

Når er avtalevilkåret i konkurranseloven § 10 første ledd oppfylt i vertikale forhold?

Kandidatnummer: 181157

Veileder: Ronny Gjendemsjø

Antall ord: 10 795



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2012

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	2
1.1. Emne og problemstilling	2
1.2. Rettskilder	4
1.3. Veien videre	5
2. Avtalevilkåret	6
2.1. Generelt	6
2.2. Forholdet til samordnet opptreden – vilkåret	8
2.3. Forhandleravtalen	9
2.4. Tilbud og aksept	14
2.5. Tilstedeværelse av en felles vilje	20
2.6. Er den forståelsen av avtalevilkåret som legges til grunn i Bayer en riktig forståelse av avtalevilkåret?	23
2.6.1. Innledning	23
2.6.2. Forholdet til samordnet opptreden	23
2.6.3. Forholdet til ensidig adferd	29
2.6.4. Forutberegnelighet	29
2.6.5. En god regel?	30
Litteraturliste	32

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Problemstillingen i denne oppgaven er når avtalevilkåret i konkurranse-loven § 10 første ledd er oppfylt i vertikale forhold. Avtalevilkåret er et av tre alternative vilkår som må være oppfylt for at forbudet i § 10 første ledd skal komme til anvendelse. Paragraf 10 første ledd oppstiller forbud mot «...enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen (...)).»

Ordlyden tilsier at bestemmelsen tar sikte på å ramme samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Kommer bestemmelsen til anvendelse risikerer de involverte foretak overtredelsesgebyr og straff, jf. Konkurranseloven §§ 29 og 30. Det kan også bli aktuelt å ilegge foretakene et erstatningsansvar overfor tredjemanns lidte tap som følge av det konkurransebegrensende samarbeidet.¹ Det er således svært sentralt for ethvert foretak å ha klart for seg hva som skal til for at de tre samarbeidsvilkårene anses å være oppfylt.

I den følgende fremstilling vil jeg imidlertid ikke behandle kriteriet «beslutninger av sammenslutninger av foretak», ei heller hva som skal til for at vilkåret om «samordnet opptreden» er oppfylt i vertikale forhold. Det sistnevnte vilkåret vil jeg imidlertid komme inn på ved behandlingen av spørsmålet om det nærmere innholdet i avtalebegrepet, ettersom forholdet mellom samordnet opptreden og avtalevilkåret vil være av betydning for innholdet i avtalebegrepet.

Et vertikalt forhold er et forhold mellom parter på ulike ledd i omsetningskjeden.² En vertikal avtale vil eksempelvis være en avtale inngått mellom en produsent og en av hans forhandlere, eller mellom en grossist og en detaljhandler.³ Et vertikalt forhold skiller seg fra

¹ Konkurranseloven inneholder ingen særregler om privat håndhevelse utover bestemmelsen om avtalers ugyldighet i § 10 annet ledd, og bestemmelsen om innsyn i avsluttede saker, jf. § 26, men alminnelige erstatningsregler kan gi adgang til å kreve erstatning for tredjemanns lidte tap som følge av brudd på § 10 første ledd, se om dette NOU 2012:7, s. 175 flg. Se også EU-domstolens avgjørelse i sak C-453/99, Courage mot Crehan, Samling 2002 s. I-6297, premiss 19-25 og 26-27.

² Se også Kolstad/Ryssdal, s. 230

³ Det er ikke tvilsomt at vertikale avtaler omfattes av avtalevilkåret, jf. Forente saker 56 og 58-64, Consten og Grundig, Samling 1966, side. 299 s. 339-40.

horisontale forhold som er forhold mellom konkurrenter som opererer på det samme trinn i omsetningskjeden.⁴ Horisontale avtaler vil bare bli behandlet hvor det vil belyse forhold av betydning for innholdet av avtalebegrepet i vertikale forhold.

En vertikal avtale vil eksempelvis kunne gå ut på å fastlegge et eksportforbud, hvor man deler markedet mellom forhandlere, eksklusivavtaler eller avtaler om å anvende en minstepris ved videresalg av produkter. Dette er alle eksempler på avtaler som vil kunne virke konkurransebegrensende og dermed omfattes av forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd.

I vertikale forhold vil det, i motsetning til i horisontale forhold, nødvendigvis være en kontakt mellom foretakene som et ledd i det kontraktsforhold som foreligger. Eksempelvis vil produsenten levere til forhandleren, som igjen vil betale fakturaer fra produsenten. Det kan også være tale om lansering av et nytt produkt, eller markedsføring av et eksisterende produkt, som nødvendiggjør en større grad av kontakt mellom partene. At det ofte er nær kontakt mellom partene i vertikale forhold gjør det ekstra sentralt å vite når kontakten tilsier at forbudet i § 10 kommer til anvendelse.

Et annet særtrekk er den økonomiske avhengigheten en forhandler har overfor en produsent. Forhandlere vil ofte ønske å fortsette distribusjonen av produsentens produkt og vil derfor ofte lettere rette seg etter den politikk produsenten fører, selv om denne politikken ikke nødvendigvis medfører en fordel for forhandleren. Denne nære forbindelsen mellom partene kan spille inn ved tolkningen av om det foreligger en avtale i § 10 første ledds forstand.

Det må videre sondres mellom de tilfeller hvor det foreligger en distribusjonsavtale mellom flere foretak, og tilfeller hvor et større selskap som gjennom sin interne organisering står for både produksjon og distribusjon. Hvor et slikt større selskap ikke har kontakt med andre foretak vil ikke forbudet i § 10 komme anvendelse, ettersom det da ikke vil foreligge en avtale «mellom foretak».⁵ Det kan imidlertid være aktuelt å vurdere forholdet etter § 11. Sistnevnte situasjon vil derfor ikke behandles i det videre.

⁴ Se også Kolstad/Ryssdal, s. 230

⁵ Se også bl.a. Lidgard, s. 352.

Ordlyden «avtale» tilsier at det må foreligge en enighet mellom to eller flere parter. Om de nærmere rammene for avtalevilkåret i vertikale forhold foreligger det imidlertid få klare avgjørelser fra domstolen. I grensetilfeller, hvor det er tvilsomt om avtalevilkåret er oppfylt, foreligger det heller sprikende uttalelser fra domstolen. Det sentrale i min fremstilling er derfor å klarlegge hvor den nedre grense for avtalevilkåret går.

1.2 Rettskilder

Det fremgår av forarbeidene at de norske forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 ble utformet etter mønster av EØS avtalen artikkel 53 og 54 og Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 101 og 102. Formålet med de norske forbudsbestemmelsene var å harmonisere det norske regelverket med bestemmelsene i EØS avtalen. Det fremgår videre at rettspraksis fra EU/EØS – retten må veie tungt som rettskilde ved anvendelsen av de norske forbudsbestemmelsene.⁶ Dette gjør seg særlig gjeldende i forhold til problemstillingen i denne fremstillingen, ettersom det ikke foreligger norsk praksis som bidrar til å klarlegge den nedre grensen for avtalebegrepet i vertikale forhold.

I den videre fremstillingen vil jeg derfor ta i bruk dommer fra EU-domstolen for å klarlegge de nærmere grensene for avtalevilkåret i konkurranseloven § 10 første ledd. Der jeg viser til ”domstolen” siktes det i det videre til EU-domstolens avgjørelser eller uttalelser, dersom ikke annet klart fremgår av teksten.

I avgjørelsene fra EU – domstolen vises det til art. 101, men som det fremgår over, vil uttalelser fra domstolen om grensene for denne bestemmelsen ha tungtveiende betydning for tolkningen av konkurranseloven § 10 første ledd. I tidligere avgjørelser fra EU-domstolen (da EF-domstolen) vises det til artikkel 85 og 81. Innholdsmessig er disse identisk med innholdet i art. 101, slik at uttalelser om avgrensning av disse bestemmelsene vil få betydning den nærmere avgrensning av art. 101, som igjen får betydning for avgrensingen av § 10 første ledd.

I praksis fra EU-domstolen brukes videre forholdet mellom art. 101 og 102 for å avgrense innholdet av avtalevilkåret i art. 101. Overført til norsk rett vil dette tilsvare å bruke virkeområdet til § 11 for å avgrense avtalevilkåret i § 10 første ledd, noe jeg vil komme tilbake til senere i fremstillingen.

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

1.3 Veien videre

Det sentrale i fremstillingen videre blir å klarlegge hvor den nedre grense for avtalevilkåret går, i tilfeller der det ikke foreligger en klar avtale, basert på en analyse av den praksis som foreligger fra EU-domstolen.

I slike tilfeller er det vanskeligere å konstatere hvorvidt partene har kommet til enighet om et tiltak, eller opptreden i markedet, som vrir konkurransen. Nedenfor skal jeg først klarlegge i hvilke tilfeller forhandleravtalen hjemler tiltak som i utgangspunktet ikke omfattes av avtalevilkåret. Deretter skal jeg drøfte hva som kreves for at partenes adferd er omfattet av avtalevilkåret, hvor tiltaket eller adferden ikke kan innfortolkes i forhandleravtalen. Dette skal jeg drøfte i kapitlet «tilbud og aksept», ut i fra foreliggende praksis fra domstolen. På bakgrunn av det jeg kommer frem til i dette kapitlet skal jeg i kapitlet «tilstedeværelsen av en felles vilje» vurdere om uttalelser i den mye omtalte *Bayer* avgjørelsen må ilegges en innskrenkende fortolkning.

Aller først skal jeg imidlertid klargjøre det overordnede vurderingstema som anvendes av EU-domstolen ved vurderingen av avtalekriteriet, før jeg deretter vil gjennomgå avtalevilkåret mer generelt. Jeg skal i dette kapitlet vise i hvilke tilfeller avtalevilkåret er klart oppfylt, og deretter vise i hvilke tilfeller dette er mindre klart, og som gjør at avtalevilkårets nedre grense blir problematisk. Deretter skal jeg se nærmere på forholdet mellom avtalevilkåret og vilkåret om samordnet opptreden, med det formål å vise at avtalevilkårets nedre grense er en sentral problemstilling i vertikale forhold.

2 Avtalevilkåret

2.1 Generelt

Det fremgår av praksis fra EU-domstolen og fra Underretten at det foreligger en avtale i konvensjonens forstand når «... de pågældende virksomheder har udtrykt deres fælles vilje til at indrette deres atferd på markedet på en bestemt måte».⁷ I den videre utdypning av dette blir det uttalt at «... aftalebegrepet i artikkel 81, stk. 1, EF`s forstand, som dette fortolkes i retspraksis, forudsætter, at mindst to parter har en samstemmende vilje. Det er ikke afgjørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat at den udgjør en koorekt afspejling af partenes vilje(...). Denne samstemmede vilje kan følge af såvel aftaleklausuler, så som i en distributionsaftale, som af de pågældende virksomheders respektive adfærd».⁸

Disse uttalelsene tilsier at partenes felles vilje til å innrette sin adferd på markedet utgjør kjernen av avtalebegrepet.⁹ Begge definisjonene fokuserer på tilstedeværelsen av, eller uttrykk for, en felles eller samstemmende vilje mellom foretakene.¹⁰ Det er således den felles vilje som må bevises for at konvensjonens avtalebegrep skal være oppfylt.

Det sentrale i fortsettelsen blir å klargjøre hva som nærmere skal til for at det foreligger en felles vilje mellom partene til å innrette sin adferd på markedet. Hvordan en slik felles vilje må ha kommet til uttrykk, eller hva som kan være bevis for at foretakene har en felles vilje, er derfor sentralt videre i oppgaven.

Det følger av uttalelsene fra EU-domstolen samt Underrettens praksis, som det vises til over, at avtalevilkåret er oppfylt i tilfeller hvor foretakene har uttrykt felles vilje til å innrette sin adferd på markedet ovenfor hverandre.¹¹ Vilkåret er således oppfylt der partene skriftlig har kommunisert sin intensjon om å koordinere sin markedsadferd. Det er imidlertid ikke bare i tilfeller der det eksisterer klart formulerte avtaler, hvor partene viser enighet om å tilpasse

⁷ Sak T-18/03, CD-Contact Data GmbH, Samling 2009, side II-01021, premiss 46. Se også forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-00023, premiss 97, Sak C-41/69, ACF Chemiefarma, Samling. 1970 s. 107, premiss 112.

⁸ Sak T-18/03, CD-Contact Data GmbH, Samling 2009, side II-01021, premiss 48. Se også Sak C-74/04 P, Volkswagen II, Samling 2006 side I-6585, premiss 39, forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23, premiss 97

⁹ Whish/Bailey, s.100, Gjendemsjø, s.75, Jones/Sufrin s.142/143, Odudu s. 60

¹⁰ Gjendemsjø s. 75.

¹¹ Jones/Sufrin, s. 142

sin adferd, som blir ansett å være omfattet av vilkåret. Også tilfeller med løsere korrespondanse mellom partene kan tilsi at det forligger uttrykk for en felles vilje.¹²

Det oppstilles ikke noe formkrav ettersom også muntlige avtaler har blitt ansett å være omfattet av vilkåret i praksis.¹³ At det kan oppstå vanskelige bevissspørsmål rundt eksistensen av en muntlig avtale er klart, men dette vil ikke behandles nærmere i denne oppgaven.

Det kreves ikke at en felles vilje er kommet til uttrykk i en nasjonalrettslig bindende avtale, ei heller at partene har noen intensjon om at avtalen skal være rettslig bindende eller hvorvidt brudd på avtalen får konsekvenser eller sanksjoner.¹⁴ Foreligger det en rettslig bindende avtale er imidlertid denne klart omfattet av vilkåret.¹⁵

Praksis viser videre at det ikke er noe forsvar at en av partene motvillig inngikk eller ble tvunget til å inngå avtalen.¹⁶ Hvorfor partene inngikk den aktuelle avtalen er følgelig ikke relevant i vurderingen av om avtalevilkåret er oppfylt. Det må imidlertid her bemerkes at Kommisjonen tar hensyn til den part som motvillig inngikk den aktuelle avtalen ved den nærmere utmålingen av boten.

Mindre klare uttrykk for partenes felles vilje har også blitt ansett å oppfylle avtalevilkåret. En møteprotokoll som viser at møtedeltakerne har en samstemmende vilje vil kunne utgjøre en avtale i konvensjonens forstand.¹⁷ Også deltakelse på møter der fremtidig adferd er blitt diskutert, har oppfylt kravet om felles vilje.¹⁸ Deltakelse på slike møter er likestilt med å være avtalepart, selv om man ikke viser vilje til å etterleve det som kommer frem under møtene. For at man ikke skal regnes som part i avtalen må man offentlig distansere seg fra det som diskuteres på, eller kommer frem på, møtet. Også mer uformelle overenskomster har blitt karakterisert som avtaler.¹⁹

¹² Se bl.a sak C-199/92, P Hüls AG, Samling 1999, s I-4287, para 141-155, samt Odudu, s. 61.

¹³ Sak 28/77 Tepea, Samling 1978, s. 1391.

¹⁴ Sak 41/69, ACF Chemiefarma NV, Samling 1970, s. 661, hvor det var opprettet et eksportkartell gjennom såkalte "gentlemens agreements". Så lenge partene hadde sagt seg villig til å innrette seg etter avtalen ble dette ansett tilstrekkelig, selv om brudd på avtalen ikke hadde noen konsekvenser for partene. Se også Sak C-277/87 Sandoz prodotti farmaceutici SPA, Samling 1990 s. I-45, premiss 2.

¹⁵ Whish/Bailey s. 100, Sufrin s. 142, Gjendemsjø, s. 75, Odudu, s. 63.

¹⁶ Se bl.a. Sak T-25/95, Cimenteries CBR SA, Samling 2000, side II-491, premiss 2557.

¹⁷ HOV SVZ/MCN OJ, 1994, L 104 s. 34, premiss 46, se også Whish/Bailey s. 100.

¹⁸ Se bl.a. Sak C-510/06 P, Archer Daniels Midland, Samling 2009 s. I-1843, premiss 119-120. Se også Gjendemsjø s. 75

¹⁹ Whish/Bailey s. 101.

Det følger av sitatet hentet fra *Volkswagen II* over at partenes felles vilje kan stamme fra så vel distribusjonsavtalen dem i mellom, som av foretakenes adferd.²⁰ Praksis viser at forhandleravtalen mellom produsent og forhandler i enkelte tilfeller har blitt underlagt en svært vid fortolkning, slik at tiltak som i utgangspunktet synes å gå klar av forhandleravtalen har blitt innfortolket i avtalen mellom partene og avtalevilkåret dermed har blitt ansett oppfylt.

Nedenfor skal jeg derfor klarlegge i hvilke tilfeller forhandleravtalen hjemler tiltak som i utgangspunktet ikke omfattes av avtalevilkåret, før jeg skal behandle i hvilke tilfeller foretakenes adferd tilsier at avtalevilkåret er oppfylt. Det er imidlertid først verdt å merke seg at EU-domstolen sjelden går inn på de nærmere grensene for avtalevilkåret.

2.2 Forholdet til «samordnet opptreden»

Grunnen til at EU-domstolen sjelden går inn på de nærmere grensene for avtalevilkåret kan være at avtalevilkåret i de fleste saker ikke er problematisk. Det vil som regel være rimelig klart om det foreligger en avtale som konstituerer at det eksisterer en felles vilje om å samordne sin opptreden på markedet. En nærmere problematisering av grensene for avtalevilkåret synes derfor ikke å være nødvendig.

EU-domstolen har imidlertid i *Anic* gått lengre i horisontale forhold og uttalt at den nærmere grensedragningen mellom avtalevilkåret og vilkåret om samordnet opptreden ikke er særlig sentral, «... det er kun forskjellen mellom den, tiladte, selvstendige adferd, og den, forbudte, hemmelige forståelse, der er avgjørende, uanset hvordan det måtte blive søndre tinden for rammerne af sistnævnte begreb».²¹ I definisjonen av samordnet opptreden har domstolen dessuten uttalt at samordnet opptreden omfatter koordinering som «ikke går så langt som til at avslutte en egentlig aftale».²² Dette tilsier at vilkåret om samordnet opptreden omfatter løsere former for samarbeid enn avtalekriteriet. Disse uttalelsene tilsier at den nærmere grensen for når avtalevilkåret er oppfylt ikke er særlig sentral, så lenge det er grensen mellom den tillatte ensidige eller selvstendige adferd og det forbudte samarbeid som er avgjørende for om tiltaket rammes av art. 101. Tatt i betraktning den definisjonen av

²⁰ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006 side I-06585, premiss 39.

²¹ Sak C-49/92 P, *Anic*, Samling 1999 s. I-4125, premiss 108.

²² Se forente saker C-89/85, C-104/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, *Wood Pulp*, Samling 1993 s. I-1307, premiss 63, Se også Gjendemsjø, s. 90.

vilkåret om samordnet opptreden som legges til grunn over, er det dette vilkåret som representerer den nedre grense for samarbeidskriteriet. Det er altså vilkåret om samordnet opptreden som grenser nedad mot ensidig adferd, og som slik sett er interessant for om tiltaket omfattes eller går klar av art. 101.

På den annen side har det for EU-domstolen vært oppe flere saker om vertikale forhold der omfanget av avtalevilkåret har blitt diskutert for å klarlegge om et tiltak omfattes eller går klar av art. 101.²³ Domstolen synes i disse avgjørelsene å vurdere om det aktuelle tiltak er et ensidig tiltak, eller om tiltaket er et resultat av en ulovlig avtale mellom foretakene,²⁴ uten å ta i betraktning vilkåret om samordnet opptreden. Denne praksisen viser at det er grunnlag for å drøfte de nærmere grensene av avtalevilkåret, på tross av uttalelsen i *Anic* over.

2.3 Forhandleravtalen

Det foreligger flere dommer hvor felles vilje har blitt konstatert på bakgrunn av den foreliggende forhandleravtalen, selv om det tiltak som er iverksatt av en produsent eller den adferd produsenten utviser, i utgangspunktet synes å gå klar av avtalevilkåret.

Kravet om at det må foreligge et uttrykk for en felles vilje, avgrenser i seg selv mot ensidig adferd. Et ensidig tiltak vil foreligge når foretaket selv kan gjennomføre tiltaket, uten hjelp fra et annet foretak. I *Bayer*²⁵ uttales det at det er «... korrekt, at eksistensen af en aftale i denne bestemmelses forstand kan udledes af de berørte partes adfærd. En sådan aftale kan imidlertid ikke bygge på noget, som blot er udtryk for den ene af de kontraherende parters ensidige politik, der kan gennemføres uden den andens hjælp». Et tiltak som eksempelvis begrenser parallellimport vil altså ikke omfattes av avtalevilkåret, såfremt produsenten kan gjennomføre tiltaket uten hjelp fra sine forhandlere.

Det følger videre av konvensjonens system at ensidige tiltak utført av et dominerende selskap behandles under art. 102, mens samarbeid mellom to eller flere foretak rammes av

²³ Se bl.a. Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23, Sak C-74/04 P, Volkswagen II, Samling 2006 side I-6585, forente saker 25 og 26/84, Ford, Samling 1985, side 2725 og sak 107/82, AEG, Samling 1983, side 3151

²⁴ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23.

²⁵ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23, premiss 100-101.

art. 101.²⁶ Av dette følger det at ensidige tiltak fra kun et foretaks side faller utenfor avtalebegrepet i art. 101.

I to tidlige dommer, *AEG* og *Ford*, ble imidlertid avtalevilkåret ansett oppfylt på tross av at det tilsynelatende forelå ensidige tiltak fra produsentens side. I *AEG* hadde AEG-Telefunken inngått en rekke forhandleravtaler med flere forskjellige forhandlere, som sammen formet et selektivt distribusjonssystem.²⁷ En forutsetning for å opptas i distribusjonssystemet var at forhandleren oppfylte nærmere objektive kriterier, deriblant krav til faglig kvalitet hos de butikkansatte og egnetheten av butikklokalene for salg av elektrisk utstyr. Domstolen la til grunn at et slikt selektivt distribusjonssystem i utgangspunktet er lovlig etter konkurranserettsreglene av hensyn til opprettholdelse av kvalitet ved salg av teknisk avanserte produkter, og dermed slik at man aksepterer at det konkurreres på andre faktorer enn pris.²⁸

Den etterfølgende praktiseringen viste imidlertid at AEG avviste forhandlere som tilfredsstilte de objektive vilkår dersom forhandlerne ikke også innfant seg med AEGs prispolitikk. Denne tok sikte på å opprettholde et høyt prisnivå på AEGs produkter og innebar også et forbud mot å anvende enkelte moderne distribusjonsmetoder. AEG hevdet at avvisningen av forhandlerne var et ensidig tiltak som ikke omfattes av avtalevilkåret i art. 101.²⁹

Domstolen kom imidlertid til at AEGs praksis måtte anses å inngå i det kontraktsforhold AEG hadde med sine forhandlere, og begrunnet dette med at «...når en forhandler opptages i distributionssystemet, bygger autorisationen nemlig på medkontrahentens uttrykkelige eller stiltiende accept af den af AEG fulgte politikk, hvorefter bl.a. forhandlere, der opfylder betingelserne for at blive autoriseret, men ikke er indforstået med at følge denne politik udelukkes fra forhandlerorganisationen.»³⁰ De forhandlerne som var tatt opp i distribusjonssystemet måtte anses å ha samtykket til AEGs praktiserende politikk, slik at det var en nødvendig konsekvens av deres kontraktsforhold med AEG at forhandlere som ikke aksepterte AEGs politikk ble avvist. Avtalevilkåret ble på bakgrunn av dette ansett som oppfylt.

²⁶ Whish/Bailey, s. 105.

²⁷ Sak 107/82, AEG, Samling 1983, side 3151.

²⁸ Sak 107/82, AEG, Samling 1983, side 3151, premiss 4-5.

²⁹ Sak 107/82, AEG, Samling 1983, side 3151, premiss 31.

³⁰ Sak 107/82, AEG, Samling 1983, side 3151, premiss 38.

I *Ford*³¹ nektet Ford å levere biler med ratt på høyre side til sine forhandlere i Tyskland. Bakgrunnen for dette var at britiske soldater stasjonert i Tyskland kjøpte bil i Tyskland og importerte disse til Storbritannia. Ettersom bilene var billigere i Tyskland førte dette til at Fords fortjeneste sank, i det det ble solgt færre biler i Storbritannia. En slik reservasjon fra å levere en type biler faller klart innenfor det som regnes som et ensidig tiltak, noe som i utgangspunktet skulle tilsi at tiltaket gikk klar av avtalevilkåret.

Domstolen la imidlertid til grunn at Ford «...i henhold til bilag 1 i Ford AG`s hovedforhandleraftale da også træffes sådanne senere afgørelser, for så vidt angår de modeller, der levers i henhold til aftalen»³², og videre at «...en sådan afgørelse truffet af producenten er ikke en ensidig handling fra virksomhedens side, der, som hevdet af sagsoejerne, falder uden for forbudet i traktatens artikel 85, stk. 1. Afgørelsen er derimod en del af kontraktsforholdet mellem virksomheden og dens forhandlere. For at få adgang til Ford AG`s forhandlerorganisation maa kontrahenterne nemlig acceptere Ford`s politik med hensyn til, hvilke modeller der skal leveres paa det tyske marked.»³³ Domstolen fant således at det i lys av kontraktsforholdet mellom Ford og dets forhandlere forelå en hjemmel for Ford til å trekke tilbake enkelte modeller fra markedet. Det eksisterte dermed en avtale i konvensjonens forstand.

Avgjørelsene i *AEG* og *Ford* førte til en oppfatning i teorien om at når en forhandler først har akseptert å være del av et selektivt distribusjonssystem, anses forhandleren også å ha akseptert produsentens senere salgspolitikk, uavhengig av om den aktuelle politikk ble praktisert på tidspunktet for avtaleinngåelsen.³⁴ Tilsynelatende ensidig iverksatte tiltak ble på denne bakgrunn ansett å ha hjemmel i kontraktsforholdet, og avtalevilkåret ble ansett å være oppfylt. Senere avgjørelser tar imidlertid avstand fra en slik oppfatning.

I *Bayer* uttales det at «...det forhold alene, at der eksisterer en som sådan neutral aftale og en ensidigt pålagt konkurrencebegrænsende foranstaltning, udgør ikke en ulovlig aftale i henhold til denne bestemmelse. Det forhold alene, at en fabrikant har vedtaget en foranstaltning, som har til formål eller virkning at begrænse konkurrencen, og som indgår i det vedvarende forretningsforhold mellem fabrikanten og dens grossister, er følgelig ikke tilstrekkelig til å

³¹ Forente saker 25 og 26/84, Ford, Samling 1985, side 2725.

³² Forente saker 25 og 26/84, Ford, Samling 1985, side 2725, premiss 20.

³³ Forente saker 25 og 26/84, Ford, Samling 1985, side 2725, premiss 21.

³⁴ Faull/Nikpay, s. 202.

fastslå, at der foreligger en sådan aftale.»³⁵ Domstolen tar således avstand fra at en ensidig vedtatt politikk fra produsentens side automatisk inngår i det kontraktsforhold som foreligger med forhandlerne i et selektivt distribusjonsnettverk. Det må en nærmere vurdering til, enten av den distribusjonsavtale som foreligger, eller av forhandlerens adferd i etterkant av den vedtatte politikken.

I *Volkswagen II* underbygges det som kommer frem av *Bayer*, og det foretas en nærmere tolkning av den foreliggende forhandleravtale.³⁶ Gjennom forhandleravtalen mellom Volkswagen og forhandlerne hadde forhandlerne akseptert å rette seg etter nærmere retningslinjer ved distribusjon av nye Volkswagen biler. Forhandleravtalen innebar at Volkswagen kunne utferdige nærmere retningslinjer for lagerbeholdning av deler, kundeservice, reklame og for å sørge for opprettholdelse av kvaliteten i hvert enkelt ledd ved salg av Volkswagens biler.

Forhandleravtalen gav også Volkswagen anledning til å utferdige anbefalinger om pris og rabattordninger, men disse skulle etter forhandleravtalen ikke være bindende. Etter at Volkswagen hadde sendt ut et rundskriv til sine tyske forhandlere med instruksjoner om å begrense eller utelukke bruken av rabattordninger ved salg av en ny modell av Volkswagen Passat, ila Kommisjonen Volkswagen en større bot for overtredelse av art. 81. Volkswagen anket avgjørelsen med påstand om at det ikke forelå en avtale i art. 81s forstand.

Kommisjonen anførte at tidligere fast praksis viste at i tilfeller der forhandleren er opptatt i et selektivt distribusjonssystem, må forhandleren regnes for å uttrykkelig eller stilltiende ha akseptert virksomhetens salgspolitikk.³⁷ Dette tilsa at forhandlerne måtte antas å på forhånd ha akseptert at Volkswagen senere kunne utferdige en prispolitikk, slik at det for Kommisjonen ikke var nødvendig å bevise at forhandlerne hadde akseptert den politikk rundskrivet ga uttrykk for. Til støtte for sitt syn anførte Kommisjonen de tidligere avgjørelser i blant annet *AEG*, *Ford* og *BMW*.³⁸ Domstolen kom likevel til at en slik regel ikke kunne anvendes, og la til grunn at det måtte påvises en felles vilje mellom partene til

³⁵ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bayer AG*, Samling 2004 side I-23, premiss 141.

³⁶ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585.

³⁷ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 29.

³⁸ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 28-32.

den prispolitikk som forelå, dersom en avtale skulle anses å foreligge i konvensjonens forstand.³⁹

Domstolen kom til at *Ford* ikke ga støtte til Kommissjonens anførsel i denne saken, da det ble lagt til grunn at forhandleravtalens bilag 1 forutsatte at Ford hadde mulighet til å holde tilbake bilene med ratt montert på høyre side. Det ble ikke lagt vekt på at bilaget var sendt ut i etterkant av hovedforhandleravtalen, bilaget ble regnet å være inkorporert i denne. Hovedspørsmålet i saken ble ansett å være om den foreliggende avtale tilfredsstilte unntaksbestemmelsen i art. 101 (3), heller enn hvorvidt avtalevilkåret var oppfylt.⁴⁰ Tilsvarende synspunkt ble lagt til grunn om *BMW*, slik at heller ikke denne saken ga støtte til Kommissjonens oppfatning.⁴¹ Det forelå heller ikke en slik situasjon som i *AEG*, hvor forhandlerne måtte anses å ha samtykket til *AECS* politikk ved inngåelsen av forhandleravtalen.⁴²

Domstolen understreker dermed i *Volkswagen II* at det er ikke tilstrekkelig å vise til at forhandleren er opptatt i et selektivt distribusjonssystem. Kommissjonen må vise at det foreligger en felles vilje bak tiltaket. Så lenge det ikke foreligger etterfølgende avgjørelser hvor en annen oppfatning er lagt til grunn, må det forutsettes at dette er uttrykk for gjeldende rett. Denne oppfatning har også støtte i teorien, blant annet hos *Jones/Sufrin*.⁴³

Forhandleravtalen ble deretter gjort til gjenstand for en nærmere tolkning. Domstolen uttaler at det ikke er av betydning om forhandleravtalens bestemmelser i utgangspunktet er forenelige med konkurransereglene. Slike bestemmelser kan i sin kontekst gi adgang til senere konkurransebegrensende tiltak, selv om bestemmelsene i utgangspunktet er nøytrale.⁴⁴ Det gis videre anvisning om at det ved tolkning av avtalen må tas hensyn til avtalens formål i lys av den økonomiske og rettslige sammenheng avtalen ble inngått i.⁴⁵

I den aktuelle forhandleravtalen forelå det en generell bestemmelse, der forhandlerne forpliktet seg til å ivareta Volkswagens salgsorganisasjon og Volkswagen merkets interesser

³⁹ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 36.

⁴⁰ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 36 og 41, Forente saker 25 og 26/84, *Ford*, Samling 1985, side 2725, premiss 21, se også *Faull/Nikpay* s. 203.

⁴¹ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 30-36, sak C-70/93, *Bayerske Motorenwerke*, Samling 1995, side I-3439, premiss 15-18, se også *Faull/Nikpay*, s. 203.

⁴² Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 29 og 36, sak 107/82, *AEG*, Samling 1983, side 3151, premiss 38, se også *Faull/Nikpay*, s. 203.

⁴³ *Jones/Sufrin*, s.157-158.

⁴⁴ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 44.

⁴⁵ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 48.

i forbindelse med salg av Volkswagens biler, jf. Forhandleravtalen artikkel 2. Det fremgikk videre av forhandleravtalens art. 8 at Volkswagen kunne fastsette veiledende detaljpriser og rabatter. I vurderingen av bestemmelsene tok domstolen utgangspunkt i ordlyden, slik den måtte forstås ved utferdigelsen av avtalen. Sett i lys av det overordnede formålet med forpliktelsen, fant domstolen at avtalen tilsa at Volkswagen ikke kunne fastsette bindende videresalgspriser i medhold av denne.⁴⁶ Domstolen praktiserer således fremdeles en svært vid fortolkning av foreliggende forhandleravtaler, men vil ikke kunne tolke seg bort fra en klar ordlyd, jf. *Volkswagen*.

I tilfeller der tiltaket som iverksettes ikke har hjemmel i forhandleravtalen blir spørsmålet om partenes adferd tilsier at det foreligger en felles vilje til gjennomføring av det aktuelle tiltaket.

2.4 Tilbud og aksept.

I sin bok tar *Odudu*⁴⁷ til orde for at likheten mellom avtalebegrepet i konkurranseretten og i kontraktsretten tilsier at kontraktsrettens modell med et krav om tilbud og aksept også kan anvendes i den nærmere konkretiseringen av innholdet i avtalebegrepet i konkurranseretten.

I kontraktsretten bevises eksistensen av en kontrakt gjennom å fastslå at det foreligger et klart tilbud, og en klar aksept til det foreliggende tilbudet. Det kreves således en form for kommunikasjon mellom partene, der en eller flere parter kommuniserer et tilbud til en eller flere motparter som klart aksepterer dette tilbudet.

Likheten til kontraktsretten går imidlertid ikke lenger enn til dette rammeverket. Det er i konkurranseretten ikke avgjørende hvorfor eller hvordan et tilbud og en aksept er forekommet, det avgjørende er om det foreligger et tilbud og en aksept som har ført til en felles vilje hos foretakene. Det kan for eksempel foreligge en avtale i konkurranseretten forstand selv om aksepten av et tilbud lider av kontraktsrettslige ugyldighetsgrunner som svik, tvang eller lignende, jf. punkt 2.1.

En slik modell, med et krav om et tilbud og en tilhørende aksept, passer godt på tilfellene fra praksis hvor avtalevilkåret er blitt ansett å være klart oppfylt, jf. punkt 2.1. Domstolen ser

⁴⁶ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 48-53.

⁴⁷ *Odudu*, s. 60

også ut til å benytte modellen hvor det foretas en nærmere vurdering av hvorvidt foretakenes adferd tilfredsstiller avtalevilkåret i art. 101, jf. *Bayer*.⁴⁸ Modellen gir således et godt utgangspunkt for den videre vurderingen av om foretakenes adferd tilfredsstiller avtalevilkåret i art. 101.

Der den ene parten har gitt eksplisitt uttrykk for en vilje til å koordinere sin adferd i markedet, og den andre parten så stilltiende innretter seg etter dette tilbudet, blir avtalevilkåret ansett å være oppfylt, jf. Bl.a. *CD-Contact*.⁴⁹ Den annen parts innrettelse, dennes adferd, blir ansett som aksept av det uttrykte tilbud, som igjen tilsier at partene har uttrykt en felles vilje slik at avtalevilkåret er oppfylt. I vertikale forhold vil et typisk eksempel være et tilfelle der produsenten overfor sin distributør gir uttrykk for et ønske om at produktet selges videre for et nærmere fastsatt minimumsvederlag, en minstepris, og distributøren så innretter seg etter dette ønsket.

Det kan imidlertid ikke oppstilles et krav om at produsenten eksplisitt krever en bestemt type adferd av sine forretningspartnere. Avtalevilkåret kan være oppfylt også ved løsere former for tilbud og aksept.⁵⁰ Hva som nærmere kreves der det ikke foreligger noe eksplisitt uttrykk for en felles vilje til å koordinere sin adferd har vært oppe i flere dommer for EU-domstolen.

I *Bayer*⁵¹ ga ikke forhandleravtalen Bayer adgang til å redusere leveransen på hjerte og kar-sykdom medisinen Adalat. Bayer AG er moderselskapet i en av de største europeiske kjemiske og farmasøytiske konserner, med datterselskaper i hvert av EUs medlemsland. Konsernet hadde forut for saken produsert og distribuert legemiddelet Adalat, som brukes til behandling av hjerte og karsykdommer.

Prisen på Adalat reguleres innad i det enkelte medlemsland, direkte eller indirekte, av de nasjonale helsemyndigheter. Den interne reguleringen medførte at i perioden 1989 til 1993 var prisene for Adalat 40 % lavere i Spania og Frankrike, enn i Storbritannia. Dette medførte at forhandlerne i Frankrike og Spania eksporterte til Storbritannia, med den konsekvens at inntekten til Bayers datterselskap i Storbritannia ble nesten halvert. Bayer reduserte da sine leveranser til forhandlerne i Frankrike og Spania, slik at leveransen, i stedet for å tilsvare

⁴⁸ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23, premiss 102, se sitat nedenfor.

⁴⁹ Sak T-18/03, CD-Contact Data GmbH, Samling 2009, side II-01021

⁵⁰ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23, premiss 96-100.

⁵¹ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23.

den stadig økende ordren fra forhandlerne i Spania og Frankrike, ble redusert slik at den kun tilfredsstilte de nasjonale myndigheters minstekrav til beholdning av Adalat hos forhandlerne.

All den tid forhandlerne var lovpålagt å holde en viss mengde Adalat på lager, kunne ikke forhandlerne eksportere medisinen så lenge Bayer ikke leverte mer enn den lovpålagte mengde. Tiltaket fikk dermed uten tvil en konkurransebegrensende effekt. Spørsmålet i saken var om avtalevilkåret var oppfylt.

Det var ikke tvil om at Bayer førte en politikk om å begrense parallell eksport til Storbritannia. Det ville ellers ikke være noen grunn for Bayer til å redusere leveransen av Adalat til sine forhandlere. I fravær av bevis for at det forelå en uttrykkelig avtale mellom Bayer og dets forhandlere undersøkte domstolen om forhandlernes adferd tilsa at de hadde samtykket i Bayers politikk. Retten fant imidlertid at de dokumenter Kommisjonen førte som bevis for et slikt samtykke, ikke tilsa at forhandlerne ønsket å gi Bayer inntrykk av at de, som svar på Bayers politikk, ville nedsette sin ordre til det nivå som var ønsket av Bayer.⁵²

Ved spørsmålet om hva som nærmere kreves for at partenes etterfølgende adferd skal oppfylle avtalevilkåret i artikkel 85, tok domstolen utgangspunkt i at foretakene må ha «...givet uttrykk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måte.»⁵³ Deretter uttalte domstolen at: «...For at en aftale i artikkel 85, stk. 1's forstand kan anses for indgået gennem *stiltiende accept*, er det nødvendigt, at den af *den ene kontraherende part udtrykte vilje vedrørende et konkurrencebegrænsende formål* udgør en *udtrykkelig* eller *stiltiende oppfordring* til den anden part om sammen at gennemføre dette formål, hvilket i særlig grad gælder en aftale, der, således som det foreliggende tilfælde, ikke umiddelbart er i den anden parts, dvs. grossisternes interesse» (Min kursivering).⁵⁴ Domstolen tar således utgangspunkt i at dersom det skal foreligge en avtale basert på partenes adferd, kreves det at produsentens uttrykte vilje vedrørende et formål, er gjort kjent for forhandlerne gjennom en uttrykkelig eller stilltiende oppfordring til disse om sammen å gjennomføre dette formålet. En kan se dette slik at det oppstilles et krav til at produsentens adferd utgjør et tilbud, som forhandleren gjennom sin adferd kan akseptere.

⁵² Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23, premiss 53-57.

⁵³ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23, premiss 97.

⁵⁴ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23, premiss 102.

Uttalelser i teorien underbygger denne oppfatningen. *Faull/Nikpay* formulerer det slik at det må foreligge en «...express or implied «invitation» from one party to the other party to fulfil an anti-competitive goal «jointly»»⁵⁵, for at forhandlerens stilltiende samtykke skal medføre at det foreligger en avtale i konvensjonens forstand.

Kravet om at produsentens adferd må utgjøre en oppfordring som forhandleren stilltiende kan akseptere ble fulgt opp i *Volkswagen II*, hvor det uttales at:

«...partenes vilje kan følge av så vel bestemmelsene i den pågældende forhandleraftale som af parternes adfærd og navnlig tilstedeværelsen af forhandlernes eventuelle stiltiende samtykke til producentens opfordring.»⁵⁶ Av dette følger at dersom partenes adferd skal tilsi at det foreligger en avtale i konvensjonens forstand, må det foretas en konkret vurdering av om adferden utgjorde en oppfordring til den annen part, som denne eksplisitt eller implisitt har gitt sitt samtykke til.

Videre skal jeg derfor forsøke å klarlegge hva som kreves for at det foreligger en oppfordring, før jeg skal behandle hva som kreves for at det skal foreligge et samtykke til oppfordringen.

Et sentralt moment i vurderingen av om det foreligger en oppfordring er hvorvidt produsenten kunne oppnådd sitt mål uten forhandlerens bidrag.⁵⁷ I *Bayer* ble ikke forhandlernes lagerplikt, kombinert med reduksjonen av den leverte mengden Adalat, ansett som en tilstrekkelig oppfordring til forhandlerne. Dette understreket mer den ensidige karakteren av Bayers adferd.⁵⁸ Det ble vektlagt at Bayer oppnådde den ønskede virkning uten hjelp fra forhandlerne, hvilket tilsa at Bayers adferd representerte et ensidig tiltak som ikke omfattes av avtalebegrepet.

Domstolen adskilte således denne saken fra det tilfellet som tidligere hadde vært oppe i *Sandoz*.⁵⁹ Her hadde produsenten et ønske om å nedlegge eksportforbud overfor sine forhandlere, hvilket ikke ville la seg gjennomføre dersom forhandlerne ikke samarbeidet. Fakturaene som ble tilsendt forhandlerne hadde videre påtrykket «export prohibited». Dette, sett i sammenheng med kontraktsforholdet for øvrig, tilsa at tilstrekkelig oppfordring forelå.

⁵⁵ *Faull/Nikpay*, s.204.

⁵⁶ Sak C-74/04 P, *Volkswagen II*, Samling 2006, side I-6585, premiss 39.

⁵⁷ *Faull/Nikpay*, s. 204.

⁵⁸ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bayer AG*, Samling 2004 side I-23, premiss 110.

⁵⁹ Sak C-277/87, *Sandoz P*, Samling 1990, side I-45.

Dersom produsenten trenger forhandlerens hjelp til gjennomføring av sin politikk, og den vedtatte politikk blir gjennomført, kreves det således ikke særlig mye til for at domstolen skal komme til at det foreligger tilstrekkelig oppfordring fra produsentens side.⁶⁰ Hva som nærmere kreves er imidlertid fremdeles uklart.

I *Volkswagen II* uttaler domstolen at: «For så vidt angår den anden situation, nemlig der det ikke forelå relevante aftalebestemmelser, forudsætter tilstedeværelsen af en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, at der foreligger et udtrykkelig eller stiltiende samtykke fra forhandlerne til den foranstaltning, som motorkøretøjs produsenten har vedtaget».⁶¹

Domstolen synes her å forutsette at det forelå en oppfordring fra Volkswagens side, all den tid domstolen fant det avgjørende at det ikke forelå tilstrekkelig aksept fra forhandlerens side. Det foreliggende rundskriv inneholdt veiledende minstepriser, og uttrykk for et ønske om begrenset bruk av rabattordninger. Volkswagen hadde således aktivt tilkjennegitt overfor sine forhandlere sitt ønske om å oppnå høyst mulig fortjeneste ved salg av Passat modellene. Domstolen synes dermed å forutsette at i tilfeller der adferden kommuniserer produsentens intensjon foreligger tilstrekkelig oppfordring.

At kommunikasjon er et sentralt element underbygges også av *Sandoz*⁶², hvor påtrykket på fakturaene tilsa at det forelå en oppfordring fra produsentens side. Det må kunne antas at det nok ikke ville ha foreligget en tilstrekkelig oppfordring, dersom en tenker seg denne saken uten det aktuelle påtrykket.

I *General Motors Nederland BV*⁶³ hadde Kommisjonen anført at Opels politikk om å begrense eksporten av deres biler, gjennom å redusere leveransen til sine Nederlandske forhandlere, var kommunisert til forhandlerne og akseptert av disse. Domstolen kom til at så ikke var tilfellet, og avtalevilkåret ble ikke ansett oppfylt.⁶⁴ Kommunikasjon er således et sentralt element i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig oppfordring. I dette kravet til kommunikasjon ligger også en begrensning med tanke på ordinær markedsadferd.⁶⁵ En produsent vil vanskelig kunne kommunisere sin politikk gjennom å levere varer i tråd med

⁶⁰ Faull/Nikpay, s. 204.

⁶¹ Sak C-74/04 P, Volkswagen II, Samling 2006 side I-06585, premiss 46.

⁶² Sak C-277/87, Sandoz P, Samling 1990, side I-45

⁶³ Sak T-368/00, General Motors, Samling 2003, side. II-4491.

⁶⁴ Sak T-368/00, General Motors, Samling 2003, side II-4491, premiss 78-89.

⁶⁵ Se også Whish/Bailey, s. 109-110.

den foreliggende forhandleravtalen. Det må noe mer til dersom tilstrekkelig oppfordring skal foreligge.

Et spørsmål som her oppstår er om det ville forligget en oppfordring fra Bayer til sine forhandlere, dersom en så bort i fra de nasjonale myndigheters krav til beholdning av Adalat. Spørsmålet blir da om en reduksjon i leveransen tilsvarende den som forelå i Bayer saken, i en slik situasjon, ville medføre at det forelå tilstrekkelig oppfordring fra Bayers side.

Et slikt kutt i det leverte kvantum kan ha svært mange andre begrunnelser enn ønske om å innføre et eksportforbud. Det kan eksempelvis være øvrige økonomiske forhold ved driften; redusert tilgang på råstoff etc. Å alene senke leveransen medfører således ikke at *Bayer* får kommunisert sin ambisjon om å få begrenset eksporten til Storbritannia til sine forhandlere. Det har da formodningen mot seg at slik adferd medfører at det foreligger tilstrekkelig oppfordring som forhandlerne kan samtykke til. Dette tilsier videre at adferd som kan karakteriseres som ordinær markedsadferd sjelden eller aldri vil kunne anses som en oppfordring i denne forstand, såfremt det ikke medfølger en eller annen kommunikasjon av politikken produsenten ønsker å føre.

Det kan her være verdt å merke seg at slik forholdet var i *Bayer*, ville antakelig ikke en reduksjon i leveransen i seg selv medført en like suksessfull nedgang i eksporten. Forhandlerne adferd tilsa at de prøvde det de var gode for å få tak i Adalat gjennom andre forhandlere. Dersom dette hadde lyktes, ville sannsynligvis eksporten fortsatt.

I *Bayer*, som i de fleste andre saker hvor det foreligger et vertikalt forhold, vil det være produsenten som tjener på - eller tjener mest på - et konkurransebegrensende tiltak, typisk et eksportforbud eller fastsettelsen av en minstepris. Riktignok vil ikke dette være tilfellet i like stor grad når det er tale om en eksklusivavtale, men det vil gjøre seg gjeldende også her. Eksempelvis representerte tapet av eksportmuligheten et stort tap i fortjenesten for forhandlerne i *Bayer*.

Den eneste plausible grunnen for at en forhandler i en slik situasjon ønsker å begrense en eksport foretaket tjener mye penger på, er trusselen om å bli kuttet ut av det foreliggende distribusjonsnettverket som igjen potensielt kan fjerne eksistensgrunnlaget til forhandleren. Det er derfor nødvendig at produsentenes hensikt gjennom deres adferd på et eller annet vis

kommuniseres til forhandleren, dersom tilstrekkelig oppfordring skal bli ansett å foreligge. Ordinær markedsadferd alene kan således ikke utgjøre tilstrekkelig oppfordring.

Det gjenstående spørsmål er hva som kreves av aksept fra forhandlerne når det foreligger en oppfordring fra produsenten, for at det skal foreligge en avtale i konvensjonens forstand.

I *Volkswagen II* ble det ikke ansett å foreligge en avtale, selv om forhandlerne fortsatte å motta Passat modellene for salg i tråd med forhandleravtalen. Dette må forstås slik at det kreves at forhandlerne innretter seg i tråd med oppfordringen, for at det skal foreligge tilstrekkelig aksept.⁶⁶

Terskelen for at aksept skal anses å foreligge synes imidlertid ikke å være særlig høy. I *Sandoz* ble kundenes fortsatte ordre på produktene, kombinert med at kundene uten protest betalte de priser som var angitt på fakturaene med påtrykket, ansett som tilstrekkelig aksept.

Det må etter dette legges til grunn at når foretakenes adferd utgjør et tilbud og en tilsvarende aksept, foreligger en avtale i konvensjonens forstand. Domstolen synes imidlertid i *Bayer* å gå enda lenger, og krever enda mindre av foretakenes adferd for at avtalevilkåret skal anses oppfylt. Dette nødvendigvis gjør en gjennomgang av dommen og en nærmere drøftelse av om den forståelse som legges til grunn i dommen er en riktig forståelse av avtalevilkåret.

2.5 Tilstedeværelse av en felles vilje

Etter å ha slått fast at Bayer ikke eksplisitt hadde uttrykt et eksportforbud ovenfor sine forhandlere, ei heller at adferden tilsa at videre leveranse av Adalat var betinget av at forhandlerne avsluttet eksporten til Storbritannia⁶⁷, avviste Underretten Kommissjonens påstand om at forhandlerne hadde stilltiende akseptert eksportforbudet ettersom det ikke forelå noe eksportforbud fra Bayer å samtykke til. Underretten undersøkte imidlertid videre om den adferd forhandlerne utviste, etter at Bayer hadde vedtatt sin nye politikk om å hindre eksporten til Storbritannia, tilsa at det forelå en avtale.⁶⁸

EU – domstolen uttaler på dette punkt at:

⁶⁶ Jones/Sufrin, s. 157.

⁶⁷ Sak T-41/96, Bayer AG, Samling 2000, side II-3383, premiss 119 og 122.

⁶⁸ Sak T-41/96, Bayer AG, Samling 2000, side II-3383, Premiss 124.

120. *«Under disse omstendigheter undersøgte Retten, om Kommissionen på grundlag af den adfærd, som grossisterne udviste efter sagsøgerens vedtagelse af sin nye politik for begrænsning af leveringerne, med føje kunne konkludere, at de samtykkede i denne politikk.*
121. *Retten ønskede således at fastslå, om grossisterne i mangel af et eksportforbud alligevel delte Bayers ønske om at hindre parallelimporten. I forbindelse med denne analyse begikk Retten ikke nogen rettslig fejl, idet den henviste til grossisternes reelle vilje til fortsat at gennemføre bestillinger på lægemidler til eksport og til behovene på hjemmemarkedet.*
122. *Som generaladvokaten har bemærket i punkt 108 i sit forslag til afgørelse, forudsætter anbringendet om, at der ikke forelå samstemmende viljer under alle omstendigheder, at der forelå en erklært vilje fra grossisternes side til at slutte op omkring Bayers ønske om at hindre parallelimporten».*

EU-domstolen slutter seg her til Underrettens rettslige vurdering. Uttalelsen kan forstås slik at i tilfeller der foretakenes adferd ikke gir et tilstrekkelig uttrykk for en felles vilje, som vil si at adferden ikke tilsier at det foreligger tilbud og den tilhørende aksept, kan avtalevilkåret være oppfylt dersom partenes reelle vilje er samstemmende.

Denne forståelsen av dommen synes også å bli lagt til grunn av *Faull/Nikpay* som skriver at «...[i]n the absence of an invitation, tacit acquiescence can still be found if the dealer shares the same intention as the supplier», og av *Gjendemsjø* som sier at «...Bayer AG ser derfor ut til å åpne for et avtalebegrep hvor måten den felles vilje kommer til uttrykk på ikke er avgjørende. Det vil i så fall bety at adferden ikke må fremstå som et tilbud eller en aksept, såfremt den kan være bevis for en reell felles vilje hos foretakene om å innrette sin adferd på en bestemt måte».⁶⁹

Imidlertid er ikke det siste av de siterte avsnittene fra dommen like klart formulert som de to øvrige. Samtidig er det ut fra ordlyden i avsnittet vanskelig å fastslå hva domstolen mener. Isolert sett kan avsnittet forstås som at det kreves en uttrykt vilje fra minst en av partene for

⁶⁹ *Faull/Nikpay*, s.204 og *Gjendemsjø*, s. 89-90.

at avtalevilkåret skal være oppfylt. Det ville i så fall medføre en begrensning i hva som blir sagt i de to foregående avsnittene.⁷⁰

Henvisningen til generaladvokatens uttalelse i saken tilsier imidlertid at avsnittet må leses i sammenheng med denne. I generaladvokatens uttalelse uttrykkes det at Kommisjonens anførelse om at Underretten hadde latt den reelle vilje gå foran den uttrykte måtte avvises, da det ikke forelå noen uttrykt vilje i denne saken.⁷¹ Ettersom domstolen viser til generaladvokatens premisser må det legges til grunn at det er dette poenget EU-domstolen søker å få frem her. Dersom det foreligger en uttrykt felles vilje, foreligger det en avtale selv om partenes reelle subjektive vilje avviker fra den uttrykte felles vilje. Det vil si at domstolen legger til grunn at hvor det ikke foreligger et uttrykk for en felles vilje, vil foretakenes reelle vilje kunne være avgjørende. Dette underbygger den forståelse av premiss 120 og 121 som fremkommer over.

I *Bayer* fant ikke domstolen at forhandlerne delte Bayers vilje om å begrense eksporten, da forhandlerne adferd tilsa at de prøvde å omgå Bayers eksportforbud ved å omplassere ordrene sine slik at beholdningen av Adalat oversteg det nasjonalt påkrevde minimum. Forhandlerne ønsket altså å fortsette med eksport av Adalat til Storbritannia, og avtalevilkåret ble dermed ikke ansett å være oppfylt.⁷²

Dette innebærer at selv om det ikke kan bevises at adferden utgjør et tilstrekkelig tilbud og aksept, jf. over, vil det likevel kunne foreligge en avtale mellom partene så lenge interne dokumenter e.l. tilsier at foretaket har en reell felles vilje om eksempelvis å operere med en minstepris ved videresalg av produsentens produkter.

⁷⁰ Gjendemsjø, s. 89

⁷¹ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 s. I-23, generaladvokatens forslag til avgjørelse, premiss 106-108. Se også Gjendemsjø, s.90.

⁷² Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23, premiss 123.

2.6 Er den forståelsen av avtalevilkåret som legges til grunn i Bayer en riktig forståelse av avtalevilkåret?

2.6.1 Innledning

Den forståelse som legges til grunn i *Bayer*⁷³ favner svært vidt og beveger seg langt fra kjernen av avtalebegrepet som oppstiller krav om tilbud og aksept. Forståelsen i *Bayer* tatt på ordet vil tilsi at det ikke spiller noen rolle om det foreligger tilstrekkelig tilbud og aksept eller hvorvidt det foreligger et ensidig tiltak. Det avgjørende vil være om det kan bevises at det foreligger en reell felles vilje mellom partene.

Uttalelsene er ikke helt klart formulerte, men lest i lys av dommen for øvrig kan mye tyde på at disse avsnittene skal forstås på den måte jeg har skissert over. At avsnittene er plassert etter spørsmålet om partenes adferd kan tilsi at det foreligger et tilbud og en aksept, noe som underbygger at domstolen legger til grunn at avtalevilkåret kan være oppfylt selv om det ikke foreligger tilstrekkelig uttrykk for en felles vilje. At dommen er avsagt i plenum av domstolens 13 dommere, gjør at dommen og uttalelsene i utgangspunktet må tillegges betydelig vekt når avtalevilkårets grenser skal fastlegges. På tross av dette er det flere forhold som kan tilsi en innskrenkende fortolkning av domstolens uttalelser.

2.6.2 Forholdet til vilkåret om samordnet opptreden

Forholdet mellom avtalevilkåret og vilkåret om samordnet opptreden er et forhold som kan tilsi at domstolen strekker avtalevilkåret for langt i *Bayer*.

EU – domstolen har i sin praksis definert samordnet opptreden som former for koordinering som «...ikke går så langt som til at avslutte en egentlig avtale, men dog bevidst erstatter konkurransens risici med et innbyrdes praktisk samarbejde».⁷⁴ Definisjonen tilsier at vilkåret om samordnet opptreden skal omfatte løsere former for samarbeid enn de former som omfattes av avtalevilkåret. Dette tilsier at det skal være rom for et vilkår om samordnet opptreden ved siden av avtalevilkåret slik dette er forstått i *Bayer*.

⁷³ Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23

⁷⁴ Se bl.a. forente saker C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, Wood Pulp, Samling 1993 s. I-1307, premiss 63.

I praksis er det imidlertid oppstilt ytterligere begrensninger av vilkåret om samordnet opptreden. Vilkåret «...skal forsås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det felles marked».⁷⁵ Og videre at «dette krav om uafhængighed ganske vist ikke udelukker de erhvervsdrivendes ret til rationelt at tilpasse sig deres konkurrentes konstaterede eller antagelige adfærd».⁷⁶ Vilkåret må således avgrenses mot tilfeller hvor foretakene rasjonelt og intelligent tilpasser sin markedsadferd til hverandre.

I forlengelsen av dette oppstilles et krav om direkte eller indirekte kontakt mellom foretakene. Ikke hvilken som helst kontakt vil rammes, kontakten må ha som formål eller virkning enten å påvirke en konkurrents markedsadferd eller å informere en konkurrent om egen fremtidig markedsadferd. Et ytterligere vilkår er at kontakten må ha som formål eller virkning at det oppstår konkurransevilkår i strid med det aktuelle markeds normale konkurransevilkår.⁷⁷

Det oppstilles også noen videre, - mer omdiskuterte - vilkår, så som kravet om å fjerne usikkerhet, gjensidighetskrav og kravet til årsakssammenheng.⁷⁸ Disse vil det ikke være nødvendig å gå nærmere inn på i forhold til problemstillingen i denne fremstillingen, og vil derfor ikke bli gjennomgått her.

Uttalelsene over om kontaktkravet gjør at det ikke er klart hvor den nærmere grensen for kontaktkravet går. Det er klart at direkte kontakt mellom foretakene vil oppfylle kontaktkravet, det er imidlertid mer uklart hvor grensen går i forhold til indirekte kontakt.

EU-domstolen har uttalt at stilltiende koordinering ikke kan likestilles med samordnet opptreden.⁷⁹ Den har videre uttalt at stilltiende koordinering ikke er bevis på samordnet

⁷⁵ Se bl.a. forente saker C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, Wood Pulp, Samling 1993 s. I-1307, premiss 63.

⁷⁶ Sak C-49/92 P, Anic, Samling 1999 s. I-4125, premiss 117.

⁷⁷ Se bl.a. Sak C-49/92 P, Anic, Samling 1999 s. I-4125, premiss 117. Likedann i sak C-199/92 P, Hüls, Samling 1999 s.I-4287, premiss 160. sak T-9/99, HFB Holding m.fl., Samling 2002 s. II-1487, premiss 212 og sak C-8/08, T-mobile m.fl., Samling 2009 s. I-4529, premiss 33.

⁷⁸ Gjendemsjø, s. 99-119.

⁷⁹ Se bl.a Sak 48/69, Dyestuffs, Samling 1972 s.619, premiss 66.

opptreden unntatt når «...samordningen er den eneste sandsynlige forklaringen på en sådan adfærd».⁸⁰

I *Wood Pulp*⁸¹ ble markedsstrukturen (oligopol) brukt som alternativ forklaring på den parallelle adferden. Det forelå således en alternativ forklaring på koordineringen mellom foretakene i saken, slik at samordnet opptreden ikke ble ansett å foreligge. Ettersom det ikke foreligger samordning når markedsstrukturen kan forklare koordineringen, må det antas at det skal noe mer til. *Gjendemsjø* skriver om dette at «...Det må bety at stilltiende koordinering i et oligopol ikke anses for å være en samordning, ettersom det er markedsstrukturen som er årsaken til koordineringen i et oligopol. Når stilltiende koordinering ikke er samordning, taler det for at heller ikke måten foretakene tilegner seg informasjon om hverandres fremtidig atferd på ved stilltiende koordinering, anses som kontakt.» Han sier så at dette trekker i retning av «...at det ikke kan regnes som kontakt at foretakene møtes på markedet.»⁸² *Gjendemsjø* legger således til grunn at *Wood pulp* tilsier at koordinering på bakgrunn av å møtes på markedet ikke kan anses som tilstrekkelig kontakt.

Sammenholder man dette med det som er sagt over om adgang til rasjonell eller intelligent tilpasning til hverandres adferd, kan det oppstilles et krav om en aktiv handling for å tilegne seg informasjon, eller for å tilkjennegi informasjon til konkurrenter, for at kontaktvilkåret skal være oppfylt.⁸³ Et eksempel på aktiv tilkjennegivelse av informasjon kan være annonsering av fremtidig pris. Samordnet opptreden vil foreligge dersom det foretas en tilpasning til denne annonseringen.⁸⁴ Dersom foretakene hadde blitt oppmerksom på hverandres priser kun gjennom kontakt på markedet, ville således vilkåret om samordnet opptreden ikke være oppfylt.

Det kan foretas enda en avgrensning av kontaktkriteriet mot forretningsmessig berettiget adferd.⁸⁵ I både *Wood pulp*⁸⁶ og *Dyestuffs*⁸⁷ forelå det en forhåndsannonsering av pris, men det forelå bare samordnet opptreden i den sistnevnte saken. Bakgrunnen for dette har i

⁸⁰ Forente saker C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, *Wood Pulp*, Samling 1993 s. I-1307.

⁸¹ Forente saker C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, *Wood Pulp*, Samling 1993 s. I-1307.

⁸² *Gjendemsjø*, s. 108-109.

⁸³ *Gjendemsjø*, s. 109, Odudu, s. 85-86, Albors Llorens, s.861.

⁸⁴ Sak 48/69, *Dyestuffs*, Samling 1972 s. 619

⁸⁵ *Gjendemsjø*, s.110-116, i samme retning: Willis/Hughes s.130 og Jones/Sufrin 2007 s. 917.

⁸⁶ Forente saker C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, *Wood Pulp*, Samling 1993 s. I-1307.

⁸⁷ Sak 48/69, *Dyestuffs*, Samling 1972 s. 619.

teorien blitt ansett å være at det i Wood pulp forelå en forretningsmessig begrunnelse for på forhånd å annonsere prisen, ettersom prisen på tremasse var den klart største kostnaden i papirproduksjonen og kundene derfor hadde et stort behov for å vite prisen på tremasse.⁸⁸ En slik forretningsmessig begrunnelse var ikke tilstedeværende i *Dyestuffs*.⁸⁹

Sammenholder man denne forståelsen av vilkåret om samordnet opptreden med den forståelse av avtalevilkåret som kommer frem i *Bayer*, fremstår det relativt klart at avtalevilkåret favner videre en vilkåret om samordnet opptreden. Avtalevilkåret slik det forstås i *Bayer*, hvor tilstedeværelsen av en reell felles vilje er tilstrekkelig, vil nemlig også omfatte stilltiende koordinering og tilkjenning av informasjon som er forretningsmessig berettiget, som går klar av vilkåret om samordnet opptreden.

At forståelsen i *Bayer* strekker seg lenger enn vilkåret om samordnet opptreden strider mot formålet med å ha et vilkår om samordnet opptreden i det hele tatt. Hele poenget må antas å være at vilkåret om samordnet opptreden skal omfatte tilfeller av koordinering som ikke har gått så langt at en avtale foreligger. Dette underbygges av den definisjonen som fremkommer over, hvor det fremgår at samordnet opptreden vil omfatte tilfeller hvor koordineringen ikke er gått så langt at avtale foreligger. Dette taler mot at den vide forståelsen av avtalevilkåret i *Bayer* legges til grunn i fremtidige saker.

Dette støttes av *Gjendemsjø* som i sin avhandling kommer til at avtalebegrepet slik det fremgår av *Bayer* må forstås innskrenkende i horisontale forhold på bakgrunn av forholdet til samordnet opptreden og den forståelse som legges til grunn av kontaktskravet i horisontale forhold.⁹⁰

Spørsmålet blir om vilkåret om samordnet opptreden medfører en tilsvarende begrensning av avtalevilkåret i vertikale forhold.

Det kan innvendes at den definisjonen av samordnet opptreden som fremkommer over ikke passer særlig godt på vertikale forhold.⁹¹ Samordnet opptreden foreligger som sagt når konkurranserisiko fjernes ved samarbeid mellom foretakene og foretaket påvirker en

⁸⁸ Forente saker C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, Wood Pulp, Samling 1993 s. I-1307, generaladvokatens forslag til avgjørelse, premiss 181 og premiss 249-251, *Gjendemsjø* s. 112.

⁸⁹ *Gjendemsjø*, s. 113.

⁹⁰ *Gjendemsjø*, s. 94.

⁹¹ *Gjendemsjø* s. 82, *Faull/Nikpay* 2007 s. 214.

konkurrents adferd eller avsløre egen adferd overfor en konkurrent.⁹² Samordnet opptreden defineres således ut i fra forhold mellom konkurrenter.⁹³

I vertikale forhold er det ikke snakk om konkurrenter på samme måte, da foretakene opererer på ulike markeder. En definisjon som retter seg mot konkurrenter synes derfor ikke å passe like godt på vertikale forhold.⁹⁴

I de dommer jeg har gått gjennom over om vertikale forhold synes domstolen å vurdere foretakenes adferd ut fra avtalevilkåret, og avgrense dette nedad mot ensidig adferd. Dersom avtalevilkåret kan forstås videre i vertikale enn i horisontale forhold, kan det argumenteres med at samordnet opptreden ikke vil medføre den samme begrensningen i vertikale som i horisontale forhold. *Faull/Nikpay* påpeker at det nødvendigvis må være en viss utveksling av informasjon og koordinering mellom foretak som er vertikalt forbundet med hverandre.⁹⁵ Dette blir ikke brukt som argument mot anvendelse av vilkåret om samordnet opptreden på vertikale forhold, men som et argument for at definisjonen av samordnet opptreden i horisontale forhold ikke kan anvendes i vertikale forhold.⁹⁶

Faull/Nikpay synes videre å legge til grunn at det er rom for et vilkår om samordnet opptreden i vertikale forhold.⁹⁷ Forfatterne påpeker at det er intet i ordlyden i konvensjonsteksten, ei heller i praksis, som utelukker en anvendelse av dette vilkåret i vertikale forhold. Som eksempel på at vilkåret om samordnet opptreden er brukt i vertikale forhold anfører *Faull/Nikpay SA Musique francaise og andre* og *Hasselblad*.⁹⁸

Det kan imidlertid innvendes mot de sistnevnte sakene at det her ikke var snakk om et vertikalt forhold på samme måte som de sakene som setter grensen mellom avtaler og ensidig adferd. *Gjendemsjø* uttaler om dette at «...i de sakene *Faull/Nikpay* viser til hadde produsenten, eller det foretaket som var høyest i distribusjonsskjeden, en koordinatorrolle for samordningen mellom distributørene, eller mellom foretakene lenger nede i distribusjonsskjeden. Når det forekommer en samordning mellom distributørene er det en

⁹² Se bl.a. forente saker C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, *Wood Pulp*, Samling 1993 s. I-1307, premiss 63.

⁹³ Se også *Gjendemsjø*, s. 82.

⁹⁴ Se også bl.a. *Gjendemsjø*, s. 83 og *Faull/Nikpay*, s. 214.

⁹⁵ Se *Faull/Nikpay* 2007 s. 215, *Gjendemsjø* s. 83.

⁹⁶ *Faull/Nikpay*, s. 215.

⁹⁷ *Faull/Nikpay*, s. 214.

⁹⁸ Forenete saker 100/80 til 103/80, *SA Musique Diffusion*, Samling 1983 s. 1825 og sak 86/82, *Hasselblad*, Samling 1984 s. 883.

samordning mellom foretak på samme nivå, og dermed en horisontal samordnet praksis. Dette skiller disse sakene fra rene vertikale forhold».⁹⁹ At det her ikke er tale om rene vertikale forhold tilsier at den overnevnte praksis ikke gir avgjørende støtte for at det er rom for et vilkår om samordnet opptreden i vertikale forhold.

Selv om argumentene over kan tilsi at det ikke er, eller er lite, rom for samordnet opptreden, er det heller ingen dommer som definitivt utelukker anvendelse av samordnet opptreden i vertikale forhold. Konvensjonens ordlyd tyder heller ikke på at det skal være noen forskjell på anvendelsen av vilkåret ut i fra hvilke type forhold det er snakk om. Det at man da har en definisjon av samordnet opptreden som forutsetter at dette vilkåret favner videre enn avtalevilkåret, er da fremdeles et viktig argument mot en slik vid forståelse av avtalevilkåret som legges til grunn i *Bayer*.

Hva det nærmere innholdet av et vilkår om samordnet opptreden i vertikale forhold skal være, foreligger det få kilder om. Det kunne her vært argumentert for at avtalevilkåret slik det er formulert i *Bayer* vil kunne ha betydning ved fastleggelsen av innholdet i et slikt vilkår. Et avtalevilkår som omfatter alle tilfeller hvor det foreligger en felles vilje vil imidlertid tilsi at all form for koordinering omfattes av avtalevilkåret, noe som ikke gir rom for et vilkår om samordnet opptreden ved siden av avtalevilkåret. Mot dette kan det innvendes at *Bayer* avgjørelsen ikke er fulgt opp i senere praksis, hvilket tilsier at den må ilegges begrenset vekt ved en slik vurdering.

I forhold til min problemstilling er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til innholdet av vilkåret om samordnet opptreden, utover å fastslå at det ut i fra det gjeldende rettskildebildet ikke finnes holdepunkter for å bortfortolke vilkåret om samordnet opptreden i vertikale forhold. Dette tilsier at forholdet til samordnet opptreden vil representere et motargument mot forståelsen av avtalevilkåret i *Bayer*, også i vertikale forhold.

Det kan videre påpekes at det fremgår av praksis at det er den samme definisjon av avtalevilkåret som benyttes i vertikale og horisontale forhold.¹⁰⁰ Dette tilsier at det ikke kan anvendes et avtalevilkår som favner videre i vertikale enn i horisontale forhold.

⁹⁹Gjendemsjø s. 83.

¹⁰⁰ Gjendemsjø, s. 82, Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 side I-23 og Sak C-74/04 P, Volkswagen II, Samling 2006 side I-06585.

Forholdet til vilkåret om samordnet opptreden tilsier således at en må avgrense avtalevilkåret slik at det i alle fall ikke omfatter vagere former for koordinering enn det som omfattes av samordnet opptreden. At man opererer med et krav til kontakt, eller at adferden fremstår som en form for kommunikasjon, som skissert over, fremstår i lys av dette som en god forståelse av avtalevilkåret. En slik forståelse synes heller ikke å være i strid med konvensjonens system.

2.6.3 Forholdet til ensidig adferd

Videre kan forholdet til ensidig adferd tilsi en innskrenkende forståelse av avtalevilkåret som fremkommer i *Bayer*. Et avtalevilkår må nødvendigvis avgrenses mot ensidige tiltak, ettersom et ensidig tiltak ikke beror på en enighet eller felles vilje mellom to eller flere parter. Dersom den reelle vilje er avgjørende, vil ensidige tiltak kunne anses som avtaler såfremt forhandlerne reelt sett delte intensjonen som lå bak det ensidige tiltaket.

I lys av at art. 102 etter sin ordlyd skal regulere foretakenes ensidige adferd, taler konvensjonens system da mot at avtalevilkåret i art. 101 kan forstås så vidt som det gjør i *Bayer*. Dette trekker videre i retning av at det må foretas en avgrensning av forståelsen i *Bayer* mot de tilfeller hvor det foreligger ensidig atferd.

2.6.4 Forutberegnelighet

Et ytterligere argument mot den forståelse av avtalevilkåret som fremkommer av *Bayer* er hensynet til forutberegnelige regler. Forståelsen av avtalevilkåret i *Bayer*, selv med en avgrensning mot ensidig gjennomførbare tiltak, åpner for at det er vanskelig å vite når man i lovens forstand har inngått et samarbeid, så lenge det ikke stilles krav om at partene seg imellom kommuniserer sine intensjoner. I et vertikalt forhold foreligger til tider omfattende kontakt mellom partene, noe som understreker behovet for klarere retningslinjer for når avtalevilkåret vil være oppfylt.

Verdien av å ha forutberegnelige rettsregler tilsier da at det ved siden av en avgrensning i forhold til ensidige tiltak, også innfortolkes et krav om at adferden må ha utgjort et tilbud eller oppfordring, for at stilltiende aksept skal være tilstrekkelig til at avtale foreligger.

2.6.5 En god regel?

Endelig kan det anføres at det oppnås lite ved å utvide anvendelsesområde til avtalevilkåret slik det er gjort i *Bayer*.

Bakgrunn for dette argumentet er at det er vanskelig å se for seg et tilfelle av stilltiende koordinering i vertikale forhold. I horisontale forhold vil en kunne tenke seg at et foretak justerer opp prisen på sitt produkt ut i fra en forutsetning om at konkurrenten også vil tjene på en tilsvarende prisjustering. En slik prisjustering foretas på bakgrunn av en nærmere markedsanalyse, og er således en vinn vinn situasjon for de involverte foretakene.

I vertikale forhold vil imidlertid situasjonen som oftest være at av de involverte foretakene er det produsenten som tjener mest på tiltaket om eksempelvis innføring av minstepris eller eksportforbud. Motivasjonen til forhandleren for å gjennomføre slike tiltak iverksatt av produsenten vil som oftest være et ønske om ikke å bli utelukket fra distribusjonssystemet. Så lenge dette er forhandlerens motivasjon vil det som oftest kreves en eller annen for oppfordring fra produsenten skal denne skal få gjennomført sitt tiltak. Det er derfor vanskelig å se for seg at en eventuell konkurransebegrensning skyldes stilltiende koordinering i disse tilfellene. For at det skal foreligge en konkurransebegrensning i vertikale forhold må det således, i tilnærmet alle tilfeller, ha vært en kommunikasjon utover det som følger av det ordinære kontraktsforholdet mellom partene.

Det er derfor lite praktisk at stilltiende koordinering skal medføre en konkurransebegrensning i vertikale forhold, noe som tilsier at det ikke er behov for å utvide anvendelsesområdet til avtalevilkåret slik at dette også omfatter tilfeller hvor partenes reelle vilje er sammenfallende, jf. *Bayer*. Dette, sammenholdt med de øvrige mothensyn jeg har gjort gjeldende i punkt. 2.6, tilsier at den regel som fremkommer av *Bayer* ikke er en god regel.

Slik jeg ser det vil det være en bedre løsning å falle tilbake på kravet om at det må foreligge et tilbud og en tilsvarende aksept for at partenes atferd skal tilsi at avtalevilkåret er oppfylt. En slik regel vil være mer forutberegnelig for partene. Den vil også være mer i tråd med konvensjonens system ettersom en slik løsning vil innebære at avtalebegrepet ikke griper inn på områder som dekkes av vilkåret om samordnet opptreden, ei heller omfatte tilfeller av ensidige tiltak som er ment å reguleres av art. 102.

En slik løsning synes å underbygges av at i *Volkswagen II* og dommen av Underretten i *CD-contact*, som begge er avsagt i etterkant av *Bayer*, legges ikke tilsvarende forståelse av avtalevilkåret til grunn. Domstolen synes i disse avgjørelsene å kreve at atferden utgjør en oppfordring som den annen part kan samtykke til, for at avtalevilkåret skal være oppfylt basert på foretakenes atferd. At domstolen heller aldri har godtatt at det foreligger en avtale uten at det foreligger et klarere uttrykk for den felles vilje enn foretakenes markedsadferd, er et ytterligere moment i denne retning.¹⁰¹

Konklusjon blir etter dette at den forståelse av avtalevilkåret som fremkommer av *Bayer* ikke kan være en riktig forståelse av avtalevilkåret. Uttalelsen må dermed underlegges en innskrenkende fortolkning, slik at partenes atferd må utgjøre et tilbud og en tilsvarende aksept skal avtalevilkåret være oppfylt.

¹⁰¹ Gjendemsjø, s. 93

Litteraturliste

Litteratur:

Odudu, Okeoghene, The Boundaries of EC Competition Law, "The scope of Article 81", Oxford University Press 2006.

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, Norsk Konkurranserett, Bind 1 Atferdsregler og strukturkontroll, Universitetsforlaget 2007

Gjendemsjø, Ronny, Oligopolproblemet - Om anvendelse av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol, Avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.), Universitet i Bergen 2011

Jones, Alison og Brenda Sufrin, EU Competition Law, Text, Cases and Materials, Fourth Edition, Oxford University Press 2011.

Faull, Jonathan og Ali Nikpay, The EC law of competition, 2. Utgave, Oxford University Press 2007

Whish, Richard og David Bailey, Competition Law, 7.utgave, Oxford University Press 2012.

Artikler:

Willis, Peter og Paul Hughes, "what is an Agreement?", Competition law journal. 2007, s. 123

Albors-Llorens, Albertina, "Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competition Law: Unlawful and Legitimate Contacts between Competitors", Antitrust Bulletin, (51) 2006 s. 837.

Lidgard, Hans Henrik, "Unilateral refusal to supply: an agreement in disguise?" European Competition Law Review, 1997, Vol. 18 Utgave: 6, s. 352-360

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 6 (2003-04) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov.

Dommer:

Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG, Samling 2004 s. I-23

Sak T-41/96, Bayer AG, Samling 2000, s. II-3383

Sak C-74/04 P, Volkswagen II, Samling 2006, s. I-6585

Sak T-18/03, CD-Contact Data Gmbh, Samling 2009, s. II-1021

Forente saker 25 og 26/84, Ford, Samling 1985, s. 2725

Sak 107/82, AEG, Samling 1983, s. 3151

Forente saker C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, Wood Pulp, Samling 1993 s. I-1307

Sak C-49/92 P, Anic, Samling 1999 s. I-4125

Sak 48/69, Dyestuffs, Samling 1972 s.619

Forenete saker 100/80 til 103/80, SA Musique Diffusion, Samling 1983 s. 1825

Sak 86/82, Hasselblad, Samling 1984 s. 883.

Sak C-8/08, T-mobile m.fl., Samling 2009 s. I-4529

Sak T-9/99, HFB Holding m.fl., Samling 2002 s. II-1487

Sak C-199/92 P, Hüls, Samling 1999 s. I-4287

Sak T-368/00, General Motors, Samling 2003, s. II-4491

Sak C-277/87, Sandoz P, Samling 1990, s. I-45

Sak 41/69, ACF Chemiefarma NV, Samling 1970, s. 661

Sak T-25/95, Cimenteries CBR SA, Samling 2000, s. II-491

Sak C-453/99, Courage mot Crehan, Samling 2002 s. I-6297

Forente saker 56 og 58-64, Consten og Grundig, Samling 1966, s. 299

Sak 28/77 Tepea, Samling 1978, s. 1391

Sak C-510/06 P, Archer Daniels Midland, Samling 2009 s. I-1843

HOV SVZ/MCN OJ, 1994, L 104 s. 34

Sak C-70/93, Bayerske Motorenwerke, Samling 1995, side I-3439