

Arbeidsnotat nr. 13/11

**Bindende tilsagn i konkurransesaker
– forordning 1 art. 9 og relevansen for konkurranse-loven**

av

Erling Hjelmeng

SNF prosjekt 1215
”Konkurransopolitikk”

Prosjektet er finansiert av
Det kongelige fornyings-, administrasjons- og kirke-departement

SAMFUNNS- OG NÆRINGS-LIVSFORSKNING AS
BERGEN, MAI 2011
ISSN 1503 – 2140

© Dette eksemplar er fremstilt etter avtale med KOPINOR, Stenergate 1, 0050 Oslo. Ytterligere eksemplar fremstilling uten avtale og i strid med åndsverkloven er straffbart og kan medføre erstatningsansvar.

INNHOOLD

1. Innledning	3
2. Bakgrunnen for artikkel 9	4
3. Utviklingen i bruken av tilsagn	6
4. Regimet i art. 9	9
4.1 <i>Prosedyre</i>	9
4.1.1 Oversikt over forlikprosedyren.....	9
4.1.2 Partsrettigheter og kontradiksjon.....	14
4.2 <i>Kompetanse</i>	17
4.2.1 Forutsetninger for forlik.....	17
4.2.2 Forlikets innhold.....	20
4.2.3 Proporsjonalitet.....	21
4.3 <i>Domstolsprøving</i>	24
4.4 <i>Rettsvirkninger og håndhevelse</i>	30
4.4.1 Utgangspunkter.....	30
4.4.2 Håndhevelse og gjennomføring på EU-nivå.....	31
4.4.3 Forholdet til nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler.....	33
4.4.4 Privat håndhevelse.....	37
4.5 <i>Gjenåpning av prosedyren</i>	44
5. Implikasjoner for håndhevelse og anvendelse	48
5.1 <i>Systematisering av forlikspraksis</i>	48
5.2 <i>Sammenligning med art. 7 – ytterligere muligheter i art. 9?</i>	55
5.3 <i>Vurdering</i>	63
6. Forliksløsninger utenfor art. 9	68
7. Konkurranseloven	70
7.1 <i>Ingen eksplisitt hjemmel for forliksløsninger</i>	70
7.2 <i>"Uformelle" forliksløsninger etter krrl.</i>	73
7.3 <i>Vurdering</i>	79
8. Oppsummering	80
9. Referanser	82

1. Innledning

Denne fremstillingen tar for seg den formaliserte forliksadgangen (tilsagn), i EU- og EØS-konkurranseretten, jf. forordning 1 art. 9. Formålet med fremstillingen er særlig å vurdere om det er grunn til å innføre en liknende hjemmel i norsk rett. Iht. forordning 1 art. 9 kan Kommisjonen akseptere tilsagn fra foretak under etterforskning for brudd på konkurransereglene, og ved vedtak gjøre disse bindende for foretakene. Et slikt vedtak avslutter saken, og vil ikke innebære at det tas stilling til om konkurransereglene har vært overtrådt i den konkrete saken. Denne kompetansen ble innført gjennom forordning 1/2003, som har vært gjeldende siden 1. mai 2004.¹

Innledningsvis redegjøres det først for bakgrunnen for art. 9, samt for bruken av bestemmelsen etter at den ble innført i 2004. Etter dette gjennomgås art. 9-kompetansen nærmere, herunder spørsmål om domstolsprøving, rettsvirkninger og håndhevelse av slike vedtak. Videre foretas det en bred vurdering av art. 9-kompetansen; både mht. om hjemmelen kan sies å utvide kompetansen utover art. 7, og ut fra prosessøkonomiske og andre hensyn. Endelig vurderes kort spørsmålet om uformelle forlik fremdeles kan spille en rolle ved siden av den formaliserte tilsagnsprosedyren. Deretter vendes perspektivet til norsk rett, der særlig adgangen til uformelle forlik og begrensninger i slike vurderes. Endelig vurderes hensiktsmessigheten av å innføre en tilsvarende hjemmel i den norske konkurranseloven.

Fremstillingen av art. 9 er for enkelthets skyld skrevet i et rent EU-perspektiv, uten at EØS-avtalens bestemmelser eller institusjoner er referert løpende. Regelverket er imidlertid sammenfallende under EØS-avtalen, og fremstillingen dekker derfor også ESAs kompetanse etter ODA protokoll 4.² Der EØS-avtalen reiser særskilte spørsmål, vurderes disse separat.

¹ Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 2003 L 1 s. 1.

² Gjennomført i norsk rett ved EØS-konkurranseloven og forskrift nr. 966 av 4. desember 1992 om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen.

2. Bakgrunnen for artikkel 9³

Kommisjonen har alltid hatt en høy andel uformelle henleggelse av saker. I den femte rapporten om konkurransepolitikken gjorde Kommisjonen det klart at

"In 1975, as in previous years, a large number of cases were settled without a formal decision being made. Although this procedure is less well known and has less legal value than a formal decision, its importance should not be underestimated, as it enables some cases to be settled with a minimum of administrative intervention."⁴

De fleste av disse sakene gjaldt søknader om negativattest eller dispensasjon etter daværende art. 85/81 tredje ledd, som oftest ble avsluttet ved et såkalt "comfort letter" (som i praksis var det eneste man kunne håpe på i slike sammenhenger). Slike brev bekreftet ofte endringer i avtalene som partene hadde foretatt som svar på Kommisjonens reaksjon.

Allerede før vedtagelsen av forordning 1 hadde Kommisjonen, også etter at det var innledet formell etterforskning, i flere saker inngått forlik som innebar at foretakene forpliktet seg til å iverksette visse tiltak. Særlig kjent fra norske forhold er forliket som ble inngått i 2002 mellom bl.a. Statoil og Norsk Hydro i GFU-saken.⁵ Saken gjaldt det samordnede salget av gass fra norsk sokkel gjennom gassforhandlingsutvalget (GFU), der Statoil, Norsk Hydro og Saga deltok. Kommisjonen henla saken mot at selskapene forpliktet seg til å selge nye gassvolumer til andre enn eksisterende kunder. Den påståtte overtredelsen var allerede avsluttet, ved at det samordnede gassalget gjennom GFU var brakt til opphør. Forliket gikk dermed videre enn bare til å bringe overtredelsen til opphør, og kan i stedet ses på som et forsøk fra Kommisjonen på å øke likviditeten i det europeiske nedstrøms gassmarkedet. Et annet kjent eksempel er IBM, der IBM vedtok omfattende forpliktelser for å bringe til opphør påstått misbruk i form av tilbakeholdelse av teknisk informasjon samt koblingsalg mellom hardware og software.⁶ Forliket ble publisert i EC Bulletin.⁷ Videre kan det pekes på IRI/Nielsen, der AC Nielsen

³ Det er etterhvert betydelig litteratur om art. 9-tilsagn. Se særlig Ehlermann/Marquis (ed.): *Antitrust settlements under EC competition law*, European Competition Law Annual 2008, Oxford 2010, som samler en rekke artikler om temaet.

⁴ Fifth Report on Competition Policy (1975), s. 9. For en tidlig kritikk av bruken av forlik i konkurransesaker se Denis Waelbroeck: *New forms of settlement of antitrust cases and procedural safeguards: is Regulation 17 falling into abeyance?*, 1986 ELR 268.

⁵ IP/02/1084, 17. juli 2002.

⁶ Se XVI Rapport om konkurransepolitikken (1984).

⁷ EC Bulletin 10/84, Documentation Section, s. 100.

aksepterte omfattende tilsagn i en prosedyre under daværende EF art. 86, for å bringe til opphør påstått misbruk av dominerende stilling på markedet for tracking-tjenester til detaljhandelen. Disse tilsagnene ble publisert i den årlige beretning om konkurransepolitikken.⁸ I bare én sak er vilkårene i et uformelt forlik publisert i EFT.⁹

Ved utarbeidelsen av forordning 1 ble det ansett som ønskelig å formalisere den utstrakte bruken av forlik. Et bærende hensyn var at forlikene måtte gjøres rettslig bindende, slik at forpliktelsene kunne håndheves for nasjonale domstoler.¹⁰ Samtidig var ønsket om en mer effektiv håndhevelse av tilsagn fra Kommisjonens side viktig. Endelig ble det ansett som en svakhet at prosedyrene var lite gjennomsiktede for berørte tredjeparter. I Hvitboken om modernisering heter det:

"Det kan desuden forekomme, at virksomhederne under behandlingen af en sag, der kan munde ud i et forbud, foreslår at afgive tilsagn, der kan imødekomme Kommissionens indsigelser. Det vil i så fald være nyttigt, om Kommissionen kunne gøre disse tilsagn bindende dels for at tvinge virksomhederne til at opfylde dem, og dels for at sætte parterne og tredjemand i stand til i givet fald at håndhæve dem ved en national domstol. Med henblik herpå kunne man i den fremtidige gennemførelsesforordning til artikel 85 og 86 [nå TEUF art. 101 og 102] indføre en ny type individuelle beslutninger, der offentliggøres på normal vis, og hvori Kommissionen tager de af virksomhederne afgivne tilsagn til efterretning og gør dem bindende. På den måde ville man kunne afslutte en sag og sikre, at virksomhederne opfyldte deres tilsagn. Indførelsen af denne ny type beslutning indebærer, at man i forordningens sanktionssystem indfører en bestemmelse, der giver mulighed for at straffe manglende opfyldelse af tilsagn med bøder og tvangsbøder."¹¹

En slik hjemmel ble konkretisert ved art. 9 i Kommisjonens forslag til forordning. Dette forslaget anga hjemmel for å gjøre tilsagn bindende, samt vilkår for gjenåpning av prosedyren. Teksten som ble vedtatt innebar flere endringer og suppleringer i forhold til forslaget. Mens Kommisjonens opprinnelige forslag må anses som en formalisering av adgangen til uformelle forlik, fremstår art. 9 i sin endelige versjon som mer av et rendyrket håndhevelsesinstrument som er forskjellig fra andre prosedyrer under forordning 1, bl.a. ved at det ble innført en obligatorisk "markedstesting" av tilsagnene. Enkelthetene i denne forbindelse presenteres løpende nedenfor.

⁸ XXVI Rapport om konkurransepolitikken (1996), s. 150-154. Saken innebar et samarbeid med det amerikanske justisdepartementet, som også innstilte sine prosedyrer i kjølvannet av Kommisjonens intervensjon.

⁹ SWIFT, EFT 1997 C 335 s. 3.

¹⁰ Se for eksempel forslag til forordningen KOM(2000) 582 endelig, s. 18.

¹¹ Hvitbok om modernisering av konkurransereglene, EFT 1999 C 132, avsnitt 90.

Som ledd i bakgrunnen for art. 9 bør også det tidligere notifikasjonssystemet trekkes frem. Som kjent hadde det som nå er art. 101(3) ikke direkte virkning under det gamle håndhevelsesregimet, men fungerte som en dispensasjonshjemmel for Kommisjonen. Iht. forordning 17/62 art. 8(1) kunne det settes vilkår for slike dispensasjoner (fritak), og brudd på vilkårene var sanksjonert med bøter, jf. forordning 17 art. 15(2)a.¹² I praksis var det ikke uvanlig at partene i notifikasjonssøknader fremforhandlet vilkår med Kommisjonen. Da art. 101(3) ble gitt direkte virkning, bortfalt nødvendigvis også adgangen til å stille eksplisitte vilkår etter bestemmelsen, fordi det nå er opp til foretakene selv å tilpasse seg regelverket. En slik vilkårshjemmel finnes heller ikke i andre bestemmelser i forordningen.¹³ I ettertid har det fra flere hold blitt pekt på at art. 9 kan sies å erstatte vilkårskompetansen etter forordning 17 art. 8(1), selv om denne sammenhengen ikke er nevnt i forarbeidene til forordning 1.¹⁴

Endelig er det ikke særlig tvil om at art. 9-prosedyren – i likhet med adgangen til strukturelle tiltak etter art. 7 – er inspirert av amerikansk retts consent decrees, som har hatt betydelig innflytelse i anvendelsen av Sherman Act.

3. Utviklingen i bruken av tilsagn

Da forordning 1 trådte i kraft, var holdningen at bruken av art. 9 ville være begrenset. Det har imidlertid vært en økende bruk av forlik med art. 9-tilsagn etter at Kommisjonen fikk hjemmelen 1. mai 2004. Et raskt overblikk over vedtakspraksis fra Kommisjonen viser at det – generelt sett – særlig er to typer vedtak som fremhever seg: Bøtesaker under både art. 101 og 102, men en betydelig økning i bøtenivået, og art. 9-saker. Sammenhengen mellom disse to vedtaksformene tas opp i 5.3 nedenfor.

Det første art. 9-vedtaket, som ble fattet knapt ett år etter ikrafttredelsen av forordning 1, var Deutsche Bundesliga, som gjaldt salg av TV-rettigheter under art. 101.¹⁵ Tilsagnene regulerte i detalj hvordan salget skulle skje, bl.a. at det skulle tilbys

¹² Rådets forordning 17/62, Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86, Dansk spesialutgave av EFT serie I kapitel 1959-1962 s. 81.

¹³ Art. 10, som gir hjemmel til å fatte vedtak om som fastslår at forbudsbestemmelsene ikke kommer til anvendelse, evt. at vilkårene etter art. 101(3) er oppfylt, har hittil ikke vært benyttet, og er, på bakgrunn av art. 101(3)'s direkte anvendelighet, heller ikke egnet til å pålegge konkrete forpliktelser. Siden foretakene uansett står fritt mht. hvordan de vil tilpasse seg tredje ledd, er heller ikke gruppefritaksforordninger noe sikkert normeringsinstrument.

¹⁴ Flere av de tidlige art. 9 saken gjelder avtaler som opprinnelig var notifisert under forordning 17 med tanke på å oppnå individuelt fritak eller komfort letter. For disse sakene er det ikke overraskende at Kommisjonen har valgt å benytte art. 9 for å sette bindende vilkår, først og fremst for å presisere hva som skulle til for å tilfredsstillte vilkårene i art. 101 (3).

¹⁵ Vedtak 19. januar 2005 i sak COMP/37214.

ulike pakker og at rettighetene ikke skulle selges for en periode over tre år. Senere samme år avgjorde Kommisjonen Coca-Cola-saken, som gjaldt ulike former for eksklusivitet/lojalitetsrabatter innen detaljsalg av leskedrikker.¹⁶ Denne saken ble innledet under art. 102.

I 2006 ble det avgjort tre art. 9 saker under art. 101, og én under misbruksforbudet. Art. 102 saken var Alrosa, som behandles i detalj nedenfor.¹⁷ Art. 101 sakene gjaldt salg av fotballrettigheter i engelsk Premier League¹⁸, distribusjonsavtaler for spanske bensinstasjoner (Repsol)¹⁹ og avtaler mellom opphavsrettsorganisasjoner og plateselskaper (Cannes Agreement).²⁰

I 2007 avgjorde Kommisjonen to art. 9 saker. Den ene var den første i en lang rekke saker i energimarkedene; Distrigaz (art 102)²¹, den andre dreide seg om en prosedyre mot fire bilprodusenter vedrørende deres tilpasning til gruppefritaket for bildistribusjon.²²

I 2008 begynte strømmen av art. 9-vedtak i energisektoren, i kjølvannet av sektorundersøkelsen fra 2005. Dette året ble det inngått to forlik med E.ON.²³

Energisektoren ble fulgt opp i 2009, med vedtak overfor RWE²⁴ og GDF²⁵. I 2009 ble art. 9 videre brukt overfor Microsoft²⁶ og Rambus²⁷ i teknologimarkedet. Endelig

¹⁶ Vedtak 22. juni 2005 i sak COMP/39116. Også i 1989 innstilte Kommisjonen en misbruksprosedyre mot Coca-Cola etter at foretaket hadde avgitt tilsagn, se XIX. Beretning om konkurrencepolitikken (1989), pkt. 50.

¹⁷ Vedtak 22. februar 2006 i sak COMP/38381, opphevet av Retten i sak T-170/06 Alrosa v Kommisjonen, Sml. 2007 s- II-2601, vedtaket opprettholdt ved Domstolens dom i sak C-441/07 P Kommisjonen v Alrosa, Sml. 2010 s. I-____ (29. juni 2010).

¹⁸ Vedtak 22. mars 2006 i sak COMP/38173.

¹⁹ Vedtak 12. april 2006 i sak COMP/38348 (søksmålet mot vedtaket avvist fra Retten pga oversittelse av søksmålsfrist, jf. sak T-45/08, bekreftet av Domstolen i kjennelse av 11. november 2010 i sak C-36/09 P Molina v Kommisjonen).

²⁰ Vedtak 4. oktober 2006 i sak COMP/38681. Flere saker vedrørende slike organisasjoner er behandlet etter art. 9, jf. nedenfor.

²¹ Vedtak 11. oktober 2007 i sak COMP/37966.

²² Vedtak 13. september 2007 i sakene COMP/39140 (DaimlerChrysler), 39141 (Fiat), 39142 (Toyota) og 39143 (General Motors).

²³ Vedtak av 26. november 2008 i sakene COMP/39388 og 39389.

²⁴ Vedtak 18. mars 2009 i sak COMP/39402.

²⁵ Vedtak 3. desember 2009 i sak COMP/39316

²⁶ Vedtak 16. desember 2009 i sak COMP/39530.

²⁷ Vedtak 9. desember 2009 i sak COMP/38636. Saken gjaldt påstått "patent ambush" i forbindelse med standarder for microchips. Etter art. 9-vedtaket ble det klaget til Kommisjonen med krav om videre oppfølging av saken, idet tilsagnene ble påstått ikke å være tilstrekkelige. Kommisjonen avviste dette i vedtak av 15. januar 2010. Saken er nå brakt inn for retten under sak T-148/10. Kommisjonens avvisning av å gjenåpne saken er tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38636/38636_1192_5.pdf. Dette vedtaket er brakt inn for Retten under sak T-149/10.

ble det inngått forlik med IACS, der bl.a. Det norske Veritas er medlem, vedrørende opptakskriterier og tilgang til standarder for skipsklassifisering.²⁸ I 2009 ble det følgelig fattet 5 art. 9-vedtak.²⁹

2010 har vært preget av saker fra energisektoren, med forlik med EDF³⁰, Svenska Kraftnät³¹ og nok et forlik med E.ON.³² Videre har ENI akseptert vidtrekkende tilsagn om tilgang til sine rørledninger.³³ Endelig har Kommisjonen etter endringer bekreftet tilsagnene avgitt av American Airlines og British Airways tilbake i 2007 i Skyteam.³⁴ Visa MIF ble avgjort 8. desember 2010, der VISA forplikter seg til å redusere sine betalingsgebyrer.³⁵

Det er også noen tidligere saker hvor det er avgitt tilsagn og disse har vært underlagt markedstesting, men hvor det (ennå) ikke er fattet vedtak.³⁶ I én sak, CISAC, som gjaldt territorielle begrensninger av lisenser for bruk av opphavsrettsbeskyttet materiale ble tilsagnene forkastet etter markedstesting, og Kommisjonen fattet i stedet vedtak etter art. 7.³⁷

Alt i alt har det vært en stigning i antallet art. 9-vedtak, særlig i løpet av 2009 og 2010. Den usikkerheten som rettens avgjørelse i Alrosa skapte, synes ikke i praksis å ha begrenset bruken av tilsagn. Derimot er det på det rene at Rettens relativt strenge tilnærming til proporsjonalitetskravet førte til at denne ble viet særlig oppmerksomhet i Kommisjonens vedtak.

Under *EØS-avtalen* har ESA så langt fattet ett art. 9-vedtak, rettet mot telesektoren i Liechtenstein.³⁸ Disse tilsagnene går ut på endringer i samarbeidsavtaler.

²⁸ Vedtak 14. oktober 2009 i sak COMP/39416.

²⁹ Se også MEMO/09/549 om IPComs FRAND-erklæring, som innebærer at en kjøper av patentrettigheter overtar tidligere tilsagn gitt av selger. Disse er imidlertid ikke del av en art. 9 prosedyre.

³⁰ Vedtak 17. mars 2010 i sak COMP/39386.

³¹ Vedtak 14. april 2010 i sak COMP/39351.

³² Vedtak 4. mai 2010 i sak COMP/39317.

³³ Vedtak 29. september 2010 i sak COMP/39315. Markedstest publisert 5. mars 2010 (EUT 2010 C 55 s. 13).

³⁴ Vedtak 14. juli 2010 i sak COMP/37984.

³⁵ Markedstest publisert 28. mai 2010 (EUT 2010 C 138 s. 34, sak COMP/39398).

³⁶ Av eldre saker gjelder dette Santiago Agreement (BUMA/SABAM) der art. 27(4) kunngjøring ble offentliggjort i EUT 2005 C 200 s. 11 (saker COMP/39151, 39152 og 38126), og Austrian Airlines/SAS der kunngjøringen ble offentliggjort i EUT 2005 C 233 s. 18 (sak COMP/37749).

³⁷ Sak COMP/38698, art. 27(4) kunngjøring publisert EFT 2007 C 245 s. 46, forbudsvedtak av 16. juli 2008. Forbudsvedtaket er brakt inn for Retten under saksnummer T-442/08.

³⁸ Vedtak av 17. September 2009 i sak 61291 Liechtensteinische Kraftwerke Anstalt og Telecom Liechtenstein AG.

4. Regimet i art. 9

4.1 Prosedyre

4.1.1 Oversigt over forliksprosedyren

Et slående udgangspunkt ved vurderingen af art. 9 er mangelen på klare prosedyreregler. De relevante bestemmelser i forordning 1 lyder:

"1. Når Kommissionen agter at vedtage en beslutning, hvorefter en overtrædelse kræves bragt til ophør, og de deltagende virksomheder tilbyder at afgive tilsagn, der imødekommer de betænkeligheder, som Kommissionen har, og som den har underrettet de pågældende virksomheder om i sin foreløbige vurdering, kan Kommissionen ved beslutning gøre disse tilsagn bindende for virksomhederne. En sådan beslutning kan vedtages for en bestemt periode, og i beslutningen konkluderes det, at der ikke længere er grund til, at Kommissionen griber ind.

2. Kommissionen kan efter anmodning eller på eget initiativ genåbne proceduren:

- a) hvis de faktiske forhold ændrer sig med hensyn til et punkt, der var væsentligt for beslutningen
- b) hvis de deltagende virksomheder handler i strid med deres tilsagn, eller
- c) hvis beslutningen bygger på ufuldstændige, urigtige eller forvanskede oplysninger fra parterne."

I fortalen prem. 13 er baggrunden beskrevet som følger:

"Når virksomheder som led i en procedure, der kunne føre til et forbud mod en aftale eller samordnet praksis, afgiver tilsagn, der imødekommer Kommissionens betænkeligheder, bør Kommissionen ved beslutning kunne gøre disse tilsagn bindende for de pågældende virksomheder. I beslutninger om tilsagn bør det fastslås, at der ikke længere er grund til, at Kommissionen griber ind, uden at det konkluderes, om der er sket en overtrædelse, eller der stadig finder en overtrædelse sted. Beslutninger om tilsagn anfægter ikke medlemsstaternes konkurrencemyndigheders og domstoles kompetence til at foretage en sådan konstatering og træffe afgørelse i sagen. Beslutninger om tilsagn er ikke på sin plads i tilfælde, hvor Kommissionen agter at pålægge en bøde."

Prosedyren suppleres af art. 27(4):

"Når Kommissionen agter at vedtage en beslutning i henhold til artikel 9 eller 10, offentliggør den et kort resumé af sagen og hovedindholdet af de afgivne tilsagn eller den foreslåede fremgangsmåde. Tredjemand kan fremsætte bemærkninger hertil inden for en tidsfrist, som Kommissionen ved offentliggørelsen fastsætter til mindst en måned. I den forbindelse skal der tages hensyn til virksomhedernes berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder ikke afsløres."

Ut fra dette kan man identifisere følgende formelle steg i en art. 9-prosedyre:

For det første må det være innledet "prosedyre" i forordningens forstand. Tradisjonelt skjer dette ved utsendelse av et Statement of Objections.³⁹ Dette er likevel intet krav, og iht. forordning 773/2004 art. 2 nr. 1 kan Kommisjonen

"beslutte at indlede en procedure med henblik på at vedtage en beslutning i henhold til kapitel III i forordning (EF) nr. 1/2003 på et hvilket som helst tidspunkt, dog senest den dato, hvor den meddeler en foreløpig vurdering som omhandlet i forordningens artikkel 9, stk. 1, eller udsender en meddelelse af klagepunkter, eller den dato, hvor der offentliggøres en meddelelse i henhold til forordningens artikkel 27, stk. 4, alt efter hvilken af disse datoer der kommer først."

De formelle kravene er beskjedne; det vil for eksempel være tilstrekkelig med en offentliggjøring om at prosedyre er innledet på Kommisjonens hjemmeside, jf. forordning 773/2004 art. 2 nr. 2: "Kommissionen kan på en hvilken som helst passende måte offentliggjøre, at der indledes en procedure. Forinden skal den underrette de berørte parter." Det er sikker rett at beslutningen om å innlede prosedyre ikke anses som en rettsakt som kan bringes inn for Domstolen iht. TEUF art. 263.⁴⁰ Det er også på det rene at utøvelse av etterforskningsbeføyelser, for eksempel i form av kontrollundersøkelser etter forordning 1 art. 20, ikke automatisk innebærer at prosedyre er innledet.⁴¹ Det fremgår eksplisitt av forordning 773/2004 art. 2 nr. 1 at prosedyren kan innledes samme dag som oversendelse av en foreløpig vurdering iht. art. 9(1). Siden en slik foreløpig vurdering også vil innebære at prosedyre innledes, jf. sitatet, har dette steget således ikke noen nærmere selvstendig betydning.

For det andre har partene krav på en skriftlig redegjørelse for de konkurransemessige problemstillinger Kommisjonen ønsker å adressere, jf. henvisningen til en "foreløpig vurdering" i art. 9 nr. 1. Det nærmere innholdet er ikke spesifisert, men det fremgår av art. 9 nr. 1 at de foreslåtte tilsagn må imøtekomme de betenkeligheter Kommisjonen har gitt uttrykk for i sin foreløpige vurdering. Dette innebærer at den foreløpige vurderingen i det minste vil måtte angi de konkurransemessige problemene så presist at det er mulig å vurdere tilsagnene opp mot dem. Utover dette vil den foreløpige vurderingen fylle en lignende funksjon som et Statement of Objections, dvs. gi partene mulighet til å besvare

³⁹ Kerse/Khan: EC Antitrust Procedure, 5th ed., 2-074.

⁴⁰ Sak 60/81 IBM v Kommisjonen, Sml. 1981 s. 2639, som omtales nedenfor i 4.5.

⁴¹ Om prosedyre er innledet har ellers betydning for nasjonale konkurransemyndigheters kompetanse, jf. forordning 1 art. 11 nr. 6.

Kommisjonens innvendinger (dvs. en slags "mini-SO"). I likhet med et Statement of Objections, offentliggjøres ikke den foreløpige vurderingen, annet enn summarisk i det endelige art. 9-vedtaket.

Bestemmelsen om en foreløpig vurdering er likevel så vidt vag, og primært knyttet til de materielle kravene til tilsagnenes innhold, at den ikke kan sammenlignes med et formelt Statement of Objections. Ut fra bestemmelsene i art. 9 kan man ikke lese mer enn at det på et eller annet tidspunkt må oversendes en foreløpig vurdering, og at tilsagnene må avbøte de bekymringer som uttrykkes der. I henhold til bestemmelsene er det formelt sett intet i veien for at den foreløpige vurderingen utformes samtidig som det forhandles med foretakene. Dette innebærer at den foreløpige vurderingen tilpasses de tilsagn som er presentert. I Coca-Cola var det for eksempel på det rene at tilsagnene var forhandlet før den foreløpige vurderingen.⁴² I den utstrekning den foreløpige vurderingen tilpasses forhandlede tilsagn, kan dette sies å innebære et brudd med idéen om en uavhengig vurdering fra Kommisjonen.⁴³

I mange saker reises først forliksspørsmålet etter at det har blitt utstedt et Statement of Objections, som i tilfelle erstatter en foreløpig vurdering.⁴⁴ I saker hvor Kommisjonen velger å gå for et forlik etter at Statement of Objections er oversendt, vil kravet om en foreløpig vurdering således være oppfylt allerede.

For det tredje må tilsagnene markedstestes. Markedstestingen representerer et formelt krav, og er regulert i forordning 1 art. 27(4). Formålet med markedstesting er å motta kommentarer mht. tilsagnenes egnethet fra markedsaktører og andre. Det følger av art. 27(4) at det skal offentliggjøres et kort resymé av saken og hovedinnholdet i de foreslåtte tilsagnene. I praksis vil Kommisjonen gjerne først redegjøre for sine bekymringer knyttet til konkurransebegrensende virkning og beskrive hvilken adferd tilsagnene gjelder, før hovedinnholdet i de tilbudte tilsagn presenteres. Disse kunngjøringene offentliggjøres i EUT (de fullstendige tilsagnene kunngjøres på Kommisjonens hjemmesider).⁴⁵ Som regel er disse dokumentene temmelig kortfattet, ofte bare noen få sider. De representerer således ingen kilde til nærmere informasjon om markedet eller konkurranseanalysen som ligger til grunn for saken.

⁴² Se Cook: Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9, World Competition 29(2): 209-228, 2006, s. 215-6.

⁴³ Se Georgiev: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 1019-20.

⁴⁴ Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, avsnitt 109 (tilgjengelig på DG Comps nettsted http://ec.europa.eu/competition/index_en.html). Se for eksempel markedstestkunngjøringen i sak COMP/39398 VISA, EUT 2010 C 138 s. 34, avsnitt 3.

⁴⁵ Se Kommisjonens MEMO/04/217.

Denne offentlige høringen, som gir alle tredjeparter mulighet til å inngi kommentarer på et utkast til vedtak, går lenger enn vanlig under art. 7-prosedyrer, der det bare er klagere og andre interesserte parter (jf. nedenfor 4.1.2) som involveres i saken. Dette offentlige elementet er imidlertid særlig viktig for å sikre at det endelige vedtaket blir så kvalitativt godt som mulig. Art. 9-prosedyren fremstår som så uformell og med så mye rom for konkrete forhandlingsløsninger at en involvering av offentligheten kan ses på som en garantist for at Kommisjonen faktisk velger en løsning som er optimal konkurransemessig. Dette aspektet kan også fremheves fordi art. 9-forlik – i motsetning til consent decrees i amerikansk rett – ikke er gjenstand for bekreftelse av en uavhengig domstol.

Hvis høringen avdekker svakheter i tilsagnene, vil disse kunne reforhandles.⁴⁶ I tilfelle vesentlige endringer vil Kommisjonen måtte foreta en ny markedstest. Eventuelt vil det være aktuelt å gå tilbake til en art. 7-prosedyre.⁴⁷ Selv om tilsagnene har kommet så langt at de gjøres til gjenstand for markedstesting, vil ikke foretakene ha noe krav på at de skal aksepteres av Kommisjonen.

Endelig er utkastet til tilsagn før endelig vedtak gjenstand for høring i den rådgivende komité, jf. forordning 1 art. 14 nr. 1. Komitéens synspunkter publiseres i EUT. Så langt har ingen av de foreslåtte art. 9-vedtakene møtt motstand i komitéen. Også Høringsoffiseren offentliggjør sin rapport om saken. Høringsoffiserens rolle er begrenset til å vurdere om kontradiktoriske rettigheter er ivaretatt.⁴⁸

Høringsoffiserens oppgaver er beskrevet som følger av Kommisjonen:

"In proceedings where the Commission intends to issue a commitment decision in application of Article 9 of Regulation No. 1/2003, the Hearing Officer, as in proceedings leading to the adoption of a prohibition decision, will safeguard the respect of an undertaking's rights of defence. If a commitment decision is adopted on the basis of a Preliminary Assessment not taking the form of a Statement of Objections, the undertaking's rights of defence are normally exercised in a less extensive manner than when such a decision is adopted after a Statement of Objections. This reflects the more consensual nature of such commitment procedures.

In cases where the Commission adopts a commitment Decision, the Hearing officer will produce a Final Report ... taking into account, in particular, that the undertaking concerned has been put in a

⁴⁶ I alle fall i sakene Coca-Cola, De Beers og Repsol ble tilsagnene endret som følge av tredjepartskommentarer.

⁴⁷ Kommisjonens MEMO/04/217.

⁴⁸ Om høringsoffiserens rolle se Kommisjonens Guidance on procedures of the Hearing Officers in proceedings relating to Articles 101 and 102 TFEU, utgitt av Kommisjonen 2010, tilgjengelig på DG Comps nettsted http://ec.europa.eu/competition/index_en.html.

position to propose adequate commitments, or to modify them following a market test, to meet the competition concerns expressed by the Commission."⁴⁹

Det følger av gjennomgangen at forliksadgangen – bortsett fra enkelte krav til offentliggjøring, høring osv. – fremstår som lite formell og med få regler om prosedyre. Art. 9 åpner dermed for bilaterale forhandlinger mellom Kommisjonen og foretak – "in the shadow of law".⁵⁰ Den skiller seg derfor vesentlig fra art. 7-prosedyren, først og fremst gjennom fraværet av et Statement of Objections og en muntlig høring. Videre er partenes rett til innsyn begrenset, "access to file" er knyttet til utstedelse av et Statement of Objections, jf. nedenfor. I saker hvor det bare oversendes en foreløpig vurdering, vil partene således ikke ha den samme retten til innsyn som ellers.⁵¹

Forordning 1 inneholder ikke regler om senere endringer av forlikene, der dette skulle være nødvendig for eksempel pga. utviklingen på markedet. Det er likevel intet formelt til hinder for at Kommisjonen reviderer vedtaket, riktignok slik at det må fattes nytt vedtak og de formelle skrittene i form av markedstesting og høring av rådgivende komité må gjennomføres. En slik gjenåpning fremstår imidlertid som tungvint – i alle fall hvis det bare er snakk om mindre endringer i tilsagnene. I USA synes systemet i større utstrekning å ta høyde for dette behovet.⁵²

Det er også et spørsmål hvilke muligheter foretak har til å angripe vedtaket hvis det blir utdatert som følge av utviklingen på markedet. Anførsler om at vedtaket ikke lenger fungerer etter hensikten, eller har blitt mer byrdefullt for foretakene (slik at det dermed reiser spørsmål om proporsjonalitet), vil neppe føre frem i et ugyldighetssøksmål. En annen mulighet kan være å saksøke Kommisjonen for passivitet der den nekter å gjenåpne en sak. Disse spørsmålene tas opp nedenfor i 4.5.

⁴⁹ Guidance on procedures of the Hearing Officers in proceedings relating to Articles 101 and 102 TFEU, avsnitt 67-68.

⁵⁰ Se om uttrykksmåten Georgiev: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 1018.

⁵¹ Jf. til dette Kommisjonens kunngjøring om regler for innsikt i Kommissionens sagsakter i forbindelse med saker etter EF-traktatens artikkel 81 og 82, EØS-aftalens artikkel 53, 54 og 57 og Rådets forordning (EF) nr. 139/2004, EUT 2005 C 325 s. 7, avsnitt 1 og 7.

⁵² Se nærmere Georgiev: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 1020-21, og nedenfor 4.5 om gjenåpning av prosedyren.

4.1.2 Partsrettigheter og kontradiksjon

I prosedyren for Kommisjonen vil foretak enten ha stilling som *part* ("de virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, der er omfattet af den procedure, som Kommissionen har iværksat"), *klager* (den som eventuelt har anmodet Kommisjonen om å ta opp saken), eller *annen interessert part* (andre "fysiske eller juridiske personer, der godtjør, at de har tilstrækkelig interesse i sagen"), jf. forordning 1 art. 27. Det er bare *partene* som har fulle partsrettigheter, herunder rett til innsyn. Om *klagere* heter det i art. 27 nr. 1 at de "inndrages i vid udstrækning i proceduren". Klageres nærmere rettigheter er fastsatt i Kfo. 773/04 art. 6, og innbefatter bl.a. retten til å motta og kommentere en ikke-konfidensiell versjon av Statement of Objections.⁵³ Andre *berørte parter* har rett til å bli hørt, herunder å få tilsendt ikke-konfidensielle versjoner av SO, forutsatt at de godtjør en tilstrekkelig interesse i saken.⁵⁴ Det er også praksis for å invitere slike til muntlige høringer i saken.

Partsrettighetene i ordinære saker gjelder således først og fremst retten til innsyn og kontradiksjon, for eksempel ved at det kan kreves muntlig høring. I forhold til sakens parter spiller høringsoffiseren en sentral rolle, jf. ovenfor. Klagere involveres som nevnt i prosedyren, både gjennom uformelle møter og deltagelse i høringer samt muligheten til å kommentere på partenes anførsler. Klagere deltar med andre ord relativt tett i prosedyren.

Partsrettighetene i art. 9-saker sikres ved oversendelse av foreløpig vurdering, og partenes mulighet til å komme med tilsagn på bakgrunn av denne. Samtidig vil partene forelegges svarene fra markedstesting. Partene har imidlertid ikke en rett til å kreve muntlig høring.

Det synes ikke avklart om partene i en art. 9-prosedyre har full innsynsrett i saken, dvs. "access to file". I ordinære saker følger en slik rett av Kfo. 773/04 art. 15(1), som utløses av oversendelsen av et Statement of Objections. I fravær av et Statement of Objections er det således ingen automatisk innsynsrett, og art. 9-prosedyrene er heller ikke omtalt i bestemmelsen. Heller ikke Kommisjonens kunngjøring om innsyn gjelder art. 9-prosedyrer.⁵⁵ Det kan likevel hevdes at partene må ha rett til innsyn også i en art.

⁵³ Kfo. 773/04 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til EF-traktatens artikel 81 og 82.

⁵⁴ Kfo. 773/04 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til EF-traktatens artikel 81 og 82, art. 13.

⁵⁵ Kommisjonens kunngjøring om regler for innsyn i Kommissionens sagsaker i forbindelse med saker etter EF-traktatens artikel 81 og 82, EØS-aftalens artikel 53, 54 og 57 og Rådets forordning (EF) nr. 139/2004, EUT 2005 C 325 s. 7.

9-prosedyre, iht. alminnelige prinsipper om rett til kontradiksjon og forsvarlig saksbehandling og disse prinsippenes grunnleggende stilling.⁵⁶ I *Cimenteries* fremholdt Retten for eksempel at

"Access to the file in competition cases is intended to allow the addressees of an SO to examine evidence held by the Commission so that they are in a position effectively to express their views on the conclusions which the Commission reaches in the SO on the basis of that evidence. Access to the file is thus one of the procedural guarantees intended to protect the rights of the defence and to ensure, in particular, that the right to be heard ... can be exercised effectively."⁵⁷

Det er på det rene at denne retten også ble ansett å gjelde der Kommisjonen ville stille vilkår for fritak, en situasjon som ligner art. 9-prosedyren, jf. ovenfor. Om den tidligere forordning 99/63 (saksbehandlingsforordningen til forordning 17) uttalte Domstolen i *Transocean Marine* således at den:

"applies the general rule that a person whose interests are perceptibly affected by a decision taken by a public authority must be given the opportunity to make his point of view known. This rule requires that an undertaking be clearly informed, in good time, of the essence of conditions to which the commission intends to subject an exemption and it must have the opportunity to submit its observations to the Commission. This is especially so in the case of conditions which, as in this case, impose considerable obligations having far-reaching effects."⁵⁸

Innsynsretten har også kommet til uttrykk i art. 41(2) i EUs Charter om grunnleggende rettigheter, der både retten til å bli hørt og retten til innsyn er eksplisitt nevnt.⁵⁹ Siden art. 9-vedtaket vil være bindende for foretaket, og overtredelser vil utløse sanksjoner, er det dermed gode grunner for at også partene i en art. 9-prosedyre selv uten at det er oversendt Statement of Objection må ha rett til innsyn.

Klagere og andre interesserte parter har ingen slike rettigheter. Klagere har for eksempel ikke rett til å få tilsendt den foreløpige vurderingen (med mindre denne erstattes av et Statement of Objections), langt mindre rett til innsyn i sakens

⁵⁶ Slik Wils: Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, [2006] World Competition 345, på s. 353 ff.

⁵⁷ Forente saker T-25/95 etc. *Cimenteries CBR m.fl. v Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-508, prem. 142. Se også sak 322/81 *Michelin*, Sml. 1984 s. 3461, prem. 7, der retten til dokumentinnsyn utledes som en forutsetning for den grunnleggende retten til forsvar.

⁵⁸ Sak 17/74 *Transocean Marine Paint Association v Kommisjonen*, Sml. 1974 s. 1063, prem. 15.

⁵⁹ EUT 2010 C 83 s. 389.

dokumenter.⁶⁰ Andre enn partene vil være henvist til å kommentere art. 27(4)-kunngjøringen (markedstesten) i saken, selv om det er grunn til å tro at Kommisjonen vil føre en mer åpen linje i forhold til klagere.

Disse begrensningene kan fremstå som problematiske for foretak som vil berøres negativt av tilsagnene, og spørsmålet er således om disse også vil kunne innvilges status som parter. Problemstillingen ble gjenstand for en omfattende diskusjon i Alrosa. Alrosa hadde vært involvert i prosessen som "interessert part", og hadde gjort gjeldende at foretaket måtte innrømmes status som "pågående virksomhet" (dvs. part) iht. art. 9. I sin dom hadde Retten innrømmet slik status, bl.a. på bakgrunn at prosedyrene under art. 101 og 102 i saken hadde blitt betraktet som én enkelt prosedyre både av Kommisjonen og Alrosa og de Beers.⁶¹ Alrosa anførte at foretaket ikke var blitt hørt, idet foretaket bl.a. ikke hadde fått full tilgang til tredjepartsbemerkningene til tilsagnsforslaget.

Domstolen avviste at Alrosa burde vært gitt fulle partsrettigheter også i art. 102-prosedyren. Det ble lagt til grunn at det kun ville være i tilfelle Kommisjonen uten saklig grunn hadde innledet to ulike prosedyrer rettet mot det samme faktum, at Alrosa burde vært gitt partsrettigheter i art. 102-prosedyren. Domstolen fortsatte:

"Retten har imidlertid ikke fastslået en sådan magtfordreining fra Kommissionens side i den foreliggende sag, og der var heller intet, der tydede på, at dette skulle være tilfældet. Det var således sagligt begrundet, at Kommissionen indledte to særskilte administrative procedurer i betragtning af deres forskellige materielle retsgrundlag, nemlig artikel 81 EF på den ene side og artikel 82 EF på den anden side. Med hensyn til proceduren indledt i henhold til artikel 82 EF kunne kun De Beers som formodet dominerende virksomhed på markedet være adressat for klagepunktsmeddelelsen og Kommissionens beslutning, der bragte denne procedure til ophør."⁶²

Ut fra dette må den klare hovedregel være at kun foretak som det endelige vedtaket vil adresseres til vil ha status som part. Videre synes det klart at tredjeparter aldri vil kunne innrømmes fulle partsrettigheter utelukkende med utgangspunkt i at deres kommersielle interesser påvirkes negativt av vedtaket. Kun hvis Kommisjonen uten saklig grunn har

⁶⁰ Den generelle innsynsbestemmelsen i Charterets art. 42, jf. forordning 1049/01 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT 2001 L 145 s. 43) vil ikke komme til anvendelse i disse situasjonene.

⁶¹ Opprinnelig var avtalen mellom Alrosa og de Beers notifisert under art. 81, dvs. at det var ført prosedyre mot begge foretakene.

⁶² Sak C-441/07 P Alrosa v Kommisjonen, Sml. 2010 s. I-____, prem. 89, jf. også forslaget til avgjørelse fra GA Kokott, avsnitt 176-177.

innledet separate prosedyrer, vil det kunne representere en saksbehandlingsfeil i form av manglende kontradiksjon at et foretak som ville ha vært part i en felles prosedyre, er nektet slik status i den separate prosedyren mot et annet foretak.

Derimot vil foretak som berøres ved at tilsagnene påvirker dem i negativ retning, normalt måtte anses som andre "interesserte parter" med mer begrensede rettigheter i prosessen for Kommisjonen. En slik status innebærer som nevnt i normale prosedyrer en mulighet til å delta på muntlig høring. Siden art. 9-prosedyren ikke åpner for en slik høring, vil slike foretak i praksis måtte nøye seg med å sende inn kommentarer til markedstesting. De vil imidlertid ikke få tilgang til andre foretaks svar til markedstesting, med mindre Kommisjonen velger å offentliggjøre disse.

4.2 Kompetanse

4.2.1 *Forutsetninger for forlik*

Et hovedpoeng med systemet i art. 9 er at et vedtak ikke forutsetter at det føres bevis for en overtredelse av art. 101 eller 102. Derimot må Kommisjonen ha gitt uttrykk for konkurransemessige bekymringer, enten i en SO eller ved en "foreløpig vurdering", jf. ovenfor. Selv om endelig vedtak ikke tar stilling til spørsmålet om overtredelse, ligger det i sakens natur at disse bekymringene må være knyttet opp til en *mulig* overtredelse, og at tilsagnene må avbøte disse.

Det følger av fortalens 13. betraktning at vedtak om tilsagn ikke er "på sin plass" hvis Kommisjonen "agter" ("intends" i den engelske versjonen) å pålegge en bot. I dette ligger for det første at art. 9 ikke hjemler løsninger der foretak aksepterer en (reduert) bot som ledd i tilsagnene.⁶³ På dette punkt skiller art. 9 seg fra amerikanske consent decrees.⁶⁴ Enkelte tolker uttalelsene i fortalen slik at forlik ikke skal anvendes i saker der det er *aktuelt* å pålegge bøter, dvs. at forlik skulle være utelukket ved visse typer overtredelser. Slik ordlyden er utformet, er det imidlertid vanskelig å lese en slik begrensning inn i bestemmelsene. Overtredelsens art er ikke nevnt i art. 9, og samtidig viser fortalen til hva Kommisjonen "agter" å gjøre, ikke til om overtredelsen objektivt sett normalt vil være gjenstand for bot. At art. 9-vedtak fremstår som lite aktuelle ved særlig kartellovertredelser, er i denne sammenheng en annen sak. Ved en typisk kartellovertredelse er det heller ikke det samme behovet for særskilte tiltak for å reparere konkurransesituasjonen, utover at kartellsamarbeidet avsluttes.

⁶³ Dette kan likevel ikke utelukkes i bøtevedtak etter art. 23, jf. nærmere straks nedenfor.

⁶⁴ For en sammenligning på dette punkt, se Georgiev: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 999.

Derimot kan det reises spørsmål om hvilke føringer uttalelsene i fortalen legger på Kommisjonens adgang til å *benytte bøtetrusselen som forhandlingskort* for å oppnå mer vidtrekkende tilsagn fra foretakene. På dette spørsmålet er det vanskelig å gi et klart svar. Hvis overtredelsen er klar nok, vil bøtetrusselen uansett ligge i bakgrunnen og påvirke foretakenes valg. Hvis Kommisjonen har varslet bot gjennom Statement of Objections, må man imidlertid sies å være i en situasjon hvor Kommisjonen "agter" å ilegge en bot. Uttalelsene i fortalen er imidlertid vage når det tales om at forlik ikke er "på sin plass" ("not appropriate" i den engelske versjonen); både formuleringen og plasseringen av formuleringen kan vel så naturlig ses på som en begrunnelse for hvorfor det ikke er gitt adgang til å oppnå reduksjon i en bot i bytte mot tilsagn. Hvis Kommisjonen etter Statement of Objections der det er varslet bot likevel mottar interessante tilsagn fra foretaket, vil uttalelsene i fortalen neppe være til hinder for at Kommisjonen revurderer sitt standpunkt og i stedet velger forliksløsningen. Etter min oppfatning ligger det dermed få begrensninger i fortalens omtale av forholdet til bøter.⁶⁵

Det er praksis på at Kommisjonen også under forordning 17 oppnådde innrømmelser fra foretak mot reduksjon i bøtenivå. I *Woodpulp* hadde enkelte foretak (de amerikanske) gått inn på tilsagn om endret markedsadferd, noe Kommisjonen hadde hensyntatt i bøteutmålingen. Nærmere bestemt hadde foretakene "forpligtet sig til at annoncere og fakturere mindst 50% af deres salg til Fællesskabet i køberens valuta, annoncere priser, der er gældende "indtil videre", kun at videregive dem til de erhvervsdrivende, der er nævnt i dokumentet, bringe den samordning og udveksling af oplysninger, der har fundet sted inden for KEA og Fides, til ophør samt ophøre med at pålægge køberne forbud mod eksport og videresalg."⁶⁶ Som kjent opphevet Domstolen Kommisjonens vedtak. Kommisjonen påstod tilsagnene opprettholdt, men også disse ble opphevet, jf. også nedenfor under 4.3.

Også Deutsche Post gir et eksempel på vedtagelse av tilsagn innenfor ordinære forbudsprosedyrer.⁶⁷ Saken gjaldt bl.a. krysssubsidiering mellom beskyttet og konkurranseutsatt virksomhet. I sitt Statement of Objections hadde Kommisjonen gitt uttrykk for at kun full åpenhet om de finansielle forbindelsene mellom virksomhetsområdene kunne sikre mot manglende kostnadsdekning på enkelttjenester. Som svar

⁶⁵ Som nevnt tar jeg ikke opp den formaliserte forlikprosedyren i kartellsaker i denne fremstillingen. Denne prosedyren har hittil vært benyttet i én sak, kartellet i markedet for fosfater til dyrefôr der vedtak ble fattet 20. juli 2010 (IP/10/985). Ett foretak fikk immunitet som følge av leniency-søknad, fire forlikte og fikk 10 % reduksjon mens ett foretak som ikke gikk inn på forlik ble gjenstand for ordinært bøtevedtak. Jeg ser også bort fra bøtereduksjoner som følge av samarbeid innen den administrative prosedyren, jf. retningslinjer for bøteutmåling (EUT 2006 C 210 s. 2), avsnitt 29 første strekpunkt (umiddelbart opphør av overtredelse) og tredje strekpunkt (samarbeid i den administrative prosedyren).

⁶⁶ Forente saker C-85 etc./89 A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. v Kommisjonen, Sml. 1993 s. I-1307, prem. 179.

⁶⁷ Vedtak 2001/354/EF i sak COMP/35141, EUT 2001 L 125 s. 27.

på dette tilbød Deutsche Post seg å skille ut bedriftspakkevirkosomheten i et eget selskap.⁶⁸ Et slikt strukturelt tiltak var det åpenbart ikke hjemmel for i daværende forordning 17. I sitt vedtak påla Kommissjonen Deutsche Post å innrapportere regnskapstall for det nye selskapet, samt oversikt over avregningspriser benyttet mellom Deutsche Post og det nye selskapet. Selv om selve utskillelsen ikke er pålagt i vedtaket, forutsetter vedtaket like fullt at den strukturelle forpliktelsen etterleveres. Bl.a. på grunn av tilsagnet, unnlot Kommissjonen helt å ilegge bot for rovprising/krysssubsidiering.⁶⁹

Det er lite trolig at spørsmålet skal komme på spissen; i tilfelle ville evt. partene i forliket måttet angripe art. 9-vedtaket med den begrunnelse at det er ugyldig fordi Kommissjonen opprinnelig var innstilt på å gi en bot, hvilket fremstår som en lite rasjonell strategi. Det er også mindre sannsynlig at tredjepersoner som evt. ønsker å angripe forliket vil ha realistiske sjanser til å nå frem med en slik anførsel.

Det er foretakene som må presentere mulige tilsagn. I praksis vil imidlertid Kommissjonen signalisere at saken vil kunne løses etter art. 9, og således "invitere" partene inn i prosessen. Partene kan også på et hvert tidspunkt av en prosess ta initiativ til forliksforhandlinger. Kommissjonen sier også selv at

"Undertakings may contact DG Competition at any point in time to explore its readiness to dispose of the case by means of a commitment decision. DG Competition encourages undertakings to signal at the earliest possible stage their interest in discussing commitments."⁷⁰

Det er opp til Kommissjonen å avvise eller akseptere tilsagn. Partene vil således ikke ha *krav* på at tilsagn aksepteres. Et avslag på å akseptere tilsagn vil heller ikke representere noe vedtak som på selvstendig grunnlag kan bringes inn for Retten etter art. 263, idet dette ikke endrer foretakenes rettsstilling.⁷¹ For eksempel vil Kommissjonen kunne avvise tilsagn for eksempel fordi den ønsker å treffe en prinsippavgjørelse, og evt. også fatte vedtak som fastslår en overtredelse av hensyn til mulig skadelidtes erstatningskrav. En slik beslutning vil selvsagt kunne bringes inn for Retten som et ordinært ugyldighetssøksmål etter art. 263, men avvisningen av å akseptere tilsagn vil ikke kunne representere noen mangel ved vedtaket.

⁶⁸ Tilsagnene er beskrevet i vedtaket avsnitt 18-22.

⁶⁹ Vedtaket avsnitt 47. Kommissjonen viser også til uklarheter knyttet til hvilken standard for kostnadsdekning som skulle legges til grunn. I saken ble ellers Deutsche Post ilagt en bot på 24 mill. € for lojalitetsrabatter.

⁷⁰ Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, avsnitt 104.

⁷¹ Jf. avsnitt 4.5 nedenfor, der dette vilkåret for å anlegge ugyldighetssøksmål utdypes.

4.2.2 Forlikets innhold

Forlikets nærmere innhold er ikke regulert i art. 9, utover at tilsagnene som tilbys må imøtekomme Kommisjonens bekymringer. Tilsagnene behøver – i motsetning til vedtak etter art. 7 – ikke adressere konkrete og påviste overtredelser av art. 101 eller 102. Allerede dette gjør art. 9-tilsagnene svært fleksible, ikke minst mht. å redusere faren for gjentatte overtredelser.

I likhet med etter art. 7 kan det skilles mellom adferdsmessige og strukturmessige tiltak. Adferdsmessige tilsagn innebærer at foretakene forplikter seg til å handle – eller unnlate å handle – på bestemte måter i markedet. I sin enkleste form vil foretak for eksempel avstå fra å samarbeide i strid med art. 101, eller innstille markedsadferd som bedømmes som et misbruk av dominerende stilling. Mer aktuelt i forlikprosedyrer er det imidlertid at foretakene forplikter seg til positive skritt for bedre å legge til rette for konkurranse, og det er på disse områdene art. 9 virkelig har utviklet seg i retning av et effektivt reguleringsverktøy. Microsofts aksept av å gi brukere tilgang til et vindu der det kunne foretas et fritt valg mellom nettlesere gir et godt eksempel på dette.⁷²

Strukturmessige tilsagn innebærer tilsagn som tar sikte på å påvirke strukturen på markedet, typisk i form av eierskap til aktiva eller eiermessige bindinger mellom bedrifter.⁷³ Slike tiltak kan også rette seg mot organisatoriske forhold internt i bedrifter, fordi dette kan ha betydning for incitamentene til å opptre konkurransestriddig. Typiske strukturelle tiltak kan gå ut på oppsplitting av foretak, avhendelse av aksjer eller aktiva, pålegg om organisatoriske skiller, eller tiltak som forbyr tilgang til bestemte posisjoner, for eksempel styrerepresentasjon eller at samme person innehar roller i flere selskaper ("interlocking directorships"). I utgangspunktet vil ethvert slikt strukturelt tiltak kunne omfattes av et art. 9-vedtak. Eventuelt kan det tenkes en mellomting mellom adferds- og strukturmessige tiltak, typisk "Chinese walls" for å begrense informasjonsflyt innad i en organisasjon.

Disse forholdene analyseres nærmere nedenfor i 5.2, der et hovedformål er å sammenligne potensialet under art. 9 med art. 7. Foreløpig kan det konstateres at art. 9 selv setter få begrensninger på hva som kan inngå i et forlik.

Mht. *Kommisjonens forpliktelser* vil et art. 9-vedtak bety at Kommisjonen konstaterer at det ikke lenger er grunn til å gripe inn. Kommisjonen vil således være forhindret fra å gjenåpne prosedyre på grunnlag av det samme faktum, med mindre

⁷² Vedtak 16. desember 2009 i sak COMP/39530.

⁷³ Se nærmere Bie Larssen: Strukturelle tiltak ved overtredelse av konkurranse-lovens forbudsbestemmelser, LoR 2006.195-218.

vilkårene for gjenåpning etter art. 9 nr. 2 er oppfylt, jf. 4.5 nedenfor. De øvrige rettsvirkninger av art. 9-vedtak drøftes i 4.4 nedenfor.

4.2.3 Proporsjonalitet

Kommisjonens vedtak i konkurransesaker er underlagt en proporsjonalitetsvurdering, iht. EU-rettens alminnelige proporsjonalitetsprinsipp. I art. 7 har dette også kommet eksplisitt til uttrykk, idet det heter at Kommisjonen kan "pålægge [foretak] enhver forpliktelse af adfærdsregulerende eller strukturel karakter, der står i *passende forhold* til overtrædelsen, og som er *nødvendig* for effektivt at bringe overtrædelsen til ophør."⁷⁴ I forhold til art. 9 har det, ikke minst etter Rettens avgjørelse i Alrosa, imidlertid vært noe uklart hva denne proporsjonalitetsbegrensningen egentlig innebærer. I sin avgjørelse la Retten til grunn at proporsjonalitetsvurderingen under art. 9 ikke skilte seg fra vurderingen etter art. 7. En slik forståelse innebærer at vedtakskompetansen etter art. 9 vil være parallell med art. 7, dvs. at Kommisjonen bare kan akseptere tilsagn som også kunne vært pålagt ensidig etter art. 7.⁷⁵

I sin dom i Alrosa gjorde Domstolen det imidlertid klart at proporsjonalitetsprøvingen etter art. 9 er langt mer begrenset. Dette har dels sammenheng med prøvingsintensiteten, dels med den spesielle situasjonen som består i at det er foretakene selv som har foreslått tiltakene som gjøres bindende ved vedtaket. Domstolen går prinsipielt til verks og tar utgangspunkt i hhv. art. 7 og 9's egenart. Det heter:

"De specifikke egenskaber ved systemet i artikel 7 og 9 i forordning nr. 1/2003 og de handlemuligheder, som denne forordning giver i henhold til hver af disse bestemmelser, er forskellige, hvilket indebærer, at den pligt til at sikre overholdelsen af proportionalitetsprincippet, der påhviler Kommissionen, har en anden rækkevidde og et andet indhold, alt efter om den vurderes i forbindelse med den ene eller den anden af disse artikler."⁷⁶

⁷⁴ Uthevet her.

⁷⁵ I en artikkel forut for rettens avgjørelse i Alrosa argumenterer Wils for et slikt syn. Han uttaler: "Commitment decisions should thus only be used for commitments that are proportionate and necessary to bring effectively to an end a suspected infringement of Articles 81 or 82 EC, i.e. the type of remedies which the Commission would be able to impose if it proceeded to adopt an infringement decision." (Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, [2006] World Competition 345, på s. 352) Det fremstår imidlertid som uklart om Wils mener at kompetanseskrankene i konkrete saker også vil være identiske; utsagnet kan også ses som en henvisning til tilsagnenes karakter og egenart.

⁷⁶ Sak C-441/07 P Alrosa v Kommisjonen, Sml. 2010 s. I-____, prem. 38.

Deretter viser Domstolen til at mens art. 7 konkret angir proporsjonalitetsprinsippet som kompetanseskranke ved ensidige pålegg av forpliktelser, fritar art. 9 Kommisjonen fra plikten til å konstatere en overtredelse. I stedet gir bestemmelsen hjemmel til å vurdere og eventuelt akseptere foreslåtte tiltak som botemiddel for de konkurransemessige problemer Kommisjonen har konstatert. Etter dette oppsummerer Domstolen proporsjonalitetsbegrensningen som følger:

"Kommissionens gennemførelse af proportionalitetsprincippet inden for rammerne af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 er begrænset til en kontrol af, at de pågældende tilsagn imødekommer de betænkeligheder, som den har underrettet de pågældende virksomheder om, og at disse ikke har foreslået mindre indgribende tilsagn, som imødekommer disse betænkeligheder lige så hensigtsmæssigt. Kommissionen skal imidlertid ved udøvelsen af denne kontrol tage hensyn til tredjemands interesser."⁷⁷

I sin dom hadde Retten lagt til grunn at en tilsvarende proporsjonalitetsvurdering som under art. 7 måtte gjennomføres under art. 9. Ganske åpenbart ville dette sette omfattende begrensninger for hva slags tilsagn som kunne aksepteres og gjøres bindende under art. 9. I stedet vil det etter Domstolens avgjørelse måtte foretas to vurderinger av proporsjonalitet; den ene formell vedrørende spørsmålet om partene har foreslått mindre inngripende tiltak (dvs. hva som er det minst inngripende av det partene har foreslått), og en materiell som fokuserer på tredjeparters interesser.

I forhold til *partene selv* må det vurderes om tilsagnene er egnede til å avbøte de bekymringer Kommisjonen har gitt uttrykk for. Videre må det vurderes om partene har foreslått mindre inngripende løsninger som like effektivt ville løse problemet. Denne begrensningen vil sannsynligvis ikke skape store problemer i praksis.

En særlig problemstilling knyttet til proporsjonalitet ligger i spørsmålet om varighet av tilsagnene. Ordlyden i art. 9 er noe uklar vedrørende spørsmålet om tidsbegrensning, idet det heter at vedtak "kan" fattes for en begrenset periode.⁷⁸ I det opprinnelige forslaget til forordning 1 stod det derimot eksplisitt at vedtaket måtte være tidsbegrenset.⁷⁹ Dette var begrunnet som følger:

⁷⁷ Sak C-441/07 P *Alrosa v Kommisjonen*, Sml. 2010 s. I-_____, prem. 41.

⁷⁸ Andre språkversjoner avviker ikke på noen meningsfull måte fra dette, engelsk versjon bruker "may be adopted", fransk "peut être adoptée" og tysk "Die Entscheidung kann befristet sein".

⁷⁹ KOM (2000) 582 endelig.

"Tidsbegrensningen sikrer, at virksomhederne ikke er bundet af tilsagnene i en ubegrenset periode, og at Kommissionen eventuelt kan tage aftalen eller den pågældende praksis og tilsagnenes virkninger op til fornyet vurdering efter en bestemt periode."⁸⁰

Spørsmålet var opp i Alrosa, men ble ikke avgjort av Domstolen, idet Alrosa ikke hadde godtgjort at proporsjonalitetskravet var satt til side. Kommisjonen argumenterte med at bruken av ordet "kan" ikke innebar en kompetansebegrensning som oppstilte krav om tidsbegrensning.⁸¹ At Domstolen utelukkende vurderte proporsjonalitetsprinsippet i saken kan tas til inntekt for at Kommisjonens syn er det riktige – at vedtakets varighet må bedømmes under proporsjonalitetsprinsippet, men at det ikke ligger absolutte skranker i art. 9. Også GA Kokott legger utvetydig til grunn i sitt forslag til avgjørelse at det ikke kan oppstilles et krav om tidsbegrensning.⁸² I saken går Kokott så langt som til å si at en begrensning ikke ville vært hensiktsmessig medmindre det kunne "forudses, at en virksomhet som De Beers vil miste sin dominerende stilling på kort eller mellemlang sig". For øvrig viser Kokott til at muligheten for gjenåpning av prosedyren, jf. art. 9 nr. 2, vil gi foretakene den tilstrekkelige sikkerhet.

I forhold til *tredjepersoner* vil vurderingen heller ikke være parallell med art. 7. Dette gjelder for det første fordi tilsagnene ikke vurderes opp mot etablerte overtredelser av konkurransereglene, men opp mot de konkurransemessige betenkeligheter som Kommisjonen gir uttrykk for. Der tilsagnene effektivt adresserer konkurransemessige betenkeligheter, må terskelen for at enkeltaktørers interesser skal slå igjennom måtte anses som høy; i Alrosasaken var det på det rene at tilsagnene i realiteten etablerte en kjøpsboikott fra deres viktigste kunde. Det er også vanskelig å forstå Domstolen slik at Kommisjonen har en plikt til å søke å fremforhandle tilsagn som i mindre utstrekning virker negativt for de samme enkeltaktørene. For det andre vil ikke tilsagnene legge rettslige forpliktelser på tredjepersoner; tilsagnene som bekreftes foreslås av foretakene, og vil i kraft av dette bare representere *ensidige handlinger de selv kunne foretatt*, innenfor rammene av konkurranseretten og evt. forpliktelser etter annen lovgivning. Vedtaket som bekrefter tilsagnene vil således gjøre disse bindende for foretaket, uten at vedtaket har direkte rettsvirkninger i form av forpliktelser på

⁸⁰ KOM (2000) 582 endelig, merknader til art. 9.

⁸¹ Sak C-441/07 P Kommisjonen v Alrosa, Sml. 2010 s. I-_____, prem. 108.

⁸² Forslag til avgjørelse i sak C-441/07 P Kommisjonen v Alrosa, Sml. 2010 s. I-_____, avsnitt 217-220.

tredjepersoner.⁸³ At slike for eksempel mister en kunde, som i Alrosa, er ikke en direkte konsekvens av vedtaket, men av at foretakene faktisk etterlever det de har tilbudt overfor Kommisjonen.

Oppsummeringsvis synes det som om proporsjonalitetsprinsippet legger relativt få begrensninger på Kommisjonens kompetanse etter art. 9. Dette er for så vidt lite overraskende; i forhold til partene selv er det på det rene at det er de som har foreslått tilsagnene; i forhold til tredjeparter vil disse uansett ikke pålegges plikter iht. vedtaket, utover det partene selv kunne iverksatt ensidig. Når dette er sagt, er det nettopp klargjøringen av proporsjonalitetsprinsippet begrensede rekkevidde som har representert det viktigste skrittet i utviklingen av art. 9.

4.3 Domstolsprøving

I dette avsnittet fokuseres det på to spørsmål: Først hvem som vil ha rettslig interesse i å bringe art. 9-vedtak inn for Retten, deretter på intensiteten i domstolskontrollen, særlig i forhold til proporsjonalitetsprinsippet.

De tre sakene som har vært anlagt for Retten mot art. 9-tilsagn har kommet fra tredjepersoner, dels hvis interesser påvirkes negativt av tilsagnet, dels som mener at tilsagnene ikke går langt nok.⁸⁴ Det er lite overraskende at foretakene som inngår i forliket ikke har angrepet vedtakene for Domstolene; for det første har de jo akseptert tilsagnene for å få prosedyren avsluttet, for det andre er nedsiden betydelig idet Kommisjonen i tilfelle vedtaket oppheves vil kunne gjenoppta art. 7-prosedyren (og eventuelt kunne pålegge bøter for en konstatert overtredelse).

For det første må det være klart at partene selv vil kunne angripe vedtaket, som er adressert til dem. Riktignok kunne det vært argumentert med foretakene selv har foreslått og akseptert tilsagnene, og at dette sperrer for etterfølgende søksmål. På dette punkt bør det fremheves at Kommisjonen har full diskresjon mht. om den vil akseptere tilsagnene eller ikke. Som vist har foretakene ingen *rett* til å oppnå aksept for sine tilsagn. Den *bindende virkningen* av tilsagnene skyldes således ikke foretakene, men utelukkende Kommisjonens fastsettelse gjennom vedtaket.⁸⁵ Dette tilsier at argumentet

⁸³ Coca-Cola vedtaket er likevel spesielt her, idet Coca-Cola forpliktet seg til å si opp avtaler med tappere som ikke aksepterte tilsvarende vilkår (vedtak 22. juni 2005 i sak COMP/39116). Dette er likevel noe annet enn at andre foretak ilegges rettslig bindende forpliktelser etter vedtaket.

⁸⁴ Utover Alrosa dreier det seg om sak T-45/08 Molina, der bensinstasjoner utfordret Repsols forlik i sak COMP/B-1/38.348. Søksmålet ble imidlertid avvist som for sent anlagt. Den tredje saken er Hynix/Rambus, under saksnumrene T-148/10 og T-149/10.

⁸⁵ Dette er et argument retten også var inne på i sak T-170/06 Alrosa, Sml. 2007 s. II-2601, se prem. 86 der det heter: "Eftersom de af virksomhederne fremsatte tilbud i sig selv er uden bindende

om at tilsagnene er frivillige ikke bør trekkes så langt som til at partene selv ikke bør ha søksmålsadgang.

En interessant parallell her ligger i *Woodpulp*. Som ledd i vedtaket hadde Kommisjonen inngått et forlik med foretakene i bytte mot en reduksjon i boten.⁸⁶ Kommisjonen hadde anført at påstanden om annullering av tilsagnet måtte avvises. Til dette uttalte Domstolen:

"De forpligtelser, tilsagnet pålegger sagsøgerne, må sidestilles med et påbud om at bringe en overtrædelse til ophør i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17. Det følger nemlig af [praksis], at Kommissionen ved denne bestemmelse bemyndiges til at træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør, og at disse kan omfatte både påbud og forbud. Ved at give dette tilsagn har sagsøgerne således blot af grunde, som er deres egne, accepteret en beslutning, som Kommissionen havde kompetence til at vedtage ensidigt."⁸⁷

I saken begrunnes søksmålskompetansen med at Kommisjonen ensidig kunne gi pålegget, dermed kunne ikke partenes aksept frata dem søksmålsmuligheten. I *Alrosa* hadde Retten nettopp begrunnet sin prøvingskompetanse med henvisning til *Woodpulp* og det faktum at art. 9-vedtak også kunne pålegges ensidig.⁸⁸ Det er imidlertid akkurat på dette punkt at Domstolen i *Alrosa* overprøvet Retten. Siden art. 9-tilsagn kan gå lenger enn det Kommisjonen ensidig kunne pålagt, kunne det vært hevdet – ut fra en antitetisk forståelse av *Woodpulp* – at art. 9-vedtak bare kan prøves så langt de kunne vært pålagt ensidig. Søksmålsadgangen kan imidlertid neppe være avhengig av om Kommisjonen *in casu* kunne ha pålagt de samme tilsagnene ensidig, jf. ovenfor er det Kommisjonens vedtak og ikke partenes aksept som gjør tilsagnene rettslig bindende.

Tredjeparter kan ha litt ulik interesse i å bringe søksmål. En mulig gruppe, jf. ovenfor, er tredjeparter som mener sine interesser *negativt berørt av vedtaket*. Tredjeparter kan imidlertid også ha en interesse i overprøve tilsagnene der man mener de *ikke går langt nok* i å avbøte det konkurransemessige problemet, typisk der saken har startet gjennom en klage fra en konkurrent eller kunde. Dette er for eksempel tilfelle i den tredje saken anlagt mot art. 9-vedtak; *Hynix (Rambus)*.⁸⁹ Begge gruppers søksmålskompetanse må

retsvirkning, er det udelukkende Kommissionens beslutning i henhold til artikkel 9 i forordning nr. 1/2003, som har retlige følger for virksomhederne."

⁸⁶ Forente saker C-85 etc./89 A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. v Kommisjonen, Sml. 1993 s. I-1307, prem. 179.

⁸⁷ Forente saker C-85 etc./89 A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. v Kommisjonen, Sml. 1993 s. I-1307, prem. 181.

⁸⁸ Jf. særlig Rettens dom i sak T-170/06 *Alrosa*, Sml. 2007 s. II-2601, prem. 106.

⁸⁹ Sak T-148/10 og sak 149/10 *Hynix Semiconductors v Kommisjonen*, stevninger av 25. mars 2010. Den første saken gjelder selve art. 9-vedtaket, den andre Kommisjonens beslutning om å avvise å gjenåpne saken.

vrderes etter den såkalte Plaumann-testen, der det sentrale er om saksøker anses som direkte og individuelt berørt av vedtaket.⁹⁰

Iht. praksis må det først være klart at en opprinnelig *klager* vil ha rettslig interesse til å angripe et art. 9-vedtak. I Metro uttalte Domstolen at

"Af hensynet såvel til retssikkerheden som til en korrekt anvendelse af artiklerne [101] og [102] følger, at de fysiske eller juridiske personer, som i medfør af artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 er beføjede til at fremsætte en begæring til kommissionen om konstatering af en overtrædelse af de nævnte artikler [101] og [102], skal gives en klageadgang til beskyttelse af deres berettigede interesser, såfremt deres begæring helt eller delvis ikke tages til følge."⁹¹

Selv om Metro gjaldt en negativattest⁹², er det antatt at også et art. 9-vedtak innebærer en avvisning av å konstatere en overtredelse av konkurransereglene.⁹³ Dermed vil klagere kunne forankre sin søksmålsinteresse direkte i Metro-doktrinen. Det er heller ikke slike forskjeller mellom klageres rettsstilling under forordning 1 kontra forordning 17 at dette ikke skulle kunne opprettholdes.

Søksmålsadgangen er imidlertid ikke begrenset til klagere. Også under forordning 17 var kretsen av søksmålsberettigede videre, iht. kravet om at saksøker må være direkte og individuelt berørt.⁹⁴ I lys av dette vil foretak som har etablert en interesse i saken, for eksempel ved å inngi kommentarer til tilsagnene, måtte innrømmes søksmålskompetanse.⁹⁵ Dette forutsetter imidlertid at foretakets individuelt har deltatt i prosedyren.⁹⁶

Det fremstår som langt mer usikkert om en rent markedsmessig forbindelse i seg selv kan være tilstrekkelig til å begrunne søksmålsinteresse. Vedrørende negativ innflytelse

⁹⁰ Sak 25/62 Plaumann v Kommisjonen, 15. Juli 1963, Dansk Specialudgave s. 411.

⁹¹ Sak 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Kommisjonen, Sml. 1977 s. 1875, prem. 13.

⁹² Negativattester var vedtak etter forordning 17 der Kommisjonen konstaterte at det ikke var grunnlag for å gå videre med saken. En negativattest representerte således ingen formell avgjørelse om at adferden var lovlig, selv om dette selvsagt normalt ville være tilfelle.

⁹³ Cook: Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9, World Competition 29(2): 209-228, 2006, s. 223-4.

⁹⁴ Se for eksempel sak 75/84 Metro II, Sml. 1986 s. 3021, prem. 22-23.

⁹⁵ Slik også Wils: Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, [2006] World Competition 345, på s. 363-64, som uttaler at " Participation in the administrative proceedings, by submitting observations in response to the publication pursuant to Article 27(4) of Regulation No 1/2003, may distinguish a potential applicant individually for this purpose".

⁹⁶ Sml. sak C-70/97 P Kruidvat v Kommisjonen, Sml. 1998 s. I-7183, prem. 22, der søksmålsinteresse for et individuelt medlemsforetak i en organisasjon som hadde inngitt svar iht. forordning 17 art. 19(3) ble avvist.

på tredjeparter fremstår situasjonen i Alrosa som ganske ekstrem, idet Alrosa mistet tilgangen til sin viktigste europeiske kunde. Innflytelsen på tredjepersoners interesser kan også være mer indirekte, i Coca-Cola hadde foretaket forpliktet seg til å "use its best efforts to ensure that" alle bryggerier som tappet på lisens fra Coca-Cola også skulle akseptere forliket. Hvis uavhengige tapperer nektet dette, forpliktet Coca-Cola seg til å si opp de relevante avtalene.⁹⁷

Vedrørende søksmålsadgangen viser Domstolen i Alrosa eksplisitt til at det står "frit for en virksomhed, der mener, at den påvirkes af en beslutning, som er vedtaget i henhold til artikel 7 og 9 i forordning nr. 1/2003, at beskytte sine rettigheder i form af et søgsmål til prøvelse af denne beslutning."⁹⁸ Det er imidlertid tvilsomt om en negativ økonomisk innflytelse grunnet etterlevelse av tilsagnene – som partene i og for seg kunne ha implementert uavhengig av Kommisjonens vedtak – i seg selv representerer en tilstrekkelig sterk interesse. Alrosa-saken var spesiell, fordi Alrosa hadde vært part i den parallelle art. 101-prosedyren i saken og ellers ytret seg i saken. Saken gir derfor begrenset veiledning for spørsmålet mer generelt.

En ren økonomisk refleksvirkning på markedet vil neppe være tilstrekkelig til å tilfredsstillende Plaumanntesten, jf. særlig kravet om å være individuelt berørt.⁹⁹ At vedtaket vil ha negative konsekvenser for enhver som kommer i en bestemt posisjon, anses generelt sett ikke å gi rettslig interesse.¹⁰⁰ Annerledes må dette stille seg der tilsagnene adresserer rettsstillingen til enkeltforetak, jf. Coca-Cola der det gjaldt uavhengige tapperier, eller Repsol der det gjaldt selskapets kontraktsparter. Videre må foretak som *begunstiges* gjennom vedtaket, for eksempel i form av plikter til å kontrahere med bestemte kunder, sannsynligvis kunne anlegge søksmål for eksempel med den begrunnelse at vedtaket ikke går langt nok.

Spørsmålet om rettslig interesse kan etableres på grunnlag av rent økonomiske refleksvirkninger er imidlertid neppe særlig praktisk, fordi foretak som berøres av vedtaket normalt vil ha kommentert markedstesten. Ved en slik involvering i prosessen vil det også være lettere å etablere rettslig interesse, jf. ovenfor.

⁹⁷ Sak COMP/A.39.116/B2, vedtak 22. juni 2005, pkt. III B. (s. 26 i versjonen på internett).

⁹⁸ Prem. 90.

⁹⁹ I dommen heter det således: "Persons other than those to whom a decision is addressed may only claim to be individually concerned if that decision affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually just as in the case of the person addressed."

¹⁰⁰ I Plaumann ble det for eksempel ikke ansett å foreligge rettslig interesse fordi saksøker var negativt berørt pga. sin stilling som importør av klementiner, og denne stillingen var ikke noe som særpreget vedkommende; hvem som helst kunne komme i denne posisjonen.

Georgiev argumenterer mot en generell søksmålsadgang for tredjepersoner, ut fra at søksmål fra tredjepersoner vil kunne underminere forliksinstituttet.¹⁰¹ Det vises til at rettighetene er ivaretatt gjennom art. 27 nr. 4 høringen, og at foretak vil kunne gå til private søksmål mot partene for brudd på konkurransereguleringene. På denne bakgrunn fremholder Georgiev at forlik ikke bør kunne angripes av tredjepersoner, og at henvisningen til "en klageadgang til beskyttelse af deres berettigede interesser" i Metro I bør fortolkes slik at den bare omfatter prosesser for nasjonale domstoler. En slik tolkning er det neppe grunnlag for, jf. nå Domstolens uttalelser i Alrosa.

Foreligger søksmålskompetanse, kan vedtak om tilsagn overprøves iht. de forhold som er listet opp i TEUF art. 263. Dette omfatter "inkompetence, væsentlige formelle mangler, overtrædelse af traktaterne eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse samt magtfordrejning." Siden art. 9-vedtak nettopp ikke sier noe om traktaten er overtrådt eller ikke, vil relevante forhold først og fremst være saksbehandlingen samt forhold knyttet til tiltakene selv. Slik det er vist ovenfor, er prosedyren så vidt uformell at rommet for saksbehandlingsfeil er begrenset, hvis det ses bort fra de formelle skrittene som foreløpig vurdering, markedstesting og uttalelse fra rådgivende komité. Slik det også har fremgått, er tredjeparters prosessuelle rettigheter begrenset, jf. for eksempel utkommet i Alrosa, der manglende innsyn i svarene på markedstesting ikke var et brudd på Alrosas prosessuelle rettigheter.

Mer nærliggende kan det derfor være å utfordre selve tiltakenes utforming. I praksis vil dette måtte dreie seg om påstander om at tilsagnene ikke er egnet eller uforholdsmessige. Tredjeparter vil typisk kunne utfordre tilsagnene med anførsler om at de ikke går langt nok. Dette er for eksempel tilfelle i Hynix/Rambus, der det (bl.a.) er anført feil i faktum og at tilsagnene er uegnet til å avbøte de konkurransemessige problemene.¹⁰² Her vil imidlertid Kommisjonen ha betydelig skjønnsfrihet mht. grunnlag for å avslutte saken – jf. 4.4.1 vil det ikke kreves at tilsagnene bringer enhver overtredelse til opphør, så lenge Kommisjonen for eksempel pga. manglende "Union interest" finner ikke å ville gå videre med saken. Samtidig kan det ikke ses bort fra at Kommisjonen i saker hvor det er sendt Statement of Objections med varsel om bøter,

¹⁰¹ Georgiev: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 1022.

¹⁰² Sak T-148/10, stevning publisert i EUT 2010 C 148 s. 41.

kan være noen rettslige skranker ift. art. 9-prosedyren, jf. likevel ovenfor 4.2.1 der det er konkludert med at dette har begrenset betydning.¹⁰³

Påstanden vil evt. være at vedtaket kjennes ugyldig. Det fremstår som usikkert hva som vil være utfallet av en slik dom, fordi det ikke nødvendigvis foreligger noen plikt for Kommisjonen til å fatte vedtak etter art. 7.

Tiltakenes proporsjonalitet vil også kunne prøves, da først og fremst i søksmål anlagt av tredjeparter som mener sine interesser krenket, jf. Alrosa. Prøvingen av proporsjonalitetsprinsippet er imidlertid begrenset. I Alrosa sies det om denne at:

"Domstolskontrollen vedrører udelukkende spørsmålet om, hvorvidt Kommissionens vurdering er åpenbart uriktig."¹⁰⁴

Prøvingen av hvorvidt proporsjonalitetskravet er overholdt er følgelig begrenset til å konstatere åpenbare brudd. Denne begrensede prøvingen må ses i lys av Kommisjonens skjønnsmargin ved komplekse økonomiske vurderinger. GA Kokott anfører i sitt forslag til avgjørelse i saken at

"Undersøgelsen af, om visse foranstaltninger er egnede og nødvendige for at løse et af Kommissionen identificeret konkurrenceproblem, kræver komplicerede økonomiske overvejelser. I denne henseende har Kommissionen en skønsmargin."¹⁰⁵

Generaladvokaten trekker deretter en parallell til fusjonsforordningen, og fremhever at art. 9 i likhet med denne forutsetter prognoser om fremtidig markedsutvikling. En begrenset prøving er i samsvar med konsistent praksis under forordningen, jf. for eksempel Impala:

"Det skal vedrørende realiteten først bemærkes, at Kommissionen råder over et vist skøn, når den foretager økonomiske vurderinger med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i forordningen, særligt dennes artikel 2. Det følger heraf, at Rettens kontrol med en kommissionsbeslutning inden for

¹⁰³ Søksmålet mot Rambus-vedtaket er i så måte illustrerende, idet det i stevningen er anført at "Kommissionen tilsidesatte artikel 9 i forordning 1/2003 ved at vælge den procedure, der er fastsat i denne artikel, mens Kommissionens betænkeligheder angik en alvorlig tilsidesættelse af artikel 102 TEUF i et sådan omfang, at den havde til hensigt at pålægge en bøde."

¹⁰⁴ Sak C-441/07 P Alrosa v Kommisjonen, Sml. 2010 s. I-____, prem. 42.

¹⁰⁵ Forslag til avgjørelse i sak C-441/07 P Alrosa v Kommisjonen, Sml. 2010 s. I-____, avsnitt 70.

rammerne af fusionskontrollen, er begrenset til en undersøgelse af, om de faktiske omstændigheder er korrekt gengivet, og af, om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn."¹⁰⁶

Alt i alt synes således potensialet for domstolsprøving av art. 9-vedtak som begrenset, noe som i og for seg ikke er overraskende tatt i betraktning prosedyrens uformelle karakter. Om løsningen er god, kan det reises spørsmål om, særlig sett i lys av det amerikanske forbildet consent decrees der stadfestelse av en domstol er nødvendig. Disse forholdene tas opp i 5.3 nedenfor.

Et art. 9-vedtak kan også prøves prejudisielt av Domstolen, som ledd i en foreleggelse fra nasjonale domstoler, jf. TEUF art. 267. Dette kan for eksempel være tilfelle ved erstatningskrav fra tredjeparter som mener tilsagnene er brutt, eller i saker der tilsagnene søkes håndhevet av nasjonale konkurransemyndigheter. Videre vil vedtaket kunne prøves som ledd i en senere sak om sanksjoner for brudd på vedtaket.

4.4 Rettsvirkninger og håndhevelse

4.4.1 *Utgangspunkter*

Som et utgangspunkt for vurderingen av tilsagns rettsvirkninger, er det hensiktsmessig å fokusere på hva som *blir* hhv. *ikke blir* avgjort ved et slikt vedtak.

Et art. 9-vedtak vil for det første *ikke* kunne oppfattes slik at det fastslår at det ikke vil kunne foreligge et brudd på art. 101 eller 102 selv om tilsagnene etterleves. Det er sikker rett at Kommisjonen har en frihet til å prioritere saker iht. "Union interest", jf her Automec II-doktrinen.¹⁰⁷ At det ikke er grunn for Kommisjonen til å gå videre med saken for eksempel grunnet manglende "Union interest" betyr således ikke at etterlevelse av forliket innebærer at ethvert brudd på konkurransereglene vil være utelukket. Typisk kan det tenkes effekter i nasjonale eller regionale markeder. Dette spørsmålet er viktig, ikke minst for spørsmålet om hvilken kompetanse nasjonale konkurransemyndigheter besitter etter at Kommisjonen har fattet vedtak. I memoet om art. 9 gjør Kommisjonen det klart at

"while the addressee of a commitment decision does not receive a prohibition decision, with the consequent negative publicity, for a violation of the antitrust rules, neither does it get the Commission's blessing, *the commitment decision being a substitute for a prohibition decision and not*

¹⁰⁶ Sak C-413/06 Bertelsmann AG og Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sml. 2008 s. I-4951, prem. 144.

¹⁰⁷ Sak T-24/90 Automec srl. v Kommisjonen, Sml. 1999 s. II-2223, særlig prem. 77.

for an exemption decision. The commitment decision is a formal settlement solicited by a company under investigation and agreed by the Commission where its enforcement priorities justify this."¹⁰⁸

Utsagnet indikerer at heller ikke Kommisjonen anser et art. 9-vedtak som en endelig forsikring om at det ikke vil kunne foreligge overtredelser så lenge foretaket holder seg innenfor forlikets vilkår. I så måte kan et art. 9-vedtak best sammenlignes med en negativattest under tidligere forordning 17 – som heller ikke eksplisitt avgjorde praksisens lovlighet.

For det andre vil et art. 9-vedtak ikke fastslå at det noensinne har foreligget en overtredelse, det som kjenner seg art. 9 er nettopp at foretak har mulighet til å avslutte saken uten at det fastslås at konkurransereglene er overtrådt, jf. fortalens 13. betraktning. Art. 9-vedtak foregriper dermed verken spørsmålet om overtredelse *forut for* eller *etter* vedtaket.

Det vedtaket derimot avgjør, er tilsagnene selv, som gjøres bindende for foretakene. Deres handlingsrom avgrenses så å si "utenfor" de materielle konkurranseregler, idet disse får et nytt sett regler (tilsagnene) å forholde seg til.

I det følgende gjennomgås først håndhevelsen av vedtakets bindende deler på EU-nivå, før betydningen av rettsvirkninger (eller mangel på slike) undersøkes på nasjonalt nivå.

4.4.2 Håndhevelse og gjennomføring på EU-nivå

Det følger av ordlyden i art. 9 at vedtaket gjør tilsagnet "bindende" for foretakene. I dette ligger at foretakene er forpliktet etter tilsagnene slik at brudd kan føre til sanksjoner.

Med tanke på effektiv gjennomføring stiller Kommisjonen krav om at tilsagnene skal være "unambiguous and self-executing".¹⁰⁹ Dette kan sammenlignes med vilkårene for at EU-bestemmelser skal kunne ha direkte virkning; nemlig at de må være tilstrekkelig klare og presise, samt ikke være avhengig av videre gjennomføring på nasjonalt plan. Hvis gjennomføringen er avhengig av avtale med en tredjepart, krever Kommisjonen således at det fremlegges bevis for at slik avtale er inngått.¹¹⁰ Tilsagn kan heller ikke

¹⁰⁸ Uthevet her. Armengol/Pascual: Some Reflections on Article 9 Commitment decisions in the Light of the Coca-Cola Case, [2006] ECLR 124, på s. 126, uttaler i samme retning at "Art. 9 is conceived as a mechanism to bringing administrative procedures, rather than infringements, to an end."

¹⁰⁹ Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, avsnitt 113.

¹¹⁰ L.c. Merk at f.eks. i Coca-Cola forpliktet Coca-Cola seg til å si opp avtaler med uavhengige tappere hvis de ikke godtok vilkårene i forliket.

være avhengig av godkjenning fra nasjonale myndigheter, likevel slik at der det er avtalt for eksempel et strukturelt tiltak i form av salg av foretak eller aktiva, må nasjonale konkurransemyndigheter kunne behandle salget under de nasjonale reglene om fusjonskontroll, jf. også nedenfor 4.4.3 om nasjonale konkurransemyndigheters etterfølgende intervensjon.

Hvis det er påkrevet, kan det oppnevnes en trustee (forvalter) som skal sikre gjennomføringen av tiltakene.¹¹¹ Denne kan ha to roller, enten som "monitoring trustee" som overvåker gjennomføring og etterlevelse av adferdsmessige tiltak, eller "divestiture trustee" som overvåker eller gjennomfører salg av selskaper eller aktiva. Ordningen med trustee ble etablert under fusjonsforordningen – der de i mange saker fattes vedtak hvor foretakene pålegges ulike tiltak som kan kreve løpende overvåkning – men blir i økende grad benyttet under adferdsreglene gjennom art 9. En slik ordning er viktig for å spare konkurransemyndighetene for ressursbruk knyttet til konstant overvåkning av etterlevelse av vedtak. Både under fusjonsforordningen og under forordning 1 er systemet lagt opp slik at det bare kan oppnevnes forvalter iht. forslag fra partene – Kommisjonen kan således ikke pålegge partene en forvalterordning.¹¹²

Overtredelser av forliket er sanksjonert med bøter, jf. forordning 1 art. 23 nr. 2 c). Taket er det samme som for overtredelser av art. 101 og 102; 10 % av årlig global omsetning. I slike tilfeller er det ikke nødvendig å påvise en selvstendig overtredelse av de materielle konkurransereglene; det er selve overtredelsen av vedtaket som er sanksjonert. Videre kan Kommisjonen pålegge tvangsmulkt på inntil 5 % av daglig omsetning for å fremtvinge etterlevelse, jf. art. 24 nr. 1 c). Hittil har det ikke vært ilagt sanksjoner for ikke-etterlevelse av art. 9-vedtak i EU-retten.

¹¹¹ Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, avsnitt 113

¹¹² I Microsoft hadde Kommisjonen pålagt Microsoft å komme med forslag til en forvalterordning innen 30 dager etter vedtaket (vedtak av 24. mars 2004 i sak COMP/C-3/37.792 Microsoft, art. 7), og forbeholdt seg retten til å pålegge en ordning ved vedtak hvis dette ikke ble etterkommet. Denne delen av vedtaket ble opphevet, idet art. 3 i forordning 17 ikke ble ansett å hjemle en slik kompetanse, bl.a. fordi det innebar en delegasjon av Kommisjonens myndighet, jf. sak T-201/04 Microsoft v Kommisjonen, Sml. 2007 s. II-3601, prem. 1278. Etter fusjonsforordningen (forordning nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om kontrol med fusjoner og virksomhedsovertagelser, EUT 2004 L 24 s. 1), er Kommisjonens kompetanse begrenset til å erklære foretakssammenslutningen forenlig eller uforenlig med det indre marked. Det er opp til partene å foreslå avhjelpende tiltak, som hvis de finnes tilstrekkelige av Kommisjonen vil lede til et vedtak om at sammenslutningen er forenlig. Kommisjonen kan i vedtaket fastsette bestemmelser for å sikre at tilsagnene gjennomføres. Oppnevning av forvalter er følgelig bare aktuelt der partene har foreslått slike avhjelpende tiltak. Dette er annerledes etter konkurranseloven § 16, der Konkurransetilsynet både kan påby tiltak og oppnevne forvalter som vilkår for godkjenning. I praksis håndteres sakene imidlertid ganske parallelt med EU-reglene.

4.4.3 Forholdet til nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler

En art. 9-prosedyre vil på flere måter ha betydning for nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler. For det første vil nasjonale konkurransemyndigheter miste sin kompetanse til å håndheve art. 101 og 102 på det tidspunkt hvor Kommisjonen innleder prosedyre, jf. forordning 1 art. 11 nr. 6 og ovenfor 4.1.1 om relevante tidspunkter i art. 9-prosedyren. Et slikt krav gjelder ikke for de alminnelige nasjonale domstoler, slik at innledning av prosedyre i en art. 9-sak ikke vil kreve stansing av nasjonale prosesser vedrørende overtredelser av konkurransereglene i samme sak, jf. likevel straks nedenfor.

Når vedtak er fattet, følger det av forordning 1 art. 16 nr. 2 at nasjonale konkurransemyndigheter ikke vil kunne fatte vedtak "i strid" med vedtak fra Kommisjonen. En tilsvarende plikt gjelder nasjonale domstoler, jf. art. 16 nr. 1.¹¹³ Siden domstolene ikke generelt vil miste kompetanse ved innledning av prosedyre, oppstår det en fare for at domsavsigelser kan komme i konflikt med senere vedtak. For å redusere denne risikoen er domstolene pålagt en slags preventiv plikt etter art. 16:

"De skal likeledes undgå at træffe afgørelser, som vil være i strid med en beslutning, som Kommissionen har til hensigt at træffe i en procedure, som den har indledt. Med henblik herpå kan de nationale domstole vurdere, om det er nødvendigt at udsætte sagen."

Plikten fremstår som uskarp. En forutsetning må være at Kommisjonen har gitt uttrykk for hva slags vedtak som skal fattes, samt for hovedinnholdet i dette. I art. 9-prosedyren vil plikten etter art. 16 dermed neppe kunne ha selvstendig betydning før det er offentliggjort en art. 27 nr. 4 kunngjøring, dvs. en markedstesting av tilsagnene.

Spørsmålet er hva som nærmere ligger i vilkåret om avgjørelser "i strid" med Kommisjonens vedtak. For domstolene vil dette ikke utgjøre et problem der de skal ta stilling til rettsvirkninger av allerede begåtte overtredelser, for eksempel erstatning eller restitusjon, idet intet domsresultat vil kunne sies å være i strid med art. 9-vedtaket (som nettopp forholder seg nøytralt mht. spørsmålet om overtredelse er begått eller ikke).¹¹⁴ Tilsvarende gjelder nasjonale myndigheters sanksjonering av tidligere overtredelser. Dette er også fremhevet eksplisitt i fortalens prem. 13, der det sies at "Beslutninger om

¹¹³ Art. 16 er utformet på bakgrunn av Domstolens avgjørelse i sak C-344/98 *Masterfoods v HB Icecream*, Sml. 2000 s. I-11369.

¹¹⁴ På dette punktet er det også bred enighet i litteraturen, se Schweitzer: *Commitment Decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: The developing EC Practice and Case Law*, EUI Working Paper 2008/22, s. 13 med henvisninger.

tilsagn anfægter ikke medlemsstaternes konkurrencemyndigheters og domstoles kompetence til at foretage en sådan konstatering [av overtredelse] og træffe afgørelse i sagen." Videre understrekes det samme i prem. 22, som omhandler art. 16 om motstridende beslutninger. Her sies det:

"Af hensyn til retssikkerheden og den ensartede anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler under en ordning med parallel kompetence skal modstridende beslutninger undgås. Det bør derfor i overensstemmelse med Domstolens retspraksis præciseres, hvilke virkninger Kommissionens beslutninger og procedurer har for medlemsstaternes domstole og konkurrencemyndigheder. Kommissionens beslutninger om tilsagn berører ikke medlemsstaternes konkurrencemyndigheters og domstoles kompetence til at anvende traktatens artikel [101] og [102]."

Disse uttalelsene har også betydning for nasjonale myndigheters og domstolers muligheter for å sanksjonere adferd i *etterkant av forliket*. Poenget er at selv fullstendig etterlevelse av art. 9-tilsagn ikke vil gi foretakene trygghet for sanksjoner på nasjonalt nivå. Et etterfølgende vedtak fra en nasjonal konkurransemyndighet som går ut på at adferden likevel er i strid med art. 101 eller 102 vil ikke være "i strid" med vedtaket, jf. ovenfor der det er vist at et art. 9-vedtak ikke tar endelig stilling til spørsmålet om det fortsatt foreligger en overtredelse, kun at det ikke lenger er grunn for Kommisjonen til å fortsette sin prosedyre.

Kommisjonen synes også selv å ha lagt seg på denne linjen, jf. uttalelsene i memoet om art. 9 der det sies at foretakene "may still face enforcement action before Member States' authorities and courts, provided that the uniform application of the competition rules throughout the EU is not jeopardized."¹¹⁵ Synspunktet har også støtte i litteraturen.¹¹⁶ Flere har imidlertid tatt til orde for at nasjonale konkurransemyndigheters kompetanse må være mer begrenset, for ikke å undergrave art. 9's troverdighet og kompetansefordelingen i forordning 1.¹¹⁷ Når dette er sagt, er det på det rene at

¹¹⁵ MEMO/04/217.

¹¹⁶ Wils: Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, [2006] World Competition 345, på s. 362, Temple-Lang: Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision, [2003] ECLR 347, på s. 349, som uttaler at "The better interpretation seems to be that the Commission may take its enforcement priorities into account, but that it should make the firmest statement it can about the unlikelihood of any infringement occurring if the commitment is fully carried out."

¹¹⁷ Slik Sousa Ferro: Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions, [2005] ECLR 451, på s. 455-6, se videre Schweitzer: Commitment Decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: The developing EC Practice and Case Law, EUI Working Paper 2008/22, s. 25-6.

formuleringene i fortalen ble lagt til etter det opprinnelige forslaget, der forslaget var at en art. 9 beslutning ville binde nasjonale konkurransemyndigheter.¹¹⁸ Fortalens eksplisitte avvisning av at et forlik utelukker nasjonale konkurransemyndigheters håndhevelse av art. 101 og 102 må etter min oppfatning legges til grunn. Samtidig må det understrekes at det ikke stilles de samme krav til utredning av saken som ved art. 7-vedtak, på den måten at vedtak etter art. 9 ikke på en betryggende måte kan bringe klarhet i at enhver overtredelse er brakt til opphør. I praksis fremstår likevel muligheten for at nasjonale konkurransemyndigheter skal agere slik at adferd innenfor forliket sanksjoneres som liten, noe som også er fremhevet i litteraturen.¹¹⁹

Det faktum at forordning 1 art. 3 åpner for at medlemsstatene kan ha strengere konkurranselovgivning rettet mot ensidig adferd, understreker også at nasjonale konkurransemyndigheter må kunne intervensere etter en slik strengere nasjonal regel og evt. pålegge plikter som går lenger enn art. 9-vedtaket. I et slikt tilfelle kan de nasjonale konkurransemyndighetenes intervensjon heller ikke kunne sies å være rettet mot de samme "betænkeligheter" som Kommisjonenens vedtak. Denne kompetansen må sies å være i behold selv om forordning 1 skulle tolkes slik at nasjonale konkurransemyndigheter ikke kan gripe inn mot den samme adferd som var gjenstand for forliket med Kommisjonen.

Derimot vil *selve tilsagnene* ikke kunne overstyres av nasjonale myndigheter eller nasjonale domstoler. Disse vil følgelig ikke kunne pålegge eller forby handlinger på en måte som kommer i konflikt med det foretakene er forpliktet til etter vedtaket, og som gjør det umulig for foretakene å etterleve vedtaket. Denne plikten går sannsynligvis også lenger enn til den rent formelle motstrid; ethvert vedtak som vil motvirke den effektive gjennomslagskraften av Kommisjonenens vedtak vil være i strid med den alminnelige lojalitetsplikten i TEU art. 4 nr. 3 (EØS art. 3).¹²⁰

¹¹⁸ Se også Hvitboken om modernisering av konkurransereglene, EUT 1999 C 132 s. 1, avsnitt 98.

¹¹⁹ Wils: Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, [2006] World Competition 345, på s. 363. Art. 9-prosedyren i Coca-Cola startet som en klage til spanske konkurransemyndigheter. Som følge av Kommisjonenens parallelle etterforskning la de spanske konkurransemyndigheter saken til side. I etterkant av Kommisjonenens art. 9-vedtak fra 2005 gjennomførte spanske myndigheter høring i saken, og henla den deretter saken under henvisning til forordning 1 art.13 nr. 2. Se nærmere om saken Armengol/Pascual: Some Reflections on Article 9 Commitment decisions in the Light of the Coca-Cola Case, [2006] ECLR 124. Coca-Cola fremforhandlet visstnok særskilte tilsagn med belgiske konkurransemyndigheter, se op.cit. note 14.

¹²⁰ Se Gasparon/Višnar: Coca-Cola: Europe-wide remedies in fizzy drinks, Competition Policy Newsletter 2005/3, s. 60, på s. 64.

Heller ikke dette fremstår som noe stort problem i praksis. En mulig problemstilling knytter seg til strukturelle tiltak i form av salg av aksjer, virksomhet eller aktiva, som etter forholdene vil være underlagt nasjonal fusjonskontroll. I et slikt tilfelle vil det imidlertid måtte være foretakene som har risikoen for at transaksjonen som skal gjennomføres for å etterleve tilsagnene blir godkjent av nasjonale konkurransemyndigheter. Art. 16 kan i alle fall ikke være til hinder for at nasjonale myndigheter forbyr transaksjonen fordi den virker begrensende på konkurransen i et nasjonalt marked. Heller ikke etter fusjonsforordningen er oppfyllelse av vilkår satt for å godkjenne en fusjon unndratt nasjonal fusjonskontroll.¹²¹

Så langt nasjonale konkurransemyndigheters kompetanse til å intervensere etter nasjonal rett. Det kan også stilles spørsmål om nasjonale konkurransemyndigheter kan ha adgang til selv å håndheve art. 9-vedtak der tilsagnene brytes. Selv om Kommisjonen er ansvarlig for å sikre oppfølging av vedtakene, og kan ilegge sanksjoner med dette formål, er situasjonen ikke helt upraktisk, for eksempel der tilsagnene brytes i enkelte medlemsland uten at Kommisjonen finner bruddet alvorlig nok til å iverksette en full prosedyre. Det må imidlertid være klart at en slik mulighet er avhengig av hvilke regler som finnes i nasjonal rett. Forordning 1 er taus om nasjonale myndigheters håndhevelse av art. 9-vedtak (art. 5 sier bare at nasjonale myndigheter kan akseptere tilsagn, men gir neppe selvstendig hjemmel for dette, jf. 7.1 nedenfor), og det finnes uansett ingen sanksjoner myndighetene kan gripe til, med mindre dette er hjemlet i nasjonal rett.¹²²

Kompetanse til å håndheve kan også vanskelig utledes av forordning 1 i kombinasjon med TEU art. 4 nr. 3.¹²³ Tatt i betraktning at det kan være et reelt behov for håndhevelse av slike vedtak gjennom nasjonal konkurransemyndigheter, kan det her synes å være en svakhet i gjennomføringen av idéen om desentralisert håndhevelse og at saker skal behandles av den konkurransemyndighet som er best egnet. Det må imidlertid være klart at nasjonale konkurransemyndigheter vil ha et ansvar for å ta opp en sak om brudd på tilsagn, jf. TEU art. 4 nr. 3, men saken må da angripes som en overtredelse av

¹²¹ Se kunngjøringen om remedies i fusjonssaker, EUT 2008 C 267 s. 1, avsnitt 104.

¹²² Slik også Armengol/Pascual: Some Reflections on Article 9 Commitment decisions in the Light of the Coca-Cola Case, [2006] ECLR 124, på s. 129, Sousa Ferro: Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions, [2005] ECLR 451, på s. 455.

¹²³ Tilsynelatende motsatt Temple-Lang: Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law, Fordham Corp. Law Institute, Annual Proceedings 2005, s. 265, på s. 290.

art. 101 eller 102.¹²⁴ På dette punkt synes det imidlertid å være et behov for å klarlegge hvilke krav EU-retten stiller, og hvordan disse i tilfelle best kan implementeres.

I medlemsstater hvor det er gjennomført et tilsagnsinstitutt på nasjonal plan, og myndighetene besitter sanksjoner for å håndheve disse, er det nærliggende å anta at denne kompetansen må kunne benyttes også til å håndheve Kommisjonen vedtak. Enhver intervensjon i slike saker bør skje i nær dialog med Kommisjonen, jf. igjen plikten til lojalt samarbeid i TEU art. 4 nr. 3.

4.4.4 Privat håndhevelse

Spørsmålet om art. 9-vedtak og privat håndhevelse har to sider: For det første hvilken betydning et slikt vedtak har i saker for nasjonale domstoler om erstatning og lignende som følge av påståtte overtredelser av art. 101 og 102 i samme sak, for det andre i hvilke rettsvirkninger overtredelser av et vedtak vil kunne ha, og om selve vedtaket dermed også kan håndheves av private.

I saker om rettsvirkninger av brudd på konkurransereglene vil art. 9-vedtak ikke ha noen direkte innflytelse, idet vedtaket nettopp ikke tar stilling til om konkurransereglene er overtrådt. I en utvikling der det legges stadig større vekt på privat håndhevelse, er det nettopp en slik mulighet til å avslutte saken overfor Kommisjonen uten å legge føringer for private søksmål som gjør forliksinstituttet særlig attraktivt for foretak, jf. nedenfor 5.3. At forliket nok kan ha indirekte betydning – først og fremst til gunst for den som søker å etablere en overtredelse – er en annen sak, jf. nedenfor, men dette er uansett noe langt mindre enn et vedtak som slår positivt fast at det har skjedd en overtredelse. Samtidig kan dokumenter i sakens anledning etter forholdene bli krevet utlevert i nasjonale rettsprosesser.

Også selve art. 9-vedtaket skal som utgangspunkt kunne håndheves for alminnelige domstoler.¹²⁵ I kraft av et vedtak er tilsagnene bindende for de foretak det er rettet til, jf. TEUF art. 288 fjerde ledd. I dette ligger at vedtaket vil skape umiddelbare forpliktelser for foretakene. Slike forpliktelser vil i prinsippet kunne håndheves for nasjonale domstoler, enten i form av forføyninger (evt. midlertidige), erstatning og etter forholdene restitusjon/ugyldighet. Mht. art. 9-vedtak reiser det seg imidlertid en rekke

¹²⁴ Det er meget mulig at medlemsstatene iht. lojalitetsplikten er forpliktet til å sikre håndhevelse av art. 9-vedtak på nasjonal plan, slik Temple-Lang, l.c.

¹²⁵ Inngående om denne situasjonen Davies/Das: Private Enforcement of Commission Commitment Decisions: A Steep Climb, not a Gentle Stroll, Fordham Corp. Law Institute, Annual Proceedings 2005, s. 199-226.

spørsmål, først og fremst knyttet til direkte virkning, rettslig interesse og spørsmålet om hva som representerer et relevant erstatningsmessig tap ved brudd på tilsagn. Selv om disse spørsmålene langt på vei har funnet sin løsning ved overtredelser av art. 101 og 102, kan disse vanskelig overføres direkte til art. 9-vedtak, samtidig som selve vedtaksformen reiser særskilte spørsmål.

I det følgende ser jeg først på spørsmålet om direkte virkning av art. 9-vedtak, og hvordan prinsippene som er utpenslet for slik virkning på generelt plan gir seg utslag ved art. 9-vedtak.

En forutsetning for enhver privat håndhevelse av EU- eller EØS-rettslige rettsregler er at de har direkte virkning – i den betydning at de er tilstrekkelig klare, presise og ikke avhengige av ytterligere gjennomføring.¹²⁶ Mao. må reglene være egnet til å anvendes av nasjonale domstoler, dels ved å være ubetinget, dels tilstrekkelig presise. Et godt eksempel er statsstøttereglene, som bortsett fra den konkrete forpliktelsen til ikke å iverksette støtte før den er godkjent ikke har slik virkning.¹²⁷

Disse prinsippene må som utgangspunkt også gjelde for kommisjonsvedtak i konkurransesaker. EU-domstolen har likevel ikke tatt endelig stilling til spørsmålet om direkte virkning av vedtak i konkurransesaker. I Grad, som gjaldt et vedtak om skatteharmonisering, er spørsmålet imidlertid drøftet for så vidt gjelder vedtak fra Rådet. Her ga Domstolen følgende prinsipputtalelse:

"However, although it is true that by virtue of Article 189 [nå art. 288 TEUF], regulations are directly applicable and therefore by virtue of their nature capable of producing direct effects, it does not follow from this that other categories of legal measures mentioned in that article can never produce similar effects. In particular, the provision according to which decisions are binding in their entirety on those to whom they are addressed enables the question to be put whether the obligation created by the decision can only be invoked by the community institutions against the addressee or whether such a right may possibly be exercised by all those who have an interest in the fulfilment of this obligation. It would be incompatible with the binding effect attributed to decisions by article 189 [nå art. 288 TEUF] to exclude in principle the possibility that persons affected may invoke the obligation imposed by a decision. Particularly in cases where, for example, the Community authorities by means of a decision have imposed an obligation on a member state or all the member states to act in a certain way, the effectiveness ("l'effet utile") of such a measure would be weakened if the nationals of that state could not invoke it in the courts and the national courts could not take it into consideration as

¹²⁶ Forutsetningen er selvsagt at reglene er umiddelbart anvendelige (direktivets direkte virkning skal ikke problematiseres her).

¹²⁷ Se nærmere Alterskjær m.fl: Statsstøtte, Bergen 2008, s. 348.

part of community law. Although the effects of a decision may not be identical with those of a provision contained in a regulation, this difference does not exclude the possibility that the end result, namely the right of the individual to invoke the measure before the courts, may be the same as that of a directly applicable provision of a regulation.

Article 177 [nå art. 267 TEUF], whereby the national courts are empowered to refer to the Court all questions regarding the validity and interpretation of all acts of the institutions without distinction, also implies that individuals may invoke such acts before the national courts. Therefore, in each particular case, it must be ascertained whether the nature, background and wording of the provision in question are capable of producing direct effects in the legal relationships between the addressee of the act and third parties."¹²⁸

Saken indikerer entydig at også vedtak vil kunne ha direkte virkning i den betydning av private vil kunne håndheve dem for nasjonale domstoler. Det fremgår imidlertid også at spørsmålet må avgjøres etter en konkret vurdering av den enkelte vedtaket, samtidig som virkningen ikke nødvendigvis vil være identisk med for eksempel forordninger.

Slik det er vist vil art. 9-vedtak være "bindende" i forhold til adressaten(e), slik at dette vilkåret må anses oppfylt. Spørsmålet er dermed hvordan art. 9-vedtak forholder seg til Domstolens vurderingskriterium, dvs. "whether the nature, background and wording of the provision in question are capable of producing direct effects." Dette er mer enn bare en vurdering av om vedtaket er tilstrekkelig presist og ubetinget; man må også se på forpliktelsen art og reise spørsmålet om vedtaket også tar sikte på å skape rettigheter for tredjepersoner.

På denne måten føyer Domstolens tilnærming seg inn i diskusjonen vedrørende såkalt "objektiv" og "subjektiv" direkte virkning.¹²⁹ Med objektiv direkte virkning menes kravet om at rettsakten må være ubetinget og tilstrekkelig presis. For at private skal kunne påberope reglene for nasjonale domstoler kan det også oppstilles krav om at private må være gitt "rettigheter" ved regelverket.

Det kan være litt usikkert om krav om at reglene må gi private en rettighet som forutsetning for direkte virkning egentlig spiller på den direkte virkningen, eller om det mer er et spørsmål om å etablere en "rettighet" eller "beskyttet interesse" som forutsetning for å kunne kreve for eksempel erstatning eller som grunnlag for rettslig interesse. Praksis og litteratur er ikke klare på dette punkt. Domstolens avgjørelse i *Muñoz* indikerer i alle fall at det ikke stilles særlig strenge krav til en slik "rettighet" der

¹²⁸ Sak 9/70 *Franz Grad v Finanzamt Traunstein*, [1970] ECR 825, prem. 5-6.

¹²⁹ Se nærmere Hjelmeng: *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Bergen 2003, s. 61 med videre henvisninger.

det er tale om søksmål med det formål å tvinge konkurrenter til å etterleve EU-lovgivning.¹³⁰ I saken var et søksmål anlagt for å tvinge en konkurrent til å overholde bestemmelser i en forordning innenfor den felles landbrukspolitik avvist pga. manglende *locus standi*. Spørsmålet var om avskjæring av søksmålskompetansen var fellesskapsstridig. EF-domstolen resonnererte som følger:

"[E]n forordning ifølge EF-traktatens artikkel 189, stk. 2 [nå art. 288 TEUF], er almenyldig og gjelder umiddelbart i hver medlemsstat. Den kan derfor på grund af selve sin karakter og funktion i det fællesskabsretlige retskildesystem skabe rettigheder for private, som de nationale retter er forpligtet til at beskytte.

Det påhviler de nationale domsmyndigheder, der inden for rammerne af deres kompetence har til opgave at anvende fællesskabsbestemmelserne, at sikre disses fulde virkning.

I den forbindelse bemærkes, [...], at formålet med anvendelsen af fælles kvalitetsnormer er at holde produkter af utilstrækkelig kvalitet borte fra markedet, at tilpasse produktionen således, at forbrugernes behov opfyldes, og at lette handelsforbindelserne på grundlag af loyal konkurrence. [...] Det præciseres i tyvende betragtning til samme forordning, at den fælles markedsordnings bestemmelser skal overholdes af alle de erhvervsdrivende, de gælder for, da deres virkning ellers foretages.

Det må derfor antages, at det er en betingelse for at sikre den fulde virkning af bestemmelserne vedrørende kvalitetsnormer, og navnlig den effektive virkning af forpligtelsen i artikkel 3, stk. 1, såvel i forordning nr. 1035/72 som i forordning nr. 2200/96, at det skal være muligt for en erhvervsdrivende at kræve denne forpligtelse overholdt gennem et civilt søgsmål mod en konkurrent.

Muligheden herfor forøger således virkningen af Fællesskabets bestemmelser om kvalitetsnormer. Ved at supplere foranstaltninger truffet af de organer, som medlemsstaterne har udpeget til at udføre den i bestemmelserne foreskrevne kontrol, bidrager den til at forebygge konkurrencefordrejende praksis, der ofte kan være vanskelig at afsløre. I denne forbindelse vil sagsanlæg ved de nationale domstole fra konkurrerende erhvervsdrivende have særlige gode muligheder for at bidrage væsentligt til at sikre loyal samhandel og markedsgennemsigtighed inden for Fællesskabet."¹³¹

Dette er en prinsipielt viktig uttalelse fordi den kan sies å løse på koblingen mellom "rettigheter" og "direkte virkning". I stedet fremstår direkte virkning mer som en rent objektiv forutsetning for at reglene skal kunne anvendes av nasjonale domstoler.

¹³⁰ Sak C-253/00 Antonio Muñoz y Cia SA og Superior Fruiticola SA v Frumar Ltd og Redbridge Produce Marketing Ltd., Sml. 2002 s. I-7289.

¹³¹ Sak C-253/00 Antonio Muñoz y Cia SA og Superior Fruiticola SA v Frumar Ltd og Redbridge Produce Marketing Ltd., Saml. 2002 side I-7289 (Muñoz), prem. 27-31, henvisninger utelatt.

Betydningen av om private også er gitt rettigheter kommer først på spissen når det skal vurderes hvilke rettsvirkninger rettsakten kan lede til i det konkrete tilfellet. I en situasjon hvor søksmålet "bare" gjelder krav om etterlevelse og ikke inkluderer for eksempel erstatning, kan en "objektiv" direkte virkning i kombinasjon med krav til EU-rettens effektive gjennomslag være tilstrekkelig til å gi private søksmålskompetanse for nasjonale domstoler. Blir det tale om andre konkrete rettsvirkninger, må det likevel være klart at forutsetningen må være brudd på en rettighet utledet av EU-retten.

Vedtaket om tilsagn er noe vanskelig å plassere i denne sammenheng. Opprinnelig var muligheten for håndhevelse av vedtakene ved nasjonale domstoler sterkt fremme, og kan ses på som et temmelig sentralt hensyn i Kommisjonens opprinnelige forslag.¹³² Slik forordningen ble vedtatt nevner den imidlertid intet om privat håndhevelse av art. 9-vedtak. Kommisjonen har imidlertid gitt uttrykk for at vedtakene har denne egenskapen.¹³³

Et grunnleggende spørsmål vil være hvilken funksjon art. 9-vedtak er ment å ha i forhold til konkurrenter eller kunder på markedet. Slik det er påpekt, innebærer art. 9-vedtak ingen stillingtagen til spørsmålet om overtredelse av art. 101 eller 102. Vedtaket kan anses som en enkel måte å avslutte saker på, som både ivaretar Kommisjonens behov for å spare ressurser og samtidig representerer markedsløsninger som er i samsvar med Kommisjonens politikk. Et slikt syn toner klart nok ned betydningen av private "rettigheter", selv om det ikke kan utelukkes at også denne funksjonen i alle fall kan være tilstrekkelig til at EU-retten krever søksmålskompetanse på linje med *Muñoz*. Art. 9 kan imidlertid også ses under den synsvinkelen at vedtakene effektiviserer håndhevelsen ved å åpne for mer konkret tilpassede virkemidler tilpasset det enkelte markedet, og at disse kan gjøres mer målrettede enn det Kommisjonen ensidig kunne pålagt etter art. 7, jf. 5.2 om ulikhetene i kompetanse. I saker hvor tilsagnene nettopp tilgodeser bestemte konkurrenter – et foretak forplikter seg for eksempel til å forsyne en konkurrent med bestemte kvanta – er det problematisk å hevde at denne forpliktelsen ikke skal kunne håndheves for nasjonale domstoler og etter forholdene også gi opphav til erstatningsansvar der forpliktelsen brytes. Tilsvarende gjelder der foretak for eksempel forplikter seg til likebehandling, eller til å gi tilgang for konkurrenter. Alt i alt

¹³² Se Hvitboken om modernisering av konkurransereglene, EUT 1999 C 132 s. 1, avsnitt 90, og enda klarere i Forslaget til forordning 1 (KOM(2000) 582 end.) s. 18. Dette var også gjentatt i fortalen til det opprinnelige forslaget, der det i betraktning 12 heter at "tredjemand kan gøre dem gældende ved de nationale domstole...".

¹³³ Jf. kunngjøring om samarbeid med de nasjonale domstoler, EUT 2004 C 101 s. 54, avsnitt 7 og note 15, jf. også memoet om art. 9-vedtak (MEMO/04/217).

er det ikke vanskelig å komme opp med eksempler på tilsagn som tilgodeser bestemte konkurrenter. På den annen side er det heller ikke vanskelig å peke på forliksløsninger som vanskelig kan sies å tilgodese bestemte foretak eller kunder, men som mer retter seg mot markedsadferden som sådan. Når dette er sagt, synes det likevel som om en slags hovedgruppe av tilsagnsvedtak dreier seg om positive og konkrete forslag for å lette markedsadgangen – og nettopp i slike tilfeller vil konkurrenter kunne representere en umiddelbart beskyttet interesse.

Konklusjonen er etter min oppfatning at art. 9-vedtak prinsipielt sett vil kunne håndheves ved de alminnelige domstolene, men at spørsmålet om hvilke rettsvirkninger som kan være aktuelt vil måtte fastlegges konkret ut fra det enkelte vedtaket.

Det synes ganske uproblematisk å hevde at private må kunne kreve etterlevelse gjennom midlertidige eller endelige forføyninger. Har foretak for eksempel forpliktet seg til å levere varer til bestemte kunder, må leveranser kunne fremtvinges som en forføyning. Slike søksmål kan iht. *Muñoz* heller ikke være utelukket der forliket ikke tilgodeser bestemte foretak, men markedet som sådan.

Vedrørende erstatningsansvar fremstår adgangen til privat håndhevelse som mindre opplagt, fordi det kan stilles spørsmål om inngåelse av et forlik med Kommisjonen prinsipielt sett bør påføre foretaket erstatningsansvar overfor konkrete konkurrenter eller kunder. Slike krav reiser også problemstillinger knyttet til relevant skade i betydningen hvilke konkrete skader vedtaket tar sikte på å beskytte mot. Selv om private kan ha en berettiget interesse i at vedtaket etterleves, er det etter min oppfatning langt mindre opplagt at de også skal være erstatningsrettslig vernet – utover det som følger av Traktatens materielle konkurranseregler. Art. 9-vedtak bør derfor ikke gi opphav til erstatningsansvar lenger enn eventuelle brudd også representerer en overtredelse av de materielle konkurransereglene. I slike tilfeller vil erstatningsvernet følge direkte av Traktaten.¹³⁴

Forliksvetakt vil også kunne ha betydning for inngåtte kontrakter. I slike tilfeller vil det imidlertid vanskelig kunne være tale om ugyldighetsvirkninger på linje med art. 101 nr. 2, i alle fall ikke *til skade* for tredjeparter som har kontrahert med foretak forpliktet av forliket.¹³⁵ Det vil være paradoksalt om foretak skulle kunne forplikte seg overfor Kommisjonen for deretter å unndra seg kontraktsrettslige forpliktelser. Det kan likevel hevdes at det er Kommisjonens vedtak som skaper forpliktelsen, og dermed også den

¹³⁴ Se sakene C-453/99 *Courage v Crehan*, Sml. 2001s. I-6297 og forente saker C-295-298/04 *Manfredi*, Sml. 2006 s. I-6619.

¹³⁵ Se nærmere om konkurranserettslig ugyldighet Erling Hjelmeng: *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Bergen 2003, s. kap. 10 og 13, med videre henvisninger

mulige ugyldighetssituasjonen. Dette kan likevel ikke være avgjørende, fordi Kommisjonen da vil gripe inn i rettigheter for foretak som ikke er part i saken. Med mindre kontraktsparten har vært del av prosedyren og selv har fremlagt tilsagnene, må ugyldighet til skade for tredjemann være begrenset til tilfeller hvor kontrakten på selvstendig grunnlag kommer i strid med art. 101. Hvis tilsagnet går ut på å gi medkontrahenten *større rettigheter*, stiller saken seg annerledes. Det må imidlertid være opp til medkontrahenten om vedkommende vil akseptere et slikt tilbud eller ikke.

Der en *senere* avtale kommer i strid med et *tidligere* tilsagnsvedtak, for eksempel fordi et foretak har akseptert ikke å inngå bestemte typer klausuler eller har akseptert særlige varighetsbegrensninger, er løsningen mindre åpenbar. I et slikt tilfelle vil det foreligge en skranke som medkontrahenten bør være kjent med, slik at argumentet om inngrep i andres rettigheter ikke gjør seg gjeldende med samme styrke. Likevel er det grunn til å vise tilbakeholdenhet med å anvende en ugyldighetssanksjon. I den utstrekning avtalen i seg selv virker konkurransebegrensende, følger ugyldigheten allerede av art. 101 nr. 2. Samtidig er det på det rene at tilsagnsvedtaket vil kunne håndheves gjennom sanksjoner mot det foretaket det retter seg mot. Det er vanskelig å se at det skulle være et selvstendig behov for en ugyldighetssanksjon utover dette. En slik mulighet kan likevel ikke utelukkes, for eksempel der foretaket etter et tilsagnsvedtak er forpliktet til å gi medkontrahenter bestemte rettigheter, og disse er innskrenket i senere avtaler.

EØS-retten reiser enkelte tillegsspørsmål. Som kjent er det ingen direkte virkning av ikke-gjennomførte rettsakter etter EØS-avtalen.¹³⁶ Doktrinen om direkte virkning gjelder imidlertid for rettsakter som er gjennomført i norsk rett – i den forstand at de må legges til grunn av norske domstoler hvis de tilfredsstillende ovennevnte kravene til direkte virkning i EU-retten. Dette reiser spørsmål om "gjennomføringen" av vedtak fra hhv. Kommisjonen og ESA. I denne sammenheng må det etter min oppfatning være avgjørende at selve vedtakskompetansen er gjennomført i norsk rett. For ESA gjelder dette forskrift 966/92 om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen kap. 2 (som gjennomfører forordning 1 mht. ESAs kompetanse), og for Kommisjonen samme forskrifts kap. XVII (som gjennomfører EØS-avtalen protokoll 21 om gjennomføring av konkurransereglene.) At vedtakene har virkninger i nasjonal rett understrekes også av EØS-krrl § 6 (som gjennomfører forordning 1 art. 16 om at vedtak fra ESA er bindende for norske konkurransemyndigheter) og EØS artt. 109 og 110 (om hhv. gjennomføring

¹³⁶ EØS-avtalen forholder seg nøytral mht. om den nasjonale resepsjonen skjer i form av dualisme eller monisme. Diskusjonen i det følgende tar sikte på gjennomslaget i norsk rett.

av konkurransebestemmelsene og om tvangskraft for bøter i konkurransesaker). På denne bakgrunn må art. 9-vedtak måtte anses å ha den samme gjennomslagskraft i norsk rett som i EU-landene, likevel slik at det knytter seg noe mer usikkerhet til Kommisjonens vedtak, særlig der de ikke er adressert til foretak i Norge.

4.5 Gjenåpning av prosedyren

Art. 9 regulerer selv når prosedyren kan gjenåpnes, jf. annet ledd. Bestemmelsen oppstiller tre alternativer:

- "a) hvis de faktiske forhold ændrer sig med hensyn til et punkt, der var væsentligt for beslutningen
- b) hvis de deltagende virksomheder handler i strid med deres tilsagn, eller
- c) hvis beslutningen bygger på ufuldstændige, urigtige eller forvanskede oplysninger fra parterne."

Videre heter det at Kommisjonen kan gjenåpne prosedyren enten av eget tiltak eller etter anmodning.

Reglene om gjenåpning korresponderer i grove trekk med det som ble antatt å gjelde for uformelle forlik under forordning 17. Også for uformelle forlik vil nemlig en endelig henleggelse av saken skape berettigede forventninger hos foretakene om at prosedyren ikke vilkårlig kan gjenåpnes.¹³⁷

Gjenåpning av prosedyren kan ha litt ulike funksjoner. For det første vil gjenåpning kunne ha betydning som sanksjon mot manglende etterlevelse av tilsagnene. Hvis foretakene først bryter vilkårene i vedtaket, vil de imidlertid kunne bøtelegges direkte uten at det er nødvendig å påvise en overtredelse av art. 101 eller 102. Hvis formålet er å sikre etterlevelse, fremstår derfor gjenåpning av prosedyren dermed som mindre praktisk og tungvint for Kommisjonen. En gjenåpning ved brudd på tilsagnene vil evt. måtte lede frem til en art. 7-beslutning i kombinasjon med bøter etter art. 23. Det kan imidlertid tenkes at bøtenivået i en slik sak (på grunnlag av en tidligere overtredelse) kan bli høyere enn det brudd på selve vedtaket kan begrunne. I et slikt perspektiv fremstår gjenåpningsadgangen mer realistisk. I denne forbindelse er det likevel grunn til å understreke at tilsagn ikke skal benyttes i saker hvor Kommisjonen akter å ilegge bøter. Slik det er vist ovenfor vil Kommisjonen ha høy grad av frihet på dette punkt,

¹³⁷ Se til dette sak T-241/97 *Stork v Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-309, særlig prem. 70 ff. Saken gjaldt gjenåpning av en sak som tidligere var henlagt pga. manglende "Community interest". Retten kom til at Kommisjonen ikke hadde anført en tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor saken skulle gjenåpnes.

men i typiske tilsagnssaker er det usikkert hvor stor "merverdi" som ligger i en gjenåpning – hvis det utelukkende ses på muligheten til å øke bøtenivået.

De to øvrige grunnene for gjenåpning knytter seg til mulige mangler ved selve tilsagnene; enten fordi de er akseptert på feilaktig faktisk grunnlag eller fordi de faktiske forholdene har endret seg etter at vedtaket ble fattet. Hvis foretakene har gitt uriktige opplysninger vil det klart nok kunne være god grunn til å gjenåpne prosedyren. At tilsagnene vil ha vært markedstestet, jf. art. 27(4), vil ikke nødvendigvis ha avdekket mangler ved tilsagnene, fordi det hele og fulle komplekset av konkurransemessige problemstillinger ikke nødvendigvis vil være offentlig drøftet. Å gi uriktige opplysninger til Kommisjonen er også belagt med bøter, jf. art. 23(1). Foretakene risikerer således både at det fattes et vedtak etter art. 7, at det gis bøter for tidligere overtredelser, samt bøter for feilaktig informasjon.

Videre kan prosedyren gjenåpnes hvis de faktiske forhold har endret seg på et "væsentlig" punkt. For eksempel vil konkurranseforholdene kunne ha utviklet seg slik at tilsagnene ikke lenger er tilstrekkelige, typisk der foretakets markedsposisjon har styrket seg. Evt. kan det tenkes at for eksempel teknologisk utvikling gjør tilsagnene overflødige. Gjenåpning under dette alternativet vil således kunne være aktuelt i litt ulike situasjoner, der det dels kan være Kommisjonen, dels foretakene, som har interesse i gjenåpning.

En skranke for Kommisjonens adgang til gjenåpning ligger i kravet om at endringen må være vesentlig. Foretakene vil således ha trygghet for at ikke enhver marginal utvikling på markedet kan føre til gjenåpning og kanskje krav om nye og strengere vilkår. At ikke enhver endring vil gi Kommisjonen en rett til å gjenåpne saken, må også anses å følge av prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i EU-retten.

Det kan reises spørsmål om en beslutning om å gjenåpne saken vil kunne sies å representere et vedtak som kan bringes inn for Retten iht. TEUF art. 263. Det er sikker rett at beslutninger om å innlede prosedyre, evt. i form av en SO, ikke anses som en slik rettsakt. I IBM fant Domstolen at beslutningen om å innlede prosedyre og oversendelse av SO bare var å betrakte som foreløpige skritt, som bl.a. hadde til formål å la partene uttale seg. Domstolen fortsatte:

"Selv om en meddelelse om klagepunkter kan betyde, at det gøres klart for virksomheden, at den løber en reel risiko for at blive pålagt en bøde af kommissionen, er dette en rent faktisk følge og ikke en med meddelelsen om klagepunkter tilsigtet retsvirkning."¹³⁸

¹³⁸ Sak 60/81 IBM v Kommisjonen, Sml. 1981 s. 2639, prem. 19.

Det spesielle i en sak om gjenåpning av prosedyren iht. art. 9, er imidlertid at Kommisjonen allerede har fattet vedtak, og at dette enten vil endres eller erstattes av et nytt vedtak etter art. 7.

I IBM anga Domstolen følgende vurderingstema:

"ved afgørelsen af, om de anfægtede foranstaltninger er retsakter i artikel 173's forstand, skal vægten følgelig lægges på deres indhold. ifølge domstolens faste praksis foreligger der retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i medfør af artikel 173, når foranstaltningerne har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling. derimod er akternes eller beslutningernes form principielt uden betydning for adgangen til at indbringe dem for domstolen i form af et annullationssøgsmål.

Ifølge samme praksis kan retsakter eller beslutninger, hvis tilblivelse omfatter flere stadier, navnlig sådanne som afslutter en intern procedure, principielt kun anfægtes, hvis det drejer sig om foranstaltninger, som definitivt fastlægger kommissionens eller rådets standpunkt som afslutning på denne procedure, modsat foreløbige foranstaltninger, der har til formål at forberede den endelige beslutning.

Kun hvis akterne eller beslutningerne under den forberedende sagsbehandling ikke alene opfylder de nævnte retlige betingelser, men selv danner afslutningen på en særlig procedure, der adskiller sig fra den, som skal sætte kommissionen eller rådet i stand til at træffe den egentlige afgørelse i sagen, kan der anlægges en anden bedømmelse." ¹³⁹

Selv om prosedyren gjenåpnes vil ikke dette i seg selv innebære at det opprinnelige art. 9-vedtaket oppheves. Formålet med gjenåpningen må være å bringe på det rene om det er nødvendig å foreta endringer eller erstatte vedtaket med for eksempel et art. 7-vedtak. Dermed synes ikke en beslutning om gjenåpning å kunne bringes inn for Retten. En beslutning om gjenåpning vil imidlertid måtte anses å samme virkninger som en ordinær åpning av prosedyre, først og fremst slik at nasjonale konkurransemyndigheter mister sin kompetanse, jf. forordning 1 art. 11(6).

Der partene selv anmoder Kommisjonen om å gjenåpne saken, jf. henvisningen i art. 9(2) til gjenåpning etter anmodning, er situasjonen noe usikker. Først må det påpekes at det kan fremstå som tungvint at det må foretas en full gjenåpning av prosedyren hvis det skulle vise seg å oppstå et behov for endringer i tilsagnene. Selv i en situasjon hvor både Kommisjonen og foretakene er enige om endringer i tilsagnene, vil man likevel måtte

¹³⁹ Sak 60/81 IBM v Kommisjonen, Sml. 1981 s. 2639, prem. 9-11.

gjennomføre en markedstesting etter art. 27(4), som må oversettes og publiseres i EUT med én måneds høringsfrist.¹⁴⁰ På dette punkt fremstår prosedyren under forordning 1 som langt mer tungrodd enn prosedyren for endring av consent decrees etter amerikansk rett, der endringer fremstår som kurant hvis partene er enige om det.¹⁴¹

På den annen side er det ikke bare negativt at endringer må skje gjennom full art. 9-prosedyre. Prosedyren fremstår allerede i dag som lite gjennomsluktig, og en situasjon der Kommisjonen og partene kunne foretatt bilaterale endringer uten offentlig høring ville lett reist ytterligere problemer knyttet til rekkevidden av kompetansen – ikke minst der endringene berører tredjeparter negativt. Videre ville en slik bilateral prosedyre lett skapt uklarheter om nasjonale konkurransemyndigheters kompetanse. Kommisjonen vil uansett ikke kunne løse foretakene fra sine forpliktelser mer uformelt, idet vedtaket slik det er vist vil ha direkte virkning og etter forholdene også kunne håndheves av nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler.

Der enkeltforetak er gitt rettigheter ved tilsagn, for eksempel gjennom spesifikke forsyningsforpliktelser, kan det også reises spørsmål om disse kan *frasi seg* rettigheter.¹⁴² Svaret må bero på en tokning av tilsagnene. For eksempel vil ikke en forsyningsplikt automatisk innebære en mottaksplikt for en konkurrent. Annerledes blir tilfellet hvis for eksempel en kunde godtar adferd i strid med tilsagnene, for eksempel å kjøpe TV-rettigheter for en fireårsperiode.¹⁴³ Selv om tilsagn er gitt med særlig tanke på bestemte foretak, vil disse foretakene ikke kunne autorisere brudd; tilsagnene må primært anses å beskytte markedet, ikke enkeltforetak.¹⁴⁴

Der foretakene ønsker endringer i tilsagnene, for eksempel fordi de virker urimelig tyngende eller ikke lenger virker etter hensikten, er spørsmålet om de kan rette *krav* om

¹⁴⁰ Dette aspektet kritiseres også av Temple-Lang: Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law, Fordham Corp. Law Institute, Annual Proceedings 2005, s. 265, på s. 298, som også påpeker at tilsagn kan utformes slik at de gitt visse forutsetninger automatisk endres eller faller bort. I fusjonskontrollen er det vanlig å inkludere en "review clause" der fusjonen godkjennes etter tilsagn, se nærmere Kommisjonens kunngjøring om remedies i fusjonssaker, EUT 2008 C 267 s. 1, avsnitt 71 ff.

¹⁴¹ Se sammenligningen hos Georgiev: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 1020.

¹⁴² Spørsmålet reises av Temple-Lang: Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law, Fordham Corp. Law Institute, Annual Proceedings 2005, s. 265, på s. 298-99.

¹⁴³ Jf. treårsfristen som ble fastsatt i Deutsche Bundesliga og Premier Leaguesakene. Denne typer avtaler reiser spørsmål om ugyldighet i forhold til tilsagnsvedtaket, jf. 4.4.4 ovenfor.

¹⁴⁴ Slik også Temple-Lang, l.c.

gjenåpning mot Kommisjonen. En slik situasjon kan ikke anses som upraktisk, idet det ikke gjelder noe krav om tidsbegrensning, jf. 4.2.3 ovenfor.

Der Kommisjonen avviser å gjenoppta saken, vil dette muligens kunne anses som en rettsakt som kan bringes inn for Retten iht. TEUF art. 263.¹⁴⁵ Tilfellet ligner på saker hvor Kommisjonen henlegger en sak som er initiert ved klage. En slik henleggelse fremstår som endelig stillingtagen.¹⁴⁶ Mot dette kan hevdes at avslaget ikke endrer noens rettsstilling i forhold til den prosedyren som allerede er avsluttet i og med art. 9-vedtaket. Samtidig kan det anføres at foretakene hadde mulighet til å bringe det opprinnelige vedtaket inn for Retten innen tomånedersfristen i art. 263 siste ledd. Svaret på spørsmålet er usikkert. Klart nok kan det være et reelt behov for å få revurdert tilsagn som strekker seg over lang tid, hvilket understrekes av selve eksistensen av art. 9(2) første alternativ (senere endret faktum). Samtidig ville det være lite hensiktsmessig om avvisning av enhver begjæring om å gjenåpne en sak skulle kunne bringes inn for Retten. Der foretakene faktisk er i stand til å påvise vesentlig endrede forhold, synes det likevel lite rimelig hvis Kommisjonens avslag ikke skulle kunne bringes inn for retten.

Sannsynligvis vil Kommisjonen uansett måtte anses å ha en plikt til å vurdere anmodninger om gjenåpning. Hvis Kommisjonen unnlater å gå inn i saken og foreta en vurdering av endrede faktiske forhold, vil foretaket sannsynligvis kunne gå til passivitetssøksmål på grunnlag av TEUF art. 265.¹⁴⁷ I så fall vil foretaket kunne tvinge Kommisjonen til å foreta en vurdering av om saken bør gjenåpnes.

5. Implikasjoner for håndhevelse og anvendelse

5.1 Systematisering av forlikspraksis

I det følgende gjennomgås praksisen med henblikk på å undersøke fellestrekk knyttet til type konkurransebegrensning, samt å vurdere i hvilken utstrekning art. 9 faktisk har bidratt til løsninger som Kommisjonen ikke ensidig kunne pålagt etter art. 7. I denne forbindelse er det også av særlig interesse å se på forholdet mellom adferdsmessige og

¹⁴⁵ I Rambus-saken har Hynix således anlagt to separate søksmål; ett rettet mot art. 9-vedtaket (sak T-148/10) og ett mot Kommisjonens beslutning om å avvise gjenåpning (sak T-149/10).

¹⁴⁶ Se sak C-39/93 P SFEI v Kommisjonen, Sml. 1994 s. I-2681, prem. 27-30.

¹⁴⁷ Slik også Temple-Lang: Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law, Fordham Corp. Law Institute, Annual Proceedings 2005, s. 265, på s. 298: "the Commission has a legal duty, enforceable under Article 232 EC [nå TEUF art. 265], to reply to the request."

strukturelle tiltak. Mens fremstillingen så langt har fokusert lite på innholdet i tilsagnsvedtakene, er dette således hovedtemaet i inneværende avsnitt.

Siden Kommisjonen under art. 9 ikke må etablere en konkret overtredelse av art. 101 eller 102, har det sammenlignet med art. 7 vesentlig mindre betydning under hvilken bestemmelse prosedyren i utgangspunktet er initiert. Begrensningen i muligheten til å pålegge spesifikke positive tiltak er imidlertid særlig påtrengende under art. 101, og derfor vil det for den undersøkelsen som foretas her særlig kunne ha betydning å kartlegge tilsagnenes innhold i typiske art. 101-saker. Tilsagnssakene fordeler seg som følger mellom bestemmelsene:¹⁴⁸

Art 101	Art 102
Bundesliga	Coca-Cola
Premier league	De Beers (Alrosa)
Repsol	Distrigaz
Cannes Agreement	E.ON I og II (elektrisitetsmarkedet)
Opel	RWE
Toyota	GDF
Fiat	Rambus
DaimlerChrysler	Microsoft
IACS (Ship classification)	E.ON III (gassmarkedet)
BA/Iberia/AA (Skyteam)	EDF
VISA MIF	Svenska Kraftnät
	ENI

Art. 101-sakene fordeler seg ganske jevnt på horisontale og vertikale forhold. Innen vertikale forhold dominerer distribusjonsavtaler (motorvogner og drivstoff). Disse sakene er relativt likeartede, idet de gjelder tilpasninger til gruppefritaksforordninger. I disse sakene er det en klar parallell til bruken av vilkår for individuelle fritak under forordning 17. Tilsagnene i motorvognsakene har ikke avveket synderlig fra vilkårene i gruppefritakene, mens tilsagnene i Repsol går noe lenger. Et fellestrekk for sakene er at det dreier seg om utestengende effekter, i motorvognsakene overfor uavhengige forhandlere/kjeder, i Repsol konkurrerende oljeselskaper.

De horisontale sakene Bundesliga og Premier League gjelder i utgangspunktet felles salg av TV-rettigheter gjennom fotballforbundene og dermed konkurransebegrensning

¹⁴⁸ Se henvisninger i 3 ovenfor.

horisontalt mellom klubber. Ses det på tilsagnenes innhold, innebærer disse en detaljert styring på vilkårene rettigheter kunne selges under, herunder krav om oppsplitting i "pakker" og begrensning på varighet. I stedet for å forby felles salg, kan salgsvilkårene (dvs. den vertikale dimensjonen) ses på som underlagt en regulering som sikrer konkurranse i neste ledd; distribusjon og salg av fotballkamper på ulike plattformer. Vilårene synes særlig tilpasset formålet å skape rom for flere aktører og dermed mer konkurranse på dette trinnet.

Cannes Agreement gjaldt avtaler mellom opphavsrettsorganisasjoner og plateselskaper, dvs. en litt annen form for kollektiv administrasjon og salg av rettigheter. Avtalene inneholdt opprinnelig en ordning som vanskeliggjorde rabatter til plateselskaper, fordi medlemmenes samtykke var påkrevet. Videre inneholdt avtalen en konkurranseklausul som forbød organisasjoner å ta opp aktiviteter som utgiver. Tilsagnene gikk ut på at sistnevnte klausul ble strøket, mens rabattbestemmelsen ble endret ved at kravet om enkeltmedlemmers samtykke ble tatt ut. Disse tilsagnene kan ikke sies å gå lenger enn det Kommisjonen ensidig kunne pålagt etter art. 7.

IACS gjelder standardisering og adgangen til bransjeorganisasjoner som utarbeider slike. Saken har kanskje vel så nær tilknytning til misbruksforbudet, idet den primært dreide seg om en forretningsnektelse (tilgang til og bruk av standarder for skipsklassifisering). Slike saker om bransjeomfattende standarder, der avtalene ekskluderer visse konkurrenter på ikke-saklig grunnlag, har imidlertid tradisjonelt blitt ført under art. 101. Tilsagnene dreier seg først og fremst om prosedyrer for medlemskap i organisasjonen. Vedtaket setter således ikke en stopper for samarbeidet, men krever at samarbeidet organiseres på en måte som sikrer at konkurrenter ikke stenges ute.¹⁴⁹

Den hittil siste art. 101-saken, Skyteam, dreide seg om alliansen mellom bl.a. British Airways og American Airlines.¹⁵⁰ Igjen var det tale om en form for samordning mellom konkurrenter, uten at Kommisjonen satte en stopper for samarbeidet. I stedet forpliktet selskapene seg til såkalt "slot-surrender", dvs. å avgi start-/landingstider for å sikre tredjeparters adgang til markedet.

¹⁴⁹ Dette er også uttrykk for Kommisjonens generelle tilnærming til bransjestandarder; felles utforming kan virke begrensende på konkurransen, men normalt er det viktigste at alle som ønsker får tilgang til standarden. Jf. TÜV/Cenelec, XXVIIIth report on Competition Policy, s. 159, og videre SWIFT som ble avgjort med et uformelt forlik (XXVIIth Report on competition policy, s. 120). Her lukket Kommisjonen saken etter at det var blitt gitt tilsagn om å "grant full access to any institution in the European Union which provides cross-border payment services to the public and fulfils the criteria laid down by the European Monetary Institute (or any successor organisation) for admission to domestic payment systems." Se ellers Kommisjonens retningslinjer om horisontale samarbeidsavtaler, EUT 2011 C 11 s. 1, kapittel 7, som i sin helhet er viet standardiseringsavtaler.

¹⁵⁰ Sak COMP/39596, vedtak 14. juli 2010.

Ses art. 101-sakene under ett, har de således alle så nær som én dreid seg om å lette markedsadgangen for konkurrenter, dels på samme markedsnivå (IACS, Skyteam), dels på senere nivåer (motorvognsakene, Repsol og fotballrettighetssakene). Cannes Agreementvedtaket er spesielt, idet det gjelder avtalepartenes frihet dels til å konkurrere på pris, dels til å utvikle virksomhet "nedstrøms". Dette gjenspeiles i tilsagnenes innhold: I Cannes Agreement er disse begrenset til å stryke hhv. endre to avtaleklausuler.

Art. 102-sakene spenner over en rekke misbruksformer. Samtidig er praksis fokusert mot energimarkedene, der det er særlige strukturelle problemer knyttet til kobling mellom eierskap til infrastruktur og kommersiell virksomhet innen omsetning av gass/elektrisitet. I kjølvannet av Kommisjonens sektorundersøkelse i energimarkedet i 2005¹⁵¹, har det således kommet en strøm av saker, hvorav en rekke har blitt løst ved forlik og tilsagnsvedtak. Mange av disse gjelder problematikk knyttet til infrastruktur og ekskluderende adferd.

RWE gjaldt tilgang til gassrørledninger i Tyskland. Her ble det inngått forlik om strukturelle tilsagn; at RWE skulle selge seg ut av visse rørledninger, for å motvirke konkurransebegrensende nektelse av tilgang for konkurrenter.¹⁵² I *GDF* var det anført at *GDF Suez's* kapasitetsreservasjoner i importfaciliteter (rørledninger og LNG-terminaler) virket utestengende og dermed begrensende på konkurransen.¹⁵³ Som ledd i forliket forpliktet foretaket seg til en betydelig reduksjon i sine reservasjoner. Tilsvarende i *E.ON* (gas foreclosure) forpliktet *E.ON* seg til å åpne transportkapasitet for konkurrenter, og samtidig redusere egne reservasjoner.¹⁵⁴ Liknende tilsagn ble gjort bindende i *ENI*, som også reiser det interessante spørsmålet om strategiske underinvesteringer kan bryte med art. 102.¹⁵⁵

Fellestrekket for disse sakene er at de angår tilgangen til infrastruktur, og at tilsagnene går ut på positive tiltak for å sikre at konkurrerende foretak får tilgang til kapasiteten i denne. Tilsagnene varierer i den forstand at der det er incitamentene hos foretakene som skaper problemer, synes Kommisjonen å foretrekke strukturelle tiltak

¹⁵¹ Se Communication from the Commission Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors, COM(2006)851 final, og DG Competition report on energy sector inquiry, SEC(2006)1724, 10. januar 2007.

¹⁵² Sak COMP/39402, vedtak 18. mars 2009.

¹⁵³ Sak COMP/39316, vedtak 3. desember 2009.

¹⁵⁴ Sak COMP/39317, vedtak 4. mai 2010 (IP/10/494).

¹⁵⁵ Sak COMP/39315, vedtak 29. september 2010.

for å eliminere faren for misbruk en gang for alle, mens der kapasiteten er bundet opp gjennom avtaler forpliktes foretaket til å redusere båndleggelsen.

En annen gruppe saker gjelder avtaler eller adferd som tradisjonelt betegnes som eksklusive. I mars 2010 aksepterte det franske kraftselskapet EDF å fristille en andel av sine kunder årlig, slik at disse kunne velge andre kraftleverandører.¹⁵⁶ I *Distrigaz* ble foretakets langsiktige gassalgsavtaler med industrielle kunder funnet å virke utestengende.¹⁵⁷ Tilsagnene gikk bl.a. ut på at konkurrenter årlig skulle kunne legge inn bud på minst 65 % av volumene *Distrigaz* solgte, samt ensidig oppsigelsesrett for kundene etter fem år. Begge sakene fremstår som klassiske tilfeller av de jure/de facto eksklusivitet.

Også Coca-Cola kan i alle fall delvis plasseres i denne kategorien.¹⁵⁸ Selv om dette forliket også berører bla. lojalitetsrabatter, forpliktet Coca-Cola seg også til å unnlate å kreve eksklusivitet i kjøleskap levert utsalgsstedet gratis med mindre utsalgsstedet også hadde andre kjøleskap installert.¹⁵⁹ Den allerede nevnte GDF-saken gjelder kanskje ikke direkte eksklusivitet, men så store bookinger i gassinfrastruktur at det virker ekskluderende.

I alle fall to saker gjelder mer direkte kontroll over markedstilgang og utestengelse av konkurrenter. I *Microsoft* kontrollerte Microsoft operativsystemet Windows, der Microsofts egen nettleser Internet Explorer var preinstallert. Dette ble ansett å vanskeliggjøre markedsadgangen for konkurrerende nettlesere, i form av en slags koblingshandel. I vedtaket forpliktet foretaket seg til å tilby en "browser choice screen" der kundene fritt kan velge mellom ulike nettlesere, i stedet for selv aktivt å måtte foreta et annet valg enn Internet Explorer.¹⁶⁰ Det kan også vises til *E.ON II*, om det tyske balanseringsmarkedet som var kontrollert av E.ON, der utenlandske selgere ikke fikk selge kraft i markedet.¹⁶¹

Også i andre markeder har Kommisjonen oppnådd langtrekkende tiltak for å lette markedsadgangen for konkurrerende foretak. I *Alrosa* var bekymringen først og fremst at de *Beers* gjennom avtalen med *Alrosa* fikk kontroll over store deler av

¹⁵⁶ Sak COMP/39386, vedtak 17. mars 2010.

¹⁵⁷ Sak COMP/B-1/37966, vedtak 11. oktober 2007.

¹⁵⁸ Sak COMP/39116, vedtak 22. juni 2005.

¹⁵⁹ Sml. her sak T-65/98 *Van den Bergh Foods* [2003] ECR II-4653, der eksklusivitet over fryserie utplassert for produsentens regning etter en konkret vurdering ble ansett som en overtredelse både av art. 101 og 102. Om lojalitetsrabatter se senest sak T-155/06 *Tomra Systems v Kommisjonen*, Sml. 2010 s. II-_____ (9. september 2010).

¹⁶⁰ Sak COMP/39530, vedtak 16. desember 2009.

¹⁶¹ Sak COMP/39389, vedtak 26. november 2008.

diamantomsetningen i Europa. Selv om forliket gikk ut på at De Beers skulle innstille enhver forretningsforbindelse med Alrosa, er realiteten at man pålegger Alrosa selv å operere i markedet eller selge til andre, jf. for så vidt GFU-forliket. Saken har på en måte slektskap med infrastruktursakene i det det dreier seg om å båndlegge en essensiell "input", men avviker fra disse fordi inputen produseres av en konkurrent til foretaket selv.

De resterende sakene er mer spesielle, likevel slik at begge gjelder bruk av strategisk infrastruktur til å påvirke pris/kvantum i markedet. E.ON I gjaldt uttak av produksjonskapasitet med mulig økning i markedspris.¹⁶² Hvis kapasitet til kraftproduksjon stenges ned i tider med knapphet i markedet, vil dette ha en prisdrivende effekt. I saken forpliktet E.ON seg til å selge ut en del av produksjonskapasiteten. I en litt annen gate ligger vedtaket om Svenska Kraftnät, der nettverksoperatøren var anklaget for misbruk av dominerende stilling ved at overføringskapasitet til utlandet ble begrenset i perioder med flaskehals i nettet.¹⁶³ Tilsagnet gikk bl.a. ut på å dele inn nettet i flere prisområder, og la betalingsvilligheten styre kraftallokeringen.

Rambus gjaldt den hittil eneste saken om prising som misbruk. Det påståtte misbruket gjaldt prissettingen på royalty av patenter. Prisingen var muliggjort ved et såkalt "patent-ambush", dvs. at foretaket ikke hadde oppgitt informasjon om at tilgang til patentert teknologi var nødvendig for å tilpasse seg en standard foretaket hadde deltatt i utviklingen av.¹⁶⁴ I tilsagnet er vilkårene for lisensiering av patenter regulert i detalj, herunder royalty.

Ses art. 102-sakene under ett, er det særlig ett fellestrekk som gjør seg gjeldende: At det kan være nødvendig å pålegge dominerende foretak særskilte forpliktelser for å sikre adgangen til markedet. Et fellestrekk for sakene i energimarkedene er at større foretak som kontrollerer infrastruktur eller har bundet opp kunder gjennom kontrakter forplikter seg til å innskrenke egen virksomhet eller på annen måte legge til rette for

¹⁶² Sak COMP/39388, vedtak av 26. november 2008.

¹⁶³ Sak COMP/39351, vedtak 14. april 2010.

¹⁶⁴ I vedtaket forklares dette som følger: "In the preliminary assessment, the Commission considered that Rambus may have engaged in intentional deceptive conduct in the context of the standard-setting process by not disclosing the existence of the patents and patent applications which it later claimed were relevant to the adopted standard. Such behaviour is known as a "patent ambush."
The Commission took the view that Rambus may have been abusing its dominant position by claiming royalties for the use of its patents from JEDEC-compliant DRAM manufacturers at a level which, absent its allegedly intentional deceptive conduct, it would not have been able to charge." (Sak COMP/38/636, vedtaket avsn. 27-28). Saken er brakt inn for Retten av Hynix Semiconductor under sak T-148/10 (stevning 25. mars 2010).

nyetablering. Det er neppe tilfeldig at nettopp denne gruppen saker er stor, fordi det er usikkert hvor langt Kommisjonen kan gå i å pålegge slike spesifikke forpliktelser etter art. 7.

Flere av sakene reiser også uavklarte eller omstridte spørsmål under art. 102. "Patent-ambush" (Rambus) som misbruk har for eksempel ikke blitt prøvet i Retten eller Domstolen tidligere, ei heller strategiske underinvesteringer (ENI). Samtidig har det vært ansett som sikker rett at det ikke er krav om innskrenkning av egen bruk der man kontrollerer essensielle fasiliteter (E.ON). At kapasitetsbooking i seg selv utgjør et misbruk (EDF) har heller ikke blitt slått fast av Domstolen.¹⁶⁵

Etter denne gjennomgangen kan sakene grupperes litt ulikt, avhengig av hvilke kriterier som legges til grunn. Ses det først på tilsagnenes art, representerer nesten samtlige saker eksempler på *tiltak for lette tilgangen til markedet for konkurrenter*. Interessant nok går dette på tvers av art. 101/102, og på tvers av sontringen horisontal/vertikal, for eksempel er denne typen tilsagn vedtatt også i saker som gjelder felles salg. Forholdet representerer et spennende bakteppe for en vurdering av art. 9 versus art. 7, idet art. 7-kompetansen fremstår som mer begrenset under art. 101 i forhold til art. 102. Sakene spenner over vidt forskjellige overtredelser av konkurransereglene, hvilket indikerer at fokus på type overtredelse er tonet ned, og at fokus snarere ligger på konkurransepoltiske utfordringer. Det er likevel påfallende at svært mange saker representerer "cross-over" tilfeller mellom art. 101 og 102, dvs. saker hvor avtaletypen er veletablert som overtredelse under begge bestemmelser, men hvor saken gjerne kjøres etter art. 102 hvis det foreligger dominans. Eksklusivavtaler er kanskje det beste eksempelet.

Ses det på tilsagnenes konkrete innhold, er det et fellestrekk at de representerer tilfeller med presisering av konkrete plikter for å lette tilgangen til markedet og sikre konkurranse fremover. Det dreier seg i et fåtall saker om å innstille praksis eller endre/oppheve avtaler, i de fleste aksepterer foretakene positive forpliktelser for å legge til rette for konkurranse. Microsofts "web browser screen" er et tydelig eksempel. Videre er det en økende bruk av strukturelle tiltak, dvs. tiltak som går ut på å omorganisere eller selge ut virksomhet. Hittil har strukturelle tiltak utelukkende vært brukt i energimarkedet, først og fremst som unbundling av infrastruktureierskap og energisalg.

¹⁶⁵ Spørsmålet ble reist i art. 101-kontekst i forente saker T-374 etc./94 Eurotunnel, [1998] ECR II-3141, jf. bl.a. prem. 136, og sak T-79/95 Eurotunnel [1996] ECR II-1491, se prem. 62.

Disse utviklingstrekkene i bruken av forlik reiser interessante og prinsipielle diskusjoner om Kommisjonens kompetanse. Før disse aspektene kan vurderes nærmere, og betydningen av art. 9 for Kommisjonens kompetanse kan vurderes, er det nødvendig å gå noe nærmere inn på hjemmelen i art. 7.

5.2 Sammenligning med art. 7 – ytterligere muligheter i art. 9?

For å vurdere den selvstendige betydningen av art. 9, er det hensiktsmessig å sammenligne art. 9-kompetansen med den ordinære kompetansen til å pålegge opphør etter art. 7. I dette avsnittet fokuseres det på kompetansens innhold, dvs. hva et vedtak kan gå ut på, og mer spesielt hvilke begrensninger som finnes i art. 7 holdt opp mot praksis etter art. 9.

Iht. art. 7 kan Kommisjonen pålegge foretak å bringe en overtredelse til opphør. For dette formål kan Kommisjonen pålegge "enhver forpligtelse af adfærdsregulerende eller strukturel karakter, der står i passende forhold til overtrædelsen, og som er nødvendig for effektivt at bringe overtrædelsen til ophør." Det kan både pålegges forbud mot handlinger i strid med forbudsreglene, og positive tiltak for å bringe overtredelsen til opphør. I *Commercial Solvents* uttalte Domstolen således følgende om kompetansen under den tidligere forordning 17 art. 3:

"[A]nvendelsen af denne bestemmelse må ske under hensyn til arten af den konstaterede overtrædelse og vil så vel kunne omfatte påbud om at udføre visse handlinger eller præstere visse ydelser, der ulovligt har været undladt, som forbud mod at fortsætte med visse handlinger eller at opretholde en vis praksis eller situation, der er i strid med traktaten."¹⁶⁶

Denne hjemmelen er ganske uproblematisk hvis det dreier seg om å få foretak til å *innstille aktiviteter i strid med konkurransereglene*. Dette kan typisk dreie seg om å avslutte en avtale, avbryte et samarbeid eller unnlate å operere med for eksempel lojalitetsrabatter. Kompetansen er imidlertid underlagt flere begrensninger.

Innledningsvis må det understrekes at art. 7-vedtak er underlagt en proporsjonalitetsvurdering, som også kommer eksplisitt til uttrykk i bestemmelsen. Denne innebærer at der Kommisjonen har valget mellom flere tiltak må den velge det

¹⁶⁶ Forenede saker 6-7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA og Commercial Solvents Corporation v Kommisjonen, Sml. 1974 s. 223, prem. 45, jf. også forenede saker C-241/91 P og C-242/91 P, Radio Telefis Eireann og Independent Television Publications Ltd v Kommisjonen, Sml. 1995 s. I-743, prem. 90.

tiltaket som er minst inngripende for foretaket – så lenge det er like effektivt mht. å bringe overtredelsen til opphør. En slik begrensning gjør art. 7 mindre fleksibel som redskap for effektivt å løse et konkurransemessig problem på markedet. Adgangen til å pålegge strukturelle tiltak var ny med forordning 1, men har i praksis ikke vært benyttet. Dette kan antas å ha sammenheng med den eksplisitte proporsjonalitetsvurderingen som slike pålegg er underlagt.

Proporsjonalitetsprinsippet har særlig kommet til uttrykk gjennom prinsippet om at Kommisjonen ikke kan påtvinge foretak sitt eget valg mht. hvordan konkurransereglene skal etterleves. Dette innebærer at Kommisjonen selvsagt kan pålegge foretak å avstå fra adferd som representerer en overtredelse, men for eksempel ikke kan pålegge bestemte tiltak for å sikre etterlevelse av reglene eller for at reglene etterleves på en mest mulig effektiv måte. Det er først og fremst i forhold til å kunne pålegge positive handlinger at dette prinsippet virker begrensende. Der det i strid med art. 101 for eksempel er avtalt at en distributør ikke kan forsyne kunder utenfor et bestemt område, kan ikke Kommisjonen *pålegge distributøren* å selge til slike kunder; i stedet må Kommisjonen nøye seg med å pålegge foretakene å ta den restriktive klausulen ut av avtalen.

Automec II, der dette prinsippet ble formulert, dreide seg nettopp om et tilfelle langs disse linjer. Spørsmålet var om Kommisjonen hadde hjemmel til å pålegge kontraheringsplikt der en distributør ble nektet adgang til et distribusjonssystem. Retten uttalte:

"En sådan begrænsning af kontraktfriheden kan navnlig ikke anerkendes, fordi der findes flere midler til at bringe en overtrædelse til ophør. Dette er tilfældet med hensyn til overtrædelser af traktatens artikel [101], stk. 1, der skyldes anvendelsen af et salgssystem. Sådanne overtrædelser kan også ophæves gennem opgivelse eller gennem ændring af salgssystemet. Under disse omstændigheder har Kommissionen ganske vist kompetence til at fastslå overtrædelsen og pålægge de deltagende parter at bringe den til ophør, men det tilkommer den ikke at påtvinge parterne sit valg blandt de forskellige former for adfærd, der alle er forenelige med traktaten."¹⁶⁷

Lignende uttalelser følger av *Ford*, som også gjaldt forretningsnektelser innenfor et distribusjonssystem. Kommisjonen hadde, som en midlertidig forføyning, pålagt Ford å levere høyrestyrte biler til det britiske markedet. Domstolen kom til at selve forretningsnektelsen verken var i strid med art. 101 eller 102, og at "[d]e påbud, der er

¹⁶⁷ Sak T-24/90, Automec Srl v Kommisjonen, Sml. 1992 s. II-2223, prem. 52.

fastsat i beslutningen, ligger derfor ikke inden for, hvad der kan fastsættes i en eventuel endelig beslutning.”¹⁶⁸

Siden art. 101 er formulert som et forbud mot selve samordningen/avtalen, men ikke mot den markedsadferd som evt. er resultatet, er det tvilsomt om Kommisjonen overhodet vil kunne pålegge positive tiltak (i form av handlinger på markedet) under denne bestemmelsen, bortsett fra selvsagt tilfeller hvor positive handlinger er nødvendig for å bringe en avtale eller en felles forståelse til opphør. I *Ecosystem* påla Kommisjonen for eksempel leverandøren å trekke tilbake et rundskriv som tidligere var distribuert til forhandlere.¹⁶⁹ Videre foreligger det en langvarig praksis i EU med å pålegge foretak å informere berørte handelspartnere, typisk forhandlere, om deres rettigheter etter at Kommisjonen har pålagt stansing.¹⁷⁰

Slik det er vist, har flere av art. 101-sakene under art. 9 innbefattet positive tiltak for å legge bedre til rette for konkurranse, men uten at samarbeidet har behøvd å opphøre. For eksempel må det være rimelig klart at detaljreguleringen av salg av fotballrettigheter ikke kunne vært pålagt ensidig etter art. 7, jf. Bundesliga og Premier League. Det samme gjelder Skyteam og IACS. Distribusjonssakene fremstår mer som tilpasninger til gruppefritaksforordninger, og har dermed slektskap med den tidligere hjemmelen til å stille vilkår for individuelle dispensasjoner etter tredje ledd.

Derimot er det ikke særlig tvil om at det er et reelt behov for å kunne pålegge denne typen tiltak: Ved komplekse transaksjoner kan det for eksempel være behov for konkrete og spesielt tilpassede virkemidler for å avbøte konkurransemessige problemer. For eksempel vil saker om strategiske allianser i luftfarten ha en viss likhet med fusjonssaker, men vil likevel måtte analyseres innenfor rammene av art. 101. I slike saker kan fremforhandlede tilsagn være særskilt godt egnet. I denne sammenheng fremstår tilsagn etter art. 9 som et substitutt for Kommisjonens tidligere kompetanse til å innvilge fritak på vilkår under art. 81(3).¹⁷¹ Således vil art. 9 kunne være spesielt egnet der det er klart nok at det foreligger en overtredelse av art. 101(1), men det er

¹⁶⁸ Forenede saker 228 og 229/82, Ford of Europe Inc. og Ford-Werke AG v Kommisjonen, Sml. 1984 s. 1129, prem. 21 f.

¹⁶⁹ *Ecosystem SA v Peugeot SA*, [1990] 4 C.M.L.R. 449, jf. også Mercedes, EFT 2002 L 257 s. 1, art. 2, JCB, EFT 2002 L 69 s. 1, art. 3.

¹⁷⁰ Jf. eksempelvis *Hasselblad*, EFT 1982 L 161 s. 18, art. 5, *Publishers Association - Aftaler om faste bogladepriser*, EFT 1989 L 22 s. 12, art. 4.

¹⁷¹ Vedtaket i *Duales Systems Deutschland*, som ble fattet som et fritaksvedtak under daværende forordning 17, representerer et godt eksempel. I den saken hadde partene kommet med tilsagn som Kommisjonen tok inn i vedtaket. (Vedtaket 17. september 2001, EUT 2001 L 319 s. 1, opprettholdt av Retten i sak T-289/01, Sml. 2002 s. II-1691).

nødvendig med presisering av pliktene for å sikre at vilkårene i art. 101(3) er oppfylt.¹⁷² Spesielt aktuelt er art. 9-vedtak der det er behov for forpliktelser av positiv karakter, for eksempel til å gi konkurrenter tilgang til kapasitet slik tilfellet var i Skyteam-saken.

Nettopp denne problemstillingen understrekes av de fire sakene mot bilprodusentene Fiat, Toyota, DaimlerChrysler og GM.¹⁷³ Utgangspunktet var at produsentene nektet å dele merke-spesifikk informasjon knyttet til reparasjoner med uavhengige verksteder, noe som var stilt som vilkår for anvendelse i det daværende gruppefritaket for motorvogndistribusjon.¹⁷⁴ Denne typen positive forpliktelser er det problematisk å pålegge under art. 7, idet foretakene selv velger hvordan de vil tilpasse seg. Det er heller ikke en fullgod løsning å oppstille positive forpliktelser som vilkår for anvendelsen av gruppefritak, idet avtalene kan være omfattet direkte under tredje ledd uten at de spesifikke vilkårene er oppfylt. I forliksløsningen oppnådde Kommisjonen produsentenes aksept for en forpliktelse til å dele informasjon med uavhengige verksteder på en ikke-diskriminerende og effektiv måte. Forliksløsningen i denne saken fremstår som en presisering av vilkårene i gruppefritaket, tilpasset det enkelte foretaket.¹⁷⁵

Adgangen til positive pålegg er noe videre under art. 102, idet denne bestemmelsen dels forbyr selve markedsadferden og stiller krav om bestemte handlingsmønstre, dels fordi den etter forholdene også forbyr unnlatelser. Det siste er mest praktisk i forbindelse med forretningsnektelser. Også her er det imidlertid vanskelig for Kommisjonen å komme frem til tilstrekkelig presise vedtak, bl.a. mht. leveringstider, priser, kvantum osv.

Selv om Kommisjonen i flere av art. 102-sakene ville hatt kompetanse til å gi pålegg om positive tiltak for å stanse overtredelser og under art. 7, synes mange av tiltakene både å gå lenger i innhold og presisjon enn det som kan pålegges ensidig. Eksempler på dette er kravene om å fristille 65 % av gassvolumene og gi kunder en oppsigelsesrett hvert femte år i Distrigaz, krav om salg av infrastruktur overfor E.ON og RWE og tilsagnenes geografiske utstrekning i Coca-Cola (som var langt større enn hva som var

¹⁷² Slik også Schweitzer: Commitment Decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: The developing EC Practice and Case Law, EUI Working Paper 2008/22, s. 5-6.

¹⁷³ Se nærmere om saken i Competition Policy Newsletter 2007/3, s. 50-53.

¹⁷⁴ Forordning 1400/2002 art. 4(2). Gruppefritaket vil for avtaler om salg av nye motorvogner avløses av det generelle gruppefritaket for vertikale avtaler (Forordning 330/2010) den 1. juni 2013, mens en del av særreglene for ettermarkedet videreføres i forordning 461/2010).

¹⁷⁵ Vedtakene gjaldt ut mai 2010, dvs. ut den opprinnelige gyldighetstiden for forordning 1400/2002. Forpliktelsen til å dele teknisk informasjon med uavhengige verksteder finnes nå i Euro 5-forordningen om utslippskrav (forordning 715/2007) art. 6. Bestemmelsene om teknisk informasjon er følgelig ikke videreført i 2010-gruppefritaket.

undersøkt i den innledende fasen). Det kanskje tydeligste eksempelet er Microsoft. Fellestrekket mellom Microsoft I¹⁷⁶ og Microsoft II¹⁷⁷ er kobling mellom applikasjoner (Windows Media Player i Microsoft I og Internet Explorer i Microsoft II) og operativsystemet Windows. I Microsoft I påla Kommisjonen Microsoft ensidig å markedsføre en versjon av Windows strippet for Media Player, det såkalte Windows N. Som avhjelpende tiltak må dette anses som katastrofalt. Svært få kunder kjøpte dette produktet, ikke minst av frykt for å miste funksjonalitet. Selv koblingen var imidlertid brakt til opphør, idet Windows faktisk var tilgjengelig også uten Media Player. Dette kan kontrasteres med Microsoft II, der Internet Explorer fortsatt er integrert, mens kunden ved oppstart får et valg mellom andre konkurrerende nettlesere. Her gis kunden både informasjon om konkurrerende nettlesere og får samtidig en valgmulighet, uten at én nettleser favoriseres fremfor andre. Dette tiltaket sikrer nødvendigvis konkurranse på en helt annen og mer effektiv måte enn Microsoft I-vedtaket. Det fremstår imidlertid som ganske åpenbart at Kommisjonen ikke kunne ha pålagt denne spesifikke løsningen under art. 7.

Art. 7-kompetansen er også forskjellig fra art. 9 fordi den er innrettet mot tiltak for å bringe en konkret og spesifisert overtredelse til opphør. Derimot kan ikke Kommisjonen pålegge tiltak for at foretakene fremover skal *unnlate å bryte konkurransereglene* (med mindre det dreier seg om gjentakelse av tidligere overtredelser). Det sier seg selv at en slik hjemmel i liten utstrekning er egnet til å løse fremtidige konkurransemessige problemer, forutsatt at tiltaket ikke kan utpekes som nødvendig for å hindre fremtidige brudd. Vedtak som har oppstilt forpliktelser av mer "preventiv" karakter, dvs. for å unngå overtredelser i fremtiden, har ved flere anledninger blitt kjent ugyldige.

I *Langnese-Iglo* hadde Kommisjonen, etter å ha trukket tilbake fordelene av et gruppefritak for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, nedlagt et femårsforbud mot å inngå avtaler av tilsvarende karakter. Retten opphevet forbudet, og uttalte at den ikke kunne

"tiltræde Kommissionens argumentation, hvorefter forbuddet mod at indgå nogen form for aftaler fremover er begrundet i nødvendigheden af at undgå forsøg på omgåelse af det i den anfægtede beslutnings artikel 1 nedlagte forbud mod de eksisterende aftaler ved hjælp af forordning nr. 1984/83."¹⁷⁸

¹⁷⁶ Kommisjonens vedtak 2007/53/EF av 24. mars 2004. Vedtakets materielle innhold ble opprettholdt av Retten i sak T-201/04 Microsoft v Kommisjonen, Sml. 2007 s. II-3601.

¹⁷⁷ Vedtak 16. desember 2009 i sak COMP/39530.

¹⁷⁸ Sak T-7/93, Langnese-Iglo GmbH v Kommisjonen, Sml. 1995 s. II-1533, prem. 207.

Retten viste i denne forbindelse til at gruppefritaksforordningen var en generell rettsakt, og selv om Kommisjonen hadde kompetanse til å trekke fordelen tilbake i en konkret sak, kunne den ikke innskrenke gruppefritakets fremtidige anvendelse. Dette kan likevel ikke være til hinder for at det eksempelvis må kunne forbys foretak å inngå avtaler med klausuler med tilsvarende virkning som klausuler Kommisjonen har forbudt, eller forbud mot at eksplisitte avtalebindinger erstattes med incentivskapende mekanismer med samme virkning.¹⁷⁹ Slike tillegg synes akseptert, selv om praksis ikke er fullstendig entydig.¹⁸⁰ Uansett vil slike tillegg være av rent fastsettende eller deklarasjonskarakter, dvs. at de ikke vil kunne pålegge foretakene ytterligere forpliktelser utover det som følger av forbudene i art. 101 og 102.¹⁸¹

I kartongsaken ble Kommisjonens forbud mot utveksling av rent statistiske opplysninger således opphevet.¹⁸² Forbudet var nedlagt for å hindre fremtidig konkurransetriddig adferd. I henhold til Retten hadde Kommisjonen ikke godtgjort at slik utveksling på selvstendig grunnlag utgjorde noen overtredelse.

Fokuset i forlikprosedyrene er ikke på foretakenes fortidige adferd – art. 9 utelukker jo nettopp en påvisning av overtredelse – men på fremtidig adferd og løsningen på strukturelle eller adferdsmessige konkurranseproblemer. Dette kan også ses i lys av den økte bruken av sektorundersøkelser – som mange forlik springer ut av – der formålet vel så meget er å avdekke svikt i markedet som å avdekke konkrete overtredelser.¹⁸³

Også i forhold til dette aspektet – å motvirke fremtidige konkurransemessige problemer på markedet – fremstår art. 9 som mer smidig. I slike saker vil strukturelle tiltak, for eksempel ved salg av infrastruktur, typisk være å foretrekke. Et slikt tiltak fjerner effektivt eventuelle incitamenter til å stenge konkurrenter ute. En operatør som ikke samtidig vil ta hensyn til egen nedstrømsvirksomhet vil sikre at kapasiteten utnyttes mest mulig effektivt og tildeles avhengig av betalingsvilje. Samtidig vil strukturelle tiltak – som gjennom en transaksjon løser de konkurransemessige problemstillingene – er også av ressursmessige hensyn å foretrekke fremfor adferdsmessige tiltak. Problemet med de siste er at de krever kontinuerlig oppfølging/overvåking for å

¹⁷⁹ Såkalte "like-effects orders".

¹⁸⁰ Kerse/Khan: EC antitrust procedure, avsnitt 6-021.

¹⁸¹ Jf. her forenede saker C-241/91 P og C-242/91 P, Radio Telefis Eireann og Independent Television Publications Ltd v Kommisjonen, Sml. 1995 s. I-743, prem. 93, og Rettens avgjørelse i sak T-34/92, Fiatagri UK Ltd. og New Holland Ford Ltd. v Kommisjonen, Sml. 1994 s. II-905, prem. 39.

¹⁸² Sak T-334/94, Sarrió SA v Kommisjonen, Sml. 1998 s. II-1439, prem. 264-281.

¹⁸³ Slik Georgiev: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 1027, som mener å påvise et skifte fra et "legalistic" til et "bureaucratic" system.

sikre etterlevelse, typisk gjennom omfattende meldeplikter. Samtidig hefter det alltid en omgåelsesrisiko ved adferdsmessige tiltak.

Strukturelle tiltak er imidlertid vanskelig tilgjengelig under art. 7, som fokuserer på opphør av en konkret og spesifisert overtredelse. For å bringe et misbruk i form av ulovlig forretningsnektelse eller diskriminerende prising til opphør, vil det være tilstrekkelig enten å forby diskrimineringen eller å pålegge foretaket å levere kapasitet til den enkelte kunden. Slike tiltak vil imidlertid ikke avbøte de underliggende forhold som gir incentiver til konkurransestriddig adferd.

I så måte frembyr art. 9 den fordel at tilsagnene ikke behøver å knyttes opp til en påvist overtredelse av art. 101 eller 102 overhodet. Betydningen av denne frikoblingen kommer tydelige til uttrykk når Retten i Alrosa vurderer art. 9-tilsagnet opp mot art. 7-standarden:

"Eftersom formålet med artikkel 82 EF [nå art. TEUF art. 102] ikke er at forbyde dominerende stilling, men at bringe misbruk til opphør, kan Kommissionen ikke kræve, at en dominerende virksomhed afholder sig fra at foretage indkøb, der giver virksomheden mulighed for at opretholde eller styrke sin dominerende stilling på markedet, hvis virksomheden ikke i forbindelse hermed anvender metoder, der er uforenelige med konkurrencereglerne. Selv om der påhviler en virksomhed i en sådan stilling særlige forpligtelser, kan disse ikke medføre, at selve tilstedeværelsen af en dominerende stilling skal svækkes."¹⁸⁴

Klart nok vil selve eksistensen av en dominerende stilling representere en konkurransemessig bekymring. Samtidig er det sikker rett at det å inneha en slik stilling ikke representerer en overtredelse i seg selv; stillingen må misbrukes. Selv om det mest effektive virkemiddelet for å sikre konkurranse vil være å fjerne eller svekke den dominerende stillingen, er det på det rene at dette ligger utenfor Kommisjonens kompetanse etter art. 7, nettopp grunnet kravet om at vedtakets funksjon er å bringe en pågående overtredelse til opphør.

Dette forklarer på mer generelt grunnlag hvorfor strukturelle pålegg ikke har fått utbredelse under art. 7. Et strukturelt pålegg vil typisk være egnet for å fjerne incitamentet til konkurranseskadelig adferd for fremtiden, men vil vanskelig tilfredsstille proporsjonalitetskravet mht. å bringe en eksisterende overtredelse til opphør. Poenget er jo at det skal kunne være mulig å etterleve art. 102 uten at den dominerende stillingen fjernes, med mindre det er tilnærmet umulig å unngå misbruk for det aktuelle

¹⁸⁴ Sak T-170/06 Alrosa v Kommisjonen, Sml. 2007 s. II-2601, prem. 146.

foretaket. Det er imidlertid vanskelig å finne gode eksempler på en slik situasjon.¹⁸⁵ Strukturelle tiltak kan også være egnet for å lette tilsynsmyndighetenes kontroll (for eksempel gjennom organisatoriske skiller mellom ulike forretningsområder), men også her svikter linken til en overtredelse. Muligens vil strukturelle tiltak under art. 7 kunne ha en funksjon der det består strukturelle linker mellom foretak (for eksempel minoritetsseierskap) som gir opphav til ulovlig informasjonsutveksling (for eksempel gjennom styremedlemmer), eller der det dreier seg om å fjerne strukturelle skadevirkninger av en konkurransestridig adferd, for eksempel der en kollektiv dominerende stilling har blitt styrket. Foreløpig synes imidlertid anvendeligheten å være begrenset.

I den utstrekning art. 9-tilsagn benyttes på denne måten, representerer de klart nok effektive tiltak for å realisere og sikre konkurranse for fremtiden. Dette gjelder typisk slike strukturelle tilsagn om utsalg av virksomhetsom er pålagt E.ON og RWE. Slike tiltak vil åpenbart fjerne incitamentene til misbruksadferd. De vil imidlertid også kunne svekke eller helt fjerne en dominerende stilling, og dermed løse det konkurransemessige problemet en gang for alle.

Denne gjennomgangen av art. 7 har vist at kompetansen er gjenstand for flere viktige begrensninger, som gjør den mindre egnet som et generelt virkemiddel for å løse konkurransemessige problemer på markedet. Art. 7 fremtrer som en slags minimumsløsning der hovedfokus ligger på å avbryte konkrete overtredelser av forbudsbestemmelsene. I motsetning til under art. 7 vil Kommisjonen i art. 9-prosedyrer kunne godta ethvert tilsagn som "imødekommer de betænkeligheder, som Kommissionen har." Dette skiller seg fra art. 7 på to måter: For det første vil ikke tilsagnene måtte holdes opp mot spesifikke overtredelser av art. 101 og 102. Selve kompetansenormen er følgelig løsere under art. 9, idet det ikke vises til art. 101 og 102, men "de betænkeligheder" Kommisjonen måtte ha. For det andre vil ikke tilsagnene underlegges en vurdering av om de er nødvendige for å bringe spesifikke overtredelser til opphør, men kan fokusere på å fjerne incentivene til fremtidige overtredelser. Proporsjonalitetsvurderingen under art. 9 er også mer begrenset enn etter art. 7, og er mer knyttet til formelle forhold som om foretakene faktisk har foreslått mindre inngripende tiltak uten at disse er hensyntatt av Kommisjonen. Dette innebærer at tilsagn fremstår som mer fleksible enn art. 7-vedtak både i forhold til kompetansenorm og i forhold til konkret utforming.

¹⁸⁵ Problemstillingen kan være mer aktuell i forbindelse med særlige eller eksklusive rettigheter, jf. TEUF art. 106, og sak C-41/90 Höfner og Elser v Macrotron, Sml. 1991 s. I-1979, prem. 25-31.

5.3 Vurdering

Fremstillingen hittil har vist at art. 9-tilsagn representerer en nyvinning innen håndhevelse av konkurransereglene, og at de langt på vei avbøter det som hittil har vært et hull i Kommisjonens kompetanse; muligheten til å gi konkrete og positive pålegg for å hindre fremtidige overtredelser. Når vedtakskompetansen også fremstår som i alle fall delvis frikoblet fra de materielle normene i art. 101 og 102, ligger det i sakens natur at art. 9-tilsagn vil fremstå som et preferert viremiddel i mange saker. Når det er sagt, er det også betenkeligheter knyttet til art. 9, særlig hvis blikket rettes utover Kommisjonens behandling av en konkret sak. Dels har dette en side mot senere saker, dels mot andre håndhevere.

I innværende avsnitt gis det først en oversikt over ulike fordeler og ulemper, før det foretas en avsluttende vurdering.

For det første vil art. 9-beslutninger representere effektivitetsgevinster i håndhevelsen, i den forstand at parter og myndigheter spares for kostnadskreven prosesser.¹⁸⁶ For Kommisjonen representerer prosedyren relativt store besparelser, ved at det ikke er nødvendig å utstede SO (og dermed ingen ressursbruk på å etablere en overtredelse ut fra konkrete bevis), at det ikke må forberedes ikke-konfidensielle versjoner av filen for innsyn, at det ikke må avholdes høring samt at selve utformingen av vedtaket kan være mer kortfattet. Selv om også en art. 9-prosedyre vil kreve ressurser, bl.a. til den initiale "fact-finding", samtaler/forhandlinger med partene underveis, samt markedstesting, må det antas at besparelsene kan være ganske betydelige over tid. I forlengelsen av dette ligger redusert risiko for rettsprosesser; det er sjelden at vedtak som innbefatter bøter ikke bringes inn for Retten.

Administrativt vil kostnadsbesparelser bli illusoriske hvis for eksempel foretakene ombestemmer seg eller hvis markedstesting får et negativt resultat. Et eksempel på dette gir CISAC, der Kommisjonen i kjølvannet av negative tilbakemeldinger på markedstesten fattet et fullt art. 7-vedtak.¹⁸⁷ Det er også andre eksempler på saker som har blitt markedstestet for lang tid siden men hvor det ikke har kommet endelig vedtak.

Et forhold som også kan bidra til å minske de positive kostnadseffektene er behovet for løpende overvåking av at tilsagnene etterleves. Riktignok synes Kommisjonen å foretrekke tiltak av strukturell karakter, jf. 5.2 ovenfor, og den klare fordelene med disse

¹⁸⁶ For en beslutningsteoretisk og rettsøkonomisk analyse se Arne Johan Dahl: Settlements in EU competition enforcement – an economic analysis, masteroppgave ved juridiske fakultet i Oslo, 2010.

¹⁸⁷ Sak COMP/38698, art. 27(4) kunngjøring publisert EFT 2007 C 245 s. 46, forbudsvedtak av 16. juli 2008. Forbudsvedtaket er brakt inn for Retten under saksnummer T-442/08.

er at de nettopp ikke er avhengige av løpende overvåkning. Dette kan imidlertid stille seg annerledes for adferdsmessige tiltak. Selv om nasjonal håndhevelse, både privat og offentlig, vil kunne redusere behovet for intervensjon fra Kommisjonen noe, ligger det i alle fall en potensiell fare for at oppfølging av vedtak vil legge beslag på ressurser.

For det andre vil art. 9-tilsagn klart gi mer målrettede remedies i enkeltsaker. Dette har dels sammenheng med at kompetansen er videre enn under art. 7, men også med at tilsagnene vil være foreslått av foretakene selv. Dermed vil disse presumptivt enkelt kunne tilpasse seg dem og implementere dem mer effektivt enn tiltak utformet av Kommisjonen. Den første Microsoftsaken gir et nedslående eksempel på manglende effektivitet av virkemiddel og ikke minst flere etterfølgende runder på påstått manglende etterlevelse.¹⁸⁸ For foretakene oppstår det også fordeler ved at de kan foreslå virkemidler som i liten grad hemmer den kommersielle driften og videreutviklingen av forretningskonseptene.

Art. 9-tilsagn representerer også ytterligere fordeler for de involverte foretakene. I første rekke må det fremheves muligheten for å unngå bøter, med den belastningen dette kan være ikke bare direkte finansielt, men også for foretakets rykte på markedet. Riktignok ligger det i art. 9-proseduren at den ikke vil være aktuell ved virkelige alvorlige overtredelser der stigmaet kanskje er størst, dvs. først og fremst kartellsaker og saker om økonomisk maktmisbruk overfor konkurrenter etter misbruksforbudet. Samtidig vil man ikke unngå den negative publisiteten når saken "sprekker" (som kan være betydelig), men forliksløsningen bidrar uansett til at ryktet kan gjenreises raskt. I denne sammenheng representerer art. 9 ikke bare en fordel vis-à-vis bøtevedtak, men også i forhold til ensidige pålegg etter art. 7.

Endelig vil art. 9-vedtak redusere risikoen for private søksmål i kjølvannet av konkurransesaken. Enkelthetene her er gjennomgått i 4.4.4 ovenfor. Noen full sikkerhet gir art. 9-vedtak imidlertid ikke; for eksempel kan en klager som ikke får fullt gjennomslag forfølge saken for nasjonale domstoler eller nasjonale konkurransemyndigheter, samtidig som selve forlikets eksistens snarere indikerer eksistensen av en overtredelse enn det motsatte. At selve forliket kan håndheves for nasjonale domstoler, og etter forholdene selv kunne begrunne erstatningsansvar hvis det brytes, spiller sannsynligvis en mindre rolle i denne sammenheng.

Tilsagnsvedtak kan også innebære en rekke potensielt negative effekter, i første rekke hvis det ses utover den konkrete saken:

¹⁸⁸ Sak COMP/37792, se for eksempel MEMO/08/125.

Avslutning ved forlik vil for det første ikke skape presedenser ved uavklarte spørsmål. Dette kan både vanskeliggjøre håndhevelsen i senere saker, samt øke risikoen for overtredelser ved adferd i randsonene av regelverket. Et tilsagnsvedtak, som ikke tar stilling til om det foreligger en overtredelse, vil gi begrenset veiledning for foretak og deres rådgivere mht. tilpasning til regelverket. Derimot kan disse bli for forsiktige, jf. nedenfor. Sett fra Kommisjonens synsvinkel kan det imidlertid fremstå som et fordel at fokus rettes mot konkurransepolitiske problemer og effektive remedies, men et slik synspunkt reiser spørsmål om kompetansens rekkevidde.

Tilsagn reduserer på denne bakgrunn forutberegneligheten i konkurranseretten, selv om de fleste av sakene hittil har vært mindre problematiske i så måte – i den forstand at det ikke har vært særlig vanskelig å identifisere hva Kommisjonen har ansett som en overtredelse. Det bør også påpekes at selve prosedyren fremstår som mindre transparent.

For det andre og i forlengelsen av det første kan det pekes på tap av en preventiv virkning. Det vil, ved visse typer overtredelser, kunne bre seg en oppfatning at overtredelser ikke er særlig risikable fordi man vil kunne redde seg med et forlik med Kommisjonen. Denne effekten er imidlertid ikke særlig klar, og vil være avhengig av hvordan Kommisjonen benytter sine fullmakter. Samtidig er det på det rene at det generelle bøtenivået har økt kraftig over de siste årene, og det er neppe synderlig grunn til å frykte at den økende bruken av art. 9-tilsagn redusere foretakenes vilje til etterlevelse. Snarere kan de to ses i sammenheng, der det nettopp er bøtenivået og det generelt negative fokuset knyttet til konkurransesaker som gjør det mulig å få til vidtrekkende forlik med foretakene. I den utstrekning fokuset på konkurransepolitiske problemer mer enn konkrete overtredelser leder til økt forsiktighet blant foretak, kan det også hevdes at forlik på sin måte bidrar til økt prevensjon.

For det tredje ligger det et problemområde knyttet til koordinering med nasjonale prosedyrer. På det praktiske planet kan ikke dette anses som noe stort problem; nasjonale myndigheter mister sin kompetanse når Kommisjonen innleder prosedyre. Derimot vil faren for senere inngripen fra nasjonale konkurransemyndigheter kunne svekke tilsagnsinstituttet i den forstand at det gir foretakene mindre forutberegnelighet. Så langt synes imidlertid dette problemet ikke å ha blitt aktualisert.

For det fjerde reduseres muligheten for privat håndhevelse. Hvis det blir vanskeligere å nå frem med private søksmål innebærer dette tapt kompensasjon, og Kommisjonens initiativer for å øke den private håndhevelsen kan bli vesentlig vanskeliggjort. Også

denne effekten er imidlertid avhengig av hvilke saker Kommisjonen prioriterer for forlik.

Endelig må det vises til at forlik generelt lettere vil unndras rettslig prøving enn art. 7-vedtak. Dette skyldes det faktum at partene – som selv har foreslått tilsagnene – neppe vil ha særlig ønske om å starte en prosess som kan ende med et art. 7-vedtak eller til og med en bot. Samtidig er ikke tredjeparter gitt noen sterk stilling verken materielt eller prosessuelt, jf. ovenfor. De tre sakene som hittil har blitt anlagt representerer i så måte spesielle tilfeller.

Flere av både de positive og negative sidene er knyttet opp mot muligheten til å oppnå resultater "beyond legal powers". Formelt sett skyldes dette både at tilsagnene ikke må knyttes opp mot dokumenterte brudd på konkurransereglene, samt at art. 9 uansett ikke inneholder de samme begrensninger mht. utforming av tiltak som art. 7. De mulighetene som i denne sammenheng ligger i regelverket, kan forsterkes av Kommisjonens "forhandlingsposisjon". I kombinasjon med at vedtakene sjelden vil bli gjenstand for domstolskontroll, skaper dette en risiko for at praksis kan utvikle seg langt utenfor kjernebestemmelsene i art. 101 og 102. Nettopp dette aspektet ved art. 9 har blitt møtt med til dels krass kritikk fra enkelte.¹⁸⁹ Denne kritikken har en parallell i amerikansk rett og skepsisen mot consent decrees.¹⁹⁰

Et noe annet aspekt, som også reiser prinsipielle spørsmål knyttet til Kommisjonens kompetanse, er bruk av forlik på områder hvor jusen er uklar. Det er – ikke minst under art. 102 – en rekke uavklarte spørsmål knyttet til konkurransereglene rekkevidde. Hvis forliksløsningen fremstår som et attraktivt alternativ til en lang administrativ prosess og kanskje senere runder i Domstolen, er det rimelig opplagt at Kommisjonen vil kunne oppnå løsninger som i beste fall ligger på yttergrensen av kompetansen. Usikkerhet knyttet til den materielle jusen kan gjøre art. 9 mer attraktiv både for Kommisjonen og foretak.¹⁹¹ Eksempelvis er det reist kritikk mot at Kommisjonen valgte art. 9 som

¹⁸⁹ Se for eksempel Denis Waelbroeck: Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges? GCLC Working Paper 01/08, tilgjengelig på <http://www.coleurope.eu/template.asp?pagenam=gclcworkingpapers>.

¹⁹⁰ Se for eksempel Melamed: Antitrust: The New Regulation, 10 Antitrust 13 (1995-96), som kommenterer om den økende bruken av consent decrees at de gjør det mulig for "government officials to address issues that are politically or economically important but legally ambiguous." Han fortsetter "Indeed, some consent decree remedies appear to go beyond what the government could realistically anticipate as a remedy in a contested case." (s. 13-14).

¹⁹¹ Se Schweitzer, op.cit., s. 9 med henvisninger.

løsning på spørsmålet om lojalitetsrabatter i Coca-Cola.¹⁹² Selv om nettopp dette eksempelet kanskje ikke er mest treffende (selv om det er sterk uenighet om lojalitetsrabatter *bør* være forbudt, er det neppe særlig tvil om gjeldende rett), er det flere eksempler i art. 9 praksis på at forlik er inngått i saker på områder hvor rettstilstanden ikke er endelig klarlagt, jf. bl.a. GDF og ENI.

Videre er det fremmet kritikk i retning av at art. 9 kan benyttes til å restrukturere markeder og at det således kan benyttes som et regulatorisk verktøy. I flere av art. 9-sakene har Kommisjonen i pressemeldingen eksplisitt vist til at forliket bidrar til å liberalisere markeder.¹⁹³ Ofte vil det kunne trekkes en temmelig klar grense mellom reguleringspolitikk og konkurranseretten i mer snever forstand, ved at konkurranseretten beskytter den konkurransen som "naturlig" forekommer på markedet, mens regulerings- eller liberaliseringspolitikk tar sikte på å skape eller legge til rette for merkonkurranse. Post-, tele-, transport- og energisektoren er klare eksempler på slik sektorvis liberalisering. Nettopp ved art. 9-tilsagn, som slik det er vist har en hovedfunksjon ved å pålegge konkrete plikter for å sikre konkurranse fremover mer enn å bringe konkrete overtredelser til opphør, vil denne grensen imidlertid lett kunne overskrides.¹⁹⁴ Typisk skjer dette fordi strukturelle tiltak i form av for eksempel unbundling vil bidra til å skape ny konkurranse – noe som samtidig representerer et hovedverktøy i liberaliseringslovgivningen.

Videre vil tilsagnsvedtak – avhengig av hvordan de er utformet og hvor lang periode de virker i – underlegge foretakene et regulatorisk regime som ikke nødvendigvis vil være egnet i fremtiden. Her vil også konkurrenter eller andre kunne ha en selvstendig interesse i at begrensningene opprettholdes, og vil kunne søke å påvirke endringsprosesser i egen interesse. I amerikansk rett er det nevnt flere eksempler på consent decrees som har "[taken] on a life on their own as they endure, and are applied, in circumstances that bear little if any relationship to the alleged violations on which they were initially based."¹⁹⁵ Slike effekter er ikke fremtredende i det fortsatt unge systemet i forordning 1, men vil kunne oppstå på sikt.

¹⁹² Slik Georgiev: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 1028.

¹⁹³ Se for eksempel IP/10/494 i E.ON (gas foreclosure), og IP/10/290 i EDF, der konkurransekommisjæren kommenterer at "Today's decision marks an important step towards the effective liberalisation of the French electricity markets to the benefit of large customers and, by extension, the economy as a whole".

¹⁹⁴ Melamed, I.c., påpeker at "because consent decree proceedings tend to focus more on the remedy than the wrong, the requirements of consent decrees are sometimes regulatory in nature."

¹⁹⁵ Melamed, I.c. med henvisninger. Han nevner for eksempel Kodak-forliket, inngått i 1921.

6. Forliksløsninger utenfor art. 9

Etter Rettens avgjørelse i Alrosa ble adgangen til uformelle forlik løftet frem som viktig, grunnet de kompetanseskrankene retten der oppstilte. Hvis art. 9-vedtak skulle være underlagt de samme proporsjonalitetskranker som art. 7-vedtak, er det ganske åpenbart at flere av de tilsagn Kommisjonen hittil har bekreftet ville ligget utenfor kompetansen. Etter at Rettens snevre fortolkning av art. 9 ble satt til side, synes dette behovet imidlertid å være mindre.

Det er likevel på det rene at Kommisjonen også etter ikrafttreddelsen av art. 9 har inngått bilaterale og uformelle forlik med foretak.¹⁹⁶ Enkelte har reist spørsmål ved hensiktsmessigheten, enn si adgangen til, slike forlik i lys av art. 9.¹⁹⁷ Flere av disse sakene er imidlertid av en litt annen karakter enn typiske art. 9 saker, idet de fleste dreier seg om opphevelse av konkurransestridige klausuler. De representerer følgelig "forbudsavgjørelser" etter art. 7, i motsetning til mer omfattende positive forpliktelser mht. markedsåpning. Disse sakene er relativt uproblematisk, og det er vanskelig å se at konkurransehåndhevelsen ville blitt synderlig effektivisert av muligheten for å bøtelegge for brudd på forliket istedenfor å bøtelegge for brudd på art. 101 om klausulene fremdeles var blitt opprettholdt. Der det heller ikke er spesielle grunner til å fatte et "fastsettelsesvedtak" om et historisk brudd enten av hensyn til erstatningskrav eller til å skape presedens, fremstår art. 9-prosedyren således som overflødig. Det er heller ingen grunn til at eventuelle skadelidte skulle stå svakere etter et slikt uformelt forlik enn etter et art. 9-vedtak, kanskje tvert i mot. Flere av de sakene som har blitt avsluttet uformelt, har også dreiet seg om klausuler som ganske åpenbart er i strid med art. 101, særlig destinasjonsklausuler i gassalgskontrakter.

¹⁹⁶ Se for eksempel IP/04/1314 om "Most Favoured Nation" klausuler innen filmdistribusjon (saken henlagt etter at klausulene ble opphevet), IP/05/195 om gassalgskontrakter mellom OMV og Gazprom (saken henlagt etter at partene fjernet destinasjonsklausuler og klausuler om fortrinnsrett for OMV til nye volumer, samt at OMV forpliktet seg til å utvide rørledningskapasiteten for transitt til Italia), IP/05/710 om en lignende sak om kontrakter mellom Gazprom og E.ON Ruhrgas (saken henlagt etter at partene fjernet destinasjonsklausuler og "most favoured customer" klausuler), IP/05/361 om samarbeid mellom flyforsikringsselskaper (saken henlagt etter at International Underwriting Association of London og Lloyd's Market Association iverksatte tiltak for å øke gjennomsiktigheten).

¹⁹⁷ Slik for eksempel Whish: Commitment Decisions under Article 9 of the EC Modernisation Regulation: Some Unanswered Questions (trykket i FS Norberg, A European for All Seasons, Bruylant, Brussel 2006) avsnitt 6 i.f.

Ikke alle saker kan imidlertid forklares på denne måten, i OMV/Gazprom godtok OMV for eksempel å utvide rørledningskapasiteten for transitt til Italia, en type forpliktelse som etter senere praksis fremstår som et typisk art. 9-tilsagn.

På denne bakgrunn må det være klart at uformelle forlik utenfor art. 9 fremdeles kan spille en viktig rolle, særlig ved ukompliserte saker og der "remedy" typisk består i å avbryte samarbeid eller å oppheve avtaleklausuler. I slike tilfeller må det være uproblematisk at det inngås bilaterale forlik utenfor rammene av art. 9. Det vil også være en flytende grense mellom egentlige "forlik" og saker hvor foretak signaliserer at de vil endre sin adferd og at Kommisjonen av den grunn ikke finner å prioritere oppfølging av saken.¹⁹⁸

Behovet synes imidlertid å være mindre av hensyn til begrensninger i art. 9-kompetansen – Alrosa avgjorde at forliksløsninger ikke er gjenstand for de samme begrensninger som vedtak etter art. 7. Derimot kan det ikke ses bort fra at Kommisjonen vil velge den uformelle veien der foretak tilbyr mer omfattende tilsagn mot henleggelse av mer alvorlige overtredelser. GFU-forliket er et typisk eksempel på en slik sak – der det ikke var noen direkte sammenheng mellom foretakenes forpliktelser (å tilby gassvolumer til nye kunder) og den påståtte overtredelse (ulovlig felles salg av gass). I slike tilfeller vil kravet om at tilsagnene "imødekommer de betænkeligheter, som Kommissionen har, og som den har underrettet de pågældende virksomheder om i sin foreløbige vurdering" fungere som en skranke for Kommisjonens kompetanse. Ses det på GFU-saken, er det på det rene at Kommisjonen i SO'en hadde påstått overtredelse av art. 101 (da EFT art. 81) grunnet det felles salget av gass gjennom GFU. Manglende liberalisering av det nedstrøms gassmarkedet var ikke del av betenkelighetene knyttet til den påståtte overtredelsen. Det er også vanskelig å se at Kommisjonen kunne ha brakt disse betenkelighetene inn i saken gjennom en tilleggs-SO. Når Kommisjonen således valgte å henlegge saken i bytte mot tilbud av nye gassvolumer, fremstår dette som et tilsagn der en mulig overtredelse i ett marked ble benyttet som et forhandlingskort for å få foretakene til å bidra til å løse strukturelle problemer i et annet marked.¹⁹⁹

Svakheten ved uformelle forliksløsninger er selvsagt den manglende muligheten til å håndheve dem, idet gjenåpning av saken vil være eneste sanksjoneringsmulighet. Slike

¹⁹⁸ Et tydelig eksempel på det siste er iPhone-saken, se IP/10/1175 av 25. september 2010, der Apple endret sin distribusjonspraksis av iPhone etter at Kommisjonen hadde innledet etterforskning. Konkurransekommissær Almunia uttaler i meldingen at "Apple's response to our preliminary investigations shows that the Commission can use the competition rules to achieve swift results on the market with clear benefits for consumers, without the need to open formal proceedings."

¹⁹⁹ GFU-forliket, IP/02/1084, 17. juli 2002, innebar også at foretakene forpliktet seg til ikke å samarbeide om salg av gass.

uformelle forlik vil heller ikke kunne gjøres gjeldende av tredjeparter for nasjonale domstoler.

7. Konkurranseloven

7.1 Ingen eksplisitt hjemmel for forliksløsninger

Konkurranseloven inneholder ikke, i motsetning til forordning 1, en hjemmel til å formalisere tilsagn gjennom vedtak. Skal tilsynet fatte et formelt vedtak som bringer en sak til opphør, vil dette således måtte skje etter hjemmelen for påbud om opphør i krrl. § 12. Denne prosessen vil måtte følge de alminnelige kravene til saksbehandling, samtidig som vedtaket må tilfredsstillende de krav som stilles til begrunnelse og påvisning av overtredelse, samt selvstendig begrunnelse for pålegget, herunder dets proporsjonalitet. Samtidig vil vedtaket måtte holde seg innenfor de materielle rammer som følger av bestemmelsen. På dette punkt må kompetansen etter § 12 anses som parallell med Kommisjonens kompetanse etter art. 7.²⁰⁰ Det følger av dette at tilsynet ikke har adgang til fleksibiliteten art. 9 frembyr mht. utforming av virkemidler.

Dette er annerledes i fusjonssaker, der muligheten for avhjelpende tilsagn er fremhevet som viktig i forarbeidene.²⁰¹ "Tilsagnskompetansen" viser seg her ved at det kan stilles vilkår for godkjenning av en foretakssammenslutning, og her som ellers vil det kunne forhandles om hvilke vilkår som skal fastsettes. Forarbeidene forutsetter imidlertid også at fusjonssaker gjennom slike frivillige tilsagn skal kunne løses på et tidlig tidspunkt i saksbehandlingen. Det fremstår imidlertid som usikkert hvordan en slik tidlig godkjenning på vilkår (dvs. uten en full utredning av saken) lar seg forene med kravene til utredning og dokumentasjon av at inngrepsvilkåret er oppfylt, samt om proporsjonalitetsprinsippet vil kunne reise skranke. Disse spørsmålene er ikke adressert i forarbeidene, og det ville sprengte rammene for denne fremstillingen å gå nærmere inn på dem.

Klart nok vil det kunne være forhandlinger i forkant av et § 12-vedtak knyttet til vedtakets innhold og hvilke virkemidler som velges. Det endelige vedtaket vil imidlertid måtte holde seg innenfor proporsjonalitetsprinsippet, jf. ordlyden i § 12. Slik det er påvist for så vidt gjelder EU-retten, representerer dette prinsippet en viktig skranke for kompetansen, og utgjør en grunnleggende forskjell mellom art. 7 og art. 9.

²⁰⁰ Se Hans Petter Graver/Erling Hjelmeng, Norsk Konkurranserett Bind II, Universitetsforlaget 2006, s. 30.

²⁰¹ Se NOU 2003:12, s. 107-8, og Ot. prp. nr. 6 (2003-04), s. 85.

Skal tilsynet oppnå mer vidtrekkende innrømmelser fra foretakene, vil det dermed måtte skje som uformelle forlik.

I likhet med under art. 7, er det først og fremst grensen mellom forbudsvedtak og positive pålegg som fremstår som viktig. Tilsynet vil som utgangspunkt ikke kunne pålegge foretak positive tiltak der det er flere måter å etterleve konkurransereglene på. I betraktning av at et flertall av art. 9-vedtakene nettopp gjelder spesifikke og positive forpliktelser for å sikre tilgang til markedet, og slike tiltak nettopp kan synes vanskelig tilgjengelige under § 12, understreker dette viktigheten av art. 9-vedtak i konkurransehåndhevelsen.

Mens Konkurransetilsynets kompetanse etter krrl. dermed fremstår som klart begrenset, er mulighetene under EØS-reglene noe mer uklare. Utgangspunktet etter EØS-konkurranseloven § 6 jf. § 1 er at tilsynet både har kompetanse (og etter forholdene plikt) til å håndheve EØS-avtalens konkurranseregler. Paragraf 12 og konkurranseovens sanksjonsbestemmelser gjelder tilsvarende. Iht. art. 6 skal håndhevelse skje "med de begrensninger" som følger av EØS-avtalen. Dette dreier seg i første rekke om at tilsynet vil miste sin kompetanse hvis ESA innleder prosedyre i saken, jf. forordning 1 art. 11 nr. 6.

Forordning 1 inneholder imidlertid også krav til de nasjonale konkurransemyndighetenes kompetanse. Art. 5 første ledd lyder:²⁰²

"EFTA-statenes konkurransemyndigheter skal ha myndighet til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i enkeltsaker. For dette formål kan de av eget tiltak eller på grunnlag av en klage gjøre følgende vedtak:

...

- godta tilbud om avhjelpende tiltak..."

Spørsmålet er om denne bestemmelsen vil kunne ha selvstendig betydning i den forstand at tilsynet må kunne fatte art. 9-vedtak med henblikk på EØS-avtalens konkurranseregler.²⁰³ En slik forståelse fremstår imidlertid som tynt fundert. Selv om forordningen er formulert som en "kan"-hjemmel, fremstår ikke bestemmelsen som en selvstendig kompetansehjemmel. Ordlyden viser bare til at myndigheten skal kunne

²⁰² Slik denne er gjennomført ved forskrift nr. 966 av 4. desember 1992 om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen, kap. 2.

²⁰³ Slik om EU-landenes nasjonale myndigheter tilsynelatende Sousa Ferro: Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions, [2005] ECLR 451, på s. 453.

"godta tilbud" om tilsagn, uten å presisere nærmere hvilken prosedyre som i tilfelle skal følges, og uten at det presiseres at tilsagnene skal kunne formaliseres etter modell av art. 9. Bestemmelsen mangler følgelig konkret angivelse av kompetansens innhold eller gjennomføring på nasjonalt plan. Videre er det på det rene at den nærmere utformingen av vedtakskompetanse og sanksjoner ikke er gjenstand for en fullstendig harmonisering etter forordning 1. At forordningen oppstiller visse krav til kompetanse, kan ikke innebære at forordningen selv kan anses å gi kompetanse på nasjonalt nivå. Samtidig vil det være høyst uklart om nasjonale konkurransemyndigheter – med mindre det konstateres et selvstendig brudd på konkurransereglene – i fravær av eksplisitt hjemmel på nasjonal nivå vil kunne pålegge foretakene sanksjoner for overtredelser av et slikt "vedtak".²⁰⁴

Det er også vanskelig å se at den norske gjennomføringen vil kunne sies å ha denne effekten. For det første er det allerede usikkert om forordning 1 faktisk stiller krav om en kompetanse som er identisk med art. 9 på nasjonalt plan. Det er heller ingen indikasjoner på at man ved gjennomføringen av art. 5 har ment å gi tilsynet noen utvidet kompetanse på sanksjons- eller vedtaksnivå utover det som følger av konkurranseloven selv. Det er også på det rene at det ikke er fastsatt sanksjoner for brudd på slike "vedtak" – som i tilfelle også vil falle helt utenfor systemet i konkurranseloven. Avhengig av hvilke krav art. 5 stiller, dvs. om det kreves at nasjonal rett skal inneholde hjemmel til å formalisere forlik, er gjennomføringen av forordning 1 ikke tilstrekkelig.

Det følger av dette at tilsynet også i forhold til EØS art. 53 og 54 er henvist til å benytte uformelle forlik.

Både svensk og dansk konkurranselov inneholder bestemmelser om tilsagn etter mal av forordning 1 art. 9. Etter den danske konkurrenceloven (lovbekendtgørelse nr. 1027 av 21. august 2007 med senere endringer) § 16 a kan Konkurrencerådet gjøre tilsagn som imøtekommer "betænkeligheder" i relasjon til forbudsbestemmelsene bindende for foretak. Rådet kan deretter utstede påbud som er nødvendige for å gjennomføre tilsagnene.²⁰⁵ Kompetansen har vært benyttet i en rekke saker, også under art. 101/102.²⁰⁶ I svensk rett har Konkurrensverket hjemmel i konkurranselagen (SFS 2008:579) 3 kap 4 § "Åtagande från företag" til å fatte beslutning om at det ikke er grunn til å gripe inn som følge av tilsagn fra foretak.²⁰⁷

²⁰⁴ Jf. også ovenfor 4.4.3 om nasjonale konkurransemyndigheters adgang til å håndheve Kommisjonens og ESAs beslutninger – der det heller ikke finnes sanksjoner tilgjengelig.

²⁰⁵ Se nærmere om bestemmelsene Kirsten Levinsen: Konkurrenceloven med kommentarer, 3. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009, s. 1266 ff.

²⁰⁶ Se oversikten i op.cit., s. 1273-1276.

²⁰⁷ Se Prop. 2007/08:135 Ny konkurranselag m.m., s. 177 ff.

7.2 "Uformelle" forliksløsninger etter krrl.

I inneværende avsnitt gjennomgås prinsippene for inngåelse av "uformelle" forlik etter norsk rett. Formålet er både å undersøke hvilken adgang det er til å inngå slike forlik, hvilke eventuelle begrensninger som må oppstilles, samt kartlegge hvilke – om noen – rettsvirkninger slike forlik vil ha. Terminologien "uformelle" forlik er inspirert av "informal settlements" i EU-retten. Når "uformelle" likevel er satt i anførselstegn skyldes dette at det kan reises spørsmål om hvor "uformell" en henleggelse av en sak – på vilkår om at partene etterlever visse forpliktelser – reelt sett er. Dette skyldes både norsk retts prinsipper om forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, og den særskilte klageadgangen på henleggelse etter krrl. § 12 tredje ledd.

Spørsmålet er for det første hvilke begrensninger som hviler på tilsynet i denne relasjon. Dette må avgjøres etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om inngåelse av avtaler med det offentlige, og i hvilken utstrekning tilsynet kan binde sin myndighet ved et forlik.

Som et utgangspunkt må det presiseres at det ikke dreier seg om et tradisjonelt forhåndstilsagn om binding av forvaltningens skjønn.²⁰⁸ En henleggelse fra tilsynet vil bare bety at tilsynet ikke vil forfølge en mulig overtredelse; enten ved å pålegge opphør etter § 12 eller ved overtredelsesgebyr etter § 29. I så måte dreier det seg om ikke-bruk av sanksjons- eller påleggskompetansen.²⁰⁹

Å beslutte å henlegge saken uten at det fattes formelt vedtak, der det konkurransemessige problemet er avbøtt og en mulig overtredelse er avsluttet, må klart nok sies å ligge innenfor tilsynets fullmakter. Selv om det er tale om ikke-bruk av en mulig sanksjonshjemmel, vil eventuelle strafferettslige skranker etter min oppfatning ikke være relevante, idet denne typen forlik ikke vil innebære noen aksept av skyld fra foretakenes side. Slike "uformelle" forlik kan heller ikke sammenlignes med ikke-bruk

²⁰⁸ Binding av *skjønnsmyndighet* er utførlig behandlet av Jan Fridtjof Bernt: Avtaler med stat og kommune, Universitetsforlaget 1981. Selv om Bernts fremstilling eksplisitt avgrenses mot binding av håndhevelsesmyndighet, vil flere av hans synspunkter kunne ha betydning for det spørsmål som drøftes her.

²⁰⁹ Spørsmålet er behandlet av Arvid Frihagen: Avtaler med forvaltningsmyndighetene, Universitetsforlaget 1977 (også trykket i Jussens Venner Bind XII hefte 1/2 – 1977). Der gis det også noen eksempler på prismsmyndighetenes bruk av avtaler, jf. s. 26 ff. Fra et overordnet perspektiv er problemstillingen også drøftet av Torstein Eckhoff: Uttalelser, tilsagn, avtaler og vilkår i forvaltningsretten, Jussens Venner 1975 s. 133 ff. Spørsmålet om forvaltningsavtaler fikk generelt stor oppmerksomhet utover på sytti-tallet, bl.a. på bakgrunn av de prinsipielle sakene om Nordmarka-avtalen og petroleumsbeskatningen.

av kompetanse som påvirker tredjepersoners rettigheter, idet konkurranseloven bygger på forbudsbestemmelser, ikke inngrepshjemler.²¹⁰ En henleggelse i bytte mot tilsagn om bestemt adferd kan heller ikke ses på som en binding av rettsanvendelsen (noe det ikke vil være adgang til), men utelukkende bruk av kompetansen til å håndheve lovens regler. På dette området vil Konkurransetilsynet måtte antas å ha en relativt vis skjønnsfrihet mht. prioritering av saker, oppfølging av enkeltmarkeder mv. Samtidig er det på det rene at avslutning av saker gjennom forlik fremstår som et effektivt virkemiddel for å fremme konkurranselovens formål. Også dette må det være relevant å legge vekt på, jf. uttalelsene fra førstvoterende i Fusadommen:

"Spørsmålet om i hvilken utstrekning staten kan gi tilsagn som binder framtidig utøvelse av forvaltningsmyndighet, er vanskelig. Jeg begrenser meg til å si at dette trolig kan stille seg noe forskjellig på de ulike forvaltningsområder. Dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder. Dette er ikke ukjent i forvaltningspraksis."²¹¹

Ut fra disse betraktninger må det konkluderes med at Konkurransetilsynet har adgang til å henlegge en sak, og samtidig binde sin håndhevelse av loven (dvs. som et løfte om ikke å forfølge det samme forhold) i bytte mot tilsagn fra foretak. Spørsmålet er videre hvilke *rettsvirkninger* en slik henleggelse av saken vil ha.

Det må fremheves at det som særpreger tilfellene her, er at det skjer en henleggelse samtidig som foretakene gjør eksplisitte innrømmelser, dvs. i motsetning til en "alminnelig" henleggelse der det for eksempel ikke finnes grunn til å gripe inn. Samtidig vil det ligge et løfte fra tilsynet om ikke å forfølge de samme forhold ved å gjenåpne prosedyren.

I ACNielsen, der foretaket aksepterte å begrense informasjonsutvekslingen mellom norske dagligvarekjeder, avsluttet tilsynet sin behandling av saken som følger:

"Som resultat av de endringene ACNielsen har avtalt med dagligvarekjedene, har Konkurransetilsynet nå avsluttet sin saksbehandling med hensyn til den ukentlige prisrapporteringen. Det forutsettes at de avtalte endringene overholdes, og det gjøres oppmerksom på at brudd på disse endringene vil kunne innebære et brudd på konkurranseloven § 10, noe som vil kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr og straff i henhold til konkurranseloven § 29 og § 30.

²¹⁰ Jf. likevel nedenfor om klagerett etter § 12 tredje ledd.

²¹¹ Rt. 1992.1235, på s. 1240. uttalelsen er gjentatt i Rt. 2007.651, prem. 42.

Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at det at tilsynet har avsluttet sin saksbehandling ikke innebærer en formell godkjenning av den endrede praksis, og at utgangspunktet fortsatt er at partene selv må vurdere lovligheten av egen praksis. Det understrekes også at tilsynet ikke har foretatt noen vurdering av lovligheten av de avtaler ACNielsen har med dagligvarekjedene om annen rapportering av priser og andre data enn det som er beskrevet ovenfor."²¹²

I den utstrekning tilsynet således har konstatert at det ut fra foretakenes tilsagn ikke er grunn til å forfølge saken, vil dette måtte anses å binde tilsynet på en slik måte at det ikke kan innledes en prosess over det samme faktum. Der endrede markedsforhold eller brudd på vilkårene fører til at det oppstår en ny overtredelse av konkurransereglene, vil tilsynet imidlertid ikke kunne være forhindret fra å ta opp saken på nytt og reagere på adekvat måte.²¹³ Det må imidlertid kunne antas at det bare er i de tilfellene hvor foretakene har satt seg utover de avtalte vilkårene, eventuelt gitt uriktige opplysninger, at det kan anvendes sanksjoner på adferd forut for forliket.

I den utstrekning foretakene setter seg utover de tilsagn som er gitt, vil konsekvensen måtte være at tilsynet kan gjenåpne prosessen, fordi adferden i seg selv anses å innebære en fortsatt overtredelse av konkurransereglene. Det vil imidlertid ikke være tale om særskilte sanksjoner for brudd på vilkårene.

ACNiensensaken må anses å være i tråd med det som er anført her. Formuleringene viser også at gjenåpning av saken vil være den relevante sanksjonen, slik at det da må etableres at bruddene på tilsagnene representerer en ny overtredelse.

Det fremstår som noe mer usikkert om tilsynet etter å ha henlagt saken, vil være forhindret fra å sanksjonere *den samme adferden som var gjenstand for den opprinnelige prosedyren*, forutsatt at det foreligger en relevant grunn til gjenåpning av prosedyren. På den ene siden må det kunne anføres at partene ved henleggelsen får en berettiget forventning om å slippe sanksjon. På den annen side er denne interessen lite beskyttelsesverdig hvis foretakene i ettertid bryter tilsagnene og gjenopptar overtredelsen. Sannsynligvis må det her ses hen til om bruddene på tilsagnene representerer en fortsettelse av den samme overtredelse som tilsynet opprinnelig reagerte mot, for eksempel i ACNiensensaken hvis informasjonsutveklingen var blitt gjenopptatt. Hvis tilsagnene brytes uten at dette representerer en fortsettelse av den

²¹² Tilsynets brev til ACNielsen av 17. april 2007, tilgjengelig på www.kt.no under Uttalelser 2007.

²¹³ Dette er parallelt med det som gjelder i EU-retten, se Wils: Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, [2006] World Competition 345, på s. 347, med henvisning til sak T-241/97 Stork v Kommisjonen, Sml. 2000 s. II-309.

samme overtredelsen (foretak har for eksempel forpliktet seg til positive handlinger som ikke gjennomføres), vil gjenåpning måtte forankres i at bruddene på tilsagnene også representerer et brudd på §§ 10 eller 11. Også i slike tilfeller må det imidlertid etter min oppfatning være en klar sammenheng mellom brudd på tilsagn og den opprinnelige overtredelsen, typisk ved at skadevirkninger ikke fjernes. Der tilsagnene mer er preventive tiltak for å unngå fremtidige overtredelser, må man etter min oppfatning være tilbakeholden med å akseptere sanksjoner for den opprinnelige overtredelsen. Samtidig må det selvsagte understrekes; at det er inngått forlik, vil ikke forhindre tilsynet fra å innlede prosedyre mot *nye* overtredelser.

Etterleves tilsagnene av foretakene, må dette anses å stenge for eventuelle sanksjoner for brudd på § 10 eller § 11 – hvis tilsynet senere skulle finne at det likevel foreligger en overtredelse. Dette kan for eksempel være tilfelle der markedet utvikler seg på en måte som gjør at tilsagnene ikke får den tilsiktede virkning. Selv om tilsynet klart nok ikke kan binde anvendelsen av de materielle forbudsreglene, vil ileggelse av sanksjoner for adferd som tilsynet har godtatt som forutsetning for henleggelse av saken vanskelig kunne forsvares.

Foretakene vil likevel ikke være trygge for eventuelle privatrettslige søksmål, muligens også erstatningsansvar. Selv om det kan hevdes at det vil foreligge en form for villfarelse om adferdens lovlighet, er det på det rene at en henleggelse ikke vil bety at tilsynet har fattet en endelig beslutning om adferdens lovlighet. I forhold til endrede forhold på markedet, synes det lite rimelig hvis tredjeparter skulle få sine rettigheter etter loven beskåret fordi tilsynet har inngått et forlik med enkelte foretak.

Et "uformelt" forlik kan neppe i noen relasjon betegnes som et enkeltvedtak. "Forliket" har to sider; tilsynets henleggelse av saken, og forpliktelsene foretakene påtar seg. For foretakene som forplikter seg, vil forpliktelsene ikke følge av utøvelse av forvaltningsmyndighet, men av den frivillige avgivelse av tilsagn overfor Konkurransetilsynet (at foretakene kan ha vært i en pressituasjon kan vanskelig få betydning for klassifiseringen av tilsagnene). Selve henleggelsen av saken – dvs. unnlattelsen av å benytte § 12 eller § 29 – kan også vanskelig betegnes som et enkeltvedtak. I dette tilfellet vil jo forpliktelsene følge av lovens forbudsbestemmelser, mens henleggelsen/forliket bare innebærer at Konkurransetilsynet unnlater å håndheve disse iht. kompetansen til å pålegge opphør etter § 12.²¹⁴

²¹⁴ Under krrl. 1994 var det omdiskutert om en unnlattelse av å gripe inn etter § 3-10 var å anse som et enkeltvedtak. Erik Boe har argumentert sterkt for et slikt syn (se Klagerett når myndigheter unnlater å bruke kompetanse, TfR 1999.5), uten at dette synet har vunnet generell gjenklang i teorien. Woxholth: Forvaltningsloven med kommentarer, 4. utg. 2006, holder spørsmålet åpent, og viser til at

Spørsmålet er uansett hvilken praktiske betydning dette har. For partene selv er det vanskelig å se relevansen av en eventuell klageadgang. En slik mulighet kan imidlertid ha betydning for tredjepersoner, enten fordi de ikke er fornøyd med tilsagnene, eller fordi de mener tilsagnene er i strid med egne interesser.²¹⁵

Uavhengig av forlikets – og dermed henleggelsens – status som enkeltvedtak hjemler krrl. § 12 tredje ledd en særskilt klageadgang. Bestemmelsen lyder:

"Konkurransetilsynet skal begrunne avslag på anmodning om å gi pålegg etter første ledd. Avslag kan påklages til departementet."

Dette innebærer at dersom det er klaget til Konkurransetilsynet, og tilsynet avviser å fatte vedtak etter § 12 første ledd, utløser dette klageadgang til departementet. Klageadgangen må antas å bestå selv om tilsynet inngår forlik i saken, idet § 12-kompetansen ikke benyttes (selv om det selvsagt kan anføres at inngåelsen av et forlik med tilsagn ikke representerer et "avslag" på å gripe inn, tatt i betraktning at den særskilte klageadgangen først og fremst synes begrunnet i behovet for å sikre kontreoll med Konkurransetilsynets eksplisitte avvisning av klager).²¹⁶ Klagen vil i så fall måtte gjelde selve henleggelsen, og ikke direkte det foretakene har forpliktet seg til.

Departementet har uttalt at det vil være tilbakeholdent med å overprøve tilsynets vurderinger, og at de først og fremst anvender klagekompetansen der avslag fremstår som mangelfullt begrunnet. I Merkantil Service uttalte departementet således at

"Departementet skal i disse sakene prøve om tilsynets avvisning gir uttrykk for en forsvarlig prioritering og om avvisningen oppfyller kravene til begrunnelse i konkurranseloven § 12 tredje ledd. Konkurransetilsynet har en [sic] stor grad adgang til selv å vurdere hvordan det prioriterer sine ressurser mellom ulike saker. Det vil derfor sjelden være grunnlag for å oppheve en avgjørelse på grunnlag av uforsvarlig prioritering. Departementets viktigste oppgave vil derfor normalt være å kontrollere at begrunnelsen er grundig nok i forhold til lovens krav, og at den ikke lider av feil eller er mangelfull. Departementet prøver ikke realiteten i disse avvisningssakene (dvs. det forhold det er

henleggelse "etter omstendighetene" kan anses som enkeltvedtak (på s. 64). Graver: Alminnelig forvaltningsrett, 3. utg. 2007, s. 400 f., inntar heller intet generelt standpunkt, men fremhever at det er "usikkert" hva som gjelder, men at praksis synes "lite villig" til å legge til grunn at unnlattelse av å ruke kompetanse representerer et enkeltvedtak.

²¹⁵ Jf. ovenfor 4.3 om søksmålsincentiver ved Kommisjonens art. 9-vedtak.

²¹⁶ Se NOU 2003:12, s. 231, og Ot.prp. nr. 7 (2003-2004), s. 226-227.

klaget over). Dersom departementet opphever tilsynets avgjørelse, blir det opp til tilsynet å vurdere om saken skal avvises med ny/bedre begrunnelse eller tas opp til realitetsbehandling."²¹⁷

Dette innebærer at det neppe vil være rom for å pålegge tilsynet å gjenoppta saken der den er behandlet og har blitt avsluttet gjennom et forlik. Alt i alt fremstår spørsmålet om uformelle forlik skal kunne karakteriseres som enkeltvedtak som lite relevant. Den særskilte klageadgangen som er innført ved krrl. § 12 tredje ledd, synes også lite praktisk ved uformelle forlik.

Et separat spørsmål er om bøtenedsettelse som ledd i avhjelpende tiltak vil kunne anerkjennes etter norsk rett, jf. for eksempel Kommisjonens vedtak i Woodpulp.²¹⁸ I et slikt tilfelle vil tilsynet fatte vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29, men slik at sanksjonens størrelse er gjort avhengig av at foretakene går inn på tilsagn om fremtidig adferd.

Dvs. i motsetning til situasjonen der det gis lempning eller bøtenedsettelse pga. tilståelse eller samarbeid i den administrative prosessen. Under konkurranselovens forvaltningsrettslige sanksjonsspor er dette særskilt regulert, jf. krrl. § 30 og forskrift om bøteutmåling.²¹⁹ Jeg går ikke her nærmere inn på ordningen med leniency, dvs. bøtenedsettelse i bytte mot tilståelse eller annet samarbeid med konkurransemyndighetene.

Etter min oppfatning kan det i alle fall ikke være absolutte skranker mot dette, dvs. at det må være anledning for tilsynet til å sette ned et overtredelsesgebyr i bytte mot tilsagn om fremtidig adferd. Igjen er det likevel et spørsmål om rettsvirkninger; hvis foretakene ikke etterlever tilsagnene er det neppe grunnlag for å fatte nytt vedtak om endring (økning) av gebyret. For det første vil fastsettelsen av sanksjonen måtte anses som endelig avgjort. For det andre er det problematisk hvis foretakene skulle forplikte seg utover det det er grunnlag for etter konkurranseloven, og deretter bli møtt med strengere sanksjoner hvis tilsagnene evt. ikke ble respektert. I så fall fremstår en løsning der tilsagnene gjøres rettslig bindende ved vedtak og overtredelser av vedtaket på selvstendig grunnlag kan sanksjoneres som en langt bedre løsning. Under gjeldende rett må konklusjonen likevel være at det ikke foreligger absolutte skranker mot at tilsynet

²¹⁷ Det daværende moderniseringsdepartementets vedtak av 12. juli 2005.

²¹⁸ Referert ovenfor i 4.2.1.

²¹⁹ Forskrift nr. 909 av 22. august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

setter ned et overtredelsesgebyr mot tilsagn om fremtidig adferd, men at et slikt tilsagn ikke vil gi tilsynet ytterligere sanksjonsmuligheter i forhold til uformelle forlik.

7.3 Vurdering

I tildelingsbrevet for 2008 er tilsynet eksplisitt oppmuntret til å søke uformelle løsninger med foretakene. Det heter:

"Handsaminga av enkeltsaker etter konkurranselova § 11 har vist seg å krevje store ressursar. For å avgrense bruken av ressursar bør tilsynet i enkelte tilfelle der dette er formålstenleg, søkje å få til endringar som gir betre konkurranse utan formelle vedtak."²²⁰

Denne oppfordringen er ikke gjentatt i tildelingsbrevene for 2009 og 2010. Siden tilsynet ikke har noen hjemmel til å formalisere tilsagn gjennom vedtak, innebærer dette tilsynet er henvist til å gjøre bruk av uformelle forlik mer lik Kommisjonens praksis forut for forordning 1. Slik det har fremgått, reiser denne fremgangsmåten først og fremst spørsmål knyttet til etterlevelse og sanksjonering av forlikene. Konkurransetilsynets virkemiddel vil være å gjenåpne saken, uten at brudd på enkelttilsagn vil kunne sanksjoneres direkte.

Det er ikke mange eksempler på at tilsynet har inngått avtaler med foretak om endret praksis i bytte mot henleggelse av saken. Ett eksempel er imidlertid ACNielsenforliket fra 2007, referert ovenfor.²²¹ Her oppnådde tilsynet ikke positive tiltak for å øke konkurransen, men at partene begrenset sitt samarbeid slik at det etter tilsynets oppfatning ikke lenger var problematisk iht. § 10.²²² Bruken av forliksløsninger i slike saker må anses som lite problematisk, og representerer en klar effektivisering av

²²⁰ Tildelingsbrevet for 2008 av 13. februar 2008 (tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/tildelingsbrev/2008/konkurransetilsynet.html?id=500786>), s. 5 under pkt. 2.3.1.

²²¹ Se pressemelding på <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Stanser-detaljert-informasjonsutveksling-mellom-dagligvarekjeder/>.

²²² Det kan for så vidt også pekes på vurderingen av Norges Fotballforbunds salg av medierettigheter, der avtalen ble endret etter innspill fra Konkurransetilsynet. Avtalen var klart påvirket av Kommisjonens art. 9-vedtak overfor Bundesliga og Premier League, der en bærende idé var oppsplitting i "pakker". Se <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Ser-positivt-pa-den-nye-fotballavtalen/>. I en fusjonssak, V2005-6 Telenor Telecom Solutions AS - Tiscali AS, der tilsynet godkjente ervervet på vilkår om overdragelse av visse kundekontrakter, gikk overtakende selskap også inn på en "avtale" om ikke å erverve tilsvarende virksomhet. Det heter: "I tillegg har Konkurransetilsynet mottatt klare og skriftlige forsikringer fra Telenor om at Telenor ikke vil foreta meldepliktige erverv av tilsvarende virksomhet som Tiscali i en periode på to år regnet fra vedtaksdato." (Vedtaksbrevet, offentlig versjon, s. 31). Forutsetningen ble ikke inntatt i vedtakets operative del.

saksbehandlingen. Man mister imidlertid en preventiv effekt, og også en presedensvirkning. Begge deler kunne det nok ha vært behov for i denne saken, både fordi overtredelsesspørsmålet er prinsipielt (ett foretak fungerer som "informasjonssentral" i det som må betegnes som et oligopolmarked uten at det foreligger eksplisitt samordning horisontalt)²²³, samtidig som gjennomsiktighet må betraktes som et omfattende konkurransemessig problem i en rekke markeder.

Konkurransetilsynet står her overfor den samme utfordringen som Kommisjonen, i å finne en optimal miks av bruke av sanksjoner og "uformelle" forlik. Erfaringen i EU er sentral her. For det første vil utstrakt bruk av uformelle forlik skape utfordringer mht. etterlevelse og dermed båndlegge ressurser til tilsyn/administrering av meldeplikter mv. For det andre vil bruken av forlik kunne svekke lovens preventive virkning, og etter forholdene også gå på tvers av et ønske om mer privat håndhevelse. Etter norsk rett har en ikke sett en slik økning av bøtenivået som fremdeles sikrer en tilstrekkelig preventiv virkning innenfor EU (noe som muligens også kan ha betydning for tilsynets "forhandlingsposisjon" overfor foretakene).

Kommisjonens suksess med sine art. 9-vedtak bør absolutt føre til en seriøs vurdering av om en lignende hjemmel bør innføres i norsk rett. Konklusjonen på dette spørsmålet synes avhengig av om sakstilfanget viser et behov for en slik tilnærming, om sektorreguleringen i Norge i mindre utstrekning gjør en slik adgang nødvendig, samt om det norske konkurranserettslige regimet er tilstrekkelig modent til å fostre et slikt virkemiddel. Svaret på disse spørsmålene er neppe opplagte. Særlig tilsynets begrensede bruk av "uformelle" forlik indikerer at behovet ikke er påtrengende. Samtidig må det ses hen til Norges EØS-rettslige forpliktelser, herunder muligheten til å håndheve EU-/EØS-tilsagn.

8. Oppsummering

Det kan ikke være tvil om at introduksjonen av en formalisert adgang til å gjøre tilsagn bindende har vært en suksess i EU-konkurranseretten. I løpet av de årene som har gått siden hjemmelen trådte i kraft, har antallet slike vedtak økt. Det er også på det rene at Kommisjonen har oppnådd resultater som går utover det som kunne vært oppnådd etter art. 7. At flere tilsagn inkluderer strukturelle tiltak, indikerer også at dette ikke kunne vært oppnådd med uformelle forlik.

²²³ I motsetning til saksforholdet i sak T-99/04 AC Treuhand v Kommisjonen, Sml. 2008 s. II-1501, der Treuhand hadde fungert som "sekretariat" for et eksplisitt kartell.

Samtidig kan det reises spørsmål om en slik utstrakt bruk av forlik, der essensen synes å være positive tiltak, gjerne av strukturell karakter, for å legge til rette for mer konkurranse, virkelig er ønskelig eller nødvendig. Konkurranseretten beveger seg da i retning av reguleringspolitikk, samtidig som det kan stilles spørsmål om en "kompetansegledning" i forhold til Kommisjonens hovedfokus etter regelverket; å beskytte den eksisterende konkurransen i markedene. Denne typen innvendinger retter seg imidlertid ikke primært mot *eksistensen* av en slik hjemmel, men mot *bruken* av den. I så måte kan en ordning der forlik må stadfestes av en uavhengig instans kunne vurderes.

Etter norsk rett vil vedtak om å gjøre tilsagn bindende kunne fremby en rekke av de samme fordeler som i EU. Om en slik hjemmel skal innføres, er først og fremst avhengig av behovet. Tatt i betraktning tilsynets begrensende bruk av uformelle forlik, er det grunn til å trekke i tvil om det består et reelt behov for en slik adgang.

9. Referanser

Litteratur

- Alterskjær m.fl.*: Statsstøtte, Fagbokforlaget Bergen 2008
- Armengol/Pascual*: Some Reflections on Article 9 Commitment decisions in the Light of the Coca-Cola Case, [2006] ECLR 124
- Bernt*: Avtaler med stat og kommune, Universitetsforlaget 1981
- Boe*: Klagerett når myndigheter unnlater å bruke kompetanse, TfR 1999.5
- Cook*: Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9, World Competition 29(2): 209-228, 2006
- Dahl*: Settlements in EU competition enforcement – an economic analysis, masteroppgave ved juridiske fakultet i Oslo, 2010
- Davies/Das*: Private Enforcement of Commission Commitment Decisions: A Steep Climb, not a Gentle Stroll, Fordham Corp. Law Institute, Annual Proceedings 2005, s. 199-226
- Eckhoff*: Uttalelser, tilsagn, avtaler og vilkår i forvaltningsretten, Jussens Venner 1975 s. 133
- Ehlermann/Marquis* (ed.): Antitrust settlements under EC competition law, European Competition Law Annual 2008, Oxford 2010
- Frihagen*: Avtaler med forvaltningsmyndighetene, Universitetsforlaget 1977
- Gasparon/Višnar*: Coca-Cola: Europe-wide remedies in fizzy drinks, Competition Policy Newsletter 2005/3, s. 60
- Georgiev*: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 1019-20
- Graver/Hjelmeng*, Norsk Konkurranserett Bind II, Universitetsforlaget 2006
- Hjelmeng*: Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler, Bergen 2003
- Kerse/Khan*: EC Antitrust Procedure, 5th ed., Sweet&Maxwell 2004
- Larssen*: Strukturelle tiltak ved overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser, LoR 2006.195-218
- Levinsen*: Konkurrence-loven med kommentarer, 3. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009
- Melamed*: Antitrust: The New Regulation, 10 Antitrust 13 (1995-96)
- Schweitzer*: Commitment Decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: The developing EC Practice and Case Law, EUI Working Paper 2008/22
- Sousa Ferro*: Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions, [2005] ECLR 451

Temple-Lang: Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law, Fordham Corp. Law Institute, Annual Proceedings 2005, s. 265

Temple-Lang: Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision, [2003] ECLR 347

Waelbroeck: Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges? GCLC Working Paper 01/08

Waelbroeck: New forms of settlement of antitrust cases and procedural safeguards: is Regulation 17 falling into abeyance?, 1986 ELR 268

Whish: Commitment Decisions under Article 9 of the EC Modernisation Regulation: Some Unanswered Questions (trykket i FS Norberg, A European for All Seasons, Bruylant, Brussel 2006)

Wils: Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, [2006] World Competition 345

Rettspraksis

Sak 25/62 Plaumann v Kommisjonen, 15. juli 1963, Dansk Specialudgave s. 411

Sak 9/70 Franz Grad v Finanzamt Traunstein, [1970] ECR 825

Sak 17/74 Transocean Marine Paint Association v Kommisjonen, Sml. 1974 s. 1063

Forente saker 6-7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA og Commercial Solvents Corporation v Kommisjonen, Sml. 1974 s. 223

Sak 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. v Kommisjonen, Sml. 1977 s. 1875

Sak 60/81 IBM v Kommisjonen, Sml. 1981 s. 2639

Sak 322/81 Michelin, Sml. 1984 s. 3461

Forente saker 228 og 229/82, Ford of Europe Inc. og Ford-Werke AG v Kommisjonen, Sml. 1984 s. 1129

Sak 75/84 Metro II, Sml. 1986 s. 3021

Forente saker C-241/91 P og C-242/91 P, Radio Telefis Eireann og Independent Television Publications Ltd v Kommisjonen, Sml. 1995 s. I-743

Forente saker C-85 etc./89 A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. v Kommisjonen, Sml. 1993 s. I-1307

Sak C-41/90 Höfner og Elser v Macrotron, Sml. 1991 s. I-1979

Sak C-39/93 P SFEI v Kommisjonen, Sml. 1994 s. I-2681

Sak C-70/97 P Kruidvat v Kommisjonen, Sml. 1998 s. I-7183

- Sak C-344/98 Masterfoods v HB Icecream, Sml. 2000 s. I-11369
- Sak C-453/99 Courage v Crehan, Sml. 2001s. I-6297
- Sak C-253/00 Antonio Muñoz y Cia SA og Superior Fruiticola SA v Frumar Ltd og Redbridge Produce Marketing Ltd., Sml. 2002 s. I-7289
- Forente saker C-295-298/04 Manfredi, Sml. 2006 s. I-6619
- Sak C-413/06 Bertelsmann AG og Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sml. 2008 s. I-4951
- Sak C-441/07 P Kommissjonen v Alrosa, Sml. 2010 s. I-____ (29. juni 2010)
- Sak C-36/09 P Molina v Kommissjonen (kjennelse av 11. november 2010)
-
- Sak T-24/90 Automec srl. v Kommissjonen, Sml. 1999 s. II-2223
- Sak T-34/92, Fiatagri UK Ltd. og New Holland Ford Ltd. v Kommissjonen, Sml. 1994 s. II-905
- Sak T-7/93, Langnese-Iglo GmbH v Kommissjonen, Sml. 1995 s. II-1533
- Sak T-334/94, Sarrió SA v Kommissjonen, Sml. 1998 s. II-1439
- Forente saker T-374 etc./94 Eurotunnel, [1998] ECR II-3141
- Forente saker T-25/95 etc. Cimenteries CBR v Kommissjonen, Sml. 2000 s. II-508
- Sak T-79/95 Eurotunnel [1996] ECR II-1491
- Sak T-241/97 Stork v Kommissjonen, Sml. 2000 s. II-309
- Sak T-65/98 Van den Bergh Foods [2003] ECR II-4653
- Sak T-289/01 Duales Systems, Sml. 2002 s. II-1691
- Sak T-99/04 AC Treuhand v Kommissjonen, Sml. 2008 s. II-1501
- Sak T-201/04 Microsoft v Kommissjonen, Sml. 2007 s. II-3601
- Sak T-155/06 Tomra Systems v Kommissjonen, Sml. 2010 s. II-____ (9. september 2010)
- Sak T-170/06 Alrosa v Kommissjonen, Sml. 2007 s- II-2601