal skilles fra hverandre.¹⁵⁵ GVH har også foretatt endringer av retningslinjene om overtredelsesgebyrer, som en del av arbeidet med å fremme bærekraft.¹⁵⁶ GVH kan fremme avhjelpende tiltak overfor foretak som må yte delvis eller full kompensasjon for den negative innvirkningen på konkurranseretten som konkurranselovbruddet har medført.¹⁵⁷ GVH kan også fremme slike avhjelpende tiltak overfor foretaket om bærekraft og

¹⁵² CMA (2021)

¹⁵³ CMA (2021)

¹⁵⁴ CMA (2023)

¹⁵⁵ Malinauskaite (2023) s. 10-11

¹⁵⁶ Gönczöl (2021)

¹⁵⁷ Malinauskaite (2023) s. 10-11

miljø, selv om de avhjelpende tiltakene ikke er direkte knyttet til bruddet på konkurranselovgivningen.¹⁵⁸

Etter vårt syn har den ungarske modellen flere svakheter sammenlignet med den nederlandske eller greske modellen, blant annet fordi de avhjelpende tiltakene om bærekraft ikke nødvendigvis må ha sammenheng med bruddet på konkurranselovgivningen. I tillegg vil det være krevende å overvåke hvorvidt de avhjelpende tiltakene i det hele tatt blir fulgt opp, og hvilke virkninger de vil ha. Regimet kan potensielt også redusere legitimiteten til regelverket, og gi håndhevingsorganet en uforholdsmessig stor skjønnsmargin ved anvendelsen av regelverket.

3.4.8.1.2 ICN-rapport (2021): Bærekraftig utvikling og konkurranserett

GVH utarbeidet i 2021 en rapport i tilknytning til en global undersøkelse om bærekraft og konkurranserett, i tilknytning til International Competition Networks (ICN) årlige konferanse. Det norske Konkurransetilsynet er en av respondentene i undersøkelsen.¹⁵⁹ Rapporten omfatter to undersøkelser: 1) 57 spørsmål til 52 forskjellige konkurransemyndigheter («CA»), og 2) 26 spørsmål for NGAs (non-governmental agencies).¹⁶⁰

ICN-rapporten fokuserer på miljømessig bærekraft, konkurransebegrensende avtaler og erfaringer. Rapporten anvender kvalitative databaserte analyser basert på deskriptiv statistikk. Rapporten har følgende sju konklusjoner som kan ha nytteverdi for status i 2021 og fremtidige utfordringer:

- 1) «NGAs with experience widely share the view that competition law enforcement has a role to play in achieving sustainability objectives, at least within certain limits.»
- 2) «Efficiency/welfare standard does not seem to impede sustainability cases and special competition law provisions do not seem to be conducive to such cases per se. Legislative action does not seem to be imperative, yet it may be instrumental in certain – perhaps many – jurisdictions. Soft laws and guidance, however, are called for by NGAs.»
- 3) «Sustainability considerations in competition law enforcement are not new, but case experience remains very limited. However, sustainability considerations will probably emerge more often and will become geographically more widespread in the future.»
- 4) «At present, sustainability and competition is more of an issue in Europe than elsewhere. However, interest and anticipation extend well beyond Europe, even if they are relatively modest so far. Results are inconclusive as to whether international convergence or divergence is unfolding, albeit there are signs of regional convergence in Europe.»
- 5) «Sustainability considerations more often emerge in practice as a defence (rather than prompting sustainability related competitive concerns). Sustainability defence also seems to be a more recognised concept, and its analysis seems to be more evolved»
- 6) «Additional skills are most likely needed, along with attention and preparations. However, 'competition policy R&D' appears to be a precondition for progress in most regards.»
- 7) «International co-operation does matter, is welcome, and may be crucial for some.»¹⁶¹

Vi er enige i at konkurranseretten, med noen begrensninger, er relevant for å oppnå det grønne skiftet, og at ny konkurranselovgivning ikke umiddelbart fremstår nødvendig. Ikke minst er vi

¹⁵⁸ Ibid. side 16

¹⁵⁹ Hungarian competition authority (2021)

¹⁶⁰ Hungarian Competition Authority (2021) s. 7.

¹⁶¹ Hungarian Competition Authority (2021) s. 7-11.

enige i at fungerende konkurranse her, som på andre områder, er en forutsetning for å få en effektiv omstilling av samfunnet med en mer bærekraftig forvaltning av ressursene.

3.5 Juridisk litteratur om bærekraft og konkurranserett

3.5.1 TFEU art. 101 og konkurranseloven § 10 – anvendelsesområde og formål

3.5.1.1 Overordnet om hvilke avtaler som typisk faller utenfor anvendelsesområde

I denne delen av rapporten ser vi nærmere på atferd og samarbeid som faller utenfor TFEU art. 101 og konkurranseloven § 10 sitt anvendelsesområde som sådan, og i hvilken grad konkurranselovens formål og velferdsstandard (etter litteraturen) også omfatter bærekraft som et iboende hensyn.

Atferd som generelt og typisk faller utenfor konkurranseloven § 10 omfatter blant annet avtaler som ikke er inngått mellom foretak, kollektive avtaler mellom arbeidstakere og arbeidsgiver, avtaler mellom juridiske enheter i samme konsern, (ekte) agentavtaler, ensidig atferd, avtaler som resulterer i et selvstendig fungerende fellesforetak, avtaler som ikke merkbart begrenser eller kan begrense konkurransen i det aktuelle markedet (bagatellmessig konkurransebegrensende virkning), avtaler som er pålagt i kraft av lovgivning eller forskrift, avtaler i markeder som er så gjennomregulerte at det ikke er rom for konkurranse, m.fl.¹⁶² Det klare utgangspunktet er at dette ikke stiller seg noe annerledes for avtaler og samordnet opptreden som gjelder bærekraft.

Hvordan en eventuell interessekonflikt eller et spenningsforhold mellom EU-rettens miljøregler og konkurranseregler konkret skal løses, finnes det som nevnt hittil lite veiledning om i EU-domstolens praksis. Veiledninger og praksis fra EU-kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter viser at bærekraft kan være et reelt effektivitetsforsvar eller rettferdiggjørende forhold etter TFEU art. 101 (3). Det finnes imidlertid flere bidrag i litteraturen som redegjør for hvordan spenningsforholdet mellom EU-rettens miljøregler og konkurransereglene konkret skal og bør løses. Eksempelvis har David Wouters i en artikkel fra 2021 forsøkt å identifisere kategorier av avtaler og samordnet opptreden med en side mot bærekraft, som det er enten sannsynlig eller usannsynlig at vil omfattes av virkeområdet for TFEU art. 101. Wouters anfører der at følgende kategorier av avtaler sannsynligvis ikke vil omfattes av forbudet i TFEU art. 101:

- Felles oppofrelser om å oppnå bærekraftsmål uten forpliktelser til å iverksette spesifikke midler: (i) Partene er bare løst forpliktet til å bidra til et sektordekkende bærekraftsmål og/eller (ii) bindende målsetninger er satt, men partene har betydelig skjønnsfrihet med hensyn til hvilke teknologiske og økonomiske virkemidler de gjør tilgjengelig.
- Opprettelsen av genuint nye markeder eller produkter/tjenester.
- Erstatning av ikke-bærekraftige produkter uten påvirkning på pris eller produktvalg ut mot forbruker.
- Tildeling av åpen kildekode-tilgang til IP: Deling av proprietær informasjon mellom konkurrenter som er tilgjengelig for alle for å gjøre produkter og produksjonen mer bærekraftig.
- Avtaler mellom konkurrenter som er rettet mot å bidra til intern og ekstern etterlevelse av lov og forskrift.
- Avtaler om informasjonsutveksling om bærekraftsrelatert informasjon og initiativer.

Derimot vil følgende typer bærekraftsavtaler kunne være i strid med forbudet ifølge Wouters:

¹⁶² Wouters (2021).

- Erstatning av ikke-bærekraftige produkter som medfører en kostnadsøkning ut mot forbrukerne.
- Innføring av obligatoriske bærekraftstandarder som er strengere enn kravene satt i lovgivningen.
- Felles frivillige investeringer eller utbetalinger for å oppveie negativ miljømessig eller sosial påvirkning.

Den første kategorien kan føre til et velferdstap, og påvirker konsumentene direkte. Den andre kategorien vil kunne begrense atferden ved at det ikke er alternativer til å være delaktig i en strengere standard, slik at forbruker ikke gis anledning til å velge et regulært (billigere) alternativ. Den tredje kategorien er kanskje mer overraskende klassifisert som mulig konkurransebegrensende, men her viser Wouters til at slike betalinger er uvanlige og dermed lett kan være en omgåelse av konkurransereglene snarere enn et reelt bærekraftssamarbeid.

Wouters argumenterer for at forholdsmessige restriksjoner som er innarbeidet i bærekraftsavtaler, som er nødvendige for at bærekraftsavtalen kommer i stand, og restriksjoner som er nødvendige for å overholde regulatoriske forpliktelser, ikke vil omfattes av virkeområdet til TFEU art. 101 (1).¹⁶³ Det eksisterer derfor et handlingsrom for at avtaler som umiddelbart kan anses å falle inn under TFEU art. 101 (1), likevel ikke omfattes av forbudsbestemmelsen med henvisning til blant annet *ancillary restraints* doktrinen eller den objektive nødvendighetsdoktrinen, og bærekraftmålsetninger i tråd med målsetningene i TEU artikkel 5(4) om proporsjonalitetsvurderinger mellom bærekraftshensyn og økonomiske hensyn. Dette er vi enige i.

Wouters har også en grundig gjennomgang av TFEU art. 101 (3). Han problematiserer blant annet om grunnvilkåret for bedret produksjon, eller hvorvidt det å fordele eller fremme teknisk og økonomisk utvikling, omfatter bærekraft i vid forstand. Wouters viser til at konsumenten ofte betrakter et bærekraftig produkt som bedre, slik at bærekraft bør anerkjennes i seg selv som en kvalitativ fordel, og at økonomisk fremgang bør forstås vidt. Wouters argumenterer videre for at «forbruker» må forstås som noe mer enn bare direkte avtaker av produktet og tjenesten, når bærekrafts- eller miljøgevinst vurderes. Til støtte for dette synspunktet viser Wouters blant annet til EU--domstolens avgjørelse i Metro-saken, hvor EU-domstolen viste til behovet for en «fungerende konkurranse» for å oppnå formålene i EU-traktaten (hvor miljø inngår som et formål, jf. TEU art. 3 og TFEU art. 11 mv).¹⁶⁴ Wouters understreker videre at det vanskeligste hinderet ofte er å vise at det ikke finnes mindre konkurransebegrensende alternativer som kan oppnå samme (bærekrafts)formål, og at bærekraftssamarbeid normalt må avsluttes når et mer bærekraftig produkt eller produksjonsmetode har dukket opp. Wouters oppfordrer myndighetene til å gi veiledning knyttet til vilkåret om nødvendighet. Når det gjelder det fjerde og siste vilkåret om at atferden ikke må utelukke konkurransen for en vesentlig del av markedet, understreker Wouters at partene i et bærekraftssamarbeid må stå fritt til å konkurrere på alle øvrige konkurranseparametere (enn bærekraft).

Et annet spørsmål er i hvilken grad «*state compulsion*» kan påberopes til forsvar for bærekraftssamarbeid, i den forstand at samarbeidet ikke faller innenfor bestemmelsens anvendelsesområde. «*State compulsion*»-forsvaret innebærer at foretak blir underlagt statlig pålegg

¹⁶³ Wouters mener at dette blant annet følger av sak C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie og sak C-309/99 Wouters.

¹⁶⁴ Se sak C-26/76 Metro v Commission [1977], EU:C:167, avsnitt 20, 21–22 og 43.

om visse handlinger, som innebærer at foretaket ikke har et mulig handlingsrom for autonom atferd til å drive aktivitet som åpner for konkurranse. «*State compulsion*»-forsvaret blir tolket snevert i praksis og fører sjelden frem i EU-domstolen. EU-domstolen har uttalt at det ikke er tilstrekkelig at nasjonal lovgivning gjør det enklere, eller oppfordrer foretak til å opptre konkurransebegrensende.¹⁶⁵ Samtidig vil bærekraftssamarbeid som tar sikte på å etterleve lover og regler normalt ikke være egnet til å begrense konkurransen. Vi registrerer imidlertid en økende tendens til offentlig regulering av krav knyttet til ulike bærekraftsmål. Nowag og Teorell presiserer at «*state-compulsion*»-forsvaret er et unntak uten balansetest. Derimot har aktører begrenset handlingsrom til å kunne påvirke om de omfattes av «*state compulsion*»-forsvaret eller ikke.¹⁶⁶ Forfatterne mener at involverte aktørers atferd ikke påvirker vurderingen om de omfattes av «*state compulsion*»-forsvaret. Nowag og Teorell presiserer også at «*state compulsion*»-forsvaret gjelder både for TFEU art. 101 og 102.¹⁶⁷

En artikkel av Simon Holmes (2020) ser på i) målsetningene med konkurranserett og hva som faller utenfor TFEU art. 101, ii) konkurransebegrensende samarbeid, iii) TFEU art. 101 (3), og iv) misbruk av dominerende stilling.¹⁶⁸ Holmes gjennomgår Albany-saken fra EU-domstolen om kollektive forhandlinger som eksempel på saker som faller utenfor TFEU art. 101 (1). Holmes argumenterer for at Albany-saken kan anvendes på bærekraftssamarbeid, og at Albany-saken er en av flere saker der man reelt sett anvender en form for «*ancillary restraints*» og «*objective necessity*»-doktrinen.¹⁶⁹ Forfatteren uttrykker at selv om Albany-saken er spesiell, kan det være desto bedre grunn til å bruke den saken på bærekraftssamarbeid (sett i lys av blant annet politiske målsetninger som TFEU art. 11 mv.). Holmes mener også at «*ancillary restraints*» og «*objective necessity*»-doktrinen om avtaler som faller utenfor TFEU art. 101 (1), kan brukes på bærekraftssamarbeid, selv om Holmes selv foretrekker å bruke TFEU art. 101 (3) med tilhørende proporsjonalitetsvurdering. I tillegg omtales bærekraftsavtaler som ikke har konkurransebegrensende virkninger, eksempelvis avtaler om miljøprestasjoner uten å ha innvirkning på produktet eller tjenesten. Holmes er klar på at det finnes et større handlingsrom etter gjeldende rett og at man ikke må ha for snever tolkning av TFEU art. 101 og 102.

Malinauskaite (2022) har sett på grensesnittet mellom bærekraft og konkurranserett med perspektiver fra EU og medlemsstater.¹⁷⁰ Artikkelen inneholder en nyttig oversikt over rettskildebildet og innledning om klimakrisen (side 336-340).¹⁷¹ I tillegg gjennomgår Malinauskaite tidligere praksis, herunder den kjente CECED-saken om formålsrestriksjon for samarbeid for mindre energieffektive vaskemaskiner. Malinauskaite skriver også om EUs nåværende fremgangsmåte om konkurranserett og bærekraft, der hun blant annet viser til den kjente Car Emission/AdBlue-saken.¹⁷² Artikkelen inneholder for øvrig en nyttig gjennomgang av nasjonale perspektiver fra Nederland, Hellas, Østerrike, Ungarn og Storbritannia. Malinauskaite anfører at

¹⁶⁵ Sak C-280/80 Deutsche Telekom premiss 80.

¹⁶⁶ Nowag (2020) s. 6-7.

¹⁶⁷ Nowag (2020) s. 6-7.

¹⁶⁸ Holmes (2020) s. 354-405.

¹⁶⁹ Ibid. s. 370.

¹⁷⁰ Malinauskaite (2022)

¹⁷¹ Ibid. s. 338.

¹⁷² Ibid. s. 342; sak Car Emission (AT.40178).

i) ulike konkurransemyndighetene og EU-kommisjonen må ha en mer ensartet tolkning og praksis av konkurransereglene, ii) EU-kommisjonen har gitt uttrykk for at de vil ha mer miljøvennlig fremgangsmåte i sin praksis, og iii) de ulike medlemsstatenes fremgangsmåter viser vilje til å inkorporere bærekraft i konkurranserettsanalyser og at det finnes mange forskjellige løsninger.¹⁷³

Av relevant 'norsk' juridisk teori kan nevnes en artikkel av Even Tukun (2021), som omhandler når bærekraftssamarbeid er lovlig. Artikkelen er fra før EU-kommisjonen publiserte utkastet til nye horisontale retningslinjer, men artikkelen har henvisning til en rekke sentrale rettskilder og nyttige refleksjoner. Tukun drøfter innledningsvis om man kan vektlegge bærekraft, og viser til juridisk teori for tre ulike type effektivitetsgevinster:

- «Direkte økonomiske effektivitetsgevinster som direkte påvirker pris, kvalitet og produktutvalg i markeder hvor det samarbeidet finner sted.
- Indirekte økonomiske effektivitetsgevinster som påvirker pris, kvalitet og produktutvalg i andre markeder.
- Ikke-økonomiske gevinster som ikke er direkte relatert til karakteristika ved produktet, herunder miljøgevinster.»¹⁷⁴

Tukun drøfter videre om forbrukerne får en rimelig andel/«fair share» av effektivitetsgevinster. Tukun mener at det bør avklares hvilken tidshorisont man velger dersom man benytter tradisjonell kost-nytte-analyse av effektivitetsgevinster innen bærekraft. Tukun gjennomgår også andre lands praksis og fremgangsmåter for å finne bedre løsninger i grensesnittet mellom bærekraft og konkurranserett. Artikkelen inneholder for øvrig en oppfordring til Konkurransetilsynet om å gi skriftlig veiledning for bærekraftssamarbeid (inntil man har gruppeunntak og retningslinjer). Tukun mener at det er nødvendig med klar veiledning fra det norske Konkurransetilsynet om hva slags bærekraftssamarbeid som ikke omfattes av konkurranseloven § 10(3), diverse alvorlige overtredelser og bærekraftssamarbeid som typisk vil være uproblematisk.¹⁷⁵

3.5.1.2 Litteratur med særlig fokus på «ancillary restraints»

Flere teoretikere starter med et utgangspunkt om at konkurranseretten kan gi (flere) nyttige bidrag til det grønne skiftet. I f.eks. Goupous artikkel i EU-kommisjonens rapport fra «*young experts*», konkluderer hun med at det finnes fem mulige tilpasninger av konkurransereglene: i) anvendelsesområdet til foretaksbegrepet, ii) gjennom tolkning av konkurransebegrensning, iii) «ancillary restraints», iv) TFEU art. 101 (3), og v) TFEU art. 102 med spesielt fokus på objektivt rettfærdiggjørende grunner.¹⁷⁶ Artikkelforfatteren drøfter først hvorvidt konkurransereglenes målsetting om en «*consumer welfare standard*» også omfatter et mål om bærekraftig utvikling. Forfatteren besvarer dette bekreftende, og mener at «*consumer welfare standard*» ikke kan tolkes så snevert at bare økonomiske hensyn omfattes.¹⁷⁷ Artikkelen har også en god kildegjennomgang som gir et oversiktsbilde med henvisninger til praksis fra EU-domstolen, EU-kommisjonen og litteratur.

¹⁷³ Malinauskaite (2022) s. 336 og 348.

¹⁷⁴ Tukun (2021) s. 11.

¹⁷⁵ Tukun (2021) s. 14.

¹⁷⁶ Goupou (2021) s. 2-13.

¹⁷⁷ Ibid. s. 2-13.

Monti fremlegger fire muligheter og løsninger for en mer bærekraftig konkurranserett.¹⁷⁸ Den ene muligheten er strengere tolkning av TFEU art. 101 (1), der formålet eller virkningene er å begrense konkurransen på en måte som er til skade for miljø, herunder miljøinitiativer. Den andre løsningen er grønnere fortolkning av TFEU art. 101 (3) med særlig henblikk på nederlandske retningslinjer som inspirasjon. Den tredje løsningen knytter seg til «Albany-route» og om kollektive forhandlinger innen arbeidsrett faller utenfor TFEU art. 101, og den fjerde (radikale) løsningen er muligheten til å utvikle en ny skadeteori for å håndtere bærekraftssamarbeid. Monti fremlegger følgende veier som kan bidra til endring med utgangspunkt i de fire forskjellige løsningene: i) grønnere retningslinjer, og ii) utfordringer om forutberegnelighet grunnet manglende avgjørelser fra EU-kommisjonen som igjen kan føre til at andre aktører vil prøve nasjonale myndigheters praksis for domstolene.

I tillegg har Inderst og Thomas en grundig artikkel med et veikart for hvordan lovgiver kan designe et rammeverk for bærekraftige løsninger ved bruk av «ancillary restraints», og hvordan dette potensielt vil fungere i praksis.¹⁷⁹ Inderst og Thomas anser f.eks. at målsetninger om bærekraft i lovgivning om leverandørkjeder, kan være legitimt hensyn i tilknytning til «ancillary restraints»-doktrinen. Samarbeidet må også være nødvendig («indispensable») for å oppnå det angitte formålet.¹⁸⁰ Eksempelvis viser forfatterne til at nedstrøms priskoordinering ikke vil være nødvendig for å oppnå målsetninger om bærekraft i lovgivning om leverandørkjeder.¹⁸¹ Forfatterne presiserer også at vurderingen av «indispensable» ikke er den samme som proporsjonalitetsvurderingen etter TFEU art. 101(3).

3.5.1.3 Konkurransbegrensende atferd i lys av bærekraftshensyn etter TFEU art. 101 (1)/konkurranseloven § 10 (1)

Betydningen av hensynet til bærekraft kan variere basert på type avtale. Eksempelvis bør det skilles mellom samarbeid hvor partene avtaler kun å kjøpe bærekraftige produkter, og samarbeid hvor flere går sammen for å forhandle om mer miljøvennlige produkter og tjenester – og truer å forlate forhandlingene om dette ikke etterleves. Sistnevnte likestilles med en form for kollektive forhandlinger som ikke i seg selv begrenser konkurransen, men som eventuelt må vurderes etter sin virkning.¹⁸²

Sammenhengen og eventuell spenningen mellom ESG-regelverket (Environment, Social and Governance) og konkurranseretten er videre interessant. Det finnes flere artikler om temaet, og vi vil blant annet trekke frem artikkelen fra Dreher og Held.¹⁸³ Forfatterne lister opp flere eksempler og har gruppert TFEU art. 101 (1) i tre deler: i) standarder og merking, ii) overoppfyllelse av juridiske kriterier, og iii) «knowledge pooling». Dreher og Held baserer seg både på ACMs retningslinjer og EU-kommisjonens utkast til nye horisontale retningslinjer. I tillegg vises det til korrelasjonen mellom ESG og TFEU art 101 (3), der ESG først og fremst fokuserer på et bredere samfunnsperspektiv (fordeler utenom kun det konkrete markedet).

¹⁷⁸ Monti (2020).

¹⁷⁹ Inderst (2022).

¹⁸⁰ Ibid side 21.

¹⁸¹ Ibid side 21.

¹⁸² Bailey (2022).

¹⁸³ Dreher (2022) s. 417-424.

En artikkel av Nowag og Teorell ser nærmere på hvor det er størst handlingsrom tilknyttet følgende temaer: i) balansetesten i TFEU art. 101 (1) og 101 (3), ii) avgrensingen mot «*undertaking*», «*state action defence*» og de minimis, og iii) horisontale avtaler innen bærekraft som ikke er sannsynlig at vil begrense konkurransen, f.eks. standardavtaler.¹⁸⁴ Sammenligninger til plattformmodeller der plattformaktører setter miljøkrav, f.eks. UBER, trekkes frem. Norway og Teorell konkluderer med at det er mindre handlingsrom i tilknytning til «*undertaking*», «*state action defence*» og de minimis, men at det kan være større handlingsrom rundt standardisering og plattformmodeller.

3.5.2 Bærekraftshensyn som effektivitetsforsvar og rettfærdiggjørende forhold etter TFEU art. 101 (3) og konkurranseloven § 10 (3)

3.5.2.1 Overordnet

TFEU art. 101 (3)/konkurranseloven § 10 (3) oppstiller et unntak for når ellers konkurransebegrensende avtaler kan forsvares på bakgrunn av effektivitetsgevinster/objektive begrunnelser. I den sammenheng har vi sett på når og i hvilken utstrekning samarbeid om bærekraft, til tross for potensielt konkurransebegrensende virkninger, likevel kan være tillatt i medhold av unntaksbestemmelsen i tredje ledd.

Det er klart at virksomheter som velger bærekraftige løsninger kan oppnå en rekke effektivitetsgevinster, som positiv oppmerksomhet fra kunder og samarbeidspartnere, økt produktivitet, lavere miljøavtrykk, tilgang til levedyktige leverandører, økt kompetanse og redusert bruk av naturressurser mv. Det å skulle anvende unntaksbestemmelsen i kontekst av bærekraftssamarbeid reiser likevel en rekke problemstillinger, eksempelvis at begrepet «bærekraft» kan romme en rekke ulike kategorier og typer hensyn, inklusive fremtidige miljøgevinster, som kan være utfordrende å kvantifisere, særlig sett opp mot de ulike vilkårene i unntaksbestemmelsen.

På bakgrunn av dette har vi undersøkt hvilke føringer rettspraksis og litteratur kan gi, om når et bærekraftssamarbeid innebærer effektivitetsgevinster som kan oppveie samarbeidets konkurransebegrensende virkninger og sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd.

3.5.2.2 Litteratur om bærekraft som effektivitetsgevinst

Det finnes mye litteratur som omtaler EU-kommisjonens utkast og senere vedtatte nye horisontale retningslinjer, eksempelvis Little m.fl.¹⁸⁵ Artikkelen har en grundig gjennomgang av retningslinjene, og konkluderer med at kapittelet om bærekraftige avtaler i EU-kommisjonens utkast til nye horisontale retningslinjer er konservativt. Little m.fl. mener at EU-kommisjonen, i sitt utkast til nye horisontale retningslinjer, holder flere spørsmål åpne, eksempelvis om virkningene av «soft safe harbour». Vi er enig i denne kritikken, særlig dersom man sammenholder EU-kommisjonens retningslinjer med retningslinjene fra Nederland og Østerrike. EU-kommisjonens retningslinjer gir nyttig veiledning, men lar fortsatt mange viktige og utfordrende spørsmål stå ubesvarte.

Også Snoep, styreleder for nederlandske ACM, kritiserer i en artikkel EU-kommisjonens utkast til nye horisontale retningslinjer.¹⁸⁶ Snoep mener at EU-kommisjonen er for konservativ hva gjelder anvendelsen av unntaksbestemmelsen på samarbeid om bærekraft, og at retningslinjene ikke gir klar nok veiledning. Særlig kritiseres synet på de kontrafaktiske analysene og vurderingen av om

¹⁸⁴ Nowag (2020).

¹⁸⁵ Little (2022) s. 403-410.

¹⁸⁶ Snoep (2023).

forbrukerne oppnår en rimelig andel av fordelene etter TFEU art. 101 (3). Gitt Snoeps rolle er det naturlig at han slutter seg til de progressive synspunktene i ACMs retningslinjer. I artikkelen gir Snoep anvisning på flere forslag til løsninger som kan være nyttig for andre lands konkurransemyndigheter.

Det er også en del litteratur som omtaler ACMs retningslinjer. Jansen og Acker har en god gjennomgang av retningslinjene.¹⁸⁷ I tillegg omtaler artikkelen forholdet mellom TFEU og ACMs retningslinjer. ACMs retningslinjer har blitt kritisert for å være for progressive, men forfatterne mener at ACMs retningslinjer ikke er spesielt innovative («hugely innovative»). Jansen og Acker konkluderer med at veiledning og innspill fra andre konkurransemyndigheter og EU-kommisjonen er viktig. Artikkelen viser også til at erfaringer med anvendelsen av konkurransereglene under pandemien, og de «comfort letters» som de ble utstedt for ulike typer akutte samarbeid, kan være relevant også i en klimakrise.

En artikkel av Brook om TFEU art. 101 (3) og bærekraft har særlig fokus på ikke-økonomiske hensyn og ulik framgangsmåte for EU-kommisjonen, domstoler og nasjonale konkurransemyndigheters praksis.¹⁸⁸ Artikkelen inneholder også interessant statistikk om praksis der eksempelvis ikke-økonomiske hensyn er vektlagt og akseptert i vurderingen av TFEU art. 101 (3).

Organisasjonen Fair Trade Advocacy Office (FTAO) har utarbeidet en omfattende rapport (2019) om grensesnittet mellom konkurranselovgivning og bærekraft, med særlig fokus på «the global food chain».¹⁸⁹ Rapporten konkluderer med at konkurranselovgivning er essensiell for å balansere økonomiske og ikke-økonomiske hensyn for å sikre sunn konkurranse i sektoren for mat og landbruk, men at det er behov for omfattende regelverksendringer og endringer i regelverksanvendelsen. Særlig pekes det på behovet for sektorregulering innenfor visse bransjer hvor bærekraft er viktig, herunder viktigheten av unntaksregler og særregler i form av gruppeunntak mv.¹⁹⁰

Enkelte artikler behandler særskilt problemstillingen om det kun er fordeler som kommer *forbrukere* til gode, som er relevant for vurderingen under unntaksbestemmelsen (tredje ledd). Ellison er blant disse, som i sin artikkel går nærmere inn på problemstillingen med spesielt henblikk på klimagassutslipp.¹⁹¹ Artikkelen gir en systematisk og overordnet innføring, og viser til både saker fra Nederland (se over) og eldre saker fra EU-kommisjonen (herunder CECED-saken, jf. over).

Spørsmålet om hvordan bærekraftsfordeler skal kvantifiseres er et annet spørsmål som er viet mye oppmerksomhet i litteraturen. Artikkelen utgitt i 2021 av Claici m.fl. omtaler metoder og verktøy for å kvantifisere bærekraftige fordeler innen konkurransesaker (særlig fra et økonomisk perspektiv).¹⁹² Artikkelen konkluderer med at: i) nåværende regelverk er tilstrekkelig for å promotere bærekraft, men ii) at det er behov for veiledning av selskaper for å nå bærekraftsmål.

¹⁸⁷ Jansen (2022) s. 287-327.

¹⁸⁸ Brook (2019) s. 121-156.

¹⁸⁹ Lombardi (2019). Se også rapporten her: [EU Competition Law and Sustainability in Food Systems: Addressing the Broken Links \(bris.ac.uk\)](https://www.bris.ac.uk/eu-competition-law-and-sustainability-in-food-systems-addressing-the-broken-links) (sist besøkt 26. september 2023).

¹⁹⁰ Se rapporten, premiss 13 mv.

¹⁹¹ Ellison (2020).

¹⁹² Claici (2021).

Konklusjonen er at fokus på karbongassutslipp som et forsvar/skjold er en viktig endring, men vil ikke være en revolusjonerende endring.

I tillegg har Veljanovski en nyttig artikkel med gode henvisninger til kilder om bærekraftssamarbeid (TFEU art. 101 (1) og art. 101 (3)) ut ifra et økonomisk perspektiv og om «*the sustainability gap*».¹⁹³ Veljanovski drøfter tilgang til åpne ressurser (f.eks. havbruk, olje og gass), og viser til at flere økonomer har vist at konkurranse i bruken (forbruket) av åpne ressurser kan gi ineffektive resultater,¹⁹⁴ og at «*conservation cartels*» kan forbedre situasjonen ved å begrense og regulere tilgang ved hjelp av kvoter eller andre begrensninger.¹⁹⁵ Veljanovski mener EU-kommisjonen kan ha vært for restriktiv mot slike bevaringskarteller i forbindelse med samarbeid om løsninger for å bevare naturressurser.

Enkelte teoretikere tar derimot til orde for at et bredere nedslagsfelt for unntaket i TFEU art. 101 (3) på bærekraftssamarbeid ikke vil lede til et mer bærekraftig marked, men snarere gi mindre innovasjon og høyere priser for forbrukerne. Vi mener disse stemmene har en sentral plass i debatten ved å bidra til en nyansert argumentasjon og løfte frem nye perspektiver.

Ett eksempel er Schinkel og Treuren, som i sin artikkel argumenterer for at konkurransebegrensende samarbeid om bærekraft kan medføre at bedrifter grønnvasker konkurranseskadelige avtaler og får mindre insentiver til å kontinuerlig jobbe for bærekraftige løsninger.¹⁹⁶ Ut fra antakelsen om at enhver bedrift forfølger et profittformål, vil to bedrifter som samarbeider om bærekraft kunne effektivisere gjennom samarbeidet samtidig som forbrukeren, som har en høyere betalingsvillighet for «grønne» varer, blir belastet en høyere pris. Schinkel og Treuren mener derfor at hardere konkurranse, og ikke en mildere anvendelse av unntaksbestemmelsen, vil lede til innovasjon og bærekraft så lenge forbrukeren foretrekker bærekraftige produkter. Til støtte for standpunktet viser forfatterne til et bredt spekter av artikler, markedsundersøkelser og etablerte, økonomiske modeller. De tar tak i mulige problemer ved anvendelsen av unntaket i tredje ledd på bærekraftssamarbeid, og adresserer tydelig hvorfor potensielle motargument ikke kan endre deres standpunkt. F.eks. forkastes motargumentet «*first-mover disadvantage*» ved at det argumenteres for at det snarere eksisterer en «*first-mover advantage*» innenfor bærekraftig innovasjon.

En annen innfallsvinkel kommer fra (igjen) Veljanovski, som har skrevet en artikkel om hvorfor endring av konkurranselovgivningen eller endret anvendelse av eksisterende lovgivning ikke er egnet for å oppnå bærekraftige mål.¹⁹⁷ Veljanovski gjennomgår de mest kjente sakene om horisontalt samarbeid for innføring av miljøvennlig teknologi og mener at praksis ikke kan tas til inntekt for at konkurransereglene, slik de er blitt praktisert så langt, har utgjort en hindring for bærekraftig innovasjon. Veljanovski mener det mangler klare holdepunkter for behovet for en «grønnere» konkurranserett. Dersom handlingsrommet under TFEU art. 101 (3) utvides, vil dette lede til høyere priser og begrenset investeringsvilje i bærekraftige initiativ. Han peker i den sammenheng på at det er de svakest stilte i samfunnet som i størst grad vil påvirkes negativt av dette. Derimot underbygger bevisene at hard konkurranse bidrar til innovasjon og bærekraft. Standpunktet hans er derfor at

¹⁹³ Veljanovski (2021).

¹⁹⁴ Se Eggertsson (1990)

¹⁹⁵ Se Adler (2004); Adler (2004).

¹⁹⁶ Schinkel (2021).

¹⁹⁷ Veljanovski (2021).

konkurransereglene må praktiseres slik at man verner om konkurransen og unngår «hard-core» samarbeid om priser/produksjon, fremfor å myke opp anvendelsen av TFEU art. 101 (3).

3.5.2.3 Rapporter om effektivitetsgevinster

På oppdrag fra EU-kommisjonen og i sammenheng med revideringen av EU-kommisjonens horisontale retningslinjer, utarbeidet Roman Inderst en ekspertrapport.¹⁹⁸ Hovedspørsmålet som behandles i rapporten er om bærekraft kan rettferdiggjøre ellers konkurranseskadelige avtaler, og hvordan fordelene (nyttene) for forbrukere ved avtaler som fremmer bærekraft kan måles i en slik vurdering. Rapporten er begrenset til vurderinger under TFEU art. 101 (3) og vurderer i all hovedsak kun de fordeler som oppnås for forbrukere i det relevante markedet. Det er et omfattende verk som fortjener særlig oppmerksomhet.

Første del av rapporten tar for seg definisjonen av bærekraft for å kunne kartlegge hvilke fordeler som kan tas i betraktning når vilkårene under TFEU art. 101 (3) vurderes. Siden det ikke finnes en universell definisjon av bærekraft, tar forfatteren utgangspunkt i forbrukerens preferanser. Deretter diskuteres det hvordan forbrukeres preferanser uttrykkes og kan måles, og hva som i en bærekraftssammenheng faller innenfor og utenfor fordelsbegrepet i tredjeleddsvurderingen. I den sammenhengen går forfatteren inn på problemstillinger som kartlegging av betalingsvillighet, internalisering av eksterne virkninger, endring av normer over tid og hvordan best hensynta fremtidige gevinster på bekostning av nåtidstap, for å nevne noen. Inderst drøfter også de nærmere grensene for beviskravet, herunder hvor grundige de økonomiske analysene må være, for at unntaksbestemmelsen i TFEU art. 101 (3) skal være oppfylt.

Det neste som drøftes er vilkåret om at avtalen er en nødvendig betingelse for å oppnå hensynet til bærekraft. Tre ulike argumenter løftes frem og diskuteres kritisk for å begrunne hvorfor vilkåret oppstilles, og med hvilken terskel det bør ha i sammenheng med bærekraft. Til slutt nevnes kort hvordan fordeler utenfor det relevante markedet kan inkorporeres i vurderingene, slik at det i større grad ivaretar hensynet til bærekraft i konkurranserettslige vurderinger.

Rapporten bidrar til å kartlegge konkrete utfordringer ved anvendelsen av modellene i en bærekraft-kontekst, og gir et teoretisk bakteppe for vurderingen som må foretas, både med tanke på konkret anvendelse av reglene eller ved utforming av nye regler eller retningslinjer. Rapporten utgjør også en del av underlaget for de nye horisontale retningslinjene fra EU-kommisjonen.

Det nevnes for ordens skyld at Inderst også har skrevet og bidratt til flere enkeltartikler om tilsvarende temaer.¹⁹⁹ Vår vurdering er at rapporten inneholder en grundig redegjørelse av innholdet i enkeltartiklene, og at artiklene på den måten konsumeres noe av denne ekspertrapporten.

¹⁹⁸ EU-kommisjonen ved Roman Inderst (2022).

¹⁹⁹ Inderst, Roman. «Sustainability and Competition: How Competition Law Enforcement Needs to Be Overhauled to Achieve Sustainability Goals» *Competition Policy International* 2022; «Sustainability Agreements in the European Commission's Draft Horizontal Guidelines» *Journal of European competition law & practice* 2022; «Integrating Benefits from Sustainability into the Competitive Assessment - How Can We Measure Them?» *Journal of European Competition Law & Practice* 2021; «Measuring Consumer Sustainability Benefits» *SSRN* 2021; «Reflective willingness to pay: Preferences for Sustainable Consumption in a Consumer Welfare Analysis» *Journal of Competition Law & Economics* 2021; «Prospective Welfare Analysis—Extending Willingness-To-Pay Assessment to Embrace Sustainability» *Journal of Competition Law & Economics* 2021; «The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach» *SSRN* 2021 og «Sustainability Agreements and Social Norms» *SSRN* 2021.

3.5.3 Grensesnittet mellom bærekraft og misbruk av dominerende stilling etter TFEU art. 102/konkurranseloven § 11

3.5.3.1 Overordnet

Konkurranserettslitteraturen og praksis knyttet til bærekraft har generelt i mindre grad fokus på TFEU art. 102 om misbruk av dominerende stilling.²⁰⁰ En rekke teoretikere bruker metaforer om bærekraftshensyn som henholdsvis «sverd» og «skjold» med hensyn til forbudet mot utilbørlig utnyttelse av et foretaks dominerende stilling. Vi er enig med flere teoretikere i at det er et tilsynelatende håndhevingsgap hva gjelder grensesnittet mellom TFEU art. 102/konkurranseloven § 11 og bærekraft.

Vår gjennomgang av litteraturen på området er inndelt som følgende: i) misbruk av dominerende stilling generelt og objektivt rettferdiggjørende forhold, ii) litteratur som omhandler det å bruke TFEU art. 102 som et «sverd» mot «*unsustainable business practices*» og iii) litteratur som omhandler det å bruke TFEU art. 102 som et «skjold».

3.5.3.2 Litteratur om misbruk av dominerende stilling generelt og objektivt rettferdiggjørende forhold

Forfatterne Lacovides og Vrettos spør om «*unsustainable business practices*» kan utgjøre en selvstendig form for misbruk, og ikke bare være en del av subsumsjonen under andre «misbruk».²⁰¹ Forfatterne mener at det er enklere å vurdere «*unsustainable business practices*» i lys av allerede eksisterende typer misbruk av dominerende stilling (eksempelvis forretningsnektelse).²⁰²

Thomas konkluderer med at det er usannsynlig at TFEU art. 102 kan bli strukket slik at ikke-bærekraftig handlinger ikke skaper en selvstendig og «ny» type misbruk av dominerende stilling.²⁰³ Thomas mener fortsatt at særlig TFEU art. 102 a) om urimelige vilkår ikke har blitt utforsket fullt ut.²⁰⁴

Grensedragningen mellom hva som er en «prima facie» misbruk av dominerende stilling og hva som er rettferdiggjort og dermed lovlig atferd, er ikke helt klar.²⁰⁵ For oversiktens skyld vil vi vise til en tabell fra Vijvers doktoravhandling om temaet, som tar sikte på å systematisere disse grensedragningene.²⁰⁶

²⁰⁰ Se f.eks. Lacovides (2022) s. 45.

²⁰¹ Ibid s. 97.

²⁰² Ibid s. 102.

²⁰³ Thomas (2021) s. 113.

²⁰⁴ Ibid side 113.

²⁰⁵ Vijver (2014) s. 297.

²⁰⁶ Vijver (2014) s. 298.

Objective justification			
Legitimate commercial conduct/business behaviour		Efficiency	Public interest
Commercial freedom	Objective necessity		
<i>Competition on the merits</i>	<i>Force majeure; State action</i>	<i>Positive welfare effect</i>	<i>Public interest gain</i>

Også Kingston legger opp til nærmest tilsvarende tre kategorier for objektiv rettferdiggjørende grunner.²⁰⁷

Thomas er av den oppfatning at unntaket om «public interest», ikke vil kunne føre frem alene på bakgrunn av bærekraftensyn.²⁰⁸ Thomas er tilsynelatende mindre skeptisk til at andre typer «objective justifikasjons» som medfører at TFEU art 102 likevel ikke er oppfylt.

Følgende liste kan gi en grei oversikt over relevant litteratur som omhandler grensesnittet mellom bærekraft og forbudet mot misbruk av dominerende stilling:

- Kingston, Suzanne. *Greening EU Competition Law and Policy*. Cambridge University Press, 2011 side 294-327.
- Lacovides Marios and Christos Vrettos, «Radical for whom? Unsustainable Business Practices as abuses of dominance», «Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability», Holmes, S. m.fl., Concurrences Antitrust Publications & Events (2021)
- Thomas, C, «Exploring the sustainability of Article 102», «Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability», Holmes, S. m.fl., Concurrences Antitrust Publications & Events (2021) Side 105
- Holmes har flere artikler om TFEU art 102, men den nyeste og mest omfattende artikkelen er «A sustainable Future: how can control of monopoly power play a part? Journal of Antitrust Enforcement, 2022, 10, 32–62 (2022)
- Holmes, Simon, «Climate change, sustainability, and competition law», Journal of Antitrust Enforcement, Volume 8, Issue 2, July 2020, s. 354-405, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006>
- Lacovides, M & Vrettos, C, «Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominance, environmental degradation, and social injustice», Journal of Antitrust Enforcement, 2022, 10, 32–62
- Diamantopolou, Eleni “Abuse of Dominant Position and Sustainability – how to use Article 102 TFEU as a sword to promote Sustainability: Lessons learnt from DE/DK Interconnector” Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability», Holmes, S. m.fl., Concurrences Antitrust Publications & Events (2021) side 307

²⁰⁷ Kingston (2011) s. 304-307.

²⁰⁸ Thomas (2021) s. 109-111.

3.5.3.3 Litteratur – angripe misbruk av dominerende stilling med bærekraftshensyn (bærekraft som «sverd»)

Holmes & Meagher konkluderer med at rettspraksis fra EU-domstolen ikke begrenser muligheten til å bruke bærekraftshensyn som et «sverd», og at spørsmålet egentlig er om det er en «vilje» til å angripe med et «sverd».²⁰⁹

Det finnes heller ikke noe generelt krav om at forbrukerne må være skadet for at TFEU art. 102 er oppfylt, noe som tyder på at man vektlegger mer langsiktige interesser og bærekraftshensyn i vurderingen av konkurranseskaden.²¹⁰

I det følgende viser vi til noen eksempler som er løftet opp i juridisk teori om dominerende foretaks atferd, som kan være konkurransebegrensende (eksemplene er ikke rettskildemessig forankret i noen konkrete saker):²¹¹

- Unngår å betale reell pris tatt i betraktning tredjeparter og samfunnet som sådan.
- Utsettelse av mer bærekraftige produkter.
- Nektelse av å levere lisens for ny grønteknologi på rettferdige vilkår.
- «As efficient competitors» kan få en urimelig konkurranseuleppe dersom de konkurrer med aktører som ikke er bærekraftige (etableringshindringer).

Holmes viser til Kingston, som omtaler noen flere eksempler på atferd som kan være misbruk av dominerende stilling:²¹²

- Begrense tredjeparters mulighet til å utvikle mer miljøvennlig produkter.
- Mislykket i å tilfredsstille et klart behov for et miljømessig produkt eller tjeneste.
- Svært forsinket eller ineffektiv bruk av miljøvennlig teknologi

Eksemplene er basert på analogier fra eldre saker, men forskjellen er at hensynet til bærekraft erstatter det tidligere snevrere fokuset kun på de økonomiske virkningene av konkurranseskaden.

Lacovides og Vrettos foretar en empiriske analyse av saker for EU-kommisjonen om dominerende foretaks brudd på EUs miljølovgivning og om det eventuelt kan anses som «*unsustainable business practice*».²¹³ Sakene gjaldt ikke direkte TFEU art. 102. Forfatterens syn er at brudd på EUs miljølovgivning ikke er sektorspesifikk.²¹⁴ Formålet med deres empiriske undersøkelser var å se om «*unsustainable business practice*», etter deres forståelse, kan omfattes av TFEU art. 102 og om det eventuelt kan være en praktisk problemstilling. Forfatterne fant at 149 (dvs. 85 %) av sakene om inngrep eller avhjelpende tiltak, der og 13 av 27, som faktisk engasjerte seg i ikke-bærekraftig forretningspraksis, var i sektoren «*energy production and distribution, mineral and metal extraction and mining*».

²⁰⁹ Holmes (2022) s. 24.

²¹⁰ Ibid s. 24.

²¹¹ Ibid s. 25.

²¹² Holmes (2022) s. 27.

²¹³ Lacovides (2022) s. 49.

²¹⁴ Ibid.

Lacovides og Vrettos har i en annen artikkel vist til de samme empiriske undersøkelsene og konkluderte blant annet med at dominerende foretak både i og utenfor EU er involvert i «*unsustainable business practices*».²¹⁵ Dette reiser spørsmålet i hvilken grad konkurransereglene kan brukes til å forby ikke bærekraftige samarbeid.

3.5.3.4 Litteratur –bærekraftshensyn som begrunnelse for at det ikke foreligger et misbruk av en dominerende stilling (bærekraftshensyn som «skjold»)

Flere teoretikere mener at bærekraftshensyn kan brukes som et skjold mot påstander om misbruk av dominerende stilling, som i bl.a. følgende tilfeller:²¹⁶

- Med påstand om «*excessive pricing*» kan foretaket argumentere med høyere priser for å ta høyde for miljøkostnadene.²¹⁷
- Videre viser Holmes til et eksempel der bærekraftshensyn brukes som skjold mot påstander om predasjonsprising der foretaket genuint har eksepsjonelt lave priser for utprøving av nye bærekraftige produkter.²¹⁸
- Holmes mener også at bærekraft kan brukes som skjold med påstander om prisdiskriminering der det dominerende foretaket belaster kunder forskjellig basert på f.eks. om produktet resirkuleres eller energieffektiviteten nedstrøms i produksjonsprosessen.²¹⁹

Videre er det viktig at foretak kan bruke bærekraft som skjold hvor det dominerende foretaket benytter «*reasonable steps*» for å beskytte sine kommersielle interesser, hvor handlingene er proporsjonale og formålet til det dominerende foretaket er ikke å styrke eller misbruke foretakets dominerende stilling. Videre har juridisk teori tatt utgangspunkt i eksempler fra praksis hos andre nasjonale myndigheter som kan være objektivt nødvendig og proporsjonal atferd:

- Dominerende foretaks kvalitetsstandarder overfor samarbeidspartnere.²²⁰
 - Det samme bør også gjelde miljøstandarder overfor samarbeidspartnere.
- Handlemåte for å opprettholde sitt omdømme.²²¹
 - Det spanske konkurransetilsynet, Spanish National Markets and Competition Commission (CNMC), konkluderte med at Ryanair kunne stoppe å handle med internetbyråer om salg av billetter, siden det kunne påvirke Ryanairs «policy» og omdømme som lavprisflyselskap.²²²
- Handlemåte i tråd med normal forretningspraksis i den relevante sektoren.

²¹⁵ Lacovides (2021) s. 95-96.

²¹⁶ Holmes (2022) s. 28 og 29.

²¹⁷ Ibid. s. 29.

²¹⁸ Ibid. s. 29.

²¹⁹ Ibid. s. 29.

²²⁰ Sak fra det franske konkurransetilsynet 00-D-13 Armor Hélicoptère (2005).

²²¹ Se sak fra det spanske konkurransetilsynet S/0097/08 Facua Ryanair (2009).

²²² Vijver (2014) s. 201-202.

- CMA avgjorde en sak der de vektla om det dominerende foretakets atferd var avvik fra normal forretningspraksis i bransjen i vurderingen av predasjonsprising i flybransjen.²²³
- Forretningsnektelse fra et dominerende foretak hvor handelspartneren bryter miljølovgivningen, forutsatt at det som ellers gjøres en vurdering av om nektelsen er proporsjonal til alvorligheten av miljølovgivningsbruddet.²²⁴
- TFEU art. 102 vil ikke kreve at man handler ulovlig – man har ikke noen andre egnede alternativer.²²⁵

Når det gjelder unntaket om effektivitetsgevinster, skiller dette seg lite fra vurderingene tilknyttet TFEU art. 101 (3). Effektivitetsgevinster i tilknytning til TFEU art. 102 har aldri ført frem i praksis fra EU-domstolen.²²⁶ Whish & Bailey viser særlig til EU-kommisjonens retningslinjer fra 2009 om effektivitetsgevinster tilknytning TFEU art. 102.²²⁷

Rettsutviklingen og klimakrisen tyder på at EU-kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter bør ta mer ansvar og avgjøre flere saker tilknyttet TFEU art. 102.²²⁸ Det ville vært hensiktsmessig og sentralt dersom EU-domstolen avgjør saker direkte om grensesnittet mellom TFEU art. 102 og bærekraft – særlig der man bruker bærekrafthensyn som «skjold».

4 BÆREKRAFT OG KONKURRANSERETT – ET PRAKTISK PERSPEKTIV

4.1.1 Innledende refleksjoner – en oppskrytt konflikt eller sammenheng mellom bærekraft og konkurranserett?

Konkurranseretten og konkurransepolitikken er en grunnmur for markedøkonomien, og den fungerende velferdsstaten. Kartellisering og konkurransebegrensende atferd vil kunne føre til høyere priser, lavere kvalitet og hindre innovasjon, og slik sett er konkurransereglene viktige – også for å få til et ønsket grønt skifte i Norge og Europa. I praksis er det samtidig (fortsatt) relativt få konkurransesaker som direkte handler om bærekraft. Det grønne skiftet påvirkes og dras av blant annet myndigheter, kapitalmarkeder, konsumenter og arbeidstakere, og vil etter våre vurderinger i mindre grad hindres av manglende eller feil anvendelse av konkurransereglene.

Et praktisk eksempel er utbygging av ny fornybar kraftproduksjon, eksempelvis vindkraft. Manglende veiledning, eller vanskelig tilgjengelige konkurranseregler, kan føre til at to eller flere aktører avstår fra å samarbeide om et utbyggingsprosjekt, hvor det kommersielt ville vært ønskelig å samarbeide. Feil anvendelse av konkurransereglene kan føre til at et prosjektsamarbeid forbyes, når det burde vært tillatt. Motsatt vil manglende håndheving kunne føre til at to konkurrenter – som hver for seg kunne konkurrert alene, og hvor dette ville ført til mer konkurranse – begrenser konkurransen. I alle tre tilfeller; uklart regelverk, feil anvendelse eller manglende håndheving; fremstår det som mindre sannsynlig at det grønne skiftet hindres. *For det første* vil myndighetene fastsette rammene for tildeling av og konkurransen om konsesjonene. Ved lav deltakelse i et grønt

²²³ Ibid. s. 201-202 med videre henvisninger til sak fra CMA (OFT avgjørelse) MPINF-PSWA001-04 Flybe.

²²⁴ Vijver (2014) s. 205-207.

²²⁵ Vijver (2014) s. 216.

²²⁶ Whish (2021) s. 221.

²²⁷ Ibid. s. 221.

²²⁸ Holmes (2022) s. 30.

og viktig prosjekt kan rammene for prosjektet, som styrer deltakelsen, endres. *For det andre* vil det, dersom det er økonomisk fornuftig – eller tilstrekkelig støttet av staten, antakelig være et tilstrekkelig antall tilbydere/deltakere i konkurransen og senere, prosjektet. Konkurransereglene vil da kunne påvirke hvem som deltar, men antakelig ikke hvorvidt prosjektet realiseres. Det kan i prinsippet oppstå et velferdstap (konkurransen kunne vært enda skarpere og antallet deltakere flere), men prosjektet hindres ikke. *For det tredje* vil et samarbeid som begrenser konkurransen på en måte som fører til høyere *pris* eller lavere *kvalitet* måtte vurderes under konkurransereglene på vanlig måte, og raskt være konkurransebegrensende. *For det fjerde* vil konkurransereglene oftere anvendes på enklere, og mindre kompliserte samarbeid mellom konkurrenter, enn på større, kompliserte prosjekter av stor samfunnsmessig viktighet.

I enkelte andre bransjer er det en nær og direkte sammenheng mellom bærekraft og hva som er forretningsmessig. God bærekraft er lik god drift. Dette gjelder blant annet natur- og matnæringer, hvor mindre bærekraftig drift kan være veksthemmende eller i verste fall føre til (dyre)dødelighet. I disse tilfellene vil markedskreftene i seg selv kunne motvirke begrensninger av bærekraft eller bærekraftskonkurransen.

Konkurransesakene som hittil har oppstått i grensesnittet mot bærekraft gjelder særlig ulike former for karteller eller samarbeid hvor bærekraftige produkter eller teknologi utsettes eller ikke produseres, eller hvor det utveksles konkurransesensitiv informasjon som leder til mindre konkurranse og innovasjon. Sakene viser at bærekraftssamarbeid må vurderes på samme måte som andre samarbeid, i den grad samarbeidet i praksis omhandler begrensning av pris- eller kvalitetskonkurranse eller innovasjon.

I den andre enden av skalaen finner vi bærekraftssamarbeid som klart ikke gjelder verken pris, kvalitet eller innovasjon, men som i stedet retter seg direkte mot å begrense eller hindre miljøskade, koordinere eller diskutere regulatoriske og andre felles bransjeutfordringer, eller etablere frivillige fellesordninger og standarder for å oppnå skalafordeler og/eller nettverkseffekter. Her er det etter vår vurdering behov for klare avgrensninger, og veiledning til hvordan konkurransereglene ikke – eller kun i begrenset grad – vil komme til anvendelse.

I en mellomkategori finner vi standardiseringsarbeid som ikke er frivillig, hvor det raskt vil kunne oppstå spørsmål om konkurransebegrensende utestengning, eller dempet innovasjons- og rivaliseringskonkurranse, eller ulike former for pooling av ressurser (produksjons-, innkjøps-, salgs- eller distribusjonssamarbeid) for å oppnå bærekraftsgevinster. Slike samarbeid vil kunne reise vanskelige konkurranserettslige spørsmål, og det oppstår et generelt spørsmål om hvorvidt rammeverket for vurdering av reglens anvendelse, konkurransebegrensningskriteriet og effektivitetsgevinster skal tilpasses eller gjøres på en annen måte for ulike former for bærekraftssamarbeid enn andre samarbeid.

Vår påstand er at næringslivet i liten grad opplever konkurransereglene som å være til hinder for utvikling, bruk, salg og distribusjon av miljø- og klimavennlig teknologi, produkter eller tjenester, eller som flaskehals i det grønne skiftet mer generelt. Dette er basert på våre egne erfaringer og refleksjoner, våre en-til-en intervjuer med norske virksomheter, og – i noen grad - vår gjennomførte Questback-undersøkelse.²²⁹ I tillegg er det viktig å huske at bærekraft slik det er definert gjennom FNs bærekraftsmål, favner langt bredere enn klima, og inkluderer arbeid med menneskerettigheter,

²²⁹ Se Questback, spørsmål 5, presentert i vedlegg 1.

arbeidstakerrettigheter, antikorrupsjon, sirkularitet, ansvarlig markedsføring, menneske- og dyrehelse mv. hvor sammenhengen til konkurranseretten fremstår enda mer uklart.

Det grønne skiftet vil samtidig føre til behov for effektivisering og innovasjon; nye løsninger, produkter og tjenester. Dette vil nødvendigvis innebære at nye næringer og markeder vil oppstå, og mindre næringer kan bli viktigere enn før. I nye, unge eller umodne markeder, vil ofte leverandør-, konkurrent- og kundekontakten være mindre formell og mer relasjonell. Det gjør at en rekke klassiske konkurranserettslige utfordringer knyttet til salgssamarbeid, markeds- og kundedeling og informasjonsdeling mv. kan oppstå. I den sammenheng blir kunnskapsdeling, compliance og håndheving av konkurransereglene viktig for å sikre et mest mulig effektivt grønt skifte.

Vi skal nedenfor vurdere ulike praktiske problemstillinger knyttet til konkurranse og bærekraft med utgangspunkt i en tredeling, hvor vi først ser på reglens anvendelse, deretter konkurransebegrensnings/misbrukskriteriet (substans) før vi avslutningsvis ser på effektivitetsgevinster/lovlig begrunnelse. Gjennomgangen munner ut i praktiske innspill til Konkurransetilsynets veileder eller verktøykasse under kapittel 5.

4.2 Konkurransereglens anvendelsesområde

4.2.1 Konkurranseloven § 10 - anvendelsesområde

Atferd som faller utenfor konkurranseloven § 10 omfatter blant annet avtaler som ikke er inngått mellom foretak, kollektive avtaler mellom arbeidstakere og arbeidsgiver, avtaler mellom foretak i samme konsern, (ekte) agentavtaler, ensidig atferd (konkurranseloven § 11) og avtaler som resulterer i et selvstendig fungerende fellesforetak (konkurranseloven, kapittel 4). Dette gjelder naturligvis også for bærekraftssamarbeid.

Et innledende spørsmål i prosjektet var om anvendelsesområdet skal eller bør være et noe annet for bærekraftssamarbeid. Vi har ikke funnet konsistent eller betydelig støtte i praksis og litteratur for å gjøre en slik helt generell nyansering i avgrensningen av konkurranselovens anvendelsesområde for visse typer bærekraftssamarbeid.²³⁰ Vi vil heller ikke anbefale at det gjøres kategoriske avgrensninger, men det kan være gode grunner til å skille mellom ulike former for bærekraftssamarbeid (punkt 4.2.2), samt se nærmere på hvordan bærekraft påvirker ulike vurderinger av konkurransebegrensningskriteriet (punkt 4.3).

Et annet og mer konkret spørsmål er i hvilken grad «state compulsion» kan påberopes til forsvar for bærekraftssamarbeid, slik at samarbeidet ikke faller innenfor reglens anvendelsesområde. Som nevnt under punkt 3 finnes det liten veiledning hittil i praksis, selv om det finnes noe litteratur (se punkt 3.3.1.1). Vi gir noen praktiske betraktninger om dette under punkt 4.2.3.

4.2.2 Ulike former for bærekraftssamarbeid

Bærekraftssamarbeid kan grupperes på ulikt vis, og det er mulig å skille mellom samarbeid og avtaler som retter seg mot å begrense en konkret miljøskade, og samarbeid som ivaretar bærekraft

²³⁰ Det nederlandske konkurransetilsynet har i deres utkast til retningslinjer om bærekraftssamarbeid vært forsiktig med å angi at visse typer samarbeid kan falle helt utenfor TFEU art. 101, men nevner uforpliktende kollektive intensjoner, «Codes of Conduct» for å fremme bærekraftig praksis, avtaler som stimulerer til ikke-bruk av visse typer forpakninger og materialer, samarbeidsavtaler som introduserer et nytt produkt som ingen kunne lansert alene, og avtaler hvor det eneste formålet er å sikre samsvar med lokal lovgivning f.eks. knyttet til barnearbeid mv., se premiss 23 (andre utkast til retningslinjer).

mer generelt. Det er videre (tidvis) mulig å skille mellom genuine bærekraftssamarbeid, hvor foretakene agerer på bakgrunn av et (miljø)faglig grunnlag, og andre samarbeid hvor bærekraft løftes frem som en begrunnelse eller motivasjon, men hvor det vel så mye er (andre) beveggrunner, og eventuelt skjulte interesser, som er styrende for rammene for og resultatet av samarbeidet. Eksempelvis vil det etter vår vurdering være grunn til å vurdere et bærekraftssamarbeid annerledes under konkurransereglene, dersom det klart fremkommer i stiftelsesdokumenter, styringsdokumenter, avtaler eller på annet vis at samarbeidet er faglig forankret – og ikke basert på de enkelte deltakernes til enhver tid kommersielle interesser – selv om dette i noen tilfeller selvsagt kan sammenfalle.

For det første er det mulig å skille mellom bærekraftssamarbeid som er frivillige og åpne, og bærekraftssamarbeid som er lukket, og hvor samarbeidsavtalen/standarden er forpliktende. Skillet bør ikke bare kunne få betydning for konkurransemyndighetenes prioritering av saker, men det bør også kunne avklares at bærekraftssamarbeid under visse forutsetninger ikke vil kunne utgjøre en formålsrestriksjon. Dette har støtte blant annet i den begrunnelsen miljøhensyn er gitt i Grunnloven, samt i Kommisjonens retningslinjer.²³¹ EU-kommisjonens horisontale retningslinjer tilsier at det må gjøres en klar avgrensning. Konkurrenter kan blant annet, ifølge retningslinjene, inngå frivillige standardiseringsavtaler, så lenge standardiseringen er ubegrenset, åpen og det ikke er noen forpliktelser, samt at tredjeparter kan ta i bruk standarden på FRAND-vilkår (fair, reasonable and non-discriminatory tilgang).²³²

For det andre oppstår flere spørsmål knyttet til samarbeid/samordning som skaper nye markeder, produkter eller tjenester. Dette kan være prosjekter som den enkelte bedrift ikke har reell mulighet til å utvikle eller investere i alene, og hvor praksis og veiledere knyttet til prosjektsamarbeid kan være nyttige. Det kan også være samarbeid som har et sterkt innslag av forskning og utvikling, hvor EU-kommisjonens retningslinjer om FoU-samarbeid, og praksis knyttet til FoU gir nyttig veiledning. Nasjonal veileder og bedrifters innspill til bærekraft og konkurranserett gir opphav til flere praktiske problemstillinger her.²³³ Fra sirkulærøkonomien oppstår spørsmål om samarbeid på innsamling av restmateriale og resirkulering, vil kunne falle utenfor konkurranseloven § 10. Fra matmarkedet oppstår spørsmål om initiativ knyttet til sunnere mat, og dermed begrensning på produksjon og salg av visse andre typer mat, kan falle helt utenfor konkurranseloven § 10.²³⁴

For det tredje vil det å erstatte ikke-bærekraftige produkter med bærekraftige produkter uten at dette påvirker pris eller kvalitet neppe være egnet til å begrense konkurransen. Et praktisk eksempel her er det nederlandske konkurransetilsynet som tillot en avtale mellom visse bedrifter i matvarekjeden, hvor det ble laget regler om at det kun skulle selges ferskt grisekjøtt fra griser som var kastret med

²³¹ HR-2020-2472-Pe (Klimasøksmålet).

²³² Se Kommisjonens nye retningslinjer for horisontale samarbeidsavtaler, premiss 451, [2023 revised horizontal guidelines en.pdf \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions_penalties/guidelines_en.pdf).

²³³ Se blant annet Unilevers innlevering til Kommisjonen DG COMP, «Sustainability cooperations between competitors & Art. 101 TFEU».

²³⁴ Se blant annet Farm to Fork initiativet, https://ec.europa.eu/food/horizontal-topics/farm-fork-strategy_en. Et eksempel på et slikt initiativ er intensjonsavtalen for et sunnere kosthold som er inngått mellom matvarebransjen og Helse- og omsorgsdepartementet [Intensjonsavtale for et sunnere kosthold - regjeringen.no](https://www.regjeringen.no/no/tema/et-sunnere-kosthold/intensjonsavtale-for-et-sunnere-kosthold-regjeringen-no). Andre initiativ har vært diskutert i SKIFT Næringslivets klimaledere og undergruppen for Mat- og landbruk, hvor Stein Ove Solberg deltar fra Arntzen de Besche, sammen med blant annet NorgesGruppen og TINE.

bedøvelse.²³⁵ Et annet og praktisk eksempel er samarbeid mellom slakterier for å øke dyrevelferden. Mer generelt er spørsmålet om det finnes former for samarbeid hvor det klart ikke er noen sammenheng mellom bærekraft og pris/kvalitet, og hvor det derfor er mulig å avgrense anvendelsesområdet til konkurranseloven.

For det fjerde oppstår særlige problemstillinger knyttet til åpen tilgang til IPR. I tilfeller hvor immaterielle rettigheter deles for å sikre utvikling av produkter eller prosesser som er mer bærekraftige, og hvor dette gjøres åpent, er spørsmålet om konkurranseloven § 10 vil være anvendelig overhodet.²³⁶ Konkurranselæren om nødvendige fasiliteter og tilgangsplikt under «særlige omstendigheter» vil kunne gi nyttig veiledning til problemstillingen (tilgangsnektelse er sjelden konkurransebegrensende – og åpen tilgang desto mindre), i tillegg til praksis fra Kommisjonen og veiledning/soft-law kilder. I EUCAR godkjente Kommisjonen en «Joint Research Committee»-avtale som i hovedsak gjaldt bærekraftstemaer diskutert mellom europeiske bilprodusenter. IPR fra prosjektet var et resultat av FoU som var åpent tilgjengelig og fritt brukt av de deltakende selskapene.²³⁷

For det femte er det etter vår vurdering naturlig nok grunn til å skille ut bærekraftssamarbeid som er generelle, og hvor det ikke deltar noen direkte konkurrenter. Konkurransereglene, eller myndighetenes prioritering av saker, bør kunne avgrenses mot slike bærekraftssamarbeid.

Etter vår erfaring vil likevel de fleste bærekraftssamarbeid i større eller mindre grad omfatte også konkurrenter, slik at det kan oppstå interessekonflikter mellom medlemmer/deltakere. Her vil ulike former for bærekraftssamarbeid på samme måte som andre typer samarbeid i prinsippet kunne påvirke konkurransen, dersom samarbeidet gjelder – eller har spill-over virkninger – til prissetting, kvalitetskonkurranse eller innovasjon. Et uavklart spørsmål i denne sammenheng er hvorvidt bærekraft er et selvstendig konkurranseparameter, slik at standardisering eller fellestilnærming i seg selv vil kunne begrense konkurransen, dersom det ikke er frivillig (ingen utsidealternativ) og flere nok foretak deltar (merkbar virkning). Dersom bærekraft er et eget konkurranseparameter, vil det tilsi at foretakene må utvise større varsomhet ved inngåelsen av ulike bærekraftsavtaler, felles koordinering av bærekraftsinitiativ og løsninger og ved dialog om bærekraft. Uavhengig av hvordan dette måtte stille seg, er vår vurdering at næringslivet vil ha nytte av veiledning og tydelig kommunikasjon fra Konkurransetilsynets side om hva som *klart* er tillatt, og hva som *klart ikke* er tillatt. Eksempelvis ville det vært nyttig om Konkurransetilsynet avklarte at det er mulig å ha langt åpnere diskusjoner om bærekraft – også mellom konkurrenter – enn det naturligvis vil være om pris og kvalitet.

4.2.3 State compulsion forsvaret

«State compulsion»-forsvaret innebærer at foretak får statlig pålegg om visse handlinger der foretak ikke har et mulig handlingsrom for autonom atferd til å drive aktivitet som åpner for konkurranse. «State compulsion»-forsvaret blir tolket snevert i praksis og fører sjelden frem i EU-domstolen.

²³⁵ Se lenke: [NMa: no objections against agreements on the castration of boars with the use of anesthesia | ACM.nl](https://www.acm.nl/en/2018/05/10/no-objections-against-agreements-on-the-castration-of-boars-with-the-use-of-anesthesia/)

²³⁶ Se blant annet Unilevers innlevering til Kommisjonen DG COMP, «Sustainability cooperations between competitors & Art. 101 TFEU».

²³⁷ Se EU-kommisjonens pressemelding: “Commission backs R&D agreements in the motor industry”: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_98_832 og varsel iht. Artikkel 19 (3) av rådforordning nr. 17 om nr. IV/35.742 - F/2 - Eucar <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:C1997/185/05&qid=1652688640555&from=EN>

EU--domstolen har uttalt at det er ikke tilstrekkelig at nasjonal lovgivning gjør det enklere eller oppfordrer foretak til å handle konkurransebegrensende.²³⁸ Samtidig vil bærekraftssamarbeid som tar sikte på å etterleve lover og regler normalt ikke være egnet til å begrense konkurransen. Bærekraft blir i økende grad regulert i sektorlovgivning og annen lovgivning.

State compulsion-forsvaret, eller paralleller til forsvaret, kan også være aktuelt i krisetider- og situasjoner. Eksempelvis vil klimarisiko og håndtering av værkatastrofer kunne foranledige større grad av samordning av vilkår knyttet til forsikring mv. En slik samordning er neppe problematisk konkurranserettslig, og dersom det skulle bli reist spørsmål knyttet til konkurranseloven vil raskt den større krisen (klimarisikoen/værkatastrofen) gå foran, og en form for «state compulsion» vil tilsi et snevrere anvendelsesområde eller lempeligere konkurransebegrensningstest hvis anvendt på tilfellet.

Etter vår vurdering er det for Konkurransetilsynet særlig grunn til å utvise varsomhet med å gripe inn mot ulike former for samarbeid, eller atferd, som springer ut av regulering, eller hvor sektormyndigheter har instruert, påvirket eller godkjent atferden. Konkurransetilsynets retningslinjer kan klargjøre hvordan de vil tilnærme seg slike regulerte markeder, eller regulatorisk betingede samarbeid eller atferd, og eventuelt hvordan Konkurransetilsynet vil forholde seg til tidligere innspill fra offentlige myndigheter som definerer, godkjenner eller anerkjenner det aktuelle samarbeidet eller den aktuelle atferden.

4.3 Konkurransereguleringskriteriet/misbrukskriteriet anvendt på bærekraftssamarbeid

4.3.1 Overordnet

Konkurranseloven § 10 forbyr som kjent avtaler eller samordnet praksis «*som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*». Enhver vurdering av om et samarbeid eller en samordning begrenser konkurransen må ta i betraktning samarbeidets formål, og den økonomiske og rettslige konteksten samarbeidet inngår i.²³⁹

For bærekraftssamarbeid oppstår flere problemstillinger.

En særlig aktuell problemstilling er knyttet til informasjonsutveksling. Det grønne skiftet forutsetter i mange bransjer og sammenhenger tilgang til mer og bedre data. Informasjonsportaler, kunnskapsdeling og informasjonstilgang – også gjennom bransjeorganisasjoner – vil kunne være nødvendig for å få en mer klima- og miljøvennlig produksjon og distribusjon av varer. Informasjonsutveksling vil samtidig etter omstendighetene kunne begrense konkurransen etter sitt formål eller virkning, og de fleste konkurransesakene under konkurranseloven § 10 gjelder i dag informasjonsutveksling i en eller annen form.²⁴⁰

Et konkret eksempel er informasjonsinnhenting og akkumulering av store mengder konsumentdata fra vellykkede plattformen, som igjen vil kunne bidra til iterative forbedringer og mer effektiv og målrettet markedsføring, salg og distribusjon av varer og tjenester til forbruker; og dermed også potensielt mer bærekraftig produksjon og/eller distribusjon og salg. Samtidig vil samme dataopsamling kunne fungere som et etableringshinder for nye (og potensielt enda mer innovative

²³⁸ Se sak C-280/80 (Deutsche Telekom) premiss 80.

²³⁹ Se Bailey, John, Bellamy & Child European Union Law of Competition (8, utgave 2018), side 188.

²⁴⁰ Se Konkurransetilsynets V2022-23 (forlagssaken) og deres pågående etterforskninger i dagligvare (prisjegersaken), helse relatert marked og markedet for entreprenørtjenester.

eller effektive) e-handelsplattformer og løsninger.²⁴¹ Dette «e-handelsproblemet» illustrerer dilemmaet med behov for mer og bedre data, samtidig som behov skaper nye etableringshindringer og kan sementere dominerende selskapers stilling. Vi ser nærmere på informasjonsutveksling og bærekraftssamarbeid under punkt 4.3.3.

Mer generelt oppstår det en problemstilling knyttet til hvor langt foretak kan gå i å samarbeide om bærekraft før innovasjonskonkurransen dempes. Konkurransereglene skal fremme ønsket konkurranse og forhindre uønsket og dempet konkurranse, men spørsmålet er om reglene fungerer etter sin hensikt for bærekraftssamarbeid hvis de virker mer avskrekkende enn fremmende. En grunnleggende holdning har lenge vært at konkurranse fostrer innovasjon, og effektiv håndhevelse bidrar til utvikling av bærekraftige løsninger, mens konkurransereglene legger opp til at det er ønskelig at konkurrenter opptrer mest mulig uavhengig av hverandre og unngår samarbeid om sentrale konkurranseparametere. Overordnet har prosjektet, våre erfaringer og intervjurunden demonstrert at konkurransereglenes forbud mot konkurransebegrensende samarbeid, slik det forstås eller antas forstått, i noen tilfeller kan stå i veien for at konkurrenter tar initiativ til å samarbeide om å gjennomføre bærekraftstiltak grunnet rettslig usikkerhet om hvorvidt slike samarbeid er lovlige. Flere har gitt uttrykk for at de har avstått fra samarbeid på grunn av usikkerhet knyttet til regelverket, og håndhevelsen av regelverket (som etter vår vurdering er noe prinsipielt annet enn at en atferd vurderes å sannsynlig være i strid med konkurranseforbudet). Det er også tydelig at konkurransemyndigheter i enkelte land (slik som nederlandske og greske konkurransemyndigheter) går lenger med å være tydeligere i hvordan de skal støtte opp om bærekraftssamarbeid i sin håndheving av konkurransereglene. Behovet for aktiv regulering og veiledning oppstår i kjølvannet av at markedet, og håndhevelse av de eksisterende konkurransereglene, ikke har evnet å bidra til en grønn og bærekraftig omstilling i en slik skala og i et slikt tempo som kreves for å nå bærekraftmålene.

4.3.2 Særlig om nye markeder

Det grønne skiftet vil som nevnt skape behov for flere nye løsninger, teknologier, produkter og tjenester – og videreutvikling av dagens løsninger, teknologier, produkter og tjenester. Det betyr at nye markeder vil oppstå. I enkelte markeder vil det være få eller ingen konkurrenter – og konkurransen er snarere «om markedet, enn i markedet». Eksempler er ulike infrastrukturmarkeder, hvor det skal bygges ny bærekraftig infrastruktur for nye produkter, eller basert på andre energibærere.

I slike markeder må konkurransemyndighetene finne en balanse mellom å ikke gripe inn for tidlig og anvende konkurransereglene på en måte som hindrer utviklingen av markedet, samtidig som konkurransemyndighetene heller ikke må legge til rette for at det utvikler seg markeder hvor det senere ikke er mulig for andre å etablere seg.

Konkurranseloven § 11 og reglene om tilgangsnektelse, diskriminering og marginskvis mv. vil kunne være relevante i disse situasjonene.

Basert på våre samtaler er det vårt generelle inntrykk at næringslivet er særlig opptatt av viktigheten av å sikre like konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører – dette gjelder både i konkurranseretten, men også på tilgrensende områder som statsstøtteretten. Videre bør Konkurransetilsynet i en eventuell veiledning kommentere viktigheten av å sikre tilgang til know-

²⁴¹ Se blant annet diskusjonne i OECDs rapport; Implications for e-commerce for competition policy, 2019, s. 13, 41 og 54. [Implications of E-Commerce for Competition Policy \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/competition/implications-of-e-commerce-for-competition-policy/)

how og teknologi. Dersom det ikke er konkurranse i markedet, må konkurransemyndighetenes fokus være på å sikre konkurranse om markedet (evt. regulere senere, dersom konkurranse om markedet ikke er mulig å sikre gjennom konsesjoner, anbudskonkurranser, håndheving av konkurransereglene eller på annen måte).

Videre erfarer vi at næringslivet er opptatt av å sikre standardisering som er frivillig og åpen – det vil si en standardisering, og et valg av løsninger, modeller og systemer, som ikke gjør for tidlige valg eller som stenger for den FoU-baserte konkurransen. En mulighet er å la det være opp til regulering, og ikke foretakene selv, dersom det er behov for at tvungne standarder utvikles av ett eller flere bestemte foretak som kan ha andre interesser av å tvinge gjennom én bestemt standard. En slik tilnærming er også langt på vei lagt til grunn i EU-kommisjonens horisontale retningslinjer som understreker behovet for åpne og frivillige standarder. Mer generelt påpeker flere at det er viktig å sikre at løsninger, produkter og tjenester ikke blir skreddersydde og snevre, men at de er mest mulig åpne.

4.3.3 Særlig om prosjektsamarbeid

Flere aktører nevner konkurransereglene om prosjektsamarbeid som et område, hvor enda klarere veiledning vil være nyttig. Samtidig har Konkurransetilsynet nylig bekreftet at de vil legge EU-kommisjonens horisontale retningslinjer og veiledning om prosjektsamarbeid til grunn – slik at dette behovet muligens er noe dempet nå.

Det generelle utgangspunktet i norsk rett er slått fast av Høyesterett som uttaler at «[n]år to aktører hver for seg har mulighet til, eller lett kan skaffe seg mulighet til, å inngi tilbud til en oppdragsgiver i en anbudskonkurranse, vil de utsette hverandre for et konkurransepress» (Ski Follo taxi, premiss 44). Dette utgangspunktet er lagt til grunn i nemnda og av Konkurransetilsynet.

Det praktisk viktige spørsmålet er i hvilken grad Konkurransetilsynet vil akseptere ulike former for prosjekt- og tilbudssamarbeid for å dempe finansiell risiko, hensynta eierrisiko/risikoappetitt, dempe kommersiell risiko (eks. «ikke legge alle eggene i en kurv»), dele kunnskap og kompetanse for å sikre et bedre tilbud og prosjekt, og hvordan bærekraft eventuelt vil kunne tilsi et utvidet handlingsrom. Etter vår vurdering illustrerer anbuds- og prosjektsamarbeidssakene hittil at regelen ikke nødvendigvis passer på industrielle samarbeid. I industrien, og i flere viktige næringer for det grønne skiftet, er aktørene ofte av en slik størrelse at de *kan* konkurrere alene om testen anvendes teoretisk, og ikke hensyntar momentene som nevnt over. Samtidig er risikoen, kompetansebehovet og ressursbehovet i prosjektene større – og oppsiden ved et samarbeid enda tydeligere.

Bærekraftsaspektet i disse prosjektsamarbeidene er sammensatt. For det grønne skiftet er det viktigste at prosjektet blir gjennomført på en god måte, dvs. realisert med størst mulig effekt. Samarbeid vil kunne gjøre gjennomføringen sikrere (kombinasjon av kompetanse, ressurser og deling av risiko gir større gjennomføringssikkerhet). Samtidig vil antallet tilbud ofte styres av premissene som myndighetene selv legger (for konsesjonsrunder mv.).

De grønne prosjektene vil tiltrekke seg grønn finansiering, men jo flere som samarbeider, desto større finansiering er antakelig mulig å sikre – og desto flere midler blir flyttet over i grønne prosjekter.

Samarbeid gir mulighet til å utøve (større) innkjøpsmakt. Innkjøpsmakt gir mulighet til å kjøpe grønnere, f.eks. gjennom å stille miljøkrav, påvirke leverandørmarkedet ved å kjøpe stort osv.

Det er gode grunner for å skille mellom enkeltstående samarbeid (prosjekt) og samarbeid som strekker ut i tid. I en del «grønne» markeder skjer utviklingen raskt, og markedet er ikke etablert.

Det kan være at pris/tilbud og etterspørsel ikke er satt, og at markedet per i dag er avhengig av offentlig støtte og incentivering. I slike nye markeder vil det kunne være stor grad av bransjegliedning, teknologisk utvikling og endringer i aktørbildet. Dagens leverandør kan være morgendagens konkurrent. Da kan det være grunn til å være mer restriktive når langsiktige samarbeid vurderes under konkurransereglene.

4.3.4 Særlig om informasjonsutveksling

Konkurransetilsynets pågående etterforskninger gjelder med få unntak informasjonsutveksling. Dette var også det temaet som fikk størst oppmerksomhet i gjennomgang av de horisontale retningslinjene til EU-kommisjonen.²⁴² Dette er ikke desto mindre viktig ettersom informasjonsutveksling ofte klassifiseres som en formålsovertredelse. Samtidig er det klart at utveksling av informasjon som ikke er sensitiv eller som ikke er egnet til å begrense konkurransen, aldri vil være ulovlig. Eksempelvis vil en rekke foretak åpent kommunisere foretakets strategi, mål, virkemidler og generelle arbeid innen bærekraft til kunder, eiere og investorer – og dermed også konkurrenter. . Basert på den gjennomgangen vi har gjort av ulike bærekraftsrapporter, hjemmesider og annen offentliggjort informasjon, synes denne typen åpen informasjonsdeling i liten grad å reise konkurranserettslige problemstillinger.

I praksis har saker om informasjonsutveksling med temaer knyttet til bærekraft i hovedsak dreid seg om konkurrenter som unnlater å fornye seg, utsetter dette, eller hvor aktørene på annen måte leverer lavere kvalitet på varer og tjenester enn de ellers ville ha gjort som en følge av informasjonsutvekslingen. Et praktisk eksempel er samarbeid om å begrense utvikling og bruk av miljøvennlig teknologi. Utgangspunktet er at samarbeid som leder til høyere priser eller lavere innovasjon vil omfattes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, til tross for at dette ivaretar viktige hensyn, slik som miljø- og bærekraft.

I tilfeller hvor informasjonsutvekslingen har ledet til forsinket eller manglende implementering av miljølovgivning, eller miljøstandarder, synes det klart at det vil foreligge en konkurransebegrensning.²⁴³ Det foreligger flere eksempler fra rettspraksis på samarbeid som begrenser utvikling og bruk av miljøvennlig teknologi. Det nyeste eksempelet fra EU-kommisjonen er sak AT.40178, hvor EU-kommisjonen grep inn mot et samarbeid mellom fem bilprodusenter som hadde utviklet ny teknologi for å rense nitrogenoksydutslipp utover lovpålagte krav.²⁴⁴ Bilprodusentene inngikk i et ulovlig samarbeid gjennom å utsette bruken av teknologien, og begrenset derfor konkurransen om å levere mest mulig miljøvennlige biler. Bilprodusentene signaliserte til hverandre at overoppfyllelse av regulatoriske krav ikke var ønsket og forhindret teknisk nyvinning for kjøretøy med dieselmotorer som ville gitt flere valgmuligheter for forbrukerne. Det tekniske samarbeidet mellom bilprodusentene var i utgangspunktet legitimt, og det er særlig interessant at EU-kommisjonen i forlengelsen sendte et brev til partene hvor de veileder om hvilke aspekter av samarbeidet som ikke reiser konkurransemessige bekymringer, slik som standardisering av påfyllingsverktøy, kvalitetsstandarder, og felles utvikling av en software plattform, samt oppbyggingen av en infrastruktur for tilbudssiden av rensevæske som brukes på moderne dieselmotorer for å redusere utslipp.²⁴⁵

²⁴² Se lenke: [HBERS consultation summary.pdf \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT_40178_8022302_3050_5.pdf).

²⁴³ Se EU-kommisjonens saker i AT. 39824 (lastebilkartellsaken) og AT.40178 dieselutslippssaken.

²⁴⁴ Se EU-kommisjonens sak AT.40178 (Car Emission).

²⁴⁵ Lenke tilgjengelig her: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT_40178_8022302_3050_5.pdf.

Informasjonsutveksling vil også kunne ha en side mot konkurranseloven § 11, hvor en aktør, eller to eller flere aktører kollektivt, besitter viktig bærekraftsdata/informasjon som andre aktører søker, men ikke får tilgang til. Problemstillingen fremstår særlig aktuell for de globale teknologiselskapene (GAMAM) som besitter enorme mengder rådata gjennom portalene og plattformene de eier. Et mer aktivt konkurranserettslig fokus på tilgang til nødvendig bærekraftsinformasjon vil kunne være nyttig.

Det er mindre klart i hvilke tilfeller, om overhodet, informasjonsutveksling som fremmer bærekraft kan være konkurransebegrensende. Her er det grunn til å se nærmere på sammenhengen mellom pris, kvalitet og bærekraft – og hvordan bærekraftssamarbeid og informasjonsdeling kan ha «spill-over» virkninger utover selve bærekraftsdelene av samarbeidet. Det er også grunn til å se nærmere på hvordan informasjonsutveksling skal vurderes i tilfeller hvor bærekraft i seg selv blir en relevant konkurranseparameter. Et spørsmål er hvorvidt teknologisamarbeid, og deling av informasjon om forskning, utvikling og innovasjon, vil kunne bidra til mindre konkurranse og dermed senere lede til bærekraftig teknologi.

EU-kommisjonens nye retningslinjer for horisontale samarbeidsavtaler har også gitt nyttig veiledning med en rekke eksempler om hvilke samarbeid som er tillatt for å fremme bærekraft, og hva slags informasjonsutveksling som generelt faller utenfor forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Dette gjelder blant annet tilnærming til informasjonsutveksling i tilknytning til standardisering, hvor det understrekes at det vil kunne være nødvendig, og tillatt under visse forutsetninger, å dele konkurransesensitiv informasjon (premiss 550):

«The condition not to exchange unnecessary commercially sensitive information ensures that information exchanges are limited to what is necessary and proportionate to the standard-setting procedure and that they are not used to facilitate collusion or restrict competition between the parties.»

Tilsvarende utgangspunkt er styrket og gjentatt i flere relasjoner i anledning ulike former for produksjonssamarbeid, herunder for FoU (premiss 152), produksjonsavtaler mer generelt (premiss 244), nettverksdelingsavtaler innen telekom (premiss 263), fellestilbud (premiss 301), anbudskonsortier (premiss 350) og helt generelt til sist i premiss 369:

«Information exchange may take place in the context of another type of horizontal cooperation agreement, for example, a joint purchasing, joint production or joint commercialisation agreement. Where that cooperation agreement itself does not fall within the Article 101(1) prohibition because it has neutral or positive effects on competition, an information exchange that is ancillary to that agreement does not fall within that prohibition either. This will be the case if the information exchange is objectively necessary to implement the cooperation agreement and is proportionate to the objectives thereof (see also Section 1.2.6)».

Erfaringer fra intervjuer med næringslivsaktører har gitt flere eksempler på ønsket om å utveksle informasjon for å fremme bærekraft, men hvor det oppleves som utfordrende i lys av konkurransereglene.

Et første eksempel gjelder diskusjoner av bærekraft i bransjeforum, hvor det er klare fellesutfordringer, men hvor konkurransereglenes kompleksitet og mangel på konkret praksis og veiledning, gjør det vanskelig å navigere. I enkelte bransjer vil det å løse et bærekraftsproblem også – inntil videre – være tett knyttet til markedsføring som skiller de ulike aktørene fra hverandre ovenfor forbrukerne. Inntil bransjen er «grønn», konkurrerer selskapene om å kunne markedsføre seg som mest mulig «grønn». Diskusjoner om bærekraft er også diskusjon om et konkurranseparameter. Som nevnt over er vår vurdering at konkurransereglene må anvendes på samme måte

som ellers, hvor bærekraft er et klart konkurranseparameter. Effektiv konkurranse – og håndheving av konkurransereglene – blir her et viktig markedsøkonomisk virkemiddel for å sikre et best mulig grønt skifte.

Et annet og tilknyttet eksempel gjelder informasjonsdeling og benchmarking knyttet til kostnader. De fleste foretak er opptatt av å redusere kostnader – det være seg kostnader direkte knyttet til bærekraft, eller kostnadsreduksjoner som kan lede til mer bærekraftsfokus ved å gi høyere overskudd, som igjen kan investeres i effektiv og bærekraftig drift, innovasjon eller på annen måte bidra til mer bærekraft. Spørsmålet er om informasjonsutveksling og benchmarking av kostnader mellom – aktuelle eller potensielle – konkurrenter skal vurderes på noen annen måte enn ellers hvor informasjonen gjelder bærekraft, eller kan bidra til mer bærekraft. Etter vår vurdering, og basert på det rettskildegrunnlaget som finnes i dag, må utgangspunktet være at deling og benchmarking av informasjon om kostnader mellom konkurrenter må vurderes på samme måte, og etter de samme retningslinjer, som ellers under konkurransebegrensningskriteriet.

Det innebærer at samordningskriteriet forstås vidt. Det er tilstrekkelig for å konstatere at det foreligger en samordnet opptreden at foretaket gjennom slik kontakt har gitt informasjon som er egnet til å fjerne eller redusere usikkerheten med hensyn til forventet markedsatferd, typisk opplysninger av strategisk betydning som fremtidige kostnader eller strategier.²⁴⁶ Et viktig generelt poeng er at selv om (kostnads)opplysningene er tilgjengelige andre steder, kan informasjonsutvekslingen føre til at foretakene får tilgang til informasjonen raskere og på en enklere og mer direkte måte, noe som kan gjøre koordineringen mer effektiv.²⁴⁷ EU-domstolens presumsjon for at et foretak som mottar strategisk markedsinformasjon og fortsatt er aktivt på markedet, har hensyntatt informasjonen ved fastsettingen av egen markedsopptreden må således også gjelde her.²⁴⁸ Spørsmålet om delingen av kostnadsdataene har ført til mer bærekraftig konkurranse, må da som utgangspunkt vurderes under konkurranseloven § 10 tredje ledd her som ellers.

Vi stiller imidlertid spørsmål ved om det kan være grunn til å nyansere vurderingen under konkurranseloven § 10 første ledd hvor informasjonsutvekslingen direkte gjelder bærekraftskostnader, mao. hvor kostnadene enten knytter seg til oppfyllelsen av lovpålagte klima- og miljøplikter (eks. CO₂-avgift). Dersom bransjen samarbeider om å redusere aktørenes klima- og bærekraftstilpasningskostnader, kan det spørres om dette er en nyanse som bør hensyntas allerede i vurderingen av om det foreligger en samordning og konkurransebegrensning. For informasjonsutveksling mer generelt, har EU-domstolen lagt til grunn at et samarbeid kan rammes av konkurranseloven § 10 selv om samarbeidet ikke har hatt en konkurransebegrensende virkning på markedet, slik uttalt i EU-domstolens avgjørelse i Hüls: «*Secondly, contrary to Hüls's argument, a concerted practice as defined above is caught by Article 81(1) EC, even in the absence of anti-competitive effects on the market.*» Det kan være grunn til å utvise mer forsiktighet i anvendelsen av denne presumsjonen, hvor informasjonsutvekslingen gjelder kostnader (ikke priser) direkte knyttet til bærekraft- og miljø. Sagt annerledes, mener vi det er et spørsmål om konkurransemyndighetene i denne typen saker bør være mer forsiktig med å vurdere samarbeidet som en formålsrestriksjon, og

²⁴⁶ Se sak T-279/02 Degussa mot Kommisjonen avsnitt 133 og forente saker C-40/73 m.fl. Suiker Unie m.fl. mot EU-kommisjonen, avsnitt 173 flg.

²⁴⁷ Se sak T-587/08 Fresh Del Monte Produce mot Kommisjonen, avsnitt 368 og 369 med henvisning til forente saker T-202/98 m.fl. Tate & Lyle m.fl. mot Kommisjonen, avsnitt 60. Fresh Del Monte Produce mot EU-kommisjonen ble opprettholdt av EU-domstolen i forente saker C-293/13 P. m.fl. Fresh Del Monte Produce mot Kommisjonen.

²⁴⁸ Sak C-199/92 P Hüls mot Kommisjonen, avsnitt 161–163.

snarere starte med å gjøre en virkningsvurdering. Som kjent følger det av EU/EØS-rettspraksis at utveksling av konkurransesensitiv informasjon mellom konkurrenter vil kunne utgjøre en formålsovertredelse dersom informasjonsutvekslingen er egnet til å begrense konkurransen ved å fjerne eller redusere usikkerheten med hensyn til hvordan en konkurrent vil opptre i markedet²⁴⁹. Praksis knyttet til informasjonsutveksling og formålsovertredelser gjelder likevel ofte informasjon som har betydning for prissettingen. Tilsvarende er lagt til grunn av Høyesterett i Forlagssaken, hvor Høyesterett uttaler «[...] utveksling av opplysninger mellom konkurrenter som kan fjerne betydelig usikkerhet om tidspunktet for, omfanget av og fremgangsmåten i forbindelse med forhold i markedet, kan antages at have et konkurrencebegrensende formål».²⁵⁰ Det kan imidlertid være vanskelig å oppstille et for kategoriisk utgangspunkt. Dersom informasjonsutvekslingen f.eks. gjelder utveksling av informasjon om planlagte fremtidige kostnadskutt, eller planlagte fremtidige innkjøpskostnader, vil det i enkelte bransjer – hvor det fra før er høy gjennomsiktighet, og hvor bærekraftskostnader er en viktig del av totalkostnadene, kunne bidra til konkurransebegrensende koordinering og tilpasning som etter sitt formål er konkurransebegrensende.²⁵¹

Et tredje eksempel gjelder deling av informasjon om nye løsninger, know-how, teknologi, hvor det oppstår et spenningsforhold mellom en mulig konkurranse om å «være først» og miljø- og klimaeffekten av at alle når dit raskere. Spørsmålet kunne like gjerne vært stilt som et mer generelt spørsmål om konkurranse eller samarbeid er beste vei i et markedsøkonomisk system for å nå et felles mål. Denne kategorien informasjonsdeling reiser en rekke spørsmål, i tillegg til hvor den skjer mellom konkurrenter. I utgangspunktet er det bra at teknologien utvikles fritt, og en «open source»-tilnærming hvor kunnskap deles fritt kan være konkurransefremmende. Samtidig vil informasjonsdeling- og samarbeid om teknologi, know-how og innovasjon kunne lede til fravalg, og samarbeid og koordinering kan føre til at potensielt mer bærekraftige teknologier velges bort (se nærmere om dette under standardisering). Jo mer konkret og komplekst, desto større risiko for at det faktisk begrenser konkurransen mer enn det fremmer bærekraft. Praksis og veiledning knyttet til hva bransjeforeninger kan – og ikke kan – diskutere, vil her være nyttig. Det må skilles mellom generelle, regulatoriske og rammevilkårsbaserte diskusjoner og konkret deling av know-how knyttet til pris, kostnader, produktutvikling mv.

Etter praksis er det videre grunn til å skille mellom know-how dialog som gjelder allment tilgjengelig informasjon, offentlig informasjon og ikke-offentlig informasjon. Det første vil i praksis ikke være problematisk. Når det gjelder informasjon som ikke er allment/enkelt tilgjengelig, men som likevel kan sies å være i det offentlige rom er rettspraksis i dag vanskelig. Selv om det kan være mulig å skaffe seg informasjonen i markedet fordi informasjonen befinner seg i det offentlige rom og er offentlig tilgjengelig, medfører dette etter EU-domstolens praksis ikke nødvendigvis at informasjonen er å anse som genuint offentlig informasjon. Med genuint offentlig informasjon menes informasjon som generelt er like tilgjengelig for alle konkurrenter og kunder.²⁵² Det følger av EU-rettspraksis at offentlig informasjon er objektive markedsdata som er lett tilgjengelige, og det siteres følgende fra BPB: «*The applicant's claim that the price information was known by customers before*

²⁴⁹ Sak C-8/08 T-Mobile Netherlands m.fl., avsnitt 41 og 43. Se også ESAs horisontale retningslinjer, avsnitt 72–74.

²⁵⁰ HR-2021-1086-A (Forlagssaken), avsnitt 76 med henvisning til sak C-8/08 T-Mobile Netherlands m.fl., avsnitt 35 og 41.

²⁵¹ Sml. sak T-758/14 Infineon Technologies mot Kommisjonen, avsnitt 96 og sak T-762/14 Philips og Philips France mot Kommisjonen, avsnitt 134–136. Se også ESAs horisontale retningslinjer, avsnitt 72–74, som riktignok gjaldt priser – og ikke kostnader.

²⁵² ESAs horisontale retningslinjer, avsnitt 92 og 94.

it was transmitted to the competitors and, therefore, could be collected on the market must be rejected. That fact, if proved, does not mean that, at the time that the price lists were sent to the competitors, those prices already constituted objective market data that were readily accessible.»²⁵³ En veiledning fra Konkurransetilsynets side vil kunne gi nyttige innspill til hvordan de vurderer deling av informasjon i bærekraftssamarbeid, i tilfeller hvor mye informasjon er delt allerede.

Gjennom intervjurunden har det også kommet frem at samarbeidsformer som i sin natur handler om å skape noe nytt, som oftest vurderes som lovlige med mindre man går i de åpenbare konkurranserettslige fellene. Det grønne skiftet vil skje uansett, mens konkurransereglene kun påvirker hvem som deltar.

Avslutningsvis nevner vi at det her også vil kunne være relevant å se på om, og eventuelt hvordan, Konkurranseskilagenemndas vedtak og uttalelser i bokbasesaken om skillet mellom offentlig og privat kanal kan overføres til bærekraftssamarbeid.²⁵⁴ Antakelig er det også her grunn til å skille mellom informasjonsutveksling i bærekraftsøyemed, hvor informasjonen tilfaller ikke bare konkurrentene, men også kundene og (direkte eller indirekte) forbrukerne. I tilfeller hvor kundene, og forbrukerne, kan nyttiggjøre seg bærekraftsinformasjonen slik at positive effekter derved vil kunne realiseres må etter konkurranseskilagenemndas vedtak samarbeidet vurderes annerledes enn hvor informasjonen kun er intern mellom en begrenset krets (konkurrenter).

4.3.5 Særlig om innkjøpsamarbeid

Grønne innkjøp er løftet frem som et viktig virkemiddel for å få til det grønne skiftet. Det offentlige kjøper årlig inn for omkring MRDNOK 750 årlig, og det private næringslivets innkjøp er av SSB anslått å utgjøre tre ganger så mye. Innkjøpsamarbeid vil kunne være en effektiv måte å gjøre grønne(re) innkjøp ved at innkjøperne realiserer stordriftsfordeler (kjøper mindre), kan stille strengere miljøkrav (lettere for leverandørene å bære kostnaden i større avtaler), og bidra til profesjonalisering og dermed bedre innkjøpsprosesser, avtaler og kontraktoppfølging (bundling av kompetanse).

Spørsmålet er i hvilken grad grønne innkjøpsamarbeid kan begrense konkurransen.

Det rettslige utgangspunktet er at innkjøpsamarbeid kan være egnet til å redusere konkurransen både ved ikke-koordinerte virkninger og koordinerte virkninger.

Ikke-koordinerte (konkurransbegrensende) virkninger vil som kjent være sannsynlig dersom partene hver for seg eller i fellesskap har eller får en viss markedsrett, og om avtalen bidrar til å skape, opprettholde eller forsterke denne markedsretten. Dannelse, opprettholdelse eller forsterking av markedsrett kan oppstå som en følge av en begrensning av konkurransen mellom partene i avtalen. NorgesGruppen/ICA-saken gir her nyttig veiledning til problemstillingen om når innkjøpsavtaler kan gi muligheter og insentiver til ensidig å begrense konkurransen mellom partene.

Med koordinerte virkninger menes en stilltiende felles forståelse om en parallell markedstilpasning som innebærer at aktørene konkurrerer mindre hardt med hverandre, uten at dette er avtalt mellom

²⁵³ Sak T-53/03 BPB mot EU-kommisjonen, avsnitt 236. Se også forente saker T-202/98 m.fl. Tate & Lyle m.fl. mot Kommisjonen, avsnitt 60; sak T-799/17 Scania m.fl. mot EU-kommisjonen, avsnitt 347 og ESAs horisontale retningslinjer, avsnitt 92.

²⁵⁴ Se Konkurranseskilagenemndas vedtak V02-2023 av 23. november 2023, premiss 262 fig.

aktørene. En innkjøpsavtale kan legge til rette for koordinering av atferden nedstrøms dersom avtalen fører til en betydelig grad av kostnadslikhet mellom partene på detaljistledet, forutsatt at partene har markedsrett og at markedsstrukturen i det aktuelle markedet er egnet for koordinering. Det er mer sannsynlig at koordinering vil oppstå i markeder hvor det er relativt enkelt å etablere et samlingspunkt for den koordinerte adferden.

Tre vilkår må være oppfylt for at koordineringen skal være mulig å opprettholde. For det første må markedet være tilstrekkelig gjennomskiktig til å avdekke eventuelle avvik fra koordineringen. For det andre må det være mulig å etablere tilstrekkelige troverdige disiplinerende sanksjoner ved avvik fra koordineringen. For det tredje må ikke utenforstående virksomheter kunne true resultatene av en koordinering. Konkurransbegrensende virkninger er særlig sannsynlige dersom partene i den felles innkjøpsavtalen har en betydelig del av sine variable kostnader i det relevante markedet nedstrøms til felles. Dette vil f.eks. være tilfelle dersom detaljister som er aktive i det samme relevante detaljmarkedet, eller markedene foretar felles innkjøp av en betydelig andel av produktene de tilbyr for videresalg. Også her gir NorgesGruppen/ICA-saken nyttig generell veiledning.

Når det gjelder innkjøpsamarbeid som forfølger bærekraftsformål spesielt, må det skilles mellom rene bærekraftssamarbeid, dvs. samarbeid hvor innkjøpere deler bærekraftsløsninger, ideer og kunnskap på den ene siden, og innkjøpsamarbeid hvor økt fokus på bærekraft er et av flere mål på den andre siden. Et eksempel på førstnevnte er Skift-Næringslivets klimalederes prosjekt om grønne innkjøp.²⁵⁵ Prosjektet omfatter deling av eksempler og suksesshistorier, dialog om grønne innkjøpsvettregler og erfaringsutveksling knyttet til konkrete tema som taksonomi, sirkulærøkonomi, oppfølging av innkjøp, data om innkjøp, mv.

Basert på rettskildebildet og litteraturen er det etter vår vurdering gode holdepunkter for å avgrense konkurranseloven § 10 mot rene innkjøpsamarbeid innen bærekraft, hvor foretak – inklusive konkurrenter – diskuterer hvordan innkjøp kan gjøres mer bærekraftige uten å bli enige om priser, kostnader, eller på annen måte koordinere atferd i innkjøps- eller distribusjons- og salgsmarkedet. For den andre gruppen samarbeid, hvor bærekraft ikke er eneste fokus, er vurderingen potensielt sett mer kompleks.

Et første rettslig spørsmål her er om innkjøpsamarbeid som i hovedsak fokuserer på grønne(re) innkjøp vil kunne utvise «*sufficiently reliable and robust experience for the view to be taken that that agreement is, by its very nature, harmful to the proper functioning of competition*», og derved kvalifisere som formålsrestriksjon.²⁵⁶ EU-kommisjonens nye horisontale retningslinjer i kapittel 9 om «*sustainability agreements*» tyder på at «genuine» grønne innkjøpsamarbeid ikke bør kvalifiseres som formålsovertredelse. Andre forfattere har også tatt til orde for å skille mellom samarbeid hvor partene avtaler kun å kjøpe bærekraftige produkter, fra samarbeid hvor flere går sammen for å forhandle mer miljøvennlige produkter og tjenester – og truer å forlate forhandlingene om dette ikke oppfylles. Det siste likestilles med en form for kollektive forhandlinger som ikke i seg selv begrenser konkurransen, men som eventuelt må vurderes etter sin virkning.²⁵⁷

²⁵⁵ Se www.gronneinnkjop.no.

²⁵⁶ Se sak C-228/18 premiss 76 ECLI:EU:C:2020:265.

²⁵⁷ Se Whish & Baileys ekspertrapport fra 1. mars 2022, punkt 2.44, se lenke https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-03/kd0722013enn_purchasing_agreements.pdf.

Etter vår vurdering har det mye for seg å vurdere innkjøpssamarbeid, hvor bærekraft er en sentral del, basert på deres virkning, og utvise forsiktighet med å strekke formålsbegrepet for langt. Dersom innkjøpssamarbeid vurderes for strengt, og konkurransemyndighetene tar utgangspunkt i at samarbeidet kan begrense konkurransen etter sitt formål, er det en risiko for overhåndheving, og et negativt bidrag til en mer bærekraftig innkjøpskonkurranse.

Det grønne skiftet krever omstilling. Slik omstilling hos innkjøpere og leverandører kan være lettere å få til om innkjøpere går sammen og stiller like – eller noenlunde like – strenge miljøkrav og legger like mye vekt på miljø. For å sikre et leverandørmarked som respekterer arbeidstakerrettigheter og den norske modellen, samt respekterer menneskerettighetene, vil innkjøpssamarbeid, eller felles innkjøpsstandarder-, innkjøpskrav- eller innkjøpsrutiner kunne være et effektivt virkemiddel. Til sist, og naturligvis; dette vil kunne stille seg annerledes i markeder hvor konkurransen allerede er begrenset og/eller hvor innkjøperne – alene eller sammen – har en dominerende, eller svært dominerende, markedsstilling.

4.3.6 Særlig om standardisering

Standardisering er et virkemiddel i det grønne skiftet (miljømerking, miljøkrav, sertifisering, fellesordninger, felles innkjøpskrav og annen standardsetting). Foretak vil kunne ønske å samarbeide om standardisering av (mer) bærekraftige produkter og tjenester; eller måtte forholde seg til standardisering; eller i kraft av deres markedsposisjon påføre andre krav og standarder.

Flere bransjer er regulert, eller i stor grad regelstyrt. Ved lovregulert eller initiert standardisering er det mindre rom for egne initiativ, og dermed også mindre risiko for eventuell konkurransebegrensende koordinering eller utestengning. I et konkurranserettslig perspektiv er det kanskje særlig spørsmålet om standardisering utenfor gjeldende rammer av offentligrettslige reguleringer som er interessant. Relevante spørsmål i denne sammenheng omfatter både diskusjoner og implementering mellom foretak av standardiserte løsninger begrunnet i bærekraft, men også i hvilken grad det vil være mulig å binde ulike parter til å følge en angitt standard.

Binding til en bærekraftstandard kan medføre at foretak forhindres fra å utvikle alternative løsninger, som igjen vil kunne resultere i et mer begrenset vare- og tjenestetilbud sammenlignet med alternativsituasjonen uten standarden. Dette medfører likevel ikke at avtaler om standardisering uten videre vil være i strid med forbudet mot konkurransebegrensende avtaler og samordnet opptreden mellom foretak.

Spørsmålet er berørt i EU-kommisjonens horisontale retningslinjer, hvor det fremgår av avsnitt 451 at standardisering på visse vilkår vil være tillatt:

«Where participation in standard development is unrestricted and the procedure for adopting the standard in question is transparent, standardisation agreements which contain no obligation to comply³²² with the standard and which provide effective access to the standard on FRAND terms will generally not restrict competition within the meaning of Article 101(1).»

Manglende overholdelse av disse grunnleggende prinsippene ved fastsettelse av generelle industristandarder for felles bærekraftssamarbeid betyr i hovedsak at standarden faller innenfor rammen av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler. Forutsatt at forholdet ikke anses som en formålsovertredelse, må det gjennomføres en effektbasert analyse. For å vurdere effekten av standardiseringsavtaler på konkurranse, viser EU-kommisjonen til følgende relevante faktorer

- (i) markedsandelen av produktene ved hjelp av standarden

- (ii) i hvilken grad markedsaktører står fritt til å utvikle alternative standarder eller produkter som ikke overholder den avtalte standarden
- (iii) tilgjengeligheten til standarden
- (iv) graden av åpenhet i standardinnstillingsprosessen²⁵⁸

Basert på ovennevnte vil samarbeid om utvikling av bærekraftige standardløsninger i mange tilfeller i praksis være uproblematisk konkurranserettslig. Tvert imot vil det kunne bidra til en utvikling som kommer forbrukerne til gode, både direkte og indirekte. Det kan derimot oppstå utfordringer dersom en standard, eller prosessen som leder frem til en standard, ikke er i overensstemmelse med de vilkår som er forutsatt gjennom praksis og EU-kommisjonens retningslinjer. I enkelte situasjoner kan det f.eks. være nødvendig å binde aktørene til en gitt standard for å sikre at de hensyn som standarden er satt til å ivareta oppnås. I fravær av slik binding kan det i enkelte tilfeller tenkes at aktører utnytter situasjonen for egen økonomisk vinning, til skade for både øvrige aktører og forbrukerne. Spørsmålet blir da om det i det hele tatt er adgang til å avtale en standard som gjøres bindende for aktørene. Andre grensetilfeller kan tenkes der hvor aktørene opplever et ytre press for å gjennomføre bærekraftstiltak, f.eks. at staten legger press på dagligvareleverandørene og dagligvarekjedene om å produsere sunnere matvarer og f.eks. unngå priskampanjer/priskrig på usunne varer.

Vår praktiske erfaring er at spørsmål knyttet til diskusjoner og samarbeid om bærekraftige løsninger er aktuelle og til dels utfordrende for aktørene å håndtere.

EU-kommisjonens horisontale retningslinjer henviser til EUs ambisiøse bærekraftsmål (Green Deal), som blant annet vil få betydning for EUs konkurransepolicy,²⁵⁹ og inneholder som kjent veiledning til hvilke typer avtaler/samarbeid som vil falle utenfor anvendelsesområdet til art. 101(1) (avsnitt 527 flg.), samt veiledning til vurdering av bærekraftssamarbeid under art. 101(1) (avsnitt 555 flg.). Det fremgår her at det særlig er tre måter standardisering kan medføre konkurransebegrensning: i) gjennom priskoordinering, ii) utestengelse av alternative standarder og iii) utestengelse eller diskriminering av enkelte konkurrenter.

Økende standardisering og strengere regulatoriske krav knyttet til bærekraft kan også bidra til utfordringer for mindre aktører. Basert på innspill fra intervjurunden, har næringslivsaktører fremhevet at man i flere tilfeller må være en relativt stor aktør for å oppfylle ulike bærekraftskrav, herunder rapporteringskrav som følge av strengere regulering og behov for investeringer i mer bærekraftig teknologi. Slike investeringer krever gjerne at man omsetter for et visst volum, og det er gjerne en rekke logistikkutfordringer som sammen bidrar til å øke etableringshindringene. Som en av næringslivsaktørene understreker, vil større volum kunne bidra til mer bærekraft hvis det løses gjennom utvikling av teknologi. I forlengelsen vil man kunne stille spørsmål ved om etableringshindringer bidrar til å fremme bærekraft.

4.4 Rettferdiggjøring

4.4.1 Innledning

Vurderinger av potensielt konkurransebegrensende virkninger som følge av bærekraftssamarbeid aktualiserer også spørsmålet om når og i hvilken utstrekning er det anledning til å anføre

²⁵⁸ Se EU-kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 292 flg.

²⁵⁹ Premiss 3 og 516.

effektivitetsgevinster/objektive begrunnelser som grunnlag for at samarbeidet, til tross for potensielt konkurransebegrensende virkninger, likevel er tillatt i medhold av konkurranseloven § 10(3)/EØS art. 53 nr. 3/TFEU art. 101(3).

I våre samtaler med næringslivet kommer det fram at det er knyttet særlig usikkerhet til hvordan de konkurranseøkonomiske vurderingene skal gjøres for effektivitetsgevinster knyttet til anførte bærekraftsgevinster, som om mulig er enda vanskeligere å konkretisere og modellere. I en eventuell veiledning fra Konkurransetilsynet, er det derfor viktig at Konkurransetilsynet forklarer konsumentvelferd og konkurranseøkonomiske utgangspunkt anvendt på ulike former for bærekraftssamarbeid.

Før vi ser nærmere på enkelte praktiske refleksjoner knyttet til vilkårene for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse, er det grunn til å spørre i hvilken grad konkurranselovens formål og velferdsstandard også omfatter bærekraft som et iboende hensyn.

4.4.2 Legislative hensyn

Utgangspunktet i EU/EØS og den norske konkurranseretten er konsumentvelferdsstanden. Et perfekt marked maksimerer velferden fordi det leder til effektivitet. Samtidig har EU-domstolen flere ganger påpekt at konkurransereglene er «*designed to protect not only the immediate interests of individual competitors or consumers but also to protect the structure of the market*».²⁶⁰ I hvilken grad dette gir rom for å inkludere bærekraft fordi bærekraft også gjelder velferden til forbrukeren, er ikke klart.²⁶¹ Det er heller ikke klart hva dette eventuelt betyr i praksis for anvendelsen av konkurranseloven § 10 på ulike former for samarbeid hvor bærekraft utgjør en større eller mindre del av samarbeidet.

4.4.3 Vilkårene for unntak – praktiske refleksjoner

For at unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse er det en forutsetning at de kumulative vilkårene er oppfylt: i) bedring av produksjon/fordeling av varer/fremme teknisk eller økonomisk utvikling, ii) sikrer forbrukerne en rimelig andel av fordelene som oppnås, iii) at restriksjonene ikke går lenger enn det som er absolutt nødvendig for å nå målene og, iv) at foretakene ikke får mulighet til å utelukke konkurranse for en «vesentlig del» av de produkter det gjelder.

Intervjurunden med næringslivet har gjort det tydelig at det er uklart for flere hva som vil anses som relevant under effektivitetsforsvaret. Det blir her påpekt at det er et enormt potensial til å gjennomføre fordelaktige samarbeid med side mot bærekraft, men konkurranserettslig oppfattes det som en stor risiko når konsumentvelferd skal brytes ned til økonomiske regnestykker ovenfor konkurranseøkonomer. Et eksempel som har blitt trukket frem er bruken og utviklingen av AI-verktøy, hvor det er nødvendig med et tilstrekkelig datagrunnlag fra flere aktører. Denne type digitale verktøy kan utvilsomt føre til utvikling av mer bærekraftige løsninger, effektivitetsforbedringer i distribusjonsnettverk og besparelser innen både økonomi og miljøpåvirkning. Desto bedre datagrunnlag man har, desto bedre fungerer disse verktøyene.

Vi vil anbefale at Konkurransetilsynet vurderer å adoptere tilnærmingen til nederlandske og greske konkurransemyndigheter, som i saker hvor de gir veiledning ikke prioriterer å gi overtredelsesgebyr, når foretakene lojalt har forsøkt å innrette seg etter veiledningen.

²⁶⁰ Se sak C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, (EU:C:2009:343), premiss 38.

²⁶¹ Se Bailey, Whish, Competition Law (9. utgave 2018) side 19.

5 INNSPILL TIL VERKTØYKASSE

5.1 Utgangspunktet: Mer veiledning er ønsket av flere

Det følger av forvaltningsloven § 11 at alle forvaltningsorgan har plikt til å gi veiledning innenfor sitt saksområde, hvor «omfanget av veiledningen må likevel tilpasses det enkelte forvaltningsorgans situasjon og kapasitet til å påta seg slik virksomhet».²⁶² For det første skal forvaltningen ved forespørsel, eller om saken tilsier det, gi veiledning om helt nødvendig informasjon for at parten skal kunne vareta sine rettigheter og kunne danne seg et bilde av hvilket utfall en sak vil kunne få. For det andre «bør» forvaltningen gi veiledning om omstendigheter som kan få betydning for resultatet.²⁶³ Veiledningsplikten gjelder «uavhengig av om en sak pågår», så lenge «en person [...] spør om sine rettigheter og plikter i et konkret forhold».²⁶⁴ I forarbeidene er det presisert at veiledningsplikten ikke er ment å gi forvaltningsorganet et ansvar for å opptre som generell informasjonsmyndighet, men bare skal gi veiledning i konkrete saker.²⁶⁵ Veiledningsplikten må videre tilpasses foretakets egen faglige og juridiske kompetanse.²⁶⁶ Etter vår vurdering vil behovet for veiledning i konkurransesaker likevel kunne være større enn i andre forvaltningssaker på grunn av reglenes kompleksitet, rekkevidde og Konkurransetilsynets skjønn i prioriteringen av saker.²⁶⁷

Selv om forvaltningsretten vil sette grenser for forvaltningsorganers, og Konkurransetilsynets, anledning til å gi bindende forhåndstilsagn og konkludere i enkeltsaker uten normal saksbehandling og uten hjemmel i lov²⁶⁸, vil det være nyttig med en åpnere dialog om konkrete problemstillinger, juridiske utgangspunkt, enkeltmomenter og prioriteringer.²⁶⁹ Næringslivet ønsker mer veiledning om konkurransereglens praktiske anvendelse, og sammenhengen med bærekraft.

I vår questback undersøkelse opplever nærmere 1 av 3 at de er mer uenig enn enig i at de har tilstrekkelig kunnskap om hvor grensene går for når et bærekraftssamarbeid er lovstridig eller ikke (spørsmål 7); og et klart flertall ville benyttet Konkurransetilsynets veiledning i enkeltsaker (spørsmål 8). Nærmere 90 % av respondentene oppgir videre at klarere retningslinjer ville gjort det mer sannsynlig at de vil inngå bærekraftssamarbeid for fremtiden. Vår erfaring er videre at flere i næringslivet etterlyser at Konkurransetilsynet i enda større grad engasjerer seg i direkte dialog og gir veiledning til foretak i konkrete enkeltsaker. Erfaringene med konkurransemyndighetene i Brussel, London og Berlin er at myndighetene i enkeltsaker tidvis går langt i å gi konkret og nyttig veiledning. Innspill fra intervjurunden og våre erfaringer tilsier videre at næringslivet oppfatter flere av tilsynets veiledere som for lite detaljerte, problematiserende og med for få eksempler, slik

²⁶² Bestemmelsen inngår i lovens kapittel III, og gjelder etter fvl. § 3, jf. § 1, for all forvaltningsvirksomhet.

²⁶³ Se fvl. § 11, andre ledd, andre punktum og Ot.prp. nr. 75 (1993-1994), s. 60, hvor det heter at «[v]eiledningen bør her særlig ta sikte på å gjøre parten i stand til å innhente nødvendige opplysninger og dokumentasjon».

²⁶⁴ Jf. fv. § 11, tredje ledd.

²⁶⁵ Ot.prp. nr. 38 (64-65), under kapittel «Til § 11». Se også Rt. 1997 s. 1784 A, s. 1795.

²⁶⁶ Jf. Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2001 s. 450 A, s. 461 (Norsk Hydro).

²⁶⁷ Sml. Sivilombudsmannens uttalelsen fra sak 2014/2831 om at «[b]ehovet for veiledning vil [...] ofte kunne være større i utlendingssaker enn i andre forvaltningssaker».

²⁶⁸ Jf. Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1992 s. 1235 A (trålerederi) og Rt. 2007 s. 651 A (Vassfaret).

²⁶⁹ Se nevnte HR-2007-651 om begrensningene på adgangen til å forhåndbinde forvaltningskompetanse.

at de mer vanskelige problemstillinger ofte står uløste. Men, i mangel på andre kilder kan vurderingspunkter i en veileder, og en anerkjennelse av bærekraft som prinsipp, kunne gi et nyttig bidrag til regelforståelsen. Et sparsomt rettskildebilde står sentralt ved behov for en veileder, selv om en veileder ofte ikke gir svar i enkeltsaker. Konkret blir det etterspurt mer veiledning rundt bærekraft som konkurranseparameter, herunder avklaringer av hva som omfattes av bærekraft og hvordan beregninger av fordeler foretas for bærekraft.

5.2 Kort om Konkurransetilsynets prioriteringer og bærekraftsarbeid hittil

Det følger av Konkurransetilsynets tildelingsbrev for 2022 samt strategi for perioden 2022-2027 at tilsynet prioriterer bærekraft. Dette har gitt utslag i blant annet egne dedikerte nettsider om bærekraft og konkurranse, med nærmere informasjon om hvordan Konkurransetilsynet vurderer at konkurranse kan fremme bærekraft, hvordan tilsynets egen politikk skapes i samhandling med utviklingen i EU, samt overordnet informasjon om relevans av bærekraft i saker som gjelder samarbeid mellom bedrifter, misbruk av dominerende stilling og foretakssammenslutninger. Konkurransetilsynet har dessuten publisert en rekke kronikker og arrangerte i 2022 en dedikert bærekraftskonferanse, med deltakelse fra både offentlig forvaltning og privat næringsliv.

Konkurransetilsynets klare utgangspunkt er at konkurranse fremmer bærekraft. Effektiv håndheving av konkurransereglene skal bidra til stimulering av bærekraftige løsninger, og samtidig ha en avskrekkende effekt på samarbeid som er skadelige for konkurransen i markedet. Den konkurranserettslige vurderingen av bærekraftssamarbeid mellom foretak er tilsvarende som for andre typer samarbeid og samordnet opptreden mellom foretak. Dette innebærer at det må foretas en konkret vurdering etter konkurranseloven § 10.

Det må innledningsvis vurderes om samarbeidet faller inn under virkeområdet for konkurranseloven § 10 første ledd. Forutsatt at samarbeidet etter sin art eller virkning er konkurransebegrensende, er spørsmålet om det foreligger effektivitetshensyn som medfører at samarbeidet likevel er tillatt i medhold av konkurranseloven § 10 tredje ledd.

Visse typer samarbeid er som regel uproblematisk, eksempelvis:

- (i) Samarbeid mellom foretak som ikke er aktuelle eller potensielle konkurrenter. Dette kan være tilfelle hvor to foretak har komplementære produkter og/eller tjenester.
- (ii) Samarbeid mellom foretak på ulike nivåer i verdikjeden, herunder men ikke begrenset til samarbeid som oppfyller vilkårene i gruppefritaket for vertikale avtaler mv.²⁷⁰
- (iii) Samarbeid om forskning- og utvikling av bærekraftige produkter, tjenester, løsninger mv., hvor partene og samarbeidet oppfyller vilkårene i gruppefritaket for forsknings- og utviklingsavtaler.²⁷¹
- (iv) Spesialiseringsavtaler knyttet til bærekraft.
- (v) Frivillige merkeordninger.

Flere av bedriftene vi har snakket med gir uttrykk for at Konkurransetilsynets veiledning i enkeltsaker er for lite konkret, og at det tar for lang tid før man mottar tilbakemelding. Selv om det tilligger bedriftene selv å vurdere hvorvidt et samarbeid, atferd eller oppkjøp er forenlig med

²⁷⁰ Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

²⁷¹ Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på visse grupper av forsknings- og utviklingsavtaler.

konkurransereglene, vil risikoen i enkelte tilfeller overstige oppsiden med å søke veiledning. Dette kan resultere i at tiltak som ikke er i strid med reglene likevel ikke blir gjennomført av overforsiktighet.

Et innspill fra næringslivet til prioriteringen videre gjelder Konkurransetilsynets avveining mellom løpende markedsundersøkelse og etterforskning. Som høringsrunden til departementets forslag til nytt markedsetterforskningsverktøy har vist, er næringslivet i stor grad skeptisk til sterk grad av forhåndsregulering, generell markedsovervåkning og informasjonsforespørsler, meldeplikt mv. som ikke er foranlediget av konkrete klager, bekymringer eller konkurranseskader. Konkurranseretten og håndhevingen av konkurranseretten må, for å sitere fra intervjurunden, ikke bli «en klam hånd» om næringslivet i arbeidet med bærekraft. Generelle markedsundersøkelser, informasjonsforespørsler og prosjekter vil – ressursmessig – kunne gå på bekostning av aktiv etterforskning. Vi tror det er viktigere å prioritere aktuelle saker enn generelle tiltak. *For det første* vil overvåkning av alle, fremfor prioritering av den ene saken, spre ressursene og være mindre målrettet, og det er en fare for ressursbruk som ikke fører til avdekking av konkurranseovertridelser, eller leder til noe resultat. *For det andre* tar etterforskningssaker i dag, etter vår vurdering, for lang tid. Lengden i etterforskningen bidrar i seg selv til at etterforskningen forlenges (personellutskiftninger, markedsendringer, mv.). Dette skaper en utfordring for foretak under etterforskning, men like viktig er at det gjør inngrep mindre aktuelle (markedet har gjerne utviklet seg i mellomtiden). Sakstiden blir i seg selv ressurskrevende (lengre etterforskninger krever utskiftning av personer, kunnskap må gjenoppfriskes og etterforskningsskritt kan måtte helt eller delvis gjentas). *For det tredje* vil generelle konkurranseundersøkelser grense mot myndighetsregulering som tilligger sentrale myndigheter gjennom lov- og forskrift, og ikke Konkurransetilsynet.

5.3 Konkrete innspill til veileder

Etter vår vurdering er det gode grunner for å søke en pan-nordisk tilnærming til en veileder. Dette vil gi veilederen større legitimitet og øke graden av forutberegnelighet for selskaper som er aktive i grenseoverskridende handel og virksomhet.

Konkurransetilsynet bør i veilederen gi tydelig uttrykk for prioriteringer, hvor det ikke er mulig å gi tilstrekkelig klar veiledning på lovlighetsvurderingen. Veilederen bør også si noe om betydning av at Konkurransetilsynet, eller regulatoriske myndigheter, er involvert i samarbeidet eller atferden. Vi vil anbefale at Konkurransetilsynet også sier noe om «comfort letters», slik det blant annet fremgår av den nederlandske veilederen: *«if sustainability agreements have been discussed with ACM well in advance, and ACM has not identified any major concerns, but these agreements turn out to be incompatible with the Dutch Competition Act, ACM will not impose any fines»*. Videre heter det i samme retningslinjer: *«This also applies to sustainability agreements that have been published, and where these Guidelines have been followed in good faith. If, in those cases, the parties involved expeditiously adjust their agreements as requested by ACM, ACM will not impose any fines»*.

En eventuell veileder må være mest mulig praktisk rettet og konkret. Den må gi generelle føringer på hvordan man vurderer saker som gjelder krysningpunktet mellom bærekraft og konkurranserett, herunder hvordan slike saker vurderes. Det vil være nyttig å klargjøre regelverkets avgrensninger, og hvilke typer samarbeid/samordning som klart faller utenfor, eller klart ikke vil prioriteres. Av enkeltproblemstillinger ser vi særlig behov for veiledning om konsortier/prosjektsamarbeid, standardisering og informasjonsutveksling.

I fravær av flere saker knyttet til konkurranse og bærekraft, er det særlig en rekke ubesvarte spørsmål knyttet til hvordan tredjeledsvurderingen skal gjøres. Dette gjelder blant annet om

miljøgevinst er en relevant effektivitetsgevinst, og om det eventuelt skal skilles mellom ulike miljøgevinster (lokale, internasjonale, konkrete eller overordnede mv.). Konkret må det vurderes om fordelene kan oppnås på andre markeder enn det berørte markedet, og om fordelene kan oppnås for andre enn forbrukerne i det aktuelle markedet, jf. vilkåret om at «en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd» skal tilfalle forbrukerne. Det er blant annet uklart hvordan fremtidige forbrukere skal hensyntas i analysen, mao. om gevinsten må oppnås av dagens forbrukere. Videre er det uklart hvordan ikke-økonomiske hensyn, som miljøhensyn ofte vil kunne være, vil vektes i vurderingen av om konkurransebegrensningen er lovlig begrunnet etter TFEU art. 101 tredje ledd. Til sist nevner vi at det er uklart hvordan vitenskapelige usikkerheter knyttet til vurdering, kvantifisering og kvalitetssikring av miljøeffekter skal vurderes under TFEU art. 101 tredje ledd. Disse spørsmålene egner seg for avklaring i en veileder.

Etter vår vurdering vil det være naturlig at Konkurransetilsynet i en eventuell veileder tar utgangspunkt i klimaloven, og de definisjoner og tilnærminger som er gjort der. Det innebærer blant annet at utgangspunktet er hvorvidt avtalen eller samordningen påvirker norske utslipp og opptak av klimagasser og dermed bidrar til å oppnå klimaloven, jf. klimaloven § 2,²⁷² selv om oppfyllelse av EUs klimamål også vil kunne være relevant.

Flere har påpekt at Konkurransetilsynet må våge å introdusere en form for «*fail fast fix fast*»-løsninger som tilrettelegger for økt brukervennlighet/innovasjon. Et eksempel er EU Product Passports som følger produktet hele veien og inneholder relevant bærekraftsinformasjon.

4 Vedlegg: Questback studie: bærekraft og konkurranserett - rammer for samtaler med næringslivet

[Spørreundersøkelsen finner du her](#)

---000---

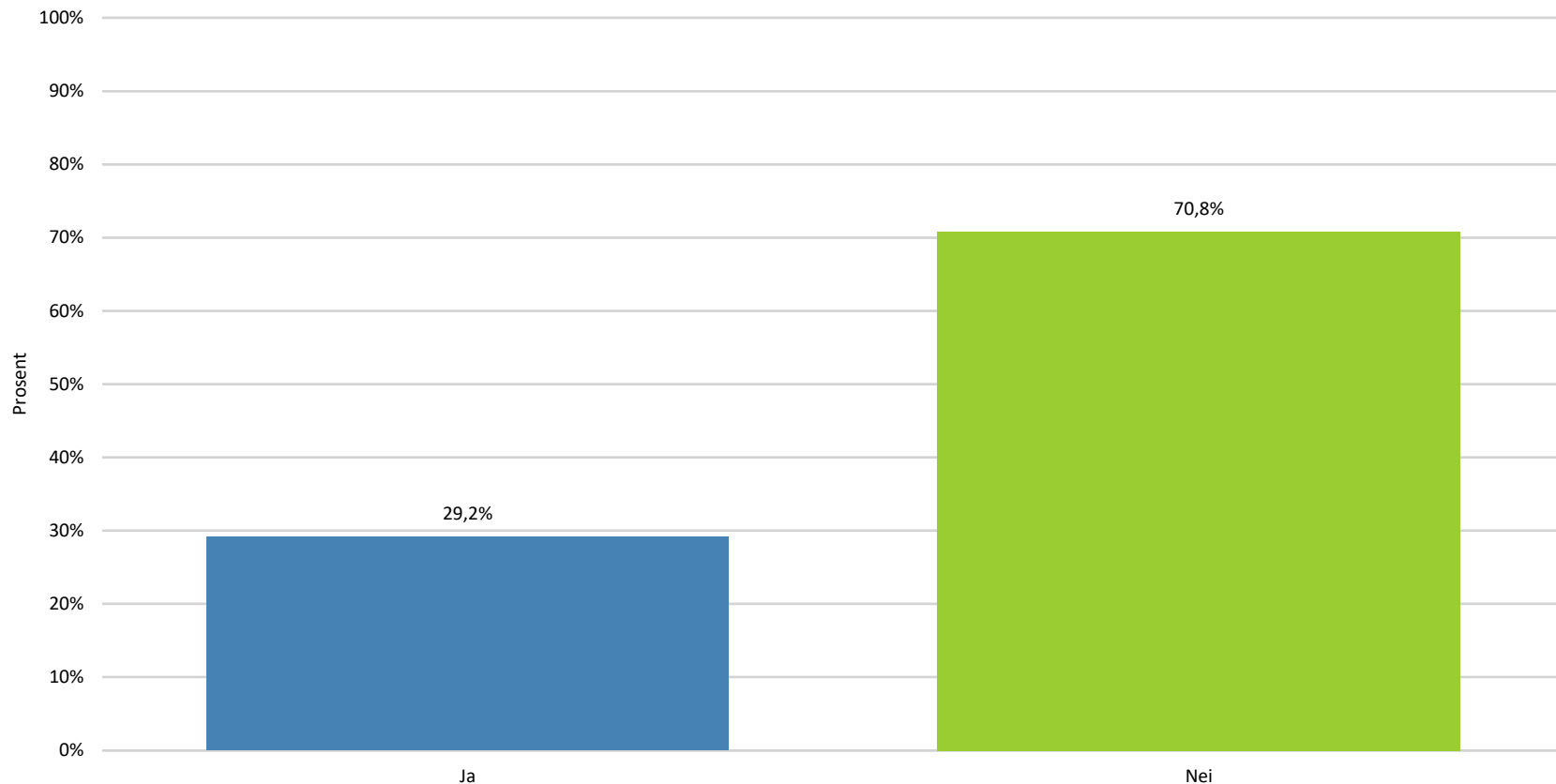
²⁷² Det kan eksempelvis være større grunn til å legge vekt på norske utslipp enn europeiske utslipp i en konkret vurdering, ettersom utslippene i Europa er omfattet av EUs kvotemarked (EU ETS). De europeiske utslippene er dermed allerede regulert, og andre virkemidler i EU vil her bidra til en effekt på miljøet.



QUESTBACK 2023: BÆREKRAFT OG KONKURRANSRETT

Handlingsrom og skranker for bærekraftssamarbeid under konkurranseloven § 10 og § 11

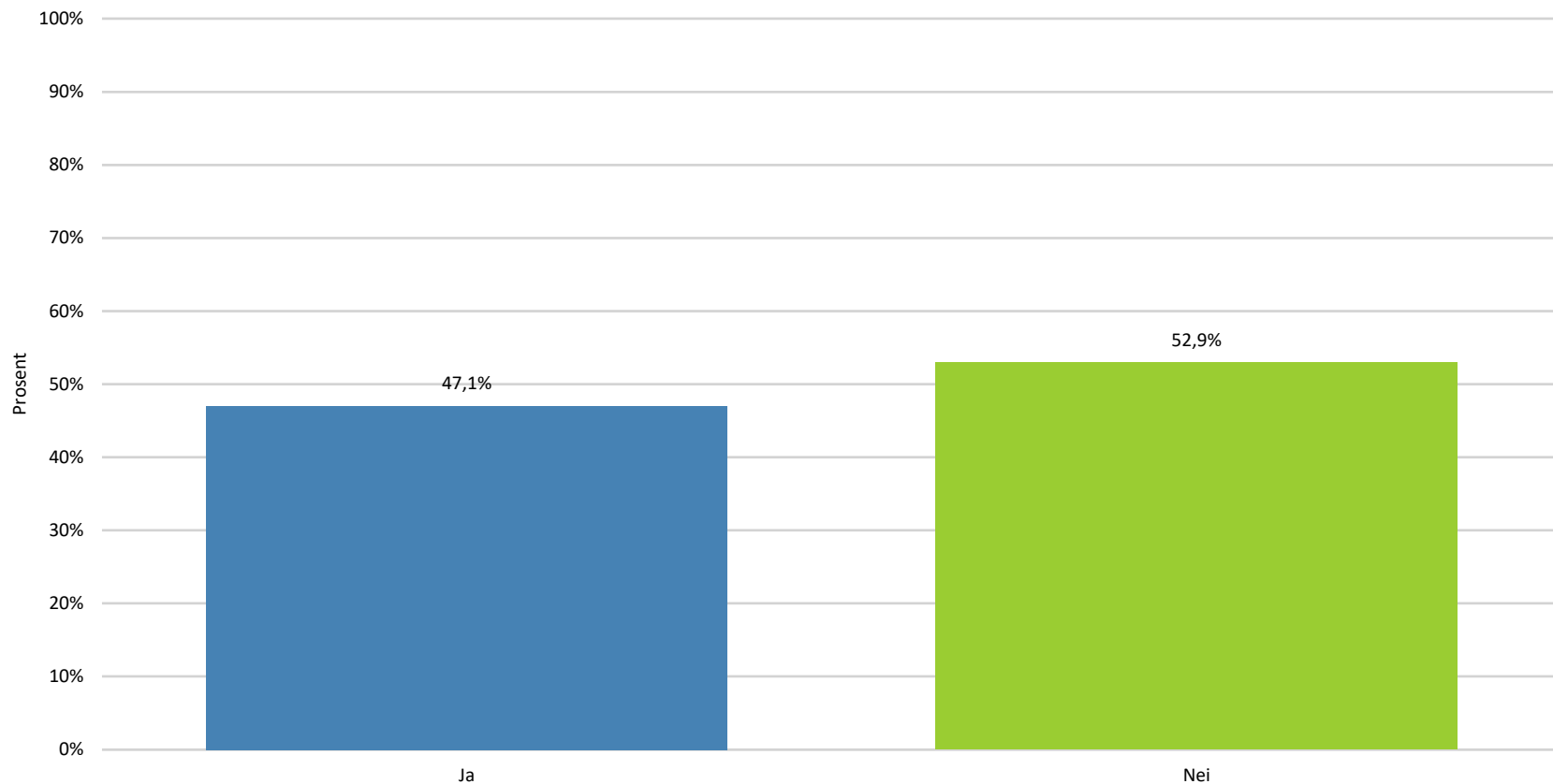
1. Har dere inngått samarbeid med konkurrenter om bærekraft, herunder klimagassutslipp, forurensning, naturressursforvaltning, menneskerettigheter, sirkularitet mv?



1. Har dere inngått samarbeid med konkurrenter om bærekraft, herunder klimagassutslipp, forurensning, naturressursforvaltning, menneskerettigheter, sirkularitet mv?

Navn	Prosent
Ja	29,2%
Nei	70,8%
N	24

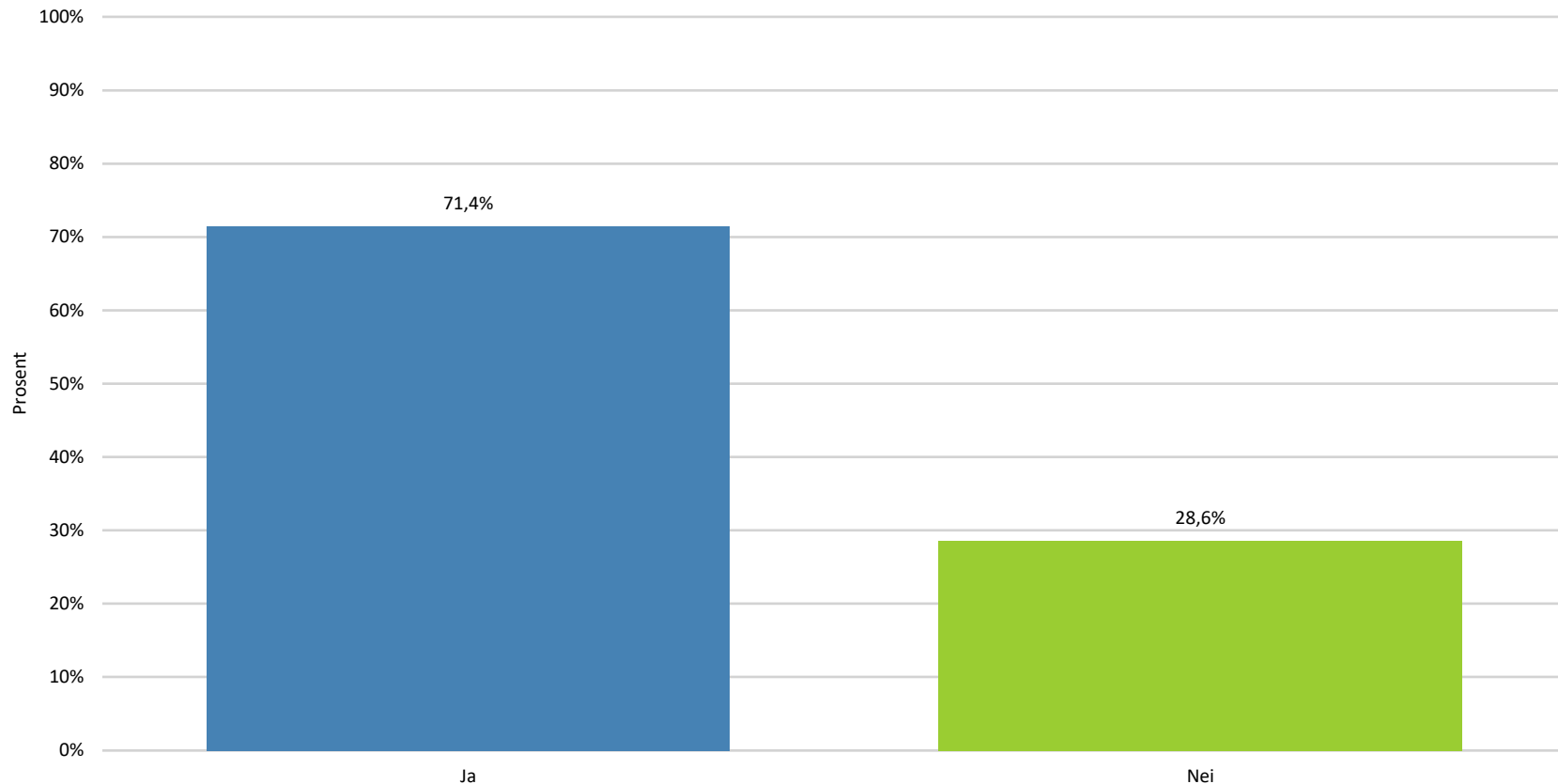
2. Er bærekraftsamarbeid med konkurrenter noe dere i fremtiden vil vurdere å inngå?



2. Er bærekraftsamarbeid med konkurrenter noe dere i fremtiden vil vurdere å inngå?

Navn	Prosent
Ja	47,1%
Nei	52,9%
N	17

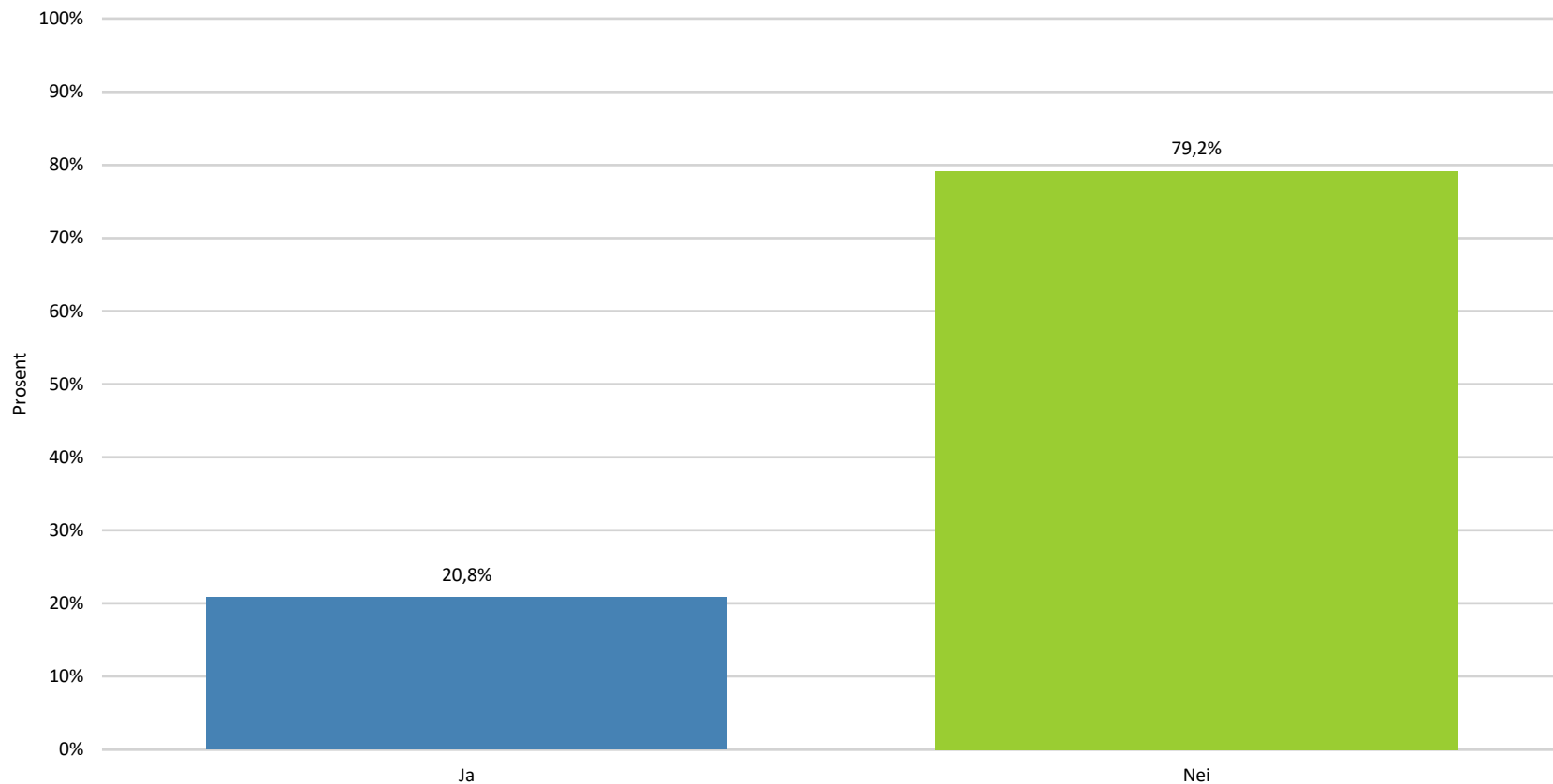
3. Har dere inngått samarbeid med konkurrenter om standarder som muliggjør nye og forbedrede produkter eller markeder, eller forbedrede leveringsbetingelser?



3. Har dere inngått samarbeid med konkurrenter om standarder som muliggjør nye og forbedrede produkter eller markeder, eller forbedrede leveringsbetingelser?

Navn	Prosent
Ja	71,4%
Nei	28,6%
N	7

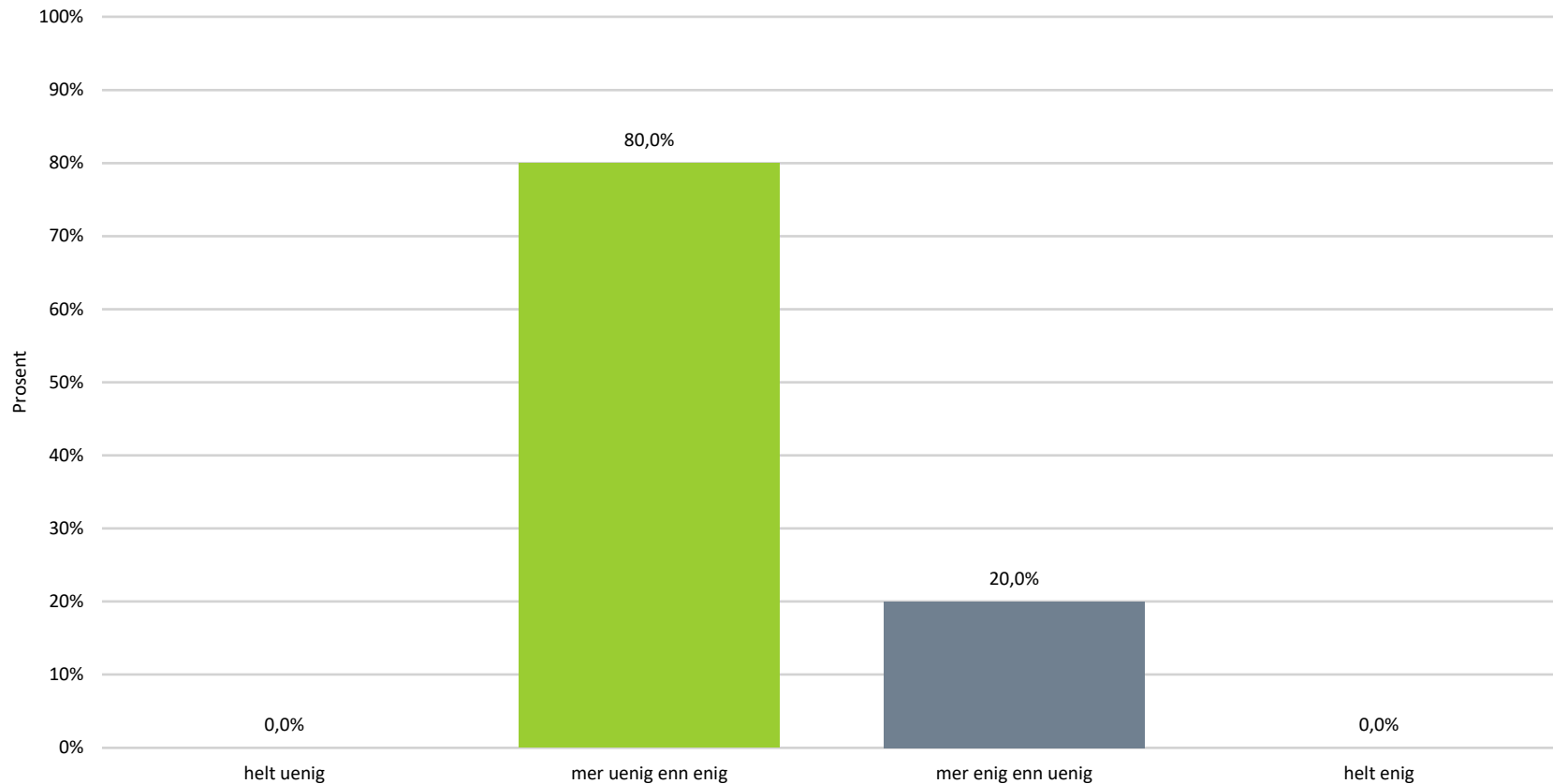
4. Har dere vurdert en strategi eller handling/aktivitet i markedet som ville fremmet bærekraft, men som dere har latt være å forfølge grunnet konkurransereglene eller usikkerhet rundt regelverket?



4. Har dere vurdert en strategi eller handling/aktivitet i markedet som ville fremmet bærekraft, men som dere har latt være å forfølge grunnet konkurransereglene eller usikkerhet rundt regelverket?

Navn	Prosent
Ja	20,8%
Nei	79,2%
N	24

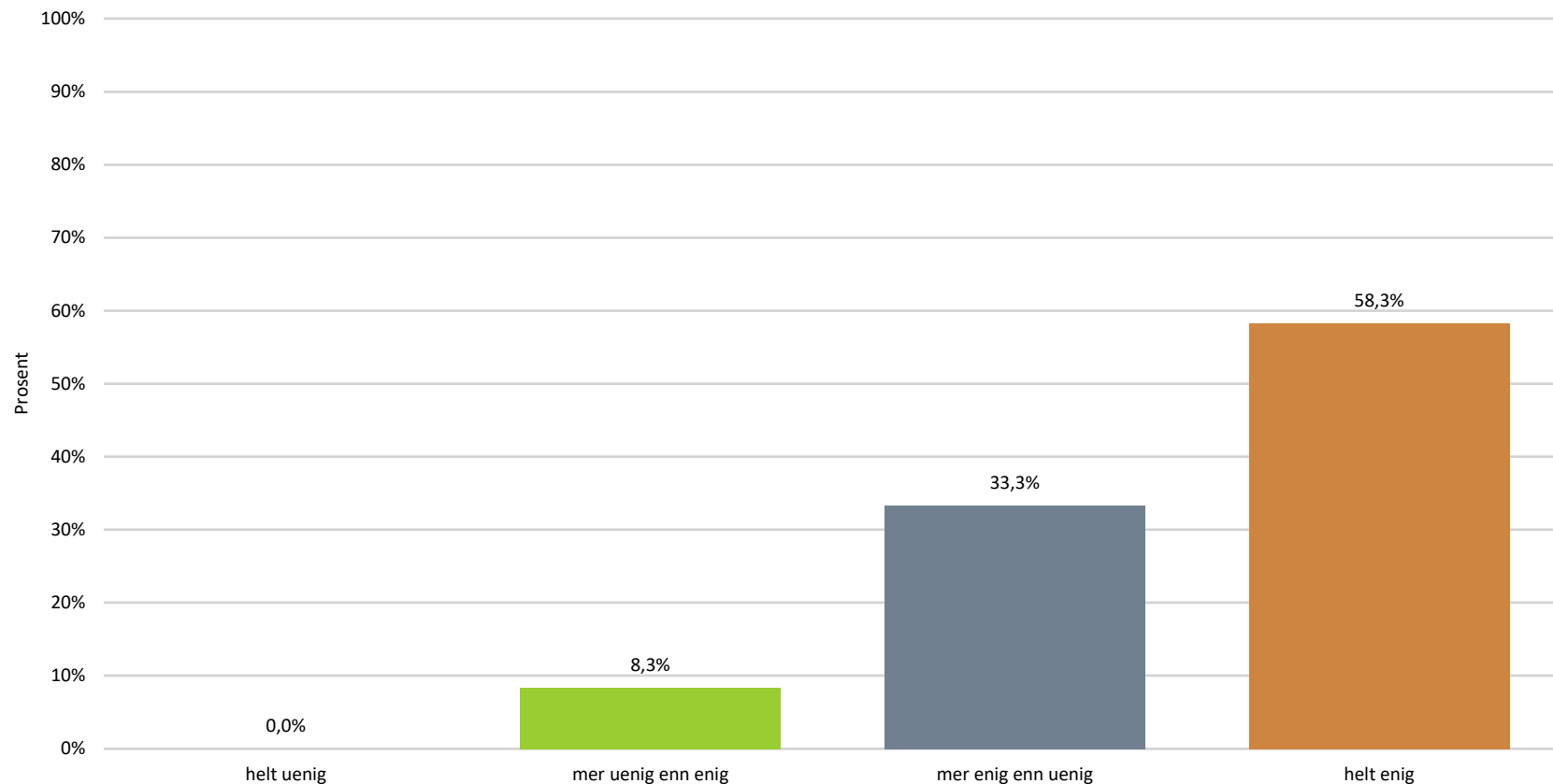
5. Opplever dere konkurransereglene som en flaskehals i utviklingen og bruk av miljøvennlig teknologi?



5. Opplever dere konkurransereglene som en flaskehals i utviklingen og bruk av miljøvennlig teknologi?

Navn	Prosent
helt uenig	0,0%
mer uenig enn enig	80,0%
mer enig enn uenig	20,0%
helt enig	0,0%
N	5

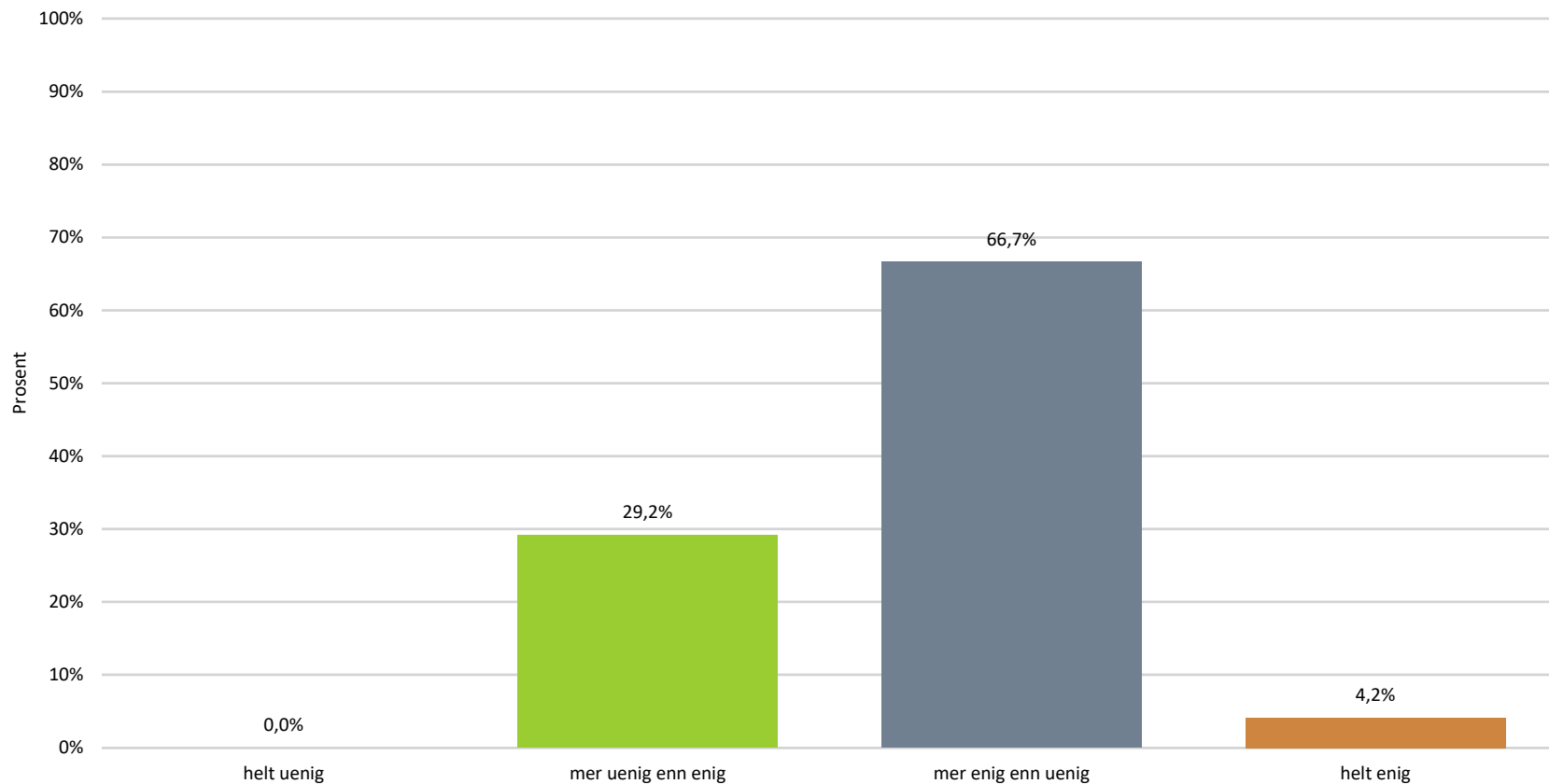
6. Er det konkurranse om bærekraftig innovasjon og nye grønne løsninger i markedet som dere opererer i?



6. Er det konkurranse om bærekraftig innovasjon og nye grønne løsninger i markedet som dere opererer i?

Navn	Prosent
helt uenig	0,0%
mer uenig enn enig	8,3%
mer enig enn uenig	33,3%
helt enig	58,3%
N	24

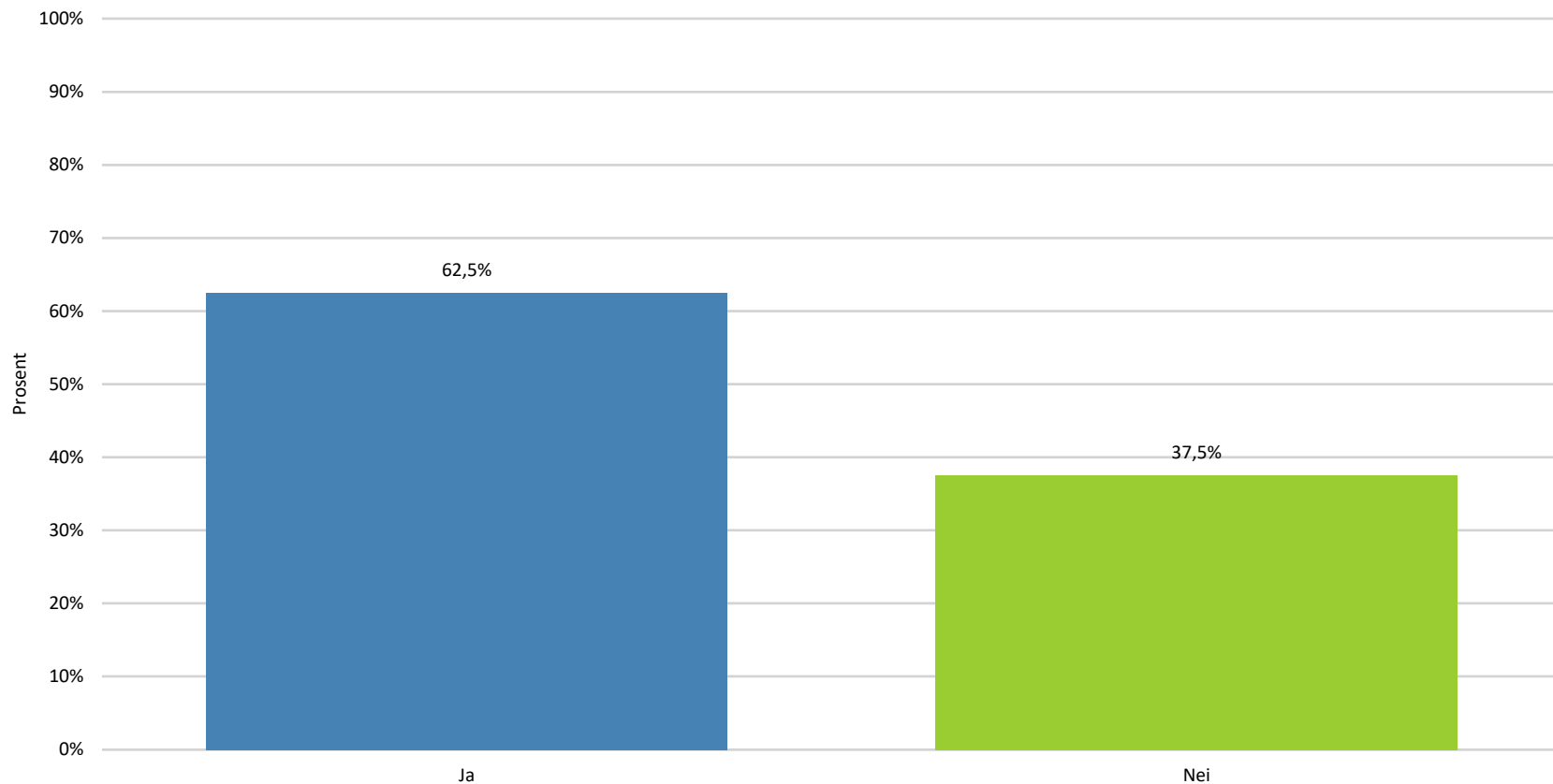
7. Har dere tilstrekkelig kunnskap om hvor grensene går for når et bærekraftsamarbeid er lovstridig eller ikke?



7. Har dere tilstrekkelig kunnskap om hvor grensene går for når et bærekraftsamarbeid er lovstridig eller ikke?

Navn	Prosent
helt uenig	0,0%
mer uenig enn enig	29,2%
mer enig enn uenig	66,7%
helt enig	4,2%
N	24

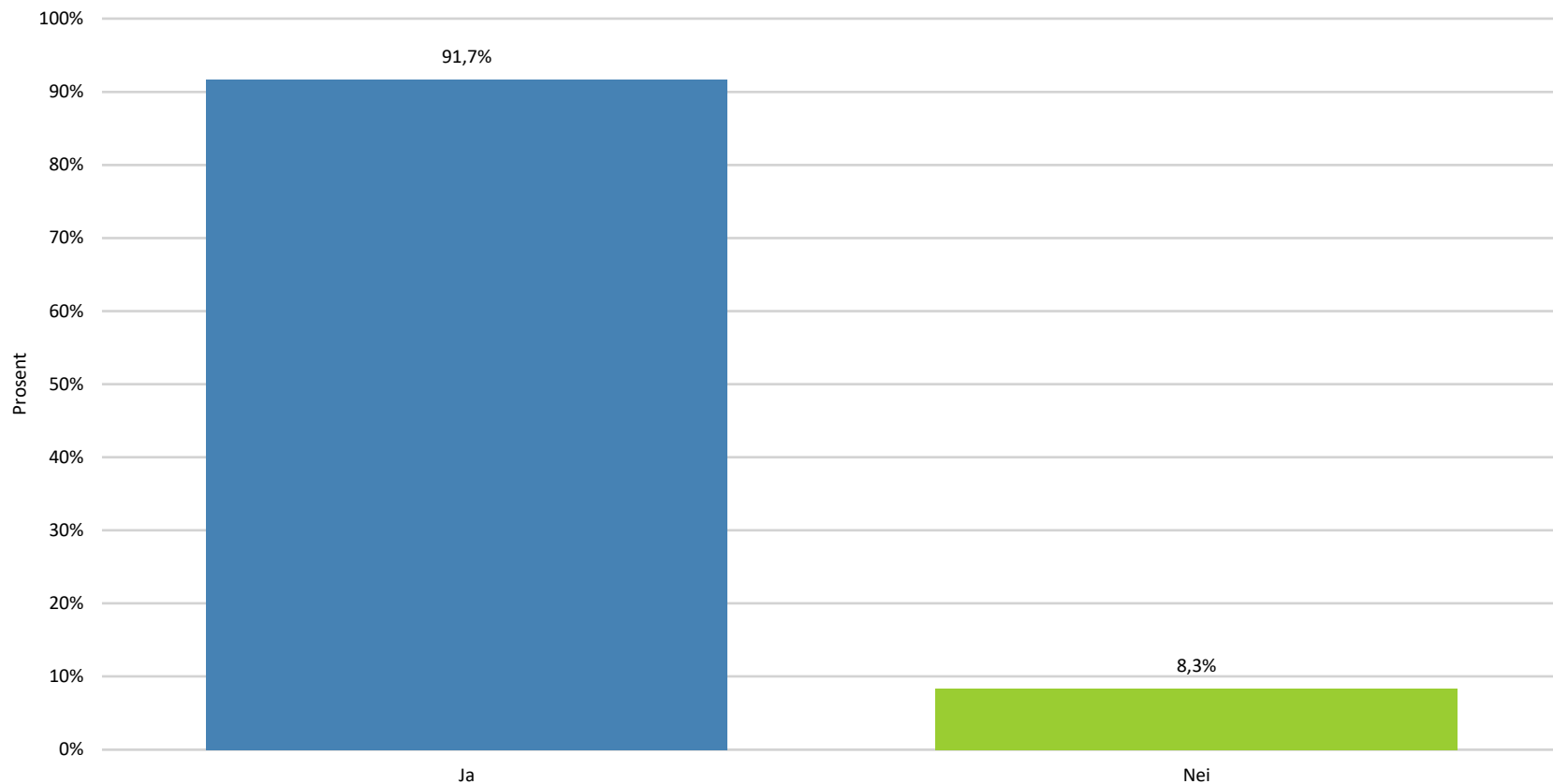
8. Ville dere benyttet Konkurransetilsynet for å få veiledning i enkeltsaker om f.eks. hvordan tilsynet vil vurdere effektivitetsgevinster i bærekraftsamarbeid?



8. Ville dere benyttet Konkurransetilsynet for å få veiledning i enkeltsaker om f.eks. hvordan tilsynet vil vurdere effektivitetsgevinster i bærekraftsamarbeid?

Navn	Prosent
Ja	62,5%
Nei	37,5%
N	24

9. Ville klarere retningslinjer for bærekraftsamarbeid fra Konkurransetilsynet og/eller EU-kommisjonen gjort det mer sannsynlig at dere inngår bærekraftsamarbeid fremtiden?



9. Ville klarere retningslinjer for bærekraftsamarbeid fra Konkurransetilsynet og/eller EU-kommisjonen gjort det mer sannsynlig at dere inngår bærekraftsamarbeid fremtiden?

Navn	Prosent
Ja	91,7%
Nei	8,3%
N	24

10. Hva er viktig at en eventuell ny regulering eller veiledning tar høyde for? Hvordan gjøre dette operativt, enkelt og effektivt? Hva bør en ny regulering eller veiledning unngå?

Svar

Klare retningslinjer for når samarbeid ikke vil være konkurransehemmende og når samarbeid er lovlig. For eksempel som EU kommisjonens utkast til retningslinjer for anvendeligheten av Artikkel 101 i Traktaten om den Europeiske Unions funksjon til horisontale samarbeidsavtaler avsnitt 561 flg.

Beskyttelse av IP er viktig. Selskp som utvikler og tar kostnad for IP, gjerne under stor risiko, må også kunne tilkjennes oppsiden uten at dette ansees som konkurransevridende.

Our Chief Counsel, Competition Law and Customer Development: Nathalie Dreyfuss is available for a chat about the topic

Tydelige avklaringer av prinsipper, og konkret applikasjoner

En veiledning bør være mest mulig konkret, gjerne med eksempler. En veiledning som kun gjengir regelverket og sier at alt må vurderes konkret, gir ingen nytte.

Grensen for åpne svar er overskredet i denne PPTX-eksporten. Bare 5 av dine totale svar vil bli vist. Vennligst bruk et annet eksportformat for å vise alle dine åpne svar, eller kontakt ditt lokale Questback kontor for videre assistanse.

11. Vi ønsker tilbakemeldinger på hva som oppfattes som vanskelig og eller komplisert knyttet til konkurransereglenes anvendelse på bærekraftsamarbeid og avtaler med elementer av miljø- og bærekraft.

Svar

Uklart regelverk

Risiko for at IP må deles med konkurrenter.

Our Chief Counsel, Competition Law and Customer Development: Nathalie Dreyfuss is available for a chat about the topic

Konkurransetilsynets kriterier på hva som oppfattes som konkurransehemmende, f.eks rundt oppkjøp eller langvarig samarbeid med komplementerende aktører som kan være konkurrenter. Store investeringer kan være påkrevet for å drive frem bærekraftige løsninger og kraftige begrensninger på å skape skala-fordeler kan være hemmende.

Tolkning av eksisterende regelverk ut fra et bærekraftsperpektiv

Grensen for åpne svar er overskredet i denne PPTX-eksporten. Bare 5 av dine totale svar vil bli vist. Vennligst bruk et annet eksportformat for å vise alle dine åpne svar, eller kontakt ditt lokale Questback kontor for videre assistanse.

Forespurte
selskaper
(intervju
og/eller
questback)

Abelia
Abena Norge
Abelia
Abbott
Aker Offshore Wind
AF-gruppen
Alliance Healthcare Norge
Amedia
Apoca
Arvid Nordquist
Asplan Viak
Atea
Aventi
Aviation Fuelling Services Norway
Avinor
Avtall Norge
BAMA Gruppen
Bonnierbooks
Boreal Norge
Brynhild
Byggnæringens Landsforening
Cermaq
Certas Retail
Colgate Palmolive
Consto
Dagligvareleverandørenes forening
DNV GL
Elektroforeningen
Elkem
Elkjøp
Emballasjeforsk
Essity
Ferrero
Finans Norge
Forsvarets forskningsinstitutt (FFI)

Fortum
Franzefoss
Friele Foods
Gartnerhallen
Glommen-Mjøsen
Hafslund
Hansa Borg
Heidelberg Cement
Hoff
Hunton
Hydro
IBM
ICE
JDE Coffee
Jernia
Johnson & Johnson
KLP
Kruse Anlegg
L'oréal
Lerøy
Läntmannen
Lyse AS
Løfbergs
Maske
Maskinentreprenørenes forening
Mediq
Microsoft
Mondolez
Morrow Batteries
Maarud
NCR Group
Nelfo
Nestlé
NHO Service og Handel

Norconsult
Norges Rederiforbund
NorgesGruppen
Norsk forening farlig avfall
Norsk Gjenvinning
Norske Skog
Nortekstil
Nortura
Orkla
Ragn Sells
Retura
Salmar
Schibsted
Schneider
Siemens Energy AS
Shearwater Geoservices
Sjømat Norge
Skagerakerenergi
Skift – Næringslivets klimaledere
Skogeierforbundet
Smith-Nephew
St1
Statsbygg
Statkraft
Storebrand
Swedish match
Telenor
Telia
TINE
Umoe
Veidekke Entreprenør
Volkswagen Møller Bilfinans
Widerøe
Yara