

**Konkurransereglens
saklige anvendelsesområde og
foretaksbegrepets utstrekning**

- **en analyse av foretakskriteriet i
EF-traktaten, EØS-avtalen
og konkurranseloven**

Kandidatnummer: 207

Leveringsfrist: 01.06.2009

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 30 341 ord

16.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Avgrensning av emnet	2
1.3	Rettskilde og metode	2
<u>2</u>	<u>PRESENTASJON AV FORETAKSKRITERIET</u>	<u>4</u>
2.1	Definisjonen	4
2.2	Foretaksbegrepets funksjonelle karakter	5
2.2.1	Enhetenes virksomhet	6
2.2.2	Er den funksjonelle definisjonen hensiktsmessig?	8
2.3	Foretakskriteriet i statsstøttereglene	10
2.4	Forholdet mellom ”foretak” og ”sammenslutninger av foretak”	12
<u>3</u>	<u>UAVHENGIG AV RETTSLIG STATUS</u>	<u>13</u>
3.1	Innledning	13
3.2	Juridiske personer	14
3.3	Fysiske personer	15
3.3.1	Utgangspunkt	15
3.3.2	Selvstendig næringsdrivende	16
3.4	Offentlig ervervsvirksomhet	18
<u>4</u>	<u>UAVHENGIG AV FINANSIERINGSMÅTE</u>	<u>20</u>

5	<u>HVA MENES MED ØKONOMISK VIRKSOMHET?</u>	22
5.1	Innledning	22
5.2	Virksomheten må være markedsrelatert	23
5.3	Formål uten betydning	24
5.4	Profittpotensial og økonomisk risiko	26
5.5	Tilbud av varer og tjenester	28
5.6	Innkjøp av varer og tjenester	29
5.7	Virksomheten blir utøvet eller kan utøves av private enheter	30
6	<u>GRENSENE FOR FORETAKSKRITERIETS SAKLIGE VIRKEOMRÅDE</u>	32
6.1	Unntak for offentlig myndighetsutøvelse	33
6.1.1	Offentlig myndighetsutøvelse er ikke økonomisk virksomhet	33
6.1.2	Hva menes med begrepet offentlig myndighetsutøvelse?	35
6.1.3	Betydningen av virksomhetens art, dens formål og det regelverk som regulerer virksomheten	36
6.2	Unntak for virksomheter som ivaretar solidaritetsprinsippet	38
6.2.1	Innledning	38
6.2.2	Hva menes med solidaritetsprinsippet?	40
6.2.3	Solidaritetsprinsippets omfang	42
6.2.4	Har unntaket for virksomheter som ivaretar solidaritetsprinsippet blitt utvidet?	47
6.3	Virksomheter som ivaretar andre samfunnshensyn	49
6.4	Unntak for arbeidsmarkedet	51
6.4.1	Arbeidstakere er ikke foretak	51
6.4.2	Arbeidstakeres organisasjoner	53
6.4.3	Arbeidsgiverorganisasjoner og kollektive avtaler	54
6.5	Unntak for innkjøpsvirksomhet	57
6.5.1	Den senere anvendelsen av det innkjøpte produktet	57

6.5.2	Sluttbrukers innkjøp	59
<u>7</u>	<u>FLERE ENHETER SOM ET FORETAK – DOKTRINEN OM EN ØKONOMISK ENHET</u>	<u>61</u>
7.1	Innledning	61
7.2	Utgangspunkt	62
7.3	Konsekvenser av at flere enheter anses som en økonomisk enhet	64
7.4	Kontrollkriteriet	65
7.4.1	Enheden må ha mulighet til å utøve kontroll	65
7.4.2	Konsernforhold	67
7.4.3	Avtaler som inngås med agent	69
7.4.4	Arbeidsforhold	73
<u>8</u>	<u>FORETAKSKRITERIETS PERSONELLE SIDE – ETABLERING AV ANSVAR</u>	<u>75</u>
8.1	Innledning	75
8.2	Problemstillingen	76
8.3	Faktisk utøvelse av avgjørende innflytelse	76
8.3.1	Vilkår for å pålegge en enhet ansvar for en annens overtredelse av konkurransereglene	77
8.3.2	Enheden er heleid	79
8.4	Prinsippet om personlig ansvar	80
8.5	Ansvar for suksessor	82
8.5.1	Innledning	82
8.5.2	Teorien om økonomisk kontinuitet	83
8.6	Aksept av ansvar	90
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>94</u>

<u>10</u>	<u>LOVREGISTER</u>	<u>98</u>
<u>11</u>	<u>EU- OG EØS-RETTSAKTER</u>	<u>99</u>
<u>12</u>	<u>DOKUMENTER, EU</u>	<u>99</u>
<u>13</u>	<u>DOKUMENTER, EFTA</u>	<u>114</u>
<u>14</u>	<u>DOKUMENTER, NORGE</u>	<u>114</u>

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Temaet for denne avhandlingen er konkurransereglens saklige virkeområde og omfanget av begrepet foretak. I avhandlingen vil jeg foreta en analyse av foretakskriteriet slik dette fremkommer i EF-traktaten, EØS-avtalen og konkurranseloven.

Det er av avgjørende betydning for konkurransereglens anvendelsesområde at en virksomhet anses som et foretak. Blant annet kommer kartellforbudet¹ bare til anvendelse på avtaler og samordnet opptreden ”mellom foretak” og beslutninger mellom ”sammenslutninger av foretak”, og forbudet i EF-traktatens art. 82, EØS-avtalens art. 54 og konkurranselovens § 11 kommer til anvendelse på et eller flere ”foretaks” utilbørlig utnyttelse av sin dominerende stilling. Etter statsstøttereglene i EF-traktatens art. 87 og EØS-avtalens art. 61 er det forbudt å begunstige enkelte ”foretak” ved å gi statsstøtte som vrir eller truer med å vri konkurransen. Dette tatt i betraktning er derfor avhandlingens hovedtema å angi kriteriets innhold, grenser og omfang, slik dette har blitt utviklet i rettspraksis og teori.

I avhandlingen vil jeg behandle både forståelsen av begrepet foretak samt dets omfang. Det fremgår av Generaladvokat Jacobs’ forslag til avgjørelse i Albany, Brentjens og Drijvende Bokken at ”the concept of undertaking’ serves a dual purpose”². Foretakskriteriet har dermed to funksjoner. For det første har det en materiell side, som skal angi de aktører som konkurransereglene gjelder for, nemlig å avgrense de enheter som kan rammes av konkurransereglene fordi de utøver aktivitet av økonomisk eller kommersiell karakter. For

¹ EF-traktatens art. 81, EØS-avtalens art. 53 og konkurranselovens § 10

² Premiss 206

det annet har foretakskriteriet en prosessuell side, som skal avgrense de enheter som vil være gjenstand for myndighetenes beslutninger, nemlig hvem en gitt atferd skal tilskrives. Foretakskriteriets prosessuelle side definerer dermed pliktsubjektene. Foretakskriteriet har således betydning både ved at det er avgjørende for anvendelsen av de materielle konkurransereglene, og ved at det bestemmer gruppen av fysiske og juridiske personer som kan ilegges ansvar for en overtredelse av konkurransereglene.³

1.2 Avgrensning av emnet

I oppgaven er det bare foretakskriteriet etter konkurransereglene og statsstøtteregele som behandles. Jeg behandler således ikke foretakskriteriet under reglene om de fire friheter, og det tas derfor ikke stilling til om begrepet foretak under disse reglene er de samme som foretakskriteriet under konkurranseloven, EØS-avtalens del IV og EF-traktatens del VI. I oppgaven vil jeg heller ikke ta stilling til om foretakskriteriet, slik det fremgår av EF-traktatens art. 86 og EØS-avtalens art. 59, er i samsvar med foretakskriteriet i de øvrige konkurransereglene.

Foretakskriteriet er ett av flere vilkår som må være oppfylt for at en konkurransebestemmelse skal komme til anvendelse. At foretakskriteriet er oppfylt er dermed ikke ensbetydende med at konkurranse- eller statsstøtteregele kommer til anvendelse, det betyr bare at enheten er å anse som et foretak og dermed faller innenfor anvendelsesområdet for konkurranse- og statsstøtteregele. Min avhandling avgrenses mot de øvrige vilkår, og disse vil dermed ikke bli behandlet.

1.3 Rettskilde og metode

³ Wils s. 165

I dette kapitlet vil jeg redegjøre for avhandlingens rettskildebruk og metode. Selv om det vil ligge utenfor oppgaven på generelt grunnlag å redegjøre for EU- og EØS-rettslig metode, må enkelte elementer ved metoden likevel kommenteres siden det er av betydning for avhandlingen.

Et særpreg ved norsk konkurranserett er at konkurransebestemmelsene i konkurranseloven har en nær tilknytning til EU- og EØS-rettslige regler. I Norge består konkurransereglene av konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler, som er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven og EØS-konkurranselov. Reglene i konkurranseloven er utformet tilsvarende som EØS-avtalens konkurranseregler, som igjen tilsvarer EF-traktatens konkurranseregler. Statsstøttereglene finnes i EF-traktaten og i EØS-avtalen, og er etter EØS-loven norsk rett. På generelt grunnlag forutsettes norsk rett å være i samsvar med folkeretten, og av konkurranselovens forarbeider fremgår det at en målsetning er at lovens regler skal harmoniseres med konkurransereglene i EU- og EØS-retten.⁴ En konsekvens av dette er at EU- og EØS-rettslige kilder vil ha en særlig vekt ved tolkningen av foretaksbegrepet, og av forarbeidene fremgår det uttrykkelig at begrepet foretak i konkurranselovens § 2 er underlagt rettsutviklingen i EU- og EØS-retten.⁵

Foretaksbegrepet er hovedsakelig utviklet gjennom praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten, og denne praksisen vil være den primære kilden for avhandlingen. Foretaksbegrepet er allmenngyldig og gjelder for samtlige konkurransebestemmelser i EF-traktaten, EØS-avtalen og konkurranseloven.⁶ Praksis fra EF-domstolens står sentralt i EU- og EØS-retten og vil ha stor vekt ved fastleggelsen av hva som anses som et foretak. Også praksis fra Førsteinstansretten vil ha betydning ved vurderingen, men vil ha liten vekt hvor praksisen ikke er i samsvar med EF-domstolens praksis. Selv om EF-domstolens praksis vil være retningsgivende for EFTA-domstolen vil også EFTA-domstolens avgjørelser være av betydning ved fastleggelsen av foretakskriteriet.

⁴ Ot.prp. nr 6 (2003-2004) s. 68 og NOU 2003:12 s. 29

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 34 og s. 221

⁶ Louri (2002) s. 148 og Neergaard (2004) s. 147

I avhandlingen vil jeg også vise til Generaladvokatens forslag til avgjørelse. Selv om Generaladvokatens forslag bare er rådgivende for EF-domstolen vil forslagene likevel ha relevans ved fastleggelsen av foretakskriteriet. Vekten av forslagene vil imidlertid variere, avhengig av om de følges av EF-domstolen eller ikke og i hvilken grad Domstolen viser til forslagene. Uansett vekten av forslaget, vil forslaget være en viktig kilde til å forstå sakens bakgrunn og parter og de problemstillinger saken reiser.

Videre vil det bli vist til både praksis fra Kommisjonen, ESA og fra Konkurransetilsynet, samt Høyesteretts praksis. Praksis fra Kommisjonen og ESA vil være av betydning ved vurderingen av hva som anses som et foretak, men den har liten rettskildemessig vekt hvor praksisen strider mot EF-domstolens eller EFTA-domstolens praksis. Praksis fra Høyesterett og Konkurransetilsynet vil i norsk intern rett ha betydning ved foretaksvurderingen, og både Høyesterett og Konkurransetilsynet vil vise til og ta EU- og EØS-retten i betraktning ved vurderingen.

I avhandlingen vil det også bli vist til juridisk litteratur. Denne vil imidlertid ikke ha så stor vekt ved foretaksvurderingen, da det foreligger omfattende praksis både fra EF-domstolen og Førsteinstansretten rundt problemstillingen. Juridisk litteratur er likevel av interesse ved at det gis opplysninger om rettskildemateriale, problemstillinger og standpunkter.

2 Presentasjon av foretakskriteriet

2.1 Definisjonen

Begrepet foretak er verken definert i EF-traktaten eller i EØS-avtalens hoveddel, selv om begrepet anvendes i en rekke bestemmelser. EF-domstolen ga i Höfner and Elser en

definisjon av foretaksbegrepet som har blitt lagt til grunn i senere rettspraksis og som nå anses som å være resultat av fast rettspraksis. Domstolen uttalte at ”the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in a economic activity regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed”. Ifølge definisjonen er således rettslig status og finansieringsmåte uten betydning, det er enhetens økonomiske virksomhet som er det avgjørende for vurderingen.

I EØS-avtalens protokoll 22 art. 1 defineres begrepet foretak som ”enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art.”⁷ I norsk intern rett blir foretak i konkurranselovens § 2 definert som ”enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet” som foretak. Til tross for at definisjonen av hva som anses som et foretak er underlagt rettsutviklingen i EF-retten ble det, på grunn foretakskriteriets betydning, funnet hensiktsmessig å ha en egen foretaksdefinisjon i konkurranseloven.⁸

Definisjonen av begrepet foretak kan ikke støtte seg for mye på nasjonale begreper, da det hersker forskjellige definisjoner fra stat til stat, og til tider også innenfor en stat. EF-domstolen har derfor valgt en fellesskapsrettslig definisjon, som er uavhengig av de ulike nasjonalrettslige definisjoner. Foretaksbegrepet der dermed et autonomt EF-rettslig begrep og er underlagt rettsutviklingen i EF-retten

2.2 Foretaksbegrepets funksjonelle karakter

⁷ Det fremgår uttrykkelig av protokollen at definisjonen av foretak retter seg mot begrepet slik det anvendes i EØS-avtalens art. 56 som regulerer hvordan enkeltsaker om brudd på Avtalens art. 53 og 54 skal fordeles mellom ESA og Kommisjonen. Den regulerer derfor ikke foretakenes atferd på markedet. Det er imidlertid ikke til hinder for at begrepene i art. 56 og art. 53, 54 og 61 har samme innhold. Definisjonen i protokoll 22 kan derfor gi veiledning ved fastleggelsen av foretaksbegrepet.

⁸ Ot. Prp nr. 6 (2003-2004) s. 34

2.2.1 Enhetenes virksomhet

Ut fra definisjon av foretaksbegrepet er ikke foretakskriteriet rettet mot enheter, men mot enhetenes aktivitet. Konkurransereglene er ikke adressert til spesielle enheter, men til virksomheten som blir utøvet av enhetene. Som det fremkommer av blant annet Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i AOK Bundesverband⁹ er det således enhetens funksjon som er avgjørende i vurderingen av om en enhet er å anse som et foretak, og den funksjonelle definisjon fokuserer på virksomhetens kommersielle karakter, ikke hvilken type enhet som er involvert i aktiviteten. I EF-domstolens avgjørelse i MOTOE fremgår det av premiss 25 at spørsmålet om en enhet skal anses for å være et foretak må vurderes særskilt for hver enkelt aktivitet som utøves av enheten. Og av avgjørelsen i SELEX Sistemi blir det uttalt at "the various activities of an entity must be considered individually and that the treatment of some of them as powers of a public authority does not mean that it must be concluded that the other activities are not economic."¹⁰ Det følger også av Kommisjonens meddelelse¹¹ at det for konkurransereglenes anvendelse er arten av aktiviteten som er avgjørende, ikke tjenesteyterens sektor, status eller finansieringsmåte.

Konsekvensen av den funksjonelle definisjonen er at det i enkelte tilfeller kun er enkelte deler av enhetens aktiviteter som betraktes som økonomisk. I slike tilfeller vil enheten anses som foretak ved utøvelsen av den del av aktiviteten som er økonomisk, og ikke anses som foretak ved utøvelse av øvrig aktivitet. En gitt enhet kan imidlertid også betraktes som et foretak i sin helhet fordi samtlige av dens aktiviteter er av økonomisk karakter. Siden enheter i enkelte tilfeller er å anse som foretak, og i andre tilfeller ikke er å anse som foretak er spørsmålet som må stilles derfor ikke hvem som er et foretak, men hva som er økonomisk virksomhet.¹² Det vil således bero på en konkret helhetsvurdering av

⁹ Premiss 25

¹⁰ T-155/04 premiss 54, som ble opprettholdt av EF-domstolen i C-113/07, jfr. premiss 15

¹¹ Kom (2007) 725 avsnitt 2.1

¹² Odudu s. 25

virksomhetens karakter, ved vurderingen av om en enhets virksomhet er økonomisk eller ikke.

Begrepets funksjonelle karakter viser seg best når enheten driver virksomhet uten profittmotiv eller er en offentlig enhet. Når enheter som driver virksomhet som ivaretar solidaritetsprinsippet eller utøver offentlig myndighet vil de ikke bli ansett for å være foretak. Blir de derimot, ved siden av den ikke-økonomiske virksomheten, involvert i kommersiell aktivitet vil de bli ansett som foretak. Enhetens økonomiske karakter blir ofte tydelig når enheten tilbyr varer og tjenester i markedet og når aktiviteten har potensial til å innbringe profitt. I Kommisjonenes avgjørelse i FIFA, ble FIFA, som er en sammenslutning av sportsorganisasjoner, ansett for å være et foretak, da FIFA ved siden av å tilrettelegge VM i fotball i 1990 også utøvet økonomisk aktivitet ved å inngå reklameavtaler og avtaler om tv-rettigheter, og konsekvensen av dette var dermed at "FIFA is an entity carrying on activities of an economic nature and constitutes an undertaking within the meaning of Article 81 EC".

Det følger av Generaladvokat Jacobs i forslag til avgjørelse i Albany at Domstolen som følge av den funksjonsorienterte fortolkningen for det første har forkastet en rekke argumenter som irrelevante i vurderingen. En enhets rettslige status eller finansieringsmåte, formålet med virksomheten samt om enheten er blitt tillagt oppgaver av almen betydning er uten betydning for vurderingen. For det annet kan en virksomhet som følge av den funksjonsorienterte fortolkningen falle utenfor konkurransereglens anvendelsesområde når det utøves offentlig myndighet og når virksomheten alltid har vært og nødvendigvis blir utøvet av offentlige enheter. Foretakskriteriets relative karakter viser seg også ved at en virksomhet kan være økonomisk når den drives av noen enheter mens den ikke anses som økonomisk når den drives av andre enheter. I EFTA-domstolens avgjørelse i barnehagesaken ble ikke kommunale barnehager ansett som foretak selv om det offentlige tilbød tjenester i konkurranse med private barnehager. At kommunale barnehager ikke

anses som foretak utelukker imidlertid ikke at private barnehager er å anse som foretak.¹³ Begrunnelsen for at de kommunale barnehagene ikke var foretak var, til forskjell fra de private barnehager, at lønnsomheten ved virksomheten var manglende og staten søkte ikke å drive innbringende virksomhet, men å oppfylle sine forpliktelser overfor befolkningen. På den annen side kan private barnehager unntas konkurransereglens anvendelsesområde gjennom EF-traktatens art. 86 og EØS-avtalens art. 59.¹⁴

2.2.2 Er den funksjonelle definisjonen hensiktsmessig?

Den funksjonelle definisjonen av foretaksbegrepet fører til at gruppen av enheter som anses som foretak er meget vid. Dette har Domstolen forsøkt å bøte på ved at den i rettspraksis har innsnevret foretakskriteriet gjennom unntak¹⁵, slik at det som i utgangspunktet ”appears to be a clear and sensible approach to the concept of ”undertaking” has become murkier and murkier”¹⁶. Man kan da spørre hvorfor Domstolen legger til grunn en funksjonell vurdering, hadde det ikke vært enklere å oppstille presise og uttømmende regler om hvilke enheter som er å anse som foretak og hvilke enheter som ikke er å anse som foretak?

Det er klart at man ved presise og uttømmende regler ville unngått en konkret helhetsvurdering i de enkelte tilfellene, som igjen ville vært prosessbesparende for domstolene. Det ville også gjort det enklere for enhetene selv å vurdere om de falt innenfor konkurransereglens anvendelsesområde slik at de dermed kunne avpasse sin atferd deretter. Klare og konsise regler ville dermed i større grad enn dagens regler ivareta rettssikkerhetshensyn, ved at det er lettere for subjektene å vite hva de har å holde seg til når anvendelsesområdet blir avgrenset med presise regler. Det er riktignok viktig at rettssikkerhetshensyn ivaretas, men på den annen side ville det blitt meget formalistisk om

¹³ Alteskjær m. flere s. 50

¹⁴ Alteskjær m. flere s. 50

¹⁵ Disse unntakene blir behandlet i kapittel 6

¹⁶ Lasok (2004) s. 383

man skulle operere med slike regler, og det ville ikke føre til en fleksibel regel anvendelse og utvikling av konkurransereglens anvendelsesområde. Flexibilitet gir smidige løsninger og skjønnsbestemte kriterier gjør reglene utviklingsdyktige; det er ikke sikkert det er samme behov for å behandle det som i dag regnes som et konkurranserettslig foretak som foretak om 10 år. Man ville også i slike tilfeller risikere at foretak, for å unngå å komme inn under konkurransereglens anvendelsesområde, opprettes som enheter som etter reglene ville falle utenfor konkurransereglens anvendelsesområde. Som det ble uttalt av Generaladvokat Jacobs i Pavel Pavlov “[t]he underlying idea is that no advantage should be derived from the legal form in which an economic activity is exercised.”¹⁷

Konkurransereglene skal sørge for en samfunnsøkonomisk bruk av samfunnets ressurser og virkemidlet for å nå dette målet er å sikre virksom konkurranse.¹⁸ Gjennom konkurransereglene er det således konkurransen på markedet som skal beskyttes og foretakskriteriet avgrenser det saklige virkeområdet for konkurransereglene. En funksjonell definisjon må legges til grunn for å fange opp virksomhet som kan ha betydning for konkurranseprosessene. Den funksjonelle definisjonen av begrepet foretak er dermed hensiktsmessig fordi den gjør det mulig å avgrense kategorien av utøvere som kan utgjøre en fare for at konkurransen på markedet begrenses, og som dermed omfattes av konkurransereglene. Dersom en enhet etter den funksjonelle definisjonen ikke anses som et foretak er det heller ikke nødvendig å gi konkurransereglene anvendelse på enhetens virksomhet fordi den ikke agerer på et marked som gjennom konkurransereglene må beskyttes.

Den funksjonelle definisjonen gjør det dessuten enklere å skille mellom privat og offentlig sfære. Det har vært hevdet at EF-traktaten og EØS-avtalen inneholder et skille mellom fellesskapsrettens konkurranseregler, rettet mot foretak, og reglene om fri bevegelighet, rettet mot medlemsstatene. Et slikt skille forutsetter at aktørene på de ulike markedene kan identifiseres institusjonelt. Dette skillet ble strengt håndhevet av EF-domstolen, men over

¹⁷ Premiss 107

¹⁸ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 31

tid ble det erfart at denne todeltheten skapte et rettstomt rom, og det ble da startet en prosess med å stenge dette hullet, som førte til at konkurransereglene også fikk anvendelse på statenes opptreden – under visse omstendigheter.¹⁹ Det er særlig i forhold til skillet mellom private og offentlige enheter man kan tenke seg at man satte opp klare regler for om enheten er å anse som foretak eller ikke, man kunne tenke seg at det ble gitt regler hvor på den ene siden staten ikke var å anse som foretak og på den annen side at private enheter var å anse som foretak fordi disse ønsker å få størst mulig vinning. Det er rimelig klart at en institusjonell angrepsmåte ikke kan anvendes ved avgjørelsen av om en enhet er å anse som et foretak eller ikke. I dagens samfunn er det stor grad av privatisering og i tillegg opptrer statene slik at de antas å utøve økonomiske aktivitet, ikke bare offentlig myndighetsutøvelse, man kan derfor ikke si at statene som institusjoner ikke utøver økonomisk aktivitet, eller at alle private enheter utøver økonomisk aktivitet.

Dette tatt i betraktning må man derfor kunne si at den funksjonelle definisjonen av begrepet foretak er den mest hensiktsmessige måten å avgjøre om en enhet faller inn under konkurransereglens anvendelsesområde eller ikke.

2.3 Foretakskriteriet i statsstøttereglene

I EF-domstolens praksis har det ved vurderingen av om en enhet som mottar konkurransebegrensende statsstøtte er å anse som et foretak, blitt lagt vekt på praksis som gjelder foretakskriteriet i konkurransereglene. Eksempel på dette er avgjørelsen i Enirisorse, hvor det ble uttalt at ”according to settled case-law, in the field of competition law the concept of an ”undertaking” covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed”. Etter en nærmere vurdering av om Sotacarbos virksomhet var økonomisk ble det konkludert med at “[i]n those circumstances, it is possible that Sotacarbo does carry out an economic activity, and

¹⁹ Barnard, Scott s. 123

consequently, it is liable to be regarded as an undertaking for the purpose of Article 87 (1) EC.” Også i ESAs avgjørelse i barnehagesaken ble det slått fast, uten nærmere begrunnelse, at foretaksbegrepet i statsstøtte- og konkurransereglene ”must be construed the same way”. Det forutsettes også i juridisk teori at kriteriet i statsstøttereglene og kriteriet i konkurransereglene er samsvarende, uten at det gis begrunnelse for hvorfor det er slik.²⁰

Imidlertid ble det i EFTA-domstolens avgjørelse i barnehagesaken gitt en uttalelse som kan reise tvil om at foretaksbegrepet i konkurransereglene ikke nødvendigvis er samsvarende med foretakskriteriet i statsstøttereglene. I saken ble det hevdet at det fremgår av rettspraksis angående EF-traktatens art. 81 og 82 at en virksomhet er økonomisk når den i prinsippet kan utføres av private. Til dette ble det uttalt at ”[w]hen the nature of an activity carried out by a public entity is assessed *with regard to the State Aid rules*, it cannot matter whether the activity might, in principle, be pursued by a private operator”²¹. Uttalelsen “with regard to the State Aid rules” kan tolkes dithen at EFTA-domstolen gir uttrykk for at begrepet foretak etter statsstøttereglene kan forstås på en annen måte enn foretaksbegrepet slik det er utviklet i forhold til art. 81 og 82.

Det er ikke selvsagt at begrepet foretak er å forstå på samme måte etter statsstøttereglene som etter konkurransereglene. EF-traktaten og EØS-avtalen skiller mellom konkurransevridning som skyldes tiltak fra foretak og konkurransebegrensning som skyldes statens inngripen. Riktignok skal både konkurransereglene og statsstøttereglene regulere markedsaktørens atferd, men konkurransereglene er rettet mot foretakenes atferd på markedet og skal følgelig hindre konkurransebegrensning som skyldes tiltak fra foretak, mens statsstøttereglene gjelder støtte eller midler gitt av staten til foretak, og skal følgelig

²⁰ I EØS-rett fremgår det på side 602 ”[b]egrepet ”foretak” brukes i tillegg til i art. 61 (1), i flere bestemmelser i EØS-avtalen, og må tolkes på samme måte i de ulike bestemmelsene der det benyttes”. I Statsstøtte fremgår det på side 46 ”[f]oretaksbegrepet i statsstøtteretten må gis det samme innholdet som foretaksbegrepet under konkurransereglene”.

²¹ Premiss 80. Mine uthevninger

hindre konkurransevridding som skyldes statens inngripen. Felles for reglene er imidlertid at de skal sikre at konkurransen på markedet ikke påvirkes som følge at foretakenes atferd eller støtte gitt av staten. Både av EF-traktaten, EØS-avtalen og av Generaladvokat Maduros forslag til avgjørelse i Enirisorse og Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse C-222/04 fremgår det at statsstøttereglene er en del av konkurransereglene taler for at begrepene som anvendes i bestemmelsene skal forstås på samme måte. I Enirisorse ble det uttalt at "[i]t is well settled that the Treaty rules of competition, *of which the state aid rules form an integral part*"²². Dermed taler såvel formålet med forbudet mot statsstøtte som statsstøttereglenes plassering i Traktaten og Avtalen for at foretakskriteriene er samsvarende, og konsekvenshensyn taler for at begrepene skal tolkes likt. Også det faktum at statsstøtteregelen ikke er begrenset til private foretak, men som konkurransereglene også omfatter offentligrettslige enheter som driver økonomisk virksomhet²³, samt at også doktrinen om en økonomisk enhet får anvendelse i forhold til statsstøttereglene²⁴ taler for en lik fortolkning av foretaksbegrepet.

Verken rettspraksis, juridisk teori eller reelle hensyn gir grunnlag for å hevde at foretakskriteriet i statsstøttereglene skal forstås på en annen måte enn foretakskriteriet i de øvrige konkurransereglene. For den videre vurdering av foretakskriteriet legges det derfor til grunn at foretaksbegrepet i statsstøtteren gis det samme innholdet som foretaksbegrepet under de øvrige konkurranseregler.

2.4 Forholdet mellom "foretak" og "sammenslutninger av foretak"

Det fremgår eksplisitt av bestemmelsene i EF-traktatens art. 81, EØS-avtalens art. 53 og konkurranselovens § 10 at bestemmelsene retter seg mot enhver beslutning truffet av "sammenslutninger av foretak". Det følger av langvarig rettspraksis at kartellforbudet også

²² Premiss 23. Mine uthevninger

²³ Sak 78/76 premiss 18

²⁴ Intermills mot Kommisjonen

finner anvendelse på sammenslutninger av foretak, i det omfang deres egne aktiviteter eller de aktiviteter som utøves av tilsluttede foretak tilsikter å fremkalle de virkninger som bestemmelsen er rettet mot.²⁵

At sammenslutninger av foretak gjøres til selvstendige adressater i EF-traktatens art. 81, EØS-avtalens art. 53 og konkurranselovens § 10 innebærer en utvidelse av kartellforbudets saklige virkeområde. Ved å utvide det saklige virkeområdet unngår man at virksomheter unndrar seg konkurransereglens anvendelsesområde ved å opptre som organisasjoner. Kartellforbudet sikrer dermed effektiviteten ved at det også omfatter de situasjoner hvor virksomhetene handler gjennom et felles organ.²⁶ ”The importance of the concept of ‘decisions by associations of undertakings’ therefore lies in the fact that it enables those applying Article 81(1) to hold associations liable for the anti-competitive behaviour of their members.”²⁷

3 Uavhengig av rettslig status

3.1 Innledning

Av EF-domstolens praksis fremgår det at enhver enhet som utøver økonomisk aktivitet er å anse som foretak, ”regardless of the legal status of the entity”. Foretaksbegrepet er et autonomt EF-rettslig begrep, og en enhet kan således anses som foretak uavhengig av hvorledes den klassifiseres i vedkommende lands selskapsrett; om en enhet etter norsk rett er et aksjeselskap eller et enkeltmannsforetak er ikke avgjørende for om enheten er et

²⁵ EF-domstolens avgjørelse i Frubo, 71/74, van Landewyck og NV IAZ International Belgium, forenede saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82.

²⁶ Generaladvokat Lèger i forslag til avgjørelse i Wouters

²⁷ Faull and Nickpay pkt. 3.102

foretak i EF-traktaten og EØS-avtalens forstand. Heller ikke er det avgjørende i foretaksvurderingen om den aktuelle enheten er en privat eller offentlig enhet. Dette følger direkte av konkurranselovens § 2 og har blitt lagt til grunn i fast og langvarig rettspraksis fra EF-domstolens praksis.

Konsekvensen av en enhet kan anses som foretak uavhengig av rettslig status er dermed at det ikke er avgjørende hvordan enheten klassifiseres i nasjonal rett, og som foretak omfattes derfor "[a]lle enheter som vil kunne være deltagere i en konkurransebegrensende avtale"²⁸.

3.2 Juridiske personer

Selv om rettslig status ikke er avgjørende er det på det rene at juridiske personer kan anses som foretak i konkurranserettslig forstand. Disse vil kunne være deltagere i en konkurransebegrensende avtale, og konsituerer dermed foretak. Selskaper som er organisert i tråd med de ulike selskapsformene vil kunne utøve økonomisk ervervsvirksomhet, og det er derfor klart at blant annet aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper, ansvarlige selskaper og indre selskaper, kommandittselskaper, aktiebolag, joint stock company og limited company kan anse som foretak. Også ulike typer samarbeid som utfører en økonomisk aktivitet vil være foretak, selv om det ikke er organisert som selskap. Eksempler her er blant annet ulike typer samvirkelag og bransjeorganisasjoner. I blant annet FRUBO ble en bransjeorganisasjon ansett for å være en sammenslutning av foretak, og Domstolen uttalte at kartellforbudet "applies to associations in so far as their own activities of those of the undertakings belonging to them are calculated to produce the results to which it refers."²⁹

I Domstolens praksis har blant annet landbruksorganisasjoner blitt ansett for å være foretak. I Coöperatieve Stremmel- en Kleurselfabriek ble det av Domstolen forkastet at

²⁸ Norsk konkurranserett bind 1 s. 173

²⁹ Premiss 30

andelsselskaper innenfor landbruket ikke anses for uavhengige virksomheter, fordi disse er en form for samvirke, hvis grunnlag nødvendigvis er en eksklusiv kjøpsforpliktelse som ikke kan begrense konkurransen mellom andelsselskapet og tredjemenn. Av Kommisjonens praksis følger det at P&I klubber, som tegner ansvarsforsikringer og forsikring for kontraktsrettslig ansvar for sine medlemmer, er å anse som foretak. Etter Kommisjonens mening måtte de aktuelle klubbene betraktes som allmenntilgode selskaper som utøver ervervsvirksomhet, fordi de konkurrerer innbyrdes og med andre allmenntilgode selskaper som opererer på visse delmarkeder for P& I-forsikring.

3.3 Fysiske personer

3.3.1 Utgangspunkt

At rettslig status er uten betydning ved vurderingen om en enhet er å anse som et foretak, har som konsekvens at det ikke bare er juridiske personer som kan betraktes som foretak. At også fysiske personer kan være foretak fremgår av Generaladvokat Jacobs i forslag til avgjørelse i Albany, hvor det uttales at "[i]ndividuals, too, may be classified as undertakings ... if they are independent economic actors on the markets for goods or services."

Det følger av definisjonen av foretak i Höfner og Elsner at det bare er en enhets utøvelse av ervervsvirksomhet som faller inn under konkurransereglens anvendelsesområde. Ved vurderingen av om en fysisk person anses for å utgjøre et foretak må det således skilles mellom de situasjoner hvor personen utøver aktiviteter for virksomhetens del og når vedkommende utøver aktiviteter av rent personlig art.³⁰ Den fysiske personen vil bare anses som foretak hvor han utøver aktiviteter for virksomhetens del, aktiviteter av personlig art, for eksempel innkjøp av varer og tjenester til personlig bruk i hjemmet er ikke å anse

³⁰ Neergaard s. 176

som økonomisk virksomhet.³¹ Heller ikke har fysiske personer som opptre som arbeidstaker i rettspraksis blitt ansett for å utgjøre et foretak. Fysiske personers virksomhet i egenskap av å være ansatt faller dermed utenfor konkurransereglens anvendelsesområde.³²

Fysiske personer kan således anses som foretak, forutsetningen er imidlertid at vedkommende driver økonomisk virksomhet. Jeg vil i det følgende behandle eksempler på fysiske personer som i rettspraksis anses å utøve økonomisk virksomhet, og som dermed har blitt behandlet som foretak.

3.3.2 Selvstendig næringsdrivende

Det er på det rene at selvstendig næringsdrivende er å anse som foretak. Dette gjelder uavhengig av om man er registrert som enkeltmannsforetak, som annet personlig foretak eller om man ikke er registrert. Begrunnelsen for dette er at en selvstendig næringsdrivende driver økonomisk virksomhet, vedkommende er ikke ansatt i et firma eid av andre, men livnærer seg på egen hånd, og bærer risikoen for egen virksomhet. Eksempelvis vil en håndverker som driver selvstendig næringsvirksomhet være å anse som et foretak, og et pris- eller anbudssamarbeid mellom uavhengige håndverkere vil falle innenfor konkurransereglens anvendelsesområde.

Et eksempel på at fysiske personer som utøver økonomisk virksomhet blir ansett som foretak ble gitt i Kommisjonens avgjørelse i RAI Unitel. Saken gjaldt spørsmål om en eksklusivavtale, hvor fire operasangere forpliktet seg gjennom avtalen til ikke å delta i andre oppførelser enn de medkontrahenten godkjente, var i strid med forbudet i EF-traktatens art. 81. Av Kommisjonen ble det uttalt at kunstnere er å anse som foretak i

³¹ Mer om innkjøpsvirksomhet som økonomisk og ikke økonomisk virksomhet i henholdsvis kapittel 5.6 og 6.5

³² Dette behandles nærmere i kapittel 6.4.1

konkurranserettslig forstand når de i kommersielt øyemed utnytter sine kunstneriske evner, og konkluderte med at de aktuelle operasangere var å anse som foretak.

EF-domstolen og Kommisjonen har i flere avgjørelser måtte ta stilling til om utøvere av såkalte liberale erverv er å anse som foretak eller ikke. Det som kjenner utøvere av liberale erverv er at det ofte foreligger et rettslig monopol på å yte vedkommende virksomhet og det er ofte ervervets utøvere som fastsetter priser for tjenesteytelsen. Det er dessuten ofte ervervets utøvere som utøver kontroll med ervervet, markedsføringen er ofte underlagt begrensninger og det er innen flere erverv begrensninger for utøvelsen av ervervet innenfor rammene av visse virksomhetsformer.³³ Eksempel på liberale erverv er leger, advokater og arkitekter. Utøvere av liberale erverv blir i rettspraksis blitt ansett for å være selvstendig næringsdrivende når de i kommersielt øyemed utnytter sin profesjon, og utøvelsen av virksomheten faller dermed innenfor konkurransereglens anvendelsesområde. Dette gjelder selv om ervervet er av intellektuell art, at tjenesteytelsene er komplekse og tekniske eller at utøvelsen av ervervet er underlagt autorisasjon og er regulert i lov eller forskrift, og at virksomheten, i en viss utstrekning, er betraktet å utøve tjenester av offentlig interesse. Det følger av Kommisjonen mot Italia at “the fact that the activity ... is intellectual, requires authorisation and can be pursued in the absence of a combination of material, non-material and human resources, is not such as to exclude it from the scope of Articles [81 and 82] of the EC Treaty.”

I Italia mot Kommisjonen ble det hevdet at selvstendige tollklarere ikke var foretak “because the services that they provide are of an intellectual nature and because the practice of their profession requires authorization and entails compliance with certain conditions.” Dette ble avslått av EF-domstolen da det ble lagt avgjørende vekt på at tollklarere tilbyr tjenesteytelser mot vederlag og at de bærer de økonomiske konsekvensene av virksomheten. At også advokater utøver økonomisk aktivitet følger av Wouters. Det var ifølge Domstolen uten betydning at advokatene utøver tjenesteytelser av

³³ Generaladvokaten i forslag til avgjørelse i Pavel Pavlov premiss 72 flg

kompleks og teknisk karakter og at deres virksomhet er regulert. Det avgjørende var at advokatene tilbyr mot betaling juridisk bistand, og at de bærer den økonomiske risiko som er forbundet med utøvelsen av virksomheten.

I Pavel Pavlov kom EF-domstolen til at selvstendige spesialistleger var å anse som foretak, da disse tilbyr tjenesteytelser mot betaling og selv bærer den økonomiske konsekvensen av virksomheten. Også i Reuter BASF og Konkurransetilsynets vedtak V2008-01 ble leger ansett for å være foretak. Reuter BASF gjaldt en lege som forsket på området for polyurethane og som i avtale med et selskap solgte aksjer i selskapet Elastomer. I avtalen var det inntatt en klausul om at det skulle gjelde begrensninger i hans forskning i et gitt tidsrom. Kommisjonen fremholdt i saken at "Dr. Reuter is also to be regarded as an undertaking for the purpose of Article [81], since he engages in economic activity through those firms of the Elastomer group which remain under his control, by exploiting the results of his own research and as commercial adviser to third parties." I V2008-1 ble to øre-nese-hals-spesialister i kontorfellesskap ansett for å være to uavhengige foretak.

3.4 Offentlig ervervsvirksomhet

Som en konsekvens av foretaksbegrepets funksjonelle definisjon anses staten som foretak når det utøves offentlig ervervsvirksomhet. Blant annet i Höfner og Elsner og i Job Centre ble offentlige arbeidskontorer ansett for å være foretak, det tilfellet at arbeidsformidlingsvirksomhet normalt tilhører offentlige kontorer kunne ikke påvirke virksomhetens økonomiske karakter. Det ble uttalt av Generaladvokat Maduro i forslag til avgjørelse i FENIN at også staten kan utøve økonomisk virksomhet. At en enhet er offentlig, gjør den således ikke immun mot konkurransereglene, enheten må underlegges den samme vurderingen som private enheter, hvor det avgjørende spørsmål er om enheten er "engaged in a economic activity".³⁴

³⁴ Jamfør definisjonen av foretak i Höfner og Elsner

Medlemsstatene har selv frihet til å bestemme de eiendomsrettslige ordninger som skal gjelde i vedkommende stat.³⁵ Statene kan dermed selv utøve vedkommende virksomhet, gjennom enheter som helt eller delvis er statseide, eller staten kan velge å gi lisens til private foretak eller åpne for fri adgang til utøvelse av virksomheten. På denne måten kan staten på lik linje med private aktører opptre på de ulike markedene og dermed kan påvirke konkurransesituasjonen og markedsresultatene. I og med statene har betydelige muligheter til å øve innflytelse på utviklingen av konkurransen, både på eget territorium og innenfor Fellesskapet, og det faktum at medlemsstatene etter EF-traktaten og EØS-avtalen har forpliktet seg til å hindre at konkurransen ikke vris, må det kreves at også offentlige foretak må opptre i samsvar med konkurransereglene. At staten selv velger å utøve en virksomhet kan derfor ikke ha den virkning at konkurransereglene ikke kommer til anvendelse, og at staten kan opptre slik den vil på vedkommende marked.³⁶

Det rettslige grunnlaget for at også offentlige enheter kan være underlagt konkurransereglene er EF-traktaten og EØS-avtalen samt rettspraksis. Begrepet foretak er så vidt formulert at det omfatter enhver enhet, offentlig eller privat. Det følger dessuten av den funksjonelle definisjonen i Höfner og Elsner at offentlige enheter kan være foretak ved at Domstolen fastslår at rettslig status er irrelevant i foretaksvurderingen. Av konkurranselovens § 2 fremgår det eksplisitt at både private og offentlige enheter kan rammes av forbudsbestemmelsene, og i forarbeidene forutsettes dette ved at det fremgår at offentlig myndighetsutøvelse faller utenfor konkurranselovens anvendelsesområde.³⁷

Konsekvensen av at det offentlige er foretak ved utøvelsen av ervervsvirksomhet er at virksomheten på lik linje med private foretaks virksomhet reguleres av konkurranserettens

³⁵ Dette fremgår av EF-traktatens art. 295 og EØS-avtalens art. 125.

³⁶ I Italia mot Kommisjonen ble det anført av Italia at EF-rettens konkurranseregler ikke kom til anvendelse på British Telecommunications monopolstilling, da medlemsstatene etter EF-traktatens art. 295 fritt kunne styre de eiendomsrettslige ordningene i nasjonale regler. Det ble forkastet av EF-domstolen at Kommisjonen hadde tilsidesatt art. 295 når den påla opphør av reglementet som ga BT dets monopolstilling.

³⁷ Ot. prp nr. 6 (2003-2004) s. 33

forbudsregler. Således vil et offentlig organ kunne rammes av kartellforbudet ved konkurransebegrensende samarbeid eller regelen om forbud mot misbruk av dominerende stilling ved utilbørlig utnyttelse av sin posisjon. Dersom for eksempel Vinmonopolet, som har enerett på butikksalg av drikkevarer med høyere alkoholinnhold enn 4,75 volumprosent, satte opp prisene på slike drikkevarer betydelig, ville dette kunne innebære et misbruk i strid med konkurranselovens § 11.

I Firma Ambulanz Glöckner ble ambulansetjeneste ansett for å være økonomisk aktivitet. EF-domstolen uttalte at "the medical aid organisations provide services, for remuneration from users, on the market for emergency transport services and patient transport services. Such activities have not always been, and are not necessarily, carried on by such organisations or by public authorities. ... The provision of such services therefore constitutes an economic activity for the purpose of the application of the competition rules laid down by the Treaty." I EF-domstolens avgjørelse i Nungesser ble en nasjonal offentlig enhet som ble administrert av "the Minister for Agriculture", INRA, ansett for å drive økonomisk aktivitet når denne hadde inngått eksklusivavtale om såfrø. Noe av INRAs aktivitet var å utnytte oppdagede arter i kommersiell øyemed.

Det er imidlertid klart at ikke all virksomhet som utøves av staten er ment å skulle omfattes av konkurransereglene. Det har i rettspraksis blitt trukket en grense mot offentlig myndighetsutøvelse, som ikke anses som økonomisk aktivitet. Dette unntaket fra konkurransereglenes saklige virkeområde for statens virksomhet behandles i kapittel 6.

4 Uavhengig av finansieringsmåte

Det har i fast rettspraksis blitt lagt til grunn at en enhets finansieringsmåte ikke er avgjørende for virksomhetens økonomiske karakter. For å sørge for full effektivitet rundt konkurransereglene la EF-domstolen i Höfner og Elsner til grunn en funksjonell tolkning av begrepet foretak, nemlig ”every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and *the way in which it is financed*.”³⁸ Begrepene finansiering og økonomisk aktivitet er således uavhengige av hverandre. I Höfner og Elsner avslo EF-domstolen den tyske regjerings anførsel om at BA var et foretak ettersom arbeidsformidlingsvirksomheten ble finansiert gjennom bidrag fra arbeidsgivere og arbeidstakere. I Firma Ambulanz Glöckner var virksomheten økonomisk til tross for at ambulansetjenestene var finansiert ved en kombinasjon av direkte offentlige midler og brukeravgifter. Også i Enirisorse uttalte Domstolen at Sotacarbos virksomhet som besto i forskning og utvikling kunne anses som økonomisk virksomhet, selv om virksomheten ble finansiert gjennom statsmidler. Videre følger det av rettspraksis at det ikke er nødvendig at det kreves vederlag for at en aktivitet skal anses for å være økonomisk.³⁹

Det er imidlertid grunn til å stille spørsmål ved om finansieringsmåte bør være et relevant moment i foretaksvurderingen. Ved at finansieringsmåte er en irrelevant faktor i foretaksvurderingen eliminerer man nemlig en tilsynelatende praktisk og enkel faktor.⁴⁰ Dersom finansieringsmåte hadde vært et relevant moment ville man hatt et mer håndfast vurderingstema. I stedet for å gå inn på kompliserte og detaljerte vurderinger av virksomhetens økonomiske karakter, kunne måten enheten blir finansiert på være et indisium for om virksomheten er økonomisk eller ikke. Det kan også i enkelte saker tyde på at Domstolen synes å vektlegge finansieringsmåten idet den fremhever i avgjørelsene hvorledes enhetene finansieres. I Eurocontrol bekrefter EF-domstolen definisjonen i Höfner og Elsner og uttaler eksplisitt at finansieringsmåte er uten betydning i foretaksvurderingen. Likevel fremhever Domstolen at Eurocontrols virksomhet er finansiert ved bidrag fra de

³⁸ Min utheving

³⁹ Ot. prp nr. 6 (2003-2004) s. 33

⁴⁰ Buendia Sierra s. 47

kontraherende stater. Dette kan dermed tolkes dit hen at finansieringsmåten likevel var et av flere moment for at Eurocontrol ikke var å anses som et foretak.

Begrunnelsen for at en enhets finansieringsmåte ikke er relevant i vurderingen av om en virksomhet er økonomisk eller ikke, er imidlertid klar; enheten kan agere på markedet til tross for om den finansieres gjennom egen virksomhet i markedet, gjennom statsstøtte eller ved gaver eller bidrag fra brukerne. Selv om en enhet finansieres gjennom statsmidler kan den like gjerne bidra til å begrense konkurransen på markedet som en enhet som finansieres gjennom egen virksomhet. Her er barnehagesaken som var oppe for EFTA-domstolen et godt eksempel. I markedet for barnehagetjenester er det både offentlige og private aktører. De kommunale barnehagene er klart nok konkurrenter for de private barnehagene, noe som ikke forandrer seg ved at de kommunale barnehagene i stor grad finansieres gjennom statsmidler. Riktignok får også de private barnehagene noe statsstøtte, men virksomheten må i stor grad finansieres gjennom foreldrebidrag. Selv om de kommunale barnehagene finansieres gjennom statsstøtte er de like fullt konkurrenter for de private barnehagene.

Selv om en enhets finansieringsmåte ikke er av avgjørende betydning ved vurderingen av virksomhetens økonomiske karakter er det imidlertid av betydning om enheten bærer den økonomiske risikoen for virksomheten. Dette finner jeg imidlertid mer hensiktsmessig å behandle i kapittel 5.4.

5 Hva menes med økonomisk virksomhet?

5.1 Innledning

I og med rettslig status og finansieringsmåte er irrelevant ved vurderingen av om en enhet er et foretak eller ikke, er det aktivitetens økonomiske karakter som er avgjørende. Utøves økonomisk virksomhet er enheten å anse som et foretak. Er derimot ikke virksomheten økonomisk er heller ikke enheten å anse som foretak. Tankegangen bak er at det ikke er grunn til at en enhet skal omfattes av konkurransereglene dersom den ikke utøver økonomisk aktivitet. Grunnen til dette er at formålet med konkurransereglene er å fremme konkurranse for deretter å oppnå effektiv ressursbruk, det er derfor bare behov for å gripe inn overfor enheter som deltar i økonomisk virksomhet.

5.2 Virksomheten må være markedsrelatert

For at en virksomhet skal være økonomisk må den være markedsrelatert. Dette fremgår av EF-domstolens avgjørelse i Kommisjonen mot Italia, hvor det ble uttalt at det å tilby varer og tjenester på et marked er økonomisk aktivitet.

Ved vurderingen av om en virksomhet kan anses som økonomisk blir det vurdert om varen eller tjenesten potensielt kan skaffes på markedet. Det må foretas en vurdering av ”de aktiviteter som drives på markedene, som er arenaene for utveksling av varer og tjenester i samfunnet. ... [Det] vil ikke være å anse som ”økonomisk virksomhet” i konkurransereglenes forstand dersom virksomheten ikke er markedsrelatert.”⁴¹

Konkurransereglene skal regulere markedene, dersom virksomheten ikke er relatert til ett gitt marked vil det heller ikke være hensiktsmessig å la konkurransereglene få anvendelse på virksomheten. Det er nemlig den aktivitet som består i tilbud av varer og tjenester på et gitt marked som er karakteristisk for at et en enhet driver økonomisk virksomhet. For eksempel vil ikke reguleringsvirksomhet være markedsrelatert, da slik virksomhet tar sikte på å regulere markeder.⁴²

⁴¹ Norsk Konkurranserett bind 1 s. 179

⁴² Odudu s. 30

5.3 Formål uten betydning

Det følger av foretaksbegrepets funksjonelle fortolkning at formålet med virksomheten er uten betydning så lenge det drives økonomisk virksomhet. Dette fremkommer blant annet av EF-domstolens avgjørelse i FFSA, hvor det uttales at “[f]inally, the mere fact that the CCMSA is a non-profit-making body does not deprive the activity which it carries on of its economic character, since, having regard to the features referred to in paragraph 17, that activity may give rise to conduct which the competition rules are intended to penalize.” Det ble uttalt av Generaladvokat Maduro i Enirisorse at det følger av rettspraksis at den omstendighet at en offentlig virksomhet ikke har profitt, i prinsippet ikke er til hinder for at den skal anses for å være et foretak i konkurranserettslig forstand. I FIFA uttalte Kommisjonen, under henvisning til C-41/83, at mangel på profittformål eller økonomisk motiv ikke bringer enheten utenfor foretaksbegrepet. Saken gjaldt salg av pakkereiser under VM i fotball i 1990, hvor et selskap ble gitt enerett til slikt salg, noe som Kommisjonen fant var i strid med EF-traktaten. FIFA ble ansett å være foretak selv om dets virksomhet i det vesentlige ikke var økonomisk, men var en sammenslutning av sportsorganisasjoner og i den egenskap tilrettela sportsarrangementer.

Således vil enheter som har ideelle formål anses som foretak såfremt det drives økonomisk eller kommersiell virksomhet. Et eksempel i denne retning er Frelsesarmeens Fretex som er Norges største bruktkjede. For å nå målet med Fretex, som er å ”drive atføring og kvalifisering av yrkeshemmede mennesker, gjenvinning av ressurser og drift av gjenbruksbutikker”⁴³, selger Fretex varer. Enheten har først og fremst et ideelt formål, men vil likevel anses som foretak i konkurranselovens forstand, fordi Fretex tilbyr varer på et marked.

Selv om enhetens formål med virksomheten er uten betydning ved vurderingen av om en virksomhet er økonomisk eller ikke, ble det både Poucet og Pistre og Eurocontrol lagt vekt

⁴³ www.fretex.no

på at enhetene ikke hadde profittformål i vurderingen av virksomhetenes økonomiske karakter. I Poucet og Pistre uttalte Domstolen at "[t]hat activity is ... entirely non-profit-making ... Accordingly, that activity is not an economic activity and, therefore, the organizations to which it is entrusted are not undertakings within the meaning of [Article 81] of the Treaty." I EF-domstolens avgjørelse i Eurocontrol ble Eurocontrols aktiviteter, som bestod i fastsetting og innkreving av ruteavgifter, ikke ansett for å være økonomisk i konkurranserettslig forstand, da "Eurocontrol's activities [taken as a whole], by their nature, their aim and the rules to which they are subject ... are not of an economic nature". Det sentrale i avgjørelsen var Eurocontrols formål, som er å føre kontroll med flytrafikken. Fastsettelsen og innkrevingen av ruteavgifter kunne ikke skilles fra Eurocontrols øvrige virksomhet og ble derfor ansett som offentlig myndighetsutøvelse. Også i barnehagesaken ble det av EFTA-domstolen lagt vekt formålet idet det ble uttalt at det offentlige ikke hadde som målsetting å delta i økonomisk virksomhet.

På den ene siden har Domstolen eksplisitt uttalt at formålet med virksomheten er uten betydning, på den annen side har den likevel i to avgjørelser lagt vekt på manglende profittmotiv. Når så Domstolen likevel legger vekt på om enheten har profittmotiv eller ikke, kan en så stille spørsmål ved om formålet med virksomheten likevel er av betydning for en virksomhets økonomiske karakter. I Poucet og Pistre og Eurocontrol var imidlertid manglende profittmotiv bare et moment i vurderingen. Det ble i Poucet og Pistre også lagt vekt på at ordningen hadde omfordelende element, at den var basert på solidaritetsprinsippet og hadde en rent sosial funksjon. Heller i Eurocontrol var det ikke formålet alene som utelot Eurocontrols virksomhet fra konkurranserettens anvendelsesområde, det forhold at Eurocontrol utøvet aktivitet som typisk hører inn under offentlig myndighet samt at aktiviteten var i almen interesse. Konklusjonen må da være at en virksomhets formål ikke alene er avgjørende for dens økonomiske karakter, men manglende profittmotiv kan imidlertid være et moment i vurderingen av virksomhetens økonomiske karakter. Dette er i samsvar med den nylige avsagte dommen fra EF-domstolen i SELEX Sistemi, hvor det under henvisning til rettspraksis ble uttalt at det

forhold at enheten ikke har profittmotiv ”is a relevant factor for the purpose of determining whether or not an activity is of economic nature but it is not sufficient of itself.”⁴⁴

5.4 Profittpotensial og økonomisk risiko

Selv om en enhets profittmotiv ikke er avgjørende i foretaksvurderingen, ligger det i kravet om økonomisk aktivitet at aktiviteten må ha potensial til å gi profitt. Om enhetens formål med virksomheten er å skape profitt eller ikke, er irrelevant så lenge virksomheten har potensial til å gi profitt. I kravet til profittpotensial ligger det også at det ikke kreves at aktiviteten faktisk gir profitt, bare at det som følge av aktiviteten er en mulighet for profitt.

At det gjelder er krav om profittpotensial har blitt fremhevet i Generaladvokat Jacobs i forslag til AOK Bundesverband. Det følger også av rettspraksis ved at EF-domstolen i flere saker har funnet at en virksomhet er økonomisk når den i prinsippet kan utøves av private enheter.⁴⁵ Dersom private enheter deltar på markedet er dette en presumsjon for at virksomheten har profittpotensial, da private enheter som regel deltar på markeder som antas å gi vinning. I *Aéroports de Paris* ble fremhevet som et ytterligere indisium for at en virksomhet var økonomisk at virksomheten også ble utøvet av en privat virksomhet.⁴⁶

En annen side av kravet om profittpotensial er at enheten må bære den økonomiske risikoen ved virksomheten. Dersom en virksomhet har mulighet til å gi profitt kan også virksomheten skape et misforhold mellom utgift og inntekt. Av EF-domstolens praksis fremkommer det at enheten selv må ta konsekvensene av et eventuelt misforhold mellom utgift for å bli ansett som et foretak.⁴⁷

⁴⁴ Premiss 116

⁴⁵ Odudu s. 35

⁴⁶ Premiss 82

⁴⁷ Kommisjonen mot Italia, Pavel Pavlov og Wouters

I Kommissjonen mot Italia ble en enhet ansett for å drive økonomisk virksomhet da tjenesteyteren bar økonomisk konsekvens av virksomheten. Saken gjaldt spørsmål om tollklareres nasjonale råd var å anse som foretakssammenslutning. Domstolen uttalte at tollklarere ”offer, for payment, services consisting in the carrying out of customers formalities, relating in particular to the importation, exportation and transit of goods, as well as other complementary services such as services in monetary, commercial and fiscal areas. Furthermore, they assume the financial risks involved in the exercise of that activity ... If there is an imbalance between expenditure and receipts, the custom agent is required to bear the deficit himself.” Også i Wouters var det avgjørende i foretaksvurderingen at foretaket bar den økonomiske risikoen ved virksomheten. Ettersom selvstendig næringsdrivende advokater selv må ta konsekvensene av et eventuelt underskudd er disse å anse som foretak. I Pavel Pavlov fant EF-domstolen at de aktuelle spesialistleger utøvet økonomisk aktivitet, og dermed var å anse som foretak i konkurranserettslig forstand. Legene mottok betaling fra deres pasienter mot å yte tjenester, og bar selv den økonomiske risiko ved utøvelsen av legevirksomheten.

Mangel på økonomisk risiko hindrer således at aktiviteten anses som økonomisk aktivitet. Dersom en enhet ikke selv bærer den økonomiske risikoen ved virksomheten anses enheten å utgjøre en økonomisk enhet med enheten som bærer risikoen slik at disse i fellesskap anses som et foretak. I Poucet og Pistre bar ikke enheter som sørget for sosialforsikringsordninger den finansielle risikoen, og ble derfor ikke ansett for å være foretak. I saken var risikoen spredt slik at de overskuddsgivende forsikringsordningene bidrog til å finansiere de forsikringsordningene som var i økonomiske vanskeligheter. I AOK Bundesverband var mangel på risiko en av faktorene for at enhetene ikke ble ansett for å være foretak. Sykekassene var organisert i et solidaritetsfellesskap, som gjorde det mulig å foreta en utligning med hensyn til omkostninger og risiko. Det ble av Domstolen uttalt at “[i]t follows from those characteristics that the sickness funds are similar to the bodies at issue in Poucet and Pistre ... and that their activity must be regarded as being non-economic in nature.”

Domstolen har akseptert to typer virksomhet for å ikke være økonomisk fordi virksomheten aldri gir vinning. Det er omfordelingsvirksomhet basert på solidaritet og tilbud av goder og tjenester som bare kan tilbys av offentlige enheter.⁴⁸ Disse to typene vil jeg behandle i kapittel 6.

5.5 Tilbud av varer og tjenester

Det fremkommer av fast rettspraksis at tilbud av varer og tjenester på et marked som er å anse som økonomisk virksomhet. Blant annet i Kommisjonen mot Italia uttalte Domstolen i premiss 36 at "any activity consisting offering goods and services on a given market is an economic activity." I *Cisal di Battistello* uttalte EF-domstolen at "it has ... been consistently held that any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity"⁴⁹. Og i EF-domstolens avgjørelse i *Wouters* ble det uttalt at det følger av fast rettspraksis at enhver form for virksomhet som består i å tilby varer og tjenester på et gitt marked er økonomisk aktivitet.

Såfremt det tilbys varer eller tjenester på et bestemt marked er aktiviteten økonomisk, til tross for aktivitetens formål. I EF-domstolens avgjørelse i *MOTOE* ble det under henvisning til domstolens avgjørelse i *Walrave og Koch*, *Bosman og Meca-Medina* og *Majcen* uttalt at det ikke er til hinder for anvendelse av traktatens bestemmelser at aktiviteten har forbindelse med sport. I EF-domstolens avgjørelse i *Cassa di Risparmio di Firenze* ble det uttalt at den omstendighet at tilbudet av varer og tjenester foretas uten profittmotiv ikke er til hinder for at enheten som tilbyr varer og tjenester er å anse som foretak når de konkurrerer med tilbud fra andre ervervsdrivende. Saken gjaldt spørsmål om fritak for skatt til fordel for bankfond var i strid med statsstøttereglene i EF-traktatens art. 87. Domstolen fant at det bankfond som saken gjaldt var å anse som foretak da denne

⁴⁸ Odudu s. 36 flg.

⁴⁹ Premiss 23

tilbød varer og tjeneste på et marked i konkurranse med andre ervervsdrivende, til tross for at ytelsene skjedde uten gevinst for øyet.

Av disse avgjørelsene fremgår det således at det avgjørende er om den aktuelle aktivitet er rettet mot et marked. Er aktiviteten ikke rettet mot et marked er den heller ikke økonomisk, og konkurransereglene får ikke anvendelse. Er derimot aktiviteten rettet mot et marked er virksomheten økonomisk og faller således innenfor konkurransereglenes anvendelsesområde. Siden tilbud av varer og tjenester er rettet mot et marked er tilbud å anse som økonomisk aktivitet. Dette er imidlertid bare en hovedregel. EF-domstolen har nemlig i noen saker funnet at tilbud av forsikringsordninger på et gitt marked ikke er å anse som økonomisk aktivitet.⁵⁰ Også i barnehagesaken ble det gjort unntak fra denne hovedregelen for det offentlige tilbud av barnehagetjenester.⁵¹

5.6 Innkjøp av varer og tjenester

Ettersom tilbud av varer og tjenester på et gitt marked som utgangspunkt alltid er å anse som økonomisk aktivitet kan det stilles spørsmål ved om det samme gjelder ved innkjøp av varer og tjenester; nemlig om innkjøp av varer og tjenester som den klare hovedregel alltid vil anses som økonomisk eller kommersiell virksomhet slik at enheten som foretar innkjøp anses som foretak?

Det er klart at ved innkjøp av varer og tjenester påvirker innkjøper markedssituasjonen og markedresultat. Foretakene som opptrer på samme marked konkurrerer om innkjøperne, og søker å få flest mulig innkjøpere til sin virksomhet og således kanskje prøve å utkonkurrere konkurrentene. Av EF-domstolens avgjørelse i Gøttrup Klim følger det at en

⁵⁰ Unntak fra konkurransereglene for forsikringsordninger basert på solidaritetsprinsippet behandles nærmere under kapittel 6.2.

⁵¹ Denne saken behandles nærmere under kapittel 6.2.4

enhet som driver innkjøpsvirksomhet er å anse som foretak. EF-domstolen drøftet ikke i avgjørelsen uttrykkelig hvorvidt innkjøpsvirksomhet er å anse som økonomisk eller kommersiell virksomhet, men la til grunn at så var idet den uttalte at ”a provision in the statutes of a cooperative purchasing association, the effect on which is to be forbid its members to participate in other forms of organized cooperation which are in direct competition with it, is caught by the prohibition of Article [81 (1)] of the Treaty.” Avgjørelsen ”viser at etterspørerne er å betrakte som ”foretak” når de foretar innkjøp i markedet, med andre ord at innkjøpsvirksomhet er å anse som ’økonomisk virksomhet’.”⁵² Også av Kommisjonens retningslinjer om horisontale samarbeidsavtaler følger det at innkjøpsvirksomhet er økonomisk virksomhet.⁵³

At innkjøpsvirksomhet er å anse som økonomisk virksomhet er imidlertid bare et utgangspunkt. En forutsetning for at innkjøpsvirksomheten skal anses som økonomisk virksomhet er at det innkjøpte produktet senere må benyttes i økonomisk virksomhet. Det er således det innkjøpte produktets senere anvendelse som er avgjørende for innkjøpsvirksomhetens økonomiske karakter.⁵⁴

5.7 Virksomheten blir utøvet eller kan utøves av private enheter

At det offentlige deltar på et marked i konkurranse med private enheter, eller at vedkommende virksomhet kan utøves av private enheter betyr at virksomheten normalt vil anses for å være økonomisk.⁵⁵ Konkurransereglene skal beskytte konkurransen på markedene, og såfremt en virksomhet er markedsrelatert er det behov for å gripe inn i de deltakende enhetenes konkurransebegrensende atferd. Ved at det offentlige tilbyr tjenester eller produkter i samme marked som private vil det offentlige være en aktuell konkurrent

⁵² Norsk Konkurranserett bind 1 s. 181

⁵³ Retningslinjenes pkt. 4

⁵⁴ Unntak fra utgangspunktet behandles i kapittel 6.5

⁵⁵ Alteskjær m. flere s. 48

for private enheter, og det offentlige vil dermed på lik linje med private aktører anses som foretak.

I Höfner og Elsner og Job Centre ble det lagt vekt på at arbeidsformidlingsvirksomhet ”has not always been, and is not necessarily, carried out by public entities.” I og med arbeidsformidlingsvirksomhetene ikke bare kunne utøves av offentlige enheter, var virksomheten av økonomisk karakter og falt da innenfor konkurransereglens anvendelsesområde, til tross for at virksomhetene hadde klare sosiale formål. EF-domstolens uttalelse kan lett oppfattes dit hen at såfremt en aktivitet kan utøves av private enheter faller virksomheten automatisk innenfor konkurranserettens saklige virkeområde. Dette forsterkes gjennom Generaladvokat Jacobs i forslag til avgjørelse i AOK Bundesverband og Ministero, hvor det ble uttalt at det avgjørende kriterium ved vurderingen av om en virksomhet er økonomisk er ”whether it could, at least in principle, be carried on by a private undertaking in order to make profits.”⁵⁶ I forslag til avgjørelse i Firma Ambulanz Glöckner fant Generaladvokat Jacobs at den aktuelle syketransport var en økonomisk aktivitet, siden det var klart at syketransport i Tyskland tidligere ble utført av private enheter med profittmotiv.⁵⁷ Etter dette synes det som enhver aktivitet som kan utøves av private enheter med profittmotiv vil være økonomisk aktivitet, dersom aktivitet ikke skal anses som økonomisk må det ikke være mulig at aktiviteten utøves på privat sektor.

I barnehagesaken kom imidlertid EFTA-domstolen til at de offentlige barnehagene ikke var foretak til tross for at det også var private barnehager på markedet. EFTA-domstolen uttalte at det ikke er tilstrekkelig at en virksomhet kan utøves av private for at den skal falle inn under konkurransereglens anvendelsesområde. Det ble uttalt av Domstolen at ”[w]hen the nature of an activity carried out by a public entity is assessed with regard to the State aid rule, it cannot matter whether the activity might, in principle, be pursued by a private

⁵⁶ Generaladvokatens forslag i AOK Bundesverband premiss 27 og Generaladvokatens forslag i Ministero premiss 78

⁵⁷ Premiss 68

operator.” Motsatt tolkning vil ifølge Domstolen ”basically bring any activity of the State not consisting in an exercise of public authority under the notion of economic activity.” Det er grunn til å stille spørsmål ved riktigheten av EFTA-domstolens uttalelse om at det ikke er nok at en virksomhet utøves av private for at virksomheten skal anses som økonomisk. Så lenge en virksomhet er relatert til et marked vil virksomheten være økonomisk, uavhengig av om enheten er privat eller offentlig.⁵⁸

Dersom en enhet møter konkurranse av andre enheter, eller konkurransen er potensiell, taler formålet med konkurransereglene for at konkurransereglene får anvendelse på virksomheten som utøves. I Aéroports de Paris ble det slått fast av EF-domstolen at det faktisk at en virksomhet kan utøves av en privat aktør ifølge Domstolens praksis utgjør et indisium for at den pågjeldende aktivitet skal anses for å være utført av en offentlig enhet i dennes egenskap av foretak.⁵⁹ EF-domstolen ”considers that an activity is of an economic nature if it faces actual or potential competition by private companies, thus establishing a strong presumption for the economic character of any activity.”⁶⁰ Det avgjørende er hvorvidt det offentlige deltar i et marked, dersom det offentlige utøver en virksomhet i konkurranse med private enheter vil således virksomheten være økonomisk, og den faller dermed inn under konkurransereglenes virkeområde. Man derfor trekke som konklusjon at såfremt en virksomhet faktisk blir utøvet eller kan utøves av en privat aktør er virksomheten økonomisk.

6 Grensene for foretakskriteriets saklige virkeområde

⁵⁸ Nærmere om avgjørelsen i kapittel 6.2.4

⁵⁹ Aéroports de Paris premiss 82

⁶⁰ Winterstein (1999) s. 325

6.1 Unntak for offentlig myndighetsutøvelse

6.1.1 Offentlig myndighetsutøvelse er ikke økonomisk virksomhet

Som tidligere behandlet kan offentlige enheter på lik linje med private aktører drive økonomisk virksomhet og dermed falle innenfor konkurransereglens anvendelsesområde. Selv om offentlige enheter, som en konsekvens av at rettslig status er uten betydning for foretakskriteriet, anses for å være foretak når de utøver økonomisk virksomhet, er de ifølge rettspraksis ikke foretak når virksomhetsutøvelsen ”is connected with the exercise of powers of a public authority.”⁶¹ Også i EFTA-domstolen har det blitt uttalt at det må trekkes et skille mellom offentlig myndighetsutøvelse og offentlige enheters virksomhetsutøvelse, idet den i Landsorganisasjonen i Norge fremhevet at ”[i] den grad kommunens virksomhet består i å treffe politiske beslutninger eller offentlig administrasjon vil den ikke anses som et foretak. Når en kommune deltar i økonomisk virksomhet, for eksempel tilbyr varer og tjenester i markedet mot vederlag, kan den imidlertid, i denne egenskap, være et foretak etter artikkel 53 EØS.” Det fremgår også uttrykkelig av forarbeidene til den norske konkurranseloven at det ”[i] forhold til offentlig virksomhet må det trekkes en grense mellom ervervsvirksomhet og myndighetsutøvelse, som faller utenfor lovens virkeområde.”⁶²

Staten har således en todelt rolle, den kan utøve virksomhet av økonomisk karakter eller den kan utøve virksomhet som utgår fra statens suverenitet,⁶³ og det gjøres unntak fra konkurransereglens anvendelsesområde hvor staten utfører virksomhet som består i offentlig myndighetsutøvelse. Blant annet har ikke kommuner blitt ansett som foretak når

⁶¹ Wouters premiss 57, Eurocontrol premiss 30, Calì & Figli premiss 22 og 23

⁶² NOU 2003:12 s. 52

⁶³ Winterstein (1999) s. 326, Louri (2002) s. 160

de utøver offentlig myndighet⁶⁴, heller ikke har en internasjonal enhet blitt ansett som foretak når denne fører kontroll med luftrommet⁶⁵. Grunnen til at offentlig myndighetsutøvelse ikke omfattes av konkurransereglene er at slik virksomhet ikke kan konkurransenutsettes, ved for eksempel reguleringsvirksomhet søker det offentlige å regulere markedet, ikke å delta på markedet i konkurranse med andre aktører. Hadde for eksempel det offentliges virksomhet i barnehagesaken bestått i å *regulere* barnehager, og ikke å *tilby* barnehageplasser, ville statens virksomhet klart nok bli karakterisert som offentlig myndighetsutøvelse, og virksomheten vil falle utenfor konkurransereglene.⁶⁶ Det offentlige opptre da ikke i et marked, men søker å utføre oppgaver som naturlig tilligger staten.

Grunnen til at offentlig myndighetsutøvelse ikke omfattes av konkurransereglene er at virksomhet som er knyttet til utøvelsen av beføyelser som naturlig henregnes til offentlig myndighet, og staten møter verken aktuell eller potensiell konkurranse.⁶⁷ Når det verken er eller er mulighet for konkurranse er ikke virksomheten markedsrelatert og det er derfor ingen grunn for at konkurransereglene skal få anvendelse. At offentlig myndighetsutøvelse ikke anses som økonomisk virksomhet er derfor en direkte konsekvens av foretaksbegrepets funksjonelle definisjon.

Unntaket fra konkurransereglenes virkeområde for offentlig myndighetsutøvelse er snevert og unntaket skal begrenses til de former for virksomhet som er direkte og særlig forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet.⁶⁸

⁶⁴ Jfr Corinne Bodson

⁶⁵ Jamfør Eurocontrol

⁶⁶ Reguleringsvirksomhet anses som offentlig myndighetsutøvelse, jfr. Odudu s. 30

⁶⁷ Wouters premiss 57, Eurocontrol premiss 30 og Cali & Figli premiss 22 og 23

⁶⁸ Domsslutningen i Jean Reyners, pkt. 2.

6.1.2 Hva menes med begrepet offentlig myndighetsutøvelse?

Begrepet offentlig myndighetsutøvelse er ikke definert i EF-traktaten, EØS-avtalen eller konkurranseloven. I Jean Reyners mot Belgia påpekte Generaladvokat Mayras at offentlig myndighet utspringer fra statens suverenitet, for utøveren innebærer slik myndighet mulighet for å bruke ekstraordinære rettslige beføyelser til å utøve tvang overfor borgerne. Av rettspraksis følger det at virksomhet som henhører under statens vesentlige oppgaver er å anse som offentlig myndighetsutøvelse. I *Calì & Figli* var SEPG ansvarlig for en virksomhet som "forms part of the essential functions of the State" og utøvelsen av virksomheten var "typically those of a public authority", og miljøtilsyn i Genova-havnen ble ikke ansett som økonomisk virksomhet. I tillegg til miljøtilsyn har tilsyn med luftrommet samt virksomhet som består i tildeling av konsesjon til å tilby begravelsestjenester, blitt ansett som offentlig myndighetsutøvelse⁶⁹, mens offentlig arbeidsformidling og ambulansetjenester har blitt ansett som offentlig ervervsvirksomhet.⁷⁰

Det følger av Generaladvokatens forslag til avgjørelse i Jean Reyners, og det ligger i begrepet "offentlig myndighet", at det bare er staten som kan utøve slik virksomhet. Det kan imidlertid være snakk om myndighetsutøvelse selv om virksomheten er overdratt til en privat enhet. Av Generaladvokatens forslag til avgjørelse i Jean Reyners ble det uttalt at "[c]onnexion with the exercise of this authority can ... arise only from the State itself, either directly or by delegation to certain persons who may even be unconnected with the public administration." I EF-domstolens avgjørelse i *Kommisjonen mot Italia og Calì & Figli* fremgår det at det er uten betydning om staten utøver virksomheten direkte gjennom et organ som er en del av den offentlige administrasjon eller om gjennom et organ som staten har gitt særlige rettigheter. For at en privat enhets virksomhet skal kunne anses som offentlig myndighetsutøvelse kreves det imidlertid at enheten gjennom staten i almen interesse er overdratt retten til å utøve virksomheten.⁷¹

⁶⁹ Henholdsvis *Calì & Figli*, Eurocontrol og Corinne Bodson

⁷⁰ Henholdsvis Höfner og Elsner og Firma Ambulanz Glöckner

⁷¹ Corinne Bodson premiss 35 A)

6.1.3 Betydningen av virksomhetens art, dens formål og det regelverk som regulerer virksomheten

Ved spørsmålet om konkurransereglenes anvendelse på offentlige enheters virksomhet “a distinction must be drawn between a situation where the State acts in the exercise of official authority and that where it carries on economic activities of an industrial or commercial nature of offering goods or services on the market.”⁷² Det fremkommer av rettspraksis at for å kunne foreta en sontring mellom offentlig ervervsvirksomhet og offentlig myndighetsutøvelse må vedkommende enhets virksomhet nøye undersøkes,⁷³ og vurderingen av om offentlige enheter omfattes av foretaksbegrepet vil bero på en konkret helhetsvurdering av vedkommende virksomhet.⁷⁴

En enhet utøver virksomhet som offentlig myndighet hvor virksomheten ”is a task in the public interest which forms part of the essential functions of the State”, og hvor virksomheten ”is connected by its nature, its aim and the rules to which it is subject with the exercise of powers ... which are typically those of a public authority.”⁷⁵ Samme begrunnelse ble brukt i Eurocontrol når EF-domstolen konkluderte med at Eurocontrol ikke utøvet økonomisk virksomhet ved fastsettelsen og innkrevingen av ruteavgifter. Denne virksomheten kunne ikke skilles fra Eurocontrols øvrige aktivitet og det var EF-domstolens oppfattelse at ut fra en helhetsvurdering av virksomhetens art, dens formål og de regler den var undergitt, var knyttet til utøvelsen av beføyelser som typisk henregnes til offentlig myndighetsutøvelse. EF-domstolen oppstilte dermed i Eurocontrol og Cali & Figli tre relevante faktorer ved vurderingen av om en virksomhet skal karakteriseres som offentlig myndighetsutøvelse, nemlig virksomhetens art, dens formål og det regelverk som regulerer

⁷² Cali & Figli premiss 16

⁷³ Kommisjonen mot Italia premiss 7 og Cali & Figli premiss 18

⁷⁴ NOU 2003:12 s. 66

⁷⁵ Cali & Figli premiss 23

virksomheten. Til forskjell fra tidligere rettspraksis går EF-domstolen inn på en mer detaljert vurdering av virksomheten ved vurderingen av om den kan klassifiseres som økonomisk, når den både i Eurocontrol og Cali & Figli uttaler at virksomhetene ut ifra en helhetsvurdering av karakter, formål og de regelsett som regulerer virksomhetene ikke er av økonomisk karakter. Av Domstolens funksjonelle definisjon i Höfner og Elsner er verken formål eller det regelsett som regulerer virksomheten av betydning i foretaksvurderingen, det avgjørende i tidligere rettspraksis har vært virksomhetens karakter.

Det følger av EF-domstolens avgjørelse i SELEX Sistemi at det ikke er til hinder for at en virksomhet klassifiseres som utøvelse av offentlig myndighet at denne virksomheten er fakultativ eller at det bare er visse enheter som benytter seg av virksomheten. I saken ble Eurocontrols virksomhet som besto i å hjelpe nasjonale myndigheter ikke ansett for å være økonomisk til tross for at "the assistance provided by Eurocontrol is optional and that ... only certain Member States have recourse to it."⁷⁶ Av rettspraksis følger det også at det ikke kreves at en virksomhet er grunnleggende eller uunværlig for at vedkommende virksomhet skal anses som offentlig myndighetsutøvelse, det vesentlige er at virksomheten utgjør de offentlige myndigheters prerogativer.⁷⁷ Som en konsekvens av den funksjonelle definisjonen fremgår det av MOTOE at ved avgjørelsen av om en enhets virksomhet skal klassifiseres som offentlig myndighetsutøvelse må det foretas en vurdering av hver enkelt virksomhet som enheten utøver. Det ble under henvisning til Aéroports de Paris uttalt at det faktisk at en enhet er ilagt oppgaven å utøve offentlig myndighet "does not ... prevent it from being classified as an undertaking for the purpose of Community competition law in respect of the remainder of its economic activity."⁷⁸ Virksomhetens karakter av å være offentlig myndighetsutøvelse vil heller ikke være avhengig av om enheten er opprettet ved lov eller ikke, heller ikke at enheten er gitt eksklusive rettigheter.⁷⁹ En enhet kan således anses som foretak selv om den er opprettet ved lov og er gitt eksklusive rettigheter til å

⁷⁶ Premiss 79

⁷⁷ SELEX Sistemi premiss 79

⁷⁸ Premiss 25

⁷⁹ Slot (2003) s. 584

drive vedkommende virksomhet. Dette følger av Höfner og Elsner og Firma Ambulanz Glöckner, hvor enhetene ikke ble ansett for å utøve offentlig myndighet.

Heller ikke det faktum at en virksomhet har offentlig interesse gjør at virksomheten automatisk unntas konkurransereglens anvendelsesområde etter unntaket for offentlig myndighetsutøvelse. Ved grensedragningen mellom offentlig myndighetsutøvelse og offentlig ervervsvirksomhet er det irrelevant om virksomheten ivaretar interesser av almen økonomisk betydning.⁸⁰ Det følger nemlig direkte av EF-traktaten og EØS-avtalen, ved at EF-traktatens art. 86 annet ledd og EØS-avtalens art. 59 annet ledd fastslår at konkurransereglene som hovedregel får anvendelse på foretak som ivaretar interesser av almen økonomisk karakter.

I forarbeidene til konkurranseloven blir det gitt eksempler på virksomhet som anses som offentlig myndighetsutøvelse, idet det uttales at "[m]ed offentlig myndighetsutøvelse menes for eksempel tildeling av kompetanse og rettigheter, og offentlige reguleringer. ... Generell støtte eller subsidier fra offentlige myndigheter til ulike virksomheter vil ofte påvirke konkurransen. Offentlige bevilgninger er imidlertid en del av den tradisjonelle myndighetsutøvelse og faller således utenfor lovens begrep om ervervsvirksomhet."⁸¹

6.2 Unntak for virksomheter som ivaretar solidaritetsprinsippet

6.2.1 Innledning

I rettspraksis har det vært en rekke saker hvor spørsmålet om virksomhet som innebærer ivaretagelse av solidaritetshensyn er å anse som økonomisk virksomhet, og denne praksisen

⁸⁰ Winterstein (1999) s. 327

⁸¹ Ot. prp nr. 6 (2003-2004) s. 33

har i stor grad dreid seg om tilbud av pensjons- og ulike sosialforsikringsordninger.⁸² I sin avgjørelse i Poucet og Pistre skapte EF-domstolen en ny kategori av fritak fra anvendelsesområdet for EF-traktatens konkurranseregler, nemlig fritak for enheter som baserer sin virksomhet på et prinsipp om solidaritet.⁸³ Poucet og Pistre ønsket annullasjon av plikt til å betale sosialforsikringsbidrag til enheter som administrerte syke- og svangerskapsforsikring til selvstendig næringsdrivende. Deltagelse i forsikringsordningene var lovpålagte og obligatoriske, og enhetene som tilbød forsikringsordningene hadde ikke profittmotiv. EF-domstolen fant at enhetene ikke var foretak, og i avgjørelsen ble solidaritetsprinsippet brukt som begrunnelse for hvorfor virksomheten ikke var økonomisk. I avgjørelsen ble det fastslått at foretaksbegrepet ikke omfatter organer som administrerer lovpålagte sosiale forsikringsordninger, noe som har blitt lagt til grunn i senere rettspraksis. Avgjørelsen i Poucet og Pistre ble fulgt opp av avgjørelsene i FFSA og Albany, selv om EF-domstolen kom til motsatt resultat.

De saker som har vært oppe i rettspraksis angående konkurransereglens anvendelse på enheter som ivaretar solidaritetshensyn har utelukkende angått helsesektoren. Helsesektoren er et spesielt område fordi det følger av EF-traktatens art. 152 at det ”skal sikres et høyt nivå for vern av menneskets helse ved fastleggingen og gjennomføringen av all politikk og virksomhet i Fellesskapet.” Organiseringen av helsesektoren tilligger imidlertid medlemsstatene; i EF-domstolens avgjørelse i Duphar ble det uttalt at ”Community law does not detract from the powers of Member States to organize their social security systems”. Det fremkommer av fast rettspraksis at fellesskapsretten ikke begrenser medlemsstatenes kompetanse til selv å utforme vedkommende lands sosialforsikringsordning.⁸⁴ Særlig på grunn av at medlemsstatene i stadig større utstrekning har tillatt en blanding av offentlig og privat deltagelse på helsesektoren er forholdet mellom helsesektoren og konkurranse i stadig forandring. Selv medlemsstatene har særlige

⁸² Fritak fra konkurransereglene saklige virkeområde for innkjøpsvirksomhet som er basert på solidaritetsprinsippet behandles i kapittel 6.5

⁸³ Winterstein (1999) s. 327

⁸⁴ Cical di Battistello premiss 31, Raymond Kohll premiss 17 og Smits og Peerbooms premiss 44

forpliktelse til å verne om menneskenes helse, er det likevel ønskelig at det opprettes et system som sikrer at konkurransen ikke vris, og at konkurransereglene overholdes, når både offentlige og private deltar tilbyr slike tjenester. Dette fremkommer av Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Albany og Brentjens, hvor det ble uttalt at "[t]he basic test is therefore whether the entity in question is engaged in an activity which could, at least in principle, be carried on by a private undertaking in order to make profits."

Problemstillingen i sakene har vært om den omstendighet at en enhet er baserer sin virksomhet på solidaritetshensyn er til hinder for at dens virksomhet kan kvalifiseres som økonomisk eller kommersiell virksomhet. En gjennomgang av rettspraksis viser at dersom en enhet ivaretar solidaritetsprinsippet vil den ikke anses for å drive økonomisk eller kommersiell virksomhet, og dermed ikke falle inn under konkurranselovgivningens forbudsregler.

6.2.2 Hva menes med solidaritetsprinsippet?

Solidaritet ble definert av Generaladvokat Fennelly i Sodemare. Han definerte solidaritet som "the inherently uncommercial act of involuntary subsidization of one social group by another." Det som kjennetegner solidaritet er således den etter sin art uøkonomisk virksomhet som består i en sosial gruppes understøttelse av en annen, uten at dette er uttrykk for en viljestilkjennegivelse. I Poucet og Pistre uttalte EF-domstolen at "[s]olidarity entails the redistribution of income between those who are better off and those who, in view of their resources ... would be deprived." I Generaladvokat Mazàks forslag til avgjørelse i Kattner Stahlbau ble det under henvisning til Generaladvokat Jacobs i Albany og Cisal di Battistello uttalt at solidaritetsprinsippet ikke er overholdt hvor ytelsene som utbetales er direkte avhengig av de innbetalte bidrag. Solidaritetsprinsippet innebærer således en omfordeling av ressurser mellom de som er bedre stilt og de som uten vedkommende ordning, på grunn av sine manglende ressurser, ville stå uten sosial sikring.

Om en enhet ivaretar solidaritetsprinsippet vil bero på en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak, og retningslinjene for vurderingen følger av rettspraksis. Av Kattner Stahlbau fremkommer det, under henvisning til rettspraksis, at vedkommende ordnings sosiale formål ikke utelukker at virksomheten kvalifiseres som økonomisk virksomhet.⁸⁵ At en enhet ivaretar sosiale hensyn er således ikke tilstrekkelig for at unntaket for enheter som ivaretar solidaritetsprinsippet kommer til anvendelse. Dette ble eksplisitt bekreftet av EF-domstolen i Nicolas Decker og Raymond Kohll, hvor det ble uttalt at konkurranserettens forbudsregler kan komme til anvendelse på virksomheter som ivaretar sosiale hensyn. Det ble i avgjørelsene uttalt at fellesskapsretten ikke setter begrensninger i medlemsstatenes kompetanse til å utforme sosiale forsikringsordninger, men "the Member States must nevertheless comply with Community law when exercising those powers." Rettspraksis har dessuten i en rekke saker før Nicolas Decker og Raymond Kohll anvendt forbudsreglene på virksomheter som ivaretok sosiale hensyn.

Også i EF-domstolens avgjørelse i *Cisal di Battistello* ble det uttalt at det forhold at en forsikringsordning har et sosialt formål ikke i seg selv er tilstrekkelig til at den omhandlede virksomhet ikke kvalifiseres som økonomisk virksomhet, men forsikringsordningen må utover å forfølge et sosialt formål anvende solidaritetsprinsipp. Dette er i overensstemmelse med *FFSA* og *Albany*, hvor EF-domstolen fant at enheter som forvaltet lovbestemte forsikringsordninger, som ikke hadde profittmotiv, som utøvet aktivitet av sosial karakter og som var undergitt en statlig regulering var å anse som foretak. At ordningen har et sosialt formål er imidlertid en relevant faktor ved vurderingen av en aktivitets økonomiske karakter. Det ble av Generaladvokat Mazàks forslag til avgjørelse i *Kattner Stahlbau* uttalt at "[w]hile it is evident from the case-law of the Court that the social aim of an insurance scheme is clearly insufficient in itself to preclude an activity from being classified as an economic activity, I consider that such an aim is nonetheless a relevant factor, amongst others, in ascertaining whether a particular activity is non-economic in nature".

⁸⁵ Premiss 42

I Poucet og Pistre identifiserte Domstolen en rekke varianter av solidaritet. For det første dekket ordningene alle personer som hadde tegnet vedkommende forsikring, uavhengig av deres formuesforhold og helsetilstand på tidspunktet for tegning av forsikring. For det annet var ordningene finansiert ved at medlemmenes bidrag var proporsjonal med inntektene. For det tredje har de som ikke lenger er medlem av ordningene vederlagsfritt rett til ytelser i ett år. For det fjerde kommer solidariteten til uttrykk ved aldersforsikringen bidrag fra ervervsaktive finansierer pensjoner for de pensjonerte. For det femte kommer solidariteten til uttrykk ved at de ordninger som gikk med overskudd bidrar til å finansiere de ordninger som gikk med underskudd.

6.2.3 Solidaritetsprinsippets omfang

Det fremgår av rettspraksis er solidaritetsprinsippet “extremely limited in scope”, fordi det kreves frivillighet for at ordningen basert på solidaritet skal unntas konkurransereglene.⁸⁶

Det er bare dersom det foreligger tilstrekkelige sterke solidaritetshensyn at en enhets virksomhet ikke vil anses som økonomisk. Men hvor går så grensen mellom solidaritetshensyn som medfører at enheten ikke anses som foretak, og solidaritetshensyn som medfører at enheten likevel anses for å drive økonomisk eller kommersiell virksomhet?

EF-domstolen har utviklet ganske klare prinsipper angående klassifiseringen av en enhets aktiviteter i forhold til konkurransereglene. Istedenfor å vurdere om varer eller tjenester kan tilbys på et marked i konkurranse med andre tilbydere, vurderer EF-domstolen hvor stor rolle solidaritetsprinsippet spiller under vedkommende ordning. Dersom ordningen i det vesentlige er basert på solidaritetsprinsipp, anser EF-domstolen virksomheten som ikke-økonomisk. Er det imidlertid en blanding mellom solidaritet og konkurranse vil virksomheten derimot anses som økonomisk.⁸⁷ Nøkkelfaktorene som kan utledes fra

⁸⁶ FFSA premiss 19

⁸⁷ van de Gronden (2004) s. 88

rettspraksis er for det første at det er uten betydning for klassifiseringen av enhetenes aktivitet at enheten ikke har profittmotiv, at den følger sosialt formål eller at investeringer enheten kan gjøre er begrensede og kontrollerte. For det annet kan det være av betydning for klassifiseringen enhetens rettslige status, organiseringen av ordningen og reglene som angår sammensetningen av enheten. For det tredje er det av betydning om enheten selv fastsetter nivået av ytelsene som innbetales, det vil si om enheten opererer på samme måte som private eller om virksomheten ikke er tilgjengelig for private aktører.⁸⁸

EF-domstolen har trukket en distinksjon mellom tilfeller hvor virksomheten drives av flere enheter, og tilfeller hvor det er en enhet som oppfyller en eksklusiv sosial funksjon. Dersom medlemmene kan oppnå en tilsvarende ordning gjennom andre enheter vil EF-domstolen lettere anse virksomheten som økonomisk eller kommersiell.⁸⁹ Det har også blitt trukket en grense mellom tilfeller hvor medlemskap til ordningen er frivillig og hvor medlemskap er obligatorisk. I tilfeller hvor medlemskap er frivillig vil virksomheten lettere anses økonomisk eller kommersiell. Dette var tilfellet i FFSA, hvor EF-domstolen fastslo at en enhet som forvalter en supplerende og frivillig aldersforsikring, utøver en økonomisk aktivitet i konkurranse med livsforsikringsselskaper. Dette til tross for at aktiviteten ikke hadde vinning for øyet, manglende profittmotiv var ifølge Domstolen irrelevant. Det forhold at medlemskap av ordningen var frivillig, at ordningen bygget på et kapitaliseringsprinsipp, og at ytelsene utelukkende var avhengig av de betalte medlemsbidrag samt av de økonomiske resultater av forvaltningsorganets investeringer, innebar at organet utøvet en økonomisk virksomhet i konkurranse med livsforsikringsselskapene. Det var flere forsikringsselskaper på markedet og reglene for aktørene på markedet var de samme. Man kunne derfor selv velge den løsning som sikret vedkommende beste muligheter. EF-domstolen fant at det ikke var tilstrekkelig for å gi fritak fra EF-traktatens art. 82 at ordningen hadde et sosialt formål. Det avgjørende kriteriet ifølge Domstolen var om ordningen var basert på solidaritetsprinsippet, og graden av solidaritet var ikke tilstrekkelig til å frita ordningen fra EF-traktatens art. 82.

⁸⁸ Slot (2003) s. 585

⁸⁹ Jamfør FFSA

Selv om medlemskap er obligatorisk kan likevel ordningen anses som økonomisk virksomhet, noe både avgjørelsen i Albany og i Pavel Pavlov viser. I Albany gjaldt saken et supplerende pensjonsfond, hvor tilslutningen var obligatorisk. Pensjonsfondet var basert på solidaritetshensyn for så vidt angikk fastsettelsen av bidragenes og ytelsenes størrelse. Men det tilfellet at pensjonsfondet selv fastsatte bidragenes og ytelsenes størrelse bygget på et kapitaliseringsprinsipp, noe som førte til at fondet ble ansett for å drive økonomisk virksomhet. Til tross for at medlemskap var obligatorisk, pensjonsfondet ikke hadde vinning for øyet og at pensjonsfondet var tvunget til å godta alle arbeidstakere uten hensyn til medisinske undersøkelser, ble fondet ansett for å være foretak. EF-domstolen uttalte at i og med pensjonsfondet hadde sosialt formål og inneholdt visse elementer av solidaritet ville dette kunne medføre at fondet var mindre konkurransedyktig enn andre forsikringsselskapers tilsvarende ytelse, og dette kunne ”justify the exclusive right of such body to manage a supplementary pension scheme.”

I Pavel Pavlov var det faktum at medlemsskap i pensjonsfondet var obligatorisk, at pensjonsfondet ikke hadde vinning for øyet og hadde solidariske aspekter ikke tilstrekkelig for at fondet kunne anses for å ikke drive økonomisk eller kommersiell virksomhet. Begrunnelsen for at fondet var å anse som foretak var at spesialistlegene innbetalte bidrag til deres egen tilleggpensjonsordning. Det ble lagt til grunn av Domstolen i Pavel Pavlov at det ikke er tilstrekkelig for at enhetens virksomhet ikke skal anses som økonomisk eller kommersiell at ordningen har et sosialt formål. Det ble i avgjørelse uttalt at “[i]t is true that the pursuit of a social objective ... may render the service provided ... less competitive than comparable services provided ... Although such constraints do not prevent the activity engaged in by the Fund from being regarded as an economic activity”.

Domstolen har trukket en grense mellom to typer enheter i tilfeller hvor enhetene ikke har profittmotiv. I første kategori faller enheter som ikke anses som foretak, fordi de ikke har kontroll over bidragene eller ytelsenes størrelse. Den andre typen omfatter enheter som kan kontrollere bidragene og ytelsenes størrelse, og hvor det er direkte sammenheng mellom

bidrag og utbetalte ytelser. Disse enhetene anses som foretak i konkurranserettslig forstand. Det fremgår av Generaladvokat Mazàks forslag i Kattner Stahlbau at solidaritetsprinsippet ikke er overholdt hvis de utbetalte ytelsene er direkte avhengig av de innbetalte bidrag. For at ordninger som ivaretar sosiale formål skal kunne anses som ikke-økonomisk må de derfor inneholde et omfordelende element. Ordningen må “demonstrate redistributive elements which exceed that of private insurance cover.”⁹⁰ I motsatt fall bygger ordningen på et kapitaliseringsprinsipp. I *Cisal di Battistello* og *Kattner Stahlbau* kom EF-domstolen til at enheter som sørger for obligatorisk yrkesskadeforsikring ikke kan anses for å være et foretak. I sakene fremkommer solidaritetshensyn ved at ordningene skal sikre at alle medlemmene blir forsikret mot risikoen for arbeidsskader og -sykdommer, uavhengig av feil skadelidte eller arbeidsgiver har begått og sivilrettslig ansvar. Ytelsen ble utbetalt selv om de skyldiges bidrag ikke var innbetalt, og ordningene innebar dermed en klar beskyttelse av forsikrede arbeidstakere. Dessuten blir ordningene finansiert ved bidrag hvor satsene ikke er proporsjonale med den forsikredes risiko, og der er ikke direkte sammenheng mellom innbetalt bidrag og utbetalt ytelser. I tillegg til dette er ordningene underlagt statlig kontroll. Også Generaladvokaten i *Kattner Stahlbau* legger i sitt forslag vekt på at ordningen inneholder et omfordelende element. Solidariteten kommer til uttrykk ved at de bidrag arbeidsgiver innbetaler er beregnet på grunnlag av forsikringsforeningenes finansieringsbehov det foregående kalenderår, de forsikredes lønn samt risikogruppen for den ervervsgren som virksomhetene tilhører. Størrelsen av bidragene avhenger heller ikke av forsikredes inntekt. Ordningen inneholder et omfordelende element mellom virksomhetene innenfor samme ervervsgren, da det er opprettet risikogrupper med henblikk på å fastsette bidragene. Siden forsikringsbidrag ikke utelukkende er basert på den enkelte virksomhets eller en bestemt ervervsgrens tilbøyelighet til risiko, får således solidaritetsprinsippet anvendelse mellom arbeidstakere, uavhengig av hvilken aktivitet de utøver.

⁹⁰ Generaladvokat Mazàks forslag til avgjørelse i *Kattner Stahlbau*, premiss 48.

Av betydning i grensedragningen er det også om virksomheten naturlig tilligger staten, eller om det er mulighet for at også private kan drive lignende virksomhet. Dersom det er snakk om utøvelsen av oppgaver som naturlig tilligger staten, vil enheten lettere kunne falle utenfor foretaksbegrepet enn i tilfeller hvor medlemsstatene også åpner for privat deltagelse. Dette følger av Generaladvokatens forslag til avgjørelse i AOK Bundesverband, hvor det fremgår at hvor det ikke foreligger mulighet for at virksomheten kan utøves av private vil heller ikke virksomheten anses som økonomisk, og enheten vil ikke bli ansett for å være foretak. Saken gjaldt spørsmål om sykekasser etter tyske sykeforsikrings- og pensjonsordninger var å anse som foretak. Sykekassene var rettslig forpliktet til å yte medlemmene obligatoriske ytelser, de var av rent sosial karakter, basert på solidaritetsprinsippet, og var ikke drevet med vinning for øyet. I avgjørelsen konkluderte EF-domstolen med at sykekassene ikke var å anse som foretak, og at konkurransereglene dermed ikke kom til anvendelse. Dette til tross for omstendigheter som talte for at sykekassene var å anse som foretak, nemlig at sykekassene hadde mulighet til å fastsette bidrag og hadde frihet til å delta i begrenset konkurranse med andre. Avgjørelsen avvok betydelig fra Generaladvokat Jacobs' forslag, som fant at sykekassene var å anse som foretak, men som forsvarte sykekassene etter EF-traktatens art. 86 annet ledd. Generaladvokaten uttalte under henvisning til *Cisal di Battistello* og *Poucet og Pistre* at statlige, obligatorisk forsikringsordninger ikke var å anse som økonomisk aktivitet da private ikke har mulighet til å utøve virksomheten. Dersom forsikringsordninger finansieres gjennom forvaltning av kapitalfond, hvor det er avhengighet mellom bidrag og ytelse, vil derimot enhetene som tilbyr vedkommende forsikringsordning anses som foretak til tross for at ordningen inneholder solidaritetslementer. I og med at det i den foreliggende sak var mulig for sykekassene å konkurrere, var det omfordelende element av en slik karakter at det ikke utelukket økonomisk aktivitet. Det faktum at ytelsenes størrelse var fastsatt ved lov kunne ikke hindre at sykekassene var å anse som foretak, heller ikke at konkurransen var potensiell kunne hindre dette. Det avgjørende for Domstolen var at ordningen inneholdt solidaritetslementer, som kom til uttrykk gjennom at sykekassene var organisert slik at det var mulig å foreta en form for utligning av omkostninger og risiko dem imellom. Dessuten var sykekassenes ytelser til medlemmene nærmest identiske, og uavhengig av bidragenes

størrelse. Også Generaladvokaten i Kattner Stahlbau legger i sitt forslag vekt på at enheten som er tillagt forvaltningen av forsikringsordningen er underlagt statlig kontroll, noe som ble fulgt opp av EF-domstolen.

I AOK Bundesverband tillater Domstolen, i motsetning til tidligere praksis, at en enhet ikke anses som foretak til tross for at det er konkurranse på markedet og fordi sykekassene hadde mulighet til å selv fastsette bidragene. Konkurransen var innført av lovgiver for at sykekassene skulle kunne utøve sin virksomhet på mest effektiv og minst kostnadskrevende måte, noe som dermed ikke hadde konsekvenser for karakteren av sykekassenes virksomhet. Konkurransen var ikke tilstrekkelig til at sykekassene var å anse som foretak, da det bare var "some competition" mellom sykekassene og private forsikringsselskaper. Dette resonnementet blir lagt til grunn i Kattner Stahlbau, hvor det under henvisning til AOK Bundesverband blir uttalt at den omstendighet at enheten selv har mulighet til å fastsette de faktorer som er bestemmende for bidragenes og ytelsenes størrelse ikke i seg selv kan endre karakteren av enhetens virksomhet. Konsekvensen av avgjørelsene i AOK Bundesverband og Kattner Stahlbau er at "some competition" ikke er tilstrekkelig til å anvende konkurransereglene på sosialforsikringsordninger, konkurransereglene vil kun komme til anvendelse hvor konkurransen er mer enn "some competition". Det gis imidlertid ikke veiledning i hva som generelt kan anses som "some competition", heller ikke når grensen for "some competition" er overtrådt. Men av AOK Bundesverband synes det å være et relevant moment i vurderingen hvilke formål som ivaretas ved den begrensede konkurransen, ved at Domstolen vektlegger at sykekassene på grunn av konkurransen kunne utøve sin virksomhet på mest effektiv måte.⁹¹

6.2.4 Har unntaket for virksomheter som ivaretar solidaritetsprinsippet blitt utvidet?

⁹¹ Krajewski s. 850-851

Klart nok kan det offentliges tilbud av tjenester unntas fra konkurransereglenes anvendelsesområde. Dette fremgår både av rettspraksis, hvor ordninger som ivaretar solidaritetsprinsippet har blitt unntatt, og det følger av forarbeidene til konkurranseloven. Av forarbeidene fremgår det at ved vurderingen av om det offentliges tjenesteproduksjon skal anses som økonomisk virksomhet avhenger av virksomhetens forretningsmessige karakter, noe som ”vil bero på en sammensatt vurdering, hvor det blant annet legges vekt på måten virksomheten finansieres på, om det ytes vederlag for tjenesten og om det også er etablert private aktører i det aktuelle tjenestemarkedet.”⁹² Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om EFTA-domstolen gjennom barnehagesaken har utvidet denne kategorien av fritak. I saken ble ikke det offentliges tilbud av barnehageplasser ansett som økonomisk virksomhet, til tross for at det også er private aktører på markedet. Dommen illustrerer således at det offentliges tjenesteytelse i konkurranse med private aktører kan omfattes av unntaket for virksomheter som ivaretar solidaritetsprinsippet.

Det er klart at det offentliges tilbud av barnehageplass i Norge ytes og finansieres ut fra solidaritetsbetraktninger, og er tjenester som springer ut av det offentliges sosiale ansvar. Ved å tilby barnehageplasser søker staten å oppfylle sine forpliktelser overfor befolkningen, noe som taler imot at offentlige barnehager er foretak. Også det faktum at ”the element of remuneration is absent in the activity of municipal kindergartens in Norway”⁹³ taler for unntak fra konkurransereglene. På den annen side skjer tjenesteytelsen i konkurranse med private aktører, noe som i rettspraksis er en sterk presumsjon for at virksomheten er økonomisk.⁹⁴ Til tross for at det er maksimumsbeløp på barnehageplass er prisene med på å skape konkurranse mellom offentlige og private barnehager, også det faktum at tjenestemottakerne kan velge mellom å jobbe i privat eller offentlig barnehage er med på å skape konkurranse. EFTA-domstolen kommer likevel til at staten ikke er å anse som foretak når den tilbyr barnehageplasser.

⁹² Ot. prp nr. 6 (2003-2004) s. 33

⁹³ Premiss 83

⁹⁴ Jfr. kapittel 5.7

Tatt i betraktning at solidaritetsprinsippet er ”extremely limited in scope” vil nok barnehagesaken etter EF-domstolens praksis havne i kategorien av virksomheter hvor solidaritetshensynene som ivaretas gjennom ordningen ikke er tilstrekkelig til å begrunne unntak basert på solidaritetsprinsippet. Dersom man følger praksis fra EF-domstolen vil antageligvis de offentlige barnehagene anses som foretak, da det tilbys tjenester i konkurranse med private aktører.⁹⁵ Riktignok oppfyller staten sine forpliktelser overfor befolkningen, men utøvelsen av virksomheten skjer i konkurranse med private. Det er nettopp i slike tilfeller hvor virksomheten er markedsrelatert at konkurransereglene har sitt nedslagsfelt, ved at det søkes å skape og opprettholde virksom konkurranse. Ved å unnta tjenesteytelse som i begrenset utstrekning ivaretar solidaritetshensyn har EFTA-domstolen utvidet unntaket fra konkurransereglenes anvendelsesområde for virksomheter som ivaretar solidaritetsprinsippet.

6.3 Virksomheter som ivaretar andre samfunnshensyn

I Poucet og Pistre ble solidaritet benyttet ved skillet mellom kommersiell og ikke-kommersiell aktivitet. Man kan da stille spørsmål om det bare er solidaritetshensyn som kan medføre at en enhets virksomhet ikke anses som økonomisk eller kommersiell, eller om andre samfunnshensyn kan begrunne at en enhets virksomhet unntas konkurranserettens forbudsregler.

EF-domstolen gir ikke noe veiledning om andre samfunnshensyn enn sosiale hensyn kan frata en virksomhet dens karakter av å være økonomisk eller kommersiell. Eksempler på sentrale samfunnshensyn er miljøhensyn og naturvern.

Dersom man ikke skal anse enheter som ivaretar samfunnshensyn som foretak i konkurranserettslig forstand, vil dette innebære en utvidelse av kategorien som EF-domstolen skapte i Poucet og Pistre. Det fremgår dessuten eksplisitt av rettspraksis at

⁹⁵ Jamfør kapittel 5.7

solidaritetsprinsippet er ”extremely limited in scope”, og således må tolkes restriktivt. En utvidelse ville i så fall innebære at færre enheter vil anses som foretak, og konkurransereglens anvendelsesområde vil innsnevres ytterligere. Tatt i betraktning at et av de overordnede mål med Fellesskapsretten er like konkurransevilkår, og at man for å nå dette målet etter blant annet skal opprette ”et system som sikrer at konkurransen ikke vris”⁹⁶, taler gode grunner for at andre samfunnshensyn ikke kan begrunne at enheter som ivaretar slike samfunnshensyn ikke anses som foretak. Dessuten vil en utvidelse av kategorien innebære en ytterligere svekkelse av foretaksbegrepets funksjonelle definisjon slik denne fremkommer av fast og langvarig rettspraksis, i og med Domstolen i *Poucet og Pistre* forlot den funksjonelle tilnæringsmåten.⁹⁷

Endelig er ikke behovet for å ikke anse enheter som ivaretar samfunnshensyn som foretak stort, da man i slike tilfeller kan vurdere om unntaket fra konkurransereglens anvendelsesområde i EF-traktatens art. 86 og EØS-avtalens art. 59, begges annet ledd, er anvendelig. Sentrale samfunnshensyn vil som regel være av ”almen økonomisk betydning” og kan dermed unntas fra konkurranserettens forbudsregler når forbudsreglene ”rettslig eller faktisk hindrer [foretakene] i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”. Det er ingen grunn for at enheter som ivaretar samfunnshensyn alltid skal være unntatt fra konkurranserettens forbudsregler, unntak er bare nødvendig hvor forbudsreglene hindrer enhetene i å utføre tjenester av almen økonomisk betydning.

Konklusjonen må derfor bli at verken rettspraksis, juridisk teori eller reelle hensyn gir grunnlag for å hevde at enheter som ivaretar andre samfunnshensyn faller utenfor foretaksbegrepet, og deres virksomhet kan derfor falle innenfor konkurransereglens saklige virkeområde. Foretak som ivaretar sentrale samfunnshensyn kan imidlertid falle utenfor konkurransereglens anvendelsesområde når forbudsreglene hindrer dem i å utføre oppgaver av almen økonomisk betydning som de er tillagt.

⁹⁶ EF-traktatens art. 3 nr. 1 litra g og EØS-avtalens art. 1 nr. 2 litra e

⁹⁷ Winterstein (1999) s. 327

6.4 Unntak for arbeidsmarkedet

6.4.1 Arbeidstakere er ikke foretak

Det har vært alminnelig antatt at arbeidstakere ikke er å anse som foretak i konkurranserettslig forstand, fordi disse befinner seg i et arbeidsforhold hvor de utfører arbeid for arbeidstaker under dennes anvisninger, de er således en integrert del av virksomheten så lenge ansettelsesforholdet varer, og ”do not therefore in themselves constitute ”undertakings” within the meaning of Community competition law.”⁹⁸ Etter en naturlig språklig forståelse av begrepet foretak og en formålstolkning vil ikke arbeidstakere omfattes av begrepet. ”Konkurransen mellom arbeidstakere vil neppe i seg selv bidra til en mer effektiv ressursutnyttelse uten at dette går ut over vesentlige sosiale goder knyttet til et grunnleggende velferdsnivå for arbeidstakerne og deres familier.”⁹⁹

I EF-domstolens avgjørelse i *Merci* ble det gitt en definisjon av begrepet arbeidstaker. I dommen ble det uttalt at begrepet arbeidstaker forutsetter at en person i en viss periode presterer ytelser mot vederlag for en annen og etter dennes anvisninger.¹⁰⁰ Ved avgjørelsen om en person er å betrakte som ansatt er det, både ifølge EF-domstolens praksis og forarbeidene til konkurranseloven, et underordningsforhold som er avgjørende. I forarbeidene fremheves det at ”[d]et karakteristiske for tjeneste hos andre [er] at en person (arbeidstakeren) står i et underordningsforhold til en annen (arbeidsgiveren), der førstnevnte er underlagt sistnevntes instruksjonsmyndighet.”¹⁰¹

⁹⁸ Straffesak mot *Becu* premiss 26

⁹⁹ *Graver* (2005 nr. 2) s. 104

¹⁰⁰ Premiss 13

¹⁰¹ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 34

Både i Suiker Unie, Straffesak mot Becu og Albany kom EF-domstolen til at arbeidstakere ikke er å anse som foretak. Begrunnelsen for resultatene var imidlertid ulike. I Straffesak mot Becu fant EF-domstolen, som i Suiker Unie, at doktrinen om en økonomisk enhet kom til anvendelse, mens det i Albany ble lagt avgjørende vekt på en formålsbestemt og sammenhengende fortolkning av EF-traktaten. Av Generaladvokat Jacobs i forslag til avgjørelse i Albany ble det lagt vekt på at konkurransereglene ikke var designet for å omfatte arbeidstakere. For det første vil det "exceed the limits which its wording imposes" å anse en arbeidstaker som et foretak. For det annet fant Generaladvokaten at foretaksbegrepets funksjonsorienterte fortolkning fører til at arbeidstakere ikke anses som foretak. "Dependent labour is by its very nature the opposite of the independent exercise of an economic or commercial activity. Employees normally do not bear the direct commercial risk of a given transaction. They are subject to the orders of their employer. They do not offer services to different clients, but work for a single employer. For those reasons there is a significant functional difference between an employee and an undertaking providing the services. That difference is reflected in their distinct legal status in various areas of Community ... or national law." For det tredje anførte Generaladvokaten at konkurransereglenes utforming også talte for at arbeidstakere ikke er å anse som foretak. Fritak etter EF-traktatens art. 81, EØS-avtalens art. 53 og konkurranselovens § 10, alles tredje ledd, "are clearly drafted with regard to economic actors engaged in the supply of goods or services."

Det fremgår eksplisitt av konkurranseloven at arbeidstakere ikke anses som foretak etter konkurranseloven. Lovens § 3 første ledd fastsetter at "[l]oven gjelder ikke for arbeids- og ansettelsesvilkår." Begrunnelsen for at det gjelder et slikt unntak for arbeids- og ansettelsesvilkår i konkurranseloven er i følge forarbeidene at "det er utviklet et omfattende avtaleverk for fastsettelsen av prisen på arbeidskraft og at tilpasninger og effektiviseringer først og fremst bør skje gjennom dette."¹⁰² Til tross for at bestemmelsen i

¹⁰² Ot. prp nr. 6 (2003-2004) s. 35

konkurranselovens § 3 ble ansett som overflødig ble det likevel ansett som hensiktsmessig av pedagogiske grunner å innta bestemmelsen i konkurranseloven.¹⁰³

Avtaler mellom arbeidstakere og arbeidsgivere faller således som utgangspunkt utenfor konkurransereglens anvendelsesområde. Av Odelstingsproposisjonen fremgår det på side 35 at "[u]nntaket ikke er til hinder for en vurdering av de enkelte bestemmelser i lønns- og arbeidsavtaler, med henblikk på å fastslå om de ellers direkte regulerer konkurranseforhold i et relevant marked." Noe som ifølge departementet "er i overensstemmelse med praksis i EU og EØS". Av proposisjonen fremgår det således at konkurransereglene kan få anvendelse på de sider av en arbeidsavtale som direkte regulerer konkurranseforholdene ut over lønns- og arbeidsvilkår.

6.4.2 Arbeidstakeres organisasjoner

At arbeidstakere ikke anses som foretak har som konsekvens at heller ikke arbeidstakernes organisasjoner anses som foretak i situasjoner hvor organisasjonene tar sikte på å ivareta sine medlemmers interesser. Dette fremgår blant annet av Generaladvokatens forende forslag til avgjørelse i Albany, Brentjens og Drijvende Bokken, hvor det ble uttalt at "[s]ince employees cannot be qualified as undertakings for the purpose of Article [81], trade unions, or other associations representing employees, are not 'associations of undertakings'."¹⁰⁴ I og med at arbeidstakere ikke utgjøre en selvstendig økonomisk enhet i forhold til sin arbeidsgiver, "endres [dette] ikke ved å se på arbeidstakere kollektivt som gruppe innen samme arbeidsgiver eller på tvers av flere arbeidsgivere."¹⁰⁵

Virksomhet fra organisasjonen som ikke tar sikte på ivareta medlemmenes interesser vil imidlertid måtte underlegges en vurdering av om det foreligger økonomisk eller

¹⁰³ Ot. prp nr. 6 (2003-2004) s. 35

¹⁰⁴ Premiss 218

¹⁰⁵ Graver, Arbeidsrett 2005 nr. 2 s. 104

kommersiell virksomhet. I vurderingen av om arbeidstakerorganisasjoner i seg selv kan være foretak uttalte Generaladvokaten i Albany, Brentjens og Drijvende Bokken at organisasjonene i enkelte tilfeller kan være foretak, under forutsetning av at virksomheten kan tilregnes organisasjonen og at aktiviteten er av økonomisk eller kommersiell karakter. Som eksempel brukte Generaladvokaten supermarked, sparekasser og reisebyråer som drives for egen regning. Det følger også av EF-domstolens avgjørelse i Belgische Radio at sammenslutninger av arbeidstakere kan anses for å være foretak i det omfang de selv utøver økonomisk aktivitet.

Arbeidstakerorganisasjoner er dermed som utgangspunkt ikke foretak i konkurranserettslig forstand. Dette gjelder imidlertid ikke hvor arbeidstakerorganisasjonene selv utøver økonomisk virksomhet. For at en arbeidstakerorganisasjon skal anses for å være foretak må to kumulative vilkår være oppfylt. Det kreves for det første at den utøvende aktivitet kan tilregnes organisasjonen selv, og for det annet at aktiviteten er av økonomisk art. Når disse to vilkårene er oppfylt, får konkurransereglene anvendelse.

6.4.3 Arbeidsgiverorganisasjoner og kollektive avtaler

Det følger av rettspraksis at kollektive avtaler mellom arbeidsmarkedets parter som går ut på å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår ikke er å anse som avtale mellom foretak eller beslutning mellom foretakssammenslutninger. Til tross for at kollektive avtaler har visse nødvendige konkurransebegrensende virkninger, har EF-domstolen således anerkjent at visse konkurransebegrensninger er naturlig i kollektive avtaler mellom organisasjoner som representerer arbeidstaker og arbeidsgiver.

Det fremgår imidlertid av Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Albany at arbeidsgiverorganisasjoner er å anse som sammenslutning av foretak ved inngåelsen av kollektive avtaler med arbeidstakerorganisasjoner. Men fordi arbeidstakerorganisasjoner ikke anses for å være sammenslutning av foretak vil ikke avtaler som inngås i forbindelse med kollektive forhandlinger anses for å være beslutninger mellom sammenslutninger av

foretak.¹⁰⁶ Begrunnelsen for dette er ifølge Generaladvokaten at arbeidsgivere ikke er motivert av sosiale hensyn, men handler ut fra økonomiske motiver, og gjennom forhandlinger vil arbeidsgivere forsvare sine økonomiske interesser. Dessuten er forhandlinger med arbeidstakere en naturlig bestanddel av et foretaks økonomiske aktivitet, som ikke kan utskilles fra den øvrige virksomhet. Generaladvokaten fant at “[i]n the present cases employers are engaged in economic activities on different markets for goods and services. In that respect they are to be classified as undertakings.” Domstolen tok imidlertid ikke standpunkt til hvorvidt arbeidsgiverorganisasjoner er å anse som foretakssammenslutning eller ikke ved inngåelsen av kollektive avtaler, ettersom den aktuelle avtalen etter sitt formål ble ansett for å falle utenfor konkurransereglene. Det ble uttalt at den aktuelle avtalen som var inngått i forbindelse med kollektive forhandlinger mellom arbeidsmarkedets parter for å forbedre ansettelses- og arbeidsvilkår på grunn av dens karakter og formål ikke var å anse som beslutning mellom sammenslutninger av foretak og konsekvensen var dermed at ”the agreement at issue in the main proceedings does not ... fall within the scope of Article [81(1)] of the Treaty.” Av juridisk teori fremgår det imidlertid at arbeidsgivere ikke opptrer som foretak når de inngår individuelle eller kollektive avtaler med arbeidstakere. Dette ”er en naturlig konsekvens av betraktningmåten til EF-domstolen i Straffesak mot Becu om at arbeidstaker og arbeidsgivere utgjør samme økonomiske enhet”¹⁰⁷ og vil ikke være forenelig med EF-domstolens tolkning av foretaksbegrepet.¹⁰⁸

Domstolen har slått fast at de kollektive avtalenes sosialpolitiske målsetninger ville blitt bragt i alvorlig fare hvis arbeidsmarkedets parter, i forbindelse med felles bestrebelser på å forbedre ansettelses- og arbeidsvilkår, er underlagt kartellforbudet. Av en formålsbestemt og sammenhengende fortolkning av traktatens bestemmelser som helhet faller således avtaler som inngås i forbindelse med kollektive forhandlinger mellom arbeidsmarkedets

¹⁰⁶ Premiss 228 følgende

¹⁰⁷ Graver (2005 nr. 2) s. 104

¹⁰⁸ Kolstad, Norsk konkurranserett bind 1 s. 177

parter med slike målsetninger etter sin karakter og sitt formål utenfor kartellforbudet.¹⁰⁹ Denne betraktningmåten ble lagt til grunn i EFTA-domstolens avgjørelse i Landsorganisasjonen i Norge, hvor Domstolen fant at avtaler som er inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, og som søker å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, etter sin art og sitt formål, må anses å falle utenfor kartellforbudets anvendelsesområde. Det ble uttalt at tariffavtaler mellom arbeidsgivere og arbeidstakere ”som forfølger formål som ligger utenfor området for forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår, eller som i praksis ikke virker slik at det fører til forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår, kan falle innenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS.”¹¹⁰ Det oppstilles således to kumulative krav til at en tariffavtale skal kunne unntas kartellforbudet, for det første at avtalen er inngått etter kollektive forhandlinger, og for det annet at avtalen er inngått for å forfølge det formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Av dommen fremgår det således at kollektive avtaler kan anses som avtale mellom foretak eller beslutning mellom foretakssammenslutning, avhengig av formålet med avtalen.

Disse sakene kan ses på som en etablering av særegne regler for kollektive avtaler,¹¹¹ hvor avtaler mellom arbeidsmarkedets parter som går ut på bedre arbeids- og ansettelsesvilkår unntas kartellforbudets anvendelsesområde. Når EF-domstolen i Albany går inn på en vurdering av om karakteren og formålet med de aktuelle avtalene forsvarer at de faller utenfor kartellforbudets anvendelsesområde, utelukker imidlertid ikke Domstolen at kartellforbudet kan få anvendelse på visse typer kollektive avtaler. Men siden begrepet arbeids- og ansettelsesvilkår tolkes vidt slik at det som utgangspunkt omfatter bestemmelser som relaterer seg til kjerneområdene for kollektive avtaler, slik som lønn, arbeidstid og andre arbeidsvilkår, og fordi en slik avtale som regel ikke vil ha andre formål, eller virkninger som ikke fører til forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår¹¹², kan man som utgangspunkt si at at ”[a]ll virksomhet på arbeidsmarkedet faller ... utenfor

¹⁰⁹ Albany premiss 59 og 60

¹¹⁰ Domslutningens pkt. 1

¹¹¹ Bellamy and Child s. 116 og 117, og Landsorganisasjonen i Norge premiss 52

¹¹² Gyselen (2000) s. 443

konkurransereglene.”¹¹³ Etter praksis må en kollektiv avtale underlegges en vurdering dersom den har andre formål enn rent sosiale, hvor avtaleformen, avtalens innhold og dens ulike regler, og under de forhold avtalen ble fremforhandlet, samt den påfølgende praksis mellom partene og avtalens virkninger, tas i betraktning.¹¹⁴ Hvis den kollektive avtalen er inngått innenfor rammene for kollektiv forhandling mellom arbeidsmarkedets parter som vedrører grunnleggende emner for kollektive forhandlinger, såsom lønn og arbeidsvilkår, faller den innenfor kartellforbudet når den går utover forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og ”directly affects relations between employers and third parties such as clients, suppliers, competing employers or consumers.”¹¹⁵

6.5 Unntak for innkjøpsvirksomhet

6.5.1 Den senere anvendelsen av det innkjøpte produktet

Som det ble redegjort for i kapittel 5.6 er utgangspunktet at innkjøp av varer og tjenester er av økonomisk karakter, og enheten som foretar innkjøp anses som foretak. Dette gjelder imidlertid ikke uten unntak, av rettspraksis kan det nemlig utledes at det er arten av innkjøpsvirksomheten samt den senere anvendelsen av produktet som er avgjørende i vurderingen av innkjøpsvirksomhetens økonomiske karakter.

I FENIN var spørsmålet om innkjøp av helseprodukter var å anse som økonomisk virksomhet. Det ble gjort gjeldende av to andre leverandører av helseprodukter at det spanske sunnhetsvesenets monopolstilling for enkelte helseprodukter var i strid med fellesskapsretten. Domstolen konkluderte med at sunnhetsvesenets innkjøp av helseprodukter ikke kunne anses som økonomisk eller kommersiell virksomhet. Under

¹¹³ Graver (2005 nr. 2) s. 104

¹¹⁴ Bellamy and Child s. 116

¹¹⁵ Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i Albany, premiss 190 følgende.

henvisning til EF-domstolens avgjørelse i Poucet og Pistre ble det slått fast at sunnhetsvesenets aktivitet var basert på solidaritetshensyn, og solidariteten kom til uttrykk ved at sunnhetsvesenet ble finansiert gjennom sosiale og statlige bidrag, og at det leverte tjenesteytelser gratis til sine medlemmer. I overensstemmelse med solidaritetsprinsippet var derfor ikke sunnhetsvesenet å anse som foretak når det kjøpte helseprodukter som ble solgt av foretak, forutsatt at de innkjøpte produktene senere ble anvendt i virksomhet som ikke var økonomisk. Det ble i Førsteinstansrettens avgjørelse, som EF-domstolen sluttet seg til, uttalt at ”an organisation which purchases goods even in great quantity not for the purpose of offering goods and services as part of an economic activity, but in order to use them in the context of a different activity, such as one of a purely social nature, does not act as an undertaking simply because it is a purchaser in a given market.”¹¹⁶

Avgjørelsen i FENIN er ikke begrenset til virksomhet av rent sosial karakter. Det ble nemlig lagt til grunn både av Førsteinstansretten og EF-domstolen i SELEX Sistemi at ”[t]he general wording of that sentence, and in particular the fact that it expressly refers to a social activity only as an example, permits the approach adopted in that judgment to be transposed to any organisation purchasing goods for non-economic activities.”¹¹⁷

Domstolen uttalte at argumentasjonen i FENIN klart får anvendelse på andre aktiviteter enn de som er av sosial art eller som er basert på solidaritet, siden disse elementene ikke utgjør en betingelse for at en aktivitet er av ikke-økonomisk art.¹¹⁸ I både Førsteinstansrettens og Domstolens avgjørelse ble Eurocontrols innkjøp av produkter til bruk ved utarbeidelse av standarder ikke ansett som økonomisk, fordi Eurocontrols utarbeidelse av standarder ikke var økonomisk virksomhet.

Det forandrer heller ikke innkjøpets økonomiske karakter at virksomheten påvirker markedssituasjonen og at enheten kan utøve en vesentlig økonomisk makt. Dette følger av FENIN, hvor det ble fastslått at “[w]ilst an entity may wield very considerable economic

¹¹⁶ Premiss 37

¹¹⁷ T-155/04 premiss 67

¹¹⁸ C-113/07 premiss 103

power, even giving rise to a monopsony, it nevertheless remains the case that, if the activity for which that entity purchases goods is not an economic activity, it is not acting as an undertaking for the purpose of Community competition law and is therefore not subject to the prohibitions laid down in Articles 81 (1) EC and 82 EC.”

I forarbeidene til konkurranseloven anser departementet at ”offentlige innkjøp av varer og tjenester [omfattes] av begrepet ervervsvirksomhet.” Noe som gjelder ”[s]elv om de innkjøpte varer eller tjenester senere skal konsumeres i tilknytning til myndighetsutøvelse”¹¹⁹, da innkjøpene må betraktes som ordinær økonomisk virksomhet. Dette er imidlertid ikke i samsvar med EF-domstolens praksis, hvor det har blitt lagt avgjørende vekt på den senere anvendelsen av produktet. Dersom det innkjøpte produktet anvendes i virksomhet som ikke er av økonomisk karakter, er heller ikke innkjøpsvirksomheten økonomisk.¹²⁰

Konsekvensen av avgjørelsene er dermed at en enhets innkjøp av varer og tjenester for å bruke dem i virksomhet som ikke er av økonomisk art er at heller ikke innkjøpsvirksomheten er økonomisk virksomhet. Dette til tross for at innkjøpet skjer i store kvanta. Det er således bare innkjøp av produkter som senere skal anvendes i økonomisk virksomhet som er økonomisk virksomhet.

6.5.2 Sluttbrukers innkjøp

I forlengelsen av innkjøpsproblematikken kan man stille spørsmål om innkjøp av varer og tjenester til konsum anses som økonomisk virksomhet. Eksempel her er privates innkjøp av husholdningsprodukter eller en taxisjåførs kjøp av bensin, verken privatpersonen eller taxisjåføren kjøper inn produktene for videre salg, men for selv å gjøre seg nytte av de.

¹¹⁹ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 33

¹²⁰ Se kapittel 5.5, 5.8 og 7.1.3

Om innkjøp av produkter som konsumeres anses som økonomisk virksomhet eller ikke kan ikke besvares generelt. Svaret på spørsmålet vil avhenge av om konsumet skjer til privat bruk eller ikke, også for sluttbrukers innkjøp er det den senere anvendelsen av produktet eller tjenesten som er avgjørende for om virksomheten er økonomisk eller ikke. En mottaker av varer og tjenester er således bare et foretak hvis de kjøpte varene eller tjenestene utgjør et vesentlig element av varer eller tjenester som senere tilbys på et gitt marked. Det er således den senere anvendelse av de innkjøpte varene eller tjenestene som er avgjørende for om enheten som foretok innkjøp er å anse som foretak eller ikke.

Klart nok vil konsum ved utøvelse av en virksomhet medføre at innkjøp av produktet som konsumeres anses som økonomisk virksomhet. Eksempelvis vil en taxisjåførs konsum av bensin i utøvelsen av sitt yrke anses som økonomisk virksomhet. Ved innkjøp av det aktuelle produktet vil innkjøperen påvirke et gitt marked og dermed påvirke markedetsresultatene. Produktet anvendes for å drive ervervsvirksomhet og formålet med innkjøpet er å drive økonomisk virksomhet. I Pavel Pavlov kom EF-domstolen til at selvstendige spesialleger var å anse som foretak. Ved innbetaling av bidrag til egen tilleggspensjonsordning fant Domstolen at det var en tett sammenheng mellom bidraget og utøvelsen av den ervervsmessige virksomhet.

Men hvordan er situasjonen når konsumet skjer til privat bruk, for eksempel en taxisjåførs konsum av bensin til privat bruk – vil vedkommende da utøve økonomisk virksomhet? Klart nok påvirker konsum til privat bruk markedet og markedetsresultater, uten konsum ville det ikke vært noe produksjon og tilbud av varer og tjenester, og på denne måten er konsum grunnleggende for økonomisk aktivitet. Ved konsum til privat bruk søker man imidlertid ikke å oppnå økonomisk vinning ved forbruket; taxisjåførens konsum av bensin til privat bruk har et annet formål enn hans konsum av bensin i egenskap av å være taxisjåfør.

Verken EF-domstolens praksis eller konkurranselovens § 2 språklige forståelse av foretaksbegrepet passer på innkjøp til privat konsum. Riktignok er konsum den mest fundamentale formen for økonomisk aktivitet, men ” the concept of carrying on an economic activity used in the context of the EC competition rules is typically defined by reference to the entity’s outputs – what it supplies – rather than its inputs – what it buys.”¹²¹ Heller ikke formålet med reglene om forbud mot foretaks konkurransebegrensende atferd, som jo nettopp er å hindre at konkurransen på markedet begrenses slik at samfunnets ressurser ikke utnyttes effektivt, passer på innkjøp til privat konsum. Det følger også av Kommisjonens Guidelines on Vertical Restraints punkt 24 at vertikale avtaler med endelig forbruker, som ikke driver ervervsvirksomhet, ikke er å anse som avtaler mellom foretak.

Løsningen er imidlertid ikke gitt, da det ikke er noe rettspraksis på området.¹²² Det synes imidlertid i juridisk teori ”å være bred enighet om at sluttbruker som kjøper inn til privat forbruk ikke agerer som ’foretak’”¹²³

7 Flere enheter som et foretak – doktrinen om en økonomisk enhet

7.1 Innledning

¹²¹ Lasok (2004) s. 383

¹²² Grunnen til dette er antageligvis at privates innkjøp av produkter og tjenester vanskelig vil føre til at konkurransen og samhandelen påvirkes merkbart, og at en privatperson neppe vil inneha en dominerende stilling som kan føre til utilbørlig utnyttelse av markedsrett.

¹²³ Kolstad, Norsk konkurranserett bind 1 s. 184

Ovenfor er prinsippene om hva som menes med begrepet foretak behandlet, slik dette fremkommer i rettspraksis og teori. Det er altså konkurransereglens saklige anvendelsesområde som tidligere har blitt behandlet. I dette kapitlet forutsettes det at foretaksbegrepet er fastlagt, her er det nemlig doktrinen om en økonomisk enhet som behandles.

Doktrinen om en økonomisk enhet går kort sagt ut på at flere enheter *samlet* anses for å utgjøre et foretak i konkurranserettslig forstand. Et nøkkelbegrep i denne forbindelse er ”kontroll”. Rettspraksis viser nemlig at det må foreligge tilstrekkelig grad av kontroll for at to eller flere enheter skal utgjøre en økonomisk enhet.

7.2 Utgangspunkt

Det har gjennom lengre tid i rettspraksis og teori blitt utviklet en doktrine som går ut på at flere enheter samlet kan utgjøre en økonomisk enhet. Det rettslige grunnlaget for doktrinen om en økonomisk enhet er fast og langvarig rettspraksis. I EF-domstolens avgjørelse i Hydrotherm ble det uttalt at ”in competition law, the term ”undertaking” must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement in question even if in law the economic unit consists of several persons, natural or legal.”¹²⁴ Også i Anic og Shell ble det lagt til grunn at kartellforbudet er rettet mot en økonomisk enhet bestående av menneskelige, materielle og immaterielle ressurser som forfølger et økonomisk formål på lang sikt, og som kan medvirke ved overtredelser av bestemmelsen.

Begrunnelsen bak doktrinen er at bestemmelsene om forbud mot konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak retter seg mot foretak som er konkurrenter i markedet, forbudet er derfor ikke anvendelig overfor samarbeid mellom enheter innenfor samme foretak. Hvor doktrinen om en økonomisk enhet får anvendelse er det verken nødvendig eller

¹²⁴ Premiss 11

hensiktsmessig å gi kartellforbudet anvendelse, da samarbeidet ikke påvirker konkurransen på markedet.

I begrepet “doktrinen om en økonomisk enhet” ligger det at det er den økonomiske realitet som er avgjørende for vurderingen. Dette kan man også utlede av SIV, hvor EF-domstolen uttalte at ”(i)t follows that when Article [81] refers to agreements or concerned practice between “undertakings”, it is referring to relations between two or more economic entities which are capable of competing with another.” At det er den økonomiske realitet som er avgjørende for anvendelsen av doktrinen om en økonomisk enhet resulterer i at det vil bero på en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak om enhetene er å anse som en økonomisk enhet eller ikke. Det fremkommer blant annet av den funksjonelle definisjonen i Höfner og Elsner og EF-domstolens avgjørelse i Stora Kopparbergs at enhetenes rettslige status er irrelevant. I Stora Kopparbergs ble det uttalte at det faktum at et datterselskap hadde separat rettslig personlighet ikke ekskluderte muligheten for at det ble kontrollert av morselskapet. At foretakskriteriets utstrekning er uavhengig av enhetenes rettslige status har som konsekvens at grupper av selvstendige rettssubjekter, juridiske eller fysiske personer, kan anses for å utgjøre et foretak, slik at konkurransereglene får anvendelse på gruppens atferd på markedet. Dette ble lagt til grunn av Kommisjonen i Pre-Insulated Pipe Cartel, som ble opprettholdt av Førsteinstansretten i HFB. I Cartonboard uttalte Kommisjonen at ”[i]n the context of large corporate groups, any of the following may, depending upon the circumstances, be treated as an “undertaking” – the parent or holding company of the group, the whole group consisting of the parent and its direct and indirect subsidiaries, intermediate holding companies, the subgroups or divisions formed by the subholding companies and their subsidiaries, the individual subsidiary companies.”

I Konkurransetilsynet vedtak V2008-1 kom Konkurransetilsynet til at to leger i kontorfellesskap ikke utgjorde en økonomisk enhet, og at kartellforbudet derfor kom til anvendelse på deres anbudssamarbeid. Det ble lagt vekt på at begge legene var registrert som enkeltpersonsforetak og ikke hadde eierinteresser i hverandres selskaper.

Utgangspunktet måtte derfor være at disse ikke var å anse som en økonomisk enhet. At de

delte utgifter til felles lokaler, utstyr og personale fratok dem ikke muligheten til å inngi ulike anbud gjennom sine respektive foretak. Ved at legene innga likt pristilbud ”innebærer at det i realiteten blir en mindre konkurrent i anbudskonkurransen.” Det ble uttalt at ”[k]ravet om uavhengige foretak fremgår ikke eksplisitt av ordlyden i § 10(1), men følger av forarbeidene til konkurranseloven [Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s.225] og langvarig rettspraksis [sak C-73/95]. Vilåret er å forstå slik at foretak som kontrolleres av samme eier vil kunne samarbeide uten at dette omfattes av forbudet i § 10, ettersom foretakene i utgangspunktet ikke konkurrerer med hverandre.”

7.3 Konsekvenser av at flere enheter anses som en økonomisk enhet

Konsekvensen av at flere enheter utgjør en økonomisk enhet er at enhetene samlet utgjør et foretak, og at det er dette foretaket som er subjekt for konkurransereglene. Dette følger blant annet av Førsteinstansrettens avgjørelse i T-137/02, hvor det fremgår at når forskjellige fysiske eller juridiske personer utgjør en økonomisk enhet, skal de behandles som et enkelt foretak for så vidt angår anvendelsen av Fellesskapsrettens konkurranseregler. Konsekvensen av flere virksomheter anses som en økonomisk enhet er dermed at forbudsbestemmelsene i EF-traktatens art. 81, EØS-avtalens art. 53 og konkurranselovens § 10 ikke kommer til anvendelse på konkurransebegrensende samarbeid dem i mellom, fordi samarbeidet ikke er inngått ”mellom foretak” slik som kartellforbudet stiller som vilkår. Hver av enhetene anses ikke som egne foretak, men utgjør til sammen et foretak. At ulike enheter til sammen utgjør en økonomisk enhet har videre som konsekvens at alle enhetene i et foretak vil bli tatt i betraktning ved vurderingen av foretakets markedsandel når man skal avgjøre om det foreligger misbruk av dominerende stilling etter EF-traktatens art. 82, EØS-avtalens art. 54 og konkurranselovens § 11. Jo flere enheter som inngår i en økonomisk enhet, jo lettere vil det foreligge tilstrekkelig markedsandel til å anse foretakets stilling som dominerende.

At flere enheter utgjør en økonomisk enhet resulterer dessuten i at ansvar for en eller flere enheters overtredelse av konkurransereglene kan ilegges den kontrollerende enheten, eller foretaket som sådan. Morselskapet kan således ilegges ansvar for et datterselskaps overtredelse dersom enhetene utgjør en økonomisk enhet.¹²⁵ Av ICI ble en annen viktig konsekvens av doktrinen om en økonomisk enhet og ansvarsreglene fremhevet. Det ble avvist av EF-domstolen at det ikke var adgang til å ilegge et foretak bot siden morselskapet opererte utenfor EU. Begrunnelsen var at morselskapet kontrollerte datterselskapene som var etablert i EU. EF-domstolen uttalte i premiss 130, 141 og 142 "[b]y making use of its power to control its subsidiaries established in the Community, the applicant was able to ensure that its decision was implemented on that market. ... It was in fact the applicant undertaking which brought the concerned practice into being within the common market. The submission as to lack of jurisdiction raised by the applicant must therefore be declared to be unfounded."

Doktrinen om en økonomisk enhet vil også ha betydning for reglene om statsstøtte. Ved identifiseringen av støttemottakeren oppstår spørsmålet om hvilke enheter som sammen utgjør et foretak. Det fremkommer av EF-domstolens avgjørelse i Intermills mot Kommissjonen at dersom det blir gitt statsstøtte til ett flere selskaper som sammen utgjør en økonomisk enhet vil den totale summen av støtten tas med i beregningen ved vurderingen av om støtten vrir eller truer med å vri konkurransen.

7.4 Kontrollkriteriet

7.4.1 Enheten må ha mulighet til å utøve kontroll

¹²⁵ Dette vil jeg komme tilbake til under kapittel 8

Doktrinen om en økonomisk enhet gjør det mulig for konkurransemyndighetene å fastlegge det reelle økonomiske forholdet mellom foretak i en bedrift. Og det avgjørende kriterium i vurderingen av om to eller flere enheter anses for å utgjøre en økonomisk enhet er graden av kontroll; dersom en enhet i tilstrekkelig grad har mulighet til å utøve kontroll over en annen anses disse for å utgjøre et foretak. Dersom en enhet ikke har slik mulighet vil disse utgjøre to selvstendige foretak. Hvor en enhet kontrollerer en annen vil den kontrollerte enheten være underlagt samme forretningspolitikk som enheten som kontrollerer, og den kontrollerende og den kontrollerte vil agere som en enhet på markedet.

Fastleggelsen av om en enhet har mulighet til å utøve kontroll over en annen enhet må bero på en konkret helhetsvurdering. I vurderingen vil definisjonen av kontroll i Fusjonskontrollforordningen art. 3 nr. 2 og konkurranselovens § 17 tredje ledd kunne gi veiledning.¹²⁶ Kontroll foreligger hvor en enhet ikke er en selvstendig aktør på markedet, men er fullt underlagt en eller flere enheter og vil rette seg etter dette eller disse. Dette følger av *Beguèlin Import, Centrafarm og Corinne Bodson*. Dersom en enhet "has no real freedom to determine its course of action on the market"¹²⁷ vil den være kontrollert av en annen enhet, og disse vil dermed utgjøre en økonomisk enhet. Den kontrollerte enheten vil ikke ha en privatautonomi i forhold til den kontrollerende enheten. Det er ikke til hinder for at flere enheter anses som en økonomisk enhet at hver av disse har selvstendig rettslig status. Dette følger både av den funksjonelle definisjonen av begrepet foretak som ble gitt i *Höfner og Elsner* og av *Beguèlin Import*, hvor Domstolen fant at et datterselskap utgjorde en økonomisk enhet med morselskapet til tross for at dette hadde "separate legal personality".¹²⁸ Etter bestemmelsene er det muligheten for å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet som anses som kontroll. Det avgjørende spørsmål i vurderingen av om enhetene anses for å utgjøre en økonomisk enhet er derfor om enhetene som inngår samarbeidet er selvstendige i deres avgjørelse, eller om en av enhetene har tilstrekkelig

¹²⁶ Bestemmelsene benytter begrepet kontroll for å definere strukturendringer, og gjelder således ikke i forhold til de materielle konkurransereglene.

¹²⁷ *Centrafarm* premiss 41

¹²⁸ *Premiss 8*

kontroll over den annen parts anliggender eller forretninger, slik at den annen mangler reell selvstendighet.

I vurderingen må det legges vekt på en rekke faktorer, så som andelen av aksjer eller eierandeler det ene selskapet har i det andre, sammensettingen av styret, i hvilken grad det ene selskapet har innflytelse på det andre selskapets strategi og dets instruksjonsmyndighet. Det er også et moment for at avgjørende innflytelse at enhetene er aktiv på samme eller tilgrensende marked. Dette følger av Generaladvokaten i forslag til avgjørelse i Stora Kopparbergs, hvor det i premiss 50 ble uttalt at enheten dermed nødvendigvis er interessert i de prisene som produkter selges for, noe som foranlediger at enheten er tvungen til å gjøre seg kjent med prisforhøyelser som finner sted innenfor den pågjeldende sektor. At enhetene har samme navn og logo er også moment for at kontroll blir utøvet. I Minoan Lines ble det i innflytelsesvurderingen lagt vekt på at mor- og datterselskap hadde samme logo.

Jeg vil videre i fremstillingen av doktrinen om en økonomisk enhet eksemplifisere kontrollkriteriet ved å se på rettspraksis vedrørende konsernforhold, forholdet mellom agent og hovedmann og forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

7.4.2 Konsernforhold

Dersom et morselskap har mulighet til å utøve kontroll over ett eller flere datterselskap følger det av doktrinen om en økonomisk enhet at disse sammen utgjør et foretak. Kartellforbudet får således ikke anvendelse på avtaler mellom disse, da en avtale mellom mor- og datterselskap ikke er avtale mellom foretak. Det ble lagt til grunn av EF-domstolen i dens avgjørelse i Centrafarm at konkurransereglene ikke retter seg mot samarbeid mellom selskaper innenfor samme konsern. Det ble uttalt at reglene “is not concerned with agreements or concerted practices between undertakings belonging to the same concern and having the status of parent company and subsidiary, if the undertakings form an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on

the market, and if the agreements or practices are concerned merely with the internal allocation of tasks as between the undertakings.”¹²⁹

Slik kontroll kan morselskapet ha ved at datterselskapet er heleid, at morselskapet har en stor andel aksjer eller styreverv i datterselskapet, at morselskapet har instruksjonsmyndighet overfor datterselskapet, eller at morselskapet har innflytelse på datterselskapets markedsatferd

I Viho Europe ble mor- og datterselskap ansett for å utgjøre en økonomisk enhet. EF-domstolen fastholdt Førsteinstansrettens uttalelse om at “the subsidiary, although having a separate legal personality, does not freely determine its conduct on the market but carries out the instructions given to it directly or indirectly by the parent company by which it is wholly controlled, Article [81 (1)] does not apply to the relationship between the subsidiary and the parent company with which it forms an economic unit.”¹³⁰ Saken gjaldt selskapet Viho som hevdet at Parker Pen Ltd opererte i strid med forbudet i EF-traktatens art. 81 ved at det gjennom salg og markedsføring kontrollerte datterselskapene. Kommisjonen fant at det ikke forelå brudd på forbudsbestemmelsen i og med at datterselskapene var fullstendig avhengig av Parker Pen og ikke hadde reell autonomi. EF-domstolen var enig med Kommisjonen og fremholdt i avgjørelsen at konsernets datterselskaper utgjorde en økonomisk enhet og datterselskapene ikke hadde reell selvstendighet ved fastleggelsen av deres atferd på markedet, men utførte instruksjoner som de mottok fra morselskapet, hvis kontroll de var underlagt.

I Ijsselcentrale and others kom Kommisjonen til at fire elektrisitetsselskaper og et joint venture etablert dem imellom, ikke var å anse som en økonomisk enhet. Selskapene var ikke del av et konsern fordi “[t]hey are separate legal persons, and are not controlled by a single person, natural or legal. Each generating company determines its own conduct independently. ... The fact that the generators all form part of one indivisible system of

¹²⁹ Premiss 41

¹³⁰ Premiss 51

public supply changes nothing here. The distributors likewise form part of the same system, but there is no reason to suppose that they form an economic unit with the generators on that ground alone. Finally, it cannot be said that [joint venture] itself forms an economic unit with one or more of the generating companies. SEP is a joint venture controlled by its parent companies together.”

7.4.3 Avtaler som inngås med agent

Doktrinen om en økonomisk enhet får også anvendelse ved agentavtaler. I Kommisjonens meddelelse om vertikale begrensninger blir en agentavtale angitt som den situasjon hvor en juridisk eller fysisk person bemyndiges til på en annen persons vegne, enten i agentens navn eller i agenturgivers navn, å forhandle eller inngå avtaler om kjøp og salg av varer og tjenester.¹³¹ I slike tilfeller oppstår spørsmålet om mellommann og hovedmann er å anse som en økonomisk enhet eller om mellommannen er et selvstendig foretak. Dersom mellommannen ikke er å anse som et selvstendig foretak vil heller ikke avtaler mellom hovedmann og mellommann rammes av kartellforbudet da avtalen ikke er inngått ”mellom foretak”.¹³² Motsatt kan kartellforbudet få anvendelse på avtaler mellom hovedmann og mellommann dersom doktrinen om en økonomisk enhet ikke får anvendelse.¹³³

Spørsmålet om anvendelsen av doktrinen om en økonomisk enhet må bero på en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak. Det er den økonomiske realitet som er avgjørende, ikke den rettslige kvalifiseringen av avtaleforholdet i nasjonal rett.¹³⁴ Om mellommannen klassifiseres som agent, fullmektig eller kommisjonær etter norsk intern rett er således uten betydning ved vurderingen av om mellommannen og hovedmann er en økonomisk enhet. I CEEES og CEPESA ble det uttalt at anvendelsen av doktrinen om en økonomisk enhet på

¹³¹ Pkt. 12

¹³² For eksempel DaimlerChrysler og Minoan Lines

¹³³ For eksempel CEPESA

¹³⁴ CEEES og CEPESA, henholdsvis premiss 48 og 36.

agentavtaler må bero på om agenten i avtalen med hovedmannen bærer ansvaret for den økonomiske og kommersielle risiko som er forbundet med salg av produkter til tredjemann.

I EF-domstolens avgjørelse i *Suiker Unie* ble det av Domstolen lagt til grunn at en agent som utgangspunkt anses for å utgjøre en økonomisk enhet med hovedmannen hvor agenten arbeider til fordel for mellommannen. Det ble uttalt at det faktum at en agent "works for the benefit of his principal he may in principle be treated as an auxiliary organ forming an integral part of the latter's undertaking, who must carry out his principal's instructions and thus, like a commercial employee forms an economic unit with its undertaking."¹³⁵ Det fremgår videre at en mellommann ikke er integrert i hovedmannens virksomhet hvis avtalen som er inngått med tredjemann lar mellommannen overta eller beholde funksjoner som tilhører en uavhengig forhandler, nettopp det å bære den økonomiske risiko som er forbundet med inngåelse av avtaler. Dersom mellommannen ved siden av oppdraget fra hovedmannen utfører transaksjoner av et betydelig omfang på samme marked som mellommannen opererer på gjennom forholdet med hovedmannen taler dette for at mellommann og hovedmann er to selvstendige foretak.

I overensstemmelse med *Suiker Unie* ble det av Førsteinstansretten fastslått i *DaimlerChrysler* at hvor en agent ikke selv bestemmer egen atferd på markedet, men utfører arbeid etter hovedmannens instruksjoner, vil avtaler mellom agent og hovedmann falle utenfor konkurransereglens anvendelsesområde på grunn av doktrinen om en økonomisk enhet. Førsteinstansretten konkluderte med at *DaimlerChrysler*, som var distributør av Mercedes-Benz, utgjorde en økonomisk enhet med Mercedes-Benz, og avtalen dem imellom dermed var ikke i strid med kartellforbudet. Begrunnelsen for dette var at det var Mercedes-Benz som bar den prinsipale økonomiske risikoen. Det var uten betydning at *DaimlerChrysler* bar risikoen for transportkostnader, demonstrasjonskostnader og reparasjonskostnader. Dette er i overensstemmelse med *Volkswagen and VAG Leasing*, hvor det fremkommer at en agent kun kan miste sin karakter som selvstendig foretak

¹³⁵ Premiss 480

dersom han ikke bærer noen risiko som er forbundet med de kontrakter som han har fremforhandlet for hovedmannen.

Det følger av Førsteinstansrettens avgjørelse i Minoan Lines at det ved siden av risikovurderingen er av betydning om de tjenesteytelser som mellommannen leverer er av eksklusiv karakter. I avgjørelsen kom retten til at fergeselskapet Minoan Lines og selskapet ETA var å anse som en økonomisk enhet. ETA ble ansett for å være mellommann i forholdet til fergeselskapet, ETA agerte på markedet under fergeselskapets navn, og for deres regning. ETA påtok seg ikke selv økonomisk risiko knyttet til fergeselskapets økonomiske aktivitet. Det ble uttalt at "[i]t is clear from the documents before the Court that the criteria used in earlier cases to establish whether or not an agent and its principal form a single economic unit are satisfied in the present case".¹³⁶

I CEEES ga Domstolen en rekke momenter som er relevant i vurderingen av om agenten bærer tilstrekkelig økonomisk risiko. Spørsmålet i saken var om bensinstasjoner i Spania var å anse som agenter eller selvstendige forhandlere. Det var inngått eksklusiv kjøpsavtale mellom innehavere av bensinstasjoner og leverandør av drivstoff. EF-domstolen uttalte at det måtte foretas en risikovurdering og ga i premiss 51 til 59 momenter som var relevante i risikovurderingen. I premiss 60 oppsummerte EF-domstolen det hele, og uttalte at "[i]t follows from the foregoing that, in order to determine whether Article [81] of the Treaty is applicable, the allocation of the financial and commercial risks between the service-station operator and the supplier of fuel must be analysed on the basis of criteria such as ownership of the goods, the contribution of the costs linked to their distribution, their safe-keeping, liability for any damage caused to the goods or by the goods or by the goods to third parties, and the making of investments specific to the sale of those goods." I samsvar med avgjørelsen i DaimlerChrysler uttalte EF-domstolen at selv om agenten bærer noe risiko er dette ikke til hinder for at kartellforbudet ikke kommer til anvendelse, hvor agentens risiko er uvesentlig.

¹³⁶ Premiss 129

Også i CEPSA-saken ble spørsmålet om bensinstasjonsinnehavere utgjorde en økonomisk enhet med sine leverandører vurdert. Leverandørene hadde eneforhandleravtaler med bensinstasjonene og det var spørsmål om det forelå et samarbeid i strid med EF-traktatens art. 81. EF-domstolen pekte på at det var av avgjørende betydning å fastlegge om bensinstasjonsinnehaverne var uavhengige økonomiske aktører. Av stor betydning for å fastlegge spørsmålet om uavhengighet var hvem som bar ansvaret for den økonomiske og kommersielle risiko som var forbundet med salg til tredjemenn. Det ble uttalt at spørsmålet om risiko vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak, det er den økonomiske realitet som er avgjørende, ikke hvorledes avtaleforholdet rettslig sett kvalifiseres i nasjonal rett. EF-domstolen konkluderte med at en eneforhandleravtale om oljeprodukter kan falle innenfor forbudet i EF-traktatens art. 81 dersom bensinstasjonsinnehaverne i en ikke ubetydelig grad bærer en eller flere finansielle og forretningsmessige risikoer forbundet med salg til tredjemenn.

En agent kan således anses som et selvstendig foretak under forutsetning av at agenten bærer risiko som følge av kontraktsinngåelsen. For at doktrinen om en økonomisk enhet skal komme til anvendelse må agenten fungere som et hjelpeorgan integrert i hovedmannens virksomhet.

Også av Commission`s Guidelines on Vertical Restraints følger det at det avgjørende for spørsmålet er om mellommannen har tilstrekkelig selvstendig risiko I Kommisjonens meddelelse fastsettes prinsipper for vurderingen av vertikale avtaler under EF-traktatens art. 81 første ledd. Etter retningslinjene faller avtaler mellom agent og hovedmann som utgangspunkt utenfor anvendelsesområdet for EF-traktatens art. 81 første ledd. Dette gjelder imidlertid bare for de såkalte egentlige agentavtaler, det vil si de avtaler med tredjemann hvor agenten ikke, eller bare i ubetydelig omfang bærer risikoen for de kontrakter som inngås på vegne av hovedmannen.¹³⁷ Agenten vil da ikke utøve noen

¹³⁷ Paragraf 15

selvstendig økonomisk virksomhet siden det er hovedmannen som bærer finansiell og kommersiell risiko. For uegentlige agentavtaler vil EF-traktatens art. 81 første ledd være anvendelig. Det fremgår av paragraf 15 at i slike tilfeller "the agent bear such risks and will be treated as an independent dealer who must remain free in determining his market strategy in order to be able to recover his contract- or market-specific investments."

Av paragraf 14 til 18 fremkommer det at det er agentens risiko av avgjørende betydning i vurderingen av om han kan anses å utgjøre en økonomisk enhet med hovedmannen eller ikke. Grensedragningen mellom de egentlige og de uegentlige agentavtaler vil bero på en vurdering av agentens risiko; dersom avtalen faller inn under forbudsreglens anvendelsesområde vil "the agent bear such [financial and commercial] risks and will be treated as an independent dealer". Av paragraf 14 fremgår det at det er to typer risiko som er relevant i vurderingen av om en agent skal anses for å ikke utgjøre en økonomisk enhet med hovedmannen, nemlig risiko knyttet direkte til kontraktene og risiko knyttet til markedsspesifikke investeringer, som er "investments specifically required for the type of activity for which the agent has been appointed by the principal, i.e. which are required to enable the agent to conclude and/or negotiate this type of contract." Av paragraf 16 følger det at avtaler hvor agenten ikke har eiendomsretten til gjenstandene normalt vil falle utenfor kartellforbudet. Det samme gjelder hvor agenten ikke selv tilbyr tjenester. I bestemmelsen er det gitt en rekke momenter som det skal legges vekt på i vurderingen av om agentavtalen faller utenfor kartellforbudet. De oppramsede momentene er om agenten bidrar til dekning av transportutgifter, om han er forpliktet til å investere i salgsfremmende foranstaltninger, om han for egen regning og risiko lagerfører varene eller er forpliktet til å yte service eller reparasjon eller påtar seg ansvar for produktskade, om han foretar markedsspesifikke investeringer i utstyr og lignende og om han påtar seg ansvar for medkontrahentenes manglende oppfyllelse. Av retningslinjenes paragraf 17 fremgår det at momentene oppramset i paragraf 16 ikke er uttømmende angitt.

7.4.4 Arbeidsforhold

Av Domstolens praksis følger det at arbeidstakere faller utenfor konkurransereglens anvendelsesområde fordi de anses å utgjøre en økonomisk enhet med arbeidsgiver.

I Suiker Unie ble det slått fast at “employees form an economic unit with their employing undertaking.” Og i Straffesak mot Becu ble det av EF-domstolen lagt til grunn at arbeidstaker anses for å utgjøre en økonomisk enhet med arbeidsgiver, fordi arbeidstaker mangler tilstrekkelig selvstendighet i forhold til arbeidsgiver; ansatte utfører arbeid for arbeidsgiver og er underlagt dennes instruksjoner. Den manglende selvstendigheten i forhold til arbeidsgiver gjør at arbeidstaker ikke er å anse som et eget foretak. I saken ble det funnet at det aktuelle arbeidsforholdet var karakterisert ved at arbeidstaker utførte arbeid på vegne av arbeidsgiver og at arbeidstakerne dermed er “incorporated into the undertakings concerned and thus form an economic unit with each of them, dockers do not therefore in themselves constitute `undertakings' within the meaning of Community competition law.”¹³⁸

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om anvendelsen av doktrinen om en økonomisk enhet på arbeidsforhold er treffende.¹³⁹ Doktrinen har, som vi har sett, blitt anvendt i forbindelse til ulike grupperinger i selskapsforhold, noe som er naturlig siden et datterselskap som ikke har tilstrekkelig autonomi til å bestemme sin atferd på markedet må anses for å utgjøre et foretak med den kontrollerende enheten. Anvender man doktrinen om en økonomisk enhet på arbeidsforhold vil dette føre til at man må gå inn på en vurdering av om arbeidsgiver i tilstrekkelig grad hadde mulighet til å føre kontroll med arbeidstaker. Ved ansettelsesforhold er det ikke tvilsomt at arbeidstaker må identifiseres med arbeidsgiver¹⁴⁰ og det er derfor unøwendig å gå inn på en kontrollvurdering.

¹³⁸ Premiss 26

¹³⁹ I denne retning Kolstad, Norsk konkurranserett bind 1 s. 175

¹⁴⁰ Kolstad, Norsk konkurranserett bind 1 s. 175

8 Foretakskriteriets personelle side – etablering av ansvar

8.1 Innledning

Foretaksbegrepet har også en side mot bestemmelsene som gir vedkommende myndighet, Kommisjonen, EFTAs overvåkningsorgan ESA eller de norske konkurransemyndighetene, rett til å ilegge ansvar for overtredelse av konkurransereglene. For å oppnå en effektiv håndhevelse av forbudsreglene kan overtredelse sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Det rettslige grunnlaget for dette finner vi i Rådsforordning 1/03 art. 23 og konkurranselovens § 29, hvor det fremgår at bøter kan ilegges ”foretak eller en sammenslutning av foretak” ved overtredelse av de materielle konkurransereglene. Ileggelse av overtredelsesgebyr vil være et hensiktsmessig virkemiddel for å føre en mer effektiv kontroll med skadelige konkurransebegrensninger. Både forbudsbestemmelsene og sanksjonsbestemmelsene er etter sin ordlyd rettet mot foretak eller sammenslutninger av foretak, noe som har som resultat at det foretaket som overtrer en forbudsbestemmelse kan ilegges overtredelsesgebyr for denne overtredelsen. Det er således det foretaket som overtrer forbudsbestemmelsene som skal ilegges ansvar. Når det er påvist at en enhet, som etter disse bestemmelsene anses å være et foretak, har handlet i strid med vedkommende bestemmelse må det fastslås hvilken enhet, fysisk eller juridisk, som var ansvarlig for virksomhetens drift på tidspunktet for overtredelsen, slik at rette vedkommende kan dras til ansvar.

Ved etablering av ansvar må det bevises at enheten som er i stand til å kontrollere den overtredende enheten faktisk har utnyttet denne kontrollmuligheten, for at denne skal kunne ilegges ansvar.¹⁴¹ Som for fastleggelsen av doktrinen om en økonomisk enhet er således kontroll også et nøkkelbegrep i forhold til sanksjonsreglene. Doktrinen om en økonomisk enhet gjør det ikke bare mulig for EF-domstolen å fastlegge det reelle økonomiske forholdet mellom foretak i en bedrift, den forsvarer også etablering av ansvar

¹⁴¹ Dette fremkommer av ICI og vil bli behandlet i kapittel 8.3.

på en enhet som ikke har overtrådt konkurransereglene.¹⁴² Dersom en enhet har mulighet til å legge føringer på en annen enhets markedsatferd er det heller ikke urimelig at denne enheten kan ilegges ansvar for den annen enhets konkurransebegrensende atferd.

8.2 Problemstillingen

Problemer vedrørende spørsmålet om hvem som skal ilegges ansvar oppstår fordi økonomiske aktører forekommer i mange forskjellige varianter, alt fra selvstendig næringsdrivende til store konsern. I tillegg kan rettslige enheter enkelt fusjonere, oppløses, selges og kjøpes, og slike restruktureringer er i dag vanlig. Særlige problemer omkring spørsmålet om ansvarsileggelse oppstår hvor enheten som begikk overtredelsen blir overdratt i tiden mellom overtredelse og ansvarsileggelse; er det nye foretaket ansvarlig for overtredelsen? Hvis nei: hva skjer dersom det opprinnelige foretaket avvikles? Faller ansvaret bort eller kan det nye foretaket likevel ilegges ansvar?

Ved valget av kriterier for ansvarsileggelse skal både sanksjonens karakter samt hensikten og formålet med sanksjonen tas i betraktning. Etter EF-traktatens art. 3 nr. 1 litra g og EØS-avtalens art. 1 nr. 2 litra e skal det innføres en ordning som sikrer at konkurransen på det indre marked ikke vris, sanksjon ilegges for å sikre en effektiv gjennomførelse av konkurransereglene, og som dermed hindre at konkurransen ikke vris. Ileggelse av sanksjon har som hovedformål å virke avskrekkende, slik at man i større grad unngår overtredelse av konkurransereglene. For at en sanksjon skal være mest mulig effektiv og ha størst mulig preventiv virkning må den således ilegges det foretaket som begikk overtredelsen.

8.3 Faktisk utøvelse av avgjørende innflytelse

¹⁴² Goyder s. 66

8.3.1 Vilkår for å pålegge en enhet ansvar for en annens overtredelse av konkurransereglene

Rettspraksis viser at en enhet i enkelte tilfeller kan bli ilagt ansvar for en annen enhets overtredelse av konkurransereglene. For at dette skal kunne gjøres oppstilles det i rettspraksis to vilkår.

For det første må enhetene utgjøre en økonomisk enhet etter doktrinen om en økonomisk enhet. Enheten som skal ilegges ansvar for en annen enhets overtredelse må således ha en mulighet for å utøve avgjørende innflytelse over et den annen enhets virksomhet. I ICI uttalte Domstolen at "[i]n view of the unity of the group thus formed, the actions of the subsidiaries may in certain circumstances be attributed to the parent company."

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at enhetene tilhører samme økonomiske enhet i materiell konkurranserettslig forstand. Praksis synes å oppstille et vilkår om at enheten faktisk har benyttet sin mulighet til å øve bestemmende innflytelse på datterselskapet. Dette fremgår blant annet av EF-domstolens avgjørelser i ICI og AEG. I ICI ble et morselskap ilagt ansvar for et datterselskaps konkurransebegrensende atferd fordi morselskapet "was able to exercise decisive influence over the policy of the subsidiaries as regards selling prices in the common market and in fact used this power upon the occasion of the three price increases in question."¹⁴³ Denne uttalelse har blitt gjentatt flere ganger i senere rettspraksis. I Dansk Rørindustri ble det under henvisning til Metsä-Serla uttalt at "it is settled case-law that the anti-competitive conduct of an undertaking can be attributed to another undertaking where it has not decided independently upon its own conduct on the market but carried out, in all material respects, the instructions given to it by that other undertaking, having regard in particular to the economic and legal links between them".¹⁴⁴

¹⁴³ Premiss 137

¹⁴⁴ Premiss 117

Slik det fremgår av rettspraksis er det således ikke tilstrekkelig at enhetene anses som en økonomisk enhet for å ilegge en enhet ansvar for en annen enhets overtredelser, men muligheten til å utøve avgjørende innflytelse må faktisk ha vært benyttet. Kommisjonen må altså fastslå at enheten ikke har opptrådt selvstendig på markedet ved å bevise at foretaket har utøvet avgjørende innflytelse på enheten ved overtredelsen. Det følger av T-11/89 at morselskapet kan bli ansvarlig for datterselskapets overtredelser hvor datterselskapet ”has not decided independently upon its own conduct on the market, but carried out, in all material respects, the instructions given to it by that other undertaking, having regard in particular to the economic and legal links between them.” Dersom datterselskapet ikke har hatt ”autonomy in determining its course of action in the market” har morselskapet hatt avgjørende innflytelse på datterselskapet.

Det har imidlertid i juridisk teori blitt rettet kritikk mot disse to vilkårene for ansvarsileggelse som oppstilles i Domstolens praksis.¹⁴⁵ Det blir hevdet at ”rettsøkonomiske vurderinger av sanksjonens effektivitet kan tilsi at det bør være tilstrekkelig at foretakene utgjør samme økonomisk enhet. Tilnærmingen harmonerer også dårlig med konseptet ”samme økonomisk enhet”, idet den økonomiske enheten konkurranserettslig anses som ett og samme foretak.”¹⁴⁶ Riktignok harmonerer det dårlig med doktrinen om en økonomisk enhe at det oppstilles som vilkår at morselskapet faktisk må ha utnyttet sin mulighet til å øve avgjørende innflytelse for ansvarsileggelse. På den annen side vil det stride mot prinsippet om personlig skyldansvar at morselskapet i slike tilfeller pålegges ansvar. Det vil heller ikke føre til en effektiv håndhevelse av konkurransereglene å pålegge et uskyldig morselskap ansvar for datterselskapets overtredelser. Imidlertid er det likevel ikke fullstendig urettferdig å pålegge morselskapet ansvar, da det er morselskapet som er i posisjon til å kontrollere datterselskapet og som kan pålegge det instruksjoner og føringer for ønsket markedsatferd. Vilkårene for ansvarsileggelse fremgår imidlertid klart av rettspraksis og det må derfor anses som gjeldende rett at en enhet bare kan ilegges ansvar for en annens overtredelser hvor enhetene utgjør en

¹⁴⁵ Norsk konkurranserett bind 1 s. 72 og 73

¹⁴⁶ Norsk konkurranserett bind 1 s. 72 og 73

økonomisk enhet, og hvor enheten som har mulighet til å kontrollere den andre faktisk har utnyttet denne muligheten.

Det fremgår av rettspraksis at Kommisjonen har ett skjønn ved ileggelsen av ansvar såfremt den kan begrunne og bevise at morselskapet faktisk har utøvet kontroll over datterselskapets atferd på markedet som førte til overtredelse av konkurransereglene. I Tokai Carbon uttalte Førsteinstansretten at Kommisjonen var berettiget til å pålegge datterselskap ansvar, men er ikke tvungen til det. Det fremgår altså av avgjørelsen at Kommisjonen har en valgrett, valget kan falle på morselskap og hovedmann eller på datterselskap og agent. Av BPB fremgår det at Kommisjonen kan dele ansvaret for overtredelse, slik at morselskapet blir ansvarlig for en del av boten, mens datterselskapet blir ansvarlig for resten. Dette gjelder selv om datterselskapet har økonomiske muligheter til å bære hele boten alene. I Commercial Solvents uttalte EF-domstolen at Kommisjonen kan velge om det vil ilegge mor- eller datterselskapet hele boten, eller om boten skal deles dem imellom. Mor- og datterselskapet ”must be deemed an economic unit and that they are jointly and severally responsible for the conduct complained of.”¹⁴⁷

8.3.2 Enheten er heleid

I enkelte tilfeller foreligger det imidlertid en presumsjon for at det annet vilkår er oppfylt. Det følger nemlig av avgjørelsene i AEG, PVC II og Akzo Nobel at det foreligger en formodning om at morselskapet faktisk har øvet innflytelse på datterselskapet hvor datterselskapet er heleid av morselskapet, i slike tilfeller må datterselskapet nødvendigvis følge morselskapets policy. Det følger imidlertid av EF-domstolens avgjørelse i Stora Kopparbergs at det ikke er overflødig å undersøke om morselskapet faktisk har utøvet innflytelse på datterselskapet når det er tale om et heleid datterselskap. I avgjørelsen ble det uttalt at det tilfellet at datterselskapet ikke fastla sin handelspolitikk helt selvstendig og at morselskapet nødvendigvis utøvet en viss kontroll med datterselskapet, var et minimum av

¹⁴⁷ Premiss 41

bevis som måtte kreves for å gjøre morselskapet ansvarlig for et heleid datterselskaps aktivitet.

At en enhet er heleid av en annen innebærer ikke at enheten overhodet ikke kan ha reell selvstendighet, men presumsjonen om at enheten kontrolleres hvor den er heleid, vil være vanskelig å motbevise. Det følger av Førsteinstansrettens avgjørelse i Akzo Nobel at det påligger det morselskap som pålegges ansvar for et datterselskaps overtredelse å føre tilstrekkelig bevis for at datterselskapet har selvstendig autonomi.

8.4 Prinsippet om personlig ansvar

I og med at konkurransemyndighetene pålegger ansvar for overtredelser av konkurransereglene ved å ilegge et overtredelsesgebyr, og dette gebyret har karakter av å være en sanksjon og er dermed nært beslektet med strafferetten,¹⁴⁸ gjelder det som i strafferetten et prinsipp om personlig ansvar. Det er den enheten som faktisk begikk overtredelsen som skal ilegges ansvar for overtredelse.

Den grunnleggende dommen for ileggelse av foretaksstraff etter konkurransereglene er Kommisjonen mot Anic. Det fremkommer av avgjørelse at det avgjørende for ileggelse av bøter for overtredelse av konkurransereglene er prinsippet om personlig ansvar. Prinsippet om personlig ansvar innebærer at ansvar for overtredelse av skal ilegges den enheten som opptrer i strid med konkurransereglene. Under henvisning til Anic uttalte Generaladvokat Kokott i forslag til avgjørelse i C-280/06 at det avgjørende for ansvarsileggelse er prinsippet om personlig ansvar, og at dette ansvaret innebærer at ansvaret for overtredelser i prinsippet skal pålegges de fysiske eller juridiske personer som overtrer reglene. Etter både konkurranseloven og Rådsforordning 1/03 kreves det skyld for at henholdsvis overtredelsesgebyr og bot skal kunne ilegges, jmfør § 29 og art. 23. En konsekvens av

¹⁴⁸ Generaladvokaten i forslag til avgjørelse i C-280/06 premiss 71

prinsippet om personlig skyldansvar er dermed at man ikke kan ilegge en juridisk person ansvar for en overtredelse som denne ikke har begått.

Uten sanksjonsregler med personlig ansvar ville konkurransereglene vært virkningsløse, dersom foretakene ikke sto i fare for å bli ilagt ansvar for konkurransebegrensende atferd er det nok få foretak som ville opptrådt i samsvar med reglene. Det personlige ansvar bidrar derfor til å sikre en effektiv gjennomføring av konkurransereglene, da det er de som driver foretaket som har avgjørende innflytelse på foretakets atferd på markedet og som dermed er nærmest til å bære konsekvensene av atferden, da det er disse som kan endre foretakets atferd slik at det opptrer i overensstemmelse med konkurransereglene. I tillegg har prinsippet en allmennpreventiv virkning ved at den avskrekker andre aktører fra å opptre i strid med konkurransereglene.

Som følge av omstruktureringer, overdragelse og andre endringer kan det forekomme at den enheten som begikk overtredelse på tidspunktet for ansvarsileggelse ikke lenger eksisterer. Det følger i slike tilfeller av prinsippet om personlig ansvar, at ansvaret for overtredelsen skal pålegges den fysiske eller juridiske person som drev virksomheten på overtredelsestidspunktet, selv om denne på tidspunktet for ansvarsileggelse ikke lenger er ansvarlig for enheten.¹⁴⁹ En naturlig konsekvens av dette prinsippet er at den overtakende virksomhet blir ansvarlig for overtredelser som begås etter tidspunktet for overtakelse, og ikke den overdragende virksomhet.

Dette prinsippet kan imidlertid ikke anvendes for formalistisk. Ved en for formalistisk behandling av prinsippet om personlig ansvar kan man risikere at ansvar for overtredelse av konkurransereglene bortfaller, og dermed at effektiv gjennomføring av konkurransereglene forhindres. Med henblikk på effektiv gjennomføring av konkurransereglene kan det derfor være nødvendig å pålegge overtakende virksomhet ansvaret for overtredelsen. Dette er imidlertid bare aktuelt hvor den overtakende virksomhet økonomisk sett kan betraktes som

¹⁴⁹ Generaladvokat Kokott i forslag til avgjørelse i C-280/06 premiss 73

den opprinnelige driftsansvarliges suksessor. I slike tilfeller vil prinsippet om personlig ansvar suppleres med teorien om økonomisk kontinuitet, som jeg vil komme tilbake til.

8.5 Ansvar for suksessor

8.5.1 Innledning

Det hender ikke sjelden at en enhet som anses for å utgjøre en økonomisk enhet med en eller flere andre enheter blir overdratt i tiden mellom overtredelse og ansvarsileggelse. For eksempel avdekkes det etter en overdragelse til et nytt foretak at et datterselskap har inngått prissamarbeid før overdragelsen. I slike tilfeller oppstår spørsmålet om det nye foretaket kan ilegges ansvar for den opprinnelige virksomhetens overtredelse av konkurransereglene, eller om det er det opprinnelige foretaket som er ansvarlig for overtredelsen. For det overtakende foretaket kan det være av avgjørende betydning ved en overdragelse å vite om det også overtar en eventuell fremtidig bot. Avhengig av botens størrelse, de fleste virksomheter ville nok vegret seg mot å erverve en virksomhet dersom det også overtok ansvaret for en eventuell fremtidig bot. Effektivitetshensyn og rettferdighetshensyn, som ligger til grunn for ansvarsileggelse, taler for at det foretaket som hadde mulighet til å hindre overtredelsen ilegges ansvar. Det vil verken fremstå som rettferdig eller effektivt å ilegge en uskyldig tredjepart ansvar.

Det fremgår av EF-domstolens avgjørelse i SCA Holding, Anic, Cascades og C-280/06 at det klare utgangspunktet er at det ved en virksomhetsoverdragelse er det foretaket som begikk overtredelsen som skal ilegges ansvar. I C-280/06 ble det uttalt at "[w]hen ... an entity infringes competition rules, it falls, according to the principle of personal responsibility, to that entity to answer for that infringement".¹⁵⁰ Utgangspunktet støttes også av effektivitets- og rettferdighetshensyn; Det vil verken være effektivt eller rettferdig

¹⁵⁰ Premiss 39

å ilegge en uskyldig suksessor ansvar for den overtatte enhetens tidligere konkurransebegrensende atferd. Det overtakende foretaket kunne ikke hindre overtredelsen, og er derfor ikke nærmest til å bære ansvaret.

Dersom det opprinnelige foretaket fortsatt eksisterer på tidspunktet for ansvarsileggelse er det således dette som skal ilegges ansvar, og ikke det overtakende foretaket. Av Cascades fremgår det at det avgjørende tidspunktet for ansvarsvurderingen er overtredelsestidspunktet. Det er som utgangspunkt foretaket på det tidspunktet da overtredelsen skjedde som blir ansvarlig, hvem som eier virksomheten på tidspunktet for ansvarsileggelse er således uten betydning.

8.5.2 Teorien om økonomisk kontinuitet

8.5.2.1 Innledning

Som omtalt ovenfor kan ikke prinsippet om personlig ansvar anvendes for formalistisk. I enkelte tilfeller er det nødvendig å supplere prinsippet med teorien om økonomisk kontinuitet. I Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i C-280/06 ble farene ved en for formalistisk behandling av prinsippet om personlig ansvar behandlet. Det ble påpekt at for å oppnå en effektiv gjennomførelse av konkurransereglene kan det være nødvendig unntaksvis å supplere prinsippet med personlig ansvar med teorien om økonomisk kontinuitet. Det er imidlertid klart at teorien om økonomisk kontinuitet bør være ”confined to a very narrow field of application.”¹⁵¹

Teorien om økonomisk kontinuitet ble først innført i Suiker Unie, har blitt bekreftet i senere rettspraksis. Teorien går ut på at det foretaket som erverver enheten som har overtrådt konkurransereglene kan ilegges ansvar for overtredelsen fordi det er kontinuitet i

¹⁵¹ Dyekjaer-Hansen (2003) s.206

driften. Det nye foretaket ilegges således ansvar for en tidligere enhets konkurransebegrensende atferd. Forutsetningen er imidlertid at det nye foretaket ut fra en økonomisk synsvinkel kan betraktes som den opprinnelige driftsansvarliges suksessor. I C-280/06 ble det uttalt av Domstolen at det følger av rettspraksis at den omstendighet at en enhet som har begått en overtredelse av konkurransereglene og som er gjenstand for en rettslig eller organisatorisk endring, ikke nødvendigvis har den virkning at det oppstår et nytt foretak som er fritatt for ansvar for det tidligere foretakets konkurransestridige adferd, såfremt de to foretakene er identiske i økonomisk henseende.¹⁵² I rettspraksis har det blitt slått fast at rettslig eller organisatorisk endring ikke er til hinder for at ansvar overføres. Det ble uttalt av Kommisjonen i PVC II at "where the infringing undertaking itself is absorbed by another ... its responsibility may follow it and attach to the new or merged entity." Av avgjørelsen følger det også at det er ikke nødvendig at den ervervede enheten fortsetter eller tar over den konkurransebegrensede atferden for at det nye foretaket skal bli ansvarlig. Det er således nødvendig å fastlegge om virksomheten som opptrådte konkurransebegrensende må anses for å være overtatt av en annen virksomhet.¹⁵³ Det avgjørende er således om de to virksomhetene i økonomisk henseende er identiske. Av Førsteinstansrettens avgjørelse i Anic fremgår det at når det foretaket som var ansvarlig for foretakets drift har opphørt å eksistere i rettslig betydning i tiden mellom overtredelsen og tidspunktet for ansvarsileggelse, må det først fastslås hvor samlingen av materielle og menneskelige ressurser som har medvirket ved overtredelsen befinner seg.¹⁵⁴ Det må deretter fastslås hvem som er blitt ansvarlig for driften, således at det unngås at foretaket ikke kan dras til ansvar. Saken gjaldt spørsmål om Enichem Anic kunne ilegges ansvar for de overdratte datterselskapers overtredelse av forbudsreglene. Kommisjonen hadde etter

¹⁵² C-280/06 premiss 42

¹⁵³ Dette fremgår av Bellamy & Child på side 1330. "When the legal person in control at the time on the infringement has ceased to exist by the time the fine comes to be imposed, it is necessary to identify the collection of material and human resources responsible at the date of the infringement and then identify the owner of those resources at the time of the decision."

¹⁵⁴ Premiss 237

Førsteinstansrettens syn med rette ilagt Enichem Anic ansvar. Saken ble opprettholdt av EF-domstolen.

8.5.2.2 Utgangspunktet – virksomheten som begikk overtredelsen har opphørt å eksistere

Det klare utgangspunktet er at teorien om økonomisk kontinuitet bare gjelder når foretaket som har overtrådt konkurransereglene opphører å eksistere. Dette fremkommer av EF-domstolens avgjørelse i Anic, hvor EF-domstolen uttalte at “the “economic continuity” test can only apply where the legal person responsible for running the undertaking has ceased to exist in law after the infringement has been committed.” I Suiker Unie fant EF-domstolen at Suiker Unie var ansvarlig for fire enheters konkurransebegrensende atferd. Domstolen opprettholdt en bot som var pålagt Suiker Unie for datterselskaperens overtredelser før Suiker Unie overtok selskapene fordi Suiker Unie ble ansett for å være økonomisk suksessor. Mellom det nye foretaket og det foregående foretaket var det “obvious continuity” fordi det nye foretaket hadde overtatt rettigheter og plikter, samt at selskapene ble drevet av samme personer fra samme adresse.¹⁵⁵

Også av avgjørelsen i Cascade følger det at utgangspunktet er at det opprinnelige foretaket er ansvarlig så lenge det eksisterer. Det ble i avgjørelsen uttalt i at “[i]t falls, in principle, to the legal or natural person managing the undertaking in question when the infringement was committed to answer for that infringement, even if, when the Decision finding the infringement was adopted, another person had assumed responsibility for operating the undertaking.”¹⁵⁶ Saken gjaldt spørsmål om Cascades SA kunne ilegges ansvar for Duffel og Djupafors overtredelse av EF-traktatens art 81. Duffel og Djupafors ble overtatt av Cascades i mars 1989 og overtredelsen av forbudsregelen skjedde fra medio 1986. EF-domstolen kom til at Førsteinstansretten hadde begått feil ved å anse Cascades ansvarlig for

¹⁵⁵ Premiss 87

¹⁵⁶ premiss 78

Duffel og Djupafors overtredelser forut for overtakelsen. I Kommisjonens avgjørelse i PVC II ble det uttalt at "[i]f the undertaking which committed the infringement continues in existence it remains responsible in spite of the transfer."

Økonomisk kontinuitet innebærer at det skjer endringer i juridisk organisering, mens det i økonomisk forstand er kontinuitet i driften. I CRAM og Aalborg Portland fremgår det at det tilfellet at et foretak endrer juridisk form og navn ikke automatisk har den virkning at det oppstår et nytt foretak helt fri for ansvar. Det ble uttalt i CRAM at det nye foretaket "has continued the economic activities of that company. For the purpose of Article [81] of the Treaty, a change in legal form and name of an undertaking does not create a new undertaking free of liability for the anti-competitive behaviour of its predecessor."¹⁵⁷ Forutsetningen for at det overtakende selskap skal bli ansvarlig er imidlertid at "from an economic point of view, the two are identical."¹⁵⁸ I avgjørelsen la EF-domstolen til grunn at Rheinzink og Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH i konkurranserettslig henseende måtte betraktes som to suksessive rettslige former av en og samme virksomhet. Det ble uttalt at selv om foretaket forandret navn og rettslig form ville det likevel bli ansvarlig som rettssuksessor fordi dens formål, hjemsted og ledelse forble uforandret.

Begrunnelsen bak teorien om økonomisk kontinuitet er at dersom virksomhetens funksjonelle identitet da overtredelsen fant sted videreføres, vil det ikke være urimelig å pålegge ansvar, bødeansvaret vil da ramme den virksomhet som faktisk overtrådte konkurransereglene. Dessuten er det nødvendig for en effektiv gjennomføring av konkurransereglene at det nye foretaket risikerer å bli ilagt ansvar. Dersom man ikke hadde supplert prinsippet om personlig ansvar med teorien om økonomisk kontinuitet ville foretakene antakeligvis foretatt en restrukturering for å komme unna ansvaret.

Ved vurderingen av om det overtakende foretak skal bli ansvarlig for den overtatte virksomhets overtredelse, må det vurderes om virksomheten funksjonelt og økonomisk sett

¹⁵⁷ Premiss 9

¹⁵⁸ Premiss 9

videreføres. I Cartonboard uttalte Kommisjonen at “[t]he test is whether there is a functional and economic continuity between the infringing undertaking and its successor”, og viste til avgjørelsen i Suiker Unie. Det ble fremhevet av Kommisjonen i PVC II at det er fellesskapsretten som er avgjørende for når et foretak kan bli ansvarlig for et annet foretaks overtredelse.¹⁵⁹ Det ble uttalt av Kommisjonen at ”the essential task is ... to determine whether that undertaking [which committed the infringement] in its essential form is still in existence or whether it has been liquidated. The question of undertaking identity is one to be determined according to Community law and changes in organization under national company laws are not decisive.” Det avgjørende er i følge Kommisjonen ”whether there is a functional and economic continuity between the original infringer and the undertaking into which was merged”. I All Weather Sports uttalte Førsteinstansretten at Kommisjonen må begrunne sin avgjørelse når den pålegger det overtakende selskap ansvar for det overtatte datterselskapets overtredelse.

Det avgjørende for ansvarsvurderingen hvor det overdragende foretaket opphører å eksistere, slik at den økonomiske enhet som det solgte datterselskapet hørte under ikke lenger eksisterer, er således om datterselskapets funksjonelle identitet videreføres. Dersom den funksjonelle identitet videreføres overtar det overtakende morselskap ansvar for datterselskapets overtredelse. Det avgjørende er dermed ikke om virksomheten består i samme rettslig form. Ansvarsileggelse vil ifølge rettspraksis bero på en vurdering av om vedkommende enhets funksjon er den samme som før overdragelsen. Foretaket må derfor overføres i omtrent samme skikkelse som før overdragelsen eller reorganiseringen.

8.5.2.3 Unntaket – tette strukturelle bånd

Fra utgangspunktet om at teorien om økonomisk kontinuitet bare får anvendelse hvor det opprinnelige foretaket opphører å eksistere gjøres det i rettspraksis unntak dersom det er strukturelt bundet til det nye foretaket. Av Anic og Aalborg Portland følger det at det

¹⁵⁹ Kommisjonens avgjørelse ble annullert av EF-domstolen i Maatschappij

overtakende foretaket kan bli ansvarlig for en overtredelse selv om det overdragende foretaket fortsetter å eksistere. Det uttales i Aalborg Portland at det følger av Anic at hvor både det overtakende og det overdragende foretaket eksisterer etter overdragelsen kan det overtakende foretaket bli ansvarlig dersom det er strukturelle forbindelser mellom det overdragende og det overtakende foretaket. I Anic var det slike band mellom selger og kjøper, og da kunne ansvar gjøres gjeldende mot det overtakende foretaket.¹⁶⁰ Også i C-280/06 ble det av EF-domstolen slått fast at det overtakende foretak kan bli ansvarlig, til tross for at det opprinnelige foretaket fortsatt eksisterer, hvor det er en videreføring av den økonomiske aktivitet i det overtakende foretak og det er tette strukturelle bånd mellom de to foretakene.

Det følger av EF-domstolens avgjørelse i C-280/06 at med tette bånd menes det at det er økonomiske, strukturelle og organisatoriske forbindelser mellom det overdragende og det overtakende foretaket, slik at foretakene i det vesentlige har fulgt de samme kommersielle instruksjoner.¹⁶¹ Grunnen til at det overtakende foretaket kan bli ansvarlig hvor det er strukturelle bånd mellom det nye og det opprinnelige foretaket er at det er den nye driftsansvarlige som drar forell av gevinster og verdistigninger som følger av overtredelsen. Dessuten er det bare den nye driftsansvarlige som kan bestemme foretakets opptreden på markedet.¹⁶² I slike tilfeller vil det derfor ikke være urimelig å pålegge nye driftsansvarlig ansvar. Det er imidlertid oppstilt snevre grenser for anvendelsen av teorien om økonomisk kontinuitet når det nye foretaket skal ilegges ansvar for overtredelse av konkurransereglene når det opprinnelige foretaket fortsetter å eksistere.¹⁶³ Det følger av Førsteinstansrettens avgjørelse i HFB, Generaladvokat Colomers forslag til avgjørelse i Aalborg Portland og Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i C-280/06 at teorien i slike tilfeller bare kan benyttes hvor foretaket har blitt overdratt med den hensikt å unndra seg ansvar.

¹⁶⁰ Premiss 359

¹⁶¹ Premiss 49

¹⁶² Generaladvokat Kokott i forslag til avgjørelse i C-280/06 premiss 79 og 80.

¹⁶³ Generaladvokat Kokott i forslag til avgjørelse i C-280/06 premiss 82.

I Aalborg Portland la Domstolen til grunn at eierandel på 50 prosent i virksomheten som hadde begått overtredelsen var tilstrekkelig til at det forelå strukturell forbindelse mellom overtakende og overdragende virksomhet. Aalborg ble opprettet i juni 1990, og tilegnet seg Aktieselskabets sementfabrikk. Aktieselskabet ble et holdingselskap som sammen med Blue Circle hver eide 50 prosent av aksjene i Aalborg. De økonomiske aktivitetene i Aktieselskabet på sementsektoren ble overført til Aalborg i 1990. Førsteinstansretten hadde i sin avgjørelse konkludert med at Aalborg og Aktieselskabet utgjorde en økonomisk enhet, og Aalborg var dermed ansvarlig for Aktieselskabets overtredelse av EF-traktatens art. 81 første ledd. Det ble uttalt i premiss 358 at "[t]he fact that Aktieselskabet Aalborg Portland-Cement Fabrik still exists as a legal entity does not invalidate that finding and did not therefore in itself constitute a ground for annulling the Cement Decision in respect of Aalborg."

Dersom det overtakende foretaket bare kjøper opp en del av det opprinnelige foretaket eller en avdeling hos det overdragende foretaket kan man stille spørsmål ved om det er det overtakende eller det overdragende foretaket som skal ilegges ansvar for det oppkjøpte selskapets overtredelse før overdragelsen. Anses det opprinnelige foretaket for å være opphørt? I Zinc Phosphate kom Kommisjonen til at hvor et foretak som selger sin virksomhet og trekker seg tilbake fra markedet vil likevel bli holdt ansvarlig så lenge det eksisterer. Saken gjaldt spørsmål om hvem som skulle ilegges ansvar for overtredelse av kartellforbudet hvor en rekke produsenter av sinkfosfat hadde inngått kartellsamarbeid og det hadde vært flere eierskifter i tilknytning til de sinkbaserte aktiviteter. Det ble under henvisning til avgjørelsen i Reuter BASF, Anic og SCA Holding uttalt at "[w]hen an undertaking committed an infringement of Article 81(1) of the EC Treaty or Article 53(1) of the EEA Agreement and when this undertaking later disposed of the assets that were the vehicle of the infringement and withdrew from the market concerned, the undertaking in question will still be held responsible for the infringement if it is still in existence".

Også Høyesterett måtte ta stilling til dette i sin avgjørelse i Rt. 2008 s. 1201.¹⁶⁴ Et utenlandsk selskap kjøpte en veientreprenøravdeling i et norsk selskap fordi det opprinnelige selskapet ønsket å konsentrere seg om aktiviteter i byggdivisjonen. Avdelingen som ble oppkjøpt opphørte dermed å eksistere i det opprinnelige foretaket etter overføringen, og avdelingens aktivitet ble videreført i det overtakende selskapet. Det ble senere avdekket at den oppkjøpte avdelingen hadde drevet ulovlig prissamarbeid i tiden før overdragelse, og det utenlandske selskapet ble ilagt foretaksstraff av Konkurransetilsynet. I tingretten ble det overtakende foretaket frifunnet og anken ble forkastet i lagmannsretten. Høyesterett fant at anken fra Økokrim ikke kunne føre frem. Det overtakende selskapet var med urette blitt ilagt ansvar av Konkurransetilsynet. Høyesterett var enig i at kriteriet om overføring av aktiviteten var oppfylt. Det opprinnelige foretaket kunne imidlertid ikke anses for å være opphørt som foretak fordi det var ”på det rene at [det opprinnelige foretaket] hadde stor aktivitet også etter salet ... [og] hadde såleis ikkje opphøyr som foretak.”

Av avgjørelsene kan man således utlede at et foretak ikke opphører å eksistere dersom bare en del av dens virksomhet overdras. Det gis imidlertid ikke noe veiledning for hvor stor del av det opprinnelige foretaket som må overdras før det kan anses for å være opphørt. Av dommen i Høyesterett kan det imidlertid tyde på at det skal mye til før at det opprinnelige foretaket har opphørt å eksistere. I avgjørelse hadde nemlig det opprinnelige foretaket overdratt tre av dets fire aktivitetsområder.

8.6 Aksept av ansvar

Selv om det opprinnelige foretaket fortsetter å eksistere etter overdragelsen og det ikke er tette strukturelle bånd mellom det opprinnelige foretaket og det overtakende foretaket, kan det nye foretaket i enkelte tilfeller bli ansvarlig for overtredelse begått av det overdragende

¹⁶⁴ Saken gjaldt foretaksstraff etter straffelovens § 48A, men Høyesterett anvendte praksis fra konkurransesaker i EU- og EØS-retten, da disse ville ”ha interesse for vurderingane etter straffelova § 48A.”

foretaket. Det overtakende foretaket kan nemlig akseptere at dette pålegges ansvar for overtredelse begått i tiden før overdragelsen.

I ThyssenKrupp tok EF-domstolen stilling til om en aksept av ansvar fra det overtakende foretaket kunne fritta det opprinnelige foretaket for ansvar. Det ble i saken anført at bot ikke kunne ilegges både ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SpA, AST, og ThyssenKrupp Stainless GmbH, TKS. AST var heleid av TKS, og TKS hadde påtatt seg ansvaret for den konkurransebegrensende atferden som ble begått av Thyssen i perioden før Thyssens aktiviteter ble overført til TKS 1. januar 1995, ved erklæring gitt 23. juli 1997. EF-domstolen la til grunn at det var mulig for et overtakende foretak å overta ansvar for det opprinnelige foretaks konkurransebegrensende atferd.

Av rettspraksis fremgår det at den klare hovedregelen er at det opprinnelige foretaket er ansvarlig for overtredelse som datterselskapet har begått før overdragelsen. For at det kan gjøres unntak fra teorien om personlig ansvar hvor det overtakende foretaket aksepterer ansvarsileggelse stilles det krav til aksepten, og begrunnelsen for at dette er at den fraviker prinsippet om at det er den som har begått overtredelsen som skal ilegges ansvar. Av EF-domstolens praksis følger det at det kreves at det gis en eksplisitt aksept. Det er således ikke tilstrekkelig for ansvarsoverdragelse at det overtakende foretaket vet om tidligere overtredelser. Dette fremgår både av ThyssenKrupp og Stora Kopparbergs. I ThyssenKrupp ble anført av AST at de ikke kunne ilegges ansvar dels fordi TKS ved aksjeervervelsen ikke kunne være uvitende om at AST hadde deltatt i en konkurransebegrensende avtale. Dette ble avvist av EF-domstolen som viste til avgjørelsen i Stora Kopparbergs. I Stora Kopparbergs fastslo EF-domstolen at det faktum at et morselskap ikke kan være uvitende om det overtatte datterselskaps konkurransebegrensende atferd ikke er tilstrekkelig grunnlag for å ilegge morselskapet ansvar for det overtatte datterselskaps tidligere overtredelser. Det ble uttalt i premiss 39 at "[t]he fact that the appellant could not have been unaware during that period that Feldmühle and CBC were participating in the cartel, because it had itself been participating in it since January 1987 through its subsidiary Kopparfors, cannot suffice to

impute to it responsibility for the infringements committed by those companies prior to their acquisition.”

Av både EF-domstolens og Førsteinstansrettens avgjørelse fremgår det at det overdragende foretakets aksept må fortolkes strengt. Erklæringen må ikke levne tvil om at det overtakende foretaket påtar seg ansvar. I TyssenKrupp ble det uttalt at ”the Court of First Instance rightly made clear ... that, in so far as such statement constitutes an exemption to the principle that natural or legal persons may be penalised only for acts imputed to them individually, it must be interpreted strictly.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ Premiss 82 i EF-domstolens avgjørelse

9 Litteraturliste

Bøker

Alteskjær, Bjørnar, Hjelmeng, Erling, Lund, Robert og Nordby, Thomas
Statsstøtte. EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Fagbokforlaget, 2008.

Barnard, Catherine and Scott, Joanne

The Law of the Single European Market. Hart Publishing, 2002.

Bellamy & Child

European Community Law of Competition. Oxford University Press, 2008.

Buendia Sierra, Jose Luis

Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Art. 90) of the EC Treaty. Oxford University Press, 1999.

Ezrachi, Ariel

EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases. Hart Publishing, 2008.

Faull, Jonathan and Nikpay, Ali

The EC Law of Competition. Oxford University Press, 2007.

Fejő, Jens

EU-Konkurrenserett: Alminnelig del. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 3.utg, 2003.

Graver, Hans Petter og Hjelmeng, Erling

Norsk Konkurranserett. Bind II: Prosess og Sanksjoner. Universitetsforlaget, 2006

Hancher, Leigh, Ottervanger, Tom og Slot, Jan Piet

EC State Aids. Sweet and Maxwell, 2006

Jones, Alison and Sufrin, Brenda

EC Competition Law. Oxford University Press, 2004.

Kerse, Christopher and Khan, Nicholas

EC Antitrust Procedure. Sweet & Maxwell, 2005.

Kolstad, Olav og Ryssdal, Anders

Norsk Konkurranserett. Bind I: Atferdsregler og strukturkontroll, Universitetsforlaget, 2007.

Lane, Robert

EC Competition Law. Pearson Education Limited, 2000.

Levinsen, Kirsten

Konkurrenceloven. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.

Dabbah, Maher M

EC and UK Competition Law. Cambridge University Press, 2004.

Odudu, Okeoghene

The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81. Oxford University Press, 2006.

Sejersted, Fredrik... [et al.]

EØS-rett. 2. utg. Oslo, 2004.

Wish, Richard

Competition Law. 6.utg. London, 2008.

Artikler

Belhaj, Somaya og van de Gronden, Johan W.

Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking. Is EC law applicable to the health care sector? European Competition Law Review, 2004

Dyckjaer-Hansen, Karen og Hoegh, Katja

Succession of liability for competition law infringements with special reference to due diligence and warranty claims. European Competition Law Review, 2003.

Graver, Hans Petter

Konkurranseregler og valg av leverandør av kollektive tjenstepensjoner. Arbeidsrett 2005 nr. 2.

Graver, Hans Petter

Det offentlige og konkurranse i markedsstaten – særrettigheter og offentlig kontroll på de regulerte sektorer. Lov og Rett 2006 nr. 10.

Gyselen, Luc

Case C-67/96, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; Joined Cases C-115-117/97, Brentjens' Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen; and Case C-219/97, Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer- en havenbedrijven.. Common Market Law Review, 2000 s. 425-448.

Krajewski, Markus og Farley, Martin

Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case. *European Law Review*, 2004.

Krajewski, Markus og Farley, Martin

Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN. *European Law Review*, 2007.

Lasok, K.P.E.

When is an undertaking not an undertaking. *European Competition Law Review*, 2004.

Louri, Victoria

"Undertaking" as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules. *Legal Issues of Economic Integration* 29 (2): 143-176, 2002.

Louri, Victoria

The FENIN Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity. *Legal Issues of Economic Integration* 32(1): 87-97, 2005.

Neergaard, Silje

Når en virksomhed ikke er en virksomhed. *Julebog 2004*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.

Nihoul, Paul

Do workers constitute undertakings for the purpose of the competition rules? *European Law Review*, 2000.

Wils, Wouter P. J.

The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons. *European Law Review*. Vol 25, 2000.

Winterstein, Alexander

Nailing the Jellyfish: Social security and competition law. European Competition Law Review, 324-333, 1999.

10 Lovregister

Gjeldende:

Konkurranseloven

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

EØS-konkurranselov

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

EØS-loven

Lov av 27. november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv

Opphevede:

Konkurranseloven av 1993

Lov av 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet

11 EU- og EØS-rettsakter

EF-traktaten

Traktat om opprettelsen av det Europeiske Fellesskap

EØS-avtalen

Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet av 27. november 1992 nr. 109

Rådsforordning nr. 1/2003

av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene fastsatt i traktatens artikkel 81 og 82.

Rådsforordning nr. 139/2004

av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger

12 Dokumenter, EU

Avgjørelser fra EF-domstolen

Sak 41/69,

ACF Chemiefarma N.V. mot Kommisjonen

Sak 48/69,
Imperial Chemical Industries Ltd. mot Kommisjonen

Sak 52/69,
J.R Geigy AG mot Kommisjonen

Sak 6/72,
Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. mot Kommisjonen

Forenede saker 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73,
Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m.fl. mot Kommisjonen

Sak 127/73,
Belgische Radio en Televisie mod SV SABAM og NV Fonior

Sak 155/73,
Giuseppe Sacchi

Sak 2/74,
Jean Reyners mot Belgia

Sak 15/74,
Centrafarm mot Sterling Drug

Sak 36/74,
B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch mot Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke
Nederlandsche Wielren Unie og Federacion Espanola Ciclismo

Sak 71/74,

Nederlandse Vereniging voor de Fruit en Groentenimporthandel, Nederlandse Bond van Grossiers in Zuidvruchten en ander Geimporteerd Fruit "Frubo" mot Kommisjonen og Vereniging de Fruitunie.

Sak 78/76,
Steinike & Weinlig mot Tyskland

Forenede saker 209-215 og 218/78,
Heintz van Landewyck SARL m.fl. mot Kommisjonen

Sak 237/78,
Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) mot Diamante Toia, gift Palermo

Sak 258/78,
L.C. Nungesser KG og Kurt Eisele mot Kommisjonen

Sak 61/80,
Coöperative Stremsel-en Kleurselabriek mot Kommisjonen

Forenede saker 100-103/80,
SA Musique Diffusion française m.fl. mot Kommisjonen

Forenede saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82,
NV IAZ International Belgium m.fl mot Kommisjonen

Sak 107/82,
Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen

Sak 238/82,
Duphar BV m.fl. mot Nederland

Sak 323/82,
SA Intermills mot Kommissjonen

Forenede saker 29 og 30/83,
Compagnie royale asturienne des mines SA og Rheinzink GmbH mot Kommissjonen

Sak 41/83,
Italia mot Kommissjonen

Sak 170/83,
Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas

Sak 107/84,
Kommissjonen mot Tyskland

Sak 118/85,
Kommissjonen mot Italia

Sak 30/87,
Corinne Bodson mot SA Pompes funèbres des régions libérées

Forenede saker 188-190/88,
Frankrike, Italia og Storbritannia mot Kommissjonen

Sak C-41/90,
Klaus Höfner og Fritz Elser mot Macrotron GmbH

Sak C-179/90,
Merci convenzionali porto di Genova SpA mot Siderurgica Gabrielli SpA

Forenede saker C- 159/91 og C-160/91,
Christian Poucet mot Assurances Générales de France og Caisse Mutuelle Régionale du
Languedoc-Roussillon

Sak C-49/92,
Kommissjonen mot Anic Partecipazioni SpA

Sak C-234/92,
Shell International Chemical Company Ltd mot Kommissjonen

Sak C-250/92,
Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger mot Dansk Landbrugs Grovvarerelskab AmbA

Sak C-364/92,
SAT Fluggesellschaft mbH mot Eurocontrol

Sak C-266/93,
Bundeskartellamt mot Volkswagen AG og VAG Leasing GmbH

Sak C-310/93,
BPB Industries plc og British Gypsum Ltd mot Kommissjonen

Sak C-387/93,
Straffesak mot Giorgio Domingo Banchemo

Sak C-415/93,
Union royale belge des sociétés de football association ASBL mot Jean-Marc Bosman

Sak C-244/94,

Fédération Française des Sociétés d'Assurance mot Union des Assurances de Paris-Vie and
Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs mot Ministère de
l'Agriculture et de la Pêche

Sak C-73/95,
Viho Europe BV mot Kommisjonen

Sak C-120/95,
Nicolas Decker mot Caisse de maladie des employés privés

Sak C-343/95,
Diego Cali & Figli Srl mot Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)

Sak C-35/96,
Kommisjonen mot Italia

Sak C-55/96,
Job Centre Coop arl.

Sak C-67/96,
Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie

Sak C-158/96,
Raymond Kohll mot Union des caisses de maladie

Forenede saker C-115 og 117/97,
Brentjens' Handelonderneming BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel
in Bouwmaterialen

Sak C-219/97,

Maatschappij Drijvende Bokken BV mot Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven

Sak C-22/98,

Straffesak mot Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV og Adia Interim NV

Forenede saker C-180 til 184/98,

Pavel Pavlov m.fl. mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten

Sak C-222/98,

Hendrik van der Woude mod Stichting Beatrixoord.

Sak C-279/98,

Cascades SA mot Kommisjonen

Sak C-283/98,

Mo och Domsjö AB mot Kommisjonen

Sak C-286/98,

Stora Kopparbergs Bergslags AB mot Kommisjonen

Sak C-297/98,

SCA Holding Ltd mot Kommisjonen

Sak C-298/98,

Metsä-Serla Sales Oy mot Kommisjonen

Sak C-158/99,

Firma Ambulanz Glöckner mot Landkreis Südwestpfalz

Forenede saker C-238, 244, 245, 247, 250-252 og 254/99 P,
Limburgse Vinyl Maatschappij NV, DSM NV and DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH and Hoechst AG and Imperial Chemical Industries plc (ICI) mot Kommisjonen

Sak C-254/99,
Imperial Chemical Industries plc (ICI) mot Kommisjonen

Sak C- 309/99,
J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh og Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten

Sak C-497/99,
Irish Sugar plc mot Kommisjonen

Forenede saker C-204, 205, 211, 213, 217 og 219/00 P,
Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA og Cementir - Cementerie del Tirreno SpA mot Kommisjonen

Sak C-218/00,
Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas v Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL).

Sak C-355/00,
Freskot AE mot Elliniko Dimosio

Sak C-82/01,
Aéroports de Paris mot Kommisjonen

Forenede saker C-264/01, 306/01, 354/01 og 355/01,
AOK Bundesverband m.fl. mot Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. m.fl.

Forenede saker C-65 og 73/02,
ThyssenKrupp Stainless GmbH og ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SpA mot
Kommisjonen

Forenede saker C-189, 202, 205-208 og 213/02,
Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH m.fl., KE
KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998
(Deutschland) GmbH og ABB Asea Brown Boveri Ltd mot Kommisjonen

Sak C-205/03,
Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) mot Kommisjonen

Sak C-222/04,
Ministero dell'Economia e delle Finanze mot Cassa di Risparmio di Firenze SpA,
Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA

Sak C- 237/04,
Enirisorse mot SpA mot Sotacarbo Spa

Sak C-519/04,
Meca-Medina mot Igor Majcen

Sak C-217/05,
Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio

Sak C-280/06,

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato mod Ente tabacchi italiani - ETI SpA m.fl. og Philip Morris Products SA m.fl. mod Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato m.fl.

Sak C-49/07,
Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) mot Elliniko Dimosio

Sak C-113/07,
SELEX Sistemi Integrati SpA mot Kommisjonen og Eurocontrol

Sak C-350/07,
Kattner Stahlbau GmbH mot Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft

Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Generaladvokat Mayras forslag til avgjørelse i sak 2/74,
Jean Reyners mot Belgia

Generaladvokat Mischos forslag til avgjørelse i sak 118/85,
Kommisjonen mot Italia

Generaladvokat Fennellys forslag til avgjørelse i sak C-70/95,
Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA og Anni Azzurri Rezzato Srl mot Regione Lombardia

Generaladvokat Jacobs' forenede forslag til avgjørelse i sak C-67/96 Albany, forente saker C-115/97, C-116/97 og C-117/97 Brentjens`Handelsonderneming BV og sak C-219/97 BV Maatschappij Drijvende Bokken

Generaladvokat Colomers forslag til avgjørelse i sak C-22/98,
Straffesak mot Jean Claude Becu

Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-180/98-184/98,
Pavel Pavlov and Others mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten

Generaladvokat Lègers forslag til avgjørelse i sak C-309/99,
J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh og Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot
Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten

Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-475/99,
Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz

Generaladvokat Colomers forslag til avgjørelse i C-204, 205, 211, 213, 217 og 219/00,
Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche
Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA og Cementir - Cementerie del Tirreno SpA mot
Kommisjonen

Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-218/00,
Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas mod Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli
infortuni sul lavoro (INAIL).

Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-
355/01,
AOK Bundesverband m.fl. mot Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. m.fl.

Generaladvokat Maduros forslag til avgjørelse i sak C-205/03,
Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) mot Kommisjonen

Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-222/04,

Ministero dell'Economia e delle Finanze mot Cassa di Risparmio di Firenze SpA,
Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA

Generaladvokat Stix-Hackls forslag til avgjørelse i C-266-270,276 og 321-325/04,
Nazairdis SAS mot Caisse nationale de l'organisation autonome d'assurance vieillesse des
travailleurs non salariés des professions industrielles et commerciales

Generaladvokat Mengozzis forslag til avgjørelse i sak C-279/06,
CEPSA Estaciones de Servicio SA mod LV Tobar e Hijos SL

Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-280/06,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato mot Ente tabacchi italiani - ETI SpA
m.fl. og Philip Morris Products SA m.fl. mod Autorità Garante della Concorrenza e del
Mercato m.fl

Generaladvokat Trstenjaks forslag til avgjørelse i sak C-113/07,
SELEX Sistemi Integrati SpA mod Kommissionen og Eurocontrol

Generaladvokat Mazàks forslag til avgjørelse i sak C-350/07,
Kattner Stahlbau mot Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft

Avgjørelser fra Førsteinstansretten

Sak T-6/89,
Enichem Anic mot Kommisjonen

Sak T-11/89
Shell International Chemical Company Ltd mot Kommisjonen

Forenede sager T-80, 81, 83, 87, 88, 90, 93, 95, 97, 99, 100, 101, 103, 105, 107 og 112/89

BASF AG m.fl. mot Kommisjonen

Sak T-38/92

All Weather Sports Benelux BV mot Kommisjonen

Sak T-513/93

Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mot Kommisjonen

Sak T-134/94

NMH Stahlwerke GmbH mot Kommisjonen

Sak T-352/94

Mo och Domsjö AB mot Kommisjonen

Sak T-128/98

Aéroports de Paris mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber

Sak T-9/99

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG e.a. mot Kommisjonen

Sak T-66/99

Minoan Lines SA mot Kommisjonen

Sak T-319/99,

FENIN Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mot Commission of the European Communities

Sak T-325/01

DaimlerChrysler AG mot Kommisjonen

Sak T-137/02

Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG mot Kommisjonen

Forenede sager T-71, 74, 87 og 91/03

Tokai Carbon Co. Ltd, Intech EDM BV, Intech EDM AG og SGL Carbon AG mot
Kommisjonen

Sak T-155/04,

SELEX Sistemi Integrati SpA mot Kommisjonen

Sak T-112/05

Akzo Nobel NV m.fl. mot Kommisjonen

Kommisjonspraksis

OJ 1999 L 125/12

P&I Clubs

OJ 1999 L 24/1

Pre-Insulated Pipe Cartel

OJ 1994 L 243/1

Cartonboard

OJ 1991 L 28/32

Ijsselcentrale

EUT 1990 L 233/19

Spanish Courier Services EUT 1992 L 326/The Distribution of

Package Tours during the 1990 World Cup

OJ L 74, 17.3.1989

PVC II

EUT 1976 L 254/40

Reuter/BASF

EUT 1978 L 157/39

RAI/UNITEL

Direktiver og retningslinjer fra Kommisjonen

Commission notice

Guidelines on Vertical Restraints (Text with EEA relevance.)

OJ C 291, 13.10.2000, s. 1–44

Commission Notice

Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements (Text with EEA relevance)

OJ C 3, 6.1.2001, p. 2–30

Commission Directive 2006/111/EC

on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings (Text with EEA relevance)

OJ L 318, 17.11.2006, s. 17–25

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions

accompanying the Communication on "A single market for 21st century Europe" - Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment

COM/2007/0725 final

13 Dokumenter, EFTA

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-8/00

Landsorganisasjonen i Norge mot Kommunenes Sentralforbund

Sak E-5/07

Private Barnehagers Landsforbund mot EFTAs overvåkningsorgan

Avgjørelser fra EFTAs overvåkningsorgan

ESA beslutning 39/07/COL

Private barnehagers landsforbund

14 Dokumenter, Norge

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 2008 s. 1201

Vedtak fra Konkurransetilsynet

V2008-01

Øvrige offentlige dokumenter

NOU 1996:3

Konkurransen for effektiv ressursbruk

NOU 2003:12

Ny konkurranselov

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

