

MAR IUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Thomas Bruusgaard Høgseth

Vertikale begrensninger i langvarige gassalgskontrakter

En vurdering av forholdet til EF- og EØS- rettens
forbud mot konkurransebegrensende samarbeid

Vertikale begrensninger i langvarige gassalgskontrakter

En vurdering av forholdet til EF- og EØS- rettens
forbud mot konkurransebegrensende samarbeid

Thomas Bruusgaard Høgseth

Vertikale begrensninger i langvarige gassalgskontrakter

En vurdering av forholdet til EF- og EØS-rettens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid



Marlus nr. 357

Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

ISSN: 0332-7868 © Sjørettsfondet, 2007
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs plass
N-0130 Oslo

Besøksadresse: Karl Johans gate 47

Telefon: 22 85 97 48
Telefaks: 22 85 97 50
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internett: www.jus.uio.no/nifs

Redaktør: Professor dr. juris Trine-Lise Wilhelmsen

Trykk: Lobo media

Forord

Denne avhandlingen ble skrevet mens jeg var vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett, Avdeling for petroleums- og energirett høsten 2006 til våren 2007. Avhandlingen publiseres i det vesentlige slik den ble innlevert til sensur som 60 studiepoengs masteroppgave ved rettsvitenskapsstudiet våren 2007, dog med enkelte små tilpasninger og oppdateringer.

Skriveprosessen har vært utfordrende og møysommelig, men takket være det kunnskapsrike og særdeles hyggelige fagmiljøet på avdelingen har den også vært svært positiv og lærerik. Det har vært en ren fornøyelse å få være en del av et miljø som særpreges av betydelig faglig kompetanse, stor takhøyde og et mylder av opplyste resonnementer, eleverte diskusjoner og presise innspill til kollegers arbeid.

Min beste takk går til min veileder, professor Knut Kaasen. Hans fabelaktige pedagogiske egenskaper gjorde ham alltid i stand til å se når jeg hadde behov for ro til å resonere på egenhånd og når jeg trengte et spark bak for å feste tanken til papiret. Stor takk skal også rettes til professor Ulf Hammer for å ha satt meg inn på oppgavens tema. De europeiske energimarkedene har de siste årene vært inne i en betydelig omstillingsprosess, og overgangen fra statlige energimonopoler til frie markeder har reist mange komplekse problemstillinger i krysningfeltet mellom energirett og konkurranserett. Det har vært både interessant og utfordrende å lære dette fagfeltet bedre å kjenne, og jeg håper teksten klarer å reflektere noe av min fascinasjon for emnet. En stor takk også til alle dere andre, både i avdelingen og utenfor, som har kommet med bidrag til arbeidet. Dessverre har jeg ikke plass til å nevne dere alle.

Til slutt vil jeg rette en hjertelig takk til mine kjære vit.ass-kolleger, både på NIFS og på Senter for europarett. Dere er uvurderlige bidragsytere til det fantastisk hyggelige miljøet som kjennetegner instituttet, og som under hele mitt opphold har vært

enestående. Helt til sist en stor klem til Kjersti og Caroline; bedre kontorfeller enn dere kan man ikke drømme om.

Oslo, oktober 2007
Thomas Bruusgaard Høgseth

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Emnet for fremstillingen	1
1.2	Langvarige gassalgskontraktens mulige innvirkning på konkurransen i EUs gassmarkeder	5
1.2.1	Kort oversikt over hvilke regelsett som regulerer konkurransen i det europeiske markedet	7
1.2.2	Vertikale begrensninger.....	8
1.3	Avgrensninger.....	10
2	KONKURRANSEREGLENE ANVENDELSE PÅ LANGVARIGE GASSALGSKONTRAKTER ...	13
2.1	Innledning.....	13
2.2	Virkeområdet for EF-traktaten og EØS-avtalens konkurranseregler	14
2.2.1	Saklig virkeområde.....	14
2.2.2	Geografisk virkeområde	15
2.3	Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid....	17
2.4	Forholdet mellom konkurransereglene og sektorreglene	21
2.5	Rettskilder og metode.....	22
3	BAKGRUNN - KORT OM GASSALGSKONTRAKTER OG UTVIKLINGEN I GASSMARKEDET.....	27
3.1	Typiske kjennetegn ved langvarige gassalgskontrakter	27
3.1.1	Oversikt over ulike former for gassalgskontrakter.....	27
3.1.2	Langvarige gassalgskontrakter – parter, hovedforpliktelser og særlige kjennetegn.....	28
3.2	Liberalisering av gassmarkedet.....	31
4	LANGVARIGE GASSALGSKONTRAKTER OG FORBUDET MOT KONKURRANSEBEGRENSENDE SAMARBEID	36
4.1	Innledning - oversikt over forbudet i EFT art. 81/ EØS art. 53 første ledd	36

4.2	Samarbeidskriteriet.....	37
4.3	Foretakskriteriet	38
4.4	Konkurransbegrensningskriteriet	39
4.4.1	Innledning.....	39
4.4.2	Det relevante marked	39
4.4.3	Konkurransbegrensende «formål».....	53
4.4.4	Konkurransbegrensende «virkning»	55
4.5	Merkbarhetskriteriet.....	63
4.5.1	Partenes størrelse	64
4.5.2	Markedsstrukturen.....	67
4.5.3	Konklusjon	73
4.6	Samhandelskriteriet.....	73
4.7	Oppsummering	75
5	UNNTAK FRA FORBUDET MOT KONKURRANSEBEGRENSENDE SAMARBEID	76
5.1	Innledning - oversikt over unntak fra forbudet i artikkel 81 EFT/53 EØS første ledd	76
5.2	Gruppefritak for vertikale avtaler etter forordning EF/2790/1999.....	77
5.2.1	Innledning.....	77
5.2.2	Gruppefritakets virkeområde.....	78
5.2.3	Markedsandelsterskelen	81
5.2.4	Alvorlige begrensninger	85
5.3	Unntak etter artikkel 81/53 tredje ledd	86
5.3.1	Innledning.....	86
5.3.2	Relevante effektivitetsgevinster innen gasssektoren	88
5.3.3	Nødvendighetskriteriet.....	100
5.3.4	Kravet om at effektivitetsgevinsten må komme forbrukerne til gode	119
5.3.5	Kravet til restkonkurrans.....	121
6	KONKURRANSEBEGRENSENDE ELEMENTER I LANGVARIGE GASSALGSKONTRAKTER.....	124
6.1	Innledning	124
6.2	Bestemmelser som innebærer en oppdeling av gassmarkedet.....	125

6.2.1	Markedsdeling ved territorialbegrensninger.....	125
6.2.2	Markedsdeling ved indirekte territorialbegrensninger	132
6.2.3	Markedsdeling gjennom bruksrestriksjoner	139
6.2.4	Unntaksmuligheter	141
6.3	Eksklusive forsyningsforhold - bestemmelser som innebærer begrensninger i nye aktørers mulighet for inntreden på gassmarkedet	144
6.3.1	Innledning	144
6.3.2	Konkurransesklausuler – begrensninger pålagt gasskjøperen.....	145
6.3.3	Enedistribusjon - begrensninger pålagt gassleverandøren.....	166
7	AVSLUTTENDE VURDERINGER	176
	KILDELISTE	180
	TIDLIGERE UTGAVER AV MARIUS.....	203
	BØKER UTGITT AV SJØRETTSFONDET FRA 1990.....	204

1 INNLEDNING

1.1 Emnet for fremstillingen

En «langvarig gassalgskontrakt» er et fenomen som forekommer i alle nivåer av produksjons- og omsetningskjeden for gass. Langvarige kontraktsforhold er særlig utbredt i *oppstrømssegmentet*, i kontrakter inngått mellom naturgassprodusenter og importgrossister. Disse binder tradisjonelt selger og kjøper sammen over en lang periode, generelt i 20–25 og opp mot 30 år.¹ Langvarige kontrakter er også utbredt i *nedstrømssegmentet*, markedene under grossistnivå, men har der en noe kortere varighet. Generelt sett har avtaler inngått med regionale og lokale gasdistributører hatt en varighet på mellom ti og femten år, mens avtaler inngått med industribrukere og gasskraftverk gjerne har hatt en varighet på mellom ti og tyve år.²

Langvarige kontrakter er ingen entydig betegnelse. Kontraktene fremforhandles mellom partene for hvert individuelle avtaleforhold, og vil derfor variere både med hensyn til varighet, kontraktsvolumer og andre kontraktsvilkår. For denne fremstillingens formål legger jeg EU-kommisjonens definisjon i direktiv om naturgassforsyningssikkerheten til grunn:

«1) »langtids-gassforsyningskontrakt«: en gasforsyningskontrakt, hvis løbetid er over ti år»³

¹ Se Nyssens & Schnichels, s. 1394 og 1412.

² Op.cit. s. 1412-1413.

³ Rådskommisjonen 2004/67/EF af 26. april 2004 om foranstaltninger til opretholdelse af naturgasforsyningssikkerheden («Forsyningssikkerhedsdirektivet»), art. 2.

En kontrakts varighet regnes fra dagen for den første levering av gass, til dagen for den siste levering av gass. Der kontrakten ikke inneholder noen bestemmelse om siste leveringsdag, eller dersom kontrakten stilltiende kan fornyes, regnes den i denne sammenheng for å løpe *på ubestemt tid*.⁴

Langvarige kontrakter har tradisjonelt hatt som hovedfunksjon å sikre forutsigbare kontantstrømmer inn i gassproduksjonsprosjekter. Slike kontrakter har blitt sett på som avgjørende for å sikre finansieringen av slike prosjekter, først og fremst på bakgrunn av de enorme investeringer som må foretas i forbindelse med lettevirksomhet, produksjon og salg av naturgass. En langvarig salgskontrakt antas i tillegg å gi produsenten tilstrekkelig sikkerhet for å tjene inn de foretatte investeringer, og til å tilbakebetale lån og renter til eksterne långivere.⁵

Tradisjonelt har gassmarkedene i Europa vært nasjonale, og bare i begrenset grad gjenstand for konkurranse utenfra. De nasjonale markedene har vært preget av monopoler eller et fåtall dominerende selskaper, og på den måten i stor grad vært skjermet også fra intern konkurranse. Siden starten av 1990-tallet har det i EU blitt foretatt et betydelig politisk arbeid med å etablere et *integret* europeisk gassmarked, blant annet gjennom vedtakelsen av to gassmarkedsdirektiver i 1998 og 2003. Utviklingen har imidlertid gått sakte, i stor grad grunnet de høye kostnadene i forbindelse med bygging av tilstrekkelig kapasitet i infrastruktur for grenseoverskridende handel og transport⁶, men også fordi store,

⁴ Sml. Kommissionens forordning 2790/1999/EF om anvendelse af EF-traktatens artikkel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, artikkel 5 bokstav a.

⁵ Se Arowolo, s. 17.

⁶ Op.cit. s. 22.

delvis statseide, monopolister, både på produksjons- og distribusjonssiden, har jobbet imot prosessen.

Langvarige gassalgskontrakter har spilt en helt sentral rolle som finansielt grunnlag for den betydelige aktiviteten på gassfelt og den omfattende utbygging av kompleks gassinfrastruktur på norsk sokkel. I den senere tid har man imidlertid sett en klar økning i norske selskapers vilje og evne til å gjennomføre også *kortsiktige* gassalg. Dette har sammenheng med at den norske kontinental-sokkelen nå befinner seg i en mer moden fase, der eksisterende infrastruktur i stor grad kan benyttes ved produksjon på nye felt.⁷ Sett opp mot den totale omsetning av norsk gass, er imidlertid den andel som omsettes i kortsiktige markeder fremdeles liten.⁸

Det har blitt hevdet at den lave andelen av kortsiktig gassalg i forhold til de totale omsetningen av gass i Europa *forårsakes* av den utstrakte bruken av langvarige gassalgskontrakter. Så lenge store deler av det til enhver tid produserte gassvolum er bundet opp i langvarige kontrakter, vil det være begrenset med «fri» gass tilgjengelig for omsetning i kortsiktige markeder. Samtidig har de fleste langvarige gassalgskontrakter innebygde fleksibilitetsbestemmelser, som langt på vei minimerer distributørens behov for å møte fluktuerende behov og korttidsetterspørsel i videresalgsmarkedet ved handel på kortsiktige gassmarkeder.

Den utstrakte bruken av langvarige kontrakter kan i tillegg medføre at potensielle nykommere i grossistmarkedet blir utestengt fra tilgjengelige gasskilder, og dermed mister muligheten til å få adgang til markedet. I forlengelsen av dette har det blitt påstått at langvarige gassalgskontrakter utgjør et avgjørende hinder for

⁷ Michelet 2005, s. 227.

⁸ Norsk Hydro selger for eksempel ca 70 % av sin gass gjennom langvarige kontrakter, jf Norsk Hydro Annual Report 2006, s. 40.

etableringen av et integrert europeisk gassmarked. Tanken er at en reduksjon av antallet langvarige gassalgskontrakter vil frigi mengden av tilgjengelig gass, og dermed føre til at nye aktører lettere vil oppnå markedsadgang. Dette vil igjen kunne stimulere til mer dynamiske kontraktsforhold mellom produsenter og distributører, økt grenseoverskridende handel og dermed til et mer fleksibelt og velfungerende indre marked for omsetning av naturgass.

Dermed kommer de langvarige gassalgskontraktene dobbelt-effekt tydelig til syne; på den ene siden kan kontraktene risikofordelende aspekter utgjøre et avgjørende insitament for produsenter og eksterne finansieringsinstitusjoner til å bygge ut gassproduksjonsprosjekter. Dette vil særlig gjelde prosjekter med usikker inntjeningssevne. Med tanke på at gassbehovet i de europeiske markedene er økende, er dette investerings- og forsyningssikkerhetsperspektivet et viktig argument for bruken av langvarige gassalgskontrakter. På den annen side kan man tenke seg at et velfungerende indre marked langt på vei vil redusere den investerings- og inntjeningsrisiko produsentene skyver over på distributørene gjennom langvarige kontrakter.

I langvarige gassalgskontrakter mellom gassprodusenter og deres ulike kjøpere har det i tillegg vært inntatt en rekke kontraktsbestemmelser, som på forskjellige måter har bidratt til å styrke avtalepartenes konkurranseposisjon i de ulike markedene. Bestemmelser som medførte en oppdeling av gassmarkedet, samt ulike former for eksklusive forsyningsforhold, har tradisjonelt vært de mest utbredte. Det var i EU lenge manglende politisk vilje til å bruke konkurransereglene for å ramme disse potensielt konkurransebegrensende bestemmelsene. I forbindelse med vedtakelsen av gassmarkedsdirektivene iverksatte imidlertid Kommissjonen etterforskning mot en rekke gassprodusenter for bruken av slike bestemmelser. Etter at direktivene trådte i kraft

fremsto det raskt som klart at liberaliseringsprosessen hadde behov for støtte fra konkurransereglene.⁹

Denne avhandlingen skal vurdere om bruken av langvarige gassalgskontrakter strider mot forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EF-traktatens artikkel 81 og den tilsvarende bestemmelse i EØS-avtalens artikkel 53. Hovedvekten i fremstillingen vil bli lagt på å vurdere om bruken av lang kontraktsvarighet *i seg selv* vil kunne komme i konflikt med forbudet. Dette spørsmålet behandles i kapittel 4 og 5. Deretter kommer i kapittel 6 en mer kortfattet vurdering av den konkurranserettslige status til enkelte *andre bestemmelser* som har vært, og fremdeles er, inntatt i langvarige gassalgskontrakter.

1.2 Langvarige gassalgskontraktens mulige innvirkning på konkurransen i EUs gassmarkeder

Innledningsvis er det beskrevet hvordan langvarige gassalgskontrakter kan utgjøre en hindring for *etableringen* av et integrert gassmarked. Disse kontraktene, og særlig enkelte bestemmelser tradisjonelt benyttet i disse, kan imidlertid også ha andre, mer konkrete, konkurransebegrensende virkninger i markedet.

Et typisk eksempel er at en gassalgskontrakt med lang varighet kan ha som virkning at kjøperens mulighet til å skifte leverandør blir forhindret. Dette særlig når den aktuelle leverandør innehar en dominerende posisjon i markedet, eller når hele kjøperens etterspørsel, eller det alt vesentlige av denne, er dekket gjennom en langvarig avtale. Når all etterspørsel dekkes eksklusivt av en leverandør over en lang årrekke gjennom en slik *konkurranse-*

⁹ Cameron 2007, s. 320.

klausul, vil dette effektivt føre til en utestengelse av både aktuelle og potensielle aktører som vil inn i grossistmarkedet. Dette vil være særlig alvorlig for leveranser til gasskraftverk, som med et stabilt behov for betydelige volumer vil være særdeles attraktive kunder for nye aktører i leverandørmarkedet.

EU-kommisjonens Generaldirektorat for Konkurrans («DG Comp») foretok i 2005-2007 en omfattende empirisk undersøkelse av konkurranseforholdene i de europeiske energimarkedene («Sektorundersøkelsen»)¹⁰. Konklusjonene etter undersøkelsen fremhever blant annet at høy grad av markedskonsentrasjon og manglende markedsintegrasjon som følge av begrenset tilgang til infrastruktur, utgjør betydelige etableringshindringer for nykommere i distribusjonsmarkedet. Undersøkelsen fremhever videre at etableringshindringene forsterkes ved at langvarige gassforsyningsavtaler gjør det svært vanskelig for nye aktører å få tilgang til gass i oppstrømsmarkedet.¹¹ Noen endelig stillingtagen til de langvarige gassalgskontraktens forhold til EUs konkurranse-regler foretas imidlertid ikke.

En ytterligere form for negativ virkning av langvarige kontrakter er at de kan innebære at gasskundernes mulighet til å kjøpe varer og tjenester i den EØS-stat de måtte ønske begrenses. Sluttkunderes, og da særlig forbrukeres, mulighet til å fritt velge leverandør av gass har vært et sentralt mål ved liberaliseringen av de europeiske gassmarkedene.¹²

¹⁰ Se KOM(2006)851, Kommissjonsmeddelelse 10. januar 2007 om Undersøkelse i henhold til artikkel 17 i forordning (EF) nr. 1/2003 af den europæiske gas- og elsektor, og teknisk dokument SEC (2006)1724 DG Competition report on energy sector inquiry, 10. januar 2007.

¹¹ SEC (2006)1724, s. 47-55.

¹² Fra 1. juli 2007 skal alle gasskunder i EU fritt kunne velge gassleverandør, jf direktiv 2003/55/EF art, 2 nr. 28, jf art. 23 nr. 1, bokstav c).

I tillegg har langvarige kontrakter tradisjonelt inneholdt bestemmelser som har sementert den historiske oppdelingen av det europeiske gassmarkedet i nasjonale markeder. Disse bestemmelsene har hatt forskjellige virkemidler, de har blant annet regulert hvilke territorier gassen kan videreselges i, hva slags bruk kjøperen kan gjøre av gassen og inneholdt ulike former for mekanismer som har gjort videresalg kommersielt uinteressant. Alle disse bestemmelsene kan sies å ha en virkning i direkte motstrid med formålet med den pågående liberaliseringsprosessen; etableringen av et integrert europeisk gassmarked.

1.2.1 Kort oversikt over hvilke regelsett som regulerer konkurransen i det europeiske markedet

I dette avsnittet gis en kort oversikt over de sett med regler som regulerer konkurransen i det europeiske energimarkedet.

For å effektivt kunne regulere konkurransen innen EU, er de sentrale konkurransereglene inntatt i EF-traktatens¹⁵ («EFT») artikler 81 og 82. EFT artikkel 81 første ledd inneholder et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Fra dette gjøres det til dels omfattende unntak i artikkelens tredje ledd. En avtale er uten videre unntatt fra forbudet i første ledd når de fire kumulative vilkårene i tredje ledd er oppfylt. EFT artikkel 82 inneholder forbud mot utilbørlig utnyttelse av et foretaks dominerende stilling.

I EFTA-området reguleres konkurransen først og fremst av EØS-avtalens art. 53 og 54. Disse tilsvarer i ordlyd og materielt anvendelsesområde, i det vesentlige, henholdsvis EFT art. 81 og 82.

Når det gjelder den sektorspesifikke regulering av gassmarkedet, finnes de sentrale bestemmelser i Europaparlamentets og Rådets

¹⁵ Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab, 25. mars 1957.

direktiv 2003/55/EF om felles regler for det indre marked for naturgass.¹⁴ Direktivet, som avløste direktiv 98/30/EF, regulerer først og fremst markedet for *transport av gass*. Det bakenforliggende målet er imidlertid økt konkurranse på markedet for *gassalg*, samt etableringen av et «velfungerende indre marked for gas».¹⁵

I det norske innenlandsmarkedet reguleres konkurransen av Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)¹⁶. Ettersom denne fremstillingen skal behandle avtaler om grenseoverskridende gassalg i EØS-området, vil bestemmelsene i konkurranseloven ikke behandles nærmere.

1.2.2 Vertikale begrensninger

En salgsavtale er typisk en avtale mellom aktører på *ulike* nivåer i produksjons- og omsetningskjeden. Fellesbetegnelsen på dette er *vertikale* avtaler.

I konkurranserettslig sammenheng forstås vertikale avtaler gjerne som avtaler inngått mellom to eller flere foretak, der hvert av dem, i henhold til avtalen, driver sin virksomhet innen ulike ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden, og som gjelder vilkårene for partenes kjøp, salg eller videresalg av varer eller tjenester.¹⁷ Det forhold at foretakene opererer på hvert sitt nivå i den vertikale

¹⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF («Gassmarkedsdirektivet»).

¹⁵ Se fortalen til Gassmarkedsdirektivet, betraktning (30), og Bøe Moen & Dyrlund s. 51.

¹⁶ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger («konkurranseloven»).

¹⁷ Gruppefritaket for vertikale begrensninger, artikkel 2 nr. 1.

produksjons- og omsetningskjeden skiller vertikale avtaler fra *horisontale* avtaler, der de involverte foretakene opererer på samme nivå.

Elementer i vertikale avtaler som har som formål eller virkning at konkurransen begrenses omtales gjerne som «vertikale begrensninger». Disse kjennetegnes ved at to eller flere foretak, som opererer på forskjellige ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden, inngår avtaler eller former for samordnet opptreden som har som formål eller virkning at konkurransen begrenses. Dersom et foretak driver virksomhet i flere enn ett ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden, er det for at avtalen skal regnes som en vertikal begrensning en forutsetning at den relaterer seg til de *funksjoner* begge foretak utøver på de ulike ledd i kjeden.

De negative virkninger på markedet som kan følge av vertikale begrensninger, og som EF-traktaten og EØS-avtalens konkurranse-regler tar sikte på å forhindre, er først og fremst utestenging av andre leverandører eller andre kjøpere ved at det skapes hindringer for å etablere seg på markedet («etableringshindringer»)¹⁸. En annen form for konkurransebegrensning som kan oppstå i og med en vertikal avtale er dannelsen av hindringer for markeds-integrasjon, og da særlig begrensninger i forbrukernes frihet til å kjøpe varer og tjenester i den EØS-stat de måtte ønske.

Vertikale konkurransebegrensninger har tradisjonelt vært hyppig benyttet i gassektoren.¹⁹ I gassalgskontrakter har man kunnet se slike begrensninger både i *oppstrømsmarkedene*, altså i kontrakter mellom gassprodusenter og store grossister, og i *nedstrøms-markedene*, i kontrakter mellom grossistene og regionale og lokale

¹⁸ Kommisjonens og ESAs Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 103.

¹⁹ Albers, s. 176.

distributører, industribrukere og kraftverk, og private husholdninger. I årene som fulgte vedtakelsen av det første gassmarkedsdirektivet fokuserte Kommisjonen sitt arbeid på oppstrømsmarkedet.²⁰ Bakgrunnen for dette var at det i veletablerte distribusjonsskjeder er vanlig at kontraktuelle begrensninger blir videreført til det neste ledd i omsetningskjeden, og at det dermed blir viktig å fjerne problemet der det opprinnelig oppstår. Det ble videre antatt at nasjonale konkurransemyndigheter var tilstrekkelig slagkraftige til å takle konkurranseproblemer i nedstrømsmarkedene. Denne innfallvinkelen hadde også den, i et europeisk perspektiv, positive ringvirkning at også produsentland *utenfor* EU-samarbeidet ble konfrontert direkte med den liberaliseringsprosess som foregikk innenfor fellesskapet. Samtidig som liberaliseringen åpnet for betydelige kommersielle muligheter i de europeiske markedene, ble produsentene i større grad forpliktet til å forholde seg til fellesskapets konkurranserett.

1.3 Avgrensninger

Denne fremstillingen er bergrenset til å omhandle de konkurranse-rettslige skranker for langvarige gassalgskontrakter som oppstilles av EF-traktatens artikkel 81 og EØS-avtalens artikkel 53. Det er de *vertikale* elementene ved disse kontraktene som skal vurderes, ulike former for *horisontale* konkurransebegrensninger skal ikke behandles nærmere.

Fremstillingen kommer også til å konsentrere seg om gassalgskontrakter inngått mellom gassprodusenter og deres ulike kunder. Det er med andre ord i første rekke *oppstrømskontraktene* som skal behandles. De siste årene har det imidlertid blitt stadig vanligere for

²⁰ Nyssens & Schnichels, s. 1404.

produsentene å selge direkte til ulike former for større kunder i nedstrømsmarkedene, blant annet gasskraftverk og store industribrukere.²¹ Vertikale begrensninger som kan oppstå i slike kontrakter vil derfor også bli behandlet i en viss utstrekning.

Gassmarkedet er en nettbundet virksomhet, man er avhengig at gassen transporteres fra produksjonsstedet/innkjøpsstedet til stedet den skal utnyttes endelig av sluttbrukeren. Som følge av den pågående liberaliseringen av gassmarkedet har det i mange markeder blitt foretatt et eiermessig skille mellom de aktører som er aktive i omsetningsmarkedet, og de som eier og opererer transportinfrastrukturen. Gassmarkedsdirektivene skal i tillegg sikre tredje-parter adgang til transportinfrastruktur. Dermed har det også oppstått et *eget marked for handel av transportkapasiteter*. Det er på denne måten tette bånd mellom omsetningsmarkedet og transportmarkedet, og også i det sistnevnte kan det oppstå betydelige konkurranserettslige problemer. Denne fremstillingen skal imidlertid ikke komme nærmere inn på konkurranserettslige problemstillinger i transportmarkedet.

Dersom en vertikal begrensning blir *påtvunget* en kjøper av et foretak med markedsrett, vil det kunne være aktuelt å gi forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EF-traktatens artikkel 82/EØS-avtalens artikkel 54 anvendelse. Problemstillinger knyttet til ulovlig misbruk av dominerende stilling skal imidlertid ikke behandles nærmere.

Konsekvensen av brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EF-traktatens art. 81/EØS-avtalens art. 53

²¹ Norsk Hydro leverte for eksempel 3,1 milliarder standard kubikkmeter («bcm») gass i nedstrømsmarkedet i 2006, ca 22 % av totalomsetningen, jf Norsk Hydro Annual Report 2006, s. 40. Av dette ble 1,6 bcm levert til Yaras kunstgjødselabrikk i Nederland.

første ledd er at avtalen ikke skal ha noen «rettsvirkning», jf bestemmelsens annet ledd. Denne fremstillingen kommer ikke til å drøfte konsekvensene av brudd.

Det må til sist undersøkes at dette er en *generell* fremstilling av potensielle vertikale konkurransebegrensninger i langvarige gassalgskontrakter. Gassalgskontraktenes innhold betraktes fremdeles som forretningshemmeligheter hva volumer, priser og varighet angår, og jeg har bare hatt et begrenset innsyn i gjeldende kontrakter. Fremstillingen er basert på tilgjengelig praksis fra Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter, statistisk materiale, juridisk litteratur, samt opplysninger fra bransjefolk.

2 KONKURRANSEREGLENE ANVENDELSE PÅ LANGVARIGE GASSALGSKONTRAKTER

2.1 Innledning

I forbindelse med handelen mellom Norge og EU-land dukker det regelmessig opp spørsmål om *hvilket regelsett* som er relevant for løsningen av eventuelle konkurranserettslige spørsmål. Problemet knytter seg til hvorvidt det er reglene i EF-traktaten eller reglene i EØS-avtalen som kommer til anvendelse.

Norge er ikke medlem av EU, men har siden 1960 vært medlem av Frihandelsorganisasjonen EFTA. Den 2. mai 1992 undertegnet EFTA-statene og EU-medlemmene Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet («EØS-avtalen»). Ved avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994 ble Norge bundet til en vesentlig del av europarettens.

Hovedformålet med EØS-avtalen var å utvide EFs indre marked til å omfatte også EFTA-statene.²² For å virkeliggjøre dette målet, er EF-rettens regler om de fire grunnleggende friheter og konkurranse gjort til det helt sentrale i avtalen.²³ Disse reglene er nesten i sin helhet kopiert inn i EØS. Bevegrunnene bak reglene er imidlertid noe annerledes. I EU er fellesmarkedet et middel for å oppnå politisk og sosial integrasjon, mens et fungerende fellesmarked er et mål i seg selv under EØS-avtalen.²⁴

²² Sejersted, s. 83.

²³ Se EØS-avtalen art. 1(2) bokstav a) til e).

²⁴ Sejersted, s. 83.

2.2 Virkeområdet for EF-traktaten og EØS-avtalens konkurranseregler

2.2.1 Saklig virkeområde

Energisektoren utgjør en økonomisk aktivitet som omfattes av EF-traktatens bestemmelser, jf blant annet traktatens art. 2.²⁵ I et konkurranserettslig perspektiv er ikke den europeiske energiindustrien fundamentalt annerledes fra andre former for økonomisk virksomhet. De samme konkurranseregler som får anvendelse på all økonomisk aktivitet, får dermed også anvendelse innen energisektoren. Dette ble blant annet slått fast av EF-domstolen (EFD) i saken *Costa mot Enel* allerede i 1964.²⁶ Dette er fulgt opp i senere EFD-praksis, blant annet i sakene *Campus Oil*²⁷ og *Almelo Kommune*²⁸.

EØS-avtalens artikkel 1 fremhever at EØS-samarbeidet blant annet har som målsetning å opprette et ensartet felleseuropeisk samarbeidsområde. Det blir således antatt at avtalen får anvendelse på all økonomisk aktivitet som ikke er eksplisitt unntatt.²⁹ Gassalg er en økonomisk aktivitet, og vil dermed falle inn under EØS-avtalens saklige virkeområde.³⁰ Det fremgår også av EØS-avtalens

²⁵ Schwarze, s. 157-159.

²⁶ Sak 6/64 *Costa mot Enel*, Saml. 1964 s. 585. Saken gjaldt konkurransespørsmål i elkraftsektoren, men tas til inntekt for at Roma-traktatens konkurranseregler gjelder i energimarkedet generelt. Se også Nyssens & Schnichels, s. 1363-1364, Albers, s. 105-106 og Cross, Hancher & Slot, s. 222, særlig note 47, med videre henvisninger.

²⁷ Sak 72/83 *Campus Oil*, Saml. 1984 s. 2727.

²⁸ Sak C-393/92 *Almelo*, Saml. 1994 s. 1477, avsnitt 46.

²⁹ Arnesen, s. 49 flg.

³⁰ Pedersen, s. 475, med videre henvisninger.

artikkel 24, med videre henvisninger til vedlegg IV, at energisektoren omfattes av avtalen.³¹

2.2.2 Geografisk virkeområde

Konkurransbestemmelsene i EF-traktaten, så vel som i EØS-avtalen, kan få anvendelse på private aktørers aktiviteter på norsk sokkel, dersom visse forutsetninger er tilstede.

Konkurransereglene i EFT er definert slik at de kommer til anvendelse når «handelen» mellom medlemsstatene berøres. I tilfeller der en avtale påvirker samhandelen mellom medlemsstatene i EU, følger det uttrykkelig av ordlyden i EFT art. 81 første ledd at forbudet mot konkurransebegrensende avtaler kan komme til anvendelse. Dette samhandelskriteriet er ingen jurisdiksjonsbestemmelse i tradisjonell forstand, men regulerer hvilken atferd som vil kunne være gjenstand for regulering av EFTs konkurranseregler, og hvilken atferd som reguleres eksklusivt av EØS-avtalens konkurranseregler.³²

Utgangspunktet er imidlertid at EF-rettens konkurranseregler er begrenset til nettopp det felles marked, og at reglene kun skal få anvendelse på EU-statenes område. EFD har imidlertid i sin praksis lagt til grunn at også avtaler som *implementeres* i fellesmarkedet vil omfattes av konkurransereglenes virkeområde. Dette var tilfellet i *Woodpulp*.³³ Domstolens begrunnelse innebar imidlertid at avtalens *virkning* på EU-området ikke *alene* ble ansett tilstrekkelig til at EF-rettslig jurisdiksjon forelå. Det ble heller ikke gjort klart hva som ligger i EFDs krav om at avtalen må «implementeres» på

³¹ EØS-avtalens Vedlegg IV gir en oppstilling av de direktiver og forordninger EU har gitt innen energisektoren.

³² Kolstad, s. 200.

³³ Forente saker C-89/85 flg. *Woodpulp*, Saml. 1988 s. 5193.

felleskapsområdet. En avtale om kjøp av gass som oppfylles i et EU-land vil imidlertid oppfylle vilkåret, selv om selgeren driver sin virksomhet fra et tredjeland.

*GFU-saken*³⁴ er et eksempel på at EFT kan gis anvendelse på *norsk gasseksport*. Saken gjaldt spørsmålet om felles salg av gass fra norsk sokkel gjennom det såkalte Gassforhandlingsutvalget var i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Her anså Kommisjonen seg kompetent til å håndheve EFT art. 81 overfor norske selskaper, fordi deres aktiviteter i siste instans påvirket samhandelen mellom EU-landene. Så lenge norsk gass konkurrerer med annen gass som produseres og omsettes i det europeiske markedet, vil avtaler som regulerer slikt salg kunne påvirke samhandelen mellom EU-stater. Dermed vil slike salgsavtaler kunne falle innunder EF-rettslig jurisdiksjon. I GFU-saken anvendte Kommisjonen reglene i EØS-avtalen og EFT parallelt.

Virkeområdet for *EØS-avtalen* artikkel 53 er der den omtvistede avtalen får sin *virkning* på samhandelen. Bestemmelsen er formulert slik at den bare kommer til anvendelse der «handelen mellom avtalepartene» berøres. I tilfeller der en avtale eller en samordnet opptreden påvirker handelen mellom EØS-avtalens parter, følger det uttrykkelig av ordlyden i EØS-avtalen art. 53 første ledd at forbudet mot konkurransebegrensende avtaler kan komme til anvendelse. Bestemmelsens ordlyd stiller for øvrig ikke opp krav til foretakenes eller avtalenes opprinnelsessted, men legger snarere til grunn stedet der avtalen har som «formål» eller «virkning» å forstyrre konkurransen.

Hvilket regelsett man benytter seg av ved vurderingen av gassalgskontraktene har sannsynligvis liten betydning, på grunn av

³⁴ Kommisjonssak 36.072. Se Kommisjonens pressemelding IP/02/1084.

de sterke kravene til homogen behandling. I den videre fremstilling vil det derfor henvises til begge regelsett.

2.3 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

Et av de sentrale formål med fellesskapsretten er å etablere et system som sikrer at konkurransen i det indre marked ikke blir forstyrret, jf EF-traktatens art. 3 nr. 1 bokstav g). For å oppnå dette, inneholder traktaten et eget avsnitt om konkurranse.³⁵

EF-traktatens artikkel 81 omhandler konkurransebegrensende atferd mellom foretak. Bestemmelsens første ledd inneholder et generelt forbud mot samarbeid mellom foretak, der formålet eller virkningen er at konkurransen begrenses. Annet ledd slår fast at avtaler i strid med forbudet er uten rettsvirkning. Tredje ledd inneholder kumulative vilkår som må oppfylles for at forbudet i første ledd likevel ikke skal få anvendelse. EØS-avtalens art. 53 inneholder bestemmelser som i det vesentlige er like bestemmelsene i EFT art. 81.

Ved vurderingen av konkurranserettslige spørsmål er det vanlig å foreta en differensiering mellom horisontale og vertikale avtaler.³⁶ De to betegnelse beskriver hvor i produksjons- og distribusjonskjeden avtalepartene befinner seg. *Horisontale* avtaler er inngått mellom virksomheter på samme produksjons- eller distribusjons-trinn. I *vertikale* avtaler befinner derimot avtalepartene seg derimot på forskjellige trinn i distribusjonen eller produksjonen.

³⁵ Traktatens del VI, kapittel 1.

³⁶ Kolstad, s. 230.

EFD har siden *Consten og Grundig*³⁷ fra 1966 stått fast ved at artikkel 81 ikke sonderer mellom disse to samarbeidsformene når det gjelder spørsmålet om bestemmelsen får anvendelse eller ikke; den får anvendelse på dem begge. I dommen fremhevet EFD at bestemmelsen gjelder alle avtaler som potensielt kan påvirke konkurransen, og at også avtaler mellom parter på forskjellig ledd i omsetningskjeden kan føre til konkurransebegrensninger, og dermed skade konsumentene og komme i strid med bestemmelsens formål. Heller ikke *ordlyden* i artikkel 81 gir grunn til å trekke noe rettslig skille mellom avtaleformene, det kreves bare at avtalen kan påvirke konkurransen. Vertikale avtaler vil dermed kunne rammes av forbudet i artikkel 81/53 første ledd.

Den faktiske forskjell i *virkingen* av henholdsvis horisontale og vertikale avtaler gjør det imidlertid berettiget, ut fra en praktisk og analytisk synsvinkel, å foreta en slik differensiering. Skillet ligger også til grunn for systemet med gruppefritaksordninger. De avtaler som skal vurderes i denne avhandlingen, avtaler mellom gassprodusenter og deres kunder, er som nevnt typiske *vertikale* avtaler.

Den europeiske konkurranseretten anerkjenner de potensielle fordelene av vertikale avtaler, selv der artikkel 81/53 første ledd i utgangspunktet kommer til anvendelse. Dette har sammenheng med at avtalene også kan innebære *positive virkninger*, for eksempel der en tilbyder eller kjøper av gass benytter en vertikal begrensning for å beskytte en investering. Holdningen har kommet til uttrykk gjennom utstedelsen av et omfattende gruppefritak for vertikale avtaler³⁸, som blant annet er ment å redusere risikoen for

³⁷ Forente saker 56 og 58/64 *Consten og Grundig*, Saml. 1966 s. 299.

³⁸ Forordning 2790/1999/EF, innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 18/2000 av 18. desember 2000 (heretter «gruppefritaket for vertikale avtaler» eller bare «gruppefritaket»).

manglende investeringer i varedistribusjonen. Gruppefritaket inneholder en presumsjon om at vertikale begrensninger er lovlige, så lenge visse vilkår er oppfylt. Gruppefritaket suppleres av Kommisjonens allerede nevnte «Retningslinjer for vertikale begrensninger».³⁹

Det er to hovedgrunner til at vertikale avtaler ikke anses for å være like skadelige for konkurransen som horisontale avtaler. For det første vil et vertikalt arrangement bare forstyrre konkurransen der enten selger eller kjøper allerede *forut for* avtaleinngåelsen innehar en viss grad av markedsrett.⁴⁰ Bare i situasjoner der konkurransen på det horisontale nivå til enten leverandør eller kjøper i utgangspunktet ikke fungerer effektivt, vil det være behov for å beskytte restkonkurransen mot de mulige konkurransebegrensende virkninger i vertikale avtaler. Dette vil være tilfellet i markeder med en høy grad av markedskonsentrasjon, der bare et fåtall aktører aktive på markedet. De europeiske gassmarkedene har hittil vært preget av en slik konsentrasjon av markedsaktivitet på et fåtall aktørers hender.⁴¹ For det annet kjennetegnes vertikale avtaleforhold ved at det ene foretakets produkt er en innsatsfaktor i det andre foretakets virksomhet. Dersom leverandøren utøver markedsrett ved fastsettelsen av avtalen, vil etterspørselen etter kjøperens produkt fort kunne bli skadelidende. Aktører involvert i

³⁹ Kommisjonens meddelelse om Retningslinjer for vertikale begrensninger, EFT 2000/C 291/1.

⁴⁰ Med «markedsrett» menes i denne sammenheng en markedsaktørs evne til å heve prisen over det konkurransemessige nivået og, i det minste på kort sikt, å oppnå et unaturlig høyt overskudd, jf Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 119 nr. 1.

⁴¹ Se KOM (2006) 851, kommisjonsdokumentet med konklusjoner fra Sektorundersøkelsen, s. 5.

vertikale forhold har således et innebygget insentiv til å begrense bruk av markedsrett.⁴²

Anvendelsen av art. 81/53 første ledd på vertikale avtaler innebærer praktisk sett en prosess i fire trinn. For det første må man definere det relevante marked, for deretter å fastslå produsentens og kjøperens markedsandel på dette markedet. Om den relevante markedsandel er under 30 %, får som utgangspunkt reglene i Gruppefritaket for vertikale avtaler anvendelse. Dersom den relevante markedsandel er over 30 %, må man vurdere hvorvidt avtalen rammes av forbudet i art. 81/53 første ledd. Der gruppefritaket *ikke* får anvendelse, vil fremdeles effektivitetsbeskyttelsen i artikkel 81/53 tredje ledd kunne unnta en vertikal begrensning fra forbudet. Forutsetningen for et slikt unntak er at fordelene ved den vertikale begrensningen oppveier de konkurransebegrensende virkningene. For å nyte godt av unntaket i tredje ledd, må imidlertid hver enkelt avtale vurderes omhyggelig ut fra de konkrete omstendigheter.

I denne fremstillingen vil det legges opp til en noe annerledes systematikk. Her vil det først undersøkes om det i langvarige gassalgskontrakter i det hele tatt foreligger elementer i strid med art. 81/53 første ledd. Deretter vil det foretas en vurdering av om avtalene faller inn under beskyttelsen i gruppefritaket, eller om det eventuelt kan innvilges individuelt unntak etter art. 81/53 tredje ledd.

⁴² Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 100.

2.4 Forholdet mellom konkurransereglene og sektorreglene

Utgangspunktet i EF-retten er at de traktatfestede konkurransereglene har forrang fremfor sektorspesifikk regulering.⁴⁵ Felleskapslovgiver kan med andre ord ikke utstede sektorregler i motstrid med de generelle konkurransereglene. Samtidig må direktiver og forordninger tolkes og praktiseres innenfor traktatens rettslige skranke.⁴⁴ Konkurransereglene er imidlertid ikke til hinder for at sektorlovgivningen gir hjemmel for å gå lenger i reguleringen enn det konkurransereglene selv gir hjemmel til.⁴⁵

Et annet moment som kan trekkes frem i forholdet disse regelsettene imellom er forskjellen i *trinnhøyde*. I lys av det grunnleggende prinsipp om normhierarki, kan ikke sekundærlovgivning, som liberaliseringsdirektivene, divergere fra eller innskrenke virkeområdet til de primære konkurransereglene nedfelt i EF-traktaten. Dette innebærer at de sektorspesifikke reglene må *tolkes* i samsvar med de til enhver tid relevante konkurransebestemmelser.⁴⁶

Kommisjonen har uttalt at bare en *parallel* håndhevelse av konkurransereglene og sektorreglene kan hindre at de statlige barrierer for dannelsen av et felles energimarked som søkes fjernet gjennom liberaliseringsdirektivene blir erstattet med tilsvarende barrierer implementert i avtaler mellom private aktører i markedet.⁴⁷ Virkningen av dette er nemlig langt på vei den samme;

⁴⁵ Graver, s. 164.

⁴⁴ Sak 66/86 *Ahmed Saeed*, Saml. 1989 s. 803, avsnitt 51-52.

⁴⁵ Graver, s. 164.

⁴⁶ Se Nyssens & Schnichels, s. 1379, med videre henvisning til sak T-184/97 *BP Chemicals*, Saml. 2000 s. II-3145, premiss 64.

⁴⁷ XXXII Beretning om Konkurrencepolitikken 2002, s. 36.

nasjonalt avgrensede gassmarkeder opprettholdes, samtidig som den virksomme konkurransen hindres.

I et slikt perspektiv har både sektorreglene og bruken av konkurransereglene i gasssektoren et felles formål; å sikre gasskonsumentene en reell valgfrihet med hensyn til gassleverandør, hvilket igjen skulle lede til at konkurransen i markedet utvikler seg og muligens også til økt priskonkurranse.

Det foreligger allikevel en viss innbyrdes arbeidsfordeling mellom de to regelsett. Mens den sektorspesifikke lovgivningen i stor grad har fokusert på å sikre tredjeparter åpen adgang til transmisjons- og distribusjonsrørledninger, altså på å regulere *transportmarkedet*, har konkurransereglene vist seg å være et mer effektivt virkemiddel for å sikre konkurranse i *omsetningsmarkedet*.⁴⁸ Ettersom det er konkurranserettslige begrensninger i omsetningsmarkedet som er temaet for denne fremstillingen, vil den sektorspesifikke lovgivningen her bare i liten grad berøres.

2.5 Rettskilder og metode

Fremstillingen tar som nevnt utgangspunkt i EF-traktatens artikkel 81 og EØS-avtalens artikkel 53. Regelsettene er i all hovedsak likelydende. I tillegg presiserer EØS-avtalens fortale, avsnitt 16, at man skal etterstrebe «lik fortolkning og anvendelse» av reglene. Dette åpner for en forholdsvis vid anvendelse av EF-rettslige rettskildedefaktorer. I EF-retten er det først og fremst rettspraksis og kommisjonspraksis som er de sentrale rettskildene.⁴⁹

⁴⁸ Nyssens & Schnichels, s. 1376.

⁴⁹ Se Sejersted, s. 52-57.

Praksis fra EFD er derfor den sentrale rettskilde også i EØS-retten. Etter EØS-avtalens art 6 og ODA⁵⁰ art. 3 første ledd, skal bestemmelser i EØS-avtalen tolkes i samsvar med de relevante avgjørelser fra EF-domstolen som forelå ved *inngåelsen* av avtalen. ODA art. 3 (2) fremholder videre at EFTA-domstolen skal ta «tilbørlig hensyn» til senere relevant praksis fra EFD. Ettersom konkurransereglene befinner seg innenfor kjerneområdet i EØS-avtalen, vil hensynet til rettshomogen fortolkning gjøre seg sterkt gjeldende.⁵¹ Dette er igjen et argument for å tillegge EFDs praksis særlig vekt på dette området.

EF-domstolen og Kommisjonen har bare i få tilfeller gitt EF-traktatens konkurranseregler anvendelse på gasssektoren. Mange av sakene Kommisjonen har behandlet har i tillegg ikke resultert i *formelle* beslutninger, men snarere i *uformelle forlik*, basert på tilsagn fra foretakene. Disse forlikene publiseres ikke i EF-tidende, men beskrives i kortfattede vendinger i Kommisjonens årlige konkurranserapport⁵² og i fortløpende pressemeldinger⁵³. Disse publikasjonene er imidlertid ofte svært knappe, både med hensyn til beskrivelse av sakens faktum, Kommisjonens rettsanvendelse og de rettslige og politiske begrunnelser for forliket. Rapportene utgjør således ingen rettskilde i klassisk forstand. I fraværet av mer tungtveiende kilder er de likevel ofte den eneste mulige kilde til innsikt i Kommisjonens praksis.

⁵⁰ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, Oporto, 2. mai 1992.

⁵¹ Se Arnesen, EØS-rett, s. 216.

⁵² Årlig Beretning om Konkurrencepolitikken, se DG Comps nettside: http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/

⁵³ Se EU-institusjonenes nettside for pressemeldinger <http://europa.eu/rapid/>

Utgangspunktet er allikevel at kommisjonspraksis har en vesentlig mindre vekt som rettskilde innen EF-retten enn det praksis fra EFD har. På den annen side har Kommisjonen og EFD ofte en sammenfallende interesse i et så effektivt og integrert Fellesskap som mulig, noe som styrker vekten. I tillegg har kommisjonspraksis tradisjonelt hatt stor betydning på konkurranserettens område på grunn av Kommisjonens funksjon som håndhevingsorgan, og fordi den innehar en betydelig faglig kompetanse på dette feltet. Det må imidlertid presiseres at Kommisjonen også i stor grad er et *politisk* organ, og at den dermed i visse tilfeller kan innta mer progressive holdninger enn det konkurransereglene i seg selv gir grunnlag for. Mangelen på klare og tungtveiende prejudikater fra EFD innen energisektoren medfører likevel at rettskilder som kommisjonspraksis og reelle hensyn relativt sett veier tyngre. Fremstillingen kommer til å benytte relevant kommisjonspraksis i to ulike former;

For det første kommer spesifikke *enkelt saker* til å bli brukt som eksempler på hva Kommisjonen tidligere har ansett for konkurransebegrensende virkninger i gassmarkedet. Etter å ha tatt utgangspunkt i et konkret eksempel, blir spørsmålet om tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende ved vurderingen av gassalgskontrakter generelt.

For det annet har både Kommisjonen og ESA utstedt likelydende, generelle *retningslinjer* vedrørende anvendelsen av konkurransereglene. Retningslinjene for vertikale begrensninger vil bli hyppig brukt ved vurderingen av art. 81/53.⁵⁴ Den såkalte bagatell-

⁵⁴ Retningslinjer for vertikale begrensninger, inntatt i EØS-tillegget til De Europeiske Felleskaps Tidende 2002 nr. 26/7. Retningslinjene tilsvarende Kommisjonens meddelelse om Retningslinjer for vertikale begrænsninger, EF-Tidende 2000/C 291/1.

meddelelsen benyttes ved drøftelsen av merkbarhetskriteriet.⁵⁵ ESA har også kunngjort at de skal implementere Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikkel 81 tredje ledd.⁵⁶ Denne vil bli benyttet ved vurderingen av unntaksregelen i art. 81/53 tredje ledd. I tillegg benyttes meddelelsen om definisjon av det relevante marked i forbindelse med markedsanalysen.⁵⁷

Disse ulike retningslinjene er ikke bindende rettsakter. De er kun uttrykk for Kommisjonens tolkning av konkurransereglene, og binder således verken EF-domstolen, Førsteinstansretten, EFTA-domstolen eller nasjonale domstolars rettsanvendelse. I tillegg har Kommisjonen og ESA kompetanse til å fravike sine egne meddelelser og retningslinjer. Det følger også med all tydelighet av EF-domstolens praksis at slike *soft law-instrumenter* ikke i seg selv er juridisk bindende. De vil nok like fullt ha en viss praktisk verdi i kraft av å kodifisere håndhevelsesorganenes generelle praksis. Så lenge disse vurderingene er lagt på linje med de av EFD utledede prinsipper, vil de ha en viss vekt. I tillegg er retningslinjene både pedagogisk så vel som praktisk nyttige analyseverktøy ved de

⁵⁵ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 (*de minimis*), inntatt i EØS-tillegget til Den Europeiske Unions Tidende 2003 nr. 15/11. Denne tilsvarer Kommisjonens bagatell-meddelelse, EFT 2001/C 368/07.

⁵⁶ Meddelelse fra Kommissjonen, Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikkel 81, stk. 3, EF-Tidende 2004/C 101/08 og Guidelines on the application of Article 53(3) of the EEA Agreement (Adopted by College on 18 May 2005 by College Decision 123/05/COL) (foreløpig upublisert) («81(3)-retningslinjene»).

⁵⁷ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), inntatt i EØS-tillegget til De Europeiske Felleskaps Tidende 1998 nr. 28/3.

konkrete vurderingene som må foretas ved anvendelsen av de europeiske konkurransereglene. ESA presiserer i avsnitt 3 i retningslinjene om vertikale begrensninger at det primære formålet med retningslinjene er «å hjelpe foretak i å foreta sine egne vurderinger av vertikale avtaler i henhold til konkurransereglene i EØS».

Etter implementeringen av det desentraliserte håndhevings-systemet for konkurransereglene i 2004⁵⁸, har foretakenes egen evne til å anvende reglene fått en markant forhøyet betydning. Retningslinjene vil således være en verdifull indikasjon på Kommisjonen og ESAs fremgangsmåte i konkurransesaker. De vil imidlertid ikke kunne innskrenke de formelle reglenes rekkevidde; ved eventuell motstrid mellom traktaten eller forordningene og retningslinjene, vil bestemmelsene i retningslinjene måtte vike.⁵⁹ Men for praktiske formål vil retningslinjene ha stor betydning. En advokat som gir sin klient råd om lovligheten av dennes vertikale avtaler vil neppe våge å løpe den risiko å se vekk fra Kommisjonens synspunkter på anvendelsen av dens egen forordning, slik den kommer til uttrykk i retningslinjene.

⁵⁸ Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

⁵⁹ Se Wijckmans m.fl. s. 37.

3 BAKGRUNN - KORT OM GASSALGS- KONTRAKTER OG UTVIKLINGEN I GASSMARKEDET

3.1 Typiske kjennetegn ved langvarige gassalgskontrakter

I dette avsnittet skal det gis en kort oversikt over ulike former for langvarige gassalgskontrakter, samt enkelte typiske kjennetegn ved disse.

3.1.1 Oversikt over ulike former for gassalgskontrakter

For det første har vi såkalte *oppstrøms* gassalgskontrakter. Dette er forsyningskontrakter inngått mellom en produsent/eksportør av naturgass på den ene siden, og en importør/grossist på den andre.

For det annet har vi *nedstrøms* gassalgskontrakter. Disse inngås mellom en produsent/eksportør eller importør/grossist på den ene siden, og lokale/regionale distributører, samt ulike former for sluttbrukere, på den andre.

For det tredje finnes det ulike varianter av *transportkontrakter* inngått mellom brukerne av rørledningsnett og nettoperatorene. De som kjøper og selger rørledningsgass er helt avhengig av disse transportkontraktene for å få gassen transportert dit kontrakten skal oppfylles, og det er i så måte et tett samspill mellom salgskontrakten og transportkontrakten. På grunn av denne fremstillingens omfangsmessige rammer vil langvarige kontrakter i transportmarkedet *ikke* behandles nærmere.

3.1.2 Langvarige gassalgskontrakter – parter, hovedforpliktelser og særlige kjennetegn

3.1.2.1 Kontraktspartene

Partene i oppstrømskontraktene er i all hovedsak gassprodusentene på den ene siden, og store transmisjonsselskaper og grossister på den andre. Frem til den 1. juni 2001 ble gass fra norsk sokkel solgt under ett, med det statlig organiserte Gassforhandlingsutvalget (GFU) som tilrettelegger. Etter press fra Kommisjonen gikk man deretter over til selskapsbasert salg. I dette systemet har hver produsent har ansvaret for salget av sin egen gass, og blir dermed part i den enkelte gassalgskontrakt.

Avtakerne etter oppstrømskontraktene har tradisjonelt vært nasjonale transmisjonsselskaper og importgrossister. I takt med liberaliseringen av de europeiske gassmarkedene, med økende mulighet for tredje-parter til å sikre seg transportrettigheter i transmisjonsnett, har det imidlertid blitt stadig vanligere for gassprodusentene å inngå avtaler også i *nedstrømsmarkedet*.⁶⁰ De kundene som handler direkte med produsentene er gjerne av en viss størrelse, for eksempel store næringskunder, som industrianlegg eller gasskraftverk, eller rene tradingforetak. Dette gjør at det er en flytende overgang mellom hva som må anses for å være oppstrøms- og nedstrøms handel.⁶¹ Regionale og lokale distribusjonsselskaper er andre typiske avtakere i nedstrømssegmentet.

⁶⁰ Se for eksempel Norsk Hydro Annual Report 2006, s. 13, der det uttales at selskapet «intend to develop our role as a natural gas producer, wholesaler and trader to increase our market share in the developing, liberalized European natural gas market. We aim to further develop our strong and balanced customer portfolio, including a mix of long-term contracts with wholesalers, end-user sales to the power and industrial segments, and spot sales, in order to optimize our natural gas portfolio».

⁶¹ Se mer om dette i drøftelsen av det relevante marked i punkt 4.4.2 nedenunder.

3.1.2.2 Partenes hovedforpliktelser

Selgerens hovedforpliktelse består i å levere den bestilte mengde gass av den avtalte kvalitet. En rekke forutsetninger må imidlertid være til stede for at selger skal kunne oppfylle disse pliktene. Levering av gass vil i de fleste tilfeller innebære at selger må bygge ut produksjons-, prosesserings- og/eller transportkapasitet.⁶² Disse sideforpliktelsene er imidlertid sjelden regulert direkte i salgskontraktene.

Kjøperens hovedforpliktelser er å avta og betale for gassen. Disse forpliktelsene er oftest gitt gjennom såkalte «take or pay»-reguleringer, som innebærer at kjøper ikke har noen fysisk avtaksplikt, men at han må betale for et visst volum gass uavhengig av om han faktisk avtar dette eller ikke.⁶³ For å kunne oppfylle disse forpliktelsene, må kjøper videre sørge for at han har tilstrekkelig transportkapasitet nedstrøms av leveringspunktet.

3.1.2.3 Karakteristiske kontraktsbestemmelser

Gassalgskontraktenes lange *varighet* er et særlig kjennetegn, da disse tradisjonelt har strukket seg mellom 15 og 30 år. Den lange varigheten fører til en sterk gjensidig avhengighet mellom produsent og avtaker.⁶⁴

Et annet særtrekk er *prisreguleringen*. I kontrakter med en slik varighet er det nødvendig at det åpnes for en justering av salgsprisen ved endringer i markedet. Dette gir grunnlag for et annet sentralt kjennetegn ved oppstrømskontraktene; en detaljert prisregulering som knytter gassprisen til prisen på alternative energikilder som gassen konkurrerer med. I tillegg åpner kontraktene

⁶² Brautaset, s. 51

⁶³ Brautaset, s. 53

⁶⁴ Brautaset, s. 54

også for omfattende prisrevisjoner gjennom forhandlinger, dersom det skulle oppstå grunnleggende endringer i markedet.⁶⁵

Et tredje særtrekk finner vi i oppstrømskontraktenes regulering av *gassvolumene*. Denne består for det første av fastleggelsen av hvilke volumer produsenten er forpliktet til å levere, og for det annet av hvilke volumer kjøperen er forpliktet til å avta.⁶⁶ Her er det verdt å merke seg at kjøper ikke er underlagt noen absolutt fysisk avtaksforpliktelse, da kontraktene som regel er basert på en take or pay-regulering. Sett over tid vil kontraktenes innebygde fleksibilitetsløsninger medføre at avtaksforpliktelsen som oftest utgjør 85–95 % av den årlig avtalte kontraktskvantiteten.⁶⁷

Et fjerde særtrekk ved kontraktene er den ubetingede betalingsforpliktelsen gjennom *take or pay-klausulene*. Disse klausulene innebærer som nevnt at avtakeren er forpliktet til å betale for hele det avtalte gassvolumet, uavhengig av om han faktisk avtar hele dette volumet eller ikke.⁶⁸ Gjennom reguleringen av take or pay-volumet fastlegges størrelsen på det volum kjøper forplikter seg til å avta, og kontraktene fastsetter både et daglig og et årlig take or pay-volum. Den årlige avtaksmengden settes som oftest betydelig høyere enn summen av de daglige take or pay-mengdene. Flexibiliteten i avtaksplikten er dermed gjerne stor fra dag til dag, mens den blir mindre sett over lengre tid.⁶⁹

Oppstrømskontraktene inneholder for det femte en regulering av *betaling for ikke avtatte gassmengder*. Kjøper skal som oftest betale

⁶⁵ Brautaset, s. 246-247.

⁶⁶ Brautaset, s. 85

⁶⁷ Op.cit.

⁶⁸ Michelet, s. 25-26

⁶⁹ Brautaset, s. 197-198

i størrelsesorden 80-95 % for de ikke avtatte gassvolumene.⁷⁰ Betalingen ligger med andre ord nær opp til fullt vederlag.

Take or pay-klausulene fordeler risiko mellom kontraktspartene. Avtakeren bærer mengderisikoen, mens produsenten bærer prisrisikoen. Men fremfor alt er det sentralt at take or pay-klausulene sikrer produsentens betaling for den avtalte mengde gass. Denne betalingssikkerheten gir en inntektsforutberegnelighet som er av avgjørende betydning for produsentene, på grunn av de enorme investeringer i produksjonsmidler og infrastruktur som må foretas i forbindelse med utbygging av gassfelt.⁷¹ Gassprodusentene hevder også at denne sikkerheten er avgjørende for at de skal kunne sikre *finansieringen* av disse prosjektene.

3.2 Liberalisering av gassmarkedet

Det europeiske gassmarkedet har hittil ikke vært ett marked, men har snarere bestått av en rekke nasjonale energimarkeder, i stor grad isolert fra ekstern konkurranse.⁷² Liberalisering av gassmarkedet betyr i denne sammenheng å åpne de europeiske gassmarkedene for konkurranse, for derigjennom å etablere et felleseuropeisk gassmarked.

Den energipolitikk som nå føres på fellesskapsnivå har som formål å integrere de tallrike nasjonale energimarkedene inn i felleseuropeiske markeder. Det er også en målsetning å gjøre disse markedene mer virksomme, for derved å styrke konkurranse-dyktigheten til europeisk industri og dermed også bedre den generelle forbrukervelferden i fellesskapet. Denne politikken skal

⁷⁰ Brautaset, s. 221

⁷¹ Se Michelet, s. 26

⁷² Bøe Moen & Dyrland, s. 16.

bidra til veikartet for økonomisk, sosial og miljømessig reform, kjent som Lisboa-strategien.⁷³ Liberalisering av energisektoren er i tillegg forventet å føre til en reduksjon av leverandørenes overskudd, som igjen er antatt å komme forbrukerne tilgode.⁷⁴

Dette er bakgrunnen for at felleskapslovgiver, gjennom to «bølger» med direktiver, har iverksatt tiltak for å påskynde liberaliseringen. Tiltakene har vært rettet mot manglende effektivitet, høye priser, underinvesteringer og treghet i datidens hovedsakelig monopoliserte energimarkeder. Bakgrunnen for liberaliseringsfremstøtet var med andre ord at felleskapslovgiver var overbevist om at det eksisterende regimet sto tilbake for et regime basert på fri konkurranse.⁷⁵

De nasjonale gassmarkedene var, og er i stor grad fremdeles, kjennetegnet ved en rekke særtrekk, som har vanskeliggjort overgangen mot et felles, integrert og konkurransedyktig marked. Gassindustrien er primært en *nettbundet* industri, der varen transporteres gjennom rørledningsnett som kan karakteriseres som naturlige monopoler.⁷⁶ Dette har stått i veien for grenseoverskridende energihandel, som igjen kan medføre betydelige

⁷³ Se Presidentskapets konklusjoner etter Europarådets møte i Lisboa, 23-24 mars 2000.

⁷⁴ Nyssens & Schnichels, s. 1366.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Et naturlig monopol anses å foreligge når den totale etterspørsel i et marked kan tilfredstilles til lavest kostnader av en og bare en leverandør, jf Falch, s. 14. Transport av gass forutsetter utbygging av rørledningsnett, hvilket krever store investeringer til etablering, mens driftskostnadene deretter er relativt lave. Etablerte aktører vil dermed inneha så betydelige stordriftsfordeler at det vil kunne være økonomisk vanskelig eller umulig å etablere en konkurrerende rørledning, jf Bøe Moen & Dyrland, s. 16, med videre henvisninger, se særlig note 2.

samfunnsøkonomiske fordeler i form av bedret forsyningssikkerhet, fleksibilitet og kvalitet

De rettslige rammeverk som foreløpig har kommet ut av liberaliseringen har derfor primært fokusert på tredjepartsadgang til nettverk, samt på formell avskaffelse av rettslige monopoler. Det første formelle skrittet for å åpne det europeiske gassmarkedet fant sted rundt årtusenskiftet med ikrafttreddelsen av det første gassmarkedsdirektivet.⁷⁷ Direktivet skulle danne grunnlag for dannelsen av et felles gassmarked for hele EØS-området, på samme måte som det allerede eksisterer fellesmarkeder for andre energikilder, og nesten alle andre varer og tjenester.

Kort tid etter ikrafttreddelsen ble det klart at det fremdeles gjensto en rekke praktiske hindringer for liberalisering av gassmarkedet. Felleskapslovgiver så behovet for en akselerering av prosessen, og et nytt gassmarkedsdirektiv ble vedtatt i 2003.⁷⁸ Her ble blant annet fastsatt at alle ervervs kunder fritt skulle kunne velge gassleverandør fra 1. juli 2004, mens samtlige gasskunder, herunder forbrukere, fritt skal kunne velge leverandør fra 1. juli 2007.⁷⁹

Etter dette har gassektoren vært en prioritert industri for europeisk konkurransepolitikk. I kjølvannet av liberaliseringsdirektivene har håndhevelsen av den europeiske konkurransepolitikken i energisektoren etterstrebet å sikre at de statlige barrierer som ble fjernet gjennom gassmarkedsdirektivet ikke

⁷⁷ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 98/30/EF av 22. juni 1998 om felles regler for det indre marked for naturgass.

⁷⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF («Gassmarkedsdirektivet»).

⁷⁹ Artikkel 23 nr. 1, bokstav b) og c).

umiddelbart erstattes av konkurransebegrensende atferd fra private markedsaktører, med tilsvarende virkning.

I Kommisjonens årsrapport om utviklingen med hensyn til realisering av det indre energimarked for 2005 fremhevet Kommisjonen at det fortsatt gjensto en lang vei før man kunne oppnå en virksom konkurranse i energimarkedene, og at den største hindringen var mangelen på integrasjon mellom nasjonale markeder.⁸⁰ Dette utløste en bred debatt om behovet for ytterligere tiltak i form av sekundærlovgivning, eller om eventuelt en strengere håndhevelse av konkurransereglene ville være tilstrekkelig til å akselerere liberaliseringsprosessen. Dette ledet videre til at Kommisjonen i gangsatte en omfattende sektorundersøkelse av konkurranseforholdene i elektrisitets- og gassindustrien («Sektorundersøkelsen»). Undersøkelsen er den bredest anlagte empiriske datainnsamling Kommisjonen har gjennomført i energisektoren til nå.

Kommisjonen konkluderte med at forbrukerne og næringslivet står igjen som tapere på grunn av ineffektive og dyre gass- og elektrisitetsmarkeder. Blant de mest besværlige problemene nevnes sterk markedskonsentrasjon, at vertikal integrasjon av forsyning, produksjon og infrastruktur forhindrer tredjepartsadgang til transportnettet og nødvendige investeringer i bygging av ny transportinfrastruktur, og at det fremdeles er fare for ulovlig samordning mellom etablerte markedsaktører med henblikk på markedsoppdeling. For å imøtekomme disse problemene har Kommisjonen uttalt at de vil følge opp hver enkelt sak på basis av konkurransereglene og samtidig ta initiativ til å forbedre de rettslige rammebetingelsene for liberaliseringen.⁸¹

⁸⁰ KOM (2005) 568 s. 2

⁸¹ Se KOM (2006) 851, s. 9-15 og Kommisjonens pressemelding IP/07/26.

For å få disse problemene under kontroll har Kommissjonen ved flere anledninger uttalt at en *streng håndhevelse* av konkurranse-reglene er tvingende nødvendig, både på nasjonalt nivå og på EU-nivå.⁸² Håndhevelsen av konkurransereglene, parallelt med implementeringen av det nye Gassmarkedsdirektivet, utgjør i Kommissjonens øyne de viktigste virkemidlene for å oppnå markedsåpning.

Hvorvidt fordelene ved denne liberaliseringsprosessen veier opp for de ulemper den samtidig medfører for energiselskapene, har vært gjenstand for intens debatt. Det er ingen tvil om at markedsliberaliseringen kompliserer langsiktig planlegging for de enkelte energiforetak, ettersom de nå ikke lenger kan regne med pålitelige og innlåste kunder innenfor geografisk avgrensede områder. Energileverandører vil med andre ord bli nødt til å kalkulere med risikoen for å miste markedsandeler.

⁸² KOM (2005) 568, s. 9.

4 LANGVARIGE GASSALGSKONTRAKTER OG FORBUDET MOT KONKURRANSE- BEGRENSENDE SAMARBEID

4.1 Innledning - oversikt over forbudet i EFT art. 81/ EØS art. 53 første ledd

Forbudet etter art. 81/53 første ledd får som utgangspunkt anvendelse på alle horisontale og vertikale avtaler mellom foretak, såfremt de har som formål eller virkning å merkbart hindre, innskrenke eller vri konkurransen, eller føre til en merkbart påvirkning av den mellomstatlige handel.

Spørsmålet i denne sammenheng er om de vertikale avtalene mellom gassprodusentene og deres kunder på grunn av deres varighet, eventuelt i kombinasjon med andre elementer, innebærer en begrensning av konkurransen i det europeiske gassmarkedet, og således medfører en overtredelse av forbudet i EFT artikkel 81 / EØS-avtalens artikkel 53 første ledd. Det fremgår av bestemmelsenes ordlyd og relevant rettspraksis at *fem vilkår* må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

For det første må den relevante markedsatferd være resultatet av en «avtale» eller «samordnet opptreden», eventuelt være et resultat av en «beslutning» truffet av sammenslutninger av foretak. Her fastlegges med andre ord *hvilke former for samarbeid* som rammes av bestemmelsene.

For det annet må samarbeidet skje mellom «foretak», eller innenfor «sammenslutninger av foretak». Her defineres forbudets pliktsubjekter, samt reglens materielle virkeområde.

For det tredje må samarbeidet ha «til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». Dette såkalte konkurransebegrensningskriteriet fastlegger hvilke former for

samarbeid som kan sies å påvirke konkurransen på en slik måte at forbudet kommer til anvendelse, og skiller på den måten konkurranseskadelige samarbeid fra andre former for samarbeid.

For det fjerde stilles det som vilkår at samarbeidet må «påvirke handelen mellom avtalepartene». Dette er således et krav om at samarbeidet må ha en grenseoverskridende effekt, og vilkåret angir på den måten reglens relevante geografiske virkeområde.

Endelig stilles det krav til at den relevante markedsatferden *merkbar* må påvirke konkurransen eller samhandelen. Dette femte vilkåret fremkommer ikke uttrykkelig av ordlyden, men har blitt innfortolket av EFD ved fastleggelsen av innholdet i EFT art. 81 første ledd. Merkbarkriteriet må innfortolkes også i den tilsvarende bestemmelse i EØS-avtalen. Vilkåret innebærer at samarbeid som ikke har en merkbar virkning vil gå klar av forbudet, selv om de øvrige vilkår i bestemmelsen er oppfylt.⁸⁵

4.2 Samarbeidskriteriet

Reglene i art. 81 og 53 første ledd forbyr som utgangspunkt at uavhengige foretak inngår samarbeid som kan begrense konkurransen. Bestemmelsene rammer samarbeid basert på «avtale», «samordnet opptreden» eller «beslutning innenfor sammenslutninger». EFD har lagt til grunn en vid forståelse av disse begrepene.⁸⁴

Gjenstand for vurderingen er gassprodusenters uttrykkelige avtaler om salg av gass. Samarbeidsvilkåret vil således være oppfylt.

⁸⁵ Se Kolstad, s. 227.

⁸⁴ Se Albers, s. 109.

4.3 Foretakskriteriet

Også foretakskriteriet tolkes svært vidt, og omfatter enhver enhet som utøver virksomhet av økonomisk eller handelsmessig art.⁸⁵

EFD har tolket begrepet slik at det omfatter enhver enhet som utøver økonomisk virksomhet, uavhengig av enhetens rettslige status, hvordan den er finansiert og hvorvidt den har et profittformål eller ikke. Så lenge enheten er aktiv på markedet som en økonomisk aktør, vil den anses som et «foretak» i art. 81 forstand.⁸⁶

Gassprodusenter, herunder delvis statseide selskap som Statoil og Norsk Hydro, vil således falle inn under foretaksdefinisjonen. Også det statlig heleide selskapet Petoro AS må sies å utøve økonomisk virksomhet, gjennom sin forvaltning av andelene i statens direkte økonomiske engasjement i petroleumsvirksomheten («SDØE»). Petoro har som hovedansvar å sørge for at statens direkte deltakerandeler i petroleumsvirksomheten «*blir undergitt forsvarlig forvaltning i samsvar med forretningsmessige prinsipper*», jf petroleumsløven § 11-6. Selskapet faller i tillegg inn under aksjeløven, jf petroleumsløven § 11-5.

Et relevant spørsmål i denne sammenheng er om det forhold at staten eier Petoro, og samtidig har aksjemajoriteten i Statoil⁸⁷, er et argument for at selskapene må regnes som ett foretak ved anvendelsen av konkurransereglene. Dette vil jo kunne være særlig relevant ved fastleggelsen av selskapenes markedsandeler, ettersom Statoil også har ansvaret for salget av Petoro-gass. Ifølge Avsetningsinstruksen, vedtatt på Statoils generalforsamling 25. mai

⁸⁵ Begrepet er slik definert i EØS-avtalens protokoll 22, art. 1.

⁸⁶ Se for eksempel Sak C-41/90 *Höfner mot Macrotan*, Saml. 1991 s. I-1979, premiss 21.

⁸⁷ Staten har pr. mars 2007 en eierandel i Statoil på 70,9 %, jf Faktaheftet 2007, s. 21.

2001, er Statoil gitt ansvaret for avsetning av statens petroleum. Så lenge Statoil rent faktisk markedsfører både egen og Petoros gass, vil nok foretakenes *samlede* salg måtte regnes med ved beregningen av markedsandel.

Vertikale begrensninger i avtaler med *forbrukere* faller utenfor virkeområdet til artiklene 81/53 første ledd, ettersom forbudet bare rammer avtaler mellom *foretak*.⁸⁸

4.4 Konkurransbegrensningskriteriet

4.4.1 Innledning

Artikkel 81/53 første ledd forbyr avtaler «som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». Bestemmelsen inneholder i bokstav a) til e) en ikke-uttømmende liste med eksempler på avtaler, som vil ha som formål eller virkning å begrense konkurransen i strid med forbudet.

Hvorvidt en avtale hindrer, innskrenker eller vrir konkurransen eller ikke, er et spørsmål om avtalen griper inn i markedsmechanismens funksjon på en slik måte at konkurransen i markedet begrenses.⁸⁹ For å kunne ta stilling til hvilke virkninger en avtale har på markedsmechanismens funksjon, må man først definere hvilket marked avtalen eventuelt får virkninger på.

4.4.2 Det relevante marked

I dette avsnittet skal det knyttes bemerkninger til hvordan det relevante marked i gasssektoren defineres.

Det relevante marked består av et produktmarked og et geografisk marked. Det relevante produktmarked defineres på

⁸⁸ Kolstad, s. 183-184.

⁸⁹ Kolstad, s. 256.

bakgrunn av hvilke produkttyper som i etterspørrernes øyne er substituerbare. Ved avgrensningen av det relevante geografiske marked identifiserer man hvilke leverandører som kan betjene markedet, hvem som er avtakere, og hvor disse gruppene er geografisk plassert.⁹⁰ Markedsdefineringsen skal altså klargjøre hvilke produkter som tilbys på markedet, markedets geografiske utstrekning og om det eventuelt foreligger tids- eller sesong-avhengige markedsvariasjoner. En korrekt avgrensning av det relevante marked er avgjørende for å kunne benytte markedsandelstersklene i bagatellkunjgjøringene og gruppefritakene for vertikale avtaler.

Markedsdefinisjonen skal skje ut fra de *konkrete* faktiske og økonomiske omstendigheter i det enkelte tilfelle. På grunn av den pågående liberaliseringen kan man si at fremgangsmåten for å definere de relevante markeder for gass fremdeles befinner seg i støpeskjeen.⁹¹ Tidligere praksis kan allikevel gi visse holdepunkter for hvilke momenter som er relevante.

Praksis i tilknytning til gassektoren spesifikt er sparsom. Det foreligger ingen klare prejudikater fra EF-domstolen eller Førsteinstansretten vedrørende defineringsen av relevante markeder innen gassektoren etter liberaliseringen.⁹² Det finnes derimot holdepunkter for markedsdefineringsen i Kommisjonens praksis.⁹³

Det finnes to typer kommisjonspraksis som gir veiledning i dette spørsmålet. For det første har Kommisjonen på bakgrunn av sin praksis på tvers av ulike sektorer fremsatt en kunngjøring med

⁹⁰ Kolstad, s. 268.

⁹¹ Nesdam, s. 320.

⁹² Nesdam, s. 319.

⁹³ Det understrekes imidlertid at fellesskapets domstoler vil være ubundet av Kommisjonens praksis ved avgjørelsen av konkurransesaker.

nærmere veiledning for avgrensningen av det relevante marked på *generelt* grunnlag.⁹⁴ ESA har offentliggjort en tilsvarende kunngjøring.⁹⁵

For det annet kan Kommisjonens beslutninger i enkeltsaker gi veiledning. Det foreligger få kommisjonsbeslutninger vedrørende defineringen av de relevante markeder *spesifikt i gasssektoren*, særlig i antitrustsaker. Det finnes imidlertid en del praksis fra fusjonssaker, der det relevante marked defineres ut fra parallelle kriterier som i antitrustsakene.⁹⁶ Kommisjonens beslutninger i fusjonssaker er derfor ofte den eneste kilde til synspunkter på utviklingen av markedsdefinisjonen. Det er imidlertid grunn til å anvende denne praksisen med en viss varsomhet. I kommisjonspraksis defineres markedet ofte *snevert* for å gi konkurransereglene det ønskede gjennomslag. Dette kan gi holdepunkt for å tro at Kommisjonen i visse tilfeller anvender markedsdefineringen for å oppnå reguleringspolitiske målsetninger.

Når det er sagt, skal det her redegjøres for hvordan de relevante markeder i gasssektoren defineres, i lys av den spesifikke praksis og de generelle retningslinjer som foreligger.

4.4.2.1 Avgrensningen av det relevante produktmarked

I henhold til Kommisjonen og ESAs kunngjøringer om avgrensning av det relevante marked, omfatter det relevante produktmarked alle varer som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige

⁹⁴ EF-Tidende 1997/C 372/03; Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret.

⁹⁵ Kunngjøring fra EFTAs Overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde, EØS-tillegget til de Europeiske Fellekaps Tidene Nr.28/3 1998.

⁹⁶ Ryssdal, s. 712.

eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.⁹⁷ Definisjonen fokuserer med andre ord på varens substituerbarhet sett fra *kjøperens* perspektiv.

For det første må produktet skilles fra andre energibærere. Det aktuelle produktet i denne sammenheng er *naturgass*, som består av forskjellige hydrokarbonater i gassform.

For det annet må det sondres mellom de ulike separate markeder i produksjons- og omsetningskjeden for naturgass. I henhold til kommisjonspraksis må det tas hensyn til både den *eksisterende* og den *påregnelige* grad av markedsåpning ved denne markedsdefineringsprosessen.⁹⁸ Under liberaliseringsprosessen vil markedsforholdene være i fortløpende endring, og det vil dermed være desto viktigere å foreta markedsdefineringsprosessen med utgangspunkt i de faktiske forhold på det gitte tidspunkt.

Ved avgrensningen av produktmarkedet har Kommisjonen tradisjonelt valgt en *funksjonell* tilnærming, som reflekterer forsyningsstrukturen i gassmarkedet.⁹⁹ I henhold til denne tilnærmingen skilles det mellom oppstrøms- og nedstrømsaktiviteter. Med *oppstrømsaktiviteter* menes i denne sammenheng all aktivitet frem til gassen selges til grossister for videresalg/distribusjon innen EU. *Nedstrømsaktivitet* er all aktivitet under grossistnivå.

Denne fremstillingen behandler gassprodusentenes gassalgskontrakter, og dermed i første rekke ulike konkurranseproblemer i oppstrømsmarkedet. Ettersom produsentene i stadig større grad

⁹⁷ Avsnitt 7.

⁹⁸ Se Sak M.3440 *ENI/EDP/GDP*, premiss 16 og Kommisjonens meddelelse om avgrensning av det relevante marked, avsnitt 32.

⁹⁹ Nesdam, s. 327 og Nyssens & Schnichels, s. 1393, med videre henvisninger.

velger å selge direkte inn i nedstrømsmarkedene, kommer vil det også gis en nærmere redegjørelse for disse.

Oppstrømsmarkedet

I oppstrømsmarkedet har Kommisjonen hittil skjelnet mellom fire ulike produktmarkeder; 1) letevirksomhet,¹⁰⁰ 2) feltutvikling, produksjon og salg av naturgass,¹⁰¹ generelt til grossister og i begrenset utstrekning til store industribrukere og elkraftprodusenter, 3) transport av gass gjennom oppstrømsrørledninger¹⁰² og 4) prosessering av gass.¹⁰³ Denne inndelingen har sammenheng med at gassmarkedet tradisjonelt har vært en nettbundet sektor, der aktørene er avhengige av å gå gjennom de ulike ledd i omsetningskjeden.¹⁰⁴

Det relevante produktmarked for denne fremstillingen er altså *salg* av gass i oppstrømsmarkedet.

I fusjonssaken M.4545 *Statoil/Hydro* holder Kommisjonen åpent for at både de EØS-stater der gass fra den norske sokkelen rent faktisk omsettes, og til og

¹⁰⁰ Sak M.1383 *Exxon/Mobil*, premiss 15 flg.

¹⁰¹ Se *Exxon/Mobil*; eller mer nylig beslutningene i sakene M.3052 *ENI/Fortum Gas*, M.3086 *Gaz de France/Preussag Energie*, og M.3293 *Shell/BEB*. Det fremstår som uklart hvorfor Kommisjonen konsekvent opererer med ett felles produktmarked for *både* feltutvikling og produksjon og samtidig salg av naturgass. En mulig forklaring på denne inndelingen kan være at Kommisjonen ønsker å operere med et eget marked for salg av gass *direkte* fra feltet, for eksempel i motsetning til oppstrømsalg fra rene tradingselskaper, og at tilknytningen til feltutvikling og produksjon er gjort for å understreke dette.

¹⁰² Sak M.2745 *Shell/Enterprise Oil*, premiss 10 flg.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Se Nyssens & Schnichels, s. 1393, med videre henvisninger, Bøe Moen & Dyrland, s. 247 og Fernández Salas, s. 55.

med hvert enkelt land der foretakene selger gass, kan utgjøre et relevant geografisk oppstrømsmarked, se premiss 16. Kommisjonen fant imidlertid ikke grunn til å konkludere i dette spørsmålet, ettersom den antok at sammenlutningen ikke ville skape konkurransemessige problemer, uansett hvor snevert markedet ble definert. I beslutningens premiss 36 uttaler Kommisjonen videre at det fra et *økonomisk* perspektiv fremdeles er vanskelig å anse konkurransebetingelsene i EØS tilstrekkelig homogene til at området kan anses som et fullstendig integrert marked. I avgjørelsens premisser 41-46 går Kommisjonen inn og vurderer virkningene av foretakssammenslutningen helt ned på *nasjonalt* nivå. Det er med andre ord ikke utenkelig at man i enkelte tilfeller fremdeles vil operere med en avgrensning av det geografiske oppstrømsmarked som tilsvarer en EØS-stats territorium.

Nedstrømsmarkedene

I omsetningsmarkedet nedstrøms baserer Kommisjonen sin markedsdefinisjon først og fremst på fire hovedgrupper av *kjøpere*; regionale distributører, lokale distributører, industri- og næringsbrukere og husholdninger og små næringsbrukere.¹⁰⁵ Disse kjøpergruppene skiller seg fra hverandre blant annet med hensyn til etterspurte volumer, fleksibilitetsbehov og andre kontraktsvilkår. Salg til de tre første kundegruppene omtales gjerne som *grossist-salg*.¹⁰⁶ Dette begrepet er imidlertid i beste fall upresist. I enkelte fusjonssaker påberoper partene seg at alle forsyninger til store brukere, herunder regionale distributører, gasskraftverk og store industrikunder, utgjør ett grossistmarked. Kommisjonen har imidlertid ved flere anledninger skilt disse inn i tre separate markeder.

¹⁰⁵ Nyssens & Schnichels, s. 1395.

¹⁰⁶ Cameron 2007, s. 290-291.

Skillet kom på spissen i fusjonssak M.3440 i 2004.¹⁰⁷ Kommisjonen forhindret her den forhenværende portugisiske elektrisitetsmonopolisten Energias de Portugal (EDP) og det italienske energiselskapet ENIs felles oppkjøp av den forhenværende portugisiske gassmonopolisten Gás de Portugal (GDP). Kommisjonen fremhevet i beslutningen at man måtte foreta et skille mellom et detaljmarked, altså markedet for små industri-, nærings- og forbrukerkjøpere, og et grossistmarked. I denne sammenheng ble det lagt vekt på at disse kjøperne er svært forskjellige med hensyn til *forbruk, marginer, tariffer for nettbruk, priser, kommersielle og organisatoriske forhold og særskilte behov*.¹⁰⁸ Kommisjonen fant imidlertid at man i tillegg måtte foreta en ytterligere inndeling av grossistmarkedet. Her identifiserte Kommisjonen tre separate markeder; salg til gasskraftverk, salg til store industribrukere og salg til lokale distribusjonsselskaper.¹⁰⁹

Som begrunnelse for å operere med tre separate grossistmarkeder la Kommisjonen vekt på en rekke forskjeller mellom de ulike kjøpergruppene. Når det gjaldt *forsyningsbehov og forbruksmønster* ble det blant annet fremhevet at gasskraftverk har et helt unikt etterspørselsbehov med hensyn til kvantitet og fleksibilitet i forsyningen. Det ble også lagt vekt på at kjøpergruppene benytter *forskjellige typer kontrakter vedrørende varighet og fleksibilitet*, ved at industrikjøperne tradisjonelt inngår kontrakter med vesentlig kortere varighet enn de som inngås av kraftverkene. I tillegg vurderte man det slik at leverandørene opererte med høyst

¹⁰⁷ Sak M.3440 *ENI/EDP/GDP*. Forbudsbeslutningen ble opprettholdt av Førsteinstansretten i dom av 21. september 2005 i Sak T-87/05 *EDP*, Saml 2005 s. II-3745.

¹⁰⁸ Beslutningens premiss 216.

¹⁰⁹ Premiss 217.

forskjellige *salgsvolumer, marginer, kundeforhold og kommersielle forutsetninger* for de ulike kundegruppene, og at det forelå utilstrekkelig substituerbarhet på tilbudssiden og manglende insentiver til kursmotivert handel kundegruppene imellom. Tilstedeværelsen av *betydelige prisforskjeller* mellom kjøperkategoriene ble også fremhevet. På bakgrunn av dette fant Kommisjonen det nødvendig å operere med *fire* markedsdefinisjoner; salg til henholdsvis gasskraftverk, store næringsbrukere, lokale distribusjonsselskaper og små sluttbrukere (små nærings-, industri- og forbrukerkjøpere, altså detaljmarkedet). Også i den senere fusjonssaken mellom E.ON og det ungarske energiselskapet MOL¹¹⁰ opererte Kommisjonen med et tilsvarende skille.

Skillelinjene i disse sakene ble imidlertid utformet spesifikt for leveranse av gass innen de portugisiske og ungarske markedene, og gir dermed liten *generell* veiledning. EDP-avgjørelsen ble for eksempel fattet *forut* for den formelle åpningen av det portugisiske gassmarkedet, der GDP hadde rollen som rettslig monopolist. I et mer utviklet marked vil ulike kjøpergrupper måtte konkurrere om gassen på lik linje, uten hensyntaken til deres ulike kommersielle behov og forutsetninger. I tillegg er GDP grossist og ikke produsent. Kommisjonen synes ikke å ha tatt hensyn til at i et mer utviklet marked vil også gassprodusenter kunne henvende seg direkte til disse ulike gruppene kommersielle kjøpere, og at dette vil kunne innebære at man må operere med et mer enhetlig engrosmarked.

I samme retning trekker argumentet om at gass er en vare med samme spesifikasjoner for alle brukere, distribuert gjennom samme distribusjonsskjede. Så lenge alle kjøpere er frie til å velge leverandør, leverandørene står fritt til å velge hvor de vil rette sin markedsaktivitet og det ikke foreligger hindringer mellom markeds-

¹¹⁰ Sak M.3696 *E.ON/MOL*, premiss 100-124 og 141.

segmentene, kan det fort bli kunstig å foreta en ytterligere inndeling av markedet. Selv om det i enkelte tilfeller vil foreligge prisforskjeller ved salg til ulike kundegrupper, vil disse typisk være begrunnet i at leveringen krever ulike former for tjenesteytelser og tilpasninger. Denne tendensen vil trolig forsterke seg etter hvert som gassmarkedene modnes.

Det er imidlertid viktig å understreke at markedsdefineringen må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, og at utviklingen mot integrerte markeder fremdeles går tregt. *Distrigas* er et eksempel på en slik betraktning i en antitrustsak.¹¹¹ Saken gjelder Kommisjonens etterforskning av *Distrigas*, som frem til liberaliseringen i 2000 hadde et faktisk monopol på levering av gass til store kunder i det belgiske markedet.¹¹² Her åpner Kommisjonen for at markedet for levering av gass til store kunder i Belgia muligens kan oppdeles i flere markeder for bestemte kundetyper, som for eksempel industrikunder, elkraftprodusenter og «grossister» (trolig i betydningen nasjonale distributører). *Distrigas* kom imidlertid i april 2007 med tilsagn som tok sikte på å løse de konkurranseproblemer Kommisjonen påviste, og Kommisjonen varslet at den vil fatte vedtak om å gjøre tilsagnene bindende etter forordning 1/2003 art. 9 nr. 1.¹¹³ Saken ble avsluttet i oktober 2007 med at Kommisjonen fattet formelt vedtak om å gjøre tilsagnene bindende.¹¹⁴

¹¹¹ Se Sak 37.966 *Distrigas*.

¹¹² Kommisjonen antyder at de med «store kunder» generelt mener kunder med et årlig behov på mer enn 1 mcm gass, se MEMO/07/407, s. 2.

¹¹³ Se Kommisjonens pressemelding IP/07/490.

¹¹⁴ Se Kommisjonens pressemelding IP/07/1487 og informasjonsnotat MEMO/07/407.

Dersom en gassprodusent velger å selge direkte inn i et av disse ulike nedstrømsmarkedene, vil man selvsagt måtte vurdere avtalens konkurransemessige virkninger i det relevante nedstrømsmarked. Denne problemstillingen blir mer relevant etter hvert som stadig flere gassprodusenter ønsker å optimalisere sine gassporteføljer ved å selge direkte til for eksempel gasskraftverk og store næringsbrukere.

På bakgrunn av dette er det trolig at Kommisjonen i fremtiden vil operere med minst to ulike typer produktmarkeder for gass i nedstrømsmarkedet. For det første må man identifisere et marked for *engrosforsyninger* av gass til industribrukere, gasskraftprodusenter og lokale distributører direkte tilknyttet det nasjonale transmisjonsnettverket.¹¹⁵ For å falle inn under markedsdefinisjonene må selskapene være tilstrekkelig store til å kunne importere gass direkte og til å utøve individuell kjøpekraft. Dette markedet vil, avhengig av grad av markedsåpning, kunne inndeles i ytterligere tre markeder basert på ulike kundegrupper. For det annet må man identifisere et marked for *detaljforstyring* av gass, der kundene først og fremst handler fra distribusjons- eller videresalgsselskaper innenfor den enkelte medlemsstat. I dette segmentet vil man videre kunne operere med to undergrupper, avhengig av hvor langt markedsåpningen har kommet i det enkelte marked; næringskjøpere tilknyttet lokale og regionale distribusjonsnettverk på den ene siden, og små forretninger og husholdninger på den andre.

4.4.2.2 Avgrensingen av det relevante geografiske marked

Avgrensningen av det geografiske marked er viktig, ettersom det skal mer til å oppnå en merkbar konkurransebegrensende virkning

¹¹⁵ Slik også Cabau, s. 90.

i et stort geografisk marked enn i et lite. En avtale som har merkbar konkurransebegrensning på regionalt nivå vil kanskje ikke ha det på et nasjonalt marked. Det relevante geografiske marked defineres gjerne som et område der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som derved kan holdes atskilt fra tilgrensende områder der konkurransevilkårene er merkbart forskjellige.¹¹⁶

Oppstrømsmarkedet

Kommisjonen har tradisjonelt ansett markedet for undersøkelse (letevirksomhet) etter olje og naturgass som verdensomspennende, og markedet for feltutvikling og produksjon av naturgass, samt salget av denne til grossistselskaper, til å omfatte hele EØS-området, og sannsynligvis også Russland og Algerie.¹¹⁷ I fusjons-saken *Norsk Hydro/Saga Petroleum*¹¹⁸ uttalte Kommisjonen at EØS-landene, sammen med Russland og Algerie utgjør det relevante geografiske marked for *leteaktivitet, produksjon og salg* av naturgass, sett ut fra et europeisk *behovsperspektiv*. Dette ble først og fremst begrunnet i de logistiske begrensningene forbundet med rørledningstransport. Kommisjonen åpnet imidlertid for at det geografiske marked kunne anses å være mer begrenset, basert på ulikheter i gasskvaliteten fra forskjellige produksjonsland, begrensninger i eksisterende transportinfrastruktur og de tilknyttede transportkostnader.¹¹⁹ Kommisjonen anså det imidlertid ikke for nødvendig å trekke noen endelig konklusjon i dette spørsmålet for å avgjøre saken, i det de anså at fusjonen neppe ville

¹¹⁶ Kunngjøringer om avgrensning av det relevante marked, avsnitt 15.

¹¹⁷ Se f.eks. Sak M.3052 *ENI/Fortum Gas*, premiss 14.

¹¹⁸ Sak M.1573 *Norsk Hydro/Saga Petroleum*.

¹¹⁹ Premiss 15.

medføre dannelsen eller forsterkningen av en dominerende stilling, selv på det minste tenkelige marked; salget av *norsk* gass.

Samtidig er det mulig å tenke seg at det *i perioder* vil eksistere snevrere markeder. Dette har sammenheng med at midlertidige fysiske begrensninger i transportkapasitet, såkalte flaskehals, i sammenkoblinger mellom ulike nasjonale nett. *Britannia-saken*¹²⁰ er et eksempel på dette. Her la Kommisjonen til grunn at det eksisterte et eget geografisk marked for Storbritannia. Dette var imidlertid før det britiske markedet ble tilknyttet det kontinentale gjennom en sammenkoblingsrørledning fra Bacton til Zeebrugge i Belgia. Selv om de to markedene nå teknisk sett er koblet sammen, vil man likevel kunne snakke om to separate markeder når kapasiteten i rørledningen er fullbooket, eller hvis den stenges ned for vedlikehold. Når det i slike tilfeller defineres snevre, midlertidige markeder, vil leverandørene gjerne ha større markedsandel enn ellers.¹²¹ Uten tilstrekkelig transportkapasitet i sammenkoblingsrørledninger vil et land være isolert fra nabolandene, og kan dermed ikke regnes inn i et felles marked.¹²² Flaskehalsproblematikken understreker det sterke *dynamiske element* i defineringen av det relevante marked i gassektoren. Så lenge avgrensningen av det relevante geografiske marked vil variere ut fra den tilgjengelige kapasitet i sammenkoblingsrørledninger, vil markedet kunne endres i løpet av svært kort tid.¹²³

¹²⁰ Sak 35.354 *Britannia gas condensate field*, EFT 1996 C291/10.

¹²¹ Eksempelet er hentet fra Boge, s. 32-33.

¹²² Dette ble også ansett for å være tilfellet med Finland i 1998, Sak M.931 *Neste/Ivo*, premiss 22-23. Her la Kommisjonen vekt på at Finland ikke var sammenkoblet andre rørledningssystemer enn Russland.

¹²³ Nesdam, s. 347.

Utgangspunktet er derfor at hele det europeiske fellesmarked er det relevante geografiske marked for produksjon og salg av gass til grossister.¹²⁴ Dette vil legges til grunn videre i drøftelsen. Det kan imidlertid ikke utelukkes at flaskehalsen i transportnettet gjør at markedet i visse tilfeller må defineres snevrere.

Nedstrømsmarkedene

En rekke av de kontraktsbestemmelser som analyseres nærmere i denne fremstillingen får virkning også i det øverste trinnet i *nedstrømsmarkedene*, markedet for engrossalg av gass. Før man startet forsøkene på å liberalisere gassmarkedene i Europa var det vanlig å operere med en geografisk markedsavgrensning som ikke gikk utover medlemsstatens grenser.¹²⁵

Kommisjonen har imidlertid også *etter* markedsåpningen og implementeringen av gassmarkedsdirektivene tatt utgangspunkt i at grossistmarkedene foreløpig har forblitt *nasjonale* i utstrekning. Mange av kommisjonsbeslutningene på dette feltet inneholder ofte bare nokså begrensede analyser av de relevante geografiske markeder. Denne snevre defineringen kan muligens forklare med at Kommisjonen i disse sakene indirekte gir uttrykk for en mer *politisk* holdning.¹²⁶ Konkurransereglene får generelt bredere gjennomslag der markedet defineres snevert. I denne sammenheng refererer ofte Kommisjonen til markedsstrukturen, og slår enten fast at forsyningsmarkedet ikke er større enn nasjonalt ettersom engrosforsyning av naturgass stort sett er en nasjonal aktivitet¹²⁷,

¹²⁴ Slik også Cameron 2007, s. 292-293 og Navestad, s. 64.

¹²⁵ Se for eksempel Sak M.493 *Tractebel/Diztrigaz* premiss 21-25.

¹²⁶ Cabau, s. 95-96.

¹²⁷ Se blant annet sakene M.3297 *Norsk Hydro/Duke Energy*, premiss 14 og M.3294 *ExxonMobil/BEB*, premiss 20.

eller at det tradisjonelle monopolistselskapet fremdeles er dominerende innenfor sitt historiske forsyningsområde i land der aktører fra andre land ennå ikke har rukket å gjøre sin inntreden.¹²⁸

I mange fusjonssaker har ikke de notifiserende parter engang forestilt seg muligheten for at markedet kan anses videre enn det nasjonale, og har dermed ikke tvunget Kommisjonen til å ta stilling til spørsmålet.¹²⁹

Behovet for tilstrekkelig fysisk transportkapasitet har vært et vesentlig tema ved defineringen av det geografiske markedet i gassektoren.¹³⁰ Uten tilstrekkelig transportkapasitet i grenseoverskridende rørledninger vil et marked nødvendigvis være isolert fra nabolandene og avskåret fra å være en del av et større marked. Dette var for eksempel tilfellet i de nevnte saker *Britannia* og *Neste/Ivo*.

I gassektoren blir det imidlertid ofte ansett å være tilstrekkelig fysisk transportkapasitet i grenseoverskridende rørledninger til at behovet kan møtes og konkurranse mellom medlemsstatene kan eksistere. Problemet har vært at denne kapasiteten ofte ble reservert gjennom langvarige transportkontrakter, normalt til fordel for nasjonalstatenes tidligere monopolister, og dermed ikke var tilgjengelig for nye aktører.¹³¹ Ved defineringen av det relevante marked tar Kommisjonen vanligvis hensyn til den fortløpende

¹²⁸ Se blant annet Sak M.3086 *Gaz de France/Preussag Energie*, premiss 12-13.

¹²⁹ Se for eksempel Sak M.3410 *Total/Gaz de France*, premiss 32.

¹³⁰ Cabau, s. 96.

¹³¹ Se for eksempel sak M.3440 *ENI/EDP/GDP*, premiss 273, vedrørende manglende tilgjengelig kapasitet til den sammenkoblende rørledning mellom Spania og Portugal.

markedsintegrasjon i EØS-området.¹³² Det at Kommisjonen og ESA er forpliktet til å ta hensyn til den «fortløpende» markedsintegrasjon betyr imidlertid ikke at overvåkningsorganet kan ligge *i forkant* av denne utviklingen. Markedet må analyseres og defineres slik det foreligger, uten hensyntaken til ulike *tiltak* som iverksettes for å akselerere markedsintegrasjonen. Dermed kan man spørre seg hvor lang tid det vil gå før man kan begynne å operere med en markedsdefinisjon som strekker seg utover de nasjonale grenser, de mange tiltak iverksatt for å åpne det europeiske gassmarkedet tatt i betraktning.

Det må inntil videre legges til grunn at de eksisterende vilkårene for tredjepartsadgang i transmisjonsnettene ennå ikke er tilstrekkelige til å innby til grenseoverskridende handel. På bakgrunn av dette kan det konkluderes med at det foreløpig ikke eksisterer noe felleseuropeisk gassmarked. I det følgende legger jeg til grunn at det relevante gassmarked nedstrøms er avgrenset til *nasjonalt* nivå.¹³³

4.4.3 Konkurransbegrensende «formål»

For at en avtale skal rammes av forbudet i artikkel 81/53 første ledd er grunnvilkåret at den enten har som «formål» eller «virkning» at konkurransen begrenses. Av EFDs praksis følger det at disse vilkårene er alternative, og ikke kumulative. I *Société Technique Minière*¹³⁴ slo EFD fast at vilkårene må leses separat, og

¹³² Se for eksempel Sak M.2684 *EnBW/EDP/Cajastur/ Hidrocarbónico*, premiss 18, Sak M.3440 *ENI/EDP/GDP*, premiss 16 og Kunngjøringer om avgrensning av det relevante marked, avsnitt 32.

¹³³ Dette var også Kommisjonens konklusjon etter Sektorundersøkelsen, se SEC (2006) 1724, s. 38, avsnitt 84, avsnitt 189-250 og mellomkonklusjonene på side 90. Dette var Kommisjonens konklusjon også i sak M.4545 *Statoil/Hydro*, se beslutningens premiss 17 (vi).

¹³⁴ Sak 56/65 1966, Saml. 1965-68, s. 211.

at man først må undersøke hvorvidt avtalens *formål* har vært å begrense konkurransen. Bare dersom det ikke kan fastslås at formålet er å begrense konkurransen blir det nødvendig å vurdere hvorvidt avtalen har en slik *virkning*.

Det første spørsmålet som må besvares, er dermed hvorvidt langvarige gassalgskontrakter kan sies å ha et konkurransebegrensende *formål*. Skillet er viktig, ettersom avtaler som finnes å ha til formål å begrense konkurransen kan bli vurdert til å være i strid med art. 81/53 første ledd uten at man foretar den detaljerte økonomiske analyse som er nødvendig for å fastslå en eventuell konkurransebegrensende *virkning*.¹³⁵ På den måten har selv avtaler mellom foretak med relativt små markedsandeler blitt funnet å være i strid med artikkel 81.

Et «formål» er ikke den subjektive intensjon til de parter som inngår kontrakten, men snarere kontraktens objektive mening og begrunnelse, sett i lys av den økonomiske kontekst den skal implementeres i.¹³⁶ Formålsbegrepet må med andre ord fortolkes objektivt.

Formålet med bruken av lang kontraktsvarighet og take or pay-klausuler i gassalgskontraktene er å sikre gassprodusenten en regelmessig og stabil pengestrøm. Denne pengestrømmen benyttes som sikkerhet for finansieringen av gassproduksjonsprosjekter, og til å minke produsentens investeringsrisiko ved å fordele denne mellom kontraktspartene.

Ut fra en objektiv fortolkning kan langvarige gassalgskontrakter dermed ikke sies å ha et konkurransebegrensende formål.

¹³⁵ Se f. eks. *Consten og Grundig*, Saml. 1966, s. 299, på s. 349.

¹³⁶ Whish, s. 110.

4.4.4 Konkurransbegrensende «virkning»

Der det ikke er mulig å fastslå at en kontrakt har som *formål* å begrense konkurransen, er det nødvendig å gjennomføre en omfattende og grundig analyse av kontraktens *virkning* på markedet, før den eventuelt kan bli funnet å være i strid med art. 81/53 første ledd.¹³⁷ Det neste spørsmålet blir dermed hvorvidt de langvarige gassalgskontraktene medfører konkurransbegrensende virkninger. Virkningsvurderingen må som nevnt foretas på bakgrunn av en grundig vurdering av avtalen i den rettslige og økonomiske kontekst avtalen skal fungere i.¹³⁸ Dette innebærer at det må foretas en grundig analyse av markedet og av hvordan avtalen virker i dette.

Et sentralt moment ved vurderingen av konkurransbegrensningskriteriet er hvorvidt den aktuelle avtale begrenser markedsaktørens handlings- eller konkurransefrihet. Dersom avtalen blir vurdert dithen at den begrenser handlefriheten, er sannsynligheten stor for at konkurransen anses for å ha blitt begrenset. En avtale kan tenkes å begrense markedsaktørens handlingsfrihet i to relasjoner; den kan begrense handlefriheten til partene i avtalen, og den kan begrense handlefriheten til tredjemenn.¹³⁹

Etter EFDs praksis må man bedømme en avtales eventuelt konkurransbegrensende virkning i lys av en samlet vurdering av avtalens bestemmelser. I den følgende vurderingen vil gassalgs-

¹³⁷ Whish, s. 115.

¹³⁸ Se for eksempel Sak 23/67, *Brasserie de Haecht*, Saml. 1965-68, s. 421.

¹³⁹ Som illustrasjon se Førsteinstansrettens avgjørelse i Forente saker T-374/94 flg., *European Night Services*, Saml. 1998, s. II-3141, jf Kolstad, s. 256.

kontraktenes kombinasjon av lang varighet og avtaksplikt gjennom take or pay-klausuler være det sentrale moment.

4.4.4.1 Begrensninger i kontraktspartenes handlefrihet

Et av formålene med de europeiske konkurransereglene er å oppnå en mest mulig effektiv allokering av fellesskapets ressurser.¹⁴⁰ Dette hensynet tilsier at den enkelte markedsaktør bør kunne treffe sine beslutninger ubundet av de øvrige markedsaktørenes atferd, og forbudet i art. 81/53 første ledd søker nettopp å ramme de virkemidler markedsaktørene benytter for å begrense andre markedsaktørers frihet.¹⁴¹

I dette tilfellet er det *salgskontrakter* som er objektet for den konkurranserettslige vurdering, og de potensielle konkurranserettslige problemer i denne sammenheng er først og fremst den *vertikale binding* mellom to aktører på etterfølgende ledd i omsetningskjeden.¹⁴² I løpet av kontraktperioden, som vi har sett kan vare opp mot 30 år, må avtakeren som hovedregel avta de kontraherte gassvolumer, eller i alle tilfelle betale for disse volumene. Under forutsetning av at avtakerens behov for gass ikke øker, har han på grunn av betalingsforpliktelsen marginale muligheter til å kjøpe billigere gass av andre produsenter ved eventuelle endringer i markedet. Dermed vil *kjøperen* ved avtaket av gassen i realiteten få innskrenket sin handlefrihet.

I slike sammenhenger kan man imidlertid ikke legge et rent formelt handlefrihetskriterium til grunn for vurderingen, da selv en enkelt salgssavtale i teorien vil begrense partenes handlings- og

¹⁴⁰ Se blant annet Kommisjonens Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 7.

¹⁴¹ Se Kolstad, s. 155.

¹⁴² Slik Kolstad, s. 158.

valgfrihet ved at den tvinger dem til å gjennomføre handelen. Det er nokså opplagt at ikke enhver begrensning i handlefriheten som følge av alminnelig markedstransaksjon vil anses for å begrense konkurransen.¹⁴³ I vertikale avtaler er det er med andre ord ikke de forpliktelser kontraktspartene påtar seg i forbindelse med den enkelte transaksjon som utgjør den største trusselen mot konkurransen. Det er derimot de eventuelle begrensninger i muligheten til å henvende seg til *andre aktører* for å gjennomføre *tilsvarende transaksjoner*, eller begrensninger som pålegges i forbindelse med *den videre disponering av godet* som utløser konkurranserettslige betenkeligheter etter art. 81/53 første ledd.¹⁴⁴

4.4.4.2 Begrensninger i tredjeparters handlefrihet

Det neste spørsmålet er dermed om langvarige gassalgskontrakter kan sies å begrense slike *tredjeparters* handlefrihet på en slik måte at de utgjør en konkurransebegrensning i art. 81/53 første ledds forstand.

Langvarige gassalgskontrakter kan begrense handlefriheten til to ulike grupper tredjeparter. For det første kan de innebære at nye leverandører utestenges fra å levere et produkt til en kunde, eller at eksisterende leverandører hindres fra å øke sine markedsandeler. Dette omtales gjerne som *output foreclosure*. Denne virkningen kan føre til at aktuelle eller potensielle nye produsentforetak ikke blir i stand til å bygge opp egne markedsandeler til å kunne konkurrere effektivt. For det annet kan langvarige gassalgskontrakter ha som virkning at *potensielle aktører i videresalgsmarkedet utestenges fra adgang til pålitelige gasskilder*. En avskjerming av potensielle

¹⁴³ Se f. eks. Sak T-112/99, *Métropole Télévision M6 mot Kommisjonen*, Saml. 2001 s. II-2459, premiss 76.

¹⁴⁴ Kolstad, s. 158.

konkurrenter fra en nødvendig innsatsfaktor i virksomheten omtales gjerne som *input foreclosure*.

Output foreclosure – utestengning av nye gassprodusenter

Her er spørsmålet om langvarige gassalgskontrakter kan bevirke at nye gassprodusenter utestenges fra å levere gass i et gitt marked.

Langvarige gassalgskontrakter innebærer som nevnt at avtakeren får en begrenset valgfrihet når det kommer til å handle gass av nye leverandører, ettersom han er bundet til et bestemt avtak gjennom kontraktens take or pay-forpliktelser. Ettersom avtakeren ikke kan løse seg fra betalingsforpliktelsen vil han være bundet til leverandøren frem til kontraktens utløp. Hvis avtakerens behov er fullt dekket gjennom kontraktens take or pay-volum, vil han ikke kunne henvende seg til en annen produsent for forsyning, selv om denne eventuelt kan tilby bedre økonomiske eller kvalitetsmessige vilkår. Hvis store deler av markedet er bundet opp i slike kontrakter har konkurrerende leverandører en ytterst begrenset mulighet til å ta del i konkurransen om levering til kunden i et betydelig tidsrom etter kontraktsinngåelsen.

Markedet for oppstrømsgass er sterkt preget av langvarige take or pay-kontrakter.¹⁴⁵ Det er imidlertid sjelden at avtaksforpliktelsene i oppstrømskontrakter omfatter avtakerens *totale* behov, slik det har vært vanlig i enkelte nedstrømskontrakter.¹⁴⁶ Normalt inngår grossist-/transmisjonsselskapene avtaler med flere produsenter, blant annet for å pulverisere risikoen for produksjonssvikt eller -stans hos den enkelte produsent.¹⁴⁷ For en tredjepart som ønsker adgang til markedet er imidlertid virkningen av oppstrøms-

¹⁴⁵ SEC (2006) 1724, s. 39-40.

¹⁴⁶ Denne problemstillingen behandles i punkt 6.3.2 nedenunder.

¹⁴⁷ SEC (2006) 1724, s. 52-53, og Albers, s. 187.

kontraktene i all vesentlighet den samme; potensielle kunder er allerede bundet opp til andre produsenter gjennom langvarige kontrakter. Dermed spiller det ingen rolle om hver avtaker er bundet opp til én eller flere produsenter. Her kan man innvende at ulike avtaler vil ha forskjellig varighet, og at nye produsenter har en mulighet til inntreden ved utløpet av hver enkelt av dem. En slik sporadisk inntredensmulighet vil imidlertid i de fleste tilfelle gi en altfor liten grad av planleggingssikkerhet til å understøtte de kapitalintensive investeringene som kreves for å igangsette gassproduksjon.

Mangelen på potensielle kjøpere kan dermed innebære at gassprodusenter mangler insentiver til å iverksette utbygging av marginale felt med lavt avkastningspotensial, og at aktører som tidligere *ikke* har vært involvert i gassproduksjon vil anse markedet for produksjon og salg av gass lite fristende.

På den annen side kan man innvende at output foreclosure først og fremst vil være et problem i nedstrømsmarkedet, der mangelen på avsetningsmuligheter vil hindre nye grossister og distributørers adgang til markedet. Forekomstene av gass som ikke allerede er under produksjon er begrenset, og man kan hevde at de selskaper som allerede er aktivt involvert i gassproduksjon har kapasitet til å utvinne også disse forekomstene. Motsetningsvis kan man anta at styrket konkurranse på dette nivået vil kunne bidra til økt produksjon, mer effektiv drift og potensielt også lavere priser. På norsk sokkel har myndighetene for eksempel ansett det som en forutsetning for å få optimalisert produksjonen i modne områder at stadig flere selskaper tar del i produksjonsvirksomheten.¹⁴⁸

Det er likevel trolig at også nye produsenter vil få avsetning for sin gassproduksjon, til tross for det betydelige antall langvarige

¹⁴⁸ St.meld. nr. 38 (2003-2004) s. 40 flg.

gassalgskontrakter de eksisterende produsentene allerede har inngått. Dette sannsynliggjøres av det stadig økende gassbehovet i de europeiske markedene.

Konklusjonen blir dermed at langvarige gassalgskontrakter i kombinasjon med take or pay-forpliktelser normalt ikke vil bevirke en konkurransebegrensende utestengning av nye produsenter.¹⁴⁹

Input foreclosure – utestengning av nye leverandører

Problemet med de langvarige gassalgskontraktene synes imidlertid i større grad å være at de *avskjærer potensielle aktører i videresalgsmarkedet fra adgang til pålitelige gasskilder.*

Her befinner vi oss i kjernen av EUs liberaliseringspolitikk; europeiske gasskonsumenter skal nyte godt av billigere og sikrere gassforsyninger som følge av økt valgfrihet med hensyn til gassleverandør. For å oppnå dette er det en sentral forutsetning at det kommer nye aktører inn i videresalgsmarkedet, og at disse sikres rammevilkår som setter dem i stand til å ta opp konkurransen mot forhenværende monopolister og nasjonale kjemper. Disse nye aktørene er imidlertid avhengige av en pålitelig tilgang til tilstrekkelige gassvolumer for å oppnå den forsyningsstabilitet og tillit som er nødvendig for å knytte til seg kunder på permanent basis.

Gass er et knapphetsgode, som til enhver tid er tilgjengelig bare i begrensede mengder. Dersom all tilgjengelig gass allerede er bundet opp gjennom langvarige kontrakter, vil ikke potensielle nykommere ha noen mulighet til å etablere seg. På denne måten kan man hevde at de har fått sin handlefrihet innskrenket.

Med unntak av gassprodusenter som velger å begi seg inn også på nedstrømsmarkedene, må slike nye aktører sikre seg gass enten ved kjøp direkte fra produsenter, eller på nasjonale eller regionale

¹⁴⁹ Tilsynelatende motsatt; Schöler, s. 60-61.

engrosmarkeder. Mens de forhenværende monopolistene allerede har tilgang til gass gjennom langvarige kontrakter med ulike gassprodusenter, må nye aktører begi seg inn i omfattende og kostbare forhandlinger for å sikre seg avtaler om leveranser.

Et større problem i denne sammenheng er imidlertid at betydelige gassvolumer er bundet opp i langvarige kontrakter. Kommisjonens sektorundersøkelse avdekket at forhenværende monopolisters langvarige kontrakter med gassprodusenter dekker produksjonen fra nesten alle eksisterende gassfelter der det er mulig å transportere gass til Europa via rørledning.¹⁵⁰ I undersøkelsen analyserte Kommisjonen 400 langvarige kontrakter, som i 2004 totalt omfattet leveranser av ca 360 bcm gass.¹⁵¹ Det ble konkludert med at de fleste nasjonale markeder i EU er kjennetegnet ved at forhenværende monopolister kontrollerer den vesentlige andel av de tilgjengelige gassvolumer gjennom langvarige kontrakter.¹⁵² I følge Kommisjonen er denne *kumulative* utestengelsesvirkningen en av hovedårsakene til at konkurransen i nedstrømsmarkedene ikke er virksom.¹⁵³

¹⁵⁰ SEC (2006) 1724, s. 47. I tillegg viser beregninger fra Energy Charter Secretariat (november 2006) at andelen gassforsyninger dekket av langvarige kontrakter er 94 % i Frankrike, 91 % i Belgia, 100 % i Hellas og over 90 % i Italia og Tyskland. Publisert på: http://www.unece.org/ie/se/pp/EnCom15/29Nov/GAS/KONOPLYANIK_UNECE_EnComm15_2006_h_bw.pdf (lest 13. juli 2007).

¹⁵¹ Til sammenligning utgjorde det totale forbruket av gass i de 25 EU-landene ca 426,7 bcm i 2004, jf statistikk fra <http://www.eurogas.org>: «Statistics 2004» (lest 29. mai 2007). Ca 85 % av EUs totale forbruk er med andre ord dekket gjennom langvarige kontrakter.

¹⁵² SEC (2006) 1724, s. 39-40.

¹⁵³ SEC (2006) 1724, s. 13.

Stortingsmelding nr. 38 (2003-2004) inneholder en uttalelse som bekrefter sektorundersøkelsens funn for norsk gass vedkommende: «De nærmeste årene er det i liten grad tilgjengelig gass på norsk kontinentalsokkel for nye salg, ettersom det aller meste er bundet opp i eksisterende kontrakter. På litt lengre sikt vil det være ledig kapasitet for inngåelse av nye salg.»¹⁵⁴

Potensielt nye aktører vil være avhengige av en rekke faktorer for å få fotfeste i gassmarkedet, men først og fremst av en stabil tilgang til gass. Så lenge de forhenværende monopolistene kontrollerer mesteparten av importen til de nasjonale markedene gjennom eksisterende langvarige kontrakter, opprettholder de en vesentlig hindring for nye aktørers inntreden i videresalgsmarkedet.¹⁵⁵

Gassvolumene vil være utilgjengelige for hele kontraktens varighet. Jo lenger kontraktsvarighet, desto mer vil utestengelsesvirkningen forsterkes. Hvis derimot partene i langvarige kontrakter var nødt til å rekontrahere hyppigere, ville nykommere få anledning til å by på volumene, og på den måten få anledning til å etablere seg. Gassen må i tillegg være tilgjengelig i et tidsrom korresponderende med den kontraktsperiode kundene etterspør, og til en konkurranse-dyktig pris. Fraværet av en slik stabil gasstilgang vil følgelig utgjøre en effektiv barriere for nye aktørers inntreden på markedet.

Så lenge eksisterende langvarige importkontrakter omfatter brorparten av de gassvolumer som er tilgjengelige for transport til Europa via rørledning, vil potensielle aktører i videresalgsmarkedet ikke ha tilgang på «frie» gassvolumer til å kunne drive handel på kommersielt bærekraftige vilkår. Så lenge heller ikke de kortsiktige engrosmarkedene i Europa er tilstrekkelig likvide til at de utgjør en

¹⁵⁴ Side 15.

¹⁵⁵ Kommissjonen omtaler manglende tilgang til gass som en «væsentlig» hindring for adgang til de franske og belgiske gassmarkedene i fusjonssak M.4180 *Gaz de France/Suez*, EUT 2007 L88/47, avsnitt 9 og 12.

pålitelig kilde for tilveiebringelse av større gassvolumer, vil nye leverandører ha store problemer med å etablere seg.¹⁵⁶

Et annet problem med langvarige kontrakter kan være at de har som virkning at etableringen av kortvarige markedsplasser for gass forhindres. Ettersom mesteparten av omsetningen i de europeiske gassmarkedene skjer med grunnlag i langvarige gassalgskontrakter, er tilgjengeligheten av frie gassvolumer, som nevnt, relativt begrenset. Det internasjonale energibyrådet (IEA) anslår mengden frie gassvolumer til å ligge mellom 5 og 10 % av den totale europeiske etterspørselen.¹⁵⁷ Dermed vil langvarige kontrakter kunne bevirke at fremveksten av likvide spotmarkeder i stor grad vanskeliggjøres, og dermed undergrave etableringen av virksom konkurranse i nedstrøms-markedene.

Konklusjonen blir dermed at langvarige gassalgskontrakter kan ha som virkning at konkurransen begrenses. Konkurransbegrensningskriteriet etter art. 81/53 første ledd er således oppfylt.

4.5 Merkbarhetskriteriet

For at artikkel 81/53 første ledd skal få anvendelse, har EF-domstolen oppstilt som villkår at konkurransen må begrenses *merkbar*.¹⁵⁸

Om en avtale påvirker konkurransen i merkbar grad beror etter EFDs praksis på en helhetsvurdering av det enkelte tilfelle. De typisk relevante momentene i helhetsvurderingen er *kontrakt-partenes størrelse* i markedet og om det foreligger *særlige kjennetegn* ved det relevante marked.¹⁵⁹

¹⁵⁶ SEC (2006) 1724, s. 40

¹⁵⁷ IEA s. 82.

¹⁵⁸ Merkbarhetskravet ble etablert av EFD i Sak 56/65, *Société Technique Minière*, Saml. 1966 s. 1965-68.

¹⁵⁹ Kolstad, s. 289.

4.5.1 Partenes størrelse

Ved vurderingen av *partenes størrelse*, tar EFD normalt utgangspunkt i partenes markedsandel. Kommisjonen og ESA har i to identiske kunngjøringer om bagatellavtaler kvantifisert merkbarhetskriteriet ved hjelp av markedsandelsterskler.¹⁶⁰ For vertikale avtaler, i denne sammenheng definert som avtaler inngått mellom foretak som ikke er faktiske eller potensielle konkurrenter på noen av de relevante markeder som berøres av avtalen, er terskelen 15 % markedsandel.¹⁶¹ Dersom verken leverandørens eller distributørens markedsandel overstiger 15 %, legger Kommisjonen og ESA til grunn at merkbarhetskravet ikke er oppfylt, og således at avtalen ikke omfattes av art. 81/53 første ledd.

For avtaler mellom foretak som *er* faktiske eller potensielle konkurrenter, er terskelen 10 %, basert på partenes *samlede* markedsandeler i det relevante marked.¹⁶² Grunnen til at bagatellterskelen ligger høyere for vertikale avtaler enn for horisontale avtaler, er at de sistnevnte generelt anses for å utgjøre en større trussel mot en velfungerende konkurranse. I tilfeller der avtalen vanskelig kan klassifiseres som enten en avtale mellom konkurrerende foretak eller en avtale mellom ikke-konkurrerende foretak, får terskelen på 10 % avendelse.

Hvorvidt to tilbydere av gass kan regnes som *faktiske* konkurrenter eller ikke, er i stor grad avhengig av *kundenes* synsvinkel. Dersom kunden uten større problemer kan veksle mellom ulike tilbydere i det samme produktmarked i ett geografisk område, vil tilbyderne regnes som direkte konkurrenter.¹⁶³ I tillegg

¹⁶⁰ EFT 2001 C 368/7 og EØS-tillegget til EUT 2003, nr 15 s. 11 («Bagatellkunngjøringene»).

¹⁶¹ Bagatellkunngjøringene, avsnitt 7, bokstav b).

¹⁶² Bagatellkunngjøringene, avsnitt 7, bokstav a).

¹⁶³ Albers, s. 113.

til disse kan det finnes tilbydere som i øyeblikket ikke er aktive på det aktuelle marked, men som på kort sikt kan omstille sin virksomhet uten at dette medfører betydelige tilleggskostnader eller vesentlig risiko.¹⁶⁴ En gassprodusent som velger å gå inn i et nedstrømsmarked på grunn av bedret tredjepartsadgang til vedkommende markeds distribusjonsnett, kan være et eksempel på slik *umiddelbar substituerbarhet på tilbudssiden*.

Forskjellen mellom denne gruppen *faktiske* konkurrenter og de som bare regnes som *potensielle konkurrenter*, er den tid de trenger og de omkostninger de må pådra seg for å komme inn på det konkrete marked. En potensiell konkurrent trenger mer tid og investeringer for å tilpasse seg markedsinntreden, avhengig av særtrekk ved markedet, og dynamikken i dette. En potensiell konkurrent er imidlertid ikke *ethvert* foretak som før eller siden kunne tenkes å tre inn på et marked, det foreligger en terskel for at et foretak kan regnes inn i kategorien. Kommisjonen har uttalt at for å kunne regnes som en relevant potensiell konkurrent, må foretaket normalt være i stand til å tre inn på et gitt marked innen en periode på ett år, som respons på en liten og varig endring i den relative prisen.¹⁶⁵

Et spørsmål som reiser seg er om det finnes *norske* selskaper med markedsandeler som overstiger tersklene i bagatellkunngjøringen. Norsk gass sto for ca 17 % av forbruket i de 25 EU landene i 2006.¹⁶⁶ Det er imidlertid markedsandelene til *det enkelte selskap* som er relevant i denne sammenheng. StatoilHydro er den eneste norske gassprodusenten som potensielt er av en slik størrelsesorden.

Statoil solgte i 2006 53 bcm gass til de europeiske markedene, og hadde med det en markedsandel i EØS-området som helhet på ca 11 %.¹⁶⁷ Som vist under defineringen av det relevante marked i

¹⁶⁴ Sml. Retningslinjer om avgrensning av det relevante marked, avsnitt 20.

¹⁶⁵ Se Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 26.

¹⁶⁶ Jf *Natural Gas Consumption in EU25 in 2006*, pressemelding fra Eurogas, 26. februar 2007.

¹⁶⁷ Det totale forbruket av naturgass i EU25 var i 2006 486 bcm, jf samme sted.

punkt 4.4.2 ovenfor må imidlertid markedene i mange tilfeller defineres snevrere, ofte avgrenset til nasjonalt nivå. Statoils markedsandel var i 2006 rundt 15 % i Tyskland og rundt 25 % i Frankrike.¹⁶⁸ Markedsandelene ligger videre rundt 20 % i Belgia og Irland, mellom 10 og 15 % i Østerrike, Tsjekia og Nederland, mellom 5 og 10 % i Spania og Storbritannia og i underkant av 5 % i Italia og Tyrkia.¹⁶⁹ Etter gjennomføringen av fusjonen mellom Statoil og petroleumsvirksomheten i Norsk Hydro i oktober 2007 økte disse markedsandelene ytterligere. *Norsk Hydro* solgte ca 14 bcm gass i de europeiske markedene i 2006, og hadde dermed en markedsandel i EØS-området som helhet på ca 3 %.¹⁷⁰

I fusjonssaken *Statoil/Hydro*, Sak M.4545, opererer Kommisjonen med tall som i noen grad avviker fra opplytningen ovenfor, se beslutningens premisser 36-53. I den ikke-konfidensielle versjonen av beslutningen er tallene imidlertid gjort omtrentlige, slik at den ikke gir noe presist uttrykk for StatoilHydros samlede markedsandeler.

Dermed vil bagatellkunngjøringens markedsandelsterskel være overskredet i mange av de nasjonale markeder StatoilHydro er aktiv i. Avhengig av hvordan det relevante marked defineres vil således markedsandel kunne være et moment som taler for at foretakets langvarige kontrakter påvirker konkurransen i merkbare grad.

¹⁶⁸ Tall fra Statoil Annual Report and Accounts 2006, s. 25. Andelene inkluderer Statoils avsetning av SDØE-gass.

¹⁶⁹ Tall fra Statoils nettside; *Fourth quarter 2006: Strengthened platform in a complex environment*, s. 55. Tallene representerer forventet markedsposisjon i 2007, basert på inngåtte kontrakter.

¹⁷⁰ Norsk Hydro Annual Report 2006, s. 40.

4.5.2 Markedsstrukturen

Ved vurderingen av strukturen i gassmarkedet er særlig tilstedeværelsen av *etableringshindringer* et sentralt moment.¹⁷¹ Etableringshindringer måles etter i hvilken grad etablerte foretak kan øke prisen over det konkurransemessige nivå uten at nye konkurrenter tiltrekkes markedet.¹⁷² Her skal vi først vurdere hvorvidt den utstrakte bruken av langvarige kontrakter utgjør en slik etableringshindring. Deretter skal vi se på enkelte andre mulige hindringer for inntreden i videresalgsmarkedet.

4.5.2.1 Markedsavskjerming gjennom nettverk av langvarige kontrakter

Konkurransen på et gitt relevant marked kan som nevnt være avskjermet på grunn av den *kumulative* virkningen av vertikale avtaler inngått av forskjellige leverandører og distributører aktive i markedet.¹⁷³ Etter EFDs praksis kan man ikke vurdere en avtales konkurransebegrensende virkninger løsrevet fra den økonomiske og rettslige kontekst i det relevante marked.¹⁷⁴ Dette innebærer at det må tas hensyn til kontraktuelle sammenhenger som gjør at den konkrete avtale samvirker med andre avtaler.¹⁷⁵

EFD har lagt til grunn at der en avtale utgjør en del av et nettverk av avtaler, skal ikke den enkelte avtale vurderes isolert. I henhold til denne doktrinen kan man i merkbarhetsvurderingen ikke se

¹⁷¹ Schöler, s. 90.

¹⁷² Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 126.

¹⁷³ Wijkmans m.fl. s. 85.

¹⁷⁴ Se bl. a. Sak 23/67, *Brasserie de Haecht*, Saml. 1967 s. 421 og Sak C-234/89, *Delimitis*, Saml. 1991, s. I-935. Denne praksis har også blitt fulgt opp av EFTA-domstolen i den rådgivende uttalelsen i *Hegelstad mot Hydro Texaco*, sak E-7/01.

¹⁷⁵ Kolstad, s. 276.

utelukkende på én kontrakts virkninger, man må snarere se på den *kumulative virkning* det totale antall kontrakter av lignende art («avtalenettverket») har på konkurransen. I henhold til Kommisjonens Retningslinjer for vertikale begrensninger skal kontrakter anses for å være av lignende art dersom de inneholder begrensninger som har «lignende virkninger» på markedet.¹⁷⁶ Dermed kan en avtale rammes av forbudet, selv om dens virkning på konkurransen isolert sett er forsvinnende liten.¹⁷⁷

Man må således undersøke hva slags virkninger gassalgskontrakter *samlet sett* får i det relevante markedet. For at en avtale skal rammes av forbudet må to kumulative vilkår oppfylles. For det første må avtalenettverket ha som samlet virkning at nye aktørers adgang til markedet utelukkes eller vanskeliggjøres («markedsavskjerming»). For det annet må den konkrete avtale som vurderes «merkbar» bidra til denne avskjermingen.¹⁷⁸ I den senere tid har tilstedeværelsen av slike kumulative utestengelsesvirkninger først og fremst blitt behandlet i saker vedrørende distribusjonsavtaler for øl¹⁷⁹, iskrem¹⁸⁰ og i sammenheng med bensinstasjonavtaler¹⁸¹. At også kontrakter vedrørende oppstrømsleveranser av *råvarer* må vurderes ut fra deres samlede virkning på markedet ble lagt til grunn av Kommisjonen i *Rørsukker*.¹⁸²

¹⁷⁶ Avsnitt 73.

¹⁷⁷ Kolstad, s. 276.

¹⁷⁸ Se for eksempel *Delimitis*, premiss 24-27.

¹⁷⁹ Se *Delimitis* og Sak T-25/99 *Roberts*, Saml. 2001 s. II-1881.

¹⁸⁰ Sak T-7/93 *Langnese-Iglo*, Saml. 1995, s. II-1533; og Sak C-279/95 *Langnese-Iglo*, Saml. 1998, s. I-5609.

¹⁸¹ Sak C-214/99 *Neste Markkinointi*, Saml. 2000 s. I-11121.

¹⁸² EFT 1980 L39/64, premiss 20.

Markedsavskjerming

En markedsavskjerming er etter bagatellkunngjøringene «ikke sannsynlig» der mindre enn 30 % av det relevante marked er dekket av parallelle nettverk av avtaler med liknende virkning.¹⁸³ Ettersom størsteparten av gassvolumene omsatt i de europeiske markedene er bundet opp i langvarige kontrakter, vil denne terskelen fort være overskredet.¹⁸⁴ Bagatellkunngjøringene definerer imidlertid bare hvilke avtaler som *ikke* anses for merkbare konkurransebegrensninger. Det kan følgelig ikke konkluderes med at en avtale som *overskrider* terskelverdiene i kunngjøringene uten videre vil utgjøre en merkbar begrensning av konkurransen.¹⁸⁵

Når gassprodusenter selger gass til sine avtakere er kontraktene, som vist i punkt 3.1 ovenfor, preget av lang varighet, kombinert med take or pay-klausuler. Dersom en produsent har knyttet et stort antall avtakere til seg, og også andre produsenter har opprettet tilsvarende leveransenettverk, kan det bli særdeles vanskelig for nye aktører å etablere seg. I arbeidet med Sektorundersøkelsen fant Kommisjonen at ca 85 % av det europeiske gassforbruket var dekket gjennom eksisterende langvarige kontrakter.¹⁸⁶ Selv om hver enkelt importør vanligvis kjøper gass av flere produsenter, vil deres samlede behov være dekket gjennom lignende kontrakter, med lang varighet og take or pay-klausuler. Så lenge en så stor andel av gassen tilgjengelig i de europeiske markedene er bundet opp i langvarige gassalgskontrakter, vil dette avtalenettverket kunne ha

¹⁸³ Avsnitt 8, i.f.

¹⁸⁴ Schöler, s. 86.

¹⁸⁵ Se Førsteinstansretten dom i Sak T-9/93 *Schöller*, Saml. 1995 s. II-1611, avsnitt 75.

¹⁸⁶ Se note 151 ovenfor.

som kumulativ virkning at nye aktører i videresalgsmarkedene ikke har tilgang til gass, en såkalt input foreclosure.¹⁸⁷ For nykommere vil dette som nevnt føre til en begrenset, eller kanskje overhodet ingen, tilgang til markedet. Denne markedsutestengelsen vil som nevnt være uavhengig av om vedkommende kan tilby gunstigere vilkår enn konkurrentene, så lenge disse allerede er inne på markedet og har bundet opp kundenes behov gjennom langvarige betalingsforpliktelser.

Dermed kan det konkluderes med at nettverk av langvarige kontrakter kan medføre markedsavskjerming.¹⁸⁸

Den enkelte avtales bidrag til markedsavskjermingen

Der avtalenettverket bevirker en markedsavskjerming, er det nødvendig å avgjøre hvorvidt den gassalgskontrakt som er gjenstand for vurderingen bidrar til den samlede virkningen i merkbar grad. I Kommisjonen og ESAs bagatellkunngjøring er anses ikke en avtale for å bidra merkbart til en kumulativ utestengende virkning dersom markedsandelen til den enkelte leverandør ikke overstiger 5 %.¹⁸⁹ Kontrakter inngått av individuelle aktører med en markedsandel under denne terskelen antas generelt å ikke bidra til noen betydelig utestengelsesvirkning, og vil således kunne nyte godt av bagatellkunngjøringens unntak. Som vist ovenfor vil denne terskelen ofte være overskredet for gassprodusentenes vedkommende.

Der denne terskelen er overskredet, må man foreta en full analyse av merkbarheten. I henhold til EFDs praksis skal avtaker «som ikke i væsentlig omfang» bidrar til utestengelsesvirkningen

¹⁸⁷ SEC (2006) 1724, s. 47-48.

¹⁸⁸ Slik også Schöler, s. 92.

¹⁸⁹ Avsnitt 8.

ikke anses for å oppfylle merkbarhetskravet.¹⁹⁰ Denne vurderingen skal igjen baseres på *leverandørens markedsposisjon* og *kontraktens varighet*.¹⁹¹

I vurderingen av *markedsposisjon* er leverandørens markedsandel det sentrale moment. Jo større markedsandel leverandøren har, desto mer vil hans avtaler bidra til markedsavskjermingen. I punkt 4.5.1 ovenfor så vi at produsentene kan inneha en betydelig markedsandel i de ulike gassmarkedene, avhengig av hvordan disse defineres.

Vi har også sett at flertallet av gassalgskontraktene er av betydelig *varighet*. En tidsavgrenset avtale inngått for en periode på 20 til 30 år vil i langt større grad bidra til markedsavskjermingen enn en avtale som kan sies opp på kort varsel. Dermed vil en gassprodusents langvarige kontrakter kunne anses for å bidra merkbart til en avskjerming av markedet.

4.5.2.2 Andre etableringshindringer

Det at et nettverk av avtaler *vanskeliggjør* adgangen til markedet, er ikke i seg selv tilstrekkelig til å fastslå at markedet er *utilgjengelig* for nye aktører. I henhold til EFDs praksis er dette bare én av flere omstendigheter i den rettslige og økonomiske sammenheng som må vurderes.¹⁹² Som andre momenter fremhever domstolen potensielle konkurrenters reelle og konkrete muligheter for å etablere seg på markedet og konkurranseforholdene i markedet for øvrig, herunder markedets metningsgrad og kjøpernes lojalitet ovenfor eksisterende leverandører.¹⁹³

¹⁹⁰ *Delimitis*, premiss 24.

¹⁹¹ Premiss 25-26.

¹⁹² *Delimitis*, premiss 20.

¹⁹³ Premiss 21-22.

Kommisjonens Sektorundersøkelse viser at det eksisterer betydelige hindringer for virksom konkurranse i de europeiske gassmarkedene. For det første er markedene preget av en høy grad av markedskonsentrasjon, der store foretak med høye markedsandeler gis rom for utøvelse av markedsrett.¹⁹⁴ Markedskonsentrasjonen forsterkes ved at forhenværende monopolister i stor grad kontrollerer gassimporten gjennom langvarige kontrakter.

For det annet er det på grunn av begrenset kapasitet i transportnettet liten grenseoverskridende handel, og relativt liten aktivitet og likviditet på spotmarkedene. Dermed forsterkes potensielle nykommeres problemer med å få tak i tilstrekkelige gassvolumer.¹⁹⁵ Manglende transportkapasitet vil også utgjøre en etableringshindring ved at nye distributører får vanskeligheter med å transportere gassen frem til kundene. I tillegg har kjøpernes lojalitet ovenfor eksisterende leverandører vært svært stor. Statistikk fra 2005 viser at bare et fåtall av gasskundene i de fleste europeiske markedene hadde benyttet anledningen til å bytte leverandør.¹⁹⁶

Når tilgangen til markedet i utgangspunktet er vanskelig, vil selv en liten økning i etableringshindringene innebære en merkbar forverring av konkurransen. De i utgangspunktet vanskelige konkurranseforholdene i gassmarkedet vil således være argumenter som taler for at merkbarhetsvilkåret er oppfylt.

Dermed vil de særlige karakteristika ved gassmarkedet også være et moment som taler for at langvarige gassalgskontrakter påvirker konkurransen i merkbar grad.

¹⁹⁴ COM (2006) 851, s. 5.

¹⁹⁵ Samme sted, s. 6. Se også Kommisjonens beslutning i *Gaz de France/Suez*, EFT 2007 L88/47, avsnitt 9 og 12.

¹⁹⁶ SEC (2005) 1445, s. 39.

4.5.3 Konklusjon

Tilstedeværelsen av et fåtall, store markedsaktører både på kjøper og selgersiden, et nettverk av avtaler med betydelig varighet, kombinert med øvrige etableringshindringer i gassmarkedene, innebærer at merkbarhetskravet fort vil være oppfylt. Det må imidlertid igjen understrekes at hver enkelt kontrakt må undersøkes i lys av de konkrete økonomiske og faktiske omstendigheter før en slik konklusjon kan treffes.

4.6 Samhandelskriteriet

For at forbudet i artikkel 81/53 første ledd skal få anvendelse er det videre et vilkår at handelen «mellom avtalepartene» kan påvirkes. Avtalen må med andre ord ha et grenseoverskridende element. Etter EFDs praksis skal det lite til før samhandelsvilkåret er oppfylt. Det er tilstrekkelig at avtalen er *egnet* til å påvirke samhandelen, enten «direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt».¹⁹⁷

Ettersom bare et fåtall land har interne gassressurser, er gass er en vare som typisk handles over landegrensene. De fleste langvarige salgskontrakter for norsk gass er inngått med utenlandske kjøpere. Dermed angår kontraktene den grenseoverskridende handelen direkte. Når den konkurransebegrensning det er snakk om er markedsavskjerming, vil det typisk være leverandører fra tredjeland som rammes. En gassalgskontrakt mellom en produsent i ett EØS-land med en avtaker i et annet, vil klart nok påvirke handelen «mellom avtalepartene».¹⁹⁸

For at en avtale skal rammes av forbudet, er det i tillegg et vilkår at samhandelen berøres *i merkbar grad*. Kommisjonen har i

¹⁹⁷ Sak C-306/96, *Javico*, Saml. 1998 s. I-1983, premiss 16.

¹⁹⁸ Se bl.a. Sak 246/86 *Belasco*, Saml. 1989 s. 2117.

Retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen uttalt at en avtale generelt ikke anses for å påvirke handelen mellom medlemsstater i merkbar grad når partene ikke på noen av de relevante markeder innenfor EU har en samlet markedsandel på over 5 % og, for vertikale avtalers vedkommende, *leverandøren* ikke har en samlet årlig omsetning innenfor EU på over 40 millioner euro.¹⁹⁹ De fleste gassleverandører har en betydelig større årsumsetning enn dette.²⁰⁰

Selv en avtale som i seg selv kan synes å ha relativt ubetydelige innvirkninger på samhandelen, kan som nevnt rammes av forbudet dersom den er en del av et større nettverk av avtaler og den *kumulative* virkning av disse fører til en merkbar begrensning i samhandelen.²⁰¹ De europeiske gassmarkedene er som nevnt kjennetegnet ved at en svært stor andel av den tilgjengelige gassen er bundet opp i sammenliknbare langvarige forsyningskontrakter. Hvordan disse kan bidra til en merkbar avskjerming av markedet ble drøftet under behandlingen av merkbarhetskriteriet i punkt 4.5 ovenfor. En slik kumulativ utestengelse vil på samme måte kunne avskjerme nasjonale markeder, og derved påvirke samhandelen i merkbar grad.²⁰²

På bakgrunn av den klare målsetningen med å få fortløp i introduksjonen av konkurranse i de europeiske energimarkedene, og arbeidet med å etablere et integrert europeisk gassmarked, vil

¹⁹⁹ EF-Tidende 2004/C 101/81; Kommissionens meddelelse - Retningslinjer vedrørende begrepet påvirkning af handelen i traktatens artikkel 81 og 82, avsnitt 52.

²⁰⁰ Norsk Hydro hadde i 2006 en omsetning på ca 24,1 *milliarder* euro, mens Statoil hadde ca 52,2 *milliarder* euro.

²⁰¹ Sak 23/67, *Brasserie de Haecht*, Saml. 1967 s. 421.

²⁰² Schöler, s. 76-77.

samhandelskriteriet trolig oppfylles i de fleste gassalgskontrakter av et visst økonomisk omfang.²⁰⁵ Et tenkelig unntak er imidlertid salg mellom to svært små selskaper, for eksempel to små nasjonale distributører.

Dermed kan det konkluderes med at en gassalgskontrakt mellom en gassprodusent og en av hans kunder i de fleste tilfeller vil oppfylle vilkåret om merkbar påvirkning av samhandelen.

4.7 Oppsummering

Det fremgår av drøftelsen ovenfor at langvarige gassalgskontrakter under visse forutsetninger kan innebære en merkbar begrensning av konkurransen i de europeiske gassmarkedene, og som derved påvirker samhandelen i EØS-området. En langvarig gassalgskontrakt vil således kunne rammes av forbudet i artikkel 81/53 første ledd. Dermed må det undersøkes om det foreligger unntak fra forbudet som kan anvendes på slike kontrakter.

²⁰⁵ Slik også Albers, s. 110.

5 UNNTAK FRA FORBUDET MOT KONKURRANSEBEGRENSENDE SAMARBEID

5.1 Innledning - oversikt over unntak fra forbudet i artikkel 81 EFT/53 EØS første ledd

Selv om gassalgskontraktens lange kontraktsvarighet faller inn under forbudet i EF-traktaten/EØS-avtalen artikkel 81/53 første ledd, betyr ikke dette nødvendigvis at de er forbudt. Avtalene kan unntas fra forbudet dersom den lange varigheten oppfyller vilkårene etter bestemmelsens tredje ledd. Det finnes to ulike typer unntak.

For det første gir Kommisjonens *gruppefritaksforordning* for vertikale avtaler et *generelt* unntak for vertikale avtaler fra forbudet.²⁰⁴ Gruppefritaket er begrunnet i en abstrakt presumsjon om at vertikale avtaler generelt vil innebære positive virkninger, og at konkurranseproblemer i forbindelse med slike avtaler bare vil oppstå dersom det i utgangspunktet foreligger utilstrekkelig konkurranse i markedet. Muligheten for å gi gruppefritaket anvendelse på langvarige gassalgskontrakter drøftes i avsnitt 5.2.

For det annet åpner artikkel 81/53 *tredje ledd* for muligheten til at en konkurransebegrensning i strid med forbudet i første ledd allikevel kan implementeres mellom partene, under forutsetning av at fire kumulative vilkår er oppfylt. Dersom disse vilkårene er

²⁰⁴ Kommissionens forordning 2790/1999/EF, EF-Tidende 1999 L336/21 («gruppefritaket for vertikale begrensninger» eller «gruppefritaket»). Forordningen er innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 18/2000 av 18. desember 2000, EFT 2001 L 103/36, og EØS-tillegget til EF-Tidende Nr. 20 2001, s. 181.

oppfylt vil avtalen anses å medføre tilstrekkelige gevinster for partene og samfunnet for øvrig til at skadevirkningene på konkurransen oppveies. I et slikt tilfelle kan avtalen beholdes så lenge den fortsatt oppfyller vilkårene. Hvorvidt langvarige gassalgskontrakter oppfyller unntaksvilkårene, skal drøftes i avsnitt 5.3.

5.2 Gruppefritak for vertikale avtaler etter forordning EF/2790/1999

5.2.1 Innledning

Kommisjonens holdning til vertikale begrensninger har endret seg betydelig i løpet av de siste årene. Dette har særlig kommet til uttrykk gjennom utstedelsen av et omfattende gruppefritak for vertikale avtaler, som blant annet er ment å redusere risikoen for manglende investeringer i varedistribusjonen. Gruppefritaket fritar alle vertikale begrensninger, så lenge en markedsandelstærskel på 30 % ikke overskrides, og forutsatt at de ikke inneholder eller innebærer noen alvorlig begrensning opplistet i forordningens artikkel 4. Gruppefritaket suppleres av Kommisjonens «Retningslinjer for vertikale begrensninger».

Den underliggende begrunnelsen for reformen vedrørende vertikale begrensninger er Kommisjonens intensjon om å konsentrere seg om de konkurransebegrensende avtaler som i et økonomisk perspektiv medfører *betydelige* virkninger i markedet.²⁰⁵ Vertikale begrensninger inngått mellom selskaper med begrenset markedsakt anses ikke for å medføre slike betydelige virkninger, med mindre de inneholder alvorlige konkurransebegrensninger.

²⁰⁵ Nyssens & Schnichels, s. 1403.

Gruppefritaket gjelder prinsipielt for alle vertikale avtaler om salg av varer eller tjenesteytelser, og får anvendelse på all økonomisk virksomhet som ikke er regulert direkte i andre gruppefritak, derunder energisektoren.²⁰⁶ I praksis vil imidlertid mange av de forhenværende monopolistene som nå dominerer gassmarkedene ikke nyte godt av gruppefritaket, ettersom markedsandelene til disse foretakene ofte overstiger markedsandelsterskelen på 30 % nedfelt i gruppefritakets artikkel 3.²⁰⁷

Den generelle tendensen i europeisk konkurranserett er at vertikale avtaler får stadig mindre oppmerksomhet. Energisektoren ser imidlertid ut til å være unntaket som bekrefter regelen. Dette har i første rekke sammenheng med de forhenværende monopolisters og nasjonale kjempers betydelige markedsandeler, hvilket medfører at gruppefritaket ikke får anvendelse. Samtidig preges industrien av at den ikke ble gjenstand for en streng håndhevelse av konkurransereglene før liberaliseringsprosessen startet midt på 1990-tallet. Dermed er det ikke overraskende at Kommisjonen de siste årene har identifisert en rekke alvorlige begrensninger i eksisterende vertikale energiforsyningsavtaler.²⁰⁸

5.2.2 Gruppefritakets virkeområde

Vertikale avtaler defineres i gruppefritakets artikkel 2 nr. 1 som

«avtaler og samordnet opptreden inngått mellom to eller flere foretak der hvert av dem, i henhold til avtalen, driver sin virksomhet innen ulike ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden, og som

²⁰⁶ Kühne 2002, s. 13.

²⁰⁷ I nedstrømsmarkedene vil i mange tilfeller også markedsandelene overstige terskelen for dominerende stilling, som kan lede til en parallell anvendelse av artiklene 81/53 og 82/54.

²⁰⁸ Nyssens & Schnichels, s. 1404.

gjelder vilkårene for partenes kjøp, salg eller videresalg av varer eller tjenester».²⁰⁹

Elementer i slike avtaler som begrenser konkurransen, omtales gjerne som *vertikale begrensninger*.

Grunnvilkåret er altså at avtalen må være inngått mellom «foretak». Alle vertikale gassalg med unntak av salg direkte til forbrukere vil således oppfylle dette vilkåret.

Avtalen må videre være inngått mellom foretak som «driver sin virksomhet innen ulike ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden» Vilkåret skal vurderes «i henhold til avtalen». Dette innebærer at forordningens definisjon av vertikale avtaler kun fokuserer på relasjonen *i avtalen*, og at partenes konkurranse-relasjon i markedet for øvrig er uten betydning i denne sammenheng. En avtale mellom en gassprodusent og en gassdistributør om levering av gass vil således være en vertikal avtale i art. 2 nr 1s forstand, uavhengig av om produsenten også selv er aktiv i distribusjonsmarkedet, og dermed samtidig fungerer som en konkurrent for distributøren.

I forordningens art. 2 nr. 4 fremheves det imidlertid at vertikale avtaler inngått mellom *konkurrerende foretak* ikke vil omfattes av gruppefritaket. Dette er begrunnet i at selv om partene formelt sett står i et vertikalt forhold til hverandre, vil en vertikal avtale i slike tilfeller kunne være et egnet virkemiddel til å regulere den horisontale konkurransen mellom partene. I fritakets artikkel 1 bokstav a) er konkurrerende foretak definert som «faktiske eller potensielle leverandører på det samme produktmarked», altså uavhengig av om de er konkurrenter på det samme *geografiske* marked eller ikke. Et foretak vil med andre ord anses som en konkurrent når foretaket er en faktisk eller potensiell leverandør av

²⁰⁹ Gruppefritaket, artikkel 2 nr. 1.

avtalevarene, eller av varer som er substituerbare med avtalevarene.²¹⁰ I henhold til retningslinjene er en *potensiell* leverandør et foretak som ikke *faktisk* produserer et konkurrerende produkt, men som uten den aktuelle avtalen ville eller hadde kunnet gjøre det, som reaksjon på en liten og varig økning i de relative prisene, innen et år fra en slik økning. Vurderingen skal bygge på realistiske forhold; en rent teoretisk mulighet for at vedkommende vil gå inn på markedet, er ikke tilstrekkelig for å anse det som en potensiell konkurrent.

I kjølvannet av den pågående liberaliseringen av energimarkedene, vil mange av energiselskapene kunne ses på som i det minste slike *potensielle konkurrenter*, enten i innkjøpmarkedet, eller i de påfølgende salgsmarkedene nedstrøms.²¹¹ Det finnes imidlertid i artikkel 2 nr. 4 bokstav a) til c) tre unntak fra den generelle regel om at vertikale avtaler mellom konkurrenter faller utenfor gruppeunntaket. Grunnvilkåret for disse unntakene er at avtalen må være «ensidig». At en avtale er ensidig betyr for eksempel at en produsent blir distributør for en annen produsents produkter, mens sistnevnte produsent ikke blir distributør for førstnevntes produkter.²¹² Ensidige avtaler mellom konkurrenter unntas for det første der kjøperen har en årlig omsetning på høyst 100 millioner euro. For det annet unntas avtaler der partene kun er konkurrenter på *nedstrømsmarkedet*, kjøperen kan med andre ord ikke selv *produsere* konkurrerende varer, men kun opptre som konkurrent til leverandøren i distribusjonsleddet. Dette innebærer at en avtale inngått mellom en gassprodusent og en grossist vil kunne nyte godt av gruppefritaket selv der produsenten er aktiv i

²¹⁰ Retningslinjene, avsnitt 26.

²¹¹ Nyssens & Schnichels, s. 1403.

²¹² Retningslinjene, avsnitt 27.

grossistmarkedet, under forutsetning av at grossisten ikke selv produserer gass.²¹³ Det tredje unntaket gjelder tjenesteytelser, og er demed ikke relevant i denne sammenheng.

I tillegg er det et vilkår at avtalen kun relaterer seg til vilkårene for partenes «kjøp, salg eller videresalg» av varer eller tjenester, jf art. 2 nr. 1.

5.2.3 Markedsandelsterskelen

5.2.3.1 Maksimalt 30 %

Gruppefritaket gir et unntak for vertikale avtaler der *leverandørens* markedsandel i det relevante marked ikke overstiger 30 %, jf gruppefritaket art. 3 nr. 1. Det faktum at det er leverandørens markedsandel som er det avgjørende, innebærer at fritaket vil kunne få anvendelse selv der *kjøperen* innehar en dominerende stilling i nedstrømsmarkedet. Dette er begrunnet i hensynet til praktikable regler, felleskapslovgiver anså det for komplisert for markedsaktørene å måtte kalkulere markedsandeler for både leverandør og kjøper.²¹⁴

Dersom leverandørens markedsandelsterskel opprinnelig var under 30 %, men senere stiger uten å overstige 35 %, er avtalen unntatt i en periode på to sammenhengende kalenderår etter det året markedsandelsgrensen første gang ble overskredet, jf art. 9 nr. 2 bokstav c). Stiger markedsandelsterskelen til over 35 % vil unntaket bare få anvendelse i ett kalenderår, jf art. 9 nr. 2 bokstav d). Disse tilleggsfristene kan ikke kombineres.

²¹³ Enkelte grossister er aktive i gassproduksjonen på norsk sokkel. E.ON Ruhrgas og Gaz de France eier for eksempel store andeler i Njord-feltet. GdF eier også 12 % av Snøhvit, og skal være operatør for Gjøa-feltet når dette kommer i produksjon.

²¹⁴ Filipponi m.fl. s. 1189.

Gruppefritakets artikkel 9 gir enkelte særregler for *hvordan* markedsandelen skal beregnes. Utgangspunktet er at markedsandelen skal beregnes av «salgsverdien» av avtalevarene, basert på opplysninger fra det foregående kalenderår jf art. 9 nr. 1 og nr. 2 a). Dersom det ikke foreligger opplysninger om salgsverdien, kan det benyttes beregninger basert på «andre pålitelige markedsopplysninger», blant annet salgsvolumer.

Art. 9 nr. 2 b) presiserer at der produsenten også er aktiv som distributør i nedstrømsmarkedet, skal markedsandelen beregnes ut fra varer solgt både av ham direkte, og av såkalte «integreerte distributører»; datterselskaper som opptrer som distributører.²¹⁵

For å kunne beregne markedsandelen er det nødvendig å definere det relevante marked. Avgrensningen av det relevante marked etter gruppefritakets art. 3 skjer som utgangspunkt på samme måte som etter EFT art. 81/EØS art. 53 første ledd. For en redegjørelse for dette, se drøftelsen i punkt 4.4.2 ovenfor. Når det gjelder selskapenes størrelse i de ulike markedene, kan det vises til drøftelsen av merkbarhetskriteriet i punkt 4.5.1 ovenfor.

Det er en kjensgjerning at mange gassprodusenter innehar en betydelig markedsposisjon i de markeder er aktive i. Litt avhengig av hvor snevert det relevante marked defineres i det konkrete tilfelle, vil dermed markedsandelen kunne overstiges. I de fleste tilfeller vil nok likevel norske gassprodusenter ikke ha en markedsandel over 30 %.

²¹⁵ Dette innebærer at dersom for eksempel både Norsk Hydro Produksjon og Norsk Hydro Marketing er aktive i det tyske nedstrømsmarkedet, vil man måtte beregne markedsandelene til disse to heleide datterselskapene av Norsk Hydro ASA under ett.

5.2.3.2 Markedsandelsterskelen når et foretakts avtaler bidrar til en kumulativ konkurransebegrensing

Selv avtaler som isolert sett verken har en merkbar virkning på konkurransen eller på samhandelen mellom medlemsstatene kan, som nevnt ovenfor, falle innenfor forbudet etter art. 81/53 første ledd der den *kumulative virkning* av avtalen og andre tilsvarende avtaler er merkbar. Der de konkurransebegrensende virkningene på markedet ikke stammer fra ett selskaps foretak, men fra en kumulativ virkning av *flere foretakts* avtaler, har EFD fastslått at forbudet får anvendelse på avtalene til de foretak som «i vesentlig omfang» bidrar til den kumulative virkningen.²¹⁶

Dette reiser et interessant spørsmål i forbindelse med anvendelsen av gruppefritaket på vertikale avtaler i gassmarkedet. Selv om et foretakts avtale er unntatt fra forbudet fordi foretaket har en markedsandel under 30 % - terskelen, kan den sammen med andre foretakts tilsvarende avtaler bidra til en kumulativ konkurransebegrensende virkning. Dette vil kunne være en praktisk problemstilling i gassmarkedene, der produsentene riktignok sjelden har en markedsandel over 30 %, men er få i antall og i stor utstrekning anvender tilsvarende kontraktsbestemmelser. Spørsmålet blir om gruppefritaket likevel vil få anvendelse i slike konsentrerte markeder.

I utgangspunktet må dette besvares bekræftende. Gruppefritakets artikkel 3 fastslår at det er *leverandørens* markedsandel som er det avgjørende, og gir ingen særregel om kumulative konkurransebegrensninger. Så lenge foretakets markedsandel er under 30 % vil gruppefritaket få anvendelse, selv om foretakets avtaler eventuelt merkbart bidrar til en kumulativ utestengelsesvirkning.

²¹⁶ *Delimitis*, premiss 24.

I artikkel 6 fastslås det imidlertid at Kommisjonen kan *trekke tilbake* fordelene gitt ved gruppefritaket, dersom en vertikal avtale, enten alene eller sammen med tilsvarende avtaler, likevel har virkninger som faller innenfor rammene av forbudet i art. 81/53 første ledd, og som er uforenelige med vilkårene i bestemmelsens tredje ledd. Bestemmelsen fremhever at tilfeller der en kumulativ virkning av tilsvarende vertikale begrensninger medfører at adgangen til det relevante marked, eller konkurransen der, begrenses vesentlig, vil være en særlig relevant situasjon å vurdere tilbaketrekning.²¹⁷ I så tilfelle er det Kommisjonen som må føre bevis for at vilkårene i artikkel 6 er oppfylt.

Gruppefritakets artikkel 8 gir i tillegg det kompetente overvåkningsorgan myndighet til å utstede en forordning som *utelukker* parallelle nett av lignende vertikale begrensninger fra gruppefritakets anvendelsesområde, der disse omfatter mer enn 50 % av et relevant marked. Unntaksforordningen vil i tilfelle tre i kraft seks måneder etter den er vedtatt. I motsetning til tilbake-trekking etter artikkel 6, skal et slikt tiltak ikke rettes mot det enkelte foretak, men snarere angå alle foretak med avtaler definert i den rettsakt som fastsetter at gruppefritaket ikke skal få anvendelse.²¹⁸

Utstedelse av unntaksforordning er en tungvint måte å gripe inn på, men det er likevel ikke fullstendig utenkelig at Kommisjonen ville vurdere en slik fremgangsmåte i gassektoren. I Sektorundersøkelsen konkluderes det med at de forhenværende monopolistenes kontroll av størsteparten av gassimporten til de europeiske markedene utgjør en grunnleggende hindring for

²¹⁷ Dette understrekes også i Retningslinjene, avsnitt 73.

²¹⁸ Avsnitt 80.

etableringen av virksom konkurranse i nedstrømsmarkedene.²¹⁹ Dette innebærer at kontraktene kan sies å ha som kumulativ virkning at nye aktører i videresalgsmarkedene verken har tilgang til gass (input foreclosure) eller kunder (output foreclosure).²²⁰ Dette, kombinert med den høye grad av konsentrasjon og tilstedeværelsen av naturlige etableringshindringer i gassmarkedene, kan være momenter som taler for at Kommisjonen utsteder en artikkel 8-forordning for vertikale avtaler i gassmarkedets vedkommende.

Det foreligger imidlertid ingen konkrete signaler om at et slikt tiltak er nært forestående, og det virker heller ikke særlig sannsynlig. En artikkel 8-forordning har hittil ikke blitt benyttet på noen sektor.²²¹

5.2.4 Alvorlige begrensninger

I gruppefritakets artikkel 4 er det inntatt en «svarteliste» over klausuler i vertikale avtaler som har til konsekvens at gruppefritaket ikke får anvendelse. Disse klausulene anses å representere alvorlige konkurransebegrensninger som bare «usannsynlig» vil kunne unntas etter artikkel 81/53 tredje ledd.²²² Der en avtale inneholder en eller flere alvorlige begrensninger, faller *hele* avtalen utenfor virkeområdet til gruppefritaket.²²³

Svartelisten omfatter blant annet leverandørens begrensning av kjøperens adgang til å fastsette videresalgspriser (bokstav a)), begrensning av kundens passive salg til kunder innenfor avgrensede

²¹⁹ COM (2006) 851, s. 5.

²²⁰ SEC (2006) 1724, s. 47-48.

²²¹ Filipponi m.fl., s. 1208.

²²² Retningslinjene, avsnitt 46.

²²³ Retningslinjene, avsnitt 66.

territorier eller kundegrupper (bokstav b)), og begrensning på kundens salg av komponenter som reservedeler (bokstav e)).

Lang kontraktsvarighet er ikke opplistet sammen med de alvorlige konkurransebegrensningene i art 4. Dermed vil bestemmelsen ikke være til hinder for at gruppefritaket skal få anvendelse på langvarige gassalgskontrakter.

I tilfeller der gruppefritaket *ikke* får anvendelse, for eksempel fordi produsenten har en markedsandel som overstiger terskelen på 30 %, kan man ikke uten videre slutte at avtalen er i strid med forbudet i artikkel 81/53. Det må i slike tilfeller vurderes om den konkrete avtale oppfyller vilkårene for unntak etter bestemmelsens tredje ledd.

5.3 Unntak etter artikkel 81/53 tredje ledd

5.3.1 Innledning

EF-traktaten artikkel 81 og EØS-avtalens artikkel 53 tredje ledd åpner for at konkurransebegrensende samarbeid som rammes av forbudet i første ledd allikevel kan implementeres mellom partene. Bestemmelsen stiller opp fire vilkår for at konkurransebegrensende avtaler skal kunne unntas.

For det første er det et vilkår at avtalen «bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Formålet med dette vilkåret er å klargjøre om en konkurransebegrensende avtale samtidig bidrar med objektive og verifiserbare økonomiske fordeler. Disse fordelene kan bestå i kostnadsreduksjoner, såkalte kvantitative effektivitetsgevinster, eller i fordeler av kvalitativ art, såkalte

kvalitative effektivitetsgevinster, for eksempel nye eller bedre produkter, større produktvariasjon eller liknende.²²⁴

Det andre vilkåret er at avtalen i seg selv, eller dens individuelle konkurransebegrensninger, må være *nødvendige* for å oppnå de fordeler som påberopes. Fordelene må med andre ord ikke kunne realiseres på annen måte enn ved den konkurransebegrensende avtale. Et annet aspekt ved dette nødvendighetskravet er at konkurransebegrensningen ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å realisere fordelene. Hvis det eksisterer mindre inngripende metoder for å oppnå de samme fordeler, er det bare disse som er lovlige etter art. 81/53.²²⁵

Det tredje vilkåret er at en *rimelig andel* av fordelene som oppnås med avtalen må tilfalle forbrukerne. De negative virkningene av kontraktsarrangementet må balanseres mot dets positive virkning på forbrukerne, og nettoeffekten må minst være nøytral.

Det fjerde vilkåret er at partene gjennom avtalen ikke må gis «mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder». Jo mer svekket konkurransen på markedet regnes, desto større er muligheten for at avtalen utelukker konkurransen.

Disse fire vilkårene er *kumulative*. Vilkårene for unntak er i tillegg *uttømmende* angitt. Politiske målsetninger som søkes oppnådd gjennom andre traktatbestemmelser, som for eksempel forsyningssikkerhet, høy sysselsetting eller økonomisk og sosial likhet vil bare komme i betraktning såfremt de kan subsumeres inn under de fire vilkårene i art. 81/53 tredje ledd.²²⁶

²²⁴ Se 81(3)-retningslinjene, avsnitt 59 og 69.

²²⁵ Se 81(3)-retningslinjene, avsnitt 75 og 78.

²²⁶ Se 81(3)-retningslinjene, avsnitt 42.

5.3.2 Relevante effektivitetsgevinster innen gassektoren

Det grunnleggende unntaksvilkåret i artikkel 81/53 tredje ledd er at avtalen «bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling». Avtalen må med andre ord bidra til objektive og verifiserbare samfunns-økonomiske fordeler i fellesmarkedet for gass. Spørsmålet er dermed om langvarige gassalgskontrakter kan sies å bidra med en slik virkning i markedet.

Før vi kan se nærmere på dette spørsmålet oppstår imidlertid problemstillingen om hvilke effektivitetsgevinster som i det hele tatt er *relevante* ved anvendelsen av art. 81/53 tredje ledd. Bestemmelsenes ordlyd er relativt snever, og fokuserer først og fremst på de *økonomiske effektivitetsgevinster* en avtale kan lede til for partene og samfunnet. Det kan imidlertid reises spørsmål ved om det i vurderingen av om en konkurransebegrensende avtale skal tillates, bør åpnes for en bredere helhetsvurdering der også *andre* positive virkninger en avtale har enn de rent økonomiske, inngår.²²⁷

Man finner i EFDs praksis enkelte eksempler på at også ikke-økonomiske hensyn har blitt tillagt vekt. I Førsteinstansrettens avgjørelse i *Métropole Télévision*, slo retten fast at man innenfor rammene av en helhetsvurdering blant annet kan legge vekt på hensyn i forbindelse med ivaretagelsen av allmennhetens interesser.²²⁸

Selv om det finnes spredte avgjørelser som åpner for at også andre enn de rent økonomiske hensyn er relevante effektivitetsgevinster under art. 81/53, kan disse neppe anses som noen klar

²²⁷ Kolstad, s. 319.

²²⁸ Forente saker T-528/93 flg., *Métropole Télévision*, Saml. 1996, s. II-649, premiss 118.

anerkjennelse av relevansen til slike hensyn.²²⁹ Med henblikk på de tette bånd som eksisterer mellom de europeiske energimarkedene og fellesskapsøkonomien, kommer jeg videre i denne fremstillingen likevel til å trekke frem særlig to hensyn i gråsonen mellom det som er å anse som en bedring av vareproduksjonen og det som mer generelt er nyttig i allmennhetens interesse: Sikring av investeringer i produksjonsfasiliteter og transportinfrastruktur for gass, og forsyningssikkerhet for gass.

For at unntaket i artiklene 81 og 53 tredje ledd skal få anvendelse må det i tillegg være *årsakssammenheng* mellom den konkurransebegrensede avtale og de fordeler partene ønsker å påberope seg.

5.3.2.1 Sikkerhet for investeringer i forbindelse med gassproduksjon

Lånefinansiering med fremmedkapital er den mest utbredte form for prosjektfinansiering i petroleumsvirksomheten.²³⁰ Ved kredittvurderingen i forbindelse med prosjektfinansieringen er ikke bare prosjektets kommersielle levedyktighet som er avgjørende, men også at inntektsstrømmen fra prosjektet er stabil og forutberegnelig.²³¹ I gassproduksjonsprosjekter har langvarige salgskontrakter med take or pay-forpliktelse tradisjonelt vært det sentrale virkemiddel for å sikre en pålitelig inntektsstrøm. Take or pay-elementet har fungert som *garanti* for en viss inntektsstrøm gjennom kontraktsperioden, og dermed kunnet rettferdiggjøre investeringer nødvendige for å utvikle et bestemt gassfelt. Gassprodusentene hevder derfor at de langvarige kontraktene er *strengt nødvendige* for å sikre investeringer forbundet med

²²⁹ Slik Kolstad, s. 320.

²³⁰ Arowolo, s. 19.

²³¹ Arowolo, s. 17.

utbygging av gassfelt, og at de dermed fører til at større mengder gass gjøres tilgjengelig på markedet.²³²

Dette aspektet er viktig ettersom den europeiske etterspørselen etter gass vil øke kraftig de neste tiårene, blant annet på grunn av økt satsning på elkraftproduksjon ved gasskraftverk. Samtidig er EU-landenes interne gassreserver er i ferd med å tømmes, så EUs *importbehov* er ventet å øke dramatisk. I dag produseres rundt 42 % av den gassen som forbrukes i EU internt i unionen.²³³ I 1985 var denne andelen på ca 60 %.²³⁴ Den forventede andelen av det totale forbruket basert på import er beregnet til å øke fra 58 % i dag, til 84 % i 2030.²³⁵ Dermed kreves omfattende investeringer i utbygging av nye felt og bygging av oppstrøms transportinfrastruktur for å dekke det økende behovet.

Kostnadene forbundet med utviklingen av gassfelt er enorme. De totale investeringene i Ormen Lange-feltet i Norskehavet er for eksempel ventet å utgjøre 64,7 milliarder kroner, dersom man regner med landanlegg og transportinfrastruktur.²³⁶ Et kjennetegn ved gassinvesteringer er også den lange tiden det tar fra kostnadene påløper til inntjeningen starter. I tillegg påløper betydelige utgifter i forbindelse med avvikling og rensing av feltet etter produksjonsstans, som må inntjenes i løpet av tiden feltet er i drift.

For produsenten er derfor salgskontrakten ofte en viktig forutsetning for å få finansiert investeringene som må til for å

²³² Ellis, Bowitz & Roland, s. 298.

²³³ Beregninger med grunnlag i British Petroleum's Statistical Review 2006 antyder at andelen gass fra intern produksjon sank fra 45,2 % i 2004 til 41,4 % i 2005.

²³⁴ SEC (2006) 1724, s. 22.

²³⁵ European Transport and Energy: Trends to 2030 – Update 2005.

²³⁶ Fakta 2007, s. 169.

tilgjengeliggjøre den gasskilde kontraktsvolumene skal hentes fra. En langvarig take or pay-kontrakt sikrer betaling for et bestemt volum gass, og garanterer dermed for en viss pengestrøm til produsenten. For at en finansieringsinstitusjon skal si seg villig til å stille med lån er det derfor ofte helt avgjørende at en kommersielt forsvarlig salgskontrakt er på plass allerede før utbyggingen av feltet.²³⁷ Høye kostnader kombinert med høy risiko innebærer at långivers hovedbekymring er hvorvidt prosjektet kan generere inntekter tilstrekkelig til å tilbakebetale lånet med renter. Långiveren regner et slikt kontraktsarrangement som en sikkerhet mot risikofaktorer forbundet med avsatte volumer og prosjektets lønnsomhet.²³⁸

Nettopp for å kunne stille som sikkerhet for investeringer i produksjons- og distribusjonsinfrastruktur har langvarige gassforsyningskontrakter vært svært utbredte i den europeiske gassindustrien.²³⁹ Utbygging av gassfelt har vanligvis først blitt iverksatt etter at produsenten har funnet en avtaker av gassen, typisk et eller flere nasjonale transmisjonsselskaper/grossister.

Også Kommisjonen, og da særlig generaldirektoratet for transport og energi («DG Tren»), har gått langt i å anerkjenne denne virkningen av langvarige kontrakter. I forarbeidene til Rådskonklusjon 2004/67/EF om foranstaltninger til opprettholdelse av naturgassforsyningsikkerheten fremheves langvarige take or pay-kontraktens sentrale betydning for oppbyggingen og utviklingen av det europeiske gassmarkedet.²⁴⁰ Det uttales videre at de langvarige

²³⁷ Coop, s. 64.

²³⁸ Mankabady, s. 33.

²³⁹ Se for eksempel partenes uttalelse i fusjonssak M.1383 *Exxon/Mobil*, premiss 59.

²⁴⁰ KOM (2002) 488, s. 50-51.

kontraktene bidrar med stabilitet for eksterne gasstilbydere, og at de øker disses evne til å fortsette å utvikle store, kapitalintensive gassforsyningsprosjekter. I denne sammenheng fremhever også DG Tren at de langvarige kontraktene kan fasilitere diversifisering i forsyningen til EU på mellomlang sikt, og på den måten bidra til å bringe nye gasskilder på markedet og således øke konkurransen på forsyningssiden.

Kommisjonen fremhever det russiske gassfeltet Shtokman som eksempel på en potensiell ny forsyningskilde for de europeiske markedene.²⁴¹ Et mer nærliggende eksempel sett med norske øyne er Statoils anlegg for utvinning og produksjon av LNG på Melkøya i Finnmark. Snøhvitprosjektet er Norges og Europas første produksjonsanlegg for flytende naturgass, med forventet produksjonsstart desember 2007. Utbyggingen har en budsjett-ramme på 58,3 milliarder kroner. Om lag 30 milliarder av disse investeringene ble foretatt i perioden 2002 til 2006, altså før inntektsstrømmen starter.²⁴² For å muliggjøre disse enorme investeringene ble det allerede i 2001, altså flere år før produksjonsstart, inngått langvarige kontrakter om salg av LNG, delvis til amerikanske kjøpere (2,4 bcm årlig), og delvis til den spanske importøren og videredistributøren Iberdrola (1,6 bcm årlig).²⁴³ Begge kontraktene løper fra oppstarten av anlegget i 2007 og frem til år 2023, altså med en varighet på 16 år.²⁴⁴

Også i tilknytning til investeringshensynet understreker imidlertid Kommisjonen at eksistensen av langvarige kontrakter ikke må virke forstyrrende på konkurransen, verken gjennom bruken av

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Tall fra Snøhvitprosjektets nettsider.

²⁴³ St. mld. nr. 38 (2001-2002) s. 77 og Snøhvitprosjektets nettsider.

²⁴⁴ Jf IEA, s. 114.

konkurransbegrensende elementer, eller ved å utestenge nye aktører fra markedet. Kommisjonen presiserer også viktigheten av at man tilrettelegger utviklingen av et velfungerende og konkurransebasert indre gassmarked, og at man tilrettelegger for at gasselskapene tilegner seg kontraktsporfølger med riktig balanse mellom langvarige og kortvarige kontraktsforhold.²⁴⁵

I tillegg har det blitt hevdet at langvarige salgskontrakter er en forutsetning for at også mindre gassprodusenter får tilgang til markedet. De siste årene har det vært en formidabel økning i antall selskaper som har blitt prekvalifisert som egnet til å delta i produksjonsvirksomheten på norsk kontinentalsokkel, hvorav de fleste er små og til dels uerfarne.²⁴⁶ Uten muligheten til å fordele avsetningsrisikoen på sine kunder vil disse selskapene neppe kunne ta opp konkurransen med de store selskapene.²⁴⁷ De vil kanskje kunne være med i kampen om letetillatelse, men uten å kunne minimalisere investeringsrisikoen ved prosjektet gjennom bruk av langvarige kontrakter, vil de risikere å måtte overlate utbyggingen av feltet til større markedsaktører. En stor og variert flora av potensielle produsenter på sokkelen kan som nevnt ovenfor også bidra til å øke sannsynligheten for at såkalte «marginale» felter settes i produksjon. Dermed kan man si at langvarige gassalgskontrakter på denne måten bidrar til «å bedre produksjonen» av gass.

Den sentrale forhåndsbetingelse for igangsettelsen av ethvert stort produksjonsprosjekt synes å være at det foreligger en høy grad

²⁴⁵ KOM (2002) 488, s. 50.

²⁴⁶ Antall selskaper som søkte til Oljedirektoratet om tildeling av leteareal i forhåndsdefinerte områder økte fra 16 i 2003, 22 i 2004, 29 i 2005 til 43 i 2006, jf Oljedirektoratets hjemmesider.

²⁴⁷ Devlin & Levasseur, s. 717.

av sikkerhet for at gassen kan markedsføres. Finansiering og risikominimalisering vil således være nøkkelementer for å sikre at nye gassvolumer blir produsert. Frem til nå har langvarige kontrakter mellom produsenter og importører utgjort et beviselig redskap for utvinning av gass og transport av denne til markedene, og det anses sannsynlig at de vil fortsette å inneha en slik funksjon også i fremtiden.²⁴⁸

Dermed kan det konkluderes med at sikring av investeringer i produksjon og transportinfrastruktur er en *relevant* effektivitetsgevinst, jf artikkel 81/53 tredje ledd.

5.3.2.2 Forsyningsikkerhet

Bedring av forsyningsikkerheten er en annen effektivitetsgevinst som ofte påberopes for å unnta langvarige gassalgskontrakter fra forbudet i art. 81/53 første ledd. Forsyningsikkerhet kan defineres som gassindustriens evne til å stabilt og pålitelig levere tilstrekkelige mengder gass av høy standard og til overkommelige priser, også i fullt liberaliserte markeder.²⁴⁹ Dette argumentet må sees i forlengelse av investeringssikkerhetsargumentet, da investeringer i utbygging og infrastruktur er nødvendige forutsetninger for en økning i forsyningsikkerheten. Langsiktig forsyningsikkerhet er videre avhengig av de investeringsinsentiver markedet tilbyr markedsaktørene.²⁵⁰

På bakgrunn av dette har det blitt hevdet at ansvaret for fremtidige investeringer, og dermed også for forsyningsikkerheten, etter liberaliseringen har blitt delegert til markedet.²⁵¹

²⁴⁸ IEA, s. 311.

²⁴⁹ Cameron 2007, s. 517-518.

²⁵⁰ Hammer, s. 298.

²⁵¹ Hammer, s. 319.

På åttitallet og i første halvdel av nittitallet anså man at Europa hadde rikelig med potensielle gassforsyninger, og forsynings-sikkerhet var dermed ikke noe prioritert tema. Reguleringen av gassektoren ble foretatt i stor grad på linje med den regulering man foretok i elektrisitetssektoren. Under arbeidet med å lage og implementere den nye liberaliseringslovgivningen endret imidlertid forholdene i gassmarkedet seg. EU-landenes interne ressurser tømtes raskt, og avhengigheten av importert gass økte dramatisk. Det ble klart at Unionen ville bli stadig mer avhengig av et fåtall gasseksporterende land for å dekke det økende behovet, først og fremst Russland, Algerie og Norge. Dermed kom forsynings-sikkerhet med styrke inn på Felleskapslovgivers agenda.

I Kommisjonens grønnbok om energipolitikk fra mars 2006 utpekes forsynings-sikkerhet som et av Unionens viktigste mål for energipolitikken. Her presiserer Kommisjonen også sammenhengen mellom forsynings-sikkerhet og integrerte energimarkeder:

«Først når der findes [konkurrencebaserede indre energimarkeder], vil EU's borgere og erhvervsliv få forsynings-sikkerhed og lavere priser i fuldt omfang.»²⁵²

Det presiseres videre at liberaliserte markeder basert på konkurranse antas å gagne forsynings-sikkerheten ved at de rette investeringssignaler sendes til aktørene i næringslivet.

En kan imidlertid også tenke seg en situasjon der forsynings-sikkerheten på lang sikt vil bli skadelidende som følge av at markedene liberaliseres. Dette argumentet hviler på antakelsen om at de tradisjonelle langvarige gassalgskontraktene er *nødvendige* for å tilveiebringe de gassforsyninger markedet har behov for, og at dersom man ikke har anledning til å inngå slike kontrakter, vil man

²⁵² KOM (2006) 105, s. 3.

risikere å ikke kunne møte den langsiktige etterspørselen.²⁵³ Motargumentet er at liberaliserte markeder i seg selv fremmer valgfrihet og fri bevegelse av gass, og på den måten bidrar til diversitet og fleksibilitet i gassmarkedet, hvilket igjen øker forsynings-sikkerheten. I dette argumentet anses først og fremst stivheter i markedet og manglende tilgang til transportnettverk som de alvorligste trusler mot forsynings-sikkerheten.²⁵⁴

Forut for liberaliseringen finnes det eksempler på Kommissjonsbeslutninger som eksplisitt gir unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler på grunn av hensynet til forsynings-sikkerheten.²⁵⁵

Forholdet mellom forsynings-sikkerhet og hensynet til fri konkurranse i *liberaliserte* markeder har imidlertid først i den senere tid kommet på Kommissjonens agenda. Det har imidlertid aldri foreligget noen tvil om at det er et forhold mellom disse to elementene, og at muligheten til å kunne inngå langvarige forsyningskontrakter har spilt en viktig rolle i denne sammenheng. Produksjonen av gass innen EU er synkende samtidig som etterspørselen etter gass har økt, og dette har medført større avhengighet av gassimport for å sikre en tilstrekkelig gassforsyning. Dermed vil forsynings-sikkerhet være av avgjørende betydning for EUs økonomi.

²⁵³ Stern 2004, s. 1972.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Se bl.a. sakene *Scottish Nuclear*, EFT 1991 L178/31 premiss 33, *Jahrhundertvertrag*, EFT 1993 L50/14, premiss 31, og *International Energy Agency*, EFT 1994 L68/35, premiss 6.

På bakgrunn av denne utviklingen valgte EU i 2004 å vedta et direktiv vedrørende forsyningssikkerheten for naturgass («forsyningssikkerhetsdirektivet»)²⁵⁶.

Forsyningssikkerhetsdirektivet spiller en begrenset rolle i norsk rett. På Rådsmøtet i desember 2003 endret Rådet hjemmelsgrunnlaget for direktivet fra den av Kommisjonen foreslåtte EFT artikkel 95 (indre marked), til EFT artikkel 100 (forsyningssikkerhet), og ble deretter vedtatt med artikkel 100 som hjemmelsgrunnlag. Endringen av hjemmelsgrunnlag gjør at norske myndigheter ikke anser direktivet for å være EØS-relevant, og det er derfor heller ikke implementert i norsk lovgivning. I selve direktivet fremheves det imidlertid at direktivet er en EØS-relevant tekst. Forsyningssikkerhetsdirektivet er i tillegg et uttrykk for Kommisjonens generelle holdninger og prioriteringer i motsetningsforholdet mellom hensyn til forsyningssikkerhet og konkurranse, og kan på den måten gi en viss pekepinn på hvordan Kommisjonen vil se på forsyningssikkerhetsmomentet også i konkurransesaker som berører norske aktører.

Direktivet etablerer virkemidler for å muliggjøre et tilstrekkelig nivå av forsyningssikkerhet, først og fremst basert på et felles rammeverk der medlemsstatene definerer generelle, transparente og ikke-diskriminerende retningslinjer for forsyningssikkerheten. Dertil inneholder direktivet direkte uttalelser om hvilken betydning langvarige gassalgskontrakter har for forsyningssikkerheten. Direktivet definerer langvarige gassforsyningskontrakter som en gassforsyningskontrakt hvis løpetid er over ti år, og fremhever at slike langvarige kontrakter mellom eksterne produsenter og europeiske videredistribueringselskaper har spilt en sentral rolle for en stabil europeisk gassforsyning. I fortalens avsnitt 11 heter det at:

«Langtidskontrakter har spillet en viktig rolle i Europas gasforsyning og vil fortsatt gjøre det. Det nåværende omfang av langtidskontrakter

²⁵⁶ Rådsdirektiv 2004/67/EF. For en generell fremstilling av direktivet, se Cameron 2007, s. 533-538.

er tilstrækkelig på fællesskabsplan, og de forventes fortsatt at ville være et væsentligt bidrag til de samlede gasforsyninger, fordi selskaberne vedbliver med at inkludere sådanne kontrakter i deres generelle forsyningsportefølje.»

Her er det verdt å merke seg uttalelsen om at det *nåværende* omfang av langtidskontrakter er tilstrekkelig. I Kommisjonsmeddelelsen som ledet frem til direktivet er fremhevet det at man bør etterstrebe at en «passende andel» av gassforsyningen fra produsenter utenfor EU bør være basert på langvarige kontrakter.²⁵⁷ Kommisjonen fremhever imidlertid også at man må foreta de nødvendige tiltak for å sikre større likviditet på gassmarkedet, herunder sikre distributørselskaper en bedre tilgang til gass, samt gi aktører bundet av langvarige kontrakter en mulighet for å omsette gass i et annenhåndsmarked.²⁵⁸ I denne sammenheng understreker kommisjonen at en minimumsandel av *nye* forsyninger av gass til Europa må baseres på kortsiktige «spot»-kontrakter eller i det minste på langvarige kontrakter der kontraktsprisen er basert på prisutviklingen i spotmarkedene.²⁵⁹

Fortalens indirekte aksept av langvarige forsyningskontrakter følges opp i direktivets artikkel 5 nr. 1 bokstav c). Her heter det at den plikten som pålegges medlemsstatene etter gassmarkedsdirektivets art. 25 om å overvåke og rapportere om medlemsstatens forsyningsikkerhetssituasjon, også skal inkludere en plikt til å rapportere om omfanget av langvarige gassforsyningskontrakter som er inngått av virksomheter etablert og registrert på medlemsstatens område, og da særlig om deres resterende løpetid. Videre fremheves det i artikkel 6 nr. 1 bokstav a) at Kommisjonen

²⁵⁷ KOM (2002) 488, s. 19.

²⁵⁸ KOM (2002) 488, s. 50.

²⁵⁹ KOM (2002) 488, s. 19.

skal overvåke i hvilket omfang det inngås nye langtidskontrakter om gassimport fra tredjeland. Bestemmelsene innebærer med andre ord en implisitt anerkjennelse av langvarige gassforsyningsavtaler.

Med forsyningssikkerhetsdirektivet går altså Kommisjonen langt i å anerkjenne betydningen av langvarige kontrakter. Selv om direktivet først og fremst har som målsetning å tilrettelegge for bedret forsyningssikkerhet, fremheves det i formålsbestemmelsen artikkel 1 at de foranstaltninger direktivet gir anvisning på også vil bidra til å skape et «velfungerende indre gassmarked». Tanken her er åpenbart at langvarige kontrakter vil gi markedet tilgang på nye gasskilder og at økte gassvolumer inn i markedet gir bedre forutsetninger for en fri og velfungerende konkurranse på forsyningssiden.²⁶⁰ Kommisjonen presiserer at de langvarige kontraktene reflekterer behovet for å sikre de investeringer som må foretas i forkant av at gassen kommer på markedet. Direktivet fremhever imidlertid også at forsyningssikkerhetspolitikken må balanseres mot forutsetningene for et indre marked med en velfungerende konkurranse.

Her er det også viktig å se hen til bakgrunnen for forsyningssikkerhetsdirektivet. Liberaliseringen av gassmarkedet har fått stor betydning for den måten forsyningssikkerheten organiseres på. To klare tendenser er en nedgang i medlemsstatenes gassreserver, kombinert med en økende gjensidig avhengighet i knapphets-situasjoner. En annen konsekvens er en manglende klarhet vedrørende *hvem* i et liberalisert marked som har det overordnede ansvar for forsyningssikkerheten. Forsyningssikkerhetsdirektivet er ment å sikre at medlemsstatene tilpasser sin forsyningssikkerhetspolitikk til den nye markedssituasjonen. Det er imidlertid viktig å fremheve at direktivet skal bidra til å legge til rette for et

²⁶⁰ KOM (2002) 488, s. 19.

forsyningssikkerhetsregime som *understøtter* liberaliseringsprosessen, snarere enn å bremse den.²⁶¹

I denne sammenheng må det også presiseres at alminnelige trinnhøydeprinsipper innebærer at felleskapslovgiver ikke under noen omstendighet kan gjøre unntak fra de traktatfestede konkurransereglene i et direktiv.

På bakgrunn av dette fremstår det som nokså klart at en bedring av forsyningssikkerheten vil være en relevant effektivitetsgevinst ved unntaksvurderingen også i liberaliserte markeder. Så lenge langvarige kontrakter kan sies å bidra til at nye forsyningsskilder kobles til markedet, vil en slik form for bedret forsyningssikkerhet kunne sees på som en bedring i «fordelingen av varene».²⁶²

Konklusjonen er dermed at forsyningssikkerhet er å regne som en *relevant* effektivitetsgevinst ved vurderingen av art. 81/53 tredje ledd. Man må imidlertid også vurdere hvorvidt bruken av langvarige kontrakter er *nødvendig* for å oppnå bedret forsyningssikkerhet.

5.3.3 Nødvendighetskriteriet

Det neste vilkåret i EFT art. 81/EØS art. 53 tredje ledd innebærer at den relevante avtale bare kan medføre begrensninger i konkurransen som er «absolutt nødvendige» for at de effektivitetsgevinster som påberopes skal kunne realiseres. Effektivitetsgevinstene må ikke kunne realiseres på noen annen måte enn ved den konkrete konkurransebegrensende avtale. I dette vilkåret ligger også at de avtalte konkurransebegrensninger ikke

²⁶¹ Cameron 2007, s. 552-553.

²⁶² KOM (2002) 488, s. 18-19.

kan gå *lenger* enn det som er nødvendig for å realisere effektivitetsgevinstene.²⁶³

Vurderingen etter nødvendighetskriteriet skal foretas innenfor rammene av den faktiske sammenheng avtalen fungerer i. Her skal det særlig tas hensyn til særtrekk ved det konkrete markedet, de økonomiske risikoer forbundet med avtalen og partenes insitamenter. Jo mer usikkert det er om det produkt avtalen omhandler vil få suksess, desto mer nødvendig kan konkurransebegrensningen være for å sikre effektivitetsgevinstene.²⁶⁴

5.3.3.1 Sikkerhet for investeringer i forbindelse med gassproduksjon

Når det gjelder effektivitetsforsvaret knyttet til argumentet om at langvarige kontrakter bidrar til å sikre investeringer i produksjonsfasiliteter og infrastruktur, foreligger det bred enighet om at langvarige gassalgskontrakter har dannet et viktig grunnlag for utbyggingen av gassvirksomheten. Spørsmålet i denne sammenheng er imidlertid om inngåelsen av slike kontrakter fremdeles er strengt *nødvendig*, særlig sett i lys av den betydelige liberaliseringsprosess gassmarkedene har gjennomgått.

Dette reiser i første rekke et sentralt spørsmål; er investeringer i gassindustrien fundamentalt annerledes enn tilsvarende store investeringer i andre industrier? Og hvis så skulle være tilfellet; må dette føre til at investeringer i gassindustrien undergis en særskilt behandling etter art. 81/53 tredje ledd?

Er langvarige kontrakter nødvendige i liberaliserte markeder?

I systemet med rettslige og faktiske gassmonopoler som eksisterte *forut for* liberaliseringen, sikret betydelige stordriftsfordeler og

²⁶³ Kolstad, s. 337.

²⁶⁴ 81(3)-retningslinjene, avsnitt 80.

absolutt avtakssikkerhet at storskalainvesteringer ble foretatt.²⁶⁵ Dette førte til en svært rigid produksjons- og omsetningskjede, der langvarige oppstrømskontrakter, gjenspeilet i tilsvarende langvarige transport- og nedstrømskontrakter, førte til at kunder også i nedstrømssegmentet ble bundet inn på lang sikt. Dermed kunne foretakene sikre en lavere investeringsrisiko enn den som normalt er tilstede i et marked.

I et liberalisert marked kan man derimot argumentere for at den forretningsmessige risikoen bør være den samme for gasselskaper som for selskaper i andre sektorer der storskala investeringer blir foretatt. Aktører i gassmarkedet kan med andre ord ikke uten videre høres med at deres kontraktsarrangementer fortsatt bør gi dem en risikoeksponering under markedsnivå. I motsatt tilfelle vil det kunne oppstå investeringsforstyrrelser mellom gassindustrien og andre virksomheter, herunder energivirksomheter som olje-produksjon eller vindteknologi.²⁶⁶

Enkelte anser det som kunstig å sette gassindustrien i en særstilling for investeringer opp til 10-15 milliarder kroner.²⁶⁷ Det er en kjensgjerning at betydelige oppstrømsinvesteringer i andre virksomhetsområder foretas uten bruken av slike restriksjoner og at det i sammenlignbare kapitalintensive industrier foretas tilsvarende og større investeringer uten noen form for garanti for avsetningen.²⁶⁸

Hvis vi sammenligner med en nærliggende bransje, oljeindustrien, ser vi at det foretas investeringer i både produksjonsanlegg på feltene, oljeraffinerier og petrokjemiske fasiliteter uten at man sikrer full kapasitetsutnyttelse gjennom langvarige kontrakter.

²⁶⁵ Nyssens & Schnichels, s. 1382.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Slik Stern 2004, s. 1973.

²⁶⁸ Devlin & Levasseur s. 717.

I oljebransjen må på denne måten investeringer i ny kapasitet konkurrere direkte med eksisterende anlegg, med alle foretningmessige risikofaktorer dette medfører. Selv om oljetransport er enklere og mer fleksibel enn gasstransport, og kostnadene dermed mindre, synes det for investeringer i denne størrelsesordenen vanskelig å gi gassindustrien et særskilt vern mot alminnelige foretningmessige risikofaktorer.

I tilfeller der investeringsbeløpene er eksepsjonelt store, for eksempel i størrelsesordenen 15 milliarder kroner og oppover, vil man imidlertid muligens kunne se annerledes på spørsmålet. Utbygging av gassfelt krever normalt investeringer både i produksjonsanlegg og i transportinfrastruktur, og kommer dermed fort opp i beløp på flere titalls milliarder kroner. Naturgassprosjekter vil bare gjennomføres der man er i stand til å kontrollere de betydelige risikoelementer som typisk er involvert. Slike prosjekter karakteriseres av at de medfører et bredt spekter av ulike risikoelementer, som springer ut fra kombinasjonen av svært høye investeringskostnader, mangelen på fleksibilitet i produksjons- og omsetningskjeden og den lange tidshorizonten de ulike risikoelementer må håndteres over. Omfattende og spesifikke investeringer må foretas i fasiliteter som produserer og transporterer gassen fra produksjonsfeltet og til stedet der gassen skal utnyttas. På denne måten blir produsent og avtaker låst inn i et langvarig forhold av betydelig gjensidig avhengighet. Hver av partene må møte risikoen for at den andre part trekker seg ut, eller for at gassprisen går opp eller ned til et uakseptabelt nivå.

Man kan anføre at størrelsen og kompleksiteten i slike prosjekter krever en høy grad av sikkerhet og forutberegnelighet for de involverte parter.²⁶⁹ Nettopp derfor har den økonomiske risikoen

²⁶⁹ Stern/van der Linde, s. 11.

involvert tradisjonelt blitt taklet gjennom en fordeling mellom kjøper og selger i langvarige kontrakter, og bare i liten utstrekning gjennom handel på spotmarkeder og bruk av andre former for prissikringsmekanismer. I tillegg er transport av gass mer kostnads-krevende enn transport av noen annen energibærer.²⁷⁰ Investeringer i gassproduksjon og transport av gassen over lange distanser til markedene krever derfor en betydelig gjennomstrømning av gass for at man skal oppnå de stordriftsfordeler som er nødvendige for prosjektets lønnsomhet.²⁷¹ En naturlig følge av dette er at enhver økning i produksjons- og forsyningskapasiteten krever møysommelig planlegging og koordinerte investeringer langs hele forsyningskjeden. Disse multimilliardprosjektene fører ofte til at betydelige nye gassvolumer når markedet, langt mer enn det en enkelt kjøper, eller endog en enkelt region, har behov for. Dermed har gassprodusentene også en utfordring med å skape et marked til å avta disse nye volumene, gjerne ved at kjøpere på tvers av forskjellige markedsområder samarbeider om å absorbere gassen. Dette gjelder særlig ved bygging av nye transportrørledninger.

Spesielt for gass er også at investeringene bare i liten grad kan gjennomføres over flere stadier, og at man er avhengig av forsikringer om en hurtig fremdrift mot full utnyttelse av kapasiteten for å få fullfinansiert investeringene.²⁷² Det er imidlertid på generelt grunnlag vanskelig å fastslå at dette innebærer et legitimt behov for å spesialbehandle gassprosjekter.

I forlengelsen av dette kan man innvende at også *velfungerende spotmarkeder* vil kunne skape den nødvendige sikkerhet for produsentenes investeringer. Det er en kjensgjerning at både

²⁷⁰ Stern/van der Linde, s. 5

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Stern 2004, s. 1973

antallet slike markedsplasser i Europa, og omsetningen på disse, er i sterk økning. På den annen side er prisen på gass i spotmarkedene langt mer volatil enn prisen i langvarige kontrakter. Dermed kan det anføres at spotprisene ikke vil være i stand til å danne noe tilstrekkelig grunnlag for at prosjektfinansieringsselskaper skal kunne forutsi pengestrømmen fra et prosjekt, og at de som en konsekvens av dette vil vegre seg for å investere i kapitalintensive gassprosjekter. På den annen side igjen vil man i velutviklede markeder kunne sikre seg mot prisfluktuasjoner gjennom transaksjoner med *finansielle* kontrakter. Finansielle kontrakter gir imidlertid ingen beskyttelse mot *volumrisikoen*, og utgjør således isolert sett ikke noe alternativ for langvarige kontrakter i investeringsøyemed. Kortvarige kontrakter innebærer også en økt risiko med hensyn til prosjektets inntjeningssevne, og vil således medføre høyere finansieringskostnader for gassprodusenten. Som et resultat av dette risikerer man at kapitalinvesteringer i nye prosjekter synker dramatisk på grunn av kapitalmangel, i hvert fall inntil nye risikofordelingsmekanismer er på plass.²⁷³

Man har i de senere år sett en klar trend i retning av at gassprodusenter velger å foreta betydelige investeringer også *uten* at det på forhånd har blitt inngått langvarige kontrakter. Et eksempel på dette er Ormen Lange-prosjektet, der de totale investeringskostnadene er beregnet til å beløpe på 67,4 mrd kr.²⁷⁴ Mange av deltakerne i prosjektet har ved tidligere anledninger uttalt at det er umulig å investere i multimilliardprosjekter uten sikkerheten som oppnås gjennom langvarige kontrakter.²⁷⁵ Dermed blir det desto mer slående at konstruksjonsarbeidet på Ormen Lange-prosjektet

²⁷³ Konoplyanik, s. 55.

²⁷⁴ Jf Faktaheftet 2007, s. 169.

²⁷⁵ Jf Stern 2004, s. 1973, og Stern/Honoré, s. 2.

ble igangsatt *uten* at noen av deltakerne varslet om inngåelsen av langvarige kontrakter. Norsk Hydro har endog uttalt at selskapet ikke har intensjoner om å inngå slike kontrakter for foretakets andeler av gassen fra feltet.²⁷⁶ Det eneste selskapet som foreløpig ser ut til å kunne benytte Ormen Lange-gass til oppfyllelsen av en *eksisterende* langvarig kontrakt er Statoil.²⁷⁷

Et eksempel på det motsatte er Nord Stream-prosjektet, en planlagt 1200 kilometer lang offshorerørledning gjennom det Baltiske hav. Rørledningen er planlagt operativ fra år 2010, og de totale investeringene er estimert til å utgjøre minst 5 milliarder euro (40,7 mrd. kroner).²⁷⁸ Rørledningen skal finansieres delvis av eierselskapenes private midler (30 %) og delvis av eksterne midler i form av lån fra banker og finansmarkeder (70 %). For å bidra til å sikre den eksterne finansieringen inngikk russiske Gazprom, selskapet med størst eierandel i prosjektet, i løpet av 2005 avtaler om forlengelse av en rekke langvarige gassalgskontrakter.²⁷⁹

På Gazproms hjemmesider fremheves det at selskapet anser langvarige kontrakter som strengt nødvendige for å gjennomføre investeringer i multimilliardklassen: «Although the EU is about to go ahead and liberalize its

²⁷⁶ Jf Stern/Honoré, s. 2.

²⁷⁷ Selskapet inngikk i 2002 en avtale med den britiske gasdistributøren Centrica om leveranser av 5 bcm gass årlig i en tiårsperiode. Første levering skjedde oktober 2005.

²⁷⁸ Tall fra prosjektets nettside; http://www.nord-stream.com/eng/project/facts_and_figures/ (lest 26. mai 2007).

²⁷⁹ I 2005 og 2006 signerte Gazprom's eksportarm Gazexport kontrakter om årlige leveranser på totalt 16,5 gass bcm via Nord Stream til tyske Wingas og E.ON Ruhrgas, danske DONG Energy og franske Gaz de France. Leveransene tar til ved oppstarten av rørledningen i 2010, og kontraktene varer mellom 20 og 30 år.

Kilde: http://en.wikipedia.org/wiki/Nord_Stream (lest 26. mai 2007).

gas market, which implies a new impetus to spot trading, long-term gas import contracts will continue. The European communities realize that their growing gas needs, the bulk of which are met with Russian gas, can only be adequately supplied if Russia is able to invest in new gas fields and pipeline construction. European Union leaders realize that if gas is supplied exclusively through spot deals, gas suppliers, Gazprom included, will not be willing to shoulder the risks associated with multibillion investments that take long to pay back.»²⁸⁰

Vi ser etter dette at forskjellige gassprodusenter ser ulikt på behovet for å inngå langvarige kontrakter for å sikre investeringen av nye prosjekter. At et prosjekt av en såpass omfattende størrelsesorden som Ormen Lange kan gjennomføres uten bruk av langvarige kontrakter, er imidlertid et tungt argument for at bruken av slike uansett ikke er *strengt* nødvendige i art. 81/53 tredje ledds forstand.

På den annen side vil risikoen forbundet med utbyggingen være forskjellig fra prosjekt til prosjekt. De spesielle forutsetningene i det velfungerende britiske gassmarkedet kan være en av grunnene til at Ormen Lange kunne gjennomføres uten bruk av langvarige kontrakter. Det britiske markedet er sannsynligvis det marked i Europa der liberaliseringen har kommet lengst. Mens andre europeiske land gjennomgår omfattende reformer på energi-sektoren, og dermed også endrer markedsorganiseringen, er risikoen for endrede markedsforhold små i Storbritannia. I tillegg gir det britiske markedet en høy grad av stabilitet og forutberegnelighet med hensyn til prisutvikling og avtakspotensiale. I denne sammenheng kan også fremheves at det britiske importbehovet er forventet å øke dramatisk de neste årene.²⁸¹ Dermed er

²⁸⁰ Se <http://www.gazprom.com/eng/articles/article20160.shtml> (lest 26. mai 2007)

²⁸¹ På grunn av at gassreservene i den britiske delen av Nordsjøen er i ferd med å tømmes er det britiske importbehovet forventet å stige fra mellom 5

det gode utsikter for at man i årene som kommer vil kunne selge omfattende volumer til britiske kjøpere uten at dette vil føre til en oversvømmelse av markedet med påfølgende svikt i prisnivået. I tillegg ligger det britiske markedet i umiddelbar nærhet av norsk kontinentalsokkel, og dermed er også transportkostnadene dit forholdsmessig lave.

Et annet moment i denne sammenheng er at investeringer i modne områder, der infrastruktur og transportkapasitet allerede er på plass, vanligvis krever mindre kapitalintensive investeringer. Her kan det være tilstrekkelig for finansieringen å inngå korte eller mellomlange kontrakter for tiden det tar å nedbetale finansieringen, og deretter gå over til spotbaserte kontrakter. I nye områder vil langvarige kontrakter være nødvendige finansieringsinstrumenter, nettopp for å minimalisere prosjektfinansieringsrisikoen.²⁸² Nødvendighetskriteriet skal selvsagt vurderes konkret for hvert enkelt prosjekt, og disse momenter må dermed tas med i vurderingen.

På bakgrunn av den ovenstående drøftelse kan det konkluderes med at langvarige kontrakter under visse forutsetninger er *nødvendige* for å sikre investeringer i gassproduksjonsprosjekter.²⁸³

og 10 % i 2007 til rundt 75 % i 2015, og til mellom 80 og 90 % i 2020. Kilde: <http://e24.no/naeringsliv/article1739839.ece> (lest 31. mai 2007).

²⁸² Konoplyanik, s. 56.

²⁸³ Denne linje har også støtte i Rådet. På toppmøtet i Brussel våren 2007 fremhever Rådet sammenhengen mellom investeringsbeslutninger og det regulerende rammeverk, og understreker at fremtidige tiltak med ringvirkninger for det indre marked må utformes og implementeres på en måte som gir en positiv ramme for etterlengtede investeringer, jf the Presidency Conclusions of the Brussels European Council, 8/9 mars 2007, s. 16.

Hvor lang varighet kan tillates?

Nødvendighetsvurderingen innebærer også at det går en smertegrense for *hvor lang* varighet som kan avtales. Etter kriteriet er det som nevnt et vilkår at de avtalte konkurransebegrensningene ikke kan gå lenger enn det som er nødvendig for å realisere effektivitetsgevinstene.

Unntaksbestemmelsen i artikkel 81 tredje ledd gjelder så lenge de fire vilkårene er oppfylt, og opphører med å gjelde når dette ikke lenger er tilfellet. Ved vurderingen av nødvendighetskriteriet må det derfor tas hensyn til de irreversible investeringer («sunk investments») en av partene har foretatt, og til den tid det tar å få en rimelig avkastning på en effektivitetsfremmende investering.²⁸⁴ Rørledningene som bringer gass fra et produksjonsområde til det europeiske markedet er gjerne spesifikt bygget nettopp for dét formålet. Dermed vil rørledningen kunne utgjøre en slik irreversibel investering, ved at det skapes et gjensidig avhengighetsforhold mellom leverandørene og det marked som betjenes av rørledningen.²⁸⁵ Den risiko partene løper og de irreversible investeringer som skal foretas for å gjennomføre avtalen, kan dermed innebære at nødvendighetskriteriet er oppfylt i den tid det tar før foretaket sikres en rimelig avkastning på investeringene. Ved nødvendighetsvurderingen blir man dermed nødt til å ta hensyn til hvor lang tid det vil ta før partene oppnår de effektivitetsgevinster som begrunner anvendelsen av unntaksbestemmelsen.²⁸⁶ Spørsmålet i denne forbindelse er med andre ord hvor lang kontraktsvarighet

²⁸⁴ 81(3)-retningslinjene, avsnitt 44 og 81. Sunk investments er investeringer som ikke kan gjenvinnes ved en eventuell uttreden fra markedet.

²⁸⁵ SEC (2006) 1724, s. 26.

²⁸⁶ Se Førsteinstansrettens dom i forente saker T-374/94 flg., *European Night Services*, Saml. 1998, s. II-3141, premiss 230.

som kan anses som *nødvendig* for å tjene inn de foretatte investeringene i nye produksjons- og transportfasiliteter.

EFD har foreløpig ikke tatt stilling til lovligheten av langvarige take or pay-forpliktelser i gasssektoren. Kommisjonen har i flere saker hatt til behandling spørsmålet om langvarige kontrakter i energisektoren er forenelig med konkurranseretten. Denne praksisen knytter seg imidlertid stort sett til vurderingen av langvarige kontrakter vedrørende produksjon og salg av *elektrisk kraft*. Likhetsstrekk ved produksjon og salg av disse energiformene, samt likheten i den pågående liberaliseringsprosessen i begge sektorer, gjør at denne praksisen likevel har en viss overføringsverdi.

*Scottish Nuclear*²⁸⁷ gjaldt salg av elektrisk kraft fra et skotsk kjernekraftverk. Kontraktene forpliktet to kjøpere til å avta henholdsvis 74,9 og 25,1 prosent av kraftverkets produksjon på take or pay-basis, og hadde en opprinnelig varighet på 30 år. I tillegg var salgsprisen fiksert, og Scottish Nuclear forpliktet seg til å forsyne de to selskapene eksklusivt. Kontraktene var en del av en prosess for å liberalisere det skotske elektrisitetmarkedet, og dermed å bedre produksjonen og distribusjonen av elektrisitet i Skottland. Kommisjonen anså dette som en konkurransebegrensning, men besluttet likevel at kontraktene kunne komme inn under unntaket i artikkel 81 tredje ledd, etter at varigheten ble redusert fra 30 til 15 år. I følge Kommisjonen ville en varighet av denne størrelsesorden være tilstrekkelig til å sikre den tilstrekkelige stabilitet for langtidsplanlegging, samt gi rom for de nødvendige justeringer for å tilpasse seg til den nye markedssituasjonen. 15 år ble her sett på som den *nødvendige* lengde av hensyn til kjernekraftverkernes rentabilitet og avskrivningen av de særdeles

²⁸⁷ Sak 33.473, EFT 1991 L178/31.

høye investeringskostnadene i forbindelse med byggingen av kraftverket.²⁸⁸ Etter nedskjæringen av kontraktsvarigheten aksepterte Kommisjonen de øvrige restriksjonene i avtalen.

I denne sammenheng kan vi også hente frem tre kommisjonsbeslutninger fra perioden mellom 1993 og 1996; i *Pego*²⁸⁹ utgjorde den opprinnelige kontraktsvarigheten 28 år, i *REN/Turbogas*²⁹⁰ 25 år, og i *ISAB Energy*²⁹¹ 20 år. Alle disse tilfellene gjaldt forsyningskontrakter for elektrisitet, inngått mellom et nytt elkraftverk og et tidligere monopolforetak på distribusjonssiden.

Kontraktene hadde imidlertid også andre felles særtrekk enn den lange varigheten; de inneholdt *konkurransesklausuler*, kombinert med en *eksklusiv leveringsplikt*, som innebar at energiproduzenten ikke kunne levere elektrisitet til andre enn det tidligere monopolforetaket. Det sentrale problemet var imidlertid at kontraktene var av svært lang varighet.²⁹²

Kommisjonen fant i alle kontraktene elementer som i utgangspunktet utgjorde konkurransebegrensninger, men gav likevel individuelle unntak etter art. 81 tredje ledd etter at partene aksepterte å redusere kontraktsvarigheten til 15 år. I avgjørelsene ligger en implisitt anerkjennelse av investeringer i ny produksjonskapasitet som relevant effektivitetsgevinst. Som i *Scottish Nuclear* ble imidlertid en smerteterskel på 15 års varighet benyttet som standard for nødvendighetsvurderingen, men her uten at det ble gitt

²⁸⁸ Avsnitt 33 og 40.

²⁸⁹ Sak 34.598, EFT 1993 C265/3.

²⁹⁰ Sak 35.485, EFT 1996 C118/7.

²⁹¹ Sak 35.698, EFT 1996 C138/3.

²⁹² Devlin & Levasseur, s. 711.

noen objektiv juridisk eller økonomisk begrunnelse for valget av dette tallet.

Også i sakene *Synergen*²⁹³, *Electrabel*²⁹⁴ og *Industrigas*²⁹⁵ aksepterte Kommisjonen langvarige salgskontrakter etter at varigheten ble redusert til 15 år. I sistnevnte sak ble varigheten akseptert for å muliggjøre avskrivning av investeringskostnader i forbindelse med bygging av rørledninger mellom en leverandør av flytende industrigasser og avtakeren.

Ut fra disse kommisjonsbeslutningene kan det se ut til at 15 år utgjør en maksimumsterskel for hva Kommisjonen anser som nødvendig for å etablere langvarig planleggingsikkerhet for tunge, enkeltstående investeringer i nye energiforsyningsprosjekter. Det er imidlertid neppe grunnlag for å legge dette til grunn som generell regel. For det første må nødvendighetskriteriet i artikkel 81/53 tredje ledd vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Større investeringer kan gi grunnlag for å unnta kontrakter av lenger varighet.²⁹⁶ I *Scottish Nuclear*, den eneste av disse sakene der Kommisjonen foretok en konkret unntaksvurdering i en formell beslutning, ble de femten årene begrunnet i at dette var den nødvendige tidsrom for å avskrive investeringen.

²⁹³ Se pressemelding IP/02/792, samt Competition Report 2002 s. 192-193.

²⁹⁴ Se pressemelding IP/97/351, samt Competition Report 1997 s. 42 og 150-151.

²⁹⁵ Kommisjonens Konkurransereport 1989, s. 74-75.

²⁹⁶ I Sak 37.921 *Viking Cable*, EFT 2001 C247/4, aksepterte for eksempel Kommisjonen en 25-årig *kapasitetsreservasjon* i en sammenkoblingskabel for elkraft mellom Norge og Tyskland. Partene, Statnett og E.ON Energie, anførte at reservasjonen var nødvendig for å sikre lønnsomheten i prosjektet. Hvorvidt Kommisjonen tillot dette argumentet vekt fremkommer imidlertid ikke av beslutningen.

For det annet er det et poeng at disse sakene omhandler forhold i markeder som sto på trappene til en liberaliseringsprosess. Kommisjonens frikantede fremgangsmåte kan forklares med at man så det avgjørende å slå ned på alle etableringshindringer som kunne forsinke prosessen. Det er for det tredje blitt hevdet at disse sakene ikke lenger utgjør gyldig presedens, ettersom de ble avsagt *før* ikrafttredelsen av det første gassmarkedsdirektivet.²⁹⁷ Dagens markedsforhold er så annerledes at beslutningene gir liten veiledning. I tillegg fremkom Kommisjonens uttalelser i de fleste av disse sakene i forbindelse med den gamle ordningen med «comfort letters». Fraværet av grunngitte vurderinger av de enkelte vilkår gjør at disse sakene gir liten veiledning utover de konkrete saksforhold.

Når det gjelder investeringshensynet er konklusjonen dermed at nødvendighetskriteriet er oppfylt i den tid det tar å inntjene investeringskostnadene. Dermed vil også kontrakter med en varighet på mer enn 15 år kunne unntas. Fra og med det tidspunkt investeringen er inntjent vil imidlertid ikke lenger de konkurransebegrensende virkningene av kontrakten oppveies av et legitimt behov for å understøtte risikoelementene forbundet med investeringen. Avtalen er fra dette øyeblikk ugyldig, jf EFT art. 81 / EØS art. 53 annet ledd.²⁹⁸

²⁹⁷ Slik også Nyssens & Schnichels, s. 1413.

²⁹⁸ Normalt legges imidlertid ikke noe rent økonomisk/matematisk skjæringspunkt til grunn for ugyldighetsvirkningen. Konkurransemyndighetene legger vekt på om de involverte parter har utvist et forsvarlig skjønn ved vurderingen av kontraktens varighet i forhold til de foretatte investeringer. Heller ikke der det foreligger et uforsvarlig misforhold mellom varigheten og investeringen inntreer ugyldighetsvirkningen umiddelbart. Partene gis vanligvis en rimelig frist for å bringe avtalen i samsvar med konkurranse-reglene.

5.3.3.2 Forsyningssikkerhet

Vi har sett at langvarige gassalgskontrakter har blitt fremhevet som viktige elementer for å ivareta en stabil og pålitelig forsyning av gass til de europeiske gassmarkedene. Spørsmålet nå er om inngåelsen av disse kontraktene er *nødvendige* for å sikre forsyningssikkerheten i de europeiske gassmarkedene, eller om også andre tiltak kunne bidratt til å realisere denne type effektivitetsgevinst. Her er det grunn til å skille mellom *langsiktig* og *kortsiktig* forsyningssikkerhet.

Når det gjelder den *kortsiktige forsyningssikkerhet*, kan det hevdes at tiltak som gir partene insentiver til å handle på markeder for kortsiktige salg («spotmarkeder») vil gi en tilsvarende sikkerhet som langvarige kontrakter. Spotmarkeder gir grunnlag for at aktørene i gassmarkedet kan reparere midlertidige ubalanser i sine gassporteføljer gjennom kortsiktig handel. Har en selger inngått avtale om levering av større gassvolumer enn det han råder over, kan han kompensere for dette ved å handle i spotmarkedet, og omvendt. Utviklingen av en spotpris gir tilgang til kortsiktige gassvolumer, og danner grunnlag for respons på etterspørselsiden, ved at etterspørselen reduseres når prisene stiger. Mulighetene for utvekslinger, bytteavtaler («swaps») og kortsiktige handler mellom aktørene innebærer på denne måten en betydelig styrkning av den kortsiktige forsyningssikkerheten.²⁹⁹

Når det gjelder den *langsiktige forsyningssikkerheten* er betydningen av spotmarkedene langt mindre avklart. Markedsaktører som vurderer å investere i nye prosjekter må kunne stole på at spotmarkedet tiltrekker en tilstrekkelig grad av etterspørsel, samtidig som de danner en tilstrekkelig høy pris til at prosjektet blir lønnsomt. Markeder med få aktører og manglende likviditet vil ikke

²⁹⁹ IEA, s. 86.

være egnet til å eliminere de betydelige risikoelementer som ligger i slike prosjekter. Hvis derimot spotmarkedet er tilstrekkelig veletablert og likvid, kan det også utgjøre et troverdig grunnlag også for nye store forsyningsprosjekter.³⁰⁰ Dette forutsetter imidlertid implisitt at tilbud og etterspørsel på ethvert tidspunkt i fremtiden vil møtes av markedet. Dette vil for eksempel ikke være tilfelle der investeringer i utvidelse av produksjon og transportinfrastruktur ikke klarer å holde følge med vekst i etterspørselen. Omfattende og vedvarende prissvingninger vil også kunne motvirke kapitalintensive investeringer i økt produksjon, ettersom volatile markeder ofte oppfattes som å medføre økt risiko.

En annen side ved kortsiktige markeder som fremheves som et sentralt element til å bidra til forsyningsikkerhet er *utviklingen av finansielle markeder*. I et velfungerende marked vil prisene på det finansielle markedet skape signaler om behovet for nye investeringer i fremtiden. Ved å danne grunnlag for en berettiget forventning om en gitt pris på gass i fremtiden, stilles produsentforetakene sterkere til å vurdere lønnsomheten og risikoen i nye prosjekter. Dermed vil foretakene også kunne få de nødvendige insentiver til å investere i den tilleggskapasitet som er nødvendig for å sikre pålitelige energiforsyninger.

Samtidig er spotmarkedene ofte lokalisert andre steder enn i landene med stor produksjon. Når det er snakk om importert gass fra store felt, vil de prissignaler markedet sender ut ikke automatisk resultere i økt produksjon og forsyning fra en utenlandsk produsent. Denne formen for *ekstern* forsyningsikkerhet må i liberaliserte markeder ivaretas på en annen måte. Det krever endog økt oppmerksomhet i lys av at EUs forbruk av gass i stadig større grad baseres på importerte gassvolumer. Importavhengigheten er

³⁰⁰ IEA, s. 87.

ingen trussel i seg selv, men krever at importørene er bevisste på at det kreves også *andre* instrumenter enn spotmarkeder for å ivareta forsyningsikkerheten. Langvarige kontrakter synes i denne sammenheng å være det eneste instrument som sikrer insentiver for å tilveiebringe en *tilstrekkelig grad* av langsiktig forsyningsikkerhet.

Også Kommisjonen har anerkjent behovet for langvarige kontrakter i et forsyningsikkerhetsperspektiv. I Kommisjonsmeldingen i forkant av forsyningsikkerhetsdirektivet uttalte kommisjonen at:

«Langtidsforsyningskontrakter har spillet en fundamental rolle for utviklingen af det europæiske gasmarked. De er absolutte forudsætninger for, at der kan iværksættes storstilede investeringsprojekter til udvikling af gasfelter og fjerninfrastrukturprojekter. For forbrugerlandene udgør disse kontrakter et stabilt element, når de skal købe gassen. Langtidskontrakter gør det også lettere på mellemlangt sigt at opnå en spredning i EU's gasforsyning og medvirker til, at nye gaskilder kommer ind på markedet, hvilket fremmer konkurrencen på udbudssiden. Medlemsstaterne bør derfor sørge for, at en passende andel af deres forsyninger fra lande, der ikke er medlemmer af EU, bygger på langtidskontrakter.»³⁰¹

Her avvises også påstander om at Kommisjonen ikke lenger godtar langvarige gassforsyningskontrakter. Kommisjonen uttaler tvert imot at disse kontraktene er viktige stabiliseringsfaktorer både for produsent- og konsumentnasjoner.³⁰² I denne sammenheng viser Kommisjonen til gassmarkedsdirektivet av 1998³⁰³, der langvarige salgskontrakter uttrykkelig er anerkjent som en del av det felles

³⁰¹ KOM (2002) 488, s. 18-19.

³⁰² KOM (2002) 488, s. 19.

³⁰³ Direktiv 98/30/EF.

marked for naturgass. I direktivets fortale, betraktning (30), heter det at:

«det er en realitet på markedet, at der er indgået langsigtede take-or-pay-kontrakter for at sikre medlemsstaternes gasforsyning; ...»

Her slås det bare fast at slike kontrakter er en «*realitet*» på markedet. Direktivets materielle regler tar ikke stilling til lovligheten av disse kontraktene. Det at de omtales som en markedsrealitet, og dermed får en viss innvirkning på anvendelsen av direktivet, kan ikke anses som en endelig dom over kontraktens lovlighet. Det kan således virke noe underlig at Kommisjonen i etterkant tar dette til inntekt for en eksplisitt anerkjennelse av de langvarige kontraktene.

Denne linjen er imidlertid fulgt opp i gassmarkedsdirektivet av 2003. Heller ikke dette direktivet inneholder noen eksplisitt bestemmelse om langvarige gassalgskontraktors konkurranse-rettslige status. Direktivet inneholder en liknende uttalelse om langvarige kontrakter som 98-direktivet, men her er ordvalget til dels annerledes. I fortalens betraktning (25) fremheves at:

«Langtidskontrakter vil fortsatt være en viktig del af medlemsstaternes gasforsyning og bør fortsatt være en mulighed for gasforsyningsselskaberne i det omfang, de ikke er i modstrid med dette direktivs målsætninger og er i overensstemmelse med traktaten, herunder konkurrencereglerne. Der skal derfor tages hensyn til dem ved gasselskabernes planlægning af forsyning og transportkapacitet.»

I henhold til gassmarkedsdirektivet er forutseningene for bruk av langvarige kontrakter at de ikke strider mot «direktivs målsetninger» og at de er i overensstemmelse med traktatens konkurranseregler. Dermed vil gassmarkedsdirektivet ha en begrenset selvstendig betydning for vurderingen av kontraktens konkurranserettslige status.

Det har likefullt blitt hevdet at direktivet må kunne sies å *indirekte* akseptere kontrakter med lang varighet. I direktivets art.

27 første ledd presiseres nemlig at et gassalgsselskaps «alvorlige økonomiske og finansielle problemer» som følge av eksisterende langvarige take or pay-forpliktelser, *kan* være et forhold som gir medlemsstaten eller Kommisjonen grunnlag for å gjøre unntak fra bestemmelsene om at tredjeparter skal ha adgang til å bruke selskapets infrastruktur.³⁰⁴

Dermed vil også gassmarkedsdirektivet kunne tas som argument for å anse langvarige gassalgskontrakter som nødvendige for å oppnå en tilstrekkelig grad av langsiktig forsyningssikkerhet. Man kan imidlertid *ikke* tolke disse direktivbestemmelsene dithen at slike kontrakter *generelt* ikke er i strid med art. 81/53.³⁰⁵ Det alminnelige trinnhøydeprinsippet tilsier at uttalelser i direktiver ikke kan overstyre konkurransereglene på traktatnivå.

Uttalelsene i gassmarkedsdirektivet sier imidlertid definitivt noe om Kommisjonens *vilje* til å anerkjenne langvarige gassforsyningskontrakter. Selv om det aldri har vært noen tvil om at EFTs konkurranseregler kommer til anvendelse i energisektoren, er det et ufravikelig faktum at sektoren inntil nylig har vært preget av liten konkurranse i de fleste EU-land.³⁰⁶ Grunnen til dette kan hevdes å ligge i den tette sammenhengen mellom rettslige, økonomiske og politiske forhold i energisektoren. Kommisjonen og ESA har rom for skjønnsutøvelse med hensyn til om de vil innlede en traktatbruddssak eller ikke. Selv om EF-traktaten er et rettslig normsystem, kan selve anvendelsen av traktatreglene i mange tilfeller bære preg av det til enhver tid gjeldende politiske klima. Så lenge forsyningssikkerhet er en målsetning som prioriteres høyt

³⁰⁴ Slik Brautaset, s. 225, note 456, om tilsvarende bestemmelse i dir. 98/30/EF.

³⁰⁵ Bøe Moen & Dyrland, s. 188.

³⁰⁶ Op.cit., s. 23.

politisk, ettersom sikker tilgang på energi er en forutsetning for økonomisk stabilitet og vekst, kan viljen til å håndheve konkurransereglene bli svekket.³⁰⁷ Så lenge en stabil forsyning av energi sikres, vil konkurransemyndighetene med andre ord kunne se gjennom fingrene med enkelte konkurransebegrensende elementer. En slik politisk-pragmatisk holdning vil imidlertid ikke være noe relevant argument ved vurderingen av disse kontraktens *lovmessighet*. Det faktum at man til nå ikke har angrepet denne kontraktspraksisen, innebærer ingen garanti for at de blir stående uberørt også i fremtiden.

Denne linje har også støtte i Rådet. På Rådets toppmøte i Brussel våren 2007 fremhevet man viktigheten av å utnytte alle virkemidler tilgjengelige for å bedre EUs bilaterale samarbeid med gassprodusenter og å sikre pålitelige energileveranser til Unionen.³⁰⁸

Konklusjonen blir dermed at adgangen til bruk av langvarige gassalgskontrakter er en *nødvendig* forutsetning for å tilveiebringe den tilstrekkelige grad av forsyningssikkerhet i de europeiske gassmarkedene.

5.3.4 Kravet om at effektivitetsgevinsten må komme forbrukerne til gode

Det er videre et vilkår etter EF-traktatens artikkel 81/EØS-avtalens artikkel 53 tredje ledd at en «rimelig andel av de fordeler som er oppnådd» kommer *forbrukerne* til gode. Med forbrukere menes i denne sammenheng ikke bare sluttbrukere, eller konsumenter som kjøper til personlig bruk, men også foretak som kjøper produktene

³⁰⁷ Op.cit., s. 24.

³⁰⁸ The Presidency Conclusions of the Brussels European Council, 8/9 mars 2007, s. 14, avsnitt 37.

som innsatsfaktorer til sin virksomhet, grossister og detaljhandlere.⁵⁰⁹

Bestemmelsen forutsetter at forbrukernes interesser ivaretas dersom de får en «rimelig andel» av effektivitetsgevinsten. Bestemmelsen gir imidlertid ingen klar definisjon av hvor stor denne andelen må være. Kommisjonen har i sine retningslinjer lagt til grunn at fordelene som skal overføres til forbrukerne minst må oppveie enhver faktisk eller sannsynlig negativ innvirkning konkurransebegrensningen har for dem.⁵¹⁰ Dette innebærer at avtalens nettovirkning minst må være nøytral for forbrukerne for at vilkåret skal være oppfylt.⁵¹¹

Adgang til en stabil og pålitelig gassforsyning til rimelige priser er av avgjørende betydning for den europeiske økonomien, og dermed også en viktig kilde til den alminnelige forbrukervelferd. En sikker dekning av etterspørselen, også i midlertidige forbrukstopper, er av stor betydning, både for private og industrielle sluttbrukere. Den komplekse sosiale og økonomiske infrastrukturen i et moderne samfunn er svært sårbar for forstyrrelser i energiforsyningen, og et avbrudd kan medføre vidtrekkende skader.⁵¹² Stabile gassforsyninger i er særlig viktige i forbindelse med gasskraftproduksjon. Kostnadene i forbindelse med strømpruddet i California i januar 2001 ble for eksempel beregnet til 42 milliarder amerikanske dollar, ca 3,4 prosent av delstatens bruttonasjonalprodukt.⁵¹³

⁵⁰⁹ Se 81(3)-retningslinjene, avsnitt 84.

⁵¹⁰ 81(3)-retningslinjene, avsnitt 85.

⁵¹¹ Kolstad s. 324.

⁵¹² Schöler, s. 153.

⁵¹³ KOM (2002) 488, s. 44.

Så lenge den verdiskaping som oppnås gjennom investeringer i produksjon og transportinfrastruktur og dermed økt forsynings-sikkerhet er større enn den skadelige virkning konkurransebegrensningen får, vil kravet om en rimelig andel til forbrukerne langt på vei være oppfylt.³¹⁴ Selv der utestengelsesvirkningen av de lange kontraktene fører til en opprettholdelse, eller økning, av gassprisen vil vilkåret kunne være oppfylt. Dette har sammenheng med at en økning i tilgjengeligheten av gass i markedet vil være en *dynamisk* effektivitetsgevinst, som må underlegges en mer skjønns-messig avveining enn statiske effektivitetsgevinster i form av lavere produksjonskostnader.³¹⁵

5.3.5 Kravet til restkonkurranse

Det fjerde og siste vilkåret i artikkel 81/53 tredje ledd innebærer at avtalen ikke må gi de involverte foretak muligheten til å «utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder». Vilkåret skal hindre at muligheten for å realisere kortsiktige effektivitetsgevinster kommer i konflikt med hensynet til en virksom konkurranse på lang sikt.

Om konkurransen kan anses utelukket, må ses i sammenheng med konkurranseforholdene *før* avtalen ble inngått, og den virkning avtalen har hatt på konkurransen. Der konkurransen i utgangspunktet var begrenset, vil selv en avtale med små konkurransebegrensende virkninger føre til at vilkåret ikke vil oppfylles. I denne sammenheng er tilstedeværelsen av *etableringshindringer* et sentralt moment. En kortfattet oversikt over ulike etableringshindringer i det europeiske gassmarkedet er gitt i

³¹⁴ 81(3)-retningslinjene, avsnitt 104.

³¹⁵ Kolstad, s. 333. Se også Kommissjonens beslutning i Sak 38.170, *Reims II*, avsnitt 118-130.

fremstillingens punkt 4.5.2.2 ovenfor. Disse etableringshindringene vil være argumenter som taler mot at vilkåret om restkonkurranse er oppfylt.

På den annen side ligger det i traktatens ordlyd; «utelukke» konkurranse for en «vesentlig» del av de varene det gjelder, at det skal svært mye til før en avtalepraksis faller på dette vilkåret. Der er i tillegg vanskelig å trekke en kategorisk konklusjon på dette spørsmålet. Graden av utelukkelse vil variere alt etter varigheten av den *konkrete* kontrakt. Så lenge varigheten begrenses til det som er *strengt nødvendig*, jf drøftelsen ovenfor, vil mye tale for at det fremdeles eksisterer en tilstrekkelig grad av konkurranse. Den sentrale forutsetning i denne sammenheng er at det åpnes for en *reell* konkurranse om gassen i det hver enkelt avtale utløper. Selv langvarige kontrakter gjelder bare for en bestemt tid, og er inngått på ulike tidspunkt og har forskjellig varighet. Selv om et nettverk av langvarige kontrakter i utgangspunktet avskjermer en potensiell gassleverandør fra adgang til gass, vil han kunne være med i konkurransen hver gang en kontrakt løper ut. Så lenge ikke avtalene stilltiende fornyes, vil dermed hensynet til fortsatt virksom konkurranse være ivaretatt. Det er et faktum at omsetningen i de ulike europeiske spotmarkedene er i stadig økning, til tross for tilstedeværelsen av langvarige kontrakter.

I tillegg har vi sett at langvarige kontrakter også kan bidra *positivt* til konkurransen, ved at de gjennom risikofordelings-elementer gjør det mulig for nye, mindre foretak å tre inn på markedet.

Konklusjonen blir dermed at langvarige kontrakter generelt sett ikke vil utelukke konkurransen i artikkel 81/53 tredje ledds forstand.³¹⁶

³¹⁶ Ettersom også dette vilkåret skal vurderes konkret, kan det imidlertid ikke utelukkes at det finnes markeder der tilstedeværelsen av langvarige kontrakter vil utelukke konkurransen.

6 KONKURRANSEBEGRENSENDE ELEMENTER I LANGVARIGE GASSALGSKONTRAKTER

6.1 Innledning

I kjølvannet av arbeidet med å liberalisere gassmarkedene har det, i tillegg til debatten om kontraktsvarighet, blitt rettet en betydelig oppmerksomhet også mot enkelte *andre elementer* i slike kontrakter, som på forskjellige måter reiser konkurranserettslige spørsmål.

Dette kapittelet skal vurdere enkelte kontraktsbestemmelser som tradisjonelt har vært inntatt i langvarige gassalgskontrakter opp mot forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EF-traktatens artikkel 81 og EØS-avtalens artikkel 53. I avsnitt 6.2 behandles bestemmelser som på ulike måter kan bevirke eller opprettholde en oppdeling av det europeiske gassmarkedet. I avsnitt 6.3 behandles eksklusive forsyningsforhold, som på ulike måter innebærer begrensninger for nykommeres inntreden i nedstrømsmarkedene.³¹⁷ Fremstillingen tar utgangspunkt i Kommisjonens praksis, og tar ikke nærmere stilling til hvorvidt slike bestemmelser er i bruk i norske gassalgskontrakter.³¹⁸

³¹⁷ Denne inndelingen har kun et fremstillingsteknisk formål, og har således ingen betydning for den konkurranserettslige vurderingen av de ulike kontraktsbestemmelsene.

³¹⁸ Kommisjonen har til dags dato ikke etterforsket kontrakter inngått av norske foretak under mistanke om at disse har inneholdt *vertikale* konkurransebegrensninger. Den mest kjente antitrustsaken med norske foretak involvert, *GFU-saken*, gjaldt felles salg av gass, altså en *horisontal* konkurransebegrensning.

6.2 Bestemmelser som innebærer en oppdeling av gassmarkedet

Gassleverandører har tradisjonelt ønsket å beskytte sin egen posisjon i markedet ved å innta bestemmelser i kontraktene som opprettholder den historiske oppdelingen av det europeiske gassmarkedet i nasjonale markeder. Etter ikrafttredelsen av det første gassmarkedsdirektivet har Kommisjonen drevet en aktiv kampanje mot bruken av slike bestemmelser i gassmarkedet. Kommisjonen har så langt konsentrert sin innsats mot bruken av *direkte* og *indirekte territorialbegrensninger* og *bruksrestriksjoner* i langvarige gassalgskontrakter i oppstrømssegmentet. I dette avsnittet skal det gis en oversikt over disse ulike bestemmelsene, og foretas en vurdering av deres konkurranserettslige status i lys av Kommisjonens praksis.

6.2.1 Markedsdeling ved territorialbegrensninger

Enkelte gassprodusenter har tradisjonelt inntatt bestemmelser i sine langvarige gassalgskontrakter som uttrykkelig forplikter kjøperen til å videreselge gass kun til kunder i spesifikke, kontraktuelt definerte territorier.³¹⁹ Disse bestemmelsene betegnes som *territorialbegrensninger* eller *destinasjonsklausuler*, og skisseres gjerne på følgende måte;

«the natural gas to be supplied under this contract shall be used only in ... (country of destination) ... and shall not be exported», «the product must not be re-exported», «the product is destined for consumption in country x» eller «the buyer commits to resell the product only in country x».³²⁰

³¹⁹ Albers, s. 178.

³²⁰ Nyssens & Schnichels s. 1406.

Territorialbegrensninger i gassalgskontrakter har sin opprinnelse i tiden da de europeiske energimarkedene var inndelt i horisontale og vertikale segmenter, og konkurranse og integrasjon fremdeles var ukjente begreper.³²¹ Produsenter solgte sjelden direkte til sluttbrukere, mens importgrossistene begrenset sine salgsaktiviteter til spesifikke geografiske områder der de eide og opererte egne gassrørledninger. Gassprodusenter har benyttet slike bestemmelser for å begrense importørens markedsaktivitet til en EØS-stat og dermed opprettholde en oppdeling av markedene. På den måten å forhindres også konkurranse mellom importører om salget av gass fra samme produsent, såkalt gass-til-gass-konkurranse. Denne kontraktspraksisen har imidlertid blitt slått hardt ned på av Kommisjonen i nyere tid.

6.2.1.1 Konkurransbegrensningskriteriet

Territorialbegrensninger vil i de fleste tilfeller anses å ha som *formål* å begrense konkurransen. Bestemmelsen forhindrer kunden fra å videreselge gass utenfor det territorium avtalen definerer, hvilket fører til, eller opprettholder, en oppdeling av markedene. Dermed undermineres etableringen av et integrert gassmarked.

EF-domstolen har gjennom tidligere praksis slått fast at avtaler som har som *formål* å begrense en distributørs frie kundevalg, vil utgjøre en begrensning i konkurransen i art. 81 første ledds forstand. I *Javico*³²² pekte EFD på at avtaler som forplikter en forhandler til ikke å selge utenfor sitt tradisjonelle forhandlerområde har som *formål* å begrense parallellimport, og at de på den måten begrenser konkurransen på det indre marked. Domstolen konkluderte med at en avtale som begrenser en forhandlers salg

³²¹ Nyssens m.fl., s. 48.

³²² Sak C-306/96 *Javico*, Saml. 1998 s. I-1983, premiss 13.

innenfor fellesskapet «i sig selv» utgjør en konkurransebegrensning.³²³ Spørsmålet vil heretter være hvorvidt territorialbegrensninger i gassalgskontrakter vil ha som formål eller virkning at konkurransen begrenses på en slik måte.

Det foreligger heller ingen tvil om at territorialbegrensningsklausuler kommer i konflikt med de to gassmarkedsdirektivenes målsetninger om å etablere et indre marked for gass.³²⁴

For det første utgjør de en eksplisitt barriere for prismotivert handel («arbitrasje») på tvers av de tradisjonelle nasjonale skillelinjene i gassmarkedet. Klausulene forhindrer importørgrossister fra å videreselge gass utenfor de land de er etablert, selv om de der ville oppnå en høyere pris for gassen. Importørene blir tvunget til å holde seg til sitt tradisjonelle hjemmemarked, kontraktuelt forhindret fra å ekspandere til geografisk nærliggende områder. Dermed vil også de muligheter for ekspansjon som oppstår i forbindelse med liberaliseringens målsetning om fritt leverandørvalg effektivt forhindres. Samtidig blir gasskunder i andre medlemsstater forhindret fra å nyte godt av muligheten til å velge mellom ulike leverandører. Bruk av territorialbegrensninger vil således underminere etableringen av et integrert gassmarked.

For det annet medvirker destinasjonsklausuler til å opprettholde *prisdifferanser* de ulike nasjonale markedene imellom, og forhindrer på den måten en harmonisering av gassprisen i EØS-området. Uten muligheten for grenseoverskridende handel i videresalgsegmentet, vil en slik prisharmonisering ikke finne sted. Når kunder i forskjellige områder eller segmenter blir tilbudt ulike prisvilkår risikerer man samfunnsøkonomiske skadevirkninger. Den største

³²³ Premiss 14.

³²⁴ Direktiv 98/30/EF, fortalens betraktning (3), og direktiv 2003/55/EF, fortalens betraktning (2).

samfunnsøkonomiske gevinst antas å oppnås ved at en vare selges til den kunde som er villig til å betale mest for den, eller ved at kunden kjøper fra den selger som er billigst. Territorialbegrensninger hindrer kjøperen fra å videreselge gass til kunder utenfor det definerte område, selv om disse eventuelt er villige til å gi en høyere pris for gassen. Dermed er det en risiko for at gassen ikke selges til den kunde som er villig til å betale mest for gassen, og dermed i økonomisk forstand har mest nytte av den. Territorialbegrensningen har på den måten som virkning at det er mulig å holde et høyt prisnivå for de kunder som har størst behov for gassen, og dermed er villige til å betale mest, samtidig som det er mulig å få avsatt noe gass til kunder som bare er interessert i å kjøpe så lenge prisene er moderate.³²⁵

For det tredje vil slike klausuler særlig ramme konkurransen i de deler av Europa som tradisjonelt bare har vært forsynt av én leverandør.³²⁶ Så lenge foretak i tilgrensende områder ikke har lov til å selge gassen videre vil den historiske eneleverandøren opprettholde sitt *de facto* monopol.

Av dette ser vi at territorialbegrensninger kan bidra til en effektiv vertikal inndeling de historiske salgsterritoriene mange gass-importører innenfor EU tradisjonelt har operert med. Klausulene vil således ha en klar konkurransebegrensende virkning i strid med artikkel 81/53 første ledd. Markedsdelingsavtaler nevnes i bestemmelsens bokstav c som en type avtale som typisk påfører markedsmekanismen store skader. I tillegg er avtaler som innebærer en deling av markedet i strid med EØS-avtalens formål om opprettelsen av et felleseuropeisk indre marked, med fri bevegelighet av varer som et av hovedelementene.

³²⁵ Nyssens & Schnichels, s. 1406.

³²⁶ Albers, s. 179.

Nettopp derfor vurderes destinasjonsklausulene også som en såkalt alvorlig begrensning i vertikalforordningens art. 4 bokstav b), som fastslår at vertikale avtaler ikke kan inneholde bestemmelser om «direkte eller indirekte ... har som formål ... en begrensning av det territorium der ... kjøperen kan selge avtalevarene». Territorialbegrensninger anses også som en alvorlig begrensning i *bagatellkunngjøringens* forstand. I kunngjøringens avsnitt 11 nr. 2 bokstav b) unntas avtaler som har som formål en begrensning av det territorium en kjøper kan selge inn i fra kunngjøringens virkeområde. Dermed vil også terskelen for hvilke avtaler som *merkbart* begrenser konkurransen bli senket vesentlig for disse klausulers vedkommende.

6.2.1.2 Nyere kommisjonspraksis vedrørende territorialbegrensninger

DG Comp startet i år 2000 etterforskning av en rekke foretak, under mistanke om bruk av territorialbegrensninger i disses gassalgskontrakter.³²⁷ Målet med etterforskningen var å endre den eksisterende markedsstrukturen ved å gjennomtvinge effektiv konkurranse. Etterforskningen ble i første rekke konsentrert om kontrakter inngått mellom gassprodusentene Gazprom (Russland), Sonatrach (Algerie) og NLNG (Nigeria) og en rekke av foretakenes europeiske kunder. I forbindelse med DG Comps etterforskning av Gassforhandlingsutvalgets felles salg av norsk gass bekreftet både Statoil og Norsk Hydro at de i fremtidige kontrakter ikke vil innføre territorialbegrensninger i sine gassalgskontrakter.³²⁸

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Kommisjonens pressemelding IP/02/1084.

NLNG var den første saken til å bli avsluttet.³²⁹ Den nigerianske produsenten NLNG var da den nest største leverandøren av flytende naturgass (LNG) til Europa, med omtrent 5 bcm årlige leveranser til kunder i Italia, Spania, Frankrike og Portugal. Etterforskningen viste at bare én av selskapets mange kontrakter med europeiske selskaper inneholdt en territorialbegrensningsklausul, og NLNG aksepterte å frafalle denne forpliktelsen ovenfor kunden.³³⁰

Etterforskningen mot Gazproms kontrakter ble ansett for å ha større betydning. Den russiske produsenten er den største eksterne leverandør av gass til det europeiske markedet.³³¹ Foretakets kontraktspraksis vil således ha stor betydning for hvordan konkurransen i gassmarkedet fungerer. Den første saken det ble oppnådd enighet i, gjaldt forsyningskontrakter inngått med det italienske energiforetaket ENI.³³² Her oppnådde Kommisjonen aksept for at foretakene ikke bare skulle avholde seg fra å bruke territorialbegrensninger i fremtidige kontrakter, de aksepterte å fjerne klausulene også i eksisterende gassalgskontrakter.

Den neste saken til å bli avgjort involverte Gazprom og det østerrikske olje- og naturgasselskapet OMV.³³³ Partene hadde inngått langvarige gassalgskontrakter med bestemmelser som forhindret OMV fra å videreselge gassen utenfor Østerrike. Også her aksepterte partene å slette klausulene, samtidig som OMV

³²⁹ Kommisjonens pressemeldning IP/02/1869.

³³⁰ Nyssens m.fl., s. 49.

³³¹ I 2006 utgjorde russisk gass 24 % av det totale forbruket til de 25 EU-landene, jf *Natural Gas Consumption in EU25 in 2006*, pressemelding fra Eurogas, 26. februar 2007.

³³² Se Kommisjonens pressemelding IP/03/1345. ENI er en av Gazproms største europeiske kunder, med et årlig avtak på omtrent 20 bcm.

³³³ Se Kommisjonens pressemelding IP/05/195.

godtok å gjennomføre enkelte ledsagende tiltak. Disse omfattet blant annet utvidelse av kapasiteten i transmisjonsrørledningen TAG, der selskapet hadde en eiermajoritet, samt sikre en bedret tredjepartsadgang til denne. Også etterforskningen mot den tyske energigiganten E.ON Ruhrgas endte med at partene i juni 2005 aksepterte å fjerne destinasjonsklausulene fra kontraktene.³³⁴

I 2007 avsluttet Kommisjonen saken mot *Sonatrach*.³³⁵ Den algeriske produsenten Sonatrach har tradisjonelt vært den største leverandøren av naturgass til det sydlige Europa. Sonatrach aksepterte at alle destinasjonsklausuler skulle fjernes fra selskapets kontrakter, og ga tilsagn om at det heller ikke skulle innta slike bestemmelser i senere kontrakter.

De eneste av etterforskningene som resulterte i en *formell* beslutning, var saken om kontraktene inngått mellom den franske tidligere gassmonopolisten Gaz de France, og de italienske energiselskapene ENI og ENEL.³³⁶ Saken gjaldt her direkte territorielle salgstreksjoner i *transportkontrakter*. Kontrakten med ENI innebar at gassen bare kunne videreselges *nedstrøms* av leveringspunktet på den italienske grensen. Kontrakten med ENEL innebar en forpliktelse for selskapet til å frakte gassen til selskapets egne gasskraftverk i Italia. Kommisjonen konkluderte med at disse klausulene effektivt begrenset det territorium ENI og ENEL kunne videreselge og bruke gassen i, og at formålet med dette var å skille de nasjonale markedene ved å forhindre franske gasskonsumenter fra å motta gassforsyninger fra GDFs italienske (potensielle) konkurrenter. Dette ble ansett for å utgjøre en alvorlig begrensning

³³⁴ Se Kommisjonens pressemelding IP/05/710.

³³⁵ Kommisjonens pressemeldning IP/07/1074.

³³⁶ Kommisjonens beslutning 26. oktober 2004 i sak Comp/38.662. Se også Kommisjonens pressemelding IP/04/1310.

av konkurransen i art. 81 første ledds forstand. Selv om klausulene ble fjernet i løpet av de innledende rundene av prosessen mot selskapene, anså Kommisjonen det for nødvendig å utforme en formell beslutning. Dette blant annet for å klargjøre konkurranse-retten på dette området, både til fordel for de involverte parter, og for aktører i gassindustrien for øvrig.³³⁷ Kommisjonen valgte imidlertid å ikke ilegge selskapene bøter, og begrunnet dette med at liberaliseringsprosessen hadde medført en grunnleggende endring av markedspraksisen i energimarkedene, og at foretakene måtte ha en viss overgangsperiode for å tilpasse seg de endrede markedsforholdene.³³⁸ Etter denne beslutningen vil imidlertid Kommisjonen trolig vise liten nåde dersom den senere skulle oppdage tilsvarende klausuler i andre gassalgskontrakter.

De formelle prosedyrene Kommisjonen åpnet mot E.ON og Gaz de France 30. juli 2007 er et annet og helt nylig eksempel på en markedsdelingssak.³³⁹ Grunnlaget for saksåpningen er Kommisjonens mistanke om at det foreligger en avtale eller en samordnet opptreden om ikke å selge gass i hverandres hjemmemarkeder. Saken baserer seg på opplysninger innhentet ved omfattende inspeksjoner i 2006. Mistanken gjelder særlig gass som fraktes gjennom Megal-rørledningen, som eies av de to foretakene og transporterer gass gjennom Sør-Tyskland over den tysk-tsjekkiske og tysk-østerrikske grensen på den ene siden og den fransk-tyske grensen på den andre siden.

6.2.2 Markedsdeling ved indirekte territorialbegrensninger

Som en respons på Kommisjonens fremstøt mot territorialbegrensningene, fremmet gassprodusentene to forslag for å beskytte sine egne interesser uten å komme i konflikt med den europeiske

³³⁷ Albers, s. 181.

³³⁸ Se Kommisjonens pressemelding IP/04/1310.

³³⁹ Se Kommisjonens informasjonsnotat MEMO/07/316.

konkurranseretten. En løsning besto i en endring av *leveringspunkt* for gassen, mens den andre innebar at såkalte *profittdelingsmekanismer* ble inkludert i kontraktene.³⁴⁰

Territorielle salgsbegrensninger kan imidlertid formuleres på mer *indirekte* måter enn det som er tilfelle med territorialbegrensningsklausulen. Der en kontraktsbestemmelse enten innebærer et *disinsentiv* for kjøperen til å gå inn på sine leverandørers markeder, eller et *insentiv* til å bare være aktiv på sitt tradisjonelle marked, vil den kunne ha samme *virkning* som en territorialbegrensning. I Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 49, fremheves det at territorialbegrensninger også kan være resultatet av «indirekte tiltak iverksatt for å få distributøren til å avstå fra å selge til slike kunder».

6.2.2.1 Punktleveringsklausuler

I enkelte av sakene Kommisjonen etterforsket hadde partene avtalt leveringspunkter som innebar at kjøperen måtte foreta den videre transport av gassen til det marked han var lokalisert i, der han opprinnelig hadde tenkt å videreselge gassen. Valget av slike leveringspunkt ville imidlertid, i fraværet av en destinasjonsklausul, gjøre det relativt enkelt for kjøperen å videreselge gassen i ett av transittlandene *utenfor* det tradisjonelle videresalgsområdet. Partene foreslo derfor for Kommisjonen at de kunne avtale nye leveringspunkter, som ville føre leveringen av gassen nærmere det marked der gassen skulle videreselges eller endelig utnyttes.³⁴¹

Kommisjonen aksepterte langt på vei denne endringen. Det ble imidlertid sett på som et absolutt vilkår at kjøperen skulle stå helt fritt til å reeksportere gassen, herunder gjennomføre gassbytter,

³⁴⁰ Nyssens & Schnichels, s. 1407.

³⁴¹ Nyssens & Schnichels, s. 1407-1408.

såkalte swaps, så snart eiendomsretten til, og dermed risikoen for, gassen var gått over på kjøperen. Kommisjonen insisterte i tillegg på at kjøperen ikke måtte forpliktes til å avtale en endring av leveringspunkt og at partene også skulle stå fritt til å avtale mer enn ett leveringspunkt, for på den måten å legge til rette for fremtidige salg utenfor det tradisjonelle videresalgsområdet.³⁴²

Konkurransbegrensningskriteriet

Det er imidlertid også i denne kontraktspraksisen mulig å identifisere konkurranserettslige problemer. Et marked er antatt å fungere best der ressursene allokeres på en mest mulig effektiv måte.³⁴³ Det kan tenkes at enkelte større sluttbrukere, som *industrikunder* og *gasskraftverk*, av forskjellige grunner ønsker å samordne en gassportefølje som dekker flere anlegg, eller stå fritt til å handle med gassen, enten for å kvitte seg med overflødige volumer, eller for å maksimalisere profitt ved kortsiktige handler. *Lokale distribusjonsselskaper* kan tenkes å ville selge sin gass både innenfor og utenfor sine tradisjonelle salgsområder.

Denne friheten kan begrenses gjennom punktleveringsklausuler, ved at kunden begrenses i valg av leveringspunkt. Dette kan lede til praktiske problemer både med å få videresolgt gassen, med å kjøpe gass fra andre leverandører eller til å på andre måter fritt optimalisere sin gassforsyningsportefølje. Begrensningen vil hindre arbitrasje, og kan dermed sette en leverandør i stand til å operere med forskjellige priser for ulike kundegrupper. Ettersom store industrikunder, gasskraftverk og distribusjonsselskaper mottar betydelige gassvolumer, vil også disse foretakenes *mulighet* for å

³⁴² Ibid.

³⁴³ Kolstad, s. 63.

inngå kortsiktige handler i spotmarkedet, og derved bidra med en tiltrengt likviditetsøkning i disse, forhindres.

Tall fra Sektorundersøkelsen viser at en overveldende majoritet av *industrikundene* avtar gassen der den skal utnyttes, eventuelt der hans rørledning er koblet opp mot transportsystemoperatørens nett.³⁴⁴ Undersøkelsen tyder imidlertid også på at en rekke av industrikundene er interesserte i en mulighet for alternative leveringspunkter, men at mange av disse opplever at det er en aktiv strategi fra leverandørens side å begrense deres valg av leveringspunkt, i tillegg til at det er en rekke andre *praktiske hindringer* for videresalg.³⁴⁵ I *Nederland* rapporterte for eksempel flertallet av industrikundene om en særlig motvilje fra leverandørene for å levere på TTF-hub'en. Dette kan utgjøre et disinsentiv for arbitrasje, særlig ettersom entry/exit-systemet i det nederlandske nettet gjør at videresalg etter at gassen er tatt ut fra hub'en innebærer betaling av doble entry/exit-avgifter og transportkostnader.³⁴⁶ Også i *Tyskland* avdekket Sektorundersøkelsen at gasskundene hadde problemer med punktleveringsklausuler. Eksplicitte angitte leveringspunkter, kombinert med en praktisk umulighet med å sikre transportrettigheter i rørledningsnettet, ble ansett for å sette en effektiv stopper for arbitrasje. Transportnettet ble ansett utilgjengelig på grunn av en kombinasjon av komplekse regler, ikke-transparente vilkår, og en kronisk mangel på tilgjengelig kapasitet.

³⁴⁴ SEC (2006) 1724, s. 243.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Et *entry-exitsystem* er et såkalt imaginært eller *virtuelt* marked, der overføringer og transaksjoner ikke foretas på ett enkelt fysisk punkt i et gassnettverk, men ved ethvert inngangs- eller utgangspunkt i transportnettet. Her kan gass levert til systemet tas ut på et hvilket som helst utgangspunkt, uavhengig av hvor gassen ble satt inn.

Dette innebærer at så lenge volumene som ønskes omsatt er begrenset, og slike handler bare forekommer sporadisk, vil transaksjonskostnadene forbundet med handelen gjerne utgjøre et disinsentiv for sluttbrukeren til å delta i handelen på spot-markedene. Avhengig av hvor sterkt dette disinsentivet er, samt hvor stor del av markedet som er bundet opp i tilsvarende bestemmelser, vil punktleveringsklausuler kunne utgjøre en merkbar begrensning av konkurransen i strid med forbudet i artikkel 81/53 første ledd.

6.2.2.2 Profittdelingsmekanismer

En *profittdelingsmekanisme* innebærer en forpliktelse for kjøperen til å overføre en del av profitten ved et eventuelt videresalg til leverandøren, dersom kjøperen videreselger gassen utenfor det avtalte videresalgsområde, eller dersom gassen blir utnyttet til et annet formål enn avtalt.³⁴⁷ Profittdelingsmekanismer kan i visse tilfeller begrense konkurransen på en tilsvarende måte som destinasjonsklausulen; ved å segmentere det europeiske gassmarkedet.

Konkurransbegrensningskriteriet

En profittdelingsmekanisme forplikter kjøperen til å overføre en del av profitten han oppnår ved videresalg av gass til leverandøren, dersom gassen enten videreselges utenfor landegrensene, eller til en kunde som benytter gassen til et annet formål enn det som opprinnelig var avtalt. Dermed risikerer man at importøren vil anse et slikt videresalg for kommersielt uinteressant, eller i det minste betydelig mindre attraktivt. Profittdelingsmekanismer har vært benyttet i forbindelse med rørledningsbaserte gassalg, men ser ut til

³⁴⁷ Nyssens & Schnichels, s. 1410.

å være særlig attraktive i forbindelse med LNG-salg. Gassprodusenter benytter klausulen i denne sammenheng for å gjøre et videresalg ugunstig eller i det minste mindre attraktivt for kjøperen, for å motvirke LNG-handelens store fleksibilitet med hensyn til leveringspunkt.

Til forskjell fra territorialbegrensningene utgjør ikke profittdelingsmekanismer noen *formell* hindring for grenseoverskridende handel. En profittdelingsmekanisme kan allikevel sies å ha det samme *formål* som en territorialbegrensning; den fører til markedsoppdeling og gjør at grenseoverskridende handel blir mer byrdefull enn innenlands handel, selv der kjøperen er berettiget til å beholde en del av profitten. Dermed kan bestemmelsen utgjøre et hinder for integreringen av de europeiske gassmarkedene. Profittdelingsmekanismer forhindrer også kjøperen fra å disponere over gassen på en måte som samsvarer med at eiendomsretten og risikoen er gått over på ham. At profittdelingsmekanismer på denne måten kan ha tilsvarende virkninger som direkte territorialbegrensninger har blitt fastslått i en rekke kommisjonsbeslutninger, blant annet i *JCB*³⁴⁸ og *Volkswagen*³⁴⁹, og i retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 49.

Der profittdelingsmekanismen har som virkning at den motvirker salg av gass utenfor den opprinnelige intenderte destinasjonen, og dermed begrenser kjøperens frihet til å utnytte gassen slik han ser det kommersielt hensiktsmessig, vil den trolig måtte anses for å utgjøre en ulovlig konkurransebegrensning. Profittdelingsmekanismer vil imidlertid ikke falle inn under forbudet i artikkel 81/53 første ledd under enhver omstendighet. Dersom profittdelingsmekanismen utformes slik at den klart opprettholder

³⁴⁸ EFT 2002 L69/1, premiss 160-161.

³⁴⁹ EFT 1998 L124/60 premiss 136.

økonomiske incentiver for kjøperen til å videreselge gassen, for eksempel ved at en kommersielt interessant andel av profitten blir igjen hos kjøperen, vil den neppe kunne anses for å merkbart begrense konkurransen.³⁵⁰

Det foreligger ingen *formelle* beslutninger vedrørende bruken av profittdelingsmekanismer i gassalgskontrakter. Klausulen var en av Kommisjonens bekymringer ved etterforskningen av Nigerian LNG i 2002.³⁵¹ NLNG bekreftet i den sammenheng at ingen av selskapets eksisterende forsyningskontrakter inneholdt profittdelingsmekanismer som påvirket EU-markeder, og forpliktet seg til å avstå fra å innføre slike i fremtidige kontrakter. Også i saken mot *Sonatrach*, som Kommisjonen avsluttet juli 2007, var profittdelingsmekanismer et spørsmål.³⁵² *Sonatrach* aksepterte at alle profittdelingsklausuler skulle fjernes fra selskapets eksisterende kontrakter, og ga tilsagn om at det heller ikke skulle innta slike bestemmelser i senere kontrakter. Kommisjonen godtok imidlertid at selskapet benyttet profittdelingsmekanismer i LNG-kontrakter, der eiendomsretten («title») til gassen forblir hos selgeren frem til gassen er losset av LNG-skipet. Kommisjonens beslutning synes på å hvile på en tanke om at profittdelingsmekanismer er akseptable i gassalgskontrakter såkalte DES-vilkår. For LNG-kontrakter som selges på andre leveringsvilkår, for eksempel FOB eller CIF, opprettholder Kommisjonen standpunktet om at profittdelingsmekanismer er uakseptable.³⁵³

Kommisjonen uttalte i denne sammenheng at profittdelingsmekanismer også på en annen måte kan innebære en begrensning

³⁵⁰ Slik Nyssens & Osborne, s. 30.

³⁵¹ Se Kommisjonens pressemelding IP/02/1869.

³⁵² Se Kommisjonens pressemeldning IP/07/1074.

³⁵³ Se Sørli for en nærmere beskrivelse av LNG-kontrakter.

av konkurransen i strid med forbudet i artikkel 81/53 første ledd. Ettersom leverandøren har interesse av å vite hvor stor profitten ved et eventuelt videresalg er, vil profittdelingsmekanismer ofte ledsages av en bestemmelse som forplikter kjøperen å rapportere om slike videresalg. Dette skaper en ytterligere administrativ byrde for kjøperen, samtidig som det innebærer en mulighet for at kjøperen blir forpliktet til å forsyne leverandøren med sensitiv informasjon vedrørende kundeforhold og videresalgpriser. Der en slik informasjonsutveksling leder til prissamordning, kan vilkåret i art. 81/53 første ledd være oppfylt. Denne problemstillingen skal imidlertid ikke behandles nærmere i denne sammenheng

6.2.3 Markedsdeling gjennom bruksrestriksjoner

Bruksrestriksjoner er en annen form for alvorlig begrensning som fremdeles kan finnes i langvarige gassalgskontrakter. Et typisk eksempel på en bruksrestriksjon er at kjøperen bare kan bruke gassen til ett bestemt formål, eller bare videreselge den til én bestemt predefinert gruppe av kunder. Mens territorialbegrensninger typisk har vært inntatt i kontrakter med *grossister* eller med *distribusjonsselskaper*, finnes bruksrestriksjoner vanligvis i gassalgskontrakter inngått direkte med *sluttbrukere*.

6.2.3.1 Konkurransbegrensningskriteriet

En restriksjon vedrørende hvilke kunder en gasskjøper kan videreselge gassen til vil for det første kunne medføre en oppdeling av markedet.³⁵⁴ For det annet kan bruksrestriksjoner gjøre det mulig for produsenter å opprettholde prisdifferanser på gass som utnyttes til forskjellige formål. Enkelte former for bruksrestriksjoner går så langt at kjøperen ikke har muligheten for å videreselge gass

³⁵⁴ Cameron 2007, s. 311.

overhodet. Dermed vil en bruksrestriksjon begrense kjøperens utnyttelse av gassen i enda større grad enn territorialbegrensningene, der kjøperen i det minste kunne videreselge til gass til kunder innenfor samme område. Markedsdelingsbestemmelser vil som nevnt i punkt 6.2.1.1 ovenfor i de fleste tilfeller anses å ha som *formål* å begrense konkurransen.

Et eksempel på anvendelsen av bruksrestriksjoner i gassektoren finner vi i Kommisjonens etterforskning av tre langvarige salgskontrakter mellom produksjonsfellesskapet Dansk Undergrunds Consortium (DUC) og det vertikalt integrerte grossistforetaket Dansk Olje- og Naturgass (DONG).³⁵⁵ Kontraktene innebar at DONG avtok 6,3 bcm gass årlig, eller ca 90 % av gassproduksjonen fra dansk kontinentalsokkel. Saken gjaldt først og fremst ulovlig felles markedsføring av gass, men kontraktene innebar også at DONG måtte rapportere hvilke gassvolumer som ble solgt til visse definerte kundegrupper, som forutsetning for å nyte godt av spesielle prisformularer. Kommisjonen fant at denne prisningsmetoden, kombinert med rapporteringsplikten, hadde samme *virkning* som en bruksrestriksjon; DONG sto ikke fritt til å selge gass til kunder etter eget valg uten å risikere å miste fordelene gjennom den spesifikke prisformuleringen. Kommisjonen anså denne kontraktspraksisen for å lede til en oppdeling av markedet, og at den derfor var i konflikt med målet om å etablere et indre gassmarked. Dermed ble bestemmelsen vurdert å være i strid med forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i EFT artikkel 81. Saken ble imidlertid lukket etter at partene aksepterte å fjerne klausulen fra avtalene, uten at noe formelt vedtak ble fattet.

³⁵⁵ Se Kommisjonens pressemelding IP/03/566, og Schnichels & Valli.

Også i saken *Gas Natural/Endesa*³⁵⁶ aksepterte den ledende spanske gassdistributøren Gas Natural å fjerne klausuler som forpliktet energiproduzenten Endesa til utelukkende å bruke gassen den kjøpte til elkraftproduksjon. Partene forpliktet seg i tillegg til å forstå fra å benytte liknende klausuler i fremtiden.

6.2.4 Unntaksmuligheter

På bakgrunn av drøftelsen ovenfor ser vi at både bruksrestriksjoner, og direkte og indirekte territorialbegrensninger, medfører og opprettholder en oppdeling av de europeiske gassmarkedene, og dermed står i direkte opposisjon mot EF-traktaten og gassmarkedsdirektivets mål om et integrert marked. I dette avsnittet skal det drøftes om det likevel foreligger muligheter for å *unnta* disse bestemmelsene fra forbudet i artikkel 81/53 første ledd. Reglene for mulige unntak er i det alt vesentlige de samme for de tre ulike bestemmelsestypene. I dette avsnittet skal derfor unntaksmulighetene drøftes *samlet*. Som fellesbetegnelse kommer jeg til å bruke begrepet *markedsdelingsbestemmelser*.

6.2.4.1 Gruppefritaket for vertikale avtaler

Gruppefritaket for vertikale avtaler gir på visse vilkår et generelt unntak fra forbudet i artikkel 81/53 første ledd.

Gruppefritaket gjelder imidlertid ikke for vertikale avtaler mellom faktisk eller potensielt konkurrerende foretak, jf artikkel 2 nr. 4 jf nr. 1. Partene i en avtale som inneholder markedsdelingsbestemmelser vil ofte være minst *potensielle* konkurrenter. At leverandøren har sett det nødvendig å fastsette begrensninger i kjøpers videresalgsmuligheter kan være en indikator på et slikt

³⁵⁶ For en nærmere beskrivelse av saksforholdet, se Kommissjonens presse-melding IP/00/297, og Fernández Salas, s. 55-58.

potensielt konkurranseforhold. I slike tilfeller kan imidlertid unntaket i art. 2 nr. 4 bokstav b) være av praktisk betydning.³⁵⁷ Så lenge den distributør som er pålagt en markedsdelingsbestemmelse i en *ensidig avtale* ikke også *produserer* gass, vil gruppefritaket likevel kunne få anvendelse.

I artikkel 4 er det listet opp en rekke «alvorlige begrensninger», som medfører at gruppefritaket overhodet ikke kommer til anvendelse. Artikkel 4 bokstav b) fremhever at markedsdelingsbestemmelser utgjør alvorlige konkurransebegrensninger. Her fastslås at vertikale avtaler som inneholder bestemmelser som «direkte eller indirekte ... har som formål ... en begrensning av det territorium eller til den kundegruppe kjøperen kan selge avtalevarene eller -tjenestene til» faller utenfor fritakets virkeområde. Begrunnelsen for artikkel 4 b) ligger i at de negative virkningene av markedsdelingsbestemmelser er så kjente og veletablerte at det ikke foreligger noe behov for å dokumentere dem i hver enkelt sak. Det holder å konstatere at partene inngikk en avtale som medførte en begrensning av videresalgsmulighetene.

Fra dette utgangspunktet er det imidlertid gjort enkelte praktiske unntak. Kontraktspartene kan for eksempel avtale en begrensning av «aktivt salg» til et eksklusivt territorium eller en eksklusiv kundegruppe leverandøren har reservert til seg selv eller en annen kjøper, jf art. 4 b) første innskudd. Leverandøren kan imidlertid ikke forby sine distributører å inngå såkalte *passive salg*, som omfatter besvaring av uoppfordrede forespørsler fra individuelle kunder om levering av gass, herunder salg over internett.³⁵⁸ En kjøper kan med andre ord forbys fra å henvende seg *aktivt* til kunder utenfor sitt tildelte område, så lenge han tillates å selge gass

³⁵⁷ Se punkt 5.2.2 ovenfor.

³⁵⁸ Se Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 50.

som respons på *uoppfordrede forespørsler* fra kunder også utenfor dette området.³⁵⁹ Problemet med markedsdelingsbestemmelsene i de gassalgskontrakter Kommisjonen så langt har etterforsket, var at det ikke ble foretatt noe slikt skille, og at kontraktene dermed innebar en *absolutt* markedsoppdeling. I slike tilfeller vil ikke gruppefritaket få anvendelse.

Når det gjelder *bruksrestriksjoner* åpner art. 4 b) annet innskudd i tillegg for at leverandøren kan begrense kjøperens adgang til å selge *direkte til sluttbrukere*, dersom denne bare utøver virksomhet på *grossistnivå*. Unntaket i art. 4 b) annet innskudd har imidlertid foreløpig ikke blitt anvendt i energisektoren.³⁶⁰

6.2.4.2 Unntak etter artikkel 81/53 tredje ledd

Det er lite trolig at en markedsdelingsbestemmelse vil oppfylle vilkårene for unntak etter artikkel 81/53 tredje ledd. Slike bestemmelser vil som regel medføre overveiende *negative* virkninger på markedet. Det er generelt antatt at markedsdelingsbestemmelser fører til redusert produksjon, svekket ressursallokering og høyere priser. Dermed kan slike bestemmelser også føre til en reduksjon av forbrukervelferden.³⁶¹ Kommisjonens generelle holdning er derfor at det er «usannsynlig» med individuelle unntak for avtaler som inneholder direkte eller indirekte markedsdelingsbestemmelser.³⁶²

Det er vanskelig å tenke seg *positive* virkninger av markedsdelingsbestemmelser i gassalgskontrakter. Produsentene har argumentert med at de i et europeisk marked med betydelige

³⁵⁹ Slik også Nyssens & Schnichels, s. 1409.

³⁶⁰ Jf Nyssens & Schnichels, s. 1409.

³⁶¹ 81(3)-retningslinjene, avsnitt 21.

³⁶² Retningslinjer for vertikale begrensninger avsnitt 46, jf gruppefritaket art. 4.

prisforskjeller mellom medlemsstatene må ha anledning til å optimalisere sin profitt ved bruk av slike bestemmelser.³⁶³ Profittmaksimering vil imidlertid ikke være en effektivitetsgevinst som oppfyller vilkårene i artikkel 81/53 tredje ledd.

Markedsdelingsbestemmelser i langvarige gassalgskontrakter vil således ikke kunne unntas med hjemmel i artikkel 81/53 tredje ledd.

6.3 Eksklusive forsyningsforhold - bestemmelser som innebærer begrensninger i nye aktørers mulighet for inntreden på gassmarkedet

6.3.1 Innledning

Eksklusive forsyningsforhold er svært utbredt i de europeiske gassmarkedene, og da særlig i nedstrømssegmentene. Det er vanlig å skille mellom to ulike former for eksklusive forsyningsforhold; konkurranseklausuler og enedistribusjonsbestemmelser.³⁶⁴

En *konkurranseklausul* er enhver direkte eller indirekte forpliktelse for *kjøperen* om å kjøpe hele, eller store deler av, sitt behov for en vare fra kun én leverandør.³⁶⁵

En *enedistribusjonsbestemmelse* innebærer en forpliktelse for *leverandøren* om bare å selge til én kjøper for videresalg innen et bestemt territorium.³⁶⁶

³⁶³ Se for eksempel Konoplyanik 2005, s. 291-294.

³⁶⁴ Albers, s. 186.

³⁶⁵ Gruppefritaket for vertikale begrensninger benytter ordet «konkurranseklausul», jf artikkel 1, bokstav b). I norsk konkurranserettsteori brukes i stedet begrepet «eksklusiv kjøpsplikt», se for eksempel Kolstad, s. 454 flg. For en generell fremstilling av gruppefritakets behandling av konkurranseklausuler, se f.eks. Filipponi m.fl. s. 1201 flg.

Eksklusive forsyningsforhold vil normalt ikke utgjøre konkurranserettslige problemer. I markeder der konkurransen i utgangspunktet ikke er virksom, for eksempel fordi et eller flere selskaper utøver markedsrett, vil eksklusive forsyningsforhold imidlertid likevel kunne medføre at nykommere utestenges fra å tre inn på markedet. Dette gjelder særlig der markedet også er preget av andre etableringshindringer.

I dette avsnittet skal det foretas en vurdering av den konkurranserettslige statusen til slike eksklusive forsyningsforhold i gasssektoren. I punkt 6.3.2 behandles konkurranseklausuler, mens nedistribusjonsbestemmelser behandles i punkt 6.3.3.

6.3.2 Konkurransesklausuler – begrensninger pålagt gasskjøperen

Til tross for den formelle åpningen av den europeiske gasssektoren for konkurranse med ikrafttredelsen av det andre gassmarkedsdirektivet i 2004, har man så langt ikke kunnet dokumentere at konkurransen har vært fullt ut virksom. I konklusjonen på Sektorundersøkelsen fremhever DG Comp at nye aktører i *grossistmarkedet* fremdeles i stor grad *stenges ute fra markedet* på grunn av et *nettverk av langvarige kontrakter* mellom sluttbrukere av gass og deres leverandører i videresalgsmarkedet.³⁶⁷ Konkurransesklausuler har vært et tilbakevendende problem ved salg til kunder i nedstrømsmarkedene. Svært mange gasskunder under grossistnivå kjøper hele, eller store deler av, sitt behov fra kun én leverandør. Sektorundersøkelsen bekrefter at langvarige nedstrømskontrakters utestengende virkning er en umiddelbar prioritet for Kommisjonen,

³⁶⁶ Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 109, første innskudd.

³⁶⁷ SEC (2006) 1724, s. 235, avsnitt 770.

og at man muligens vil få se åpning av saker på dette området i den nærmeste fremtid.³⁶⁸

Denne fremstillingen har først og fremst fokusert på gassprodusentenes gassalgskontrakter, som stort sett har funnet sted i *oppstrømsmarkedet*. I kjølvannet av den liberaliseringsprosess som foregår vil det imidlertid bli stadig mer aktuelt for gassprodusentene å utvide sin virksomhet, og tre inn i nedstrømsmarkedene som direkte konkurrent til de store grossistene/ transmisjonsselskapene som tradisjonelt har fått råde grunnen der alene.³⁶⁹ Særlig aktuelt er salg til regionale og lokale distribusjonsselskaper eller direkte til store sluttbrukere, som industri- og næringskunder eller gasskraftverk.

Konkurransesklausuler synes å være upraktiske ved salg av gass til større videresalgstributører, ettersom disse gjerne etterstreber brede porteføljer av leverandører for å ivareta forsyningssikkerhetshensyn. Ved salg direkte til større industrielle sluttbrukere, for eksempel gasskraftverk, er imidlertid problemstillingen mer reell. Statoil forsyner for eksempel fremdeles det irske kraftverket Synergen direkte med 0,6 bcm gass pr år³⁷⁰, mens Hydro årlig forsyner Yaras kunstgjødsselfabrikk i Nederland med 1,6 bcm gass.³⁷¹

³⁶⁸ COM (2006) 851, s. 10. Se også Cameron 2007, s. 300.

³⁶⁹ Det russiske statselskapet Gazprom har for eksempel lagt om sin eksportstrategi de siste par årene, og satser nå i større grad på økt tilgang til sluttbrukermarkedene for å maksimere utbyttet av gasseksporten. Se selskapetshjemmeside:

<http://www.gazprom.com/eng/articles/article20160.shtml>

(lest 26. mai 2007).

³⁷⁰ Statoil Annual Report and Accounts 2005, s. 26.

³⁷¹ Norsk Hydro; Annual Report 2006, s. 40.

6.3.2.1 Konkurransbegrensningskriteriet

Gassalgskontrakter binder ofte avtalepartene til hverandre i et svært langt tidsrom, og avtakeren er i denne perioden gjennom take or pay-bestemmelser forpliktet til å betale for de avtalte gassvolumer. Avtakeren får ofte sitt behov helt ut eller i det vesentlige dekket gjennom slike kontrakter. Og så lenge behovet er dekket, er avtakeren uinteressant som kunde for potensielt nye leverandører. På den måten kan en si at disse kontraktsstrukturene stenger markedstilgangen for potensielle leverandører.

EF-domstolen har uttalt at konkurranseklausuler generelt ikke har som *formål* å begrense konkurransen.³⁷² Dermed blir spørsmålet om gassforsyningskontrakter som kombinerer lang varighet med konkurranseklausuler kan ha som *virkning* at konkurransen begrenses.

Konkurranseklausuler finnes i ulike former. Begrepet omfatter både *formell* eksklusivitet, der partene eksplisitt har avtalt at leveransene skal dekke hele kjøperens behov, og *faktisk* eksklusivitet, der partene fikserer et årlig kontraktsvolum som tilsvarer kjøperens gjennomsnittlige årlige behov. Et annet eksempel på faktisk eksklusivitet er at avtalen gir kjøperen et økonomisk insentiv, for eksempel gjennom rabatter, til å dekke sitt behov hos leverandøren. At også slik faktisk eksklusivitet omfattes, er slått fast av Førsteinstansretten i *Van den Bergh Foods*³⁷³ og generelt av Kommisjonen i gruppefritaket for vertikale avtaler art. 1 (b), jf bruken av ordene «direkte eller indirekte forpliktelse».

Det er heller ikke noe vilkår at kjøperen avtar *hele* sitt behov fra leverandøren for at det skal anses som en konkurranseklausul. Det

³⁷² Sak C-234/89, *Delimitis*, Saml. 1991, s. I-935, premiss 13.

³⁷³ Sak T-65/98 *Van den Bergh Foods*, Saml. 2003, s. II-4653.

er tilstrekkelig at han får «en betydelig del» av sitt behov dekket.³⁷⁴ Det foreligger foreløpig ingen praksis fra domstolene eller Kommisjonen vedrørende hva som anses for å være en «betydelig del» av en kjøpers behov i energisektoren. Gruppefritakets art. 1 (b) legger generelt til grunn at en forpliktelse til å avta mer enn 80 prosent av det årlige behovet likestilles med en konkurranseklausul.

Det konkurranserettslige problemet med konkurranseklausuler i langvarige kontrakter er først og fremst *utestengelsesvirkninger*, nærmere bestemt output foreclosure.³⁷⁵ Der en avtale forplikter en kunde til å kjøpe gass bare fra én leverandør, stenges andre faktiske eller potensielle leverandørers mulighet for å levere til denne kunden. Dette kan igjen føre til at aktuelle eller potensielle nye aktører i videresalgsmarkedet ikke blir i stand til å bygge opp tilstrekkelige markedsandeler til å kunne konkurrere effektivt. Dersom flesteparten av etterspørernes, eller de kommersielt mest attraktive kundenes, behov er eksklusivt dekket opp gjennom langvarige kontrakter, vil nye aktører ikke kunne oppnå betydelige markedsandeler, selv om han ellers er i stand til å tilby konkurransedyktige vilkår.³⁷⁶ Dermed vil de tradisjonelt ledende aktørene i markedet dra nytte av de betydelige stordriftsfordeler som eksisterer i forsyningsmarkedet, og konkurrere dem ut på pris.³⁷⁷ Utestengningen skjer ved at aktuelle eller potensielle

³⁷⁴ Jf Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche*, Saml. 1979, s. 461.

³⁷⁵ Se Albers, s. 191 og punkt 4.4.4.2 ovenfor.

³⁷⁶ Kommisjonen fremhever dette som et alvorlig problem for konkurransen i gassmarkedet i konklusjonen på sektorundersøkelsen, se SEC (2006) 1724, s. 232-244.

³⁷⁷ Særlig kostnader i forbindelse med balansering i nettet og fleksibilitetsrettigheter på avtakssiden blir lettere å håndtere ved omsetning av store volumer.

gassleverandører ikke finner tilstrekkelige avsetningsmuligheter, dermed ikke er i stand til å trenge inn på markedet.

Bruken av langvarige konkurranseklausuler står i fare for å skade konkurransen der en enkelt tilbyder, eller en gruppe av ledende tilbydere, med markedsrett binder en betydelig del av etterspørselen i det relevante marked i en vesentlig tidsperiode.³⁷⁸ Jo høyere andel av den totale etterspørsel i markedet som er bundet, og jo lengre varighet konkurranseklausulen har, desto mer betydelig blir utestengelsesvirkningen.³⁷⁹

Et annet problem med kombinasjonen av lang kontraktsvarighet og konkurranseklausuler oppstår ved at kontraktene låser kjøperen til én leverandør frem til kontraktens utløp. Dermed begrenses kjøperens valgfrihet, og denne vil ikke til enhver tid kunne velge det beste tilbud på markedet eller skifte til en alternativ leverandør med gunstigere avtalevilkår. Gasskunders mulighet til å fritt velge leverandør er som nevnt et av hovedformålene med gassmarkedsdirektivene og arbeidet med å skape konkurranse i sektoren.

Tre forhold må være tilstede for at en slik utestengelsesvirkning *merkbar* begrenser konkurransen, og derfor rammes av forbudet i artikkel 81/53 første ledd.³⁸⁰

Tilstedeværelse av markedsrett

I merkbarhetsvurderingen må man for det første ta hensyn til avtalepartenes markedsposisjon. Sentralt i denne vurderingen står leverandørens markedsandel. Det er en forutsetning at han innehar *markedsrett*, enten alene, eller sammen med en gruppe av andre leverandører. I denne sammenheng må graden av markedsrett være betydelig, og også høyere enn det som generelt kreves for at

³⁷⁸ Albers, s. 191.

³⁷⁹ Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 141.

³⁸⁰ Albers, s. 191-193.

en vertikal begrensning skal komme i strid med konkurranse-reglene. Kommisjonen og ESA fremhever i Retningslinjene for vertikale begrensninger at der den største leverandørens markedsandel er under 30 %, og den samlede markedsandel av de fem største leverandørene i det relevante marked er under 50 %, er det «usannsynlig» at konkurranseklausulen frembringer en individuell eller kumulativ utestengende virkning.³⁸¹ Hvis en leverandør med markedsandeler mellom 40 og 50 % har inngått avtaler med konkurranseklausuler med sine kunder, vil en betydelig del av markedet være stengt for leverandørens konkurrenter, selv om han ikke er dominerende. I motsatt tilfelle er det lite sannsynlig at det er konkurranseklausulen som er grunnlaget for den manglende markedsadgangen. Poenget her er at dersom det i markedet er et tilstrekkelig antall ubundne etterspørrere, vil det være rom for at aktuelle eller potensielle leverandører tar markedsandeler og dermed etablerer seg.

Selv om markedsandelsterskelen settes høyt, vil denne presumsjon ikke nødvendigvis utelukke utestengelsesproblematikken i mange nasjonale gassmarkeder. En av hovedkonklusjonene i Sektorundersøkelsen var nettopp at mange nasjonale gassmarkeder selv etter den formelle liberaliseringen fremdeles er preget av en høy grad av markedskonsentrasjon, der hver enkelt leverandør har betydelige markedsandeler.³⁸²

En ikke ubetydelig del av markedet må være dekket

For det annet må man vurdere om *markedsstrukturen* innebærer at en ikke-ubetydelig del av *etterspørselen i markedet* er bundet opp gjennom lignende konkurranseklausuler. Utestengelsesvirkninger

³⁸¹ Avsnitt 143.

³⁸² SEC (2006) 1724, s. 37-46.

vil sjelden oppstå i forbindelse med en leverandørs leveranser til én enkelt kunde, med mindre denne kunden er en såkalt «nøkkelkunde», som i seg selv har et behov stort nok til å danne grunnlag for nye leverandørers markedsadgang. Vurderingen blir snarere om en gitt leverandørs samlede avtaler, muligens også sett i sammenheng med andre leverandørers tilsvarende avtaler, leder til en samlet utestengelsesvirkning på det relevante marked.

I denne sammenheng er det avtalenes *kumulative* virkning på muligheten for nye tilbydere til å etablere seg på markedene som er avgjørende.³⁸³ Dersom leverandøren, og også *andre* leverandører i markedet, opererer med tilsvarende konkurranseklausuler i sine øvrige avtaler, vil samtlige forsyningsforhold utgjøre et *avtalenettverk* som samlet kan bevirke en merkbar utestengning. I slike tilfeller vil potensielle nykommere effektivt kunne utestenges fra markedet. Dersom det foreligger et slikt utestengende nettverk av avtaler med konkurranseklausuler, er det et ytterligere vilkår at avtalen inngått av den enkelte leverandør «merkbart» bidrar til avskjermingen.³⁸⁴ Hva som skal til for at disse to vilkårene er oppfylt er drøftet i punkt 4.5.2.1 ovenfor. Nettverksteorien innebærer som nevnt at den enkelte gassleverandør ikke selv behøver å inneha markedsrett for at dens konkurranseklausuler skal anses som konkurransebegrensende.³⁸⁵

Konkurranseklausulen må ha en betydelig varighet

For det tredje er det et vilkår at konkurranseklausulen skal anses å bidra til en merkbar utestengning at den har en *betydelig varighet*. Graden av utestenging forventes å bli større jo lenger

³⁸³ Kolstad, s. 472.

³⁸⁴ Se for eksempel *Delimitis*, premiss 24.

³⁸⁵ Albers, s. 193.

konkurransesklausulen gjelder, mens kortvarige konkurranseklausuler ikke regnes tilstrekkelige til å utestenge konkurrenter. Kommisjonen og ESA uttaler i Retningslinjene at konkurranseklausuler inngått av foretak uten dominerende markedsstilling med en varighet på mindre enn ett år, vanligvis ikke vil anses for å ha merkbare konkurransebegrensende virkninger.³⁸⁶ Konkurransesklausuler med en varighet utover ett år risikerer dermed å falle inn under forbudet i artikkel 81/53, under forutsetning av at de øvrige to vilkårene er oppfylt. Ettersom det store flertall av gassforsyningskontrakter fremdeles inngås med en varighet utover ett år, vil gassleverandører måtte være svært forsiktige med bruken av slike klausuler.

Samhandelskriteriet

De er etter artikkel 81/53 første ledd også et vilkår at samhandelen mellom EØS-statene er merkbart påvirket. De viktigste potensielle konkurrentene til de forhenværende nasjonale monopolistene vil typisk være utenlandske leverandører, enten gassprodusenter eller store grossister. Dermed vil «samhandelen» fort kunne anses påvirket. Så lenge det foreligger en *kumulativ* utestengende virkning av et helt marked som følge av et nettverk av avtaler, vil også kravet til at samhandelen må være merkbart påvirket i de fleste tilfeller være oppfylt.

6.3.2.2 *Nyere kommisjonspraksis*

Fellesskapsdomstolene eller Kommisjonen har så langt ikke kommet med noen *endelig* avgjørelse av spørsmålet om hvordan de europeiske konkurransereglene skal anvendes på langvarige kjøpsforpliktelser i energisektoren. Spørsmålet om konkurranse-

³⁸⁶ Avsnitt 141.

klausulers utestengning av nye aktører ble riktignok reist av Kommisjonen i sakene *Gas Natural/Endesa* og *Synergen*. Ettersom disse ble avgjort på bakgrunn av helt spesielle, konkrete omstendigheter; byggingen av nye gasskraftverk, kan sakene imidlertid ikke sies å bidra med noen *avgjørende* veiledning. De gir likevel et visst innblikk i Kommisjonens vurderinger av dette spørsmålet.

I *Gas Natural/Endesa*³⁸⁷ inngikk den dominerende spanske gassdistributøren Gas Natural (90 % markedsandel) en langvarig gassforsyningsavtale med den ledende elektrisitetsprodusenten Endesa. Avtalen innebar at Endesa *de facto* ville få hele behovet for gass til sine nye gasskraftverk dekket eksklusivt av Gas Natural i en periode på 18 år. Kommisjonen grep inn for å forhindre at den forhenværende monopoldistributøren Gas Natural skulle forlenge sitt faktiske monopol ved å utestenge andre aktører fra å levere gass til en nøkkelpkunde som Endesa i overskuelig fremtid. Gassbehovet til Endesas kraftverk ville gjøre Endesa til den største enkeltkunden på det spanske gassmarkedet, en såkalt *nøkkelpkunde*. Kommisjonen fant at dette ville føre til at potensielle nykommere på det nylig liberaliserte spanske gassmarkedet mistet sin mest attraktive kunde for en lang periode, og at dette ville gjøre nye aktørers inntreden på det spanske gassforsyningsmarkedet betydelig vanskeligere. Denne utestengelseeffekten i Spania ble videre antatt å utgjøre et hinder for den pågående liberaliseringen av hele det europeiske gassmarkedet. Derfor ble selskapene presset til å redusere de kontraherte gassvolumene med 25 prosent og til å redusere kontraktsvarigheten med en tredel, ned til 12 år. Dette for å redusere avtalens utestengende effekt.

³⁸⁷ Se Kommisjonens pressemelding IP/00/297.

*Synergen*³⁸⁸ gjaldt en serie avtaler mellom Statoil og Irlands dominerende elektrisitetsforetak ESB i forbindelse med konstruksjonen og driften av Synergen, et gasskraftverk i Dublin.³⁸⁹ For å sikre tilstrekkelige gassleveranser til kraftproduksjonen avtalte foretakene at Statoil skulle dekke Synergens behov for gass i en periode på 15 år på eksklusiv basis. Kommisjonen godkjente avtalen, og la vekt på at det irske gassmarkedet fremdeles var dominert av den forhenværende forsyningsmonopolisten BGE, og at denne kontrakten var Statoils første betydelige gassforsyningsavtale i Irland. Gjennom kontrakten kunne Statoil komme seg over den kritiske masse for å oppnå tilstrekkelige stordriftsfordeler til å etablere en langvarig tilstedeværelse i det irske markedet. Samtidig ble det lagt vekt på at Statoils andel i det irske forsyningsmarkedet selv etter denne avtalen bare så vidt oversteg merkbarhetsterskelen i bagatellkunngjøringen.

*Distrigas*³⁹⁰ gjelder en vesentlig annerledes situasjon. Saken angår en rekke gassforsyningskontrakter inngått mellom Belgias forhenværende distribusjonsmonopolist Distrigas og en rekke *industrikunder* i Belgia. I følge Kommisjonen ble Distrigas ansett for å inneha en *dominerende stilling* på markedet for leveranser av gass til store kunder i Belgia.³⁹¹ Kommisjonens etterforskning tydet også på at kundene i dette segmentet med få unntak bare har én

³⁸⁸ Se Kommisjonens pressemelding IP/02/792.

³⁸⁹ Kraftverket ble bygget som et joint venture, der ESBs eierandel var 70 %, og Statoils var 30 %.

³⁹⁰ Sak Comp 97.966, se EUT 2007 C77/14, og Kommisjonens pressemeldinger IP/07/490 og IP/071487, samt informasjonsnotat MEMO/07/407.

³⁹¹ Kommisjonen åpnet i tillegg for at dette markedet kunne oppdeles videre i markeder for bestemte kundegrupper, som industrikunder, elkraftprodusenter og grossister.

leverandør, og at det derfor bare vil være konkurranse om kundene når en kontrakt utløper og en ny skal inngås. Derfor ble også her foretakets langvarige kontrakter ansett for å begrense andre gassleverandørers muligheter til å tilegne seg kunder, og dermed for å stenge potensielle nykommerne ute fra markedet. Kommisjonen fremhevet i denne sammenheng at den lange kontraktsvarigheten ville virke utestengende på nykommerne uavhengig av hvor konkurransedyktige vilkår de kunne tilby. Distrigas var hele tiden uenig i Kommisjonens fremgangsmåte, men foreslo allikevel endringer i sine kontrakter gjennom tilsagn etter forordning 1/2003 artikkel 9 nr. 1.³⁹² Hovedelementene i tilsagnene omfattet blant annet at ingen nye forsyningskontrakter med industribrukere og elkraftprodusenter skulle gis varighet på mer enn fem år, og at ingen nye forsyningskontrakter med grossister skulle ha varighet på mer enn to år.³⁹³ Dette, samt en rekke andre tilsagn, ble gitt for å sikre at 70 prosent av de volumer foretaket og tilknyttede selskaper tradisjonelt har forsynt til store kunder ble frigitt for konkurranse hvert år. Dermed vil ikke Distrigas kunne binde en større del av kundene i det belgiske gassmarkedet for mer enn et år av gangen.

Kommisjonen fattet i oktober 2007 vedtak om å gjøre disse tilsagnene bindende etter forordning 1/2003 art. 9 nr. 1. Dermed ble det ikke tatt eksplisitt stilling til om det forelå en overtredelse av konkurransereglene. Det var heller ikke snakk om å ilegge bot, jf forordningens fortale, betraktning (13).

³⁹² Tilsagnene ble sendt på høring 5. april 2007, og er tilgjengelige på DG Comps nettsider (lest 18. oktober 2007): <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37966/en.pdf>

³⁹³ Selskapet skal imidlertid fortsatt ha anledning til å selge gass på lengre kontrakter til nye gasskraftverk. Slike salg dekkes ikke av tilsagnene.

Saken viser imidlertid en del viktige elementer ved Kommisjonens tilnærming til problemet med langvarige kontrakter. For det første var det viktig for Kommisjonen at *det totale volumet* gass bundet opp i langvarige kontrakter ble redusert. For det annet var det sentralt at kontraktsvarigheten ble kortet ned, for å kunne oppnå en vedvarende konkurranse om gassvolumene. Samlet sett innebar dette en årlig frigivelse av 70 prosent av de opprinnelige bundne volumene, noe Kommisjonen anså tilstrekkelig til å gi *Distrigas* konkurrenter anledning til å bygge opp en kundeportefølje, og dermed også til å øke konkurransen på det belgiske gassmarkedet. I dette ligger også en antydning om at Kommisjonen i slike saker anser en binding av rundt 30 prosent av markedet for å utgjøre grenseflaten på hva som regnes som en «betydelig del» av markedet.

Ut fra fremgangsmåten i *Distrigas*, ser det ut til at Kommisjonen særlig legger vekt på fem elementer ved vurderingen av langvarige gassalgskontrakter i nedstrømsmarkedet: leverandørens markedsposisjon; andelen av kundens behov som dekkes av kontrakten; kontraktens varighet; den totale andel av markedet som dekkes av kontrakter med tilsvarende langvarige forpliktelser; og eventuelle effektivitetsgevinster.³⁹⁴ Selv om saken gjaldt mistanke om overtredelse av EFT artikkel 82, vil disse momentene også ha relevans ved vurderingen av langvarige kontrakter etter forbudet i artikkel 81.

For det første er leverandørens markedsposisjon et sentralt moment. Der markedet domineres av en enkelt leverandør holder det å se på denne aktørens kontrakter. Det er imidlertid sjelden at én leverandør dominerer i grossistmarkedet. Der ingen aktør er

³⁹⁴ Se MEMO/07/407 s. 4-5.

dominerende blir man nødt til å se på den *samlede virkning* av det nettverk av kontrakter som slutes av flere leverandører.

For det annet legges det vekt på andelen av kundens behov som dekkes av kontrakten. Når en kunde forpliktes til å dekke hele eller store deler av sitt behov hos én bestemt leverandør er han ikke lenger tilgjengelig som potensiell kunde for andre leverandører. På den måten kan en langvarig kontrakt med full behovsdekning bidra til å avskjerme markedet for andre leverandører, og dermed styrke de eksisterende leverandørenes posisjoner som premissleverandører i markedet.

For det tredje legges det vekt på kontraktens varighet. Der kontraktsvarigheten er kort vil kundene raskt returnere til markedet som potensielle kunder for alternative leverandører. Langvarige kontrakter hindrer derimot kunden å skifte leverandør, selv i tilfeller der nye leverandører kan tilby bedre vilkår.

For det fjerde må man vurdere den totale andelen av markedet som dekkes av kontrakter med tilsvarende langvarige forpliktelser. Der bare en liten andel av det totale marked er dekket av kontrakter som binder kunder til bestemte kjøpere, er faren for at markedet vil avskjermes fra potensielle nykommere begrenset. Der slike kontrakter derimot dekker betydelige deler av markedet, vil konkurransen kunne bli skadelidende. I *Distrigas* antok Kommisjonen at ingen konkurranseskadelige virkninger ville oppstå dersom kontrakter med en varighet utover ett år samlet dekket mindre enn 20 prosent av markedet. Her tok imidlertid Kommisjonen også hensyn til at den maksimale tillatte varighet av foretakets kontrakter var fem år. Saken kan derfor bare til en viss grad fungere som målestokk for senere saker. Hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret.

For det femte vil eventuelle effektivitetsgevinster være av stor betydning. Selv om en langvarig kontrakt i betydelig grad bevirker at potensielle nykommere avskjermes fra markedet, vil

Kommisjonen gå inn og vurdere om den samtidig genererer effektivitetsgevinster tilstrekkelige til å oppveie de negative virkningene. I *Distrigas* kom dette til uttrykk ved at gassalgskontrakter i forbindelse med etableringen av nye gasskraftverk ble utelatt fra rekkevidden av tilsagnene. Ytterligere produksjonskapasitet i det belgiske elkraftmarkedet ble ansett som viktig, samtidig som Kommisjonen implisitt aksepterte *Distrigas* påstand om at kontrakter med varighet utover fem år var nødvendig for å sikre finansieringen og lønnsomheten i slike prosjekter.

På bakgrunn av dette ser vi at det er en *kombinasjon* av faktorer som vil føre til at langvarige konkurranseklausuler kommer i konflikt med forbudet i artikkel 81/53 første ledd. Minst tre vilkår må være oppfylt; konkurranseklausulen må innebære en *høy grad av eksklusivitet*, og den må være av *lang varighet*. I tillegg kommer man til å ta denne kontraktspraksisens *samlede virkning* på konkurransen i betraktning. Her er det av betydning om det kan sies å foreligge et *parallelt nettverk* av kontrakter med like eller tilsvarende klausuler i det relevante markedet, og om disse samlet sett bidrar til at nye leverandører utestenges fra markedet. Et annet forhold som kan føre til en merkbar utestengelsesvirkning er at store nøkkelkunder er bundet av en slik langvarig konkurranseklausul.³⁹⁵

Et interessant eksempel på tilsvarende problemstilling i elektrisitetssektoren materialiserte seg i det Kommisjonen 26. juli 2007 i to separate saker åpnet formelle prosedyrer mot Electrabel og EDF.³⁹⁶ Grunnlaget for åpningen av sakene er Kommisjonens mistanke om at Electrabel og EDF har misbrukt sin dominerende stilling på henholdsvis det belgiske og det franske elektrisitetsmarkedet ved å inngå langsiktige, eksklusive forsyningskontrakter med

³⁹⁵ Nyssens & Schnichels, s. 1414.

³⁹⁶ Se Kommisjonens informasjonsnotat MEMO/07/313.

industrikunder. Kommisjonen hevder at kontraktene medfører at selskapenes kunder forhindres fra å skifte tilbydere, og at de derfor har en betydelig utestengningseffekt. Sakene viser med andre ord at de samme problemstillingene som Distrigas-saken gjør seg gjeldende i elektrisitetsmarkeder. Interessant å merke seg er at Kommisjonen har uttalt at den vil vektlegge argumentasjonen i Distrigas-saken og de belgiske gassmarkedene i arbeidet med saken.³⁹⁷

6.3.2.3 Unntaksmuligheter

Gruppefritaket for vertikale begrensninger

Gruppefritaket for vertikale begrensninger unntar konkurranseklausuler fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid så lenge leverandøren har en markedsandel på under 30 %, jf art. 3. Det relevante marked vil i dette tilfellet være *grossistmarkedet for gass* i den EØS-stat kjøperen er hjemmehørende i, altså markedet der produsenter eller importører selger til distributører, industrikunder eller gasskraftverk.

I tillegg er det to andre vilkår som må være oppfylt for at gruppefritaket skal få anvendelse.

For det første er det et vilkår at avtalen, ved siden av konkurranseklausulen, ikke inneholder elementer som omfattes av «svartelisten» i art. 4. Her er det først og fremst klausuler som begrenser det territorium der, eller den kundegruppe, kjøperen kan selge gassen til, som må unngås, jf art. 4 b).

For det annet er konkurranseklausuler bare fritatt dersom de har en varighet på inntil fem år, jf art. 5 a). Konkurranseklausuler som stilltiende kan fornyes utover et tidsrom på fem år skal anses som inngått for ubestemt tid.

³⁹⁷ Ibid.

Unntak etter artikkel 81/53 tredje ledd

Der gruppefritaket ikke får anvendelse, for eksempel fordi leverandøren har en markedsandel over 30 %, eller konkurranseklausulen har en varighet på mer enn 5 år, er spørsmålet om den likevel kan unntas etter artikkel 81/53 tredje ledd.

Behovet for sikring av leverandørens *relasjonsspesifikke investeringer* er en effektivitetsgevinst som ofte påberopes. Der det er foretatt omfattende relasjonsspesifikke investeringer vil bruken av en konkurranseklausul, eller en avtale om mengdeforpliktelse, kunne oppfylle vilkårene i artikkel 81/53 tredje ledd i den tid det tar å avskrive investeringen.

I henhold til *nødvendighetskriteriet* må det imidlertid foreligge en *reell fare* for at investeringene ikke vil bli foretatt i fraværet av konkurranseklausulen. For det første er det et vilkår at investeringen er *relasjonsspesifikk*. En investering fra leverandørens side anses som relasjonsspesifikk når den etter kontraktens opphør ikke kan benyttes av leverandøren til å forsyne andre kunder, og kan selges bare med et betydelig tap.³⁹⁸ En *generell* eller *markedsspesifikk* investering i utvidet kapasitet vil normalt ikke anses som tilstrekkelig til å oppfylle kravet til årsakssammenheng mellom konkurransebegrensningen og effektivitetsgevinsten. Dersom en leverandør imidlertid etablerer ny kapasitet spesielt beregnet på én bestemt kjøpers drift, kan investeringen være økonomisk levedyktig bare når leverandøren forsyner denne bestemte kunden, og investeringen vil således kunne anses som relasjonsspesifikk.

For det annet må det dreie seg om en *langsiktig investering*, som ikke kan tjenes inn på kort sikt. Og for det tredje må investeringen

³⁹⁸ Retningslinjer for vertikale begrensninger, avsnitt 116 nr. 4.

være *asymmetrisk*, hvilket vil si at leverandøren må investere mer enn kunden for at konkurranseklausulen skal anses for gyldig.³⁹⁹ Når disse vilkårene er oppfylt, vil den vertikale begrensningen kunne unntas fra forbudet i første ledd i den tiden det tar å avskrive investeringen.

Store investeringer forutsetter som nevnt ofte langvarig planleggingsikkerhet for å muliggjøre prosjektfinansieringen, og for å sørge for stabile tilbakebetalinger. Et problem i gasssektoren er imidlertid at investeringer, for eksempel i utviklingen av et nytt gassfelt, eller i utvidet produksjonskapasitet, oftest er ment å tjene et stort antall ikke-spesifiserte kjøpere. Investeringen er således ofte *markedsspesifikk*, men sjelden relasjonsspesifikk. For de fleste større investeringer vil det dermed ikke eksistere noen årsaksmessig sammenheng mellom konkurranseklausulen og investeringen. Dermed vil heller ikke konkurranseklausulen kunne anses *strengt nødvendig* for investeringen.⁴⁰⁰

Også grossister vil neppe kunne høres med at langvarige konkurranseklausuler er nødvendige for å beskytte investeringer i transportinfrastruktur. I lys av det nye liberaliseringsregimet er energiforetak i stor grad forpliktet til å atskille forsyningsvirksomheten fra transportvirksomheten.⁴⁰¹ Dette innebærer blant annet at kostnadene i forbindelse med gasstransport skal bæres av de som bruker transportinfrastrukturen. Dermed kan investeringer i infrastruktur neppe brukes til å beskytte forsyningsinteressene til et vertikalt integrert energiselskap.⁴⁰²

I retningslinjene er det generelt antatt at konkurranseklausuler med en varighet på *over fem år* for «de fleste typer investeringer» enten

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Albers, s. 209.

⁴⁰¹ Gassmarkedsdirektivet, artiklene 9 og 13.

⁴⁰² Slik også Nyssens & Schnichels, s. 1418.

overstiger grensen for hva som er nødvendig for å sikre de påståtte effektivitetsgevinster, eller medfører for sterke utestengende virkninger til at effektivitetsgevinstene er tilstrekkelige til å veie opp for dem.⁴⁰³ Ved «store» relasjonsspesifikke investeringer kan imidlertid selv en konkurranseklausul med en varighet på over fem år være berettiget.⁴⁰⁴ I *Distrigas* kom dette til uttrykk ved at gassalgskontrakter i forbindelse med etableringen av nye gasskraftverk ble utelatt fra rekkevidden av de tilsagnene som ble gjort bindende for selskapet. Ytterligere produksjonskapasitet i det belgiske elkraftmarkedet ble ansett som viktig, samtidig som Kommisjonen implisitt aksepterte *Distrigas* påstand om at kontrakter med varighet utover fem år var nødvendig for å sikre finansieringen og lønnsomheten i slike prosjekter.⁴⁰⁵ Mye tyder på at også Statoils 15-årige eksklusive forsyningsavtale i *Synergen* ble unntatt på dette grunnlaget.

Et annet trekk ved *Synergen*-saken er at den ser ut til å også akseptere bruken av langvarige konkurranseklausuler for å *forenkle markedsinntreden til en ny gassleverandør*.⁴⁰⁶ I denne sammenheng vektla Kommisjonen også at den langvarige konkurranseklausulen var avgjørende for Statoils inntreden i et marked som frem til da var dominert av den forhenværende monopolisten. Statoils kontrakt var den første gassforsyningskontrakten av en viss størrelse etter markedet åpningen. Dermed ble kontrakten ansett berettiget med grunnlag av effektivitetsbetraktningen etter art. 81 tredje ledd. Dette er også i tråd med

⁴⁰³ Avsnitt 141.

⁴⁰⁴ Retningslinjene, avsnitt 155.

⁴⁰⁵ Se MEMO/07/407 s. 5.

⁴⁰⁶ At dette er en relevant effektivitetsgevinst ble lagt til grunn av Førsteinstansretten i Sak T-112/99, *Métropole Télévision M6*, avsnitt 141 flg.

Kommisjonens tidligere praksis i energisektoren, og da særlig i de nevnte kommisjonssakene *REN/Turbogás* og *ISAB Energy*.⁴⁰⁷

Et annet forhold som ofte påberopes som en effektivitetsgevinst i stand til å kunne begrunne et individuelt unntak er hensynet til *forsyningssikkerhet*. For *distribusjonsselskapene* blir dette et slags speilbildeargument; de må benytte seg av langvarige kontrakter overfor sine kunder, ettersom de er bundet av tilsvarende langvarige kontrakter på innkjøpsiden. Argumentet bygger på et premiss om at ettersom langvarige importkontrakter er ønskelige for å ivareta forsyningssikkerheten, er det rimelig at grossistens avtaksrisiko blir fordelt gjennom langvarige kontrakter også nedover i omsetningskjeden. På denne måten kan det også hevdes at kontraktene er et «nødvendig» tiltak, og at de sikret forbrukerne en rimelig andel av den oppnådde fordel.

Kommisjonen har imidlertid ikke gitt dette argumentet tilslutning i sin nyere praksis. Bakgrunnen for dette er at det er vanlig at grossistene først anslår sine kunders samlede behov, for deretter å forhandle med leverandørene om de volumer som er tilstrekkelige for å møte kundegruppens forventede behov.⁴⁰⁸ Dermed vil en tillatelse for grossistene til å skyve avtaksrisikoen, et risikoelement som er helt typisk for grossister i alle næringer, over på neste ledd i omsetningskjeden, således ikke kunne rettferdiggjøre konkurranseklausulens konkurransebegrensende virkning. Risiko for manglende videresalg er en naturlig del av ethvert handelsforetaks virksomhet. I denne sammenheng kan det også fremheves at grossistene selv normalt *ikke* er bundet av konkurranseklausuler i de langvarige importkontraktene. Dermed ville de i tilfelle nyte godt av en høyere

⁴⁰⁷ EFT 1996 C 118/7 og C 138/3.

⁴⁰⁸ Nyssens og Schnichels, s. 1417.

grad av beskyttelse mot avtaksrisikoen fra deres kunder enn det de er villig til å gi til sine leverandører.⁴⁰⁹

For *gassprodusenter* som er aktive i engrosmarkedet vil imidlertid dette stille seg annerledes. Felleskapslovgiver har med forsynings-sikkerhetsdirektivet anerkjent at kommersielle risikoelementer i forbindelse med oppstrømsinvesteringer kan utgjøre en trussel for forsynings-sikkerheten.⁴¹⁰ I direktivet anerkjennes muligheten for at langvarige forsyningskontrakter kan bidra til å sikre produsenters storskala investeringer i letevirkosomhet og produksjon av gassfelt, i tillegg til investeringer i bygging av sammenkoblinger mellom oppstrømsrørledninger og det transeuropeiske nedstrømsnettverket. Slike investeringer kan bidra til å åpne opp nye forsyningskilder og til å opprettholde produksjonen på eksisterende felt. I slike tilfeller vil det kunne være plausibelt å anse en langvarig konkurranseklausul til beskyttelse for produsentens investering som en nødvendig konsekvens av produsentens investeringsrisiko.⁴¹¹ Det vil imidlertid være en forutsetning for unntak at hver enkelt av produsentens avtaler på individuell basis oppfyller vilkårene i art. 81/53 tredje ledd.

Konkurranseklausulen vil bare være berettiget i den tid som er nødvendig for å oppnå de tilsiktede effektivitetsgevinstene, herunder den tid det tar å avskrive investeringen.⁴¹² Når investeringen er avskrevet, eller det fremstår som klart at den

⁴⁰⁹ Ibid. I tillegg medfører de langvarige importkontraktene også *fordeler* for grossistene, i form av en pålitelig og langsiktig gasstilgang, samtidig som fleksibilitetsklausuler i importkontraktene ofte gir et tilstrekkelig handlingsrom ved behovsfluktueringer nedad i omsetningskjeden.

⁴¹⁰ Rådsdirektiv 2004/67/EF.

⁴¹¹ Slik Albers, s. 111.

⁴¹² Retningslinjene, avsnitt 119 nr. 9.

påtenkte effektivitetsgevinst ikke lar seg realisere, vil ikke lenger konkurranseklausulen omfattes av unntaket i artikkel 81/53 tredje ledd.

De tyske konkurransemyndighetene, Bundeskartellamt, har foretatt den hittil mest firkantede behandling av langvarige konkurranseklausuler der leverandøren har en markedsandel over gruppefritaketets 30%-terskel. Tilsynet har kunngjort at kontrakter mellom leverandører og regionale og lokale distributører ikke vil aksepteres der de *enten* vedrører mer enn 80 % av kjøperens samlede innkjøp av gass og avtalens varighet er lenger enn 2 år, *eller* vedrører mellom 50 og 80 % av kjøperens samlede innkjøp og avtalens varighet er lenger enn 4 år.⁴¹³ Denne standarden er senere brukt i tilsynets saker mot E.ON Ruhrgas og en rekke andre tyske leverandører.⁴¹⁴ Her ble leverandørenes langvarige kontrakter ansett for å bevirke en avskjerming av markedet på grunn av kombinasjonen av høy eksklusivitetsgrad, lang varighet og kumulativ virkning. Bundeskartellamt fant at kontraktene derfor var i strid mot forbudet i EFT artikkel 81 og fattet et forbudsvedtak. Forbudet ble i juni 2006 bekreftet av Oberlandesgericht Düsseldorf i en sak vedrørende forbudsvedtakets umiddelbare ikrafttredelse.⁴¹⁵ Den 4. oktober 2007 bekreftet Oberlandesgericht Düsseldorf også de materielle sidene ved forbudsvedtaket.

⁴¹³ Se Bundeskartellamts «*Kartellrechtliche Beurteilungsgrundsätze zu langfristigen Gasverträgen*» av 25. jan. 2005. For en kritikk av vilkårene, se Kühne, s. 55-69.

⁴¹⁴ Bundeskartellamt Beschluss In dem Verwaltungsverfahren B 8-113/03-1, E.ON Ruhrgas AG av 17. januar 2006. Senere har tilsvarende forbudsvedtak blit fattet mot Wingas, Bayerngas, Gas-Union og Saar Ferngas, saker B 8-113/03-6, 7, 8 og 15. Kunngjøringen og samtlige vedtak er publisert på www.bundeskartellamt.de (lest 26. mai 2007).

⁴¹⁵ Se Wirtschaft und Wettbewerb nr. 9 2006, s. 915-932, for utdrag av avgjørelsen.

6.3.3 Enedistribusjon - begrensninger pålagt gassleverandøren

Enedistribusjon innebærer som nevnt at en produsent selger gass bare til én kjøper for videresalg innen et bestemt territorium.

Tildelingen av et eksklusivt salgsområde innenfor et geografisk område, normalt en EØS-stat, innebærer en oppdeling av markedet mellom distributører av gass fra samme produsent. I gassektoren innebærer dette at bare én distributør i det nasjonale markedet selger produsentens gass. For sluttbrukerne betyr enedistribusjonsavtalen at valgfriheten mellom tilbydere av gass fra den samme produsenten reduseres. I slike tilfeller er produsenten kontraktuelt forhindret fra å selge til andre aktører i markedet, uavhengig av om disse er grossister, og altså konkurrenter til den forhenværende monopolisten, eller om de er distributører og sluttbrukere, og dermed importørens kunder.

Uavhengig av hvordan slike enedistribusjonsbestemmelser er formulert, kan de ha ugunstige virkninger på konkurransen. Det største problemet er at nykommere i videresalgsmarkedet ikke vil kunne kjøpe gass fra den produsent som er pålagt forpliktelsen og derved risikerer å utestenges fra markedet (input foreclosure).⁴¹⁶ En enedistribusjonsavtale vil dermed i første rekke bare begrense konkurransen vedrørende distribusjon av gass fra samme produsent. Dersom det i gassmarkedet for øvrig er rikelig tilgang på gass fra andre produsenter, vil enedistribusjonsavtaler dermed ikke forårsake nevneverdige problemer for konkurransen. På grunn av kapasitetsmangel i grenseoverskridende transportrørledninger er det imidlertid ofte bare et fåtall produsenter som selger gass i hvert

⁴¹⁶ Vurderingen var slik i Kommisjonens etterforskning av gassalgskontrakter mellom Gazprom og ENI. Se Kommisjonens pressemelding IP/03/1345 og Nyssens m.fl. s. 48 flg.

enkelt nasjonalt marked. Der flere av disse er bundet av lignende enedistribusjonsklausuler vil avtalen kunne komme i strid med forbudet i artikkel 81/53 første ledd. Dette vil særlig være tilfellet dersom kjøperen som pålegger klausulen innehar en dominerende stilling i nedstrømsmarkedet.⁴¹⁷

Forutsetningen for at en input foreclosure forårsaket av en enedistribusjonsavtale *merkbart* skal begrense konkurransen, vurderes på samme måte som output foreclosure forårsaket av konkurranseklausuler.⁴¹⁸ For det første er partenes størrelse et moment. Det er en forutsetning at en av de beskyttede distributørene innehar en viss grad av *markedsrett*. Ettersom de fleste nedstrømsmarkedene i EØS-området fremdeles er preget av en svært høy grad av konsentrasjon, vil dette vilkåret ofte være oppfylt.

For det annet er *markedsstrukturen* et moment. Tilstedeværelsen av etableringshindringer vil her gjøre at det skal mindre til før en avtale merkbart begrenser konkurransen. Bagatellkunngjøringen anser det «usannsynlig» at en kumulativ utestengelsesvirkning vil utgjøre en merkbar etableringshindring så lenge mindre enn 30 % av varene i markedet er underlagt enedistribusjon.⁴¹⁹ På grunn av de forhenværende monopolistenes sterke markedsstilling i de europeiske nedstrømsmarkedene vil denne terskelen imidlertid ofte være overskredet. I gassindustrien kontrollerer som nevnt de forhenværende monopolistene i stor grad fremdeles importen av de tilgjengelige gassvolumer gjennom langvarige kontrakter. Dermed må det vurderes om det foreligger en *kumulativ* utestengelse gjennom sammenlignbare enedistribusjonsklausuler. Der antallet

⁴¹⁷ Nyssens & Schnichels, s. 1421.

⁴¹⁸ For en mer utførlig drøftelse av vilkårene, se pkt. 6.3.2.1 ovenfor.

⁴¹⁹ Avsnitt 8 i.f.

produsenter som selger gass i markedet er begrenset, vil fort en *betydelig andel* av det totale markedet være dekket av lignende enedistribusjonsretter.⁴²⁰ Nettverket av avtaler vil dermed kunne forsterke utestengelsesvirkningen. Samtidig er likviditeten, og dermed tilgjengeligheten av gass, i de kortsiktige markedene fortsatt lav. Den input foreclosure som bevirkes av enedistribusjonsnettverket vil således fort kunne utgjøre en etableringshindring i strid med artikkel 81/53 første ledd. Der den beskyttede importøren har en dominerende stilling i nedstrømsmarkedet, vil enedistribusjonsretten i tillegg kunne forsterke hans markedsposisjon ytterligere.

For det tredje er det et vilkår at den enkelte enedistribusjonsavtale bidrar til utestengelsesvirkningen. Momenter som må tas i betraktning er i den sammenheng *partenes markedsandeler, kontraktens varighet* og de *volumer* som omfattes av avtalen.⁴²¹

6.3.3.1 Klausuler som innebærer indirekte enedistribusjon

De fleste avtaler om enedistribusjon er uttrykkelig avtalt mellom partene, for helt klart å kunne skisse opp det reserverte områdets grenser. En rekke mer indirekte forpliktelser om enedistribusjon kan imidlertid også medføre konkurransebegrensende virkninger. I gassalgskontrakter mellom produsenter og deres kunder har det vært en rekke eksempler på ulike typer for indirekte avtalebestemmelser som beskytter distributøren mot konkurranse.

⁴²⁰ Nyssens & Schnichels, s. 1421.

⁴²¹ Jf punkt 4.5.2.1 ovenfor.

Samtykkeklausuler

Samtykkeklausuler, eller såkalte «*right of first refusal*»-klausuler, er bestemmelser som innebærer en *indirekte* beskyttelse av distributøren mot konkurranse. Disse forplikter produsenten til å først rette tilbud til sin faste kjøper, før den eventuelt selger gass til kjøperens konkurrenter eller kunder innen det aktuelle salgsområdet. Kommisjonen har ved flere anledninger etterforsket slike klausuler under mistanke om at de virker begrensende på konkurransen. Nylige eksempler er sakene *Gazprom/ENI* i 2003 og *Gazprom/OMV* i 2005.⁴²² I begge tilfeller endte etterforskningen uten noen formell sanksjon fra Kommisjonen, i det partene ble enige om at Gazprom skulle være fri til å selge til enhver potensiell kjøper i henholdsvis Italia og Østerrike, og uten å på forhånd måtte innhente godkjennelse fra eller tilby gassen til ENI og OMV.

Reduksjonsklausuler

Reduksjonsklausuler tillater kjøpere, normalt grossister, å redusere sine årlige avtaksforpliktelser av gass dersom selgeren skulle tre inn på kjøperens tradisjonelle forsyningsterritorium, normalt en EØS-stat, som en direkte konkurrent. Klausulen kan forekomme i forskjellige former; i enkelte kontrakter blir avtaksforpliktelsene redusert automatisk, mens kjøperen i andre kontrakter bare har en opsjon på å få redusert avtaksvolumet.

Reduksjonsklausuler kan ha den konkurransebegrensende virkning at de reduserer leverandørens økonomiske insentiv til å til å selge til andre kjøpere enn den forhenværende monopolisten i en EØS-stat, uavhengig om disse er konkurrenter til den opprinnelige kjøperen, eller kunder av denne.⁴²³ For leverandøren vil det i slike

⁴²² Se punkt 6.2.1.2 ovenfor.

⁴²³ Nyssens & Schnichels, s. 1422.

tilfeller bare være kommersielt interessant å selge til andre kunder dersom disse er villige til å betale en *høyere* pris enn den opprinnelige kunden. Det er samtidig lite sannsynlig at disse nye kundene på sin side vil velge å kjøpe fra leverandøren dersom de ikke får tilbud om en *lav* kjøpspris. Ettersom gass er en generisk råvare, der konkurransen først og fremst baseres på den pris selgerne kan tilby, kan det i et økonomisk perspektiv se ut til at reduksjonsklausulene har tilsvarende virkninger som eksklusivitetsklausuler; salg til alternative kjøpere forhindres. Dermed beskytter de også kjøperen mot at nye aktører i trer inn i videresalgsmarkedet, og også mot økt priskonkurranse på de lavere trinn i omsetningskjeden. Salg til nye kjøpere vil imidlertid kunne finne sted dersom den opprinnelige kjøperen tidligere videresolgte gassen med fortjeneste betydelig over konkurransemessig nivå.

Kommisjonen har ved to tilfeller etterforsket langvarige gassalgskontrakter med reduksjonsklausuler, under mistanke om klausulens konkurransebegrensende virkning. *EDF Trading/Wingas* gjaldt to kontrakter om levering av 2 bcm gass årlig i en periode på ti år, med oppstart i 1998/99, med opsjon om forlengelse i ytterligere fem år.⁴²⁴ Kontraktene innebar en klausul som innebar at grossisten *Wingas* kunne redusere avtaksvolumet dersom trading-selskapet *EDF* startet å selge gass inn i Tyskland, *Wingas* tradisjonelle forsyningsområde. Etter påtrykk fra Kommisjonen aksepterte imidlertid *Wingas* å endre reduksjonsklausulen, slik at *EdF* sto fritt til å selge gass til alle grossister, med levering på den tyske grensen. Kontraktene ble deretter klarert av Kommisjonen.

Et annet tilfelle er den nevnte *DONG/DUC*-saken.⁴²⁵ Problemet i denne sammenheng var en såkalt «nødvendig justerings-

⁴²⁴ Se Kommisjonens pressemelding IP/02/1293.

⁴²⁵ Se punkt 6.2.3.1 ovenfor.

mekanisme», som partene fortolket som en rett for DONG til å redusere gassvolumene kjøpt fra DUC, dersom disse startet med salg av gass til andre aktører i det danske markedet. Kommisjonen anså denne mekanismen for å ha samme virkninger som en reduksjonsklausul, og at den dermed, i det minste potensielt, ville medføre konkurransebegrensende virkninger. Saken ble avsluttet etter at DONG forpliktet seg til å endre justeringsmekanismen.

Både Wingas og DONG argumenterte med at reduksjonsklausulen er en naturlig motpart til take or pay-klausulene, ettersom selgeren i fraværet av en reduksjonsklausul i teorien vil kunne ta betalt to ganger for den samme gassen; først av en motpart i en take or pay-kontrakt ute av stand til å avta de avtalte minimumsvolumer fordi hans kunder har fått dekket sitt behov direkte eller indirekte av selgeren, og deretter av sluttbrukere for gass han har solgt til dem direkte. På denne måten har det blitt anført at en fjerning av reduksjonsklausulene vil forstyrre den kommersielle balansen i de langvarige forsyningskontraktene. Denne argumentasjonen er imidlertid ikke i seg selv konkurranse-rettslig relevant, og dermed ikke holdbar.

Enedistribusjonsbestemmelser kan i visse tilfeller også frembringe *horisontale* konkurransebegrensninger. En gassprodusent vil, som nevnt ovenfor, i mange tilfeller være i det minste en *potensiell konkurrent* til importøren/grossisten. Dette vil særlig gjelde for salg direkte til store sluttbrukere i industrien og til gasskraftverk. En avtale om enedistribusjon vil i slike tilfeller kunne være en indikasjon på et mulig konkurranseforhold mellom partene. En kombinasjon av vertikale og horisontale begrensninger vil sannsynligvis ytterligere vanskeliggjøre et unntak etter artikkel 81/53 tredje ledd.⁴²⁶

⁴²⁶ Slik Albers, s. 230.

Konkurransedyktighetsklausuler (engelske klausuler)

Dersom en kunde kan godtgjøre for selgeren at han har blitt tilbudt en lavere gasspris fra en annen produsent, bestemmer denne klausulen at selgeren enten må matche tilbudet, eller tillate kjøperen å kjøpe fra den andre produsenten. Kjøperen gis med andre ord retten til å foreta innkjøp hos andre leverandører, selv der kjøpet fører til brudd på en eksklusivitetsforpliktelse eller volumforpliktelse, dersom leverandøren ikke er konkurransedyktig.

Problemet med slike klausuler er at de kan ha som følge at kjøperen vil henvende seg til leverandøren hver gang han får tilbud om kjøp av gass med bedre vilkår enn de vilkår leverandøren opererer med, for å se om denne er i stand til å møte tilbudet. På den måten kan klausulen tjene som virkemiddel for leverandøren til å kontrollere om kjøperen overholder en eventuell eksklusivitets- eller mengdeforpliktelse, og derved samtidig sikre at avtalen virker ekskluderende på potensielle konkurrenter.

Så lenge slike klausuler gir et selskap muligheten til å innhente informasjon om konkurrerende selskapers priser som de ellers ikke ville hatt tilgang til, og samtidig forplikter kjøperen til å kjøpe fra selskapet og ikke fra konkurrentene, er det en stor grad av sannsynlighet for at de strider mot konkurransebegrensningsforbudet. Dette gjelder særlig når konkurransedyktighetsklausulen samtidig virker ekskluderende på konkurrenter. *Gazprom/E.ON Ruhrgas* er et eksempel på at Kommisjonen har etterforsket slike klausuler i langvarige gassalgskontrakter.⁴²⁷ Her ble saken forlikt, etter at partene ble enige om å slette bestemmelser som forpliktet Gazprom til å tilby Ruhrgas tilsvarende vilkår som de ville ha tilbudt Ruhrgas konkurrenter i Tyskland for øvrig fra salgskontraktene.

⁴²⁷ Kommisjonens pressemelding IP/05/710.

Oppsummering

I alle disse sakene hadde importørene/grossistene sterke, eller dominerende, markedsstillinger i de relevante grossistmarkedene. Hvor stor andel av de totale gassvolumer i de respektive markedene som var omfattet av de indirekte enedistribusjonsavtalene, samt nøyaktig hvor lang varighet kontraktene hadde, kommer imidlertid ikke frem av de publiserte saksrapportene.

Ettersom Kommisjonen i alle sakene antydte at graden av input foreclosure var tilstrekkelig til å resultere i en ulempe for både aktuelle og potensielle konkurrenter til importøren/grossisten, vil det likevel være plausibelt å anta at kontraktene var av en betydelig varighet, og at en stor del av markedet var dekket av tilsvarende avtaler.

6.3.3.2 Unntaksmuligheter

Gruppefritaket for vertikale begrensninger

Hovedvilkåret for at gruppefritaket skal få anvendelse er at «leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 %» i grossistmarkedet. Ettersom det er markedsandelen til *leverandøren* som er vilkår for at fritaket skal få anvendelse, vil en enedistribusjonsavtale kunne unntas uavhengig av om denne innehar høyere markedsandeler enn 30 %.⁴²⁸

På samme måte som for konkurranseklausuler er det en forutsetning for at fritaket skal få anvendelse at enedistribusjonsavtalen ikke inneholder noen av de alvorlige begrensningene opplistet i artikkel 4. Dersom for eksempel enedistribusjons-

⁴²⁸ Albers, s. 227.

bestemmelsen kan tolkes som en begrensning av kjøperens mulighet for å inngå *passive salg*, vil den ikke kunne fritas.⁴²⁹

Unntak etter artikkel 81/53 tredje ledd

De effektivitetsgevinster som typisk påberopes for enedistribusjonsklausuler vil i de fleste tilfeller samsvare med de som påberopes i forbindelse med konkurranseklausuler, jf punkt 6.3.2.3 ovenfor. Her vil disse argumentene bare bli behandlet i den utstrekning de medfører et annet resultat enn for konkurranseklausulenes vedkommende.

Det er akseptert at *investeringer nødvendige for å kunne implementere en gassforsyningskontrakt* kan berettege en enedistribusjonsklausul. For at denne klausulen skal oppfylle nødvendighetskriteriet er det imidlertid et vilkår at investeringen er *relasjonsspesifikk* og at investeringen har samme tidshorisont som enedistribusjonsavtalen, jf punkt 6.3.2.3 ovenfor. En enedistributørs investeringer vil således kunne anses for å være en gyldig effektivitetsgevinst, men gjerne bare for en tidsperiode som tilsvarer foretatte investeringer. I slike tilfeller må enedistribusjonsavtalens konkurransebegrensende virkning balanseres møysommelig mot de motsvarende økonomiske fordelene.

Heller ikke *forsyningsikkerhet* ser ved første øyekast ut til å kunne utgjøre noen gyldig effektivitetsgevinst i forbindelse med bevillingen av en enedistribusjonsrett.⁴³⁰ EUs avhengighet av

⁴²⁹ Gruppefritakets artikkel 4 bokstav b) annet innrykk åpner imidlertid for at en leverandør til en viss grad kan begrense sine grossisters «salg» direkte til sluttbrukere. Valget av ordet salg indikerer at både aktive og passive salg i en slik kontekst omfattes av unntaket. Bestemmelsen synes imidlertid å forutsette at leverandøren også kommersialiserer varer gjennom utvalgte distributører.

⁴³⁰ Slik også Albers, s. 233.

eksterne gassressurser kan, som drøftet ovenfor, i visse tilfeller rettferdiggjøre bruken av langvarige kjøpsforpliktelser. Det er imidlertid vanskelig å se hvordan dette hensynet skulle begrunne bruken av enedistribusjonsrettigheter. Forsyningssikkerhet er avhengig av de investeringsinsentiver for å igangsette ny produksjon markedet sender gassprodusentene. Så lenge de europeiske gassmarkedene er preget av økende etterspørsel, kan en avtale om enedistribusjon vanskelig ses på som et uunnværlig insentiv for at produsentene skal sikre eksterne gassleveranser. Det vil i tillegg være vanskelig å etablere en direkte årsakssammenheng mellom enedistribusjonsretten og bedringen av forsynings-sikkerheten.⁴³¹

Oppsummeringsvis ser vi at det finnes enkelte relevante effektivitetsgevinster som kan begrunne unntak for enedistribusjonsklausuler etter art. 81/53 tredje ledd. På samme måte som for konkurranseklausuler er unntak betinget av en grundig vurdering av den konkrete avtale.

⁴³¹ Ibid.

7 AVSLUTTENDE VURDERINGER

Fremstillingen har vist at langvarige gassalgskontrakter inneholder en rekke elementer som på ulike måter kan begrense konkurransen i de europeiske gassmarkedene.

En langvarig gassalgskontrakt er ikke konkurransebegrensende i seg selv. Kontraktens virkninger på konkurransen må vurderes i hvert individuelt tilfelle, sett i lys av den konkrete rettslige og økonomiske kontekst. I denne vurderingen er tilstedeværelsen av *andre etableringshindringer* et sentralt moment. På grunn av at de europeiske gassmarkedene fremdeles er preget av betydelige hindringer for markedsadgang, vil en utstrakt bruk av langvarige kontrakter *samlet* sett kunne bidra til utestengelse av nykommere i nedstrømsmarkedene, og dermed utgjøre en konkurransebegrensning i strid med forbudet i EF-traktatens artikkel 81 og EØS-avtalens artikkel 53 første ledd.

Det fremstår imidlertid som lite sannsynlig at Kommisjonen kommer til å angripe langvarige gassalgskontrakter på grunn av kontraktsvarigheten isolert sett. EUs gassbehov er sterkt økende, det samme er Unionens avhengighet av importert gass. Fellesskapslovgiver har gjennom forsyningssikkerhetsdirektivet anerkjent langvarige kontrakter som et avgjørende redskap for å sikre stabile og forutberegnelige gassforsyninger til de europeiske markedene. Dette vil være en effektivitetsgevinst som danner grunnlag for et unntak etter artikkel 81/53 tredje ledd.

Eksisterende langvarige gassalgskontrakter har vist seg å utgjøre en forsinkende faktor i etableringen av et integrert europeisk gassmarked basert på virksom konkurranse. Overgangen mot en endret markedssituasjon, basert på mer kortsiktig handel, vil imidlertid mest sannsynlig måtte gjennomføres av *markedet*. Det er liten grunn til å tro at Kommisjonens håndhevelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid kommer til å være en avgjørende faktor for en reduksjon i varigheten av gassalgs-

kontrakter. Heller ikke i Kommisjonens forslag til den tredje energimarkedspakken, presentert i september 2007, foreslås det å innta regler om begrensninger kontraktens varighet i sekundær-lovgivningen.⁴³²

I forklaringsnotatet, som ligger ved lovforslagene, uttaler imidlertid Kommisjonen på side 18 at «To reduce uncertainty on the market, the Commission will, in the coming months, *provide guidance in an appropriate form* on the compliance of downstream bilateral long-term supply agreements with EC competition law» (min kursivering).⁴³³ Det sies imidlertid ikke noe mer om i hvilken form Kommisjonen tenker seg at dette skal gjøres, og det er foreløpig ikke gitt signaler om en strengere anvendelse av de traktatfestede konkurransereglene på slike kontrakter. Det er for øvrig lite som tyder på at Kommisjonen vil endre på den tilnærmingen den har hatt hittil; veiledning gjennom forfølgelsen av enkeltsaker. De siste månedene har kommisjonen åpnet formelle prosedyrer under konkurranseregelverket i en rekke saker innen energisektoren, men uten at det i noen av disse er langvarige kontrakter som vekker de konkurranserettslige bekymringene.

Kommisjonen åpnet for eksempel formelle prosedyrer mot RWE og ENI den 11. mai 2007. Begge sakene gjelder mistanke om misbruk av dominerende stilling ved å hindre konkurrenter tilgang til transportinfrastruktur. RWE-saken gjelder tilgang til det regionale grossistmarkedet i Nordrhein-Westfalen.⁴³⁴ Kommisjonen mistenker RWE for å ha tatt for høye priser for tilgang til gassledningsnett som drives av deres TSO, for å overestimere TSOens kostnader, for å opprettholde en kunstig fragmentasjon av nettverkene og for å begrense tilgangen til nettverket, hvilket gjør det umulig for selskapets kunder

⁴³² Forslagene er publisert på Kommisjonens hjemmesider, se http://ec.europa.eu/energy/electricity/package_2007/index_en.htm (lest 21. okt 2007). I det tekniske dokumentet SEC (2007) 1179 uttales på side 78: «However, at this stage, further legislative measures concerning long-term contracts in gas do not appear to be proportionate.»

⁴³³ Notatet er publisert på Kommisjonens hjemmesider, se http://ec.europa.eu/energy/electricity/package_2007/doc/2007_09_19_explanatory_memorandum_en.pdf (lest 28. okt 2007).

⁴³⁴ Se Kommisjonens informasjonsnotat MEMO/07/186.

å skifte tilbyder. Dette medfører ifølge Kommisjonen utestengning av andre aktører, hovedsakelig ved økte «rivals' costs». I ENI-saken mistenker Kommisjonen ENI for å hindre tilgang til gassrørledninger i Italia ved såkalt «capacity hoarding» (tilgjengelig kapasitet holdes vekk fra markedet) og strategisk underinvestering i gassledningssystemet.⁴³⁵ Andre nylige eksempler på Kommisjonens aggressive linje i energisektoren er sakene mot E.ON og Gaz de France, mot Electrabel og mot EDF. Sakene er beskrevet i henholdsvis punkt 6.2.1.2 og punkt 6.3.2.2 ovenfor.

De kommersielle endringene gassmarkedet har gjennomgått som følge av liberaliseringsprosessen har likevel ført til at den gjennomsnittlige gassalgskontrakt stadig får *kortere* varighet.⁴³⁶ Det er sannsynlig at fremveksten av likvide og virksomme spotmarkeder, og dermed også prissikringsmuligheter i finansielle markeder, med årene vil gi gassprodusenter tilstrekkelig pålitelige avsetningsmuligheter til å sikre forutberegnelig lønnsomhet i gassforsyningsprosjekter. Dermed vil markedet kunne ta over mange av de kommersielle risikoer som tidligere har vært fordelt mellom produsent og kjøper i de langvarige kontraktene.

Når det gjelder de *øvrige konkurransebegrensende elementer* som tradisjonelt har vært inntatt i langvarige kontrakter, ser vi at disse i stor grad er i ferd med å bli fjernet. Kommisjonens omfattende arbeid med tilsyn og etterforskning i første halvdel av 2000-tallet har båret frukt i så måte. Kommisjonens praksis og politiske signaler forøvrig tilsier at slike vertikale konkurransebegrensninger i gassalgskontrakter kommer til å bli slått hardt ned på også i tiden fremover. Markedsaktørene ser ut til å ta denne realiteten inn over seg. I det store flertall av de saker Kommisjonen iverksatte etterforskning aksepterte foretakene å fjerne de konkurranse-

⁴³⁵ Se Kommisjonens informasjonsnotat MEMO/07/187.

⁴³⁶ Se for eksempel Stern 2002, s. 9 og IEA, s. 111.

begrensede elementene, uten å benytte seg av de foreliggende prosessuelle muligheter til å overprøve Kommisjonens rettsanvendelse.

Kildeliste

Litteraturliste

- Albers *Albers, Michael*: Vertical Restraints, i: Christopher W. Jones (Red.): EU Competition Law & Energy Markets, Claeys & Casteels 2005, s. 173-237.
- Arnesen *Arnesen, Finn*: Statlig styring og EØS-rettslige skranker, Universitetsforlaget 1996.
- Arnesen, EØS-rett *Arnesen, Finn*: Rettskildene, i: Fredrik Sejersted ... [et al]: EØS-rett, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004, s. 199-250.
- Arowolo *Arowolo, Oluseye*: Abolition of Long-Term Contracts, i: Journal of Energy and Natural Resources Law No 1 2006, s 16-38.
- Barton *Barton, Barry ... [et al.] (eds.)*: Energy security: managing risk in a dynamic legal and regulatory environment, Oxford University Press 2004.
- Baur *Baur, Jürgen F.*: Energielieferverträge unter europäischem Kartellrecht, Recht der Energiewirtschaft 2001, s. 81-120.
- Brautaset *Brautaset, Are*: Kontraktsreguleringen ved salg av gass, i: Are Brautaset ... [et al]: Norsk Gassavsetning, Sjørettsfondet 1998, s. 43-278.
- Bøe Moen & Dyrland *Bøe Moen, Ketil & Sondre Dyrland*: EUs gassmarkedsdirektiv, Fagbokforlaget 2001.
- Büttner & Däuper *Büttner, Wolf & Olaf Däuper*: Analyse typischer Klauseln in Gaslieferverträgen, i: Zeitschrift für Neues Energierecht 2001, s. 210-215.
- Cabau *Cabau, Emmanuel*: The definition of the relevant market, i: Christopher W. Jones (Red.): EU Competition Law & Energy Markets, Claeys & Casteels 2005, s. 3-101.

- Cameron 2002 *Cameron, Peter D.:* Competition in Energy Markets - Law and Regulation in the European Union, Oxford University Press 2002.
- Cameron 2007 *Cameron, Peter D.:* Competition in Energy Markets - Law and Regulation in the European Union, 2nd Edition, Oxford University Press 2007.
- Cameron *Cameron, Peter D.:* Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the new Directives on Electricity and Gas Across Europe, Oxford University Press 2005.
- Coop *Coop, Graham:* Long-term Energy Sale Contracts and Market Liberalisation in New EU Member States – Are They Compatible?, i: International Energy Law and Taxation Review 2006, Issue 2, s. 64 – 71.
- Creti & Villeneuve *Creti, Anna & Villeneuve, Bertrand:* Long-term contracts and take-or-pay clauses in natural gas markets i Energy Studies Review, vol. 13 2004, s. 75-94.
- Cross, Hancher & Slot *Cross, Eugene Daniel, Hancher, Leigh og Slot, Piet Jan:* EC Energy Law, i: Roggenkamp, Rønne, Redgwell & del Guayo (Red.): Energy Law in Europe – National, EU and International Law and Institutions, Oxford University Press 2001, s. 213-320.
- Cultrera *Cultrera, Concetta:* Les decisions GDF – La Commission est formelle: les clauses de restriction territoriale dans les contrats de gaz violent l'article 81, i: Competition Policy Newsletter, Number 1 - Spring 2005, s. 45-48.
- Devlin & Levasseur *Devlin, Brendan & Christian Levasseur:* Energy, i: Jonathan Faull & Ali Nikpay (Red.): The EC Law of Competition, Oxford University Press 1999, s. 689-751.
- Dyrland & Bøe Moen *Dyrland, Sondre & Ketil Bøe Moen:* - Markedsåpning og tredjepartsadgang – en oversikt over EUs gassdirektiv, MarIus Nr. 257, Sjørettsfondet 2000.

- Ehrike & Pellmann *Ehrike, Ulrich & Pellmann, Moritz: Zur EG-kartellrechtlichen Bewertung der Unzulässigkeitskriterien langfristiger Gaslieferungsverträge, i Wirtschaft und Wettbewerb 2005, s 1104-1115.*
- Ellis, Bowitz & Roland *Ellis, Andrew, Bowitz, Einar & Roland, Kjell: Structural change in Europe's gas markets: three scenarios for the development of the European gas market to 2020, i: Energy Policy 2000, s. 297-309.*
- Faktaheftet 2007 *FAKTA - Norsk petroleumsvirksomhet. Olje- og energidirektoratet, 2007.*
- Falch *Falch, Ingvald: Rett til Nett – Konkurransen i nettbundne sektorer, Universitetsforlaget 2004.*
- Faull & Nikpay 2007 *Faull, Jonathan & Ali Nikpay (Red.): The EC Law of Competition, 2nd Edition, Oxford University Press 2007.*
- Faull & Nikpay 1999 *Faull, Jonathan & Ali Nikpay (Red.): The EC Law of Competition, Oxford University Press 1999.*
- Fejø *Fejø, Jens: EU-Konkurrenserett - Almindelig del, 3. udg, Jurist og Økonomforbundets Forlag 2003.*
- Fernández Salas *Fernández Salas, Mariano: Long-term supply agreements in the context of gas market liberalisation: Commission closes investigation of Gas Natural, i: Competition Policy Newsletter Nr. 2, June 2000, s. 55-58.*
- Filipponi m.fl. *Filipponi, Mario Luc Peeperkorn & Donncadh Woods: Vertical Agreements, i: Jonathan Faull & Ali Nikpay (Red.): The EC Law of Competition, Second Edition, Oxford University Press 2007, s. 1129-1231.*
- Graver & Hjelmeng *Graver, Hans Petter & Hjelmeng, Erling: Norsk konkurranserett Bind II – Prosess og sanksjoner, Universitetsforlaget 2006.*

- Graver *Graver, Hans Petter*: Det offentlige og konkurranse i markedsstaten – særlig om sektorregulering og konkurranseregler på de regulerte sektorer, i: Fejø (Red.): Den nye EU-Konkurrenseret i Nordisk Perspektiv, Jurist og Økonomforbundets Forlag 2005, s 161-186.
- Hammer *Hammer, Ulf*: Norwegian gas supplies to the European market: Security of long-term supply after liberalization, i: Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook (SIMPLY) 2004, s. 293-319.
- IEA *International Energy Agency*: Security of Gas Supply in Open Markets - LNG and Power at a Turning Point. OECD/IEA, 2004.
- Jones II *Jones, Christopher W. (ed.)*: EU Competition Law & Energy Markets, Volume II, Claeys & Casteels 2005.
- Kolstad *Kolstad, Olav*; Del II-IX, Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og forbudet mot misbruk av dominerende stilling, i: Kolstad, Olav & Anders Ryssdal: Norsk konkurranserett Bind I - Atferdsregler og strukturkontroll, Universitetsforlaget 2007, s. 50-608.
- Kolstad & Ryssdal *Kolstad, Olav & Anders Ryssdal*: Norsk konkurranserett Bind I - Atferdsregler og strukturkontroll, Universitetsforlaget 2007.
- Konoplyanik *Konoplyanik, Andrei*: Energy Security and the Development of International Energy Markets, i: Barry Barton ... [et al.] (eds.) Energy security: managing risk in a dynamic legal and regulatory environment, Oxford University Press 2004, s. 47-84.
- Konoplyanik 2005 *Konoplyanik, Andrei*: Russian Gas to Europe: From Long-Term Contracts, On-Border Trade and Destination Clauses to ...?, i: Journal of Energy & Natural Resources Law No 3 2005, s 282-307.

- Kühne *Kühne, Gunter: Long-Term Gas Contracts in Germany: An Assessment of the German Competition Authority*, i: Ulf Hammer & Martha M. Roggenkamp (Red.): *European Energy Law Report III*, Intersentia 2006, s. 55-69.
- Kühne 2002 *Kühne, Gunter: Energy Supply Contracts and European Antitrust Law*, *International Energy Law & Taxation Review* 2002, 1, s. 11-14.
- Mankabady *Mankabady, Samir: Gas Law 2nd Edition*, The Petroleum Economist Ltd. 1996
- Mestmäcker *Mestmäcker, Ernst J. (ed.): Natural Gas in the Internal Market*, Graham & Trotman 1993.
- Mestmäcker & Schweitzer *Mestmäcker, Ernst-Joachim & Heike Schweitzer: Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2004.
- Michelet *Michelet, Christian Fredrik: Oversikt, bakgrunn og hovedtrekk*, i: Are Brautaset ... [et al]: *Norsk Gassavsetning*, Sjørettsfondet 1998, s. 3-40.
- Michelet 2005 *Michelet, Christian Fredrik: A New Legal Regime for Gas Contracts*, i: Ulf Hammer & Martha M. Roggenkamp (Red.): *European Energy Law Report II*, Intersentia 2005, s. 219-228.
- Navestad *Navestad, Karl Erik: EØS-retten som ramme for koordinering av gasstransportvirksomheten*, MarLus Nr. 259, Sjørettsfondet 2000.
- Nesdam *Nesdam, Anne Karin: Relevant Energy Markets- Network-bound sectors and market definition*, i: *Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook (SIMPLY)* 2003, s. 307-357.
- Nyssens & Osborne *Nyssens, Harold og Iain Osborne: Profit splitting mechanisms in a liberalised gas market: the devil lies in the detail*, i: *Competition Policy Newsletter*, Number 1–Spring 2005, s. 25-30.

- Nyssens m.fl. *Nyssens, Harold, Concetta Cultrera og Dominik Schnichels: The territorial restrictions case in the gas sector: a state of play, i: Competition Policy Newsletter, Number 1–Spring 2004, s. 48-51.*
- Nyssens & Schnichels *Nyssens, Harold & Dominik Schnichels: Energy, i: Jonathan Faull & Ali Nikpay (Red.): The EC Law of Competition, Second Edition, Oxford University Press 2007, s. 1361-1473.*
- Pedersen *Pedersen, Rune O.: Den norske stats organisering av gassalget og konkurransebegrensningene i EØS, i: Are Brautaset ... [et al]: Norsk Gassavsetning, Sjørettsfondet 1998, s. 465-579.*
- Roggenkamp m.fl. *Roggenkamp, Rønne, Redgwell & del Guayo (eds.): Energy Law in Europe – National, EU and International Law and Institutions, Oxford University Press 2001.*
- Ryssdal *Ryssdal, Anders: Del X, Strukturkontroll, i: Kolstad, Olav & Anders Ryssdal: Norsk konkurranserett Bind I - Atferdsregler og strukturkontroll, Universitetsforlaget 2007, s. 609-772.*
- Schnichels & Valli *Schnichels, Dominik og Fabien Valli: Vertical and horizontal restraints in the European gas sector – lessons learnt from the DONG/DUC case, i: Competition Policy Newsletter, Number 2–Summer 2003, s. 60-63.*
- Schöler *Schöler, Meike: Langfristige Gaslieferverträge – Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Take or Pay-verträgen auf der Importstufe und deren Weiterreichung auf die nachfolgenden Absatzstufen nach Art. 81 EG. Carl Heymanns Verlag, 2006.*
- Schwarze *Schwarze, Jürgen: European Energy Policy in Community Law, i: Ernst J. Mestmäcker (Red.): Natural Gas in the Internal Market, Graham & Trotman 1993.*
- Sejersted *Sejersted, Fredrik: Bakgrunn og hovedtrekk, i: Fredrik Sejersted ... [et al]: EØS-rett, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.*

- Stern 2002 Stern, Jonathan: Security of European natural gas supplies - The impact of import dependence and liberalization. Royal Institute of International Affairs, 2002, Sustainable Development Programme. Publisert på: <http://www.chathamhouse.org.uk/viewdocument.php?documentid=4603> (lest 25. mai 2007).
- Stern 2004 *Stern Jonathan*: UK Gas Security: Time to Get Serious, i: Energy Policy Review, nr. 32 2004, s. 1967-1979.
- Stern/Honoré *Stern, Jonathan & Anouk Honoré*: Large Scale Investments in Liberalised Gas Markets: The Case of UK. Oxford Institute for Energy Studies, Natural Gas Research Programme, juni 2004. Publisert på: <http://www.oxfordenergy.org/presentations/LargeScaleInvestmentGas.pdf> (lest 25. mai 2007).
- Stern/van der Linde *Stern, Jonathan & Coby van der Linde*: The Future of Gas: Will Reality Meet Expectation? 9th International Energy Forum 2004, 22-24 May, Amsterdam. Publisert på: http://www.iefs.org.sa/IEF_MTNG/9th/Docs/Paper_Linde_Stern.pdf (lest 25. mai 2007).
- Sørli *Sørli, Arne-Martin H.*: Salg av flytende naturgass (LNG). Korttidskontraktene risikofordeling med særlig vekt på selgers hovedforpliktelser. MarIus Nr. 336, Sjørettsfondet 2006.
- Wälde *Wälde, Thomas W.*: Comment on Einar Hope's Chapter with a Critical Review of Legal and Policy Arguments Driving the Discussion on Third Party Access, i: Ernst J. Mestmäcker (Red.): Natural Gas in the Internal Market, Graham & Trotman 1993.
- Wijckmans m.fl. *Wijckmans, Frank, Filip Tuytschaever, Alain Vanderelst*: Vertical agreements in EC competition law, Oxford University Press 2006.
- Whish *Whish, Richard*: Competition Law, 5. Red., Butterworths 2003.

Woods &
Filipponi

*Woods, Donncadh & Mario Filipponi: Vertical Agreements, i:
Jonathan Faull & Ali Nikpay (Red.): The EC Law of
Competition, Oxford University Press 1999, s. 431-574.*

Norske lover og offentlige dokumenter

Lover

EØS-loven	Lov 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Konkurranseloven	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
Petroleumsloven	Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet

Stortingsmeldinger

St.meld. nr. 38 (2001-2002)	Om olje- og gassvirksomheten.
St.meld. nr. 38 (2003-2004)	Om petroleumsvirksomheten

Internasjonale rettskilder m.m.

Traktater og konvensjoner

EF traktaten (EFT)	Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab, 25. mars 1957
EØS-avtalen (EØS)	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, 2. mai 1992

Direktiver og forordninger

2004/67/EF	Rådsdirektiv 2004/67/EF af 26. april 2004 om foranstaltninger til opretholdelse af naturgasforsyningsikkerheden (Forsyningsikkerhetsdirektivet)
2003/55/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF (Gassmarkedsdirektivet)
2003/54/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF
98/30/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22. juni 1998 om fælles regler for det indre marked for naturgas (Gassmarkedsdirektiv I)
1/2003/EF	Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82

- 2658/2000/EF Kommissionens forordning (EF) Nr. 2658/2000 af 29. november 2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af specialiseringsaftaler
- 2659/2000/EF Kommissionens forordning (EF) Nr. 2659/2000 af 29. november 2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler
- 2790/1999/EF Kommissionens forordning (EF) Nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF- traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis

KOM- og SEC-dokumenter

- KOM(2002)488 KOM(2002)488, *endelig*, Meddelelse til Europa-Parlamentet og Rådet fra Kommissionen, Det indre marked for energi: Samordnede foranstaltninger på energiforsyningsikkerhedsområdet, 11.9.2002.
- KOM(2005)568 KOM(2005)568, *endelig*, Meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet, Rapport om udviklingen med hensyn til realisering af det indre marked for gas og elektricitet, 15.11.2005.
- KOM(2006)105 KOM(2006)105, *endelig*, Grønbog, En europæisk energistrategi: bæredygtighed, konkurrenceevne og forsyningsikkerhed, 8.3.2006.
- KOM(2006)841 KOM(2006)841, *endelig*, Udsigterne for det indre gas- og elmarked, 10.1.2007.
- KOM(2006)851 KOM(2006)851, *endelig*, Kommissjonsmeddelelse 10. januar 2007 om Undersøgelse i henhold til artikel 17 i forordning (EF) nr. 1/2003 af den europæiske gas- og elsektor.

- KOM(2007)1 KOM(2007)1, *endelig*, Meddelelse fra Kommissionen til det Europæiske Råd og Europa-Parlamentet: En Energipolitik for Europa, 10.1.2007.
- KOM(2007)529 KOM(2007)529, *endelig*, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af direktiv 2003/55/EF om fælles regler for det indre marked for naturgas, 19.9.2007.
- SEC(2005)1445 SEC(2005)1445, Commission Staff Working Document - Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity Market, Technical Annex to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament
- SEC(2006)1724 SEC(2006)1724, DG Competition report on energy sector inquiry, 10. januar 2007
- SEC(2007)1179 SEC(2007)1179, Commission Staff Working Document - Accompanying the legislative package on the internal market for electricity and gas – Impact Assessment, 19.9.2007.

Dommer fra EF-domstolen

<i>Costa mot Enel</i>	Sag 6/64 Costa mod Enel, Saml. 1964 s. 585
<i>Consten og Grundig</i>	Forenede sager 56/64 og 58/64 Consten og Grundig mod Kommissionen, Saml. 1966 s. 299
<i>Société Technique Minière</i>	Sag 56/65, Société Technique Minière mod Maschinenbau Ulm, Saml. 1966 s. 1965-68
<i>Brasserie de Haecht</i>	Sag 23/67, Brasserie de Haecht mod Wilkin-Janssen, Saml. 1967 s. 421
<i>Hoffmann-La Roche</i>	Sag 85/76 Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Saml. 1979, s. 461
<i>Campus Oil</i>	Sag 72/83 Campus Oil m.fl. mod ministeren for Industri og Energi m.fl., Saml. 1984 s. 2727
<i>Woodpulp</i>	Forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85 Ahlström m.fl. mod Kommissionen, Saml. 1988 s. 5193.
<i>Ahmed Saeed</i>	Sag 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen m.fl. mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewer, Saml. 1989 s. 803
<i>Belasco</i>	Se Sag 246/86 Belasco m.fl. mod Kommissionen, Saml. 1989 s. 2117
<i>Delimitis</i>	Sag C-234/89, Stergios Delimitis mod Henninger Braü, Saml. 1991, s. I-935
<i>Höfner mot Macotron</i>	Sag C-41/90 Höfner og Elser mod Macrotron, Saml. 1991 s. I-1979
<i>Almelo</i>	Sag C-393/92 Almelo Kommune m. fl. mod NV Energiebedrijf Ijsselmij, Saml.1994 s. I-01477
<i>Langnese-Iglo</i>	Sag C-279/95 <i>Langnese-Iglo mod Kommissionen</i> , Saml. 1998 s. I-5609

<i>Javico</i>	Sag C-306/96, Javico International og Javico AG mod Yves Saint Laurent Parfums SA, Saml. 1998 s. I-1983
<i>Neste Markkinointi</i>	Sag C-214/99 <i>Neste Markkinointi</i>
<i>VEMW</i>	Sag C-17/03 Vereniging voor Energie, Milieu en Water, m.fl. mod Directeur van de Dienst iutvoering en toezicht energie, Saml. 2005, s. I-4983

Dommer fra Førsteinstansretten

<i>Langnese-Iglo</i>	Sag T-7/93 <i>Langnese-Iglo mod Kommissionen</i> , Saml. 1995, s. II-1533
<i>Schöller</i>	Sag T-9/93 <i>Schöller mod Kommissionen</i> , Saml. 1995 s. II-1611
<i>Métropole Télévision</i>	Forenede sager T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, <i>Métropole Télévision</i> , Saml. 1996 s. II-649
<i>European Night Services</i>	Forenede sager T-374/94, <i>European Night Services</i> [m.fl] mod Kommissionen, Saml. 1998 s. II-3141
<i>BP Chemicals</i>	Sag T-184/97, <i>BP Chemicals mod Kommissionen</i> , Saml. 2000 s. II-3145
<i>Van den Bergh Foods</i>	Sag T-65/98 <i>Van den Bergh Foods Ltd mod Kommissionen</i> , Saml. 2003 s. II-4653
<i>Roberts</i>	Sag T-25/99 <i>Colin Arthur Roberts and Valérie Ann Roberts mod Kommissionen</i> , Saml. 2001 s. II-1881
<i>Métropole Télévision M6</i>	Sag T-112/99, <i>Métropole Télévision M6 mod Kommissionen</i> , Saml. 2001 s. II-2459
<i>EDP</i>	Sag T-87/05 <i>EDP mod Kommissionen</i> , Saml 2005 s. II-3745

Kommisjonsavgjørelser

<i>Rørsukker</i>	Kommissionens beslutning af 7. december 1979 om en procedure efter EØF-traktatens artikel 85 (sag nr. IV/29.266 m.fl. - aftaler om levering af rørsukker), EFT 1980 L 39/64
<i>Scottish Nuclear</i>	Kommissionens beslutning af 30 April 1991 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.473 – Scottish Nuclear, Atomkraftaftale), EFT 1991 L 178/31
<i>Jahrhundertvertrag</i>	Kommisjonenens beslutning av 22. desember 1992 i Sak 93/126 Jahrhundertvertrag, EFT 1993 L 50/14
<i>Electricidade de Portugal/Pego</i>	Meddelelse i henhold til artikel 19, stk 3, i Rådets forordning nr. 17 vedrørende en anmodning om negativattest eller fritagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Sak IV/34.598 – Electricidade de Portugal/Pego-projektet. EFT 1993 C 265/3
<i>International Energy Agency</i>	Kommisjonenens beslutning av 21. februar 1994 i sak 94/153 International Energy Agency, EFT 1994 L68/35
<i>Tractebel/Diztrigaz</i>	Kommisjonenens beslutning 1. september 1994 i Sak M.493 Tractebel/Diztrigaz
<i>REN/Turbogás</i>	Meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17/62, Sak IV/E-3/35.485 - REN/Turbogás, EFT 1996 C 118/7
<i>ISAB Energy</i>	Meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3 I Rådets forordning nr 17/62 IV/E-3/35.698 - ISAB Energy (Electrabel/ Intercommunales) EFT 1996 C138/3
<i>Britannia</i>	Meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17/62, Sak 35.354 The Britannia gas condensate field, EFT 1996 C291/10

<i>Volkswagen</i>	Kommisjonens beslutning 28. januar 1998, Kommissionens beslutning af 28. januar 1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85, Sak IV/35.733 – Volkswagen, EFT 1998 L 124/60
<i>Neste/Ivo</i>	Kommisjonens beslutning 2. juni 1998 i Sak M.931 Neste/Ivo
<i>Exxon/Mobil</i>	Kommissionens beslutning af 29. september 1999 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen, Sak IV/M.1383 Exxon/Mobil, EUT 2004 L 103/1
<i>Viking Cable</i>	Meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17/62 Sak COMP/E-3/37.921 - Viking Cable, EFT 2001 C 247/4
<i>JCB</i>	Kommissionens beslutning af 21. december 2000 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81, Sak COMP.F.1/35.918 – JCB, EFT 2002 L 69/1
<i>EnBW/EDP/ Cajastur/ Hidrocarbónico</i>	Kommisjonens beslutning 19. mars 2002 i Sak M.2684 EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocarbónico
<i>Shell/Enterprise Oil</i>	Kommisjonens beslutning 7. mai 2002 i Sak M.2745 Shell/Enterprise Oil
<i>ENI/Fortum Gas</i>	Kommisjonens beslutning 23. januar 2003 i Sak M.3052 ENI/Fortum Gas
<i>Gaz de France/Preussag Energie</i>	Kommisjonens beslutning 25. april 2003 i Sak M.3086 Gaz de France/Preussag Energie
<i>Reims II</i>	Kommisjonens beslutning 23. oktober 2003 om en prosedyre etter EF-traktatens artikkel 81 og EØS-avtalens artikkel 53 i Sak Comp/C/38.170
<i>Shell / BEB</i>	Kommisjonens beslutning 20. november 2003 i Sak M.3293 Shell / BEB

<i>ExxonMobil/ BEB</i>	Kommisjonens beslutning 20. november 2003 i Sak M.3294 ExxonMobil/BEB
<i>Norsk Hydro/Duke Energy</i>	Kommisjonens beslutning 19. desember 2003 i Sak M.3297 Norsk Hydro/Duke Energy
<i>Total/Gaz de France</i>	Kommisjonens beslutning 8. oktober 2004 i Sak M.3410 Total/Gaz de France
<i>GDF/ENI/ENEL</i>	Kommisjonens beslutning 26. oktober 2004 i Sak 38.662 GDF/ENI/ENEL
<i>ENI/EDP/GDP</i>	Kommisjonens beslutning 9. desember 2004 i Sak M.3440 ENI/EDP/GDP
<i>E.ON/MOL</i>	Kommisjonens beslutning 21. desember 2005 i Sak M.3696 E.ON/MOL
<i>Gaz de France/Suez</i>	Kommisjonens beslutning 14. november 2006 i Sak M.4180 Gaz de France/Suez, EUT 2007 L 88/47
<i>Statoil/Hydro</i>	Kommisjonens beslutning 3. mai 2007 i Sak M.4545 Statoil/Hydro, EUT 2007 C130/8

Andre kommisjonsdokumenter

Kommisjonens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, EFT 1997/C 372/03

Kommisjonens meddelelse - Retningslinjer for vertikale begrænsninger, EFT 2000/C 291/01

Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler), EFT 2001/C 368/07

Retningslinjer for anvendelse af artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, EFT 2001/C3/2

Meddelelse fra Kommissionen, Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3, EUT 2004/C 101/08

Kommissionens meddelelse - Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, EUT 2004/C 101/81

XIX Beretning om konkurrencepolitikken 1989

XXVIIth Report on Competition Policy 1997

XXXI Beretning om konkurrencepolitikken 2001

XXXII Beretning om konkurrencepolitikken 2002

Pressemeldinger fra Kommissionen

- | | |
|------------|--|
| IP/97/351 | IP/97/351 av 25. april 1997; ELECTRABEL: the European Commission obtains satisfaction on the revision of the statutes of mixed intercommunal electricity distribution companies in Belgium |
| IP/00/297 | IP/00/297 av 27. mars 2000; Commission closes investigation on Spanish company GAS NATURAL |
| IP/02/1084 | IP/02/1084 av 17. juli 2002; Kommissionen når frem til en afgørelse med de norske gasproducenter i GFU-sagen |
| IP/02/1293 | IP/02/1293 av 12. september 2002; Kommissionen godkender kontrakter om gasleverancer mellem det tyske engrosselskab WINGAS og EDF-Trading |
| IP/02/1869 | IP/02/1869 av 12. desember 2002; Kommissionen afslutter undersøgelse af det nigerianske gasselskab NLNG's territoriale salgsrestriktioner |
| IP/03/566 | IP/03/566 av 24. april 2003; Kommissionen og de danske konkurrencemyndigheder åbner det danske gasmarked i fællesskab |
| IP/03/1345 | IP/03/1345 av 6. oktober 2003; Commission reaches breakthrough with Gazprom and ENI on territorial restriction clauses |
| IP/04/1310 | IP/04/1310 av 26. oktober 2004; Commission confirms that |

territorial restriction clauses in the gas sector restrict competition

- IP/05/195 IP/05/195 av 17. februar 2005; Competition: Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom
- IP/05/710 IP/05/710 av 10. juni 2005; Competition: Commission secures changes to gas supply contracts between E.ON Ruhrgas and Gazprom
- IP/07/26 IP/07/26 av 10. januar 2007; Konkurrence: Kommissionen konstaterer med sin undersøgelse, at der er alvorlige konkurrenceproblemer i energisektoren
- IP/07/490 IP/07/490 av 11. april 2007; Commission market tests commitments proposed by Distrigas concerning its long-term gas sales contracts in Belgium
- IP/07/1074 IP/07/1074 av 11. juli 2007; Commission and Algeria reach agreement on territorial restrictions and alternative clauses in gas supply contracts
- IP/07/1487 IP/07/1487 av 11. oktober 2007; Antitrust: Commission opens Belgian gas market to competition

Alle pressemeldinger er tilgjengelige på <http://europa.eu/rapid/> (lest 28. oktober 2007).

Informasjonsnotater fra Kommisjonen

- MEMO/07/186 MEMO/07/186 av 11. mai 2007; Antitrust: Commission initiates proceedings against RWE Group concerning suspected foreclosure of German gas supply markets
- MEMO/07/187 MEMO/07/187 av 11. mai 2007; Antitrust: Commission initiates proceedings against the ENI Group concerning suspected foreclosure of Italian gas supply markets

- MEMO/07/313 MEMO/07/313 av 26. juli 2007; Antitrust:
Commission initiates formal proceedings against
Electrabel and EDF for suspected foreclosure of the
Belgian and French electricity markets
- MEMO/07/316 MEMO/07/316 av 30. juli 2007; Antitrust:
Commission opens formal proceedings against E.ON
and Gaz de France concerning suspected market-
sharing
- MEMO/07/407 MEMO/07/407 av 11. oktober 2007; Antitrust:
Commission increases competition in the Belgian gas
market – frequently asked questions

Alle pressemeldinger er tilgjengelige på <http://europa.eu/rapid/>
(lest 28. oktober 2007).

Andre EU-dokumenter

Presidency Conclusions of the Lisbon European Council, 23 and 24 March 2000, tilgjengelig på
http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm
(lest 26. mai 2007).

Presidency Conclusions of the Brussels European Council, 8/9 March 2007,
tilgjengelig på
http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/93135.pdf
(lest 26. mai 2007).

DG TREN: *European Transport and Energy: Trends to 2030 – Update 2005*,
tilgjengelig på
http://ec.europa.eu/dgs/energy_transport/figures/trends_2030_update_2005/index_en.htm
(lest 26. mai 2007).

Dommer fra EFTA-domstolen

EØS-dokumenter

Kunngjøring fra EFTAs Overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) inntatt i EØS-tillegget til de Europeiske Felleskaps Tidene Nr.28/3 av 16. juli 1998.

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: Retningslinjer for vertikale begrensninger, EØS-tillegget til De Europeiske Felleskaps Tidende Nr. 26 23. mai 2002

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 (de minimis), EØS-tillegget til den Europeiske Unions Tidende 2003, nr 15, s. 11-14.

Guidelines on the application of Article 53(3) of the EEA Agreement (Adopted by College on 18 May 2005 by College Decision 123/05/COL) (Foreløpig ikke publisert i offisiell utgave).

Avgjørelser fra nasjonale konkurransemyndigheter

Bundeskartellamt Beschluss In dem Verwaltungsverfahren B 8 – 113/03 – 1,
E.ON Ruhrgas AG, publisert på
Ruhrgas <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell06/B113-03.pdf> (lest 26. mai 2007).

Diverse dokumenter

Bundeskartellamt: Kartellrechtliche Beurteilungsgrundsätze zu langfristigen Gasverträgen, 25. jan. 2005, publisert på:
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitr_aege/050125_DiskussionspapierGasvertraege.pdf (lest 26. mai 2007).

Norsk Hydro; Annual Report 2006

British Petroleum; Statistical Review 2006

Statoil; Annual Report and Accounts 2005

Statoil; Annual Report and Accounts 2006

Statoil Presentation; Fourth quarter 2006: Strengthened platform in a complex environment, publisert på:

[http://www.statoil.com/statoilcom/svg00990.nsf/Attachments/C473284CBABC2E4FC125727F0064BFAB/\\$FILE/Highlights_business_supplementary.pdf](http://www.statoil.com/statoilcom/svg00990.nsf/Attachments/C473284CBABC2E4FC125727F0064BFAB/$FILE/Highlights_business_supplementary.pdf) (lest 26. mai 2007).

Diverse pressemeldinger

Natural Gas Consumption in EU25 in 2006, pressemelding fra Eurogas, 26. februar 2007, publisert på http://www.eurogas.org/news_pressReleases.aspx (lest 26. mai 2007).

Avvikling av GFU, pressemelding fra Olje- og Energidepartementet 29. mai 2001

Nettsider

(samtlige lest 26. mai 2007)

British Petroleum Statistical Review:

<http://www.bp.com/productlanding.do?categoryId=6842&contentId=7021390>

Bundeskartellamt:

www.bundeskartellamt.de

DG Comp:

http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html

DG Tren (Energy):

http://ec.europa.eu/energy/index_en.html

E.ON Ruhrgas:

<http://www.eon.com/de/index.jsp>

Eurogas:

<http://www.eurogas.org/>

Gazprom:

<http://www.gazprom.com/eng>

Nord Stream:

http://www.nord-stream.com/eng/project/facts_and_figures/

Oljedirektoratet:

<http://www.npd.no/Norsk/Frontpage.htm>

Olje- og energidepartementet:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/oed.html?id=750>

Snøhvit:

www.statoil.com/snohvit

Wikipedia:

<http://en.wikipedia.org/>

Tidligere utgaver av MarIus

De oppgitte prisene er for abonnemeter. Andre kjøpere som ønsker enkelhefter må betale dobbelt pris, med minstepris kr. 50 + porto. Fullstendig register i runde nummer (310, 320 osv.) og på våre nettsider www.jus.uio.no/nifs.

- 350 Avdeling for petroleums- og energirett 25 år. 2007. 94 s Kr 60,-
- 351 EVJE, Anders Regelendringer i tidsbetrakningsforhold. 2007. 180 s. Kr 90,-
- 352 VALMOT, Caroline Universal service, en fremstilling av medlemsstatenes forsyningsplikt innenfor det europeiske elektrisitetsmarkedet. 2007. 176 s. Kr 90,-
- 353 Det 21. nordiske sjørettsseminar: Foredrag holdt i Nyslott, Finland. 22.–25. august 2004. 2007. 326 s. Kr 140,-.
- 354 Det 15. nordiske dommerseminar: Foredrag holdt i Svendborg, Danmark. 5.–7. september 2005. 2007. 124 s. Kr 70,-.
- 355 BERGER, Fredrik og HAVER, Gustav CO₂-deponering på kontinentalsokkelen: Ansvar for utslipp etter norsk rett og forholdet til klimakvoteregimet etter Kyotoprotokollen. 2007. 336 s. Kr. 140,-.
- 356 MELAND, Casper M. og WITSCHERL, Georg En komparativ analyse av norsk og engelsk kontraktsrett & Mare Liberum and Maritime Security. 2007. 98 s. Kr 70,-.
- 357 HØGSETH, Thomas Brussgaard Vertikale begrensninger i langvarige gassalgskontrakter. En vurdering av forholdet til EF- og EØS- rettens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid. 2007. 216 s. Kr. 100,-.

Bøker utgitt av Sjørettsfondet fra 1990

- Syverson, Jan: **Skatt på petroleumsutvinning**. 762 s. ISBN 82-90260-199l. Kr. 50.- 33-4
- Askheim, Bale, Gombrii, Herrem, Kolstad, Lund, Sanfelt, Scheel og Thoresen: **Skipsfart og samarbeid**. Maritime joint ventures i rettslig belysning. 1119 s. 199l. Kr. 50.-. ISBN 82-90260-34-2
- Brækhus, Sjur og Alex Rein: **Håndbok i kaskoforsikring** På grunnlag av Norsk Sjøforsikringsplan av 1964. 663 s. 1993. Kr. 100.-. ISBN 82-90260-37-7
- Hans Peter Michelet: **Last og ansvar**. Funksjons- og risiko- fordeling ved transport av gods under tidscerteparti. (Hefte) 180 s. 1993. Kr. 50.-. ISBN 82-90260-36-9
- Røsæg, Erik: **Organisational Maritime Law**. 121 s. (Utsolgt) 1993. Kr. 100.-.
- Nygaard, Dagfinn: **Andres bruk av utvinningsinnretninger**. 365 s. 1997. Kr. 100.-. ISBN 82-90260-40-7
- Bull, Hans Jacob: **Hefte i sjøforsikringsrett**. 60 s. 2. (Utsolgt) utg. 1997. Kr. 60.-.
- Michelet, Hans Peter: **Håndbok i tidsbefraktning**. 600 s. 1997. Kr. 100.-. ISBN 82-90260-31-8
- Arnesen, Finn, Hans Jacob Bull, Henrik Bull, Tore Bråthen, Thor Falkanger, Hans Petter Graver: **Næringsreguleringsrett** 187 s. 1998. Kr. 150.-. ISBN 82-90260-42-3
- Brautaset, Are, Eirik Høyby, Rune O. Pedersen og Christian Fredrik Michelet: **Norsk Gassavsetning - Rettslige hovedelementer** 611 s. 1998. Kr. 100.-. ISBN 82-90260-43-1
- Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: **Innføring i sjørett**. 6. utg. 573 s. 2004. Kr. 300.-. ISBN 82-90260-46-6
- Karset, Martin, Torkjel Kleppo Grøndalen, Amund Lunne: **Den nye reguleringen av oppstrøms gassrørledningsnett**. 344 s. 2005. Kr. 500,-. ISBN 89-90260-47-4

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW forms part of the University of Oslo. It is also a part of the co-operation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The core research areas are maritime law and petroleum/energy law. In MARIUS, articles from these core areas are published in the Nordic languages or English. It is issued at irregular intervals.

