



RETTSMØTERAPPORT

i sak E-7/01

ANMODNING til EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Gulating lagmannsrett i saken for denne domstol mellom

Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad med flere

og

Hydro Texaco AS

om tolkningen av artikkel 53 i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

I. Innledning

1. Ved en beslutning datert 27 september 2001, mottatt ved EFTA-domstolen 3 oktober 2001, anmodet Gulating lagmannsrett om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne mellom Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad med flere (heretter ”ankende parter”) og Hydro Texaco AS (heretter ”ankemotparten” eller ”Hydro Texaco”).

II. Faktum og prosedyre

2. Saken gjelder spørsmålet om Hydro Texaco har rett til å leie en bensinstasjon eiet av Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad (heretter ”Hegelstad”) etter at driftsselskapet Ålgård Servicesenter AS (heretter ”Ålgård”) gikk konkurs 5 desember 1994.

3. Hegelstad er et personlig selskap for Arvid B. Hegelstad. Per Roar Hegelstad og Arne Marc Hegelstad er Arvid B. Hegelstads sønner. Hegelstad eier eiendommen gnr 7 bnr 663 snr 1 i Gjesdal kommune. På eiendommen har

det i flere år vært drevet bensinstasjon. Fra november 1990 ble bensinstasjonen drevet av Ålgård, som er 100% eiet av Arvid B. Hegelstad.

4. I samarbeidsavtale om levering av motordrivstoff og smøreprodukter inngått mellom Norsk Texaco og Hegelstad 17 november 1992, ble det inntatt bestemmelser om: (1) enerett for leverandøren til levering av motordrivstoff og smøreprodukter til forhandlerens bensinstasjon i avtaleperioden; (2) 10 års varighet for avtalen beregnet fra tidspunktet for første levering av drivstoff mv, og automatisk fornyelse for 5 år på uendrede betingelser så fremt leverandøren ikke innen 3 måneder før utløpet av 10 års perioden sier opp avtalen; (3) opphør av leverandørens leveringsforpliktelse ved gjeldsforhandling eller konkurs hos forhandleren. Rett for leverandøren i slike tilfeller til å tre inn som eier av bensinstasjonen mot å innfri forhandlerens tinglyste gjeld på NOK 4 millioner, alternativt rett til å leie bensinstasjonen for en tid korresponderende med samarbeidsavtalens varighet og for en leie tilsvarende vanlig forrentning av NOK 4 millioner.

5. I avtalens § 10 ble det bestemt at Ålgård skulle være forhandler. Dette punktet ble akseptert av Ålgård ved særskilt påtegning i avtalen.

6. Hydro Texaco overtok alle rettigheter og forpliktelser til Norsk Texaco etter 1 januar 1995, da selskapet fusjonerte og skiftet navn til Hydro Texaco.

7. Ålgård ble tatt under konkursbehandling ved skifterettens kjennelse av 7 desember 1994. Bensinstasjonen ble drevet av konkursboet fra konkursåpningen til 7 januar 1995. Etter denne dato trådte Hydro Texaco inn i sin rett etter § 10 i samarbeidsavtalen til å leie og drive bensinstasjonen. Hydro Texaco fikk ikke medhold i sitt krav om å overta stasjonen til eie. Hydro Texaco leier fortsatt bensinstasjonen, og er derved både leietaker og leverandør av motordrivstoff og smøreprodukter til bensinstasjonen.

8. Ved stevning av 3 april 1998 anla de ankende parter søksmål mot Hydro Texaco med krav om fravikelse av eiendommen og erstatning oppad begrenset til NOK 10 millioner. Hydro Texaco påsto seg frifunnet og tok i tillegg ut motsøksmål mot Per Roar Hegelstad med påstand om at han var uberettiget til å bruke deler av bensinstasjonen.

9. Sandnes herredsrett avsa 23 februar 1999 dom hvor Hydro Texaco ble gitt medhold. Dommen ble påanket til Gulating lagmannsrett.

III. Spørsmål

10. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

(1) Vil en samarbeidsavtale mellom en selvstendig bensinstasjonsforhandler som eier stasjonen og en leverandør av motordrivstoff og smøreolje som inneholder klausuler om

– leverandørens enerett til levering av motordrivstoff og smøreolje til forhandlerens stasjon i avtaleperioden,

– leverandørens rett til å tre inn som eier av bensinstasjonen til en tinglyst pris på NOK 4 millioner, alternativt en leieopsjon til fast pris korresponderende med avtaleperioden ved gjeldsforhandling eller konkurs hos forhandleren,

– at avtaleperioden er uoppsigelig og undergitt uendrede betingelser for stasjonseieren/forhandleren med varighet i 15 år. Leverandøren kan innen 3 måneder forut for 10 års perioden si opp kontrakten,

omfattes av gruppefritaket i artikkel 53(3) EØS jf forskrift 4 desember 1992 nr 964 kapittel II artikkel 10?

(2) Dersom gruppefritaket i artikkel 53(3) EØS ikke kommer til anvendelse, vil samarbeidsavtalen være i strid med artikkel 53(1) EØS?

(3) Hva blir de rettslige konsekvenser av eventuell motstrid, og hvilken varighetsbegrensning må eventuelt legges til grunn?

IV. Rettslig bakgrunn

11. Forordningen referert til i EØS-avtalens vedlegg XIV nr 3 (kommisjonsforordning (EØF) nr 1984/83)¹ om anvendelse av artikkel 53(3) EØS på grupper av avtaler om eksklusiv kjøpsplikt (heretter ”gruppeunntaket for eksklusiv kjøpsplikt” eller ”forordningen”) er gjennomført i norsk rett ved forskrift av 4 desember 1992 nr 964 (heretter ”forskriften”), kapittel II.

12. Teksten i EØS-avtalens vedlegg XIV nr 3 ble strøket ved EØS-komiteens beslutning nr 18/2000, som trådte i kraft 29 januar 2000. Forordningen som det nå henvises til i EØS-avtalens vedlegg XIV nr 2 (kommisjonsforordning (EF) nr 2790/1999)² om anvendelse av artikkel 53(3) på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden (heretter

¹ EFT 1983 L 173, s 5, som endret ved EFT 1983 L 281, s 24.

² EFT 1999 L 336, s 21.

”gruppeunntaket for vertikale avtaler”)³ har erstattet gruppeunntaket for eksklusiv kjøpsplikt.⁴

13. I følge artikkel 12 i gruppeunntaket for vertikale avtaler skal gruppeunntaket for eksklusiv kjøpsplikt gjelde til og med 31 mai 2000. For avtaler som var i kraft den 31 mai 2000, og som ikke oppfylte vilkårene i det nye gruppeunntaket for vertikale avtaler, gjaldt en overgangsperiode frem til 31 desember 2001.

14. Fordi saken for den nasjonale domstolen bare gjelder anvendelsen av gruppeunntaket på avtaler om eksklusiv kjøpsplikt i fortiden, vil ikke forholdet mellom dette gruppeunntaket og gruppeunntaket for vertikale avtaler være et spørsmål for EFTA-domstolen.

15. EØS-avtalens artikkel 53 lyder som følger:

“1. Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i

- (a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
- (b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
- (c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
- (d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- (e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

2. Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.

3. Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr. 1 ikke skal anvendes på

- avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,*

³ Jf forskriften kapittel I A.

⁴ EØS-avtalens vedlegg XIV nr 2 ble endret ved EØS-komiteens beslutning nr 18/2000.

- *beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og*
- *samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,*

som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

(a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller

(b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.”

16. Gruppeunntaket for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt inneholder særskilte regler for bensinstasjonsavtaler. Disse reglene finnes i artiklene 10 til 13, og avviker fra de generelle bestemmelsene for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt.

17. Artikkel 10 i gruppeunntaket for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, som tilsvarer § 10 i forskriftens kapittel II, fastsetter at artikkel 53(1) EØS ikke skal anvendes på

”avtaler mellom bare to foretak der den ene parten, videreforhandleren, overfor den annen part, leverandøren, som vederlag for økonomiske og finansielle fordeler forplikter seg til å kjøpe utelukkende fra leverandøren, tilknyttede foretak eller et annet foretak som har i oppdrag å distribuere leverandørens varer, visse typer oljebasert drivstoff for motorvogner eller visse typer oljebasert drivstoff for motorvogner og visse andre typer oljebasert brennstoff som angitt i avtalen med sikte på videresalg fra en bensinstasjon angitt i avtalen.”

18. Artikkel 11 i gruppeunntaket for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, som tilsvarer § 11 i forskriftens kapittel II, gir bare et begrenset unntak for smøreprodukter betinget av at leverandøren ”har stilt til videreforhandlerens rådighet eller finansiert et smøreanlegg eller annet utstyr til smøring av motorvogner” og at smøreoljene bare er til videreforhandlerens ”bruk.”⁵

19. Artikkel 12(1)(c) i gruppeunntaket for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, som tilsvarer § 12(1)(c) i forskriftens kapittel II, fastsetter at artikkel 10 ikke får anvendelse når avtalen er inngått for et ubestemt tidsrom eller for en periode på mer enn ti år.

⁵ Se Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om rettsaktene omhandlet i EØS-avtalens vedlegg XIV nr 2 og 3 (forordning (EØF) nr 1983/83 og 1984/83) om anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53(3) på grupper av enedistributionsavtaler og avtaler om eksklusiv kjøpsplikt), EFT 1994 L 153, s 13 og EØS-tillegget 1994 15, s 12.

V. Skriftlige saksfremstillinger

20. I medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97, er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- Ankemotparten, Hydro Texaco AS, representert ved Trym Landa, advokat, Advokatfirmaet Schjødt AS;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Michael Sánchez Rydelski og Per Andreas Bjørgan, saksbehandlere, avdeling for juridiske saker og eksekutivsaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Anthony Whelan og Wouter Wils, juridiske rådgivere, som partsrepresentant.

De ankende parter, Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad med flere, har ikke inngitt skriftlig saksfremstilling til EFTA-domstolen.

Det første spørsmålet

Hydro Texaco AS

21. Hydro Texaco understreker at det ikke har blitt inngått noen avtale mellom Hydro Texaco og Hegelstad om levering av motordrivstoff og/eller smøreprodukter etter inngåelsen av leieavtalen. Før januar 1995 leverte Hydro Texaco motordrivstoff og/eller smøreprodukter til Ålgård, ikke til Hegelstad. Videre har Hydro Texaco ikke levert motordrivstoff og/eller smøreprodukter til Hegelstad utenfor samarbeidsavtalen av 17 november 1992.

22. Ved å inngå leieavtalen kom Hydro Texaco i en situasjon hvor den leverte motordrivstoff og/eller smøreprodukter til seg selv, frem til Hydro Texaco senere utpekte en franchisetaker til å drive bensinstasjonen. Dette innebærer at Hydro Texaco leverer motordrivstoff og/eller smøreprodukter til franchisetakeren i henhold til avtalen mellom Hydro Texaco og franchisetakeren, og ikke i henhold til samarbeidsavtalen mellom Hegelstad og Hydro Texaco. Hydro Texaco har i realiteten aldri levert motordrivstoff og/eller smøreprodukter til Hegelstad. Forholdet mellom Hegelstad og Hydro Texaco har aldri vært av en slik karakter at det omfattes av de reglene som Hegelstad viser til i denne saken.

23. Forholdet mellom Hegelstad og Hydro Texaco er under enhver omstendighet ikke av en slik art at det faller inn under artikkel 53(1) i EØS-avtalen. Dette fremgår dersom forholdet mellom partene vurderes i lys av partenes omsetning, markedsandel og at det ikke finner sted noen påvirkning av handelen innenfor det området som omfattes av EØS-avtalen. Avtalen mellom

Hegelstad og Hydro Texaco har ingen innvirkning på konkurransen i det relevante markedet.

24. Spørsmålene som den nasjonale domstolen har stilt EFTA-domstolen synes å forutsette at det har funnet sted levering av motordrivstoff og smøreprodukter mellom partene. Formuleringen av det første spørsmålet synes å indikere at Hegelstad drev bensinstasjonen mens samarbeidsavtalen mellom partene gjaldt. Dersom den nasjonale domstolens spørsmål kan tolkes på denne måten, er dette, etter Hydro Texacos oppfatning, ikke i overensstemmelse med sakens faktum.

25. EFTA-domstolen bør derfor, i tillegg til spørsmålene reist av Gulating lagmannsrett, vurdere hvorvidt EØS-avtalens konkurranseregler i det hele tatt er anvendelige på samarbeidsavtalen.

EFTAs overvåkningsorgan

26. EFTAs overvåkningsorgan bemerker at spørsmålet om gruppeunntakets anvendelse bare er relevant dersom den aktuelle avtalen faller inn under artikkel 53(1) EØS.

27. Samarbeidsavtalens punkt 9 angir at avtalen løper for 10 år med automatisk fornyelse for ytterligere 5 år dersom den ikke sies opp av Hydro Texaco. Til tross for at Hydro Texaco har mulighet til å avslutte samarbeidsavtalen etter 10 år, er Hegelstad forhindret fra å velge en annen leverandør før utløpet av 15-årsperioden.

28. Fra et konkurranserettslig synspunkt er det bindingen av en mengde forhandlerer til den eksisterende leverandøren som kan ha som virkning en avstengning av markedet. Etter punkt 2.1 i samarbeidsavtalen skal lånet til Hegelstad avskrives av Hydro Texaco med like store årlige beløp over 15 år. Dette synes å indikere at begge partene, og særlig Hydro Texaco, forutsatte at kontraktsperioden skulle være 15 år.

29. Det vises til avgjørelsene av De europeiske fellesskaps domstol i første instans (heretter "Førsteinstansdomstolen") i *Langnese-Iglo v Commission* og *Schöller v Commission*,⁶ hvor det ble lagt til grunn at avtaler om eksklusiv kjøpsplikt som fastsetter en bestemt løpetid, men som automatisk fornyes dersom ikke en av partene sier opp avtalen, skal anses å være inngått på ubestemt tid. EFTAs overvåkningsorgan anfører at denne forståelsen må anvendes *a fortiori* på den foreliggende samarbeidsavtalen. Avtalen må derfor

⁶ Sak T-7/93 *Langnese-Iglo v Commission* [1995] ECR II-1533, avsnittene 137 og 138 og sak T-9/93 *Schöller v Commission* [1995] ECR II-1611, avsnittene 123 og 124.

anses å ha en varighet som overstiger grensen på 10 år i gruppeunntaket for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt.

30. Når det gjelder anvendelse av særlige overgangsregler på samarbeidsavtalen som følge av at den allerede gjaldt da EØS-avtalen trådte i kraft, viser EFTAs overvåkningsorgan til rettspraksis av De europeiske fellesskaps domstol (heretter "EF-domstolen").⁷ Selv om samarbeidsavtalen er datert forut for EØS-avtalens ikrafttreden, fremgår det uttrykkelig av EØS-avtalens vedlegg XIV nr 3⁸ at overgangsordningen i forordningens artikkel 15 ikke skulle komme til anvendelse. EØS-avtalen opererer derfor ikke med noen overgangsperiode slik som artikkel 15 i kommisjonsforordning (EØF) nr 1984/83. I stedet oppstiller EØS-avtalens protokoll 21, artikkel 5 følgende, generelle bestemmelser for avtaler som forelå på tidspunktet for EØS-avtalens ikrafttreden.⁹ For avtaler omfattet av forbudet i artikkel 53(1) EØS, og som ikke tidligere hadde blitt meldt til Kommisjonen for De europeiske fellesskap, gjaldt en seks måneders tilpassingsperiode fra tidspunktet for EØS-avtalens ikrafttreden. I løpet av denne perioden måtte foretakene enten endre sine avtaler slik at de ikke lenger var omfattet av forbudet i artikkel 53(1) EØS eller slik at de var omfattet av eksisterende gruppeunntak, eller melde avtalene med sikte på å oppnå individuelt fritak i henhold til artikkel 53(3) EØS.

31. Videre peker EFTAs overvåkningsorgan på at EF-domstolen har gjort det klart at gruppeunntaket ikke kan anvendes dersom ikke alle dets vilkår er oppfylt.¹⁰

32. EFTAs overvåkningsorgan foreslår at spørsmålet besvares som følger:

"Samarbeidsavtalen referert til i anmodningen om en rådgivende uttalelse omfattes ikke av gruppeunntaket for avtaler om eksklusiv kjøpsplikt."

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

33. Kommisjonen for De europeiske fellesskap (heretter "Kommisjonen") anfører at samarbeidsavtalen mellom Hydro Texaco og Hegelstad, med de egenskapene som er beskrevet i det første spørsmålet, ikke omfattes av gruppeunntaket omtalt i forskriftens § 10. Forskriftens § 12(c) utelukker anvendelse av gruppeunntaket på avtaler inngått på ubestemt tid eller med en varighet på mer enn 10 år. I sin kunngjøring om anvendelsen av gruppeunntaket tok Kommisjonen det standpunkt at avtaler om eksklusiv

⁷ Sak C-39/92 *Petrogal* [1993] ECR I-5659.

⁸ Forut for endringen som fulgte av EØS-komiteens beslutning nr 18/2000.

⁹ Kapittel XIV i protokoll 4 til Overvåknings- og domstolsavtalen inneholder liknende overgangsregler.

¹⁰ Sak C-234/89 *Delimitis* [1991] ECR I-935, avsnitt 39.

kjøpsplikt som fastsetter en bestemt løpetid, men som fornyes automatisk dersom ikke en av partene sier den opp, skal anses å ha blitt inngått på ubestemt tid.¹¹

34. Det vises til avgjørelsene *Schöller v Commission* og *Langnese-Iglo v Commission*.¹² På grunn av følgende særtrekk ved avtalevilkårene i den foreliggende saken, kommer analysen anvendt i de nevnte avgjørelsene *a fortiori* til anvendelse på denne saken: Selv om Hydro Texaco står fritt til å avslutte avtalen etter 10 år, og således kan forhindre automatisk forlengelse av avtalen, har ikke Hegelstad den samme friheten. For Hegelstads del løper avtalen på ubestemt tid, eller, under enhver omstendighet, i mer enn 10 år, siden Hegelstad bare har mulighet til å avslutte avtaleforholdet tidligere dersom Hydro Texaco vesentlig misligholder avtalen, og ikke retter opp dette innen rimelig tid. Ved tilfeller av asymmetrisk avtalefrihet er forhandlerens posisjon særlig viktig siden det er bindingen av et tilstrekkelig antall forhandlere til eksisterende leverandører som gjør at konkurrenter stenges ute fra markedet. Hegelstads handlefrihet var ytterligere begrenset ved det faktum at utestående lån, i henhold til samarbeidsavtalens artikkel 2.1, ville forfalle til betaling dersom avtalen ble avsluttet før utløpet av perioden på 15 år.

35. Kommisjonen bemerker at dersom en avtale, som følge av dens varighet, ikke omfattes av gruppeunntaket, er det ikke mulig å anvende gruppeunntaket på de 10 første årene av avtalen, slik som antydning av Hydro Texaco. Gruppeunntaket kommer ikke til anvendelse i det hele tatt dersom ikke alle vilkårene er oppfylt.¹³ I motsatt fall ville det være mulig for foretak å inngå avtaler med konkurransebegrensninger utover det som er tillatt etter gruppeunntaket i visshet om at avtalene ville kunne fortolkes i overensstemmelse med vilkårene for unntak dersom det skulle oppstå vanskeligheter i forbindelse med håndhevelsen av avtalens opprinnelige bestemmelser.

¹¹ Avsnitt 39 i Kommisjonens meddelelse 84/C 101/02 vedrørende forordningene (EØF) nr 1983/83 og 1984/83 av 22 juni 1983 om anvendelse av EF-traktatens artikkel 85(3) på grupper av enedistribusjonsavtaler og avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, EFT 1984 C 101, s 2, endret ved Kommisjonens meddelelse 92/C 121/02, EFT 1992 C 121, s 2.

¹² Sak T-7/93 *Langnese-Iglo v Commission* [1995] ECR II-1533, avsnittene 137 og 138 og T-9/93 *Schöller v Commission* [1995] ECR II-1611, avsnittene 123 og 124.

¹³ Se fotnote 10, Delimitis. Selv om samarbeidsavtalen mellom Hydro Texaco og Hegelstad er datert forut for EØS-avtalens ikrafttreden finnes det i det norske regelverket ikke en bestemmelse tilsvarende artikkel 15(4) i kommisjonsforordning (EØF) nr 1984/83, som ble anvendt i sak C-39/92 *Petrogal* [1993] ECR I-5659. EØS-avtalens vedlegg XIV foreskriver implementering av forordning nr 1984/83 i henhold til artikkel 60 EØS, men gjør unntak for forordningens artikkel 15.

36. Kommisjonen anfører derfor at EFTA-domstolen bør besvare det første spørsmålet benektende.

Det andre spørsmålet

EFTAs overvåkningsorgan

37. Ifølge EFTAs overvåkningsorgan betyr det faktum at samarbeidsavtalen ikke oppfyller vilkårene for gruppeunntak ikke at avtalen ”automatisk” er forbudt etter artikkel 53(1) EØS. Hvorvidt den aktuelle avtalen omfattes av forbudet i artikkel 53(1) EØS avhenger av hvorvidt vilkårene i artikkel 53(1) EØS er oppfylt.

38. I prinsippet kan artikkel 53(1) EØS anvendes på avtaler om eksklusiv kjøpsplikt siden videreforsandleren fratras friheten til å få varer fra andre steder, og andre leverandører samtidig nektes en salgskanal for sine produkter. Dette vil avhenge av de rettslige og økonomiske omstendighetene rundt den aktuelle avtalen. Selv om en avtale om eksklusiv kjøpsplikt ikke har som formål å innskrenke konkurransen, er det ikke desto mindre nødvendig å bringe på det rene hvorvidt dens virkning er å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.¹⁴

39. I avgjørelsen *Brasserie De Haecht v Wilkin* uttalte EF-domstolen at virkningene av slike avtaler må bedømmes ut fra den sammenheng de fungerer i og at avtalene kombinert med andre avtaler kan ha en samlet innvirkning på konkurransen.¹⁵ Det følger også av denne avgjørelsen at den samlede virkningen av flere like avtaler utgjør en av flere faktorer ved vurderingen av om eventuell endring av konkurransen er egnet til å påvirke handelen mellom EØS-statene.

40. I den foreliggende saken er det nødvendig å analysere hvordan samarbeidsavtalen, sett i sammenheng med andre liknende avtaler, påvirker muligheten for konkurrenter fra EØS-statene til å komme inn på markedet for forbruk av motordrivstoff og smøreolje eller til å øke sine markedsandeler.

41. Ved gjennomføringen av denne analysen er det først nødvendig å definere det relevante produktmarkedet og det relevante geografiske markedet. Deretter må arten og omfanget av alle liknende avtaler i dette markedet som binder forhandlere til ulike leverandører undersøkes med sikte på å vurdere hvorvidt det vil være vanskelig for en ny konkurrent å komme inn på markedet. Videre må Hydro Texacos stilling i dette markedet vurderes for å avgjøre hvorvidt Hydro Texacos nettverk av avtaler i betydelig grad bidrar til å stenge

¹⁴ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 13.

¹⁵ Sak 23/67 *Brasserie De Haecht v Wilkin* [1967] ECR 407 og fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 13.

konkurrenter ute fra markedet. Endelig må den aktuelle avtalens bidrag til den samlede virkningen av Hydro Texacos nettverk av avtaler vurderes.¹⁶

42. Det relevante produktmarkedet defineres på grunnlag av arten av den aktuelle økonomiske virksomheten, i dette tilfellet distribusjon av motordrivstoff og smøreprodukter for salg i bensinstasjoner. Definisjonen av det relevante markedet avhenger også av markedets geografiske omfang.¹⁷ Selv om EFTAs overvåkningsorgan vil anta at de fleste avtalene for eksklusiv kjøpsplikt vedrørende motordrivstoff og smøreprodukter er inngått på nasjonalt nivå, og således indikerer at det relevante geografiske markedet er nasjonalt, inneholder anmodningen om en rådgivende uttalelse ikke tilstrekkelig informasjon på dette punktet.

43. Vurdert alene vil samarbeidsavtalen sannsynligvis ikke ha noen virkning på konkurransen i det relevante markedet. Avtalen vil heller ikke ha noen virkning på handelen. Det følger imidlertid av det ovenfor nevnte at i vurderingen av virkningen av en avtale om eksklusiv kjøpsplikt må tas hensyn til den rettslige og økonomiske sammenhengen den fungerer i og om avtalen sammen med andre avtaler kan ha en virkning på konkurransen. Den samlede effekten er også en av flere faktorer som avgjør hvorvidt handelen mellom EØS-statene kan påvirkes.¹⁸

44. I sakene *Bilger v Jehle* og *Delimitis* redegjorde EF-domstolen for nødvendigheten av å vurdere arten og omfanget av alle liknende avtaler under ett, herunder alle liknende avtaler som binder et større antall salgssteder til flere nasjonale produsenter.¹⁹ Selv om nettverket av liknende avtaler har en betydelig innvirkning på mulighetene for å etablere seg på markedet, er dette ikke i seg selv tilstrekkelig til å komme til at adgang til det relevante markedet er forhindre.²⁰ Andre faktorer bør tas med i vurderingen, slik som mulighetene for å kjøpe opp en leverandør som allerede er etablert på markedet, eller å åpne nye bensinstasjoner. Videre må det tas hensyn til konkurranseforholdene på markedet, herunder leverandørenes størrelse, antall leverandører, markedets metningsgrad og varemerkelojaliteten blant forhandlerene.

45. Dersom undersøkelsen viser at avtalene samlet ikke utelukker adgang til markedet og derved hindrer at nye nasjonale og utenlandske konkurrenter etablerer seg på markedet, kan en ikke komme til at de enkelte avtalene i dette nettverket av avtaler er uforenlig med artikkel 53(1) EØS.²¹

¹⁶ Se fotnote 10, *Delimitis* og sak C-214/99 *Neste Markkinointi* [2000] ECR I-11121.

¹⁷ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnittene 16 til 18.

¹⁸ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 14.

¹⁹ Sak 43/69 *Bilger v Jehle* [1970] ECR 127 og fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 19.

²⁰ Se fotnote 15, *Brasserie De Haecht v Wilkin* og fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 20.

²¹ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 23.

46. Dersom avtalenettverket fratar en ny konkurrent reelle muligheter til å komme inn på markedet, er det nødvendig å vurdere i hvilken grad de avtalene som er inngått av den aktuelle leverandøren bidrar til den samlede virkningen av alle liknende avtaler på markedet.²² Ansvar for en slik virkning i form av avstengning av markedet må tilskrives de leverandørene som bidrar betydelig til dette. Avtaler inngått av leverandører hvis bidrag ikke er av betydning for den samlede virkningen faller derfor ikke inn under forbudet i artikkel 53(1) EØS.²³

47. Ved vurderingen av om avtalene har en betydelig virkning må det tas hensyn til Hydro Texacos markedsposisjon. Denne posisjonen avgjøres ikke bare av leverandørens eller eventuelt konsernets markedsandel, men også av antall tilknyttede salgssteder sett i forhold til det totale antall salgssteder for motordrivstoff og smøreprodukter på det relevante markedet.²⁴ Videre avhenger bidraget til den samlede virkningen av varigheten av disse avtalene. Dersom avtalens varighet åpenbart overstiger den gjennomsnittlige varigheten til avtalene på det relevante markedet i sin alminnelighet, omfattes den enkelte avtalen av forbudet i artikkel 53(1) EØS. Dette fordi en leverandør med en relativt liten markedsandel kan bidra like mye til å hindre adgang til markedet som en leverandør med en sterk markedsposisjon som regelmessig frigir distributørene med kortere intervaller.²⁵

48. Det vises til *Retningslinjer for vertikale avtaler*,²⁶ som oppstiller prinsippene for bedømmelse av vertikale avtaler etter artikkel 53 EØS. Retningslinjene har primært som formål å hjelpe foretakene til å foreta en egen bedømmelse av vertikale avtaler i forhold til EØS-avtalens konkurranseregler og er ikke bindende.

49. Avtaler som ikke er egnet til å påvirke handelen mellom EØS-statene merkbart eller å begrense konkurransen omfattes ikke av artikkel 53(1) EØS. Del II i retningslinjene for vertikale avtaler omhandler avtaler som generelt faller utenfor artikkel 53(1) EØS og inneholder en henvisning til EFTAs overvåkningsorgans *de minimis*-kunngjøring fra 1998.²⁷ Denne erstattet EFTAs overvåkningsorgans *de minimis*-kunngjøring fra 1994.²⁸ Begge partene i

²² Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 24.

²³ Se fotnote 16, *Neste Markkinointi*, avsnitt 27.

²⁴ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 25.

²⁵ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 26 og fotnote 16, *Neste Markkinointi*, avsnittene 27 til 30.

²⁶ Retningslinjer for vertikale avtaler av 25.07.2001 (ennå ikke publisert).

²⁷ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke kommer inn under EØS-avtalens artikkel 53(1), EFT 1998 L 200 og EØS-tillegget 1998 28, s 13.

²⁸ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke kommer inn under EØS-avtalens artikkel 53(1), EFT 1994 L 153 og EØS-tillegget 1994 15, s 31.

hovedsaken viser til markedsandelstersklene i denne kunngjøringen. Verken denne kunngjøringen eller kunngjøringen av 1998 kommer imidlertid til anvendelse hvor konkurransen i det relevante markedet, slik som i denne saken, innskrenkes som følge av den samlede virkningen av avtaler inngått mellom flere leverandører og distributører. Kommisjonens nye *de minimis*-kunngjøring²⁹ omhandler imidlertid avtalers kumulative virkning, og avsnitt 8 foreslår en terskel på 5 % markedsandel. Hvor leverandørens markedsandel er lavere enn 5 %, vil denne ikke anses å bidra betydelig til en samlet begrensning av adgangen til markedet. EFTAs overvåkningsorgan har ennå ikke utstedt en liknende kunngjøring.

50. Markedsandelen er bare én faktor ved vurderingen av om Hydro Texacos avtalenettverk i betydelig grad bidrar til en begrensning av adgangen til det relevante markedet. Det må også tas hensyn til hvor mange distributører som er bundet til Hydro Texaco ved avtaler av den typen som er omhandlet her, og til varigheten av disse avtalene.

51. Endelig, selv om leverandørens avtalenettverk i betydelig grad bidrar til en begrensning av adgangen til det relevante markedet, må den nasjonale domstolen vurdere den konkrete avtalens bidrag til dette. Dersom en leverandør har inngått forskjellige typer avtaler, kan det være avtaler som ikke kan anses å bidra betydelig til en begrensning av adgangen til markedet. Slik sontring mellom en leverandørs avtaler kan være nødvendig i ekstraordinære tilfeller.³⁰ Ved avgjørelsen av om slik sontring er nødvendig er varigheten av forhandlerens kjøpsforpliktelse av avgjørende betydning.³¹

52. Dersom avtalen anses å innskrenke konkurransen i det relevante markedet i henhold til artikkel 53(1) EØS, må det også undersøkes om avtalen påvirker handelen mellom EØS-statene. For å avgjøre om en avtale mellom foretak kan påvirke handelen mellom EØS-statene må det være mulig, på grunnlag av objektive rettslige eller faktiske forhold, å forutse med en tilstrekkelig grad av sannsynlighet at den kan ha innvirkning, direkte eller indirekte, faktisk eller potensielt, på handelen mellom EØS-statene.³² Den samlede virkningen av et nettverk av eksklusive avtaler som omfatter hele territoriet til en EØS-stat og en stor del av det relevante markedet, kan hindre konkurrenter fra andre EØS-stater adgang til markedet.³³

²⁹ Kommisjonens kunngjøring om avtaler av mindre betydning som ikke innebærer en merkbar begrensning av konkurransen i henhold til artikkel 81(1) i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap (*de minimis*), EFT 2001 C 368, s 13.

³⁰ Se fotnote 16, *Neste Markkinointi*, avsnitt 37.

³¹ Se fotnote 16, *Neste Markkinointi*, avsnitt 32.

³² Se fotnote 6, *Langnese-Iglo v Commission*, avsnitt 119.

³³ Se fotnote 6, *Langnese-Iglo v Commission*, avsnitt 120.

53. EFTAs overvåkningsorgan foreslår at det andre spørsmålet besvares som følger:

”Samarbeidsavtalen referert til i anmodningen om en rådgivende uttalelse er forbudt etter artikkel 53(1) EØS dersom to kumulative vilkår er oppfylt. For det første, tatt i betraktning de økonomiske og rettslige omstendigheter rundt den aktuelle avtalen, om det er vanskelig for konkurrenter å komme inn på eller å øke sin markedsandel på det relevante markedet. Det faktum at den foreliggende avtalen på dette markedet er én av flere liknende avtaler som har en samlet virkning på konkurransen utgjør bare én faktor blant flere ved bedømmelsen av om det faktisk er vanskelig å komme inn på dette markedet. For det andre må nettverket av liknende avtaler inngått av den aktuelle leverandøren i betydelig grad bidra til en utelukkelse fra markedet. Omfanget av den enkelte leverandørs bidrag avhenger, blant annet, av leverandørens posisjon på det relevante markedet og varigheten av hans avtaler.”

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

54. Det faktum at samarbeidsavtalen ikke faller innenfor gruppeunntaket innebærer ikke nødvendigvis at den er forbudt etter artikkel 53(1) EØS. Gruppeunntaket erklærer bare at artikkel 53(1) ikke kommer til anvendelse på avtaler som oppfyller dets vilkår. Tredje ledd i fortalen til kommisjonsforordning (EØF) nr 1984/83 uttaler kun at eksklusive kjøpsavtaler kan falle innenfor forbudet i artikkel 81(1) EF og at dette særlig kan være tilfelle hvor en avtale mellom foretak etablert i en medlemsstat er en del av et nettverk av lignende avtaler. Denne uttalelsen reflekterer EF-domstolens avgjørelse i *Brasserie de Haecht v Wilkin*³⁴ og er gjentatt i EF-domstolens avgjørelse i *Delimitis* og i Førsteinstansdomstolens avgjørelser i *Langnese-Iglo v Commission* og *Schöller v Commission*.

55. Siden den nasjonale domstolen ikke har gitt opplysninger utover Hydro Texacos markedsandel i Norge, peker Kommisjonen på noen alminnelige prinsipper som kan hjelpe den nasjonale domstolen.

56. Det er først nødvendig å definere det relevante produktmarkedet og det relevante geografiske markedet.³⁵ Generell veiledning i så henseendet kan finnes i Kommisjonens kunngjøring om avgrensning av det relevante markedet innen fellesskapets konkurranserett.³⁶ Særskilt veiledning med hensyn til bensinstasjonssektoren er gitt ved Kommisjonens fusjonsvedtak på dette

³⁴ Se fotnote 15.

³⁵ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnittene 16 til 18.

³⁶ EFT 1997 C 372, s 5.

området, særlig vedtaket i *Exxon/Mobil*.³⁷ Særlig på grunn av substituerbarheten på leverandørsiden for forskjellige typer drivstoff og den felles distribusjonen av drivstoff, må det antas at detaljsalg av motordrivstoff, uavhengig av merke, utgjør ett enkelt produktmarked. I særlige tilfeller kan markedet for detaljsalg av motordrivstoff på avgiftsbelagte motorveier utgjøre et separat marked. Selv om etterspørselen ved en bensinstasjon vil være overveiende lokal, kan den samlede effekten av et nettverk av stasjoner, organiseringen av reklame, leverings- og priskampanjer på nasjonalt nivå og den viktige effekten av nasjonale avgifter på detaljsalg, samlet tilsi at det geografiske detaljmarkedet for motordrivstoff er nasjonalt.

57. Det kan ikke med sikkerhet konkluderes med at et nettverk av eksklusive kjøpsavtaler automatisk vil kunne hindre, innskrenke eller vri konkurransen betydelig eller til å påvirke handelen mellom EØS-statene betydelig bare fordi tersklene referert til i den tidligere kunngjøringen fra Kommisjonen om avtaler av mindre betydning er overskredet.³⁸ For å kunne bedømme om eksistensen av flere eksklusive kjøpsavtaler vanskeliggjør adgang til markedet, er det nødvendig å vurdere arten og omfanget av disse avtalene i sin helhet, herunder alle liknende avtaler som binder et større antall salgssteder til flere produsenter. Virkningen av disse avtalenettverkene på adgangen til markedet avhenger særlig av antallet salgssteder som er bundet til produsenter sett i forhold til antall salgssteder som ikke er bundet, varigheten av avtalene som inngås, andelen produkter som disse avtalene gjelder sammenholdt med andelen produkter som selges av frie distributører.³⁹ Binding av opp til 30 % av markedet ble ansett akseptabelt av Kommisjonen i *Schöller*.⁴⁰ Den någjeldende Kunngjøring om avtaler av mindre betydning som ikke innebærer en merkbar begrensning av konkurransen i henhold til artikkel 81(1) i EF-traktaten (*de minimis*) uttaler at det er lite sannsynlig at en avtale hindrer adgang til markedet dersom mindre enn 30 % av det relevante markedet omfattes av parallelle (nettverk av) avtaler som har liknende virkninger.⁴¹

58. Eksistensen av en gruppe liknende avtaler er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig til å begrunne den konklusjon at konkurrenter er hindret adgang til det relevante markedet. Dette har betydelig innvirkning på mulighetene til å få adgang til markedet, men er bare en av flere faktorer ved bedømmelsen av avtalen i dens økonomiske og rettslige sammenheng. De andre faktorene som

³⁷ Kommisjonsvedtak av 29 september 1999 i sak M 1383 *Exxon/Mobil*, avsnittene 436 til 442. Se også kommisjonsvedtak av 9 februar 2000 i sak M 1628 *TotalFina/Elf Aquitaine*, særlig avsnittene 157-188 der det gis en detaljanalyse av markedet for bensinstasjoner på avgiftsbelagte motorveier.

³⁸ Se fotnote 6, *Schöller v Commission*, avsnitt 75.

³⁹ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 19.

⁴⁰ XV Report on Competition Policy (1985), avsnitt 19; se fotnote 6, *Schöller v Commission*, avsnitt 81.

⁴¹ EFT 2001 C 368, s 13, avsnitt 8 av kunngjøringen.

også må tas i betraktning er særlig slike som relaterer seg til mulighetene for adgang til markedet. I denne sammenhengen er det nødvendig å vurdere hvorvidt det er konkrete muligheter for en ny konkurrent til å trenge gjennom nettverket av avtaler ved å kjøpe opp en produsent som allerede er etablert på markedet sammen med dennes nettverk av salgssteder, eller til å omgå avtalenettverket ved å åpne nye salgssteder. I en slik vurdering er det nødvendig å ta hensyn til rettsregler og avtaler vedrørende erverv av selskaper og etablering av salgssteder, og til det minimum antall salgssteder som er nødvendig for en lønnsom drift av et distribusjonssystem.⁴² Tilstedeværelsen av grossister som ikke er bundet til produsenter som er aktive på markedet, er også en faktor som kan lette en ny produsents adgang til markedet, siden han kan benytte disse grossistenes salgsnettverk for å distribuere sitt eget produkt.⁴³

59. Videre må det tas hensyn til konkurranseforholdene på det relevante markedet. I denne sammenhengen er det nødvendig å vite antallet og størrelsen på produsenter som opererer på markedet, kundelojaliteten til eksisterende merker og metningsgraden på markedet. Dette fordi det i alminnelighet er vanskeligere å trenge inn på et mett marked hvor kundene er lojale mot et lite antall større produsenter, enn på et marked i utvikling, hvor et større antall små produsenter opererer uten sterke merkenavn.⁴⁴

60. Dersom gjennomgangen av alle liknende avtaler inngått på det relevante markedet og de øvrige faktorene som er relevante for å vurdere avtalene i deres økonomiske og rettslige sammenheng, viser at disse avtalene ikke har som samlet virkning å hindre nye innenlandske og utenlandske konkurrenter adgang til markedet, kan de individuelle avtalene i avtalenettverket ikke anses å begrense konkurransen i henhold til artikkel 53(1) EØS. De faller derfor ikke inn under forbudet i denne bestemmelsen. Dersom gjennomgangen derimot viser at det er vanskelig å få adgang til det relevante markedet, er det nødvendig å avgjøre i hvilken grad vedkommende produsents avtaler bidrar til den samlede effekten av alle disse avtalene. Ansvar for at adgangen til markedet hindres må tilskrives de produsentene som bidrar betydelig til dette. Leveringsavtaler inngått av produsenter hvis bidrag til den samlede effekten på markedet er ubetydelig, faller derfor ikke innenfor forbudet i artikkel 53(1) EØS.⁴⁵

61. Ved vurderingen av i hvilken grad en produsents leveringsavtaler bidrar til den kumulative avstegningseffekten nevnt ovenfor, må det tas hensyn til avtalepartenes markedsposisjon. Denne posisjonen avgjøres ikke bare av produsentens, eller eventuelt konsernets markedsandel, men også av antallet salgssteder bundet til produsenten eller konsernet sett i forhold til det totale

⁴² Se fotnote 6, *Schöller v Commission*, avsnitt 85.

⁴³ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnittene 20 og 21.

⁴⁴ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 22.

⁴⁵ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnittene 23 og 24.

antall salgssteder for salg av motordrivstoff og smøreprodukter på det relevante markedet. De enkelte avtalenes bidrag til avstegningen av markedet avhenger også av deres varighet. Dersom varigheten åpenbart overstiger den gjennomsnittlige varigheten av vanlige leveringsavtaler på markedet, faller den enkelte avtalen innenfor forbudet i artikkel 53(1) EØS. En produsent med en relativt liten markedsandel som binder sine salgssteder for mange år kan bidra like betydelig til å hindre adgang til markedet som en produsent med en relativt sterk markedsposisjon som regelmessig frigjør sine salgssteder med kortere intervaller.⁴⁶ Generelt anses imidlertid ikke individuelle leverandører eller distributører med en markedsandel på under 5% å bidra betydelig til en samlet avstegningseffekt.⁴⁷

62. Vurderingen av et avtalenettverks innvirkning på konkurransen og handelen må omfatte alle de individuelle avtalene som utgjør en del av nettverket. Virkningen av avtalene bør normalt ikke vurderes enkeltvis.⁴⁸ Det kan imidlertid være nødvendig med en annen tilnærming dersom det er vesentlige materielle forskjeller mellom de ulike typene av avtaler inngått av en produsent, for eksempel med hensyn til varighet. Det kan vise seg at visse typer av avtaler i vedkommende nettverk ikke innebærer en merkbar begrensning av konkurransen, selv om avtalenettverket som helhet, vurdert sammen med andre slike nettverk av avtaler inngått av andre leverandører, har slik virkning.⁴⁹

63. Kommisjonen foreslår å besvare det andre spørsmålet som følger:

”Samarbeidsavtalen i den foreliggende saken er forbudt etter artikkel 53(1) EØS dersom to kumulative vilkår er oppfylt. Det første vilkåret er at det, tatt i betraktning de økonomiske og rettslige omstendighetene rundt den aktuelle avtalen, er vanskelig for konkurrenter som kunne tenkes å gå inn i markedet eller øke sin markedsandel å få adgang til det relevante markedet. Det faktum at den foreliggende avtalen er én av flere liknende avtaler i dette markedet som har en kumulativ virkning på konkurransen, utgjør bare én faktor blant flere ved bedømmelsen av om det faktisk er vanskelig å få adgang til markedet. Det andre vilkåret er at den foreliggende avtalen må bidra betydelig til den avstengningseffekten som til sammen skapes av disse avtalene i deres økonomiske og rettslige sammenheng. Omfanget av den enkelte avtales bidrag avhenger, blant annet, av avtalepartenes posisjon på det relevante markedet og varigheten av avtalen.”

⁴⁶ Se fotnote 10, *Delimitis*, avsnittene 25 og 26.

⁴⁷ *De minimis*-kunngjøringen, op. cit., avsnitt 8; se også Kommisjonens retningslinjer for vertikale avtaler, EFT 2000 C 291, s 1, avsnittene 73, 142, 143 og 189.

⁴⁸ Se fotnote 6, *Schöller v Commission*, avsnittene 95 og 98.

⁴⁹ Se fotnote 16, *Neste Markkinoint*, avsnittene 36 til 39.

Det tredje spørsmålet

EFTAs overvåkningsorgan

64. Det tredje spørsmålet omhandler de rettslige konsekvenser av et eventuelt brudd på konkurransereglene i EØS-avtalen, og hvilken varighetsbegrensning som eventuelt må legges til grunn. EFTAs overvåkningsorgan legger til grunn at den nasjonale domstolen her reiser spørsmål om mulige konsekvenser av at varighetsbestemmelsen anses forbudt etter artikkel 53(1) EØS.

65. Dersom samarbeidsavtalen er forbudt etter artikkel 53(1) EØS vil konsekvensen være at avtalen automatisk er uten rettsvirkning etter artikkel 53(2) EØS. Det faktum at samarbeidsavtalen kan være i strid med artikkel 53(1) EØS betyr imidlertid ikke at hele avtalen er uten rettsvirkning etter artikkel 53(2) EØS.

66. Det er bare de sidene ved avtalen som er forbudt etter artikkel 53(1) EØS som er uten rettsvirkning. Avtalen som helhet er uten rettsvirkning bare dersom disse delene av avtalen ikke kan skilles fra resten av avtalen.⁵⁰ Om andre deler, som ikke i seg selv er konkurransebegrensende, kan skilles fra de forbudte bestemmelsene og kan opprettholdes, må avgjøres etter nasjonal rett.⁵¹ Dersom den nasjonale domstolen finner at den eksklusive kjøpsplikten i samarbeidsavtalen med den gitte varigheten faller innenfor artikkel 53(1) EØS, men at denne forpliktelsen etter nasjonal rett kan adskilles fra de delene av avtalen som ikke synes å være konkurransebegrensende, herunder de delene som gjelder finansiering og leie, kan den komme til at bare den eksklusive kjøpsplikten er uten rettsvirkning etter artikkel 53(2) EØS.⁵²

⁵⁰ Sak 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235; fotnote 10, *Delimitis*.

⁵¹ Sak 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235; fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 40, sak 319/82 *Ciments v Kerpen* [1983] ECR 4173, avsnittene 10 til 12 og sak 10/86 *VAG France v Magne* [1986] ECR 4071, avsnitt 14.

⁵² Endelig, for det tilfellet at den nasjonale domstolen skulle konkludere med at den delen av samarbeidsavtalen som gjelder eksklusivt kjøp av motordrivstoff og smøreprodukter er forbudt etter artikkel 53(1), og ikke kan adskilles fra den delen som gjelder leie av bensinstasjonen, bør det påpekes at partene har anledning til å anmode EFTAs overvåkningsorgan om individuelt fritak (sak 10/86 *VAG France v Magne* [1986] ECR 4071). I henhold til artikkel 4(2)(2)(a) og 6(2) i kapittel II lest i sammenheng med artikkel 1(2) i kapittel XVI av protokoll 4 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (Avtale av 11 mai 2000 mellom EFTA-statene om å endre protokoll 4 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, med ikrafttreden 27 september 2000) kan vertikale avtaler nytte godt av fritak i henhold til artikkel 53(3) EØS fra ikrafttredelsesdatoen, selv om meddelelse kommer etter den datoen, dersom alle fire vilkårene i artikkel 53(3) EØS er oppfylt. Den nasjonale domstolen bør derfor ta dette alternativet i betraktning før den erklærer samarbeidsavtalen ugyldig (se avsnittene 22 til 30 i *Kunngjøring om samarbeid mellom nasjonale domstoler og EFTAs*

67. EFTAs overvåkningsorgan foreslår å besvare det tredje spørsmålet som følger:

”Konsekvensen av at samarbeidsavtalen er forbudt etter artikkel 53(1) EØS er at de delene av avtalen som er forbudt etter artikkel 53(1) EØS er uten rettsvirkning i henhold til artikkel 53(2) EØS. Avtalen som helhet er uten rettsvirkning bare dersom de delene av avtalen som er forbudt etter artikkel 53(1) EØS ikke kan adskilles fra resten av avtalen. Det må avgjøres i henhold til nasjonal rett om andre deler, som ikke i seg selv er konkurransebegrensende, kan skilles fra de forbudte bestemmelsene.”

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

68. Fristen for en avtalepart for å ta rettslige skritt med henblikk på å unngå anvendelse av en avtale som er uten rettsvirkning på grunn av brudd på artikkel 53(1) EØS reguleres i prinsippet av nasjonal rett. Dette gjelder under forutsetning av at slike nasjonale prosessregler ikke er mindre fordelaktige enn de reglene som gjelder for liknende nasjonale søksmål (likebehandlingsprinsippet) og at de ikke gjør det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettighetene gitt ved EØS-avtalen (effektivitetsprinsippet).⁵³ For å identifisere den tilsvarende formen for nasjonale søksmål er det nyttig å ta i betraktning at brudd på artikkel 81(1) EF er ansett å medføre absolutt ugyldighet for den avtalen det gjelder,⁵⁴ at slik ugyldighet har tilbakevirkende effekt⁵⁵ og at håndhevelse av forbudet er et forhold av vesentlig samfunnsinteresse.⁵⁶ Den siste konklusjonen baseres i hovedsak på artikkel 3(1)(g) EF, som i det vesentlige tilsvarer artikkel 1(2)(e) EØS.

69. Dersom den nasjonale domstolen finner at samarbeidsavtalen mellom Hegelstad og Hydro Texaco inneholder bestemmelser som er forbudt etter artikkel 53(1) EØS, er i hvert fall disse bestemmelsene automatisk uten rettsvirkning. Konsekvensene av disse bestemmelsenes ugyldighet for avtalens øvrige deler eller for andre forpliktelser som følger av denne, er ikke et spørsmål for EØS-retten. Avtalen som helhet, herunder bestemmelsene om lån og inndrivelse av lån, er ugyldig bare dersom de forbudte bestemmelsene ikke kan adskilles fra resten av avtalen. Om andre bestemmelser, som ikke i seg selv er konkurransebegrensende, kan skilles fra de forbudte bestemmelsene og kan

overvåkningsorgan ved anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54, EFT 1995 C 112, s 7, og avsnittene 63 og 64 i EFTAs overvåkningsorgans Retningslinjer for vertikale avtaler).

⁵³ Se senest i tilknytning til EF's konkurranseregler, sak C-453/99 *Courage v Crehan* [2001] ECR I-6297, avsnitt 29.

⁵⁴ Sak 22/71 *Béguelin* [1971] ECR 949, avsnitt 29.

⁵⁵ Se fotnote 15, *Brasserie De Haecht v Wilkin*, avsnittene 25 til 27.

⁵⁶ Sak C-126/97 *Eco Swiss v Benetton International* [1999] ECR I-3055, avsnitt 36.

oppretholdes, må avgjøres etter nasjonal rett.⁵⁷ Med hensyn til Hydro Texacos interesse i å få tilbakebetalt sitt lån, gjøres oppmerksom på at EØS-retten ikke hindrer nasjonale domstoler i å ta skritt for å sikre at beskyttelsen av rettigheter som EØS-retten gir ikke innebærer en uberettiget berikelse av dem som nyter godt av disse rettighetene.⁵⁸

70. Selv om det ikke skulle være mulig å adskille avtalens lånebestemmelser fra de forbudte bestemmelsene, er det også mulig for partene i en avtale som ikke er beskyttet av et gruppeunntak å søke om individuelt fritak.⁵⁹ Spørsmålet om hvilken myndighet som har komeptanse til å gi et slikt individuelt fritak er regulert i artikkel 56 EØS.⁶⁰ I henhold til enten forordning nr 17/62 artikkel 5(2), lest i sammenheng med dens artikkel 4(2) og 6(2),⁶¹ eller kapittel XVI artikkel 1 i protokoll 4 til Overvåknings- og domstolsavtalen⁶² om oppgaver og myndighet for EFTAs overvåkningsorgan på konkurranserettens område, lest sammen med artikkel 4(2) og 6(2) i kapittel II i samme protokoll, er det mulig for det kompetente overvåkningsorgan å gi en avtale fritak med virkning fra et tidspunkt forut for underretning.

71. Kommisjonen foreslår å besvare det tredje spørsmålet som følger:

”Fristen for en avtalepart for å ta rettslige skritt med henblikk på å unngå anvendelse av en avtale som er uten rettsvirkning på grunn av EØS-avtalens artikkel 53(1) EØS reguleres av nasjonal rett, forutsatt at de nasjonale prosessreglene ikke er mindre fordelaktige enn de reglene som gjelder liknende nasjonale søksmål og at de ikke gjør det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettigheter etter EØS-avtalen.”

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer

⁵⁷ Se fotnotene 50 og 51.

⁵⁸ Forenede saker C-441/98 og C-442/98 *Michailidis* [2000] ECR I-7145, avsnitt 31 og fotnote 53, *Courage v Crehan*, avsnitt 30.

⁵⁹ Se fotnote 51, avsnitt 13; fotnote 10, *Delimitis*, avsnitt 41.

⁶⁰ Dersom meldingen er adressert til feil overvåkningsmyndighet skal mottakeren sende den videre til det kompetente overvåkningsorganet, EØS-avtalens protokoll 23, artikkel 10(2).

⁶¹ Endret ved Rådsforordning (EF) nr 1216/99 av 10 juni 1999, EFT 1999 L 148, s 5. Denne endringen har blitt overført til EØS-forhold ved tilsvarende endring av EØS-avtalens protokoll 21.

⁶² Denne bestemmelsen tildeler EFTAs overvåkningsorgan samme myndighet som Kommisjonen, som forutsatt i EØS-avtalen.