

AVTALER MED KONKURRANSERETTLIGE IMPLIKASJONER: VOLDGIFT OG LOVVALG



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 231

Leveringsfrist: 06.08.10

(* regelverk for masteroppgave på:

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

Til sammen 38729 ord

06.08.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av emne	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Rettskilder og metode	3
1.4	Avhandlingens oppbygging	4
<u>2</u>	<u>VOLDGIFT OG LOVVALG</u>	<u>5</u>
2.1	Kort om voldgift	5
2.2	Kort om lovvalg: Partsautonomien og dens begrensninger	7
<u>3</u>	<u>KONKURRANSERETTEN OG VOLDGIFTSRETTENS FORHOLD TIL PARTENES LOVVALG</u>	<u>11</u>
3.1	Konkurransereglens formål og funksjon	11
3.2	Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid	13
3.3	Voldgiftsdomstolens anvendelse av artikkel 101	14
<u>4</u>	<u>KONKURRANSERETTEN SOM BEGRENSNING VED HÅNDHEVELSE AV VOLDGIFTSAVGJØRELSER: BITENE I PUSLESPILLET</u>	<u>18</u>
4.1	Problemet og rettskildebildet	18
4.2	Det internasjonale systemet for håndhevelse av voldgiftsavgjørelser	20
4.2.1	Begrensede muligheter for prøving	21
4.2.2	Begrensede grunnlag for uvirksomhet	22

4.2.3	Tidsfrist	24
4.2.4	Uniform og streng anvendelse	24
4.3	Nærmere om 'ordre public' som grunnlag for å kjenne voldgiftsavgjørelsen uvirksom	25
4.3.1	Ordre public-unntaket	25
4.3.2	Fundamentale rettsprinsipper og verdier	26
4.3.3	Nasjonalt definert	28
4.3.4	En snever unntaksregel	29
4.3.5	Konkret vurdering	30
4.4	De materielle konkurransereglens indirekte betydning	30
4.5	EU/EØS-rettslige føringer	31
4.5.1	Privat håndhevelse av europeiske konkurranseregler og EU/EØS-rettslige føringer på nasjonal prosesslovgivning	31
4.5.2	Særlig om voldgiftsunntaket i Brussel I	34
4.5.3	Ekvivalensprinsippet	35
4.5.4	Effektivitetsprinsippet	36
4.5.5	Adgang til foreleggelse av tolkningsspørsmål for ECJ/EFTA-domstolen	39
4.5.6	Tilsvarende i EØS-retten?	40
4.5.7	Betydningen av disse kravene ved håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser i strid med europeiske konkurranseregler	41
4.6	Bitene møtes: <i>Eco Swiss</i>	43
4.6.1	Sakens bakgrunn	43
4.6.2	EU-domstolens prejudisielle avgjørelse: ECJs svar	44
4.6.3	Rekkevidden av <i>Eco Swiss</i>	47
5	<u>EUROPEISK KONKURRANSERETT SOM ORDRE PUBLIC</u>	54
5.1	Innledning. Rettskilder og metode	54
5.2	Voldgiftsdommer som opprettholder en konkurransebegrensende avtale	58
5.2.1	Avtaler med et konkurransebegrensende formål (<i>formålskategorien</i>) og ordre public	60
5.2.2	Avtalen har en konkurransebegrensende virkning (<i>effekt-kategorien</i>) og ordre public	66
5.2.3	EU-rettslige føringer: Effektivitetsprinsippets rekkevidde	79

5.3	Voldgiftsdommer som tilkjenner erstatning for brudd på en konkurransebegrensende avtale	98
5.3.1	Er voldgiftsdommen støtende mot rettsordenen?	99
5.3.2	EU-rettslige føringer: Effektivitetsprinsippets rekkevidde	107
6	<u>AVHANDLINGENS KONKLUSJONER</u>	110
7	<u>KILDEHENVISNINGER</u>	112
7.1	Litteratur	112
7.2	Norske rettskilder	122
7.3	EU/EØS-rettslige kilder	126
7.4	Utenlandske rettskilder	132
7.5	Konvensjoner og andre internasjonale rettskilder	133

1 Innledning

1.1 Presentasjon av emne

Avhandlingens tittel er ”*Avtaler med konkurranserettslige implikasjoner: Lovvalg og voldgift*”. Tittelen reflekterer avhandlingens hovedformål, som er å undersøke grensene for partenes lovvalg i internasjonale kontrakter undergitt voldgift, der avtalen har konkurranserettslige implikasjoner. Oppgaven er skrevet som en del av forskningsprosjektet ”*Voldgift og partsautonomi*” ved Institutt for Privatrett ved juridisk fakultet, Universitetet i Oslo.¹

Konkurranseretten er sentral i mange tvister i næringslivet.² Ofte vil disse rettsforholdene også ha tilknytning til flere land. Dette betyr blant annet at det oppstår spørsmål om lovvalg. Som det vil fremgå, er den klare hovedregelen på kontraktsrettens område at partene selv kan velge hvilket rettsgrunnlag tvisten skal reguleres av.

Videre er det i et stort flertall av internasjonale kontraktsforhold inntatt en avtale om voldgiftsbehandling for eventuelle tvister som oppstår i kontraktsforholdet.³ Voldgiftsprosessen er i stor grad gjennomført på partenes premisser. Kombinert med muligheten for å velge hvilket lands rett som kontraktsforholdet skal reguleres av, kan dette bidra til en oppfatning om at partenes frihet til lovvalg er nærmest absolutt, og at dette gir en slags utvidet materiell kontraktsfrihet. Hvor partenes avtale også har konkurranserettslige implikasjoner, oppstår det dermed en fare for at de interessene som konkurransereglene skal ivareta, ikke blir ivaretatt.

¹ Se nærmere om prosjektet i Moss (2009) [I] og på prosjektets hjemmesider:

<http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/>

² NOU 2001:33 s. 61.

³ Zekos (2008) viser til at så mye som 90% av større internasjonale kontraktsforhold inneholder en voldgiftsklausul (s. 476 med videre henvisninger i note 350).

Internasjonal kommersiell voldgift søker å frigjøre seg fra nasjonale og regionale reguleringer, slik at saken behandles på 'nøytral grunn'. Selv om dette i mange sammenhenger er korrekt, vil prosessen ikke være helt fritatt fra nasjonal innblanding. Voldgiftsdomstolen og partene vil kunne være avhengig av nasjonale domstoler når det kommer til håndhevelsen av avgjørelsen. Ved å undersøke grensene for når en nasjonal domstol vil nekte å tvangsfullbyrde en voldgiftsdom eller kjenne denne ugyldig, kan vi finne de endelige grensene for partenes lovvalg.⁴

1.2 Avgrensning

Oppgavens problemstilling er omfattende, og for å tilpasse denne til avhandlingens format må det gjøres noen avgrensninger. Det er imidlertid forsøkt å gjøre dette slik at de mest praktiske og grunnleggende problemstillinger kommer frem og kan rendyrkes i størst mulig grad.

For det første vil avhandlingen konsentrere seg om den europeiske konkurranseretten. Det avgrenses derfor i sin helhet mot nasjonal konkurranserett. Avgrensningen hviler på en antagelse om at de internasjonale kontraktsforhold som avhandlingen dreier seg om, i de fleste tilfeller vil falle inn under den europeiske kontraktsretten der avtalen først har en konkurranserettslig side.⁵

For det andre vil avhandlingen konsentrere seg om forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i EØS-lovens artikkel 53. Øvrige bestemmelser i den europeiske konkurranseretten vil derfor ikke bli behandlet. Flere av oppgavens deler vil imidlertid kunne ha relevans også for disse. Det bør her presiseres at avhandlingen ikke primært vil dreie seg om den materielle konkurranseretten. Vurderingen vil gjøres med

⁴ Alvik (2009) s. 49

⁵ Det forutsettes da at partenes avtale i de tilfeller som behandles vil 'direkte eller indirekte, potensielt eller aktuelt' påvirke samhandelen mellom EUs medlemsland, og dermed bringe rettsforholdet innenfor den europeiske konkurranseretten, jfr. Sag C-42/84 Remia mot Kommisjonen, avsnitt 22, jfr. Kolstad (2007) s. 213.

utgangspunkt i grensene for å nekte håndhevelse av voldgiftsavgjørelser, slik at det allerede der vil bli forutsatt at voldgiftsavgjørelsen ikke er i samsvar med artikkel 53. Avhandlingen vil da undersøke kategorier av avtaler som er i strid med artikkel 53, og vurdere hvorvidt en voldgiftsavgjørelse som gir effekt til en slik avtale kan nektes tvangsfullbyrdet eller kjennes ugyldig av en norsk domstol.

Som en tredje avgrensning vil avhandlingen bare behandle forholdet mellom avtalepartene. Også tredjeparter kan i visse tilfeller fremme et krav for overtredelse av konkurransereglene i voldgift.⁶ Disse tilfellene behandles ikke.

1.3 Rettskilder og metode

Avhandlingen har norsk rett som utgangspunkt og problemstillingen strekker seg over flere rettsområder, herunder voldgiftsrett, internasjonal privatrett, (europeisk) konkurranserett, alminnelig EU/EØS-rett og kontraktsrett. På grunn av det omfattende rettskildebildet har jeg sett det nødvendig å foreta en grundigere redegjørelse av hvordan rettskildene vil legge føringer på nasjonale domstolers prøving av voldgiftsavgjørelser. For en fullgod behandling av dette spørsmålet, nøyer jeg meg her med å vise til kapittel 4. Det gis der en mer omfattende redegjørelse for rettskildebildet og de ulike rettskilders forhold til hverandre. I tillegg vil det bli gitt en oversikt over utenlandsk rettspraksis og teori i kapittel 5.1.

Temaet for avhandlingen innebærer et møte mellom det internasjonale systemet for håndhevelse av voldgiftsavgjørelser, slik dette er kommet til uttrykk i New York-konvensjonen, og EU/EØS-retten.⁷ I et overordnet perspektiv er dette et møte mellom to autonome rettslige regimer som i liten grad er tilpasset hverandre. Felles for dem begge er imidlertid at begge er avhengig av nasjonal rett og nasjonale domstolers lojale gjennomføring, og begge vil oppstille krav for hvordan dette skal skje. I denne avhandlingen vil det forsøkes å anlegge en praktisk tilnærming, og undersøke

⁶ Se Komninos (2009).

⁷ Se nærmere i kapittel 4.

problemstillingen fra den nasjonale dommerens synspunkt. Utgangspunkt for drøftelsen vil derfor være stedet hvor de to regimene møtes, nemlig nasjonal prosesslovgivning, mer presist voldgiftsloven.

Avhandlingens hovedproblemstilling har enda ikke vært oppe til prøving for norske domstoler. Det er derfor naturlig å se hen til hvordan andre domstoler har løst dette. Utenlandsk rettspraksis vil her kunne være av særlig interesse, ettersom avgjørelsene omhandler hovedsakelig de samme rettsregler som gjelder i norsk rett. Det bør da nevnes at de utenlandske rettsavgjørelsene er i stor grad vurdert på bakgrunn av gjengivelser og oversettelser som er hentet fra litteraturen. Dette fremgår da fra henvisningene.

Det er også ellers gjort utstrakt bruk av internasjonal litteratur. Dette er hovedsakelig hentet fra databaser som Westlaw International, HeinOnline og Kluwer Arbitration.

Som ledd i prosjektet har det vært avholdt to seminarer hvor oppgavens problemstillinger har vært presentert av kandidaten og drøftet av seminarets deltakere. Blant deltakerne har det vært ledende akademikere og praktiserende jurister på dette området, både nasjonalt og internasjonalt. Erfaringer og innspill herfra har også vært benyttet i avhandlingen.

1.4 Avhandlingens oppbygging

Innledningsvis i kapittel 2 vil det gis en kort og mer generell redegjørelse for voldgift og lovvalg. I kapittel 3 kobles så konkurranseretten inn i dette bildet, og voldgiftsrettens forhold til partenes lovvalg hvor tvisten har konkurranserettslige implikasjoner behandles også kort. I kapittel 4 vil det som nevnt bli gjort en grundig redegjørelse for de rettsregler en nasjonal domstol må forholde seg til ved prøvingen av en voldgiftsavgjørelse som er i strid med europeisk konkurranserett. En undersøkelse av den faktiske rekkevidden av konkurranseretten som begrensningen på håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser vil så foretas i kapittel 5. Avhandlingens konklusjon fremsettes i kapittel 6.

2 Voldgift og lovvalg

2.1 Kort om voldgift

Der private parter er uenige om et rettskrav, stiller staten domstolsapparatet til rådighet for en løsning av tvisten.⁸ Dersom partene ønsker det, har de også mulighet til å få saken behandlet og avgjort ved *voldgift*.⁹ Voldgift innebærer en form for privat domstol, der partene ved avtale velger å la en eller flere tredjemenn avgjøre rettsforholdet mellom dem.¹⁰ En voldgiftsdomstol kan derfor sies å ha samme funksjon som en ordinær domstol – å avgjøre et rettskrav – og voldgiftsrettens avgjørelse vil binde partene på samme måte. Avtale om voldgiftsbehandling gjøres som regel ved at det inntas en *voldgiftsklausul* i partenes opprinnelige avtale, som gjerne sier at tvister som springer ut av avtaleforholdet skal avgjøres ved voldgift.¹¹ Om en slik avtale er inngått, kan hver av partene kreve at de ordinære domstoler må avvise et saksanlegg om det samme forhold fra den andre part.¹²

Adgangen til voldgiftsbehandling er et utslag av partenes avtalefrihet.¹³

Voldgiftsdommerens kompetanse til å avgjøre tvisten springer ut av voldgiftsavtalen mellom partene, i tillegg til oppnevningen av dommeren (*voldgiftmannsavtalen*).¹⁴ At voldgift er basert på avtalefriheten setter imidlertid visse begrensninger for hvilke rettsforhold som kan voldgis. I voldgiftslovens § 9 første ledd heter det at ”Tvister i

⁸ Tvisteloven § 1-3 første ledd og Mæland (1988) s. 11.

⁹ Voldgiftsloven § 9 første ledd.

¹⁰ Mæland (1988) s. 11 og Ristvedt (2008) s. 52.

¹¹ Voldgift kan også avtales etter at en tvist er oppstått, jfr. voldgiftsloven § 10 første ledd.

¹² Voldgiftslovens § 7 første ledd. En voldgiftsklausul innebærer derfor en avtalt prosessforutsetning. Et interessant tilfelle er behandlet i Rt. 2008 s. 1623.

¹³ Moss (1999) s. 57

¹⁴ Ibid.

rettsforhold som partene har fri rådighet over, kan avgjøres ved voldgift”.¹⁵ Loven trekker her en grense mellom disponible og indisponible rettsforhold.¹⁶

Spesielt for kommersielle aktører fremstår gjerne voldgiftsbehandling som en fordelaktig tvisteløsningsmetode sammenlignet med ordinær domstolsbehandling. Voldgift gir partene stor frihet til å tilpasse prosessen etter partenes ønsker og behov, eksempelvis ved at det utpekes dommere med en spesialkompetanse på de aktuelle (retts)områder. Voldgiftsloven legger i det hele tatt få føringer på voldgiftsrettens behandling av tvisten, og de bestemmelser som finnes, kan som regel partene avtale seg ut av om de ønsker.¹⁷ En annen sentral grunn til at partene gjerne velger voldgift er at voldgiftsavgjørelsen vil være endelig så snart voldgiftsretten har avsagt sin dom.¹⁸ Når avgjørelsen ikke kan ankes, vil partene vil sikres en rask og effektiv avklaring av tvisten. En tredje grunn til at partene velger voldgift er mulighetene for å unngå publisitet rundt tvisten.¹⁹

I internasjonale kontraktsforhold vil voldgift ofte fremstå som enda mer fordelaktig. Partene kan på denne måten sikre at saken blir behandlet av en nøytral domstol, og kan unngå at tvisten blir lagt til et land hvor man ikke kjenner prosessreglene eller at den ene parten vil få en antatt fordel ved å kunne føre saken på ’hjemmebane’.

¹⁵ Sml. tidl. tvml. § 452 første ledd.

¹⁶ Denne sonderingen er vel kjent i norsk sivilprosess og voldgiftsloven må tolkes på denne bakgrunn, jfr. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 33. Se tvisteloven § 11-4 jfr. § 11-2 og tvistemålsloven (opphøvet) § 85.

¹⁷ Voldgiftsloven § 21 fastslår at ”Innenfor rammen av partenes avtale og loven her skal voldgiftsretten behandle saken på den måte den finner hensiktsmessig”. Voldgiftsrettens behandling suppleres som utgangspunkt heller ikke av de alminnelige prosessregler, herunder tvisteloven, jfr. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 57. Det forutsettes imidlertid at grunnleggende prinsipper for saksbehandling overholdes, eksempelvis prinsipper om likebehandling og kontradiksjon, jfr. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 57, jfr. også Rt. 2005 s. 1590, spesielt avsnitt 28.

¹⁸ Det vil ikke være anledning til å anke en voldgiftsavgjørelse til en annen voldgiftsrett med mindre en slik ankeadgang er avtalt mellom partene. En slik adgang avtales svært sjelden. En voldgiftsdom heller ikke ’ankes’ inn for de ordinære domstoler, jfr. Rt. 1988 s. 1410.

¹⁹ På dette området har imidlertid Norge valgt en særegen regel i voldgiftslovens § 5, som sier at slik taushetsplikt bare kan avtales for ”den enkelte sak”. En bestemmelse om dette inntatt i kontrakten vil altså ikke være bindende. Modelloven har ingen regulering av spørsmålet.

I alminnelighet vil en voldgiftsdom innebære en endelig avgjørelse av partenes tvist, og i det store flertallet av saker vil partene frivillig etterleve dommen.²⁰ Det er derfor ikke før partene nekter å følge voldgiftsrettens avgjørelse, at spørsmålet om voldgiftsavgjørelsens virkninger (rettskraft) kommer på spissen. Voldgiftslovens utgangspunkt er at avgjørelsen har samme virkninger som en rettskraftig dom.²¹ Som det skal kommes tilbake til, er det imidlertid visse unntak, hvor en voldgiftsavgjørelse kan nektes tvangsfullbyrdelse eller bli kjent ugyldig ved en nasjonal domstol. Før jeg kommer så langt, skal jeg imidlertid se raskt på partenes muligheter i internasjonale kontraktsforhold til å velge rettsgrunnlaget som regulerer deres rettsforhold. I kapittel 3 skal så den europeiske konkurranseretten kobles inn i dette bildet, og det skal sies noe kort om voldgiftsrettens forhold til partenes lovvalg og den europeiske konkurranseretten.

2.2 Kort om lovvalg: Partsautonomien og dens begrensninger

a) Internasjonal privatrett

Når en avtale har tilknytning til flere stater, er det ikke klart hvilke rettsregler som kommer til anvendelse på rettsforholdet.²² Vi får da et spørsmål om *lovvalg*. Disse spørsmålene reguleres av den internasjonale privatrett. Til tross for sitt navn er den internasjonale privatretten nasjonal. I Norge er lovvalgsreglene på kontraktsrettens område i liten grad lovfestet. Bortsett fra kjøpslovvalgsloven og noen spredte bestemmelser, må man som regel henvende seg til juridisk teori, rettspraksis og internasjonale rettskilder for å løse av disse

²⁰ Born (2009) s. 2710.

²¹ Jfr. NOU 2001:33 s. 31 og s. 91 og Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 66 og s. 75. Før voldgiftsloven fremgikk dette uttrykkelig av tvistemålslovens § 464 annet ledd. For en nærmere omtale av rettskraft i sin alminnelighet vises til spesiellitteraturen jfr. Hov (2007) s. 417 flg og Robberstad (2006).

²² Spørsmålet om rettsforholdet har en tilknytning til flere rettssystemer kan i seg selv være et vanskelig spørsmål. I forarbeidene til forsikringslovvalgsloven heter det: ”*For at et annet lands regler skal kunne avtales, er det en betingelse at forholdet har en viss tilknytning til utlandet*” (Ot.prp.nr.72 (1991-1992) s. 19.). I Guiliano/Lagarde-rapporten til Roma-konvensjonen fremheves det at det må være snakk om en ”*genuine connection*”. Se nærmere i Gaarder (2000) s. 19 og Moss (1999) s. 43 flg.

spørsmålene.²³ Innen EU er disse forhold i større grad undergitt en enhetlig regulering ved *Roma I*-forordningen.²⁴ Selv om denne ikke får direkte anvendelse i norsk rett, taler hensynet til enhetlige løsninger for at forordningens løsninger blir lagt til grunn også i norsk internasjonal privatrett.²⁵ Høyesterett sluttet seg til dette synet i Bokhandleren i Kabul-saken, der førstevoterende med tilslutning fra flertallet uttalte at; ”*I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt*”.²⁶

b) Partsautonomien og dens begrensninger

På kontraktrettens område er det et sentralt prinsipp at partene selv kan velge hvilke rettsregler som skal regulere rettsforholdet.²⁷ Denne adgangen kalles gjerne *partsautonomien*. Har partene først foretatt et slikt lovvalg, vil som utgangspunkt hele kontrakten flyttes inn under den valgte lov.²⁸ Utgangspunktet er da at også preseptoriske regler som ville kommet til anvendelse uten lovvalget, ikke lenger kan anvendes.²⁹

Det er flere grunner til at partene bør ha en vid adgang til å selv velge hvilket lands rett som skal regulere det materielle rettsforholdet. Kanskje aller viktigst er at dette gir partene en mulighet til å forutberegne sin

²³ Av eksempler fra den norske lovgivningen kan nevnes avtalelovens § 37 tredje ledd som tar sikte på å beskytte forbrukere mot urimelige avtalevilkår, og den mer omfattende bestemmelsen i forbrukerkjøpsloven § 3 annet ledd. Også forsikringslovvalgsloven kan nevnes. Alle disse reglene stammer forøvrig fra EU-direktiver, jfr. Moss (2009) [II] s. 71.

²⁴ Forordning nr. 593/2008. For ikke-kontraktuelle forpliktelser finnes nå også *Roma II* (Forordning nr. 864/2007).

²⁵ Moss (2010) artikkelens s. 10-13.

²⁶ Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 34. Jfr. også Rt. 2006 s. 1008 avsnitt 17 som henviser til Romatraktaten.

²⁷ *Roma I* artikkel 3. For mer om det rettslige grunnlaget for denne regelen i norsk rett, se Moss (2007) s 681 flg. Jfr. også voldgiftslovens § 31 første ledd første punktum og Modellovens artikkel 28(1) første punktum.

²⁸ Moss (2007) s. 700.

²⁹ Vi sier at virkningen er *kollisjonsrettslig*; i motsetning til *materiellrettslig* hvor rettsforholdet ikke har tilknytning til flere land. I sistnevnte tilfelle vil lovvalget fortsatt være ’gyldig’, men da innenfor rammene av preseptorisk lovgivning i det land hvor rettsforholdet hører hjemme. Se nærmere Moss (1999) s. 74 og 80 flg., Moss (2007) s 682 og Gaarder (2000) s. 233.

rettsstilling ved at de vet hvilken bakgrunnsrett som regulerer kontrakten.³⁰ Et annet hensyn er at det er ønskelig at en tvist skal bli bedømt på likt grunnlag uavhengig av hvor saken kommer opp. Når partsautonomien er universelt anerkjent, motvirker dette blant annet at sak blir tatt ut av en av partene før det kanskje er nødvendig, fordi man ønsker at saken kommer opp i et spesielt land. I tillegg til at rettsenhet kan være ønskelig i seg selv, kan rettsenhet derfor motvirke dannelsen av tvister.

Denne vidtgående friheten kan imidlertid medføre at hensynet til andre enn partene selv ikke blir tatt med i vurderingen. Hovedregelen er derfor ikke uten unntak, og begrensningene i partsautonomien finnes hovedsakelig i tre former. For det første kan *andre lovvalgsregler* medføre at partenes lovvalg ikke kan godtas. Ett eksempel er saker som omhandler fast eiendom, hvor loven der hvor eiendommen befinner seg skal legges til grunn (*lex rei sitae*).³¹ Når en slik spesiell lovvalgsregel kommer til anvendelse, vil partsautonomien være tilsvarende begrenset og spørsmålet kan i det hele sies å ligge utenfor partsautonomien.³²

For det andre er det en viss mulighet for å gi direkte anvendelse til et begrenset utvalg av preseptoriske rettsregler. Disse reglene kalles *internasjonalt preseptoriske regler*.³³ At slike bestemmelser kommer til anvendelse følger i EU av *Roma I* artikkel 9, men er sikker rett også i Norge.³⁴ Som vi skal se i kapittel 3, faller konkurransereglene inn i denne kategorien.

I Norge er det ikke vanlig at lovgiver direkte bestemmer hvilke regler som skal være internasjonalt preseptoriske.³⁵ Det vil da være opp til dommeren å avgjøre dette, basert på en tolkning av den aktuelle bestemmelse.³⁶ I hovedsak er spørsmålet om hensynene bak regelen er så tungtveiende at den skal få anvendelse selv hvor partene har valgt en annen lov.³⁷ Formålet som regelen skal ivareta vil da være

³⁰ Gaarder (2000) s. 232, Moss (1999) s. 52.

³¹ Gaarder (2000) s. 283. Et annet eksempel er forbrukerkjøpslovens § 3 annet ledd.

³² Moss (2007) s. 701.

³³ Også kalt *inngrepssnormer* eller *internasjonalt direkte anvendelige lover* (Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 37). I internasjonal litteratur brukes ofte *lois de police* eller *overriding mandatory rules*.

³⁴ Se eksempelvis HR-2009-2266-A avsnitt 37 og Rt.2002 s.180 s.187 med videre henvisninger.

³⁵ Et unntak er agenturlovens § 3.

³⁶ Thue (2002) s. 205, Gaarder (2000) s. 235 og Cordes (1999) s. 284-288.

³⁷ De internasjonalt preseptoriske reglene i *lex fori* skiller seg ifra lovvalgsreglene på en sentral måte; Det spørres ikke om hvilken tilknytningsfaktor som skal legges til grunn, men om regelen er så sentral i

sentralt.³⁸ Spørsmålet er vanskelig og kan ikke løses generelt.³⁹ Helt fast står det imidlertid at det ikke er nok at bestemmelsen er preseptorisk i intern rett, selv om dette som regel er et vilkår.⁴⁰ Videre bør klassifiseringen av nasjonale regler som internasjonalt preseptorisk være restriktiv.⁴¹

Partenes lovvalg må for det tredje vike dersom resultatet av partenes lovvalg vil være uforenelig med fundamentale rettsprinsipper i domstollandet (*ordre public*).⁴² I EU har regelen sitt rettslige grunnlag i Roma I artikkel 21, hvor det heter at anvendelsen av en rettsregel i henhold til konvensjonen kan nektes dersom den er ”*manifestly incompatible with the public policy ('ordre public') of the forum*”. I norsk rett er en slik regel inntatt i kjøpslovvalgslovens § 6, men anses som et ulovfestet prinsipp som gjelder for alle rettsområder.⁴³ *Ordre public* er en snever unntaksregel, som fungerer som et generelt forbehold mot de resultater som kan følge av lovvalgsreglene.⁴⁴ Ingen domstol skal være forpliktet til å komme til et resultat som strider mot fundamentale verdier i domstollandet (*lex fori*).⁴⁵ Vurderingen retter seg mot den konkrete situasjon, og ikke mot en rettsregel generelt.⁴⁶

rettsordningen i *lex fori* at den må komme til anvendelse også i internasjonale forhold. Mens lovvalgsreglene er verdinøytrale, ser man her altså på regelen selv.

³⁸ Cordes (2000) s. 286 og Thue (2002) s. 205.

³⁹ Moss (1999) s. 109.

⁴⁰ Moss (2007) s. 704 og Thue (2002) s. 205. Berg (2006) I hevder imidlertid at det ikke kan anses som et absolutt vilkår (s. 327).

⁴¹ Cordes (2000) s. 286 og Moss (2007) s. 703 flg. Se eksempelvis Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 39 hvor Høyesterett anser nasjonale regler om yttringsfriheten som internasjonalt preseptoriske.

⁴² Tidvis benyttes også betegnelsen *public policy* for å beskrive den samme regel. Begrepene har ulik opprinnelse og er derfor ikke nødvendigvis sammenfallende. Mens *ordre public* har sin baggrunn fra Frankrike og den sivile rettsordning, stammer *public policy* fra engelsk rett og common law. Ifølge van den Berg (1981) har også *public policy* tradisjonelt et snevrere anvendelsesområde enn *ordre public*. Som regel brukes imidlertid begrepene om hverandre. (s. 359).

⁴³ Moss (2007) s. 710, Gaarder (2000) s. 101 flg. og Thue s. 183 flg. Jfr. også Rt. 1996 s. 1288.

⁴⁴ Thue (2002) s. 176 og Gaarder (2000) s. 104.

⁴⁵ Både *ordre public*-unntaket og direkte anvendelse av internasjonalt preskriptoriske regler baserer seg altså på verddivurderinger. Samtidig har de en noe forskjellig funksjon. *Ordre public* hindrer anvendelsen av rettsregler som fører til resultater i strid med fundamentale rettsprinsipper, og fungerer således negativt.

Selv med disse unntakene er partene gitt stor frihet til selv å bestemme hvilken bakgrunnsrett som skal anvendes i internasjonale kontraktsforhold. Sett i sammenheng med den store friheten som voldgift gir, står partene i det store og det hele svært fritt til å disponere over egne tvister – med endelig virkning.

3 Konkurranseretten og voldgiftsrettens forhold til partenes lovvalg

Konkurranseretten er læren om de rettsregler som skal beskytte og fremme konkurransen i næringslivet.⁴⁷ Reglene retter seg mot private parter, og oppstiller blant annet forbud mot å handle på en måte som begrenser konkurransen i markedet. Håndhevelsen av konkurransereglene skjer først og fremst av det offentlige, herunder av EU Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter. Reglene har imidlertid også privatrettslige virkninger som kan få betydning for partenes rettigheter og plikter i et kontraktsforhold.

3.1 Konkurransereglenes formål og funksjon

I alminnelighet er EU/EØS-konkurransereglenes formål å beskytte konkurransen på det indre markedet.⁴⁸ Dette målet må imidlertid sees på bakgrunn av de funksjoner som konkurransen har.⁴⁹ I TEU art. 3(3) går det frem at EU skal arbeide for “*sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly*

Internasjonalt preskriptive regler gir derimot direkte anvendelse til rettsregler i lex fori, og fungerer da positivt. I eldre juridisk teori har de to kategorier gjerne vært behandlet sammen under betegnelsen positiv og negativ ordre public, selv om dette ikke har vært vanlig i norsk internasjonal privatrett, jfr. Thue (2002) s. 181 med videre henvisninger og Cordes (2000) s. 153-154. I Thames-dommen (Rt. 1931 s. 1185, se spesielt s. 1186) syntes imidlertid Høyesterett å legge til grunn positiv ordre public-betraktninger ved spørsmål om å gi anvendelse til norske rettsregler, jfr. Cordes (2000) s. 158.

⁴⁶ Moss (2007) s. 710, Thue s. 187 og Gaarder (2000) s. 110.

⁴⁷ Kolstad (2007) s. 25.

⁴⁸ Whish (2009) s. 1 og EØS-rett (2003) s. 468.

⁴⁹ Kolstad (2007) s. 147.

competitive social market economy”. For å nå dette målet er det unionens oppgave å etablere “*competition rules necessary for the functioning of the internal market*”.⁵⁰ Svært forenklet uttrykt vil konkurransen sørge for at ressurser blir fordelt til de som verdsetter dem høyest, slik at det endelige mål om samfunnsøkonomisk effektivitet og konsumentvelferd oppnås. Rettsreglene tar derfor sikte på å beskytte konkurransen som prosess.⁵¹ Mens målsetningen er effektiv ressursbruk, er virkemiddelet fri konkurranse.⁵² Man kan også se det slik at den virksomme konkurranse er det umiddelbare målet, mens effektiv ressursbruk er det endelige mål. Det er da konkurransereglens jobb å beskytte konkurransen mot private disposisjoner som kan hindre, innskrenke eller vri prosessen til skade for samfunnet, forbrukere og andre foretak. Som uttrykt av ECJ i *Hoechst*: “*The function of those rules is ... to prevent competition from being distorted to the detriment of the public interest, individual undertakings and consumers*”.⁵³

De europeiske konkurransereglene har også en mer politisk funksjon utover beskyttelse av konkurranseprosessen i seg selv, da denne prosessen anses som et verktøy for opprettelsen og opprettholdelsen av det indre marked.⁵⁴ I *Metro I* uttaler EU-domstolen:

“The requirement contained in articles 3 and 85 of the EEC Treaty that competition shall not be distorted implies the existence on the market of *workable competition*, that is to say the degree of competition necessary to ensure the observance of the basic requirements and the attainment of the objectives of the treaty, in particular the *creation of a single market* achieving conditions similar to those of a domestic market.” (mine kursivering).⁵⁵

At økonomisk integrasjon er et helt fundamentalt formål med den Europeiske Union trenger ingen nærmere forklaring. Tanken er konkurransereglene skal bidra til å hindre barrierer på handel mellom medlemslandene og at selskaper skal fritt kunne vokse og drive

⁵⁰ TFEU art. 3(b).

⁵¹ Whish (2009) s. 1.

⁵² Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 32.

⁵³ (Forente saker C-46/87 og 227/88 Hoechst AG mot Kommisjonen, avsnitt 25).

⁵⁴ Whish (2009) s. 22-23, Ehlermann (1992) punkt 3 (fra side 264) og Forrester (1998) s. 363 og s. 380.

⁵⁵ Sag C-26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot Kommisjonen, avsnitt 20.

handel utenfor sin hjemstat.⁵⁶ Vi kan derfor si at konkurransen er virkemiddelet for å oppnå målet om markedsintegrasjon. Mens reglene om de fire friheter pålegger medlemsstatene å sikre fri flyt av varer og tjenester, er det konkurransereglene som skal sikre at private virksomheter ikke skaper slike hindringer.⁵⁷

3.2 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

Den bestemmelsen som klart er mest aktuell for å bli prøvet i tvist om kontraktuelle forpliktelser, er forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i EØS-avtalens artikkel 53. Gjennom EØS-lovens § 1 gjelder bestemmelsen som norsk lov. Her skal bare bestemmelsen presenteres helt kort, da den vil bli nærmere behandlet i kapittel 5.

Bestemmelsen lyder:

1. Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i
 - a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
 - b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
 - c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
 - d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
 - e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.
2. Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.
3. Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr. 1 ikke skal anvendes på
 - avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,
 - beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og
 - samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten
 - a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller

⁵⁶ Kolstad (2007) s. 201.

⁵⁷ Kolstad (2007) s. 201.

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

Artikkel 53 er delt i tre deler. Første ledd fastsetter – i absolutte termer – at alle former for samarbeid som kan påvirke handelen mellom medlemsstatene, og har til ’formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen’ på det indre markedet er forbudt.⁵⁸ Bokstav a) til e) lister så opp en del eksempler på konkurransebegrensende samarbeid som omfattes av forbudet. Listen er ikke uttømmende. Annet ledd angir den privatrettslige virkningen av en avtale som er i strid med første ledd; ugyldighet. Tredje ledd angir vilkår for unntak av bestemmelsens første ledd. Generelt dreier det seg om tilfeller hvor avtalen har positive virkninger som oppveier de negative virkningene av konkurransebegrensningen.

For enkelthets skyld vil det i avhandlingen gjennomgående bli vist til TFEU artikkel 101, med mindre noe annet anses nødvendig etter sammenhengen. Dette må da leses som en henvisning til EØS-avtalens artikkel 53. Bestemmelsene skal tolkes identisk.⁵⁹

3.3 Voldgiftsdomstolens anvendelse av artikkel 101

a) Voldgiftsretten kan avgjøre de privatrettslige virkningene av artikkel 101 der domstolen blir bedt om dette

Det er i dag alminnelig anerkjent at de privatrettslige virkningene av konkurransereglene kan prøves og avgjøres av en voldgiftsdomstol der partene ber domstolen om dette.⁶⁰ I Norge følger dette uttrykkelig av voldgiftslovens § 9 annet ledd, hvor det heter at; ”*De privatrettslige virkningene av konkurranselovgivningen kan prøves i en voldgiftssak*”.⁶¹ Fra

⁵⁸ For enkelthets skyld benyttes i det følgende ”begrense” (eller variasjoner derav) som en fellesbetegnelse på ”hindre, innskrenke eller vri”.

⁵⁹ *EØS-retten* (2006) s. 470

⁶⁰ For tidligere rettstilstand, se Ehlermann (2001) s. 285-286, (og NOU 2001:33 s. 114). For en gjennomgang av hensyn som taler mot at konkurranseretten skal kunne avgjøres i voldgift, se Landolt (2006) s. 93 flg.

⁶¹ I forarbeidene til loven uttales det at bestemmelsen er inntatt for å skape klarhet, jfr. NOU 2001:33 s. 114. I andre europeiske land følger voldgiftsdomstolens mulighet til å avgjøre disse spørsmålene enten uttrykkelig av de enkeltes land egne voldgiftslovgivninger, eller er akseptert i rettspraksis, jfr. Landolt (2006) s. 94 flg.

EU-rettens side er adgangen til å voldgi disse spørsmål indirekte bekreftet ved *Eco Swiss*, som skal behandles nærmere i kapittel 4.6.⁶²

Voldgiftsrettens mulighet til å avgjøre de privatrettslige virkningene av artikkel 101 vil da være likt som hvor en nasjonal domstol avgjør en tilsvarende tvist mellom to private parter.⁶³ De mest aktuelle spørsmål vi da gjerne være gyldigheten av partenes avtale etter artikkel 101(2) og erstatningsspørsmål.⁶⁴ Særlig praktisk vil være tilfeller hvor avtalerettslig ugyldighet etter artikkel 101(2) brukes som forsvar mot den andre parts krav om enten naturaloppfyllelse eller erstatning for brudd på kontrakt (såkalt *euro-defence*).⁶⁵

Konsekvensen av at voldgiftsretten går utenfor ”*de privatrettslige virkningene*” vil være at avgjørelsen kan kjennes ugyldig etter voldgiftslovens § 43 annet ledd bokstav a, eller nektes anerkjennelse og fullbyrdelse etter § 46 annet ledd bokstav a.⁶⁶

b) Voldgiftsrettens forhold til partenes lovvalg

Hensett til de hensyn som artikkel 101 skal ivareta, må det være helt klart at artikkel 101 vil være å anse som en internasjonalt preseptorisk regel.⁶⁷ Etter norske og europeiske lovvalgsregler, vil derfor bestemmelsen komme til anvendelse der partenes avtale faller inn under bestemmelsens vilkår.

For en voldgiftsdomstol, er det imidlertid usikkert hvorvidt denne kan sette seg ut over partenes vilje og anvende artikkel 101 i strid med partenes lovvalg. Det er forskjellig

For amerikansk rett ble spørsmålet avgjort av U.S Supreme Court i den såkalte *Mitsubishi*-dommen (Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, U.S Supreme Court, 473 U.S. 614 (1985)).

⁶² Sag C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd. mot Benetton Internasjonal NV*.

⁶³ Blanke (2008) II s. 138 og Dempegiotis (2008) s. 381. Voldgiftsretten kan da også anvende bestemmelsens tredje ledd. Dette var tidligere usikkert, mye fordi det i Forordning 1/2003 ikke nevnes noe om voldgiftsbehandling, jfr. de Groot (2008) s. 181-187.

⁶⁴ Berg (2006) [III] s. 3.

⁶⁵ Disse tilfellene gjenspeiles i avhandlingens problemstillinger i kapittel 5.

⁶⁶ Jfr. Modellovens artikkel 34 og 35-36, samt NY-konvensjonens artikkel V.

⁶⁷ Jfr. bla. Dempegiotis (2008) s. 367, Landolt (2006) s. 186-188 og Moss (2008) s. 22. Dette må også anses uttrykkelig bekreftet av ECJs avgjørelse i *Eco Swiss*, som behandles grundig i kapittel 4.6.

syn på dette.⁶⁸ På den ene siden fremheves gjerne at voldgiftsrettens myndighet er utledet direkte fra partene. At voldgiftsretten skal innrette seg etter partens vilje, er også et grunnleggende prinsipp i voldgiftsinstituttet.⁶⁹ Man kan da se det slik at dersom voldgiftsretten setter seg ut over partenes lovvalg, vil det innebære at voldgiftsretten har gått ut over sin 'domsmyndighet'. Anlegger man et slikt syn vil konsekvensen etter omstendighetene kunne være at partene kan få kjent voldgiftsavgjørelsen ugyldig, eller hindre denne fra å bli tvangsfullbyrdet med grunnlag i voldgiftslovens § 43/46 første ledd bokstav c.⁷⁰

Det er på den andre siden også mulig å se det slik at voldgiftsretten er berettiget til å legge til grunn internasjonalt preseptoriske regler, og gi anvendelse til artikkel 101 som forklart ovenfor.⁷¹ Anlegger man denne synsvinkelen, vil partene ikke ha satt seg ut over sin myndighet, men ha anvendt de internasjonale privatrettslige reglene til å definere rekkevidden av partenes lovvalg. Partsautonomien settes da inn i en rettslig ramme, istedenfor å bli ansett som et ubegrenset prinsipp.⁷²

Dersom artikkel 101 legges til grunn til på bekostning av partenes lovvalg, vil fortsatt partenes lovvalg være relevant for andre spørsmål, også i tilknytning til anvendelsen av konkurransereglene. Som utgangspunkt vil eksempelvis erstatningsgrunnlaget måtte finnes i nasjonal rett – her vil partenes lovvalg som utgangspunkt være avgjørende.⁷³ Videre vil spørsmål om delvis ugyldighet måtte avgjøres etter nasjonal rett⁷⁴, i tillegg til hvilke følger en delvis ugyldighet vil ha for de resterende deler av partenes avtale.

⁶⁸ Det vil føre for langt å gå inn på en fullstendig redegjørelse for dette her. Se Moss (2005), Moss (2009) [I] og Alvik (2009) for en mer utførlig drøftelse.

⁶⁹ Moss (2009) [I] s. 368.

⁷⁰ Jfr. Modellovens art. 34 (2) (a) (iii) og 36 (1) (a) (iii), NYK art. V (1) (c). Slik antatt av Hoge Raad i spørsmålsstillingen til ECJ i *Eco Swiss*, inntatt i Generaladvokatens forslag til avgjørelse, avsnitt 19, og tilsynelatende Mæland (1988) s. 199 med videre henvisninger i note 3.

⁷¹ Da de internasjonalt privatrettslige reglene er nasjonale, vil det her igjen bli et spørsmål om hvilke slike regler som skal legges til grunn.

⁷² Moss (2009) s. 368.

⁷³ Jeg går ikke nærmere inn på dette her. Se imidlertid Komninos (2009) og van Houtte (2005) [I].

⁷⁴ Slik Whish (2009) s. 313. Motsatt Hjelmeng (2003) s. 203-204.

Uavhengig av hvilket syn som legges til grunn, må det imidlertid erkjennes at en voldgiftsdomstol i praksis vil ha store problemer med å anvende artikkel 101 mot partenes vilje.⁷⁵ En vurdering etter denne bestemmelsen vil, som vi skal se senere, ofte kreve store mengder av bevisføring fra partenes side. En voldgiftsdomstol har i den sammenheng eksempelvis ingen myndighet til å fremprovosere bevis, med mindre en slik myndighet er tildelt domstolen igjennom partenes avtale og oppnevningen av voldgiftsdommeren.

Som antydnet i avhandlingens innledning, er imidlertid ikke internasjonal kommersiell voldgift helt fritatt for nasjonal innblanding. Der en part ikke frivillig oppfyller i henhold til avgjørelsens resultat, vil det kunne bli aktuelt å søke voldgiftsavgjørelsen tvangsfullbyrdet ved hjelp av det nasjonale domstolsapparatet. For den tapende part, kan det være aktuelt å angripe voldgiftsavgjørelsen ved et ugyldighetssøksmål. De endelige grensene for partsautonomien i voldgift, kan derfor søkes i grensene for når voldgiftsavgjørelsen kan nektes håndhevelse for nasjonale domstoler.

I det videre skal det derfor forutsettes at voldgiftsretten har lagt til grunn partenes lovvalg, og at den ikke har foretatt noen materiell anvendelse av artikkel 101 – til tross for at bestemmelsen ellers er anvendelig.

For voldgiftsrettens del, vil da også grensene for når avgjørelsen kan nektes håndhevelse av nasjonale domstoler representere en mulig grense når voldgiftsavgjørelsen likevel kan og skal foreta en anvendelse av artikkel 101 i strid med partenes lovvalg.⁷⁶ En slik løsning er forutsatt i voldgiftslovens forarbeider.⁷⁷

⁷⁵ Slik også van Houtte (2005) [I].

⁷⁶ Moss (2009) [I] s. 369.

⁷⁷ NOU 2001:33 s. 62.

4 Konkurranseretten som begrensning ved håndhevelse av voldgiftsavgjørelser: Bitene i puslespillet

4.1 Problemet og rettskildebildet

Det er to situasjoner hvor voldgiftsdommens endelighet kan bli satt på prøve. Det første tilfellet vil være hvor den tapende part ikke oppfyller i henhold til avgjørelsen, og avgjørelsens kreditor søker dommen *tvangsfullbyrdet* ved hjelp av namsmyndighetene og det ordinære domstolsapparatet. En voldgiftsdom er et alminnelig tvangsgrunnlag, og kan tvangsfullbyrdes etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven.⁷⁸ Innvendinger mot voldgiftsdommen som tvangsgrunnlag reguleres av voldgiftslovens kapittel 10, hvor § 46 innehar en uttømmende liste over hvilke forhold som vil være til hinder for fullbyrdelse.⁷⁹

For det andre kan den part som er misfornøyd med avgjørelsen angripe dommen ved et *ugyldighetssøksmål* etter voldgiftslovens kapittel 9.⁸⁰ Her inneholder lovens § 43 en opplisting av ugyldighetsgrunner som i det vesentlige svarer til grunnlagene for å nekte tvangsfullbyrdelse. Spørsmålet som skal drøftes i det videre, er hvorvidt konflikt med artikkel 101 vil være grunnlag for å kjenne voldgiftsavgjørelsen *uvirksom*⁸¹ etter voldgiftslovens § 43 eller § 46.

En voldgiftsavgjørelse kan også bli prøvet i forbindelse med et krav om *anerkjennelse*. Dette vil typisk si at avgjørelsen kreves lagt til grunn prejudisielt i en annen sak, eller som *res judicata* ved nytt søksmål om

⁷⁸ Jfr. Tvangsfullbyrdelsesloven (tvfbl.) § 4-1 annet ledd bokstav d jfr. voldgiftsloven § 45 første og tredje ledd.

⁷⁹ Jfr. tvfbl. § 4-2 fjerde ledd.

⁸⁰ Dersom voldgiftsdommen er kjent ugyldig av domstolene (hvor voldgiftsretten har sitt sete), vil dette gi selvstendig grunnlag for å nekte tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommen for andre jurisdiksjoner, jfr. voldgiftsloven § 46 (1) (f), Modelloven artikkel 36(1)(a)(v)) og NYK artikkel V(1)(e). Enkelte jurisdiksjoner vil imidlertid likevel tvangsfullbyrde en 'ugyldig' voldgiftsdom dersom de ikke finner at avgjørelsen er i strid med 'egen' ordre public, jfr. Koch (2009), Born (2009) s. 2814 flg, Binder (2009) p. 8-029 og Gaillard (1999) s. 997 flg.

⁸¹ I det følgende brukes begrepet "uvirksom" som en samlebetegnelse for voldgiftsavgjørelser som nektes anerkjennelse/fullbyrdelse eller kjennes ugyldige.

samme rettsforhold. Grensene for å nekte anerkjennelse er de samme som ved tvangsfullbyrdelse.⁸² I det videre omtales for enkelthets skyld bare tvangsfullbyrdelse og ugyldighet, da som regel under fellesbetegnelsen uvirksomhet.

Voldgiftslovens regler om fullbyrdelse og ugyldighet er basert på UNCITRALs Modellov (ML)⁸³, som i sin tur bygger på fullbyrdelsesreglene i New York-konvensjonen (NYK).⁸⁴ De alminnelige grensene for å kjenne en voldgiftsdom uvirksom vil derfor finnes ved en tolkning av voldgiftsloven i lys av modelloven og NY-konvensjonen.⁸⁵ Før brudd på konkurransereglene kan vurderes konkret, er det nødvendig å redegjøre noe nærmere for disse grensene og det internasjonale systemet for håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser. Dette gjøres i kapittel 4.2 og 4.3. I kapittel 4.4 vises kort hvordan de materielle konkurransereglene passer inn i dette bildet.

Når en domstol i EU/EØS-området blir konfrontert med en voldgiftsavgjørelse som er i strid med EU/EØS-konkurransereglene, blir rettskildebildet ytterligere komplisert. Dette er fordi disse domstolene er pålagt særskilte forpliktelser i forbindelse med håndhevelsen av EU/EØS-reglene, samt at disse reglene har forrang over nasjonale regler.

⁸² Jfr. voldgiftslovens kapittel 10, ML kapittel VIII og NYK. Se særlig om anerkjennelse (recognition) i van den Berg (1981) s. 243-255.

⁸³ Modelloven er utarbeidet av FNs Kommissjon for Internasjonal Handelsrett (UNCITRAL) og er anbefalt lagt til grunn av FNs generalforsamling (A/RES/40/72). I skrivende stund har 62 stater fått status som modellov-land, i tillegg til utvalgte stater i USA.

(http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).⁸³ Også andre stater har vedtatt voldgiftslovgivning som bygger på modelloven, uten å oppnå status som modellov-land, heriblant Sverige. Voldgiftslovens internasjonale bakgrunn og innhold tilsier at internasjonale rettskilder, samt kilder fra øvrige modellov-land tillegges relativt stor vekt ved tolkningen av loven, jfr. Berg(2006) [I] s. 35-36.

⁸⁴ Voldgiftslovens §§ 43 og 46 svarer til ML artikkel 35 og 36, som igjen svarer til nektelsesgrunnene i NYK artikkel V. ML og NYK tar sammen sikte på en enhetlig regulering av tvister som oppstår i internasjonal kommersiell voldgift, jfr. forord til FNs generalsforsamlings resolusjon 40/72 fjerde avsnitt. New York-konvensjonen er i skrivende stund ratifisert av 144 stater, inkludert Norge og alle av Norges viktigste handelspartnere (En oversikt over hvilke land som har ratifisert konvensjonen kan finnes på: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

⁸⁵ Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 75, NOU 2001:33 s. 98 og Voldgiftsloven Kommentartutgave (2007) s. 266.

Det er derfor nødvendig også å redegjøre for hvordan disse forhold vil kunne påvirke de nasjonale domstolars behandling av voldgiftsavgjørelsen. Dette gjøres i kapittel 4.5.

Kapitlet kulminerer i en presentasjon og vurdering av den såkalte *Eco Swiss*-avgjørelsen⁸⁶, hvor EU-domstolen vurderte virkningen av at en voldgiftsavgjørelse er i strid med artikkel 101 (kapittel 4.6).

I neste kapittel (kap. 5) vil jeg med utgangspunkt i redegjørelsen her foreta en konkretisering, og forsøke å angi i hvilke tilfeller artikkel 101 vil utgjøre en begrensning på håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser.

4.2 Det internasjonale systemet for håndhevelse av voldgiftsavgjørelser

Voldgiftslovens § 45 første ledd gjennomfører New York-konvensjonens utgangspunkt og hovedregel om at en voldgiftsavgjørelse skal anerkjennes og fullbyrdes.⁸⁷ Konvensjonens grunnleggende formål er å effektivisere og forenkle den rettslige reguleringen for håndhevelsen av voldgiftsavtaler og voldgiftsavgjørelser.⁸⁸ Deltakerne på konvensjonskonferansen anså det imidlertid verken ønskelig eller mulig å foreta noen forening av de prosessuelle reglene, og et slikt alternativ ble ikke engang drøftet.⁸⁹ Hvordan selve prosessen med anerkjennelse og fullbyrdelse skal skje er derfor som utgangspunkt overlatt til konvensjonsstatene.⁹⁰

Konvensjonen inneholder imidlertid en begrensning i forhold til når tvangsfullbyrdelse kan nektes. Utgangspunktet er at den som søker å fullbyrde en

⁸⁶ Sag C-97/126 *Eco Swiss China Time Ltd. mot Benetton International NV*.

⁸⁷ Jfr. NYK art. III sml. ML art. 35. I internasjonal litteratur kalles dette gjerne for NYKs *anerkjennelsespresumsjon* eller *'pro-enforcement-bias'*, jfr. Born (2009) s. 2701-2707 og s. 2710. NYK regulerer bare håndhevelse av voldgiftsavgjørelser avsagt i et annet konvensjonsland, jfr. art. I., mens voldgiftslovens fullbyrdelsesregler gjelder for både nasjonale og utenlandske avgjørelser, jfr. § 45, slik også ML art. 35.

⁸⁸ van den Berg (1981) s. 4.

⁸⁹ van den Berg (1981) s. 235-236

⁹⁰ Jfr. artikkel III, jfr. Born (2009) s. 2707-2708.

voldgiftsdom, bare trenger å legge frem en attestert kopi av avgjørelsen.⁹¹ Konvensjonens art. III siste del fastsetter også et diskrimineringsforbud av utenlandske voldgiftsdommer i forhold til nasjonale voldgiftsavgjørelser.⁹² Ser man systemet under ett, er domstolenes muligheter til å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom sterkt begrenset. Disse begrensningene gjør seg gjeldende på flere måter.

4.2.1 Begrensede muligheter for prøving

Som allerede antydnet innledningsvis, ligger en første begrensning i at prøvingen av voldgiftsavgjørelser bare kan skje i *visse situasjoner* (og derfor bare i *visse jurisdiksjoner*).⁹³ For det første kan en voldgiftsavgjørelse bli prøvet i forbindelse med et krav om anerkjennelse/fullbyrdelse der hvor dette er krevet.⁹⁴ For det andre kan en prøving skje i forbindelse med et ugyldighetssøksmål.⁹⁵ Et slikt søksmål kan bare gjøres gjeldende ved domstolene i det land voldgiftsrettssaken har funnet sted.⁹⁶ I praksis betyr dette at den part som er misfornøyd med resultatet enten kan avvente med å oppfylle i henhold til avgjørelsen og motsette seg fullbyrdelse/anerkjennelse når dette kreves av den andre part, eller gå til angrep på avgjørelsen ved de ordinære domstoler der voldgiftsretten har sitt sete.

⁹¹ Jfr. Voldgiftslovens § 45 annet ledd, ML art. 35 (2) og NYK art. IV.

⁹² Denne bestemmelsen regulerer, til tross sin ordlyd ("*...conditions... on the recognition...*"), bare de prosessuelle sidene, ikke vilkårene for anerkjennelse og fullbyrdelse, jfr. Born (2009) s. 2709. Dette kan også sies å følge av konvensjonens system.

⁹³ Det ses her bort ifra eventuelle ankemuligheter og annet som måtte være avtalt mellom partene. For mindre feil kan det også begjæres retting eller tilleggsdom hos voldgiftsdomstolen selv, jfr. voldgiftslovens §37 og §38.

⁹⁴ Jfr. voldgiftslovens § 46, Modellovens artikkel 35 og 36, samt NYK art. V.

⁹⁵ Jfr. voldgiftslovens § 42 og Modellovens art. 34. Ugyldighet reguleres ikke av New York-konvensjonen, da denne bare omhandler *anerkjennelse og fullbyrdelse*.

⁹⁶ Jfr. voldgiftsloven § 1 første ledd jfr. § 6.

Utenom disse to situasjonene vil de nasjonale domstoler ikke ha mulighet til å føre kontroll av voldgiftsdommen. Når flertallet av voldgiftsavgjørelser blir oppfylt frivillig, betyr dette at domstolene overhodet ikke vil få befatning med avgjørelsen.⁹⁷

4.2.2 Begrensede grunnlag for uvirksomhet

Videre ligger det en betydelig begrensning i at innenfor de situasjoner hvor avgjørelsen kan prøves, er *de rettslige grunnlagene* for uvirksomhet få og uttømmende angitt i loven.⁹⁸

Dette betyr at domstolene ikke kan kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom på andre grunnlag enn de som loven uttrykkelig angir. Sett fra et effektivitetssynspunkt, innebærer dette en betydelig forbedring fra tidligere rett.⁹⁹ Rettslige grunnlag voldgiftsavgjørelser kan kjennes uvirksom etter, er i det alt vesentlige like ved ugyldighetssøksmål og fullbyrdelsessøksmål, jfr. § 43 og § 46.¹⁰⁰ Denne likheten er tilsiktet og i samsvar med modelloven.¹⁰¹ De to situasjonene behandles derfor samlet i denne oppgaven.¹⁰²

Loven skiller mellom to grupper av uvirksomhetsgrunner. § 43/46 første ledd inneholder de *relative uvirksomhetsgrunner*.¹⁰³ Disse grunnlagene knytter seg i hovedsak til voldgiftsavtalens gyldighet, voldgiftsretten selv og saksbehandlingen. Uvirksomhet på et

⁹⁷ Utvalget i NOU 2001:33 uttaler således; ”Utvalget tilføyer at i praksis vil en voldgiftsdom ikke bli satt til side som ugyldig uten at dommen er angrepet av en part” (s. 100). Jfr. Ot.prp.nr. 27 s(2003-2004) s. 76.

⁹⁸ Dette følger direkte av ordlyden i voldgiftslovens § 42 og §45 (jfr. ”bare”). Jfr. Modellovens art. 34 og 36, samt NYK art. V. Jfr. NOU 2001:33 s. 148 og Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 75.

⁹⁹ Før voldgiftsloven var det i Norge antatt at ugyldighetsgrunnene som var angitt i tvistemålslovens kapittel 32 ikke var uttømmende, jfr. Rt. 1983 s. 461 s. 465. Som denne avgjørelsen også antyder var det imidlertid ikke plass for noen vidtgående supplering av lovens ugyldighetsgrunner, jfr dithen også Skoghøy (2001) s. 859 med videre henvisninger.

¹⁰⁰ Ett unntak er § 46 (1) (f) som gjelder tilfeller hvor ”voldgiftsdommen ennå ikke er bindende for partene, eller den varig eller midlertidig er satt til side av en domstol på voldgiftsstedet eller av en domstol i det landet hvis rettsregler er anvendt ved avgjørelsen av tvistegenstanden” (jfr. Modelloven artikkel 36(1)(a)(v)). Dette grunnlaget har av naturlige årsaker ikke sin dobbeltgjenger i § 43.

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 75 og NOU 2001:33 s. 98.

¹⁰² Jfr. også kapittel 4.3.1.

¹⁰³ Sml. ML art. 34 annet ledd bokstav a og art. 36 første ledd bokstav a, samt NYK art. V(1).

slikt grunnlag avhenger av at det aktuelle grunnlaget er påberopt av en av partene, og denne parten har også bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt.

Bestemmelsenes annet ledd angir videre de *absolutte virksomhetsgrunner*.¹⁰⁴ Disse knytter seg til avgjørelsens innhold, og skal anvendes av domstolen av eget tiltak (*ex officio*). Etter annet ledd bokstav a) skal avgjørelsen kjennes uvirksom dersom tvisten ikke kunne avgjøres ved voldgift. I disse tilfellene har voldgiftsretten avgjort en tvist som ligger utenfor partenes rådighet, jfr. § 9.¹⁰⁵ Etter bokstav b) skal domstolen kjenne avgjørelsen uvirksom, dersom den ”virker støtende på rettsordenen (*ordre public*)”.

Det er spesielt grunn til å merke seg at feil i voldgiftsrettens rettsanvendelse eller vurdering av faktum ikke er grunnlag for å kjenne voldgiftsavgjørelsen uvirksom.¹⁰⁶ Dette henger sammen med at voldgiftsdommen vil være en endelig avgjørelse av saken, og dette anses som et hjørnesteinsprinsipp i internasjonal voldgift.¹⁰⁷ De nasjonale domstoler skal altså ikke fungere som en ankeinstans, men se til at avgjørelsen ikke lider av særlige fundamentale mangler – som er utømmende angitt i voldgiftsloven. Det er treffende sagt at den nasjonale domstolen ikke skal dømme over saken – men over avgjørelsen.¹⁰⁸

Siden NYKs ikrafttredelse har domstolene i så godt som samtlige konvensjonsland bekreftet dette prinsippet.¹⁰⁹ Prinsippet må anses som sikker rett også i Norge, og er bekreftet i forarbeidene til voldgiftsloven og i juridisk litteratur.¹¹⁰ I norsk rettspraksis finnes så vidt vites intet klart Høyesterettsprejudikat for dette, men prinsippet er lagt til grunn i flere underrettsdommer.

¹⁰⁴ Sml. ML art. 34 annet ledd bokstav b og art. 36 første ledd bokstav b, samt NYK art. V(2).

¹⁰⁵ Jfr. kapittel 3.3

¹⁰⁶ Jfr. Moss (2008) s. 154, van den Berg (1981) s. 269 og Landolt (2007) s. 66.

¹⁰⁷ Mourre (2006) s. 171

¹⁰⁸ de Meulemeester (2007) p.1

¹⁰⁹ Born (2009) s. 2841 og Moss (2008) s. 154

¹¹⁰ jfr. NOU 2001:33 s. 98 og s. 147 og Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 75. Se også Berg (2006) I s. 328-329 og Voldgiftsloven Kommentartutgave (2007) s. 257. Dette var også regelen under tvistemålsloven jfr. Mæland (1988) s. 216.

Mæland (1988) anfører Rt. 1935 s. 330 som prejudikat for dette, men avgjørelsen innehar ingen klare uttalelser om spørsmålet. I en kjennelse av Borgarting lagmannsrett slutter domstolen seg uforbeholdent til en rettsoppfatning om en dom ikke kan tilsidesettes ”bare av den grunn at den er materielt feilaktig, uansett om feilen gjelder prøvingen av faktiske forhold eller rettsanvendelsen”.¹¹¹ Det kan også nevnes en beslutning fra Vardø namsrett hvor det uttales at: ”Når saksøkte har valgt å la dommen bli rettskraftig kan ikke retten se at det kan gjøres innvendinger mot dommens materielle innhold ved tvangsfullbyrdelsen”.¹¹²

4.2.3 Tidsfrist

En tredje begrensning er at ugyldighetssøksmål bare kan fremmes *innen tre måneder* etter at voldgiftsdommen er mottatt av parten.¹¹³ Preklusjonsvirkningen gjelder for både de relative og absolutte ugyldighetsgrunner.¹¹⁴ Uvirksomhetsgrunnene kan imidlertid alltid prøves i forbindelse med et fullbyrdelsessøksmål.¹¹⁵

4.2.4 Uniform og streng anvendelse

New York-konvensjonen (og Modelloven) skal tolkes uniformt.¹¹⁶ Dette anses som den sentrale måte konvensjonens overordnede målsetninger kan nås, og de nasjonale domstolene har her en helt sentral rolle.¹¹⁷ Dette tilsier også at domstolene bør legge betydelig vekt på rettskilder fra andre konvensjonsland.¹¹⁸ Ved bruk av utenlandske domstolsavgjørelser må man imidlertid ha øye for eventuelle forskjeller i den nasjonale lovgivning, da konvensjonen ikke stenger for at det innføres et mer voldgiftsvennlig regime enn det konvensjonen krever.

¹¹¹ RG 2007 s. 1461

¹¹² Beslutning av Vardø Namsrett av 10. juli 2002, TVARD-2001-284

¹¹³ Voldgiftsloven § 44 første ledd første punktum, Modelloven artikkel 34 (3)

¹¹⁴ Jfr. NOU 2001:33 s. 101 og s. 150, Ot.prp.nr 27 (2003-2004) s. 76. Slik også etter ML art. 34 jfr. Binder (2009) p. 7-025

¹¹⁵ Jfr. NOU 2001:33 s. 101.

¹¹⁶ Moss (2008) s. 154 og van den Berg (1981) s. 1-5

¹¹⁷ van den Berg (1981) s. 5 med videre henvisninger i note 9.

¹¹⁸ Jfr. Eksempelvis Supreme Court of Hong Kongs avgjørelse av 2. mars 1991, Shenzhen Nan Da Industrial and Trade United Co. Ltd. v. FM International Ltd., inntatt i Yearbook of Commercial Arbitration XVIII (1993) s. 377, jfr. avsnitt 27.

Formålet tilsier videre at der hvor konvensjonen gir domstolene en mulighet til å nekte anerkjennelse eller fullbyrdelse, bør disse vilkårene *tolkes strengt*.¹¹⁹ Dersom grensene for å kjenne en avgjørelse uvirksom blir tolket forskjellig og utvidende av medlemslandene, vil dette uthule den effektiviteten som konvensjonen tar sikte på, og bidra til betydelig rettsusikkerhet for partene i internasjonal voldgift.

4.3 Nærmere om 'ordre public' som grunnlag for å kjenne voldgiftsavgjørelsen uvirksom

4.3.1 Ordre public-unntaket

Etter voldgiftslovens § 43/46 annet ledd bokstav b, skal en voldgiftsavgjørelse kjennes uvirksom dersom den ”*virker støtende mot rettsordenen (ordre public)*”.¹²⁰

Ordre public er tidligere nevnt i forbindelse med lovvalg i 2.1. Der fungerte regelen som en sikkerhetsventil mot de resultater som lovvalgsreglene ellers fører til. Ordre public vil altså også utgjøre en skranke for gyldigheten og tvangfullbyrdelsen av voldgiftsavgjørelser. Det er i denne siste sammenheng spørsmålet skal drøftes her. Det er grunn til å understreke at vurderingen på mange måter allikevel vil være den samme, og det vil også være naturlig å legge vekt på rettskilder som knytter seg til lovvalg ved spørsmål om voldgiftsavgjørelser (og motsatt). I begge tilfeller dreier det seg om en nasjonal skranke på anvendelsen av utenlandsk rett. I forbindelse med lovvalgsreglene gjør skranken seg gjeldende umiddelbart, mens man ved vurderingen av voldgiftsavgjørelser foretar en vurdering etter at en voldgiftsdomstol har foretatt sin rettsanvendelse. Vurderingen må da skje innenfor disse rammene. At ordre public anvendes i flere situasjoner, og på flere stadier i prosessen, illustrerer regelens funksjon som generell beskytter av fundamentale rettsprinsipper og verdier i samfunnet.¹²¹

Det kan nevnes at vurderingstemaet til dels er angitt forskjellig i de to bestemmelsene. Spørsmålet i § 43 annet ledd bokstav b (ugyldighet) er om ”*voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen*”, mens spørsmålet i § 43 annet ledd bokstav b (anerkjennelse/fullbyrdelse) er om ”*anerkjennelse eller fullbyrding av voldgiftsdommen*”

¹¹⁹ Moss (2008) s. 154 og van den Berg (1981) s. 267-268

¹²⁰ Jfr. ML art. 34 annet ledd bokstav b (ii) og art. 36 første ledd bokstav b (ii), samt NYK art. V(2)(b).

¹²¹ Jfr. van den Berg (1981) s. 360. Shelkopyas (2002) syntes å hevde at ordre public-regelen er strengere i forbindelse med uvirksomhet av en voldgiftsavgjørelse (s. 580).

virker støtende på rettsordenen” (mine kursiveringer). Bortsett fra at bestemmelsene peker på de forskjellige situasjoner, er det ingen realitetsforskjell i hvilke tilfeller som omfattes av bestemmelsen. I forarbeidene til voldgiftsloven pekes det på at et avvik mellom de to regelsettene vil kunne føre til ”*situasjoner der en gyldig voldgiftsavgjørelse ikke kan fullbyrdes, eller situasjoner der det blir spørsmål om å fullbyrde en ugyldig avgjørelse*”.¹²² Heretter vurderes derfor spørsmålet under ett.¹²³

4.3.2 Fundamentale rettsprinsipper og verdier

I tråd med formålet om uniform tolkning av New York-konvensjonen, har de fleste utviklede voldgiftsjurisdiksjoner en forholdsvis enhetlig forståelse av ordre public-begrepet.¹²⁴ Forarbeidene til den norske voldgiftsloven uttaler at regelen retter seg mot voldgiftsdommer der ”*fundamentale rettsprinsipper av materiell eller prosessuell karakter er tilsidesatt*”.¹²⁵ Lignende beskrivelser finnes i rettspraksis. I Rt. 1999 s. 837 uttalte kjæremålsutvalget at ordre public bare kan påberopes der ”... *anerkjennelse ville stå i strid med grunnleggende rettsgrunnsetninger eller rettssikkerhetsprinsipper*.”¹²⁶ I Rt. 1996 s. 1288 uttalte kjæremålsutvalget at ordre public-unntaket innebærer ”... *at vi ikke fullbyrder en avgjørelse fra et annet land dersom dette vil stå i sterk motstrid til vår etiske og sosiale oppfatning*”.¹²⁷ Fra juridisk teori kan det vises til Moss som gir følgende beskrivelse: ”*Ordre public is a rather vague concept which includes the fundamental principles of a legal system as well as the basic moral, economic and social principles of that*

¹²² Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s. 75 og NOU 2001:33 s. 98.

¹²³ Slik også Moss (2008) s. 154

¹²⁴ Redfern (2004) p. 9-32.

¹²⁵ Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 111.

¹²⁶ Se s. 842.

¹²⁷ s. 1291. Begge disse sakene gjaldt Lugano-konvensjonens art. 27.

*society... ”.*¹²⁸ Det meste av både norsk og internasjonal juridisk teori tilbyr lignende forklaringer.¹²⁹

Fra utenlandsk rettspraksis kan nevnes to eksempler.¹³⁰ I en avgjørelse fra Superior Court of Justice of Ontario (Canada) heter det; “[it] ’*must fundamentally offend the most basic and explicit principles of justice and fairness in Ontario, or evidence intolerable ignorance or corruption on the part of the arbitral Tribunal’...*” I en avgjørelse av Karlsruhe Court of Appeal (Tyskland) heter det videre at voldgiftsavgjørelsen er i strid med ordre public dersom den er i konflikt med ”*fundamental notions of justice, bonos mores or conflicts with principals which are fundamental national or economic values*”.

Fra dette ser vi at ordre public er en spesiell kategori av *rettsprinsipper og verdier*. Dette betyr for det første at domstolene ikke skal foreta noen vurdering av hvorvidt avgjørelsen er i strid med lovgivningen. Det er rettsprinsipper og verdier som beskyttes, ikke rettsregler. Det er derfor ikke tilstrekkelig at avgjørelsen er i strid med preseptorisk lovgivning, og det selv om lovgivningen anses som internasjonalt preseptorisk.¹³¹ At (preseptoriske) rettsregler som oftest er et utslag av prinsipper eller verdier som lovgiveren har ansett som særlig beskyttelsesverdige, innebærer ikke at loven i seg selv er omfattet av ordre public. Likevel er det naturlig at vurderingen skjer med materiell rett som utgangspunkt.¹³²

Det er videre ikke slik at ethvert prinsipp eller enhver verdi vil kvalifisere til ordre public. Bare de som kan karakteriseres som særlig *fundamentale* vil gi grunnlag for å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom. Når bestemmelsen gir anvisning på en verdivurdering, innebærer dette også at innholdet i ordre public-regelen kan variere over tid med svingningene i samfunnets oppfatning av rett og moral.

¹²⁸ Moss (1999) s. 300-301.

¹²⁹ Jfr. Blant annet Berg (2006) I s. 327, Voldgiftsloven kommentarutgave (2007) s. 259, Mæland (1988): ”hevduvne ufravikelige rettsprinsipper” (s. 243), van den Berg (1981): ”fundamental moral convictions or policies” (s. 360). Fra svensk rett se Madsen (2009) s. 262 og Lindskog (2005) s. 903.

¹³⁰ Eksemplene hentet fra Redfern (2004) p. 9-32

¹³¹ Jfr. Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 37, med kommentar til dommen, Moss (2010) s. 21-23. Jfr. også NOU 2001: 33 s. 149, Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 111, Voldgiftsloven Kommentanutgave (2007) s. 259, Cordes (2000) s. 150, Moss (1999) s. 363 og (2007) s. 711, Thue s. 188 og Gaarder (2000) s. 101.

¹³² Berg (2006) I s. 327. Berg finner det videre naturlig å ta utgangspunkt i trinnhøydeprinsippet, uten at det er noen automatikk i at et brudd på Grunnloven er i strid med ordre public. (s. 328).

I den nå opphevede tvistemålsloven, hadde man en lignende bestemmelse i § 167 annet ledd. Ifølge denne bestemmelsen kunne en utenlandsk rettsavgjørelse (herunder voldgift) ikke fullbyrdes ”*hvis anerkjennelse ville stride mot ærbarhet eller norske ufravikelige rettsregler*”. Det bør nevnes at bestemmelsen ble tolket imot sin ordlyd, slik at uoverensstemmelse med norske preseptoriske rettsregler heller ikke etter denne bestemmelsen var tilstrekkelig.¹³³ I forarbeidene til den nye voldgiftsloven antar utvalget at den nye ordre public bestemmelsen ikke vil føre til store endringer i rettsstilstanden.¹³⁴ Rettspraksis og andre rettskilder knyttet til denne bestemmelsen vil derfor fortsatt kunne være relevant.

4.3.3 Nasjonalt definert

En vurdering av prinsipper og verdier vil naturlig nok være subjektiv, og vil derfor kunne variere avhengig av hvem som foretar den. I New York-konvensjonens artikkel V (2) (b) heter det at en avgjørelse kan nektes anerkjennelse og fullbyrdelse dersom den strider mot ”*public policy of that country*” (min kursivering).¹³⁵ Hvilke prinsipper og verdier som skal anses som ordre public er således opp til hvert enkelt konvensjonsland. Denne tolkningen er også lagt til grunn av domstolene.¹³⁶ Ordet ”rettsordenen” i voldgiftslovens § 43 (2) (b) og § 46 (2) (b) må derfor tolkes på denne bakgrunn.¹³⁷ Når en norsk domstol skal vurdere om en voldgiftsavgjørelse skal kjennes uvirksom, må den derfor gjøre seg opp en mening om hvorvidt voldgiftsavgjørelsen står i strid med den norske rettsordenen. I den sammenheng vil rettsforholdets *tilknytning* til Norge kunne være relevant.¹³⁸

Domstolene har også en viss mulighet til å legge vekt på grunnleggende prinsipper og hensyn som skriver seg fra *andre jurisdiksjoner*. En slik adgang vil være i samsvar med formålet om uniform tolkning, og vil ikke nødvendigvis stå i motstrid med ordlyden i konvensjonen da verdier og prinsipper som skriver seg fra andre rettsystemer i seg selv godt kan anses for å være beskyttelsesverdige i domstolslandet. Som påpekt av Born, må imidlertid en slik ’reflektiv’ ordre public brukes med forsiktighet.¹³⁹

¹³³ Jfr. Mæland (1988) s. 243

¹³⁴ NOU 2001:33 s. 100

¹³⁵ Tilsvarende i modelloven art. 34 (2) (b) (ii) og art. 36 (1) (b) (ii) (“*public policy of this State*”).

¹³⁶ Born (2009) s. 2831 med henvisninger til rettspraksis i både sivil- og common law land i note 628. Det går her ikke inn på sontringen *nasjonal-, internasjonal- og truly internasjonal ordre public*. For mer om dette, se Moss (2007) s. 714-715 med videre henvisninger.

¹³⁷ Berg (2006) I s. 327 og Voldgiftsloven Kommentartutgave (2007) s. 259.

¹³⁸ Gaarder (2000) s. 107-108.

¹³⁹ Born (2009) s. 2860. Jfr. Også Rt. 2001 s. 1322, s. 1330.

4.3.4 En snever unntaksregel

Når hvert enkelt land selv vil kunne angi sin egen ordre public, vil dette innebære en utfordring for New York-konvensjonens mål om uniform anvendelse og hensynet til voldgiftsavgjørelsers effektivitet. For partene i en voldgiftsavgjørelse vil dette bety en betydelig usikkerhet, særlig fordi det kan være vanskelig å forutberegne hvor en avgjørelse vil bli forsøkt fullbyrdet. Det var derfor et sentralt hensyn ved utformingen av New York-konvensjonen at ordre public-unntaket skulle gis et *snevert anvendelsesområde*.¹⁴⁰ Om konvensjonsstatene helt fritt og uten begrensninger kunne bestemme når en voldgiftsavgjørelse skal kjennes uvirksom, ville konvensjonen ha liten verdi. En lojal tolkning av konvensjonen i samsvar med dens formål, vil derfor legge visse begrensninger på konvensjonsstatenes frihet.¹⁴¹ Konvensjonen forplikter da de nasjonale domstoler til å veie sine prinsipper og verdier opp mot konvensjonens formål og presumpsjonen om anerkjennelse og fullbyrdelse. Domstolene i konvensjonslandene har i det store og det hele fulgt opp dette og anlagt det syn at ordre public-regelen er en snever unntaksregel.¹⁴² Dette synet er også bekreftet i voldgiftslovens forarbeider.¹⁴³ I forbindelse med lovvalg uttalte Kjæremålsutvalget i Rt. 1996 s. 1288 at ”*det skal svært meget til for at ordre publicregelen får anvendelse*”.¹⁴⁴ I *Bokhandleren i Kabul*-dommen uttalte Høyesteretts flertall at resultatet må stride ”*sterkt med vår rettsfølelse*”.¹⁴⁵

I norsk rettspraksis er det så vidt vites ett eneste eksempel på at en voldgiftsavgjørelse er kjent uvirksom med grunnlag i ordre public, da den tidligere tvistemålslovens § 469.¹⁴⁶ Under luganoloven opprettholdt kjæremålsutvalget i Rt. 1996 s. 502 en avgjørelse som nektet fullbyrdelse av en omkostningsdom fra en engelsk domstol

¹⁴⁰ Jfr. uttalelsene til de Sydow, leder for Arbeidsgruppe nr. 3 i E/CONF.26/SR.17. s. 3,

¹⁴¹ Jfr. Wien-konvensjonens artikkel 31(1). Slik også Born (2009) s. 2837flg.

¹⁴² Van den Berg (1981) s. 366

¹⁴³ Jfr. NOU 2001:33 s. 101, s. 149 og Ot.prp.nr 27 (2003-2004) s. 111.

¹⁴⁴ s. 1291

¹⁴⁵ Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 37.

¹⁴⁶ RG 1943 s.105 (Jæren Herredsrett). Saken er svært konkret begrunnet og voldgiftsavgjørelsen ville etter mitt syn ikke blitt opphevet etter ordre public-bestemmelsen i voldgiftsloven.

hvor kravets debitor hadde vært saksøkt uten å vite om det, og uten at kravet hadde noe rettslig grunnlag. I teorien nevnes ofte korrupsjon, svik eller bestikkelser som eksempler på forhold som vil kunne føre til uvirksomhet.¹⁴⁷

4.3.5 Konkret vurdering

Vurderingen av om voldgiftsavgjørelsen er i strid med ordre public må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.¹⁴⁸ I samsvar med det som tidligere er sagt, er det spørsmålet *ikke* hvorvidt voldgiftsretten har lagt til grunn en rettsregel som er i strid med vår rettsoppfatning, eller om voldgiftsretten ikke har tatt hensyn til rettsregler som vi anser som fundamentale. Vurderingen knytter seg derfor hovedsakelig til voldgiftsavgjørelsens *resultat*.¹⁴⁹ I *Bokhandleren i Kabul*-saken uttalte flertallet således at spørsmålet var om ”... *anvendelsen* av fremmed rett vil føre til et *resultat* som strider sterkt med vår rettsfølelse” (mine kursiveringer).¹⁵⁰

4.4 De materielle konkurransereglens indirekte betydning

Av kapitlene over følger at en voldgiftsavgjørelse ikke kan kjennes uvirksom på det grunnlag at den er i strid med lovgivningen. En nasjonal domstol kan derfor ikke nekte å tvingfullbyrde en voldgiftsavgjørelse eller kjenne denne ugyldig, med den begrunnelse at den er i strid med artikkel 101.

For at voldgiftsavgjørelsen skal kunne kjennes uvirksom må den tilfredsstillende de vilkår som er angitt i voldgiftslovens § 43/46. For avgjørelser som er i strid med konkurransereglene, vil ordre public være det mest nærliggende grunnlaget.¹⁵¹ På et

¹⁴⁷ Se eksempelvis Voldgiftsloven kommentarutgave (2007) s. 260. Hva gjelder svik spesielt kan det vises til *Thams*-dommen (Rt. 1931 s. 1185).

¹⁴⁸ Van den Berg (1981) s. 376

¹⁴⁹ Moss (1999) s. 363 og (2009) s. 366.

¹⁵⁰ Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 37

¹⁵¹ Det kan også tenkes at avgjørelsen vil bli kjent uvirksom dersom voldgiftsretten har gått utenfor sin kompetanse og avgjort et konkurranserettslig spørsmål som er utenfor de privatrettslige virkningene, jfr. §

overordnet nivå er spørsmålet derfor om konkurransereglene kan sies å representere prinsipper og verdier som anses fundamentale i Norge. I det konkrete tilfellet blir spørsmålet hvorvidt den aktuelle voldgiftsdommen er i strid med disse prinsipper og verdier i en slik grad at avgjørelsen må nektes fullbyrdelse eller kjennes ugyldig.

4.5 EU/EØS-rettslige føringer

At prosessuelle rettsregler begrenser anvendelsen av materielle rettsregler er ikke uvanlig, og er i alminnelighet uproblematisk. Når prosessreglene begrenser håndhevelsen av EU/EØS-konkurransereglene reises imidlertid noen særskilte problemstillinger. Dette skjer for det første fordi domstolene i EU/EØS-området igjennom de aktuelle traktater pålagt en særlig lojalitetsplikt til å håndheve fellesskapets regler.¹⁵² For det andre har disse reglene forrang over nasjonal rett.¹⁵³ I dette avsnittet skal vi derfor se nærmere på hvilken betydning disse forholdene vil ha for spørsmålet om i hvilken grad de europeiske konkurransereglene vil innebære en begrensning på håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser.

4.5.1 Privat håndhevelse av europeiske konkurranseregler og EU/EØS-rettslige føringer på nasjonal prosesslovgivning

Igjennom lojalitetsforpliktelsen er domstolene i EU/EØS-området pålagt å sikre EU-konkurransereglenes fulle virkning og effektive gjennomslag (*'effet utile'*). Ettersom domstolene ikke har påtalemyndighet (slik som nasjonale konkurransemyndigheter), vil denne forpliktelsen hovedsaklig manifesteres igjennom privat håndhevelse av disse reglene. I den sammenheng har ECJ slått fast at TFEU artikkel 101 (og 102) har såkalt *direkte virkning*,

43/46 annet ledd bokstav a, jfr. § 9 annet ledd. Et klart eksempel er her hvis voldgiftsretten har pålagt bøter for brudd på konkurransereglene.

¹⁵² Jfr. EØS-avtalens art. 3 og TEU art. 4(3) (tidligere EFT artikkel 10 og før det EFT art. 5).

¹⁵³ I EØS er dette forankret i EØS-avtalens protokoll 35 jfr. EØS-lovens § 2. For EU følger forrangsprinsippet av rettspraksis jfr. den grunnleggende avgjørelsen i *Costa mot ENEL* (Sag C- 6/64 Flaminio Costa mot E.N.E.L., avsnitt)

og disse bestemmelser gir 'rettigheter' til private parter.¹⁵⁴ Disse rettighetene tilligger (potensielle) skadelidende, i form av en rett til ikke å bli utsatt for de handlinger som konkurransereglene forbyr. Ansvar for å beskytte disse ligger altså på domstolene.¹⁵⁵ I *Courage* formulerer ECJ de nasjonale domstolers forpliktelse som følger;

“in accordance with settled case-law, the national courts whose task it is to apply the provisions of Community law in areas within their jurisdiction must ensure that those rules take *full effect* and must *protect the rights which they confer on individuals*” (mine kursiveringer).¹⁵⁶

Rettighetene er ikke (primært) gitt for å beskytte individuelle posisjoner. Tanken er at ved å innrømme rettigheter til private parter, vil disse kunne bidra til effektivisering av reglene på et mer generelt nivå, og dermed tjene det større gode.¹⁵⁷ Private vil på denne måten kunne supplere konkurransemyndighetenes håndhevelse av reglene, som en slags 'private attorney generals'.¹⁵⁸ Av denne grunn er det heller ikke gitt at private, som ved andre formuesrettslige rettigheter, er fri til å gi avkall på disse.¹⁵⁹

For at en (materiell) rettighet skal være reell, kreves det at rettighetsinnehaveren har en (prosessuell) mulighet til å få den håndhevet. EU-retten selv har imidlertid ingen egen alminnelig prosessrett som bestemmer hvordan disse rettighetene kan gjøres gjeldende.¹⁶⁰ Mer konkret for vårt tilfelle, har EU ingen egne regler om behandlingen av voldgiftsavgjørelser, eller i hvilken grad brudd på konkurransereglene kan påberopes som

¹⁵⁴ Jfr *BM mot SABAM*-saken; “As the prohibitions of articles 85 (1) and 86 tend by their very nature to produce direct effects in relations between individuals, these articles create direct rights in respect of the individuals concerned which the national courts must safeguard” (Sag C-127/73 *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior*, avsnitt 16). Jfr. Hjelmeng (2003) s. 37 og Andersson (1997) s. 256.

¹⁵⁵ Hjelmeng (2003) s. 38.

¹⁵⁶ Sag C-453/99 *Courage Ltd mot Crehan*, avsnitt 25.

¹⁵⁷ Andersson (1997) s. 257

¹⁵⁸ Hjelmeng (2003) s. 59

¹⁵⁹ Jfr. eksempelvis avsnitt 4.5.4 nedenfor.

¹⁶⁰ Fredriksen (2008) s. 292

grunnlag for å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom.¹⁶¹ I fravær av slike regler er det opp til de nasjonale medlemslandene å fastsette disse, slik det er gjort igjennom voldgiftsloven.¹⁶² Som den store hovedregel vil heller ikke EU legge seg opp i medlemsstatenes prosessrett. Dette kalles gjerne *prinsippet om prosessuell autonomi*.

Problemet oppstår ved at den prosessuelle autonomi ikke er absolutt. For å sikre EU-rettsens gjennomslag, har EU-domstolen under henvisning til medlemsstatenes lojalitetsplikt, igjennom langvarig praksis oppstilt *minstekrav* til hvordan rettigheter som skriver seg fra EU-reglene skal kunne håndheves for nasjonale domstoler. Stikkordsmessig består disse kravene av ekvivalensprinsippet, effektivitetsprinsippet og kravet om foreleggelsesadgang. Mens materielle regler i strid med EU-retten vil bli tilsidesatt med grunnlag i EU-rettsens forrang, vil prosessuelle regler som begrenser EU-rettsens gjennomslag bli satt tilside i den grad de er i strid med disse minstekravene. Forholdet mellom prinsippene om prosessuell autonomi og EU-reglenes forrang er komplekst, og det skal ikke her gjøres noe forsøk på å trekke opp disse linjene. Her holder det å si at prinsippene lever side ved side, så lenge de kravene som her skal beskrives er oppfylt.¹⁶³ I de tilfeller hvor EU unntaksvis har oppstilt prosessuelle regler, må disse naturligvis gå foran.¹⁶⁴

I avsnitt 4.2-4.4 så vi at domstolene ved prøvingen av en voldgiftsavgjørelse som utgangspunkt ikke vil ha anledning til å foreta en vurdering av hvorvidt avgjørelsen er i samsvar med konkurransereglene. Da dette åpenbart vil kunne utgjøre en begrensning på konkurransereglenes gjennomslag, er det derfor nødvendig å undersøke hva disse EU-rettslige kravene innebærer. Først skal det imidlertid sies noe om bakgrunnen for at EU-retten ikke har en egen regulering av voldgiftsavgjørelser.

Ved vurderingen av EU-rettslige føringer på spørsmålet om hvorvidt en voldgiftsavgjørelse i strid med europeisk konkurranserett må kjennes uvirksom, tas det altså her utgangspunkt i den prosessuelle autonomi.

¹⁶¹ Jfr. avsnitt 4.5.2

¹⁶² Tridimas (2006) s. 420, Robberstad (2002) s. 199 flg., Andersson (1997) s. 77. og Fredriksen (2008) s. 292

¹⁶³ Landolt (2007) s. 73

¹⁶⁴ Fredriksen (2008) s. 294

Alternativt, som antydnet av enkelte¹⁶⁵, kan det ses som et spørsmål om det vi kan kalle (ekte) *europaisk ordre public*. Som betegnelsen antyder, vil dette innebære at EU selv bestemmer innholdet av hva som skal betegnes som ordre public, og således gi grunnlag for uvirksomhet av voldgiftsavgjørelsen. Etter mitt syn er det ikke grunnlag for å oppstille en slik lære fra det nåværende rettsgrunnlaget.¹⁶⁶ Slik jeg ser det vil det korrekte være å anse dette som et spørsmål om medlemsstatenes prosessuelle autonomi.¹⁶⁷

4.5.2 Særlig om voldgiftsunntaket i Brussel I

I Rådsforordning 44/2001 (*Brussel I*), som omhandler jurisdiksjon og håndhevelse av domstolsavgjørelser, er alle forhold som vedrører voldgift uttrykkelig unntatt i art. 1(2)(d). Forordningen er basert på Brussel-konvensjonen av 1968¹⁶⁸. Ved utarbeidelsen av konvensjonen var det bred enighet blant landene om at New York-konvensjonen, som var trådt i kraft noen år tidligere, innebar en effektiv og tilfredsstillende regulering av voldgiftsavgjørelser.¹⁶⁹ På det tidspunkt var det også planlagt en egen EU-protokoll om voldgiftsavgjørelser som ifølge Jenard¹⁷⁰ ville sørge for et enda sterkere vern for voldgiftsavgjørelser enn hva følger av NYK.¹⁷¹ En slik protokoll ble imidlertid aldri innført, og reguleringen av disse spørsmålene finnes derfor fortsatt i medlemslandenes

¹⁶⁵ Bertoli (2006) s. 406. Se også Shelkopyas (2002) s. 586

¹⁶⁶ Slik også Mourre (2008) s. 222 og Meidanis (2005) s. 110. Jfr også ECJs uttalelser i *Krombach* som uttrykkelig anser ordre public for å være opp til nasjonalstatene (under Brussel I art. 27), men antyder at det vil være opp til ECJ å angi de ytre rammene (Sag C-7/98 *Dieter Krombach mot André Bamberški*, p. 22 og 23). Etter mitt syn må dette gjelde dess mer under NYK og nasjonal voldgiftslovgivning.

¹⁶⁷ Slik også bla. Baudenbacher (2002) s. 7, Andersson (2000) s. 443, Bertoli (2006) s. 409, Nazzini (2005) s. 333 og Landolt (2006) og (2007).

¹⁶⁸ Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 1968

¹⁶⁹ Hess (2007) s. 50 og van Houtte (2005-II) s. 509.

¹⁷⁰ Jenard (1979) s. 13

¹⁷¹ I tidligere EFT artikkel 220 het det uttrykkelig at ”Member States shall, so far as is necessary, enter into negotiations with each other with a view to securing the benefit of their nationals ... the simplification of formalities governing the reciprocal recognition and enforcement ... of arbitral awards”. Jfr. Schmitthoff (1987) s. 143-144.

interne rett. Det hører med at samtlige av EUs medlemsland er tilsluttet New York konvensjonen.¹⁷²

I de senere år har det vært fremsatt forslag om å fjerne voldgiftsunntaket i Brussel I. Forslaget har imidlertid vært møtt med sterk kritikk. Den såkalte *Heidelberg-rapporten* fra 2007 viser at EUs medlemsland er nær enstemmige om at NYK må beholdes som den overordnede regulering for håndhevelse av voldgiftsavgjørrelser.¹⁷³ Rapportens forfattere slutter seg til dette i sin anbefaling¹⁷⁴, og i en Grønnebok fra 2009 uttalte også Kommisjonen selv at den anså det som best å la voldgiftsunntaket være.¹⁷⁵

Etter mitt syn viser dette at EU i alminnelighet vil akseptere konvensjonens *system* og den nasjonale rett som utspringer av denne. På den ene siden går dette for så vidt ikke lenger enn hva allerede følger prinsippet om prosessuell autonomi. På den andre siden kan man kanskje hevde at EU har foretatt en *generell* vurdering av det internasjonale systemet for håndhevelsen av voldgiftsavgjørrelser, og funnet dette i samsvar med de EU-rettslige krav. Uansett hvordan man tolker unntaket fra *Brussel I* isolert sett, synes det klart at EU bør utvise stor respekt for New York-konvensjonen som et nær universielt anerkjent og autonomt system. Dette utelukker imidlertid ikke at EU-retten vil kunne legge føringer på hvordan disse reglene skal praktiseres i medlemsstatene.

4.5.3 Ekvivalensprinsippet

ECJ har for det første oppstilt et krav om at rettigheter som skriver seg fra EU-retten skal sikres en like god beskyttelse som tilsvarende rettigheter i nasjonal rett (*ekvivalensprinsippet*).¹⁷⁶ Prinsippet ble slått fast allerede i den første *Rewe*-saken, da det under henvisning til den prosessuelle autonomi ble presisert at; ”*it being understood that*

¹⁷² http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

¹⁷³ Hess (2007) s. 57

¹⁷⁴ Hess (2007) s. 350. Det foreslås imidlertid visse konkrete endringer for å sørge for effektiv samhandling mellom de to instrumenter.

¹⁷⁵ COM(2009) 175 final, s. 8.

¹⁷⁶ Hjelmeng (2003) s. 46 og Werlauff (2000) s. 29-32

such conditions cannot be less favourable than those relating to similar actions of a domestic nature”.¹⁷⁷

Prinsippet innebærer en regel om ikke-diskriminering, og angir derfor en *nasjonal minstestandard* for beskyttelsen av EU-rettslige rettigheter. Det medfører at rettigheter som springer ut av EU-retten ikke kan underkastes andre prosessuelle eller materielle betingelser enn de som gjelder for tilsvarende rettigheter i nasjonal rett.¹⁷⁸ Hva som anses for å være ”*similar actions*” beror på en vurdering av hva som er formålet med og årsaken til handlingen.¹⁷⁹

4.5.4 Effektivitetsprinsippet

EU-domstolen har videre oppstilt et krav om at de nasjonale prosessreglene ikke kan gjøre det ’umulig eller uforholdsmessig vanskelig’ å håndheve de rettigheter som følger av EU-reglene (*effektivitetsprinsippet*).¹⁸⁰ Dette uttrykkes blant annet i *Van Schijndel*-saken, hvor ECJ etter å ha vist til prinsippene om prosessuell autonomi og ekvivalens, uttaler at de prosessuelle reglene heller ikke kan gjøre håndhevelsen av EU-rettighetene; “*virtually impossible or excessively difficult*”.¹⁸¹ Kravet innebærer dermed en *EU-rettslig minstestandard*. Hvor grensen går er vanskelig å beskrive generelt, og spørsmålet må avgjøres konkret under hensyntagen til den sammenheng spørsmålet oppstår i. Til illustrasjon kan vi først se nærmere på *Van Schijndel*-saken.

I denne saken hadde to private parter satt seg imot et krav om obligatorisk medlemskap i en pensjonsordning for fysioterapeuter. Etter å ha tapt ankesaken i Breda Rechtsbank, anket partene saken videre inn for Hoge Raad og hevdet nå for første gang at ordningen var i strid med europeisk konkurranserett. Ifølge nederlandsk prosessrett, er

¹⁷⁷ Sag C-33/76 Rewe-Zentralfinanz eG og Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, avsnitt 5

¹⁷⁸ Hjelmeng (2003) s. 46.

¹⁷⁹ Sag C-326/96 Levez mot Jennings (Harlow Pools), avsnitt 41

¹⁸⁰ Hjelmeng (2003) s. 48 og Werlauff (2000) s. 32-48.

¹⁸¹ Sag C-430/93 og C-431/93 (forente saker) Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, avsnitt 17

domstolene i saker om sivile rettigheter og forpliktelser, forhindret å gå utenfor partenes anførsler og de faktiske forhold som er lagt til grunn til støtte for disse anførslene.¹⁸²

Ettersom Hoge Raad ikke var kompetent til å vurdere nye anførsler, hevdet partene at Rechtsbanken om nødvendig på eget initiativ (*ex officio*) skulle vurdert om ordningen var i samsvar med EU-retten. Partene hevdet at passivitetsprinsippet hindret håndhevelsen av europeisk konkurranserett, og måtte derfor settes tilside som følge av EU-retten forrang. Hoge Raad forela spørsmålet til uttalelse fra EU-domstolen. ECJ uttalte i forbindelse med effektivitetsprinsippet at;

”... each case which raises the question whether a national procedural provision renders application of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances. In the light of that analysis the basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, must, where appropriate, be taken into consideration.”¹⁸³

Domstolen mente altså at hensynet til håndhevelsen av EU-retten, måtte veies mot grunnleggende prinsipper i den nasjonale prosessrett. I dette tilfelle fant domstolen at de nevnte hensynene rettferdiggjorde regelen om domstolens passivitet. ECJ fant derfor at den nasjonale domstolen ikke var forpliktet til å anvende konkurransereglene i større grad enn det den nasjonale lovgivningen tillot.

”...Community law does not require national courts to raise of their own motion an issue concerning the breach of provisions of Community law where examination of that issue would oblige them to abandon the passive role assigned to them by going beyond the ambit of the dispute defined by the parties themselves and relying on facts and circumstances other than those on which the party with an interest in application of those provisions bases his claim”¹⁸⁴

¹⁸² Sml. tvistelovens § 11-2.

¹⁸³ Sag C-430/93 og C-431/93 (forente saker) Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, avsnitt 19.

¹⁸⁴ Ibid., avsnitt 22

I *Peterbroeck*-saken, kom spørsmålet om nasjonale domstoler *ex officio* må anvende EU-retten opp på ny.¹⁸⁵ Denne gangen var en skatteavgjørelse påklaget til den belgiske regionsdirektøren, uten at forholdet til EU-retten var tatt opp. Etter at klageren ikke fikk medhold, ble saken anket inn for Court of Appeal i Brussel. Avgjørelsen ble nå påstått å være i strid med felleskapsretten. Ifølge den belgiske skattelovgivningen, kunne en slik ny anførsel bare gjøres gjeldende innen 60 dager fra det tidspunkt hvor regionsdirektøren hadde loggført sin avgjørelse ved domstolen. Da det var klart at dette ikke var gjort, anførte den ankende part at tidsbegrensningen var til hinder for en effektiv håndhevelse av EU-retten. Saken ble forelagt ECJ for en forhåndsuttalelse.

Under henvisning til tidligere saker, heriblant *van Schijndel*, fant domstolen at en 60 dagers frist isolert sett ikke var urimelig. Domstolen mente imidlertid at saken måtte vurderes opp mot de spesielle forholdene i denne saken, og fant at preklusjonsregelen i dette tilfellet ikke var ”*reasonably justifiable by principles such as the requirement of legal certainty or the proper conduct of procedure*”.¹⁸⁶ Domstolen var derfor forpliktet til å vurdere forholdet til EU-retten.

Van Schijndel og *Peterbroeck* illustrerer at EU-domstolen ved anvendelsen av effektivitetsprinsippet vil foreta en *balansering* av hensynet til håndhevelsen av EU-rettighetene, og de interesser som den aktuelle nasjonale regel beskytter.¹⁸⁷ Avgjørelsene illustrerer videre at denne vurderingen skal gjøres *ad hoc*.¹⁸⁸ Dette betyr at hensynet til konkurransereglens effektivitet kan slå forskjellig ut i hvert enkelt tilfelle.

¹⁸⁵ Sag C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout og Cie SCS mot Belgia*. Det er interessant at avgjørelsen ble avsagt samme dag som avgjørelsen i *van Schijndel*.

¹⁸⁶ Sag C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout og Cie SCS mot Belgia*, avsnitt 20.

¹⁸⁷ Landolt (2006) p.7-63, van Gerven (2000) s. 531, Baudenbacher (2002) s. 7 og Shelkopyas (2003) s. 92. Andersson (2000) kaller det en ”*helhetsbedömning*” (s. 444).

¹⁸⁸ Jfr. Andersson (1997) s. 122-126, Prechal (1998) s. 691, Craig/de Búrca (1998) s. 235 og van Gerven (2000) s. 531

Det bør nevnes at effektivitetsprinsippet går videre enn å bare stille krav til *tilgjengeligheten* av sanksjoner, det stiller også kravet til *innholdet* i dem. Dette betegnes ofte som et krav om *adekvate sanksjoner*.¹⁸⁹ Andersson forklarer at; ”*effektivt rettskydd innebær att individen vid nationell domstol ska kunna bringa en överträdelse att upphöra och utverka komensation för skador som vederbörande drabbats av genom överträdelsen*”.¹⁹⁰ Hjelmeng sammenfatter kravet slik: ”*Det primære er at sanksjonen må gi adekvat beskyttelse. Videre er det lagt vekt på at sanksjonen må ha en avskrekkende virkning. Endelig må sanksjonen være proporsjonal*”.¹⁹¹

Jeg anser imidlertid problemstilling her for hovedsakelig å knytte seg til manglende *mulighet* til å gjøre gjeldende konkurranserettslige innsigelser. Dersom disse først kan påberopes (og er relevante) vil avgjørelsen kjennes uvirksom, og voldgiftslovgivningen vil da ikke legge føringer på innholdet av de sanksjoner som kan gjøres gjeldende overfor overtrederen (heller ikke når saken står for voldgiftsretten). Det er her derfor tatt utgangspunkt i de prosessuelle sidene av effektivitetsprinsippet. Se dog kapittel 5.3.2 som omhandler voldgiftsavgjørelser der den ene parten er tilkjent erstatning for kontraktsbrudd.

4.5.5 Adgang til foreleggelse av tolkningsspørsmål for ECJ/EFTA-domstolen

EU-retten krever videre at adgangen til å forelegge tolkningsspørsmål for ECJ etter prosessen i TFEU art. 267 ikke avskjæres.¹⁹² Dette kravet anses som særlig sterkt.¹⁹³ Et klart eksempel på dette finnes i den kontroversielle storkammeravgjørelsen *Kühne og Heitz*.¹⁹⁴ I denne saken påla ECJ nederlandske avgiftsmyndigheter å gjenoppta en forvaltningsavgjørelse stadfestet av Nederlands øverste forvaltningsdomstol, da denne viste seg å være basert på en uriktig forståelse av EU-retten.¹⁹⁵ Domstolen la her vekt på at saken

¹⁸⁹ For en grundig redegjørelse se Andersson (1997) s. 175-197. Jfr. også Van Gerven (2000) med en illustrativ redegjørelse for effektivitetsprinsippet sine mange sider. For en redegjørelse av EØS-rettens påvirkning på norsk erstatningsrett, se Monsen (2006).

¹⁹⁰ Andersson (1997) s. 178.

¹⁹¹ Hjelmeng (2003) s. 50, henvisninger utelatt.

¹⁹² Sml. ODA art. 34 jfr. domstolloven § 51a.

¹⁹³ Landolt uttaler at denne adgangen ikke kan avskjæres ”*no matter how pressing and important the national rule causing the obstruction*” (2006) p. 7-58.

¹⁹⁴ Sag C-453/00 Kühne og Heitz mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren

¹⁹⁵ Det bør nevnes at saken var spesiell og er særdeles konkret begrunnet jfr. avsnitt 26. Blant annet hadde forvaltningen allerede myndighet til å gjenåpne saken, jfr avsnitt 25. Fredriksen (2008) påpeker at ECJ senere har avstått fra å utvide rekkevidden av avgjørelsen (s. 308). Likevel illustrerer avgjørelsen hvilken betydning foreleggelsesadgagen har.

var endelig avgjort av et organ uten foreleggelsesadgang etter artikkel 267.¹⁹⁶

Foreleggelsesadgangen hadde tilsynelatende avgjørende betydning også i *Peterbroeck*.¹⁹⁷

Det er i dag alminnelig anerkjent at foreleggelsesprosedyren ikke bare ivaretar hensynet til rettslig avklaring og enhetlig tolkning, men også ivaretar private parters (og samfunnets) interesse i å håndheve sine rettigheter etter EU-retten.¹⁹⁸ Det må derfor undersøkes hvilken betydning dette kravet vil ha for domstolens prøving av voldgiftsavgjørrelser.

Det kan også spørres om dette kravet innebærer at kontroll med voldgiftsavgjørrelser må være systematisk tilgjengelig, dvs. at EU-retten krever at prøving skal være tilgjengelig også utenfor ugyldighetsprøving i voldgiftslandet og fullbyrdelesprøving der hvor dette kreves. Om ingen av disse land er i Europa synes adgangen til foreleggelse for ECJ fullstendig avskåret. Dette spørsmålet drøftes ikke her.¹⁹⁹

4.5.6 Tilsvarende i EØS-retten?

Som følge av den grunnleggende forskjellen i målsetningen og integrasjonen mellom EU- og EØS-samarbeidet, kan det spørres om i hvilken grad disse kravene er direkte overførbare for EØS-retten. Det skal her ikke gjøres noen grundig redegjørelse for dette spørsmålet, men noen grunnleggende synspunkter skal trekkes frem.²⁰⁰ Det er grunn til å understreke at spørsmålet vil kunne stille seg forskjellig avhengig av hvilket krav det er tale om å anvende, og i hvilken sammenheng det vurderes.²⁰¹

¹⁹⁶ Avsnitt 26.

¹⁹⁷ Sag C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout og Cie SCS mot Belgia*, avsnitt 17.

¹⁹⁸ Prechal (1998) s. 694 og Fredriksen (2008) s. 335 med videre henvisning i note 193.

¹⁹⁹ Om dette, se Landolt (2007) s. 83-85

²⁰⁰ EØS-rettens innvirkning på nasjonal prosessrett er i Norge et lite utforsket tema. Se imidlertid Fredriksen (2008) s. 296 flg. med hevisninger til annen teori. Se også Fredriksen (2005), Hjelmeng (2003) og Robberstad (2002).

²⁰¹ Kanskje spesielt kravet om foreleggelsesadgang vil muligens vurderes forskjellig. Dette som følge av at ODA art. 34, til forskjell fra TFEU art. 267, bare gir EØS-landene en *rett* (og ikke en *plikt*) til å forelegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen. Uttalelsene er videre ikke bindende på samme måte jfr. Fredriksen (2005) s. 69. Se om dette spesielt kapittel 5.2.3.1

EFTA-domstolen har ikke enda hatt anledning til å uttale seg direkte om spørsmålet.²⁰² Høyesterett berørte imidlertid dette i sin avgjørelse i *Finnanger II*-saken.²⁰³ Det var her fra statens prosessfullmektig anført at statens erstatningsansvar for uriktig gjennomføring av felleskapsrettslige direktiver hovedsakelig er begrunnet i effektivitetshensyn, og at disse måtte ha en mer begrenset rekkevidde i EØS enn det som gjaldt i EU. Et samlet Høyesterett i plenum var ”ikke enig i dette”. Førstevoterende uttalte videre at det var ”lite rimelig”, om EØS-borgerne ”skulle ha en ulik rettsstilling når det gjelder vernet for disse rettigheter”.²⁰⁴ At unntak kan tenkes er bekreftet av Høyesterett i et *obiter dictum* i *Allseas Marine Contractors*-saken²⁰⁵, men som fremhevet av Fredriksen skal det trolig mye til før dette forbeholdet kan tenkes å komme til anvendelse.²⁰⁶ Etter dette legges som utgangspunkt til grunn at de krav som er oppstilt igjennom EU-domstolens praksis, må gjelde tilsvarende for nasjonale domstoler i EØS-landene.²⁰⁷

4.5.7 Betydningen av disse kravene ved håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser i strid med europeiske konkurranseregler

Utgangspunktet etter dette er fortsatt at en voldgiftsavgjørelse som er i strid med europeiske konkurranseregler bare kan kjennes uvirksom dersom dommen ”virker støtende mot [den norske] rettsordenen (*ordre public*)”, jfr. avsnitt 4.4. Ved praktiseringen av denne

²⁰² Se dog domstolens uttalelse i Fokus Bank-saken, hvor det sies at den forvaltningsmessige saksbehandling må ”...gjennomføres på en slik måte at den ikke forringer de individuelle rettigheter som utledes av EØS-avtalen. En slik forpliktelse følger av artikkel 3 EØS, som tilsvarende artikkel 10 EF.” (Sak E-1/04 Fokus Bank, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11, avsnitt 41)

²⁰³ Rt. 2005 s. 1365

²⁰⁴ Rt. 2005 s. 1365 avsnitt 58, med tilslutning av annenvoterende, dissenterende dommer Tjomsland i avsnitt 111. Jfr. også Rt. 2008 s. 1705 som gjengitt i kapittel 4.5.7.

²⁰⁵ Rt. 2005 s. 597 A avsnitt 38.

²⁰⁶ Fredriksen (2008) s. 298. Slik også Monsen (2006) s. 242.

²⁰⁷ Jfr. Robberstad (2002) s. 198-199, Fredriksen (2008) s. 300 og (2005) s. 70, riktignok med et visst forbehold. Se dog kapittel 5.2.3.1 om kravet om foreleggelsesadgang.

bestemmelsen må norske domstoler imidlertid ta høyde for EØS-rettens krav til håndhevelsen av de europeiske konkurransereglene.²⁰⁸

I forhold til ekvivalensprinsippet vil betydningen være at de EU/EØS-rettslige reglene må behandles på lik linje med tilsvarende nasjonale regler. I praksis er konsekvensen at et brudd på europeiske konkurranseregler må føre til uvirksomhet i samme grad som tilsvarende nasjonale regler. Den videre drøftelse vil forutsette at den norske ordre public-regelen ikke er diskriminerende.

Effektivitetsprinsippet vil ha en mer potensiell betydning, da det ikke vil gjøre seg gjeldende før den nasjonale regelen vil gi et resultat som strider mot dette kravet. Om den gjør det, vil konsekvensen være at den domstolen må se bort ifra den nasjonale regelen. Til illustrasjon kan nevnes Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2005 s. 597. Søksmålet, som gjaldt et påstått brudd på EØS-retten, var blitt avvist da saksøker ikke hadde søksmålskompetanse etter norsk rett. Høyesterett fant at dette var ”klart”.²⁰⁹ Spørsmålet var imidlertid om søksmålskompetanse måtte følge av EØS-rettens krav til effektivitet. Retten uttalte i den sammenheng at:

”Hvis det er tilfellet, må søksmålet fremmes uavhengig av hva som følger av norske prosessregler, jf. EØS-loven § 1 og § 2.”²¹⁰

Anvendt på vårt tilfelle, betyr dette at domstolene i ytterste konsekvens må kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom hvis dommeren anser at effektivitetsprinsippet krever dette, selv om man ikke anser avgjørelsen for å virke støtende mot den norske rettsordenen. Det er imidlertid grunn til å understreke at før dette vil skje, må de verdier og hensyn som ordre public-regelen skal ivareta, vurderes mot hensynet til en effektiv håndheving av konkurransereglene i det konkrete tilfellet jfr. kapittel 4.5.4. I Rt. 2005 s. 597 antok førstevoterende at kriteriet ’umulig eller uforholdsmessig vanskelig’ utgjør ”en streng norm” for når EU-retten vil gripe inn i nasjonal prosesslovgivning.²¹¹ Det kan i den

²⁰⁸ Jfr. Blanke (2008) s. 145.

²⁰⁹ Rt. 2005 s. 597, avsnitt 35

²¹⁰ Rt. 2005 s. 597, avsnitt 36

²¹¹ Rt. 2005 s. 597, avsnitt 40.

sammenheng også vises til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2008 s. 1705, hvor det var påstått at effektivitetsprinsippet måtte lede til erstatningsansvar, selv om man skulle komme til at norsk rett ikke gav grunnlag for dette. Flertallet kom til at dette ikke var tilfellet.²¹²

Førstevoterende uttaler at:

”Jeg kan ikke se at en av EU-retten, herunder det generelle kravet til effektiv gjennomføring, kan utlede at det må gjelde et strengere ansvar for vegvesenets brudd på anskaffelsesloven i denne saken enn det som følger av Nucleus-dommen, og jeg legger dette til grunn.”²¹³

Ettersom ordre public-vurderingen er en forholdsvis fri vurdering som i seg selv skal gjøres *ad hoc*, vil en slik (eventuell) ’modifikasjon’ være lite synlig. Som vi har sett er nasjonalstatene etter New York-konvensjonen i prinsippet frie til selv å vurdere hva som er omfattet av ordre public. Det vil derfor ikke nødvendigvis være noen direkte konflikt mellom nasjonal rett, Modelloven og NYK på den ene siden, og EU-retten på den andre siden.²¹⁴ Europeiske domstoler vil imidlertid måtte *tolke* ordre public-regelen i samsvar med EU/EØS-rettens krav.

4.6 Bitene møtes: *Eco Swiss*²¹⁵

I den såkalte *Eco Swiss*-saken ble ECJ forelagt spørsmålet om hvilke virkninger det skal ha at en voldgiftsavgjørelse er i strid med europeiske konkurranseregler. Avgjørelsen er av sentral betydning for avhandlingens problemstilling, og det vil derfor bli foretatt en forholdsvis grundig gjennomgang og vurdering av avgjørelsen.

4.6.1 Sakens bakgrunn

Eco Swiss China Ltd (*Eco Swiss*), *Bulova Watch Company Inc* (*Bulova*) og *Benetton International NV* (*Benetton*) inngikk i 1986 en lisensavtale for åtte år, hvor *Eco Swiss* ble gitt rettigheten til å produsere klokker med betegnelsen ’*Benetton by Bulova*’. I 1991, tre år

²¹² Mindretallet, dommer Stabel, frifant Vegvesenet på annet grunnlag.

²¹³ Rt. 2008 s. 1705, avsnitt 56

²¹⁴ Slik også Nazzini (2004) p. 10-21.

²¹⁵ Sag C-97/126 *Eco Swiss China Time Ltd. mot Benetton International NV*

før kontraktens utløp, avsluttet Benetton ensidig avtalen. Eco Swiss og Bulova bestred at Benetton hadde en slik rett, og initierte voldgiftsbehandling i Nederland i henhold til kontraktens voldgiftsklausul.²¹⁶ Avtalen hadde videre en lovvalgsklausul til fordel for nederlandsk rett.

Den 4. februar 1993 avsa voldgiftsretten en delavgjørelse hvor Benetton ble dømt til å kompensere Eco Swiss og Bulova for deres tap som følge av Benettons kontraktsbrudd. Voldgiftsretten tok i denne omgangen ikke stilling til utmålingen, og lot dette være opp til partene. Da partene ikke kom til enighet, avsa voldgiftsretten 23. juni 1995 en endelig avgjørelse, hvor Eco Swiss ble tilkjent en erstatningssum på USD 23 750 000 fra Benetton.

Den 14. juli samme år tok Benetton ut sak ved Rechtbank te's Gravenhage (Domstolen i Haag) med påstand om at voldgiftsavgjørelsene måtte kjennes ugyldig som stridende mot ordre public, med den begrunnelse at lisensavtalen var i strid med TFEU artikkel 101.²¹⁷ Etter noen runder i underinstansene, endte saken i Hoge Raad som besluttet å forelegge en rekke tolknings spørsmål for ECJ under prosedyren i TFEU artikkel 267.²¹⁸

4.6.2 EU-domstolens prejudisielle avgjørelse: ECJs svar

a) **Virkningen av at en voldgiftsavgjørelse er i strid med art. 101**

Det prinsipielt viktigste spørsmålet var om den nasjonale domstolen var forpliktet til å sette til side en voldgiftsavgjørelse dersom denne ble funnet å være i strid med TFEU artikkel 101.²¹⁹ I spørsmålsstillingen legger Hoge Raad til grunn at en uriktig eller unnlatt anvendelse av de nasjonale konkurransereglene som utgangspunkt ikke ville gi grunnlag for å kjenne avgjørelsen ugyldig etter den nasjonale ordre public-regelen. Under henvisning til Van Schijndel-saken, var domstolen imidlertid usikker på om det samme gjaldt dersom avgjørelsen var i strid med de europeiske konkurransereglene.²²⁰

²¹⁶ Voldgiften skulle gjennomføres under reglene ved Nederlandse Arbitrage Instituut (Netherlands Institute of Arbitrators).

²¹⁷ Tidligere EFT art. 85/81

²¹⁸ Tidligere EFT art. 177/234

²¹⁹ Tidligere EFT art. 85/81

²²⁰ Avsnitt 30, spørsmål nr. 2

ECJ startet med å vise til Nordsee-avgjørelsen²²¹, og slo fast at:

“where questions of Community law are raised in an arbitration resorted to by agreement, the ordinary courts may have to examine those questions, in particular during review of the arbitration award, which may be more or less extensive depending on the circumstances and which they are obliged to carry out in the event of an appeal, for setting aside, for leave to enforce an award or upon any other form of action or review available under the relevant national legislation”.²²²

Domstolen uttalte at det i denne sammenheng ville det være opp de nasjonale domstoler å vurdere nødvendigheten av en henvendelse til ECJ via TFEU art. 267, ettersom voldgiftsdomstoler ikke har denne muligheten.²²³

Etter å ha angitt dette utgangspunktet, viste ECJ til at hensynet til effektiv voldgiftsbehandling tilsa at kontrollen med voldgiftsavgjørelser skulle være “*limited in scope*” og at ugyldighet eller nektelse av fullbyrdelse bare skulle være mulig i “*exceptional circumstances*”.²²⁴ Etter dette snur domstolen tilsynelatende om, og uttaler:

“However, according to Article 3(g) of the EC Treaty ... Article 85 of the Treaty constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market”.²²⁵

Ved siden av henvisningen til artikkel 3(g)²²⁶, støtter ECJ seg på at artikkel 101(2) uttrykkelig fastsetter at enhver avtale i strid med bestemmelsen vil være “*automaticly void*”.²²⁷ Umiddelbart etter dette, konkluderer domstolen slik:

“It follows that where its domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy, it must also grant such an application where it is founded on failure to comply with the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty.”²²⁸

²²¹ Sak C-102/81 *Nordsee mot Reederei Mond mfl.* (se kapittel 5.2.3.1).

²²² Avsnitt 32

²²³ Avsnitt 33-34.

²²⁴ Avsnitt 35

²²⁵ Avsnitt 36

²²⁶ Nå TFEU art. 3(1)(b)

²²⁷ Avsnitt 36

²²⁸ Avsnitt 37.

I forlengelsen uttaler ECJ at denne konklusjonen ” *is not affected by*” at New York-konvensjonen bare anerkjenner at fullbyrdelse nektes på svært begrensede grunnlag, herunder ordre public. I den forbindelse uttaler domstolen at artikkel 101 ” *may be regarded as a matter of public policy within the meaning of the New York Convention.*”²²⁹ Til slutt fastslår domstolen at det er ” *manifestly in the interest of the Community legal order*” at enhver EU-rettslig bestemmelse gis en ” *uniform interpretation*” uavhengig av hvilken omstendighet den anvendes.²³⁰

b) Betydningen av nasjonale tidsfrister for ugyldighetssøksmål

ECJ besvarer også Hoge Raads spørsmål nr. 4 og 5, hvor det spørres om retten (også) er forpliktet til å se bort fra de nasjonale prosessreglene som bestemmer at ugyldighetssøksmål bare kan fremmes innen tre måneder²³¹, i de tilfeller hvor avgjørelsen er i strid med artikkel 101.

I den sammenheng uttaler ECJ at tremånedersfristen ikke kan anses ” *excessively short compared with those prescribed in the legal systems of other Member States*”. Hensett til dette finner domstolen at denne reglen ikke gjør det ” *excessively difficult or virtually impossible to exercise ...[the] rights conferred by Community law*”.²³²

Retten uttaler også at en slik tidsfrist ” *are justified by the basic principles of the national judicial system, such as the principle of legal certainty and acceptance of res judicata*”.²³³ ECJ konkluderer derfor med at den nasjonale domstolen ikke er forpliktet til å se bort fra tidsfristen, med den betydning at den første voldgiftsavgjørelsen (som avgjør erstatningsgrunnlaget) ikke kan kjennes ugyldig.²³⁴

²²⁹ Avsnitt 38-39

²³⁰ Avsnitt 40

²³¹ Sml. Voldgiftsloven § 44 første ledd første punktum og Modelloven artikkel 34 (3). Jfr. kap. 4.2.3.

²³² Avsnitt 45

²³³ Avsnitt 46

²³⁴ Avsnitt 47

4.6.3 Rekkevidden av *Eco Swiss*

Eco Swiss fører utvilsomt den europeiske konkurranseretten innenfor sfæren av ordre public-unntaket. Den nærmere rekkevidden av avgjørelsen er imidlertid uklar.

a) 'Failure to comply'

ECJ legger tilsynelatende til grunn at nasjonale domstoler er forpliktet til å sette til side en voldgiftsavgjørelse der hvor denne finnes å ikke være i samsvar med ("failure to comply with") TFEU artikkel 101.²³⁵ Tatt på ordet skulle dette tilsi at dommen må kjennes uvirksom hver gang voldgiftsretten har latt være å anvende artikkel 101 (der bestemmelsen er anvendelig), eller hvor voldgiftsretten har foretatt en feilaktig anvendelse av denne. Det er i den sammenheng særlig påfallende at ECJ heller ikke synes å oppstille noe krav om at konflikten med bestemmelsen på noen måte skal være kvalifisert. På denne bakgrunn har flere forfattere antatt at konsekvensen av *Eco Swiss* vil være at *ethvert* brudd artikkel 101 må føre til at voldgiftsavgjørelsen kjennes uvirksom.²³⁶

Vilkåret 'failure to comply' står tilsynelatende i sterk motstrid med den alminnelige forståelsen av ordre public-unntaket.²³⁷ Ordre public er en snever unntaksregel, og har ikke selv noe klart rettslig innhold.²³⁸ Videre er det bare fundamentale *prinsipper* som anses beskyttet og ethvert tilfelle må underkastes en *konkret vurdering*. Konklusjonen (og begrunnelsen) synes mer i overensstemmelse med en angivelse av artikkel 101 som en

²³⁵ Avsnitt 37. Det kan nevnes at domstolen i dette avsnittet bare nevner bestemmelsens første ledd, jfr. dog avgjørelsens operative del i avsnitt 41 og avsnitt 39 som viser til 'hele' bestemmelsen.

²³⁶ Jfr. Magnussen (2000) s. 95 og s. 94-95, Hjelmeng (2003) s. 201 (dog med forbehold som drøftes i kapittel 5.3), Gustafson (1999) s. 93 og Ryssdal (2002) s. 672 som syntes å legge til grunn det samme. Voldgiftsloven kommentarutgave (2007) legger til grunn at det isolert sett ikke kreves et kvalifisert brudd, men forutsetter at det utvises respekt for voldgiftsrettens vurdering (der de har gjort dette) slik at avgjørelsen bare settes til side dersom voldgiftsrettens rettsoppfatning er "klart uholdbar" (s. 85). Fra internasjonal litteratur kan nevnes Blanke (2007) s. 65

²³⁷ Jfr. kapittel 4.3. Slik også påpekt av Magnussen (2000) s. 88, s. 95 og Shelkopyas (2002) s. 584. Se om såkalt *positiv ordre public*, Moss (2007) s. 713-714 og Gaarder (2000) s. 105 flg.

²³⁸ Slik også Prechal (2004) s. 606.

internasjonalt preseptorisk regel. Det er imidlertid klart at brudd på en slik regel i alminnelighet ikke vil gi grunnlag få å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom.²³⁹

Deler av forklaringen på domstolens absolutte formulerte konklusjon kan etter mitt syn finnes ved at saken kom for domstolen på bakgrunn av en prejudisiell tolkningshenvendelse.²⁴⁰ Spørsmålet var generelt stilt, og ble derfor generelt besvart. Som påpekt av Generaladvokat Saggio (heretter GA Saggio):

”...it should be noted that - as formulated by the referring court - it makes no mention either of the conduct of the parties or of the subject-matter of the arbitration proceedings. In other words, the referring court is asking the Court to rule on the compatibility with Community law of the abovementioned Netherlands procedural rules...”²⁴¹

Etter min mening taler dette for at domstolen ikke ved denne formuleringen pålegger nasjonale domstoler å fjerne seg fra den tradisjonelle forståelsen av ordre public-unntaket. I denne retning taler også at ECJ selv anvender ordre public-begrepet, riktignok i hva som må betegnes som et *obiter dictum*.²⁴² Tidligere rettspraksis fra ECJ har også vist at domstolen har lagt til grunn en tradisjonell ordre public-forståelse i forbindelse med artikkel 34(1) i *Brussel I*.²⁴³ Også i den europeiske internasjonale privatrett er den en klar sontring mellom internasjonalt preseptoriske regler og ordre public.²⁴⁴ Det kan videre fremheves at Hoge Raad synes å uttrykkelig forutsette at feilaktig rettsanvendelse ikke er omfattet av ordre public-unntaket.²⁴⁵

²³⁹ Jfr. kapittel 4.3.2.

²⁴⁰ Slik også Meidanis (2005) s. 106

²⁴¹ Generaladvokat A. Saggio i sitt forslag til avgjørelse i *Eco Swiss*, avsnitt 28

²⁴² Avsnitt 39

²⁴³ I *Krombach mot Bamberški* begrenset domstolen seg til å angi de ytre rammene av ordre public-unntaket i Brussel-konvensjonens artikkel 27 (Sag C-7/98 Dieter Krombach mot André Bamberški, se avsnitt 23). Jfr. også *Maxicar*-saken (Sag C-38/98 Renault SA mot Maxicar SpA og Orazio Formento) som er behandlet i kapittel 5.2.3.4.

²⁴⁴ Jfr. *Roma I* artikkel 9 (‘overriding mandatory provisions’) og artikkel 21 (‘public policy’). Se også *Giuliano/Lagarde*-rapportens kommentarer til Roma-traktaten art. 16.

²⁴⁵ Hoge Raads spørsmål nr. 2, inntatt i avgjørelsens avsnitt 30.

Selv om endel synes å tale for at ECJ ikke tar avstand fra den tradisjonelle forståelsen av ordre public, er imidlertid lite sagt om hvilken rekkevidde avgjørelsen vil ha. I den sammenheng bør det tas i betraktning at domstolen hadde alle muligheter til å ta forbehold når den besvarte spørsmålet. Domstolen kunne eksempelvis ha besvart spørsmålet slik at et brudd på artikkel 101 *kan* måtte føre til ugyldighet, eller at konflikt med *prinsippene bak bestemmelsen* må få en slik virkning. Når et slikt forbehold ikke blir tatt, taler dette for å tillegge avgjørelsen en stor rekkevidde. Det er imidlertid også andre forhold som taler for at avgjørelsens rekkevidde er begrenset.

b) Ordre public som en alternativ løsning

Ser man avgjørelsen i lys av Generaladvokatens forslag, kommer det frem at å betegne artikkel 101 som ordre public var en *alternativ løsning*. Som presisert av GA Saggio, var ECJ bedt om å vurdere hvorvidt ordre public-regelen var i strid med EU-rettens krav til håndhevelse. I sin vurdering kom Saggio til at dette spørsmålet måtte besvares bekreftende under henvisning til effektivitetsprinsippet. Han fant at en nasjonal prosessregel som bare tillot at en voldgiftsavgjørelse blir satt tilside i ”*highly exceptional cases*”, gjorde håndhevelsen av EU-retten ”*excessively difficult*”.²⁴⁶ Denne konklusjonen mente Saggio, kunne ikke bli annerledes selv om samtlige medlemsland hadde en tilsvarende bestemmelse.²⁴⁷ Konsekvensen skulle da være at bestemmelsens begrensninger, i alle fall til en viss grad, må vike i tilfeller hvor avgjørelsen er i strid med artikkel 101.

Etter å ha nådd dette resultatet, foreslår GA Saggio imidlertid at ECJ besvarer spørsmålet på en slik måte at man anser artikkel 101 for å være omfattet av ordre public. Saggio viser til at en slik løsning har en viss støtte i juridisk litteratur, og samtidig vil innebære et betydelig mindre inngrep i den prosessuelle autonomi.²⁴⁸ Som det fremgår av avgjørelsen synes domstolen å ha sluttet seg til dette forslaget.²⁴⁹

²⁴⁶ GA Saggio, avsnitt 33-35

²⁴⁷ GA Saggio, avsnitt 37.

²⁴⁸ Avsnitt 38

²⁴⁹ Slik også Shelkopyas (2002) s. 583

c) Ekvivalensprinsippet

Sentralt er det imidlertid at løsningen som blir valgt innebar at ECJ kunne besvare spørsmålet med utgangspunkt i ekvivalensprinsippet, noe som fremgår direkte av konklusjonen. Denne sier nemlig at *der hvor* de nasjonale prosessuelle reglene krever at en avgjørelse tilsidesettes når den strider mot nasjonale regler av ordre public- karakter, må den *også* tilsidesettes om den strider mot artikkel 101.²⁵⁰ At konklusjonen utelukkende er basert på ekvivalens (og ikke effektivitet) er senere bekreftet av ECJ i *van der Weerd*-saken.²⁵¹ Isolert sett vil ikke ekvivalensprinsippet ha en større rekkevidde enn at et brudd på artikkel 101 må føre til uvirksomhet i den grad den nasjonale prosessretten tillater.²⁵²

d) Effektivitetsprinsippet som den egentlig begrunnelse?

Avgjørelsen lest under ett, synes imidlertid vanskelig forenelig med en slik tolkning. En slik frihet synes for det første i sterk kontrast med ECJs øvrige uttalelser, som unektelig fremstår slik at domstolene vil være pålagt klare forpliktelser. For det andre tyder GA Saggios drøftelse av effektivitetsprinsippet på at EU-retten ikke vil godta en nasjonal begrensning som innebærer at brudd på artikkel 101 bare gir grunnlag for uvirksomhet i ”*highly exceptional cases*”.²⁵³ Ved å ta Saggios forslag til følge, synes ECJ å legge en slik forståelse til grunn. Lest i sammenheng er det derfor naturlig å si at *Eco Swiss* i praksis går lenger enn ekvivalensprinsippet.²⁵⁴ At bestemmelsen likevel ikke blir satt tilside, kan da

²⁵⁰ Avsnitt 37 og 41: “...where its domestic rules of procedure...”. Slik også I avsnitt 32; “*form of action or review available under the relevant national legislation*”. Slik også i *Nordsee*, avsnitt 14 (Sak C-102/81 *Nordsee mot Reederei Mond mfl.*) Jfr. 5.2.3.1.

²⁵¹ Forente saker C-222/05 til C-225/05, J. van der Weerd og andre mot Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, avsnitt 40.

²⁵² Sml. Konklusjonen i *van Schijndel*, jfr. kapittel 4.5.4. I ytterste konsekvens betyr dette at om nasjonal rett ikke har et ordre public-unntak, skulle det heller ikke være påkrevd å sette avgjørelsen tilside i tilfelle av strid med artikkel 101. Dette fremstår imidlertid som en hypotetisk problemstilling, da samtlige av EUs medlemsland har et ordre public-unntak for håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser, jfr. Komminos (2000) s. 475.

²⁵³ GA Saggio, avsnitt 33-35

²⁵⁴ Slik også Tridimas (2006) s. 465, Gustafsson (1999) s. 100, Komminos (2000) s. 472-473,

begrunnes med at ordre public-regelen faktisk gir anledning til å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom. På den andre siden er Saggios alternative forslag nettopp begrunnet med at en tilsidesettelse av ordre public-bestemmelsen ville gitt et stort innhugg i den prosessuelle autonomi.²⁵⁵ Dersom voldgiftsdommen igjennom ordre public likevel må kjennes uvirksom i ethvert tilfelle, vil dette være resultatet – om enn ikke formelt. Det kan derfor sies å ha formodningen mot seg at effektivitetsprinsippet må gis fullt gjennomslag.

Enkelte har tolket fraværet av effektivitetsprinsippet i ECJs konklusjon *antitetisk*.²⁵⁶ En slik tolkning skulle forutsette at ECJ har vurdert spørsmålet og funnet at effektivitetsprinsippet ikke vil legge føringer på eventuelle begrensninger som finnes i nasjonal rett ved anvendelsen av ordre public (så lenge disse ikke diskriminerer EU-retten). I praksis betyr dette at om den nasjonale ordre public-bestemmelsen anses for å inneholde et *kvalifikasjonskrav*, f. eks om at bruddet skal være 'grovt' og/eller 'åpenbart', vil ikke EU-retten stenge for dette.²⁵⁷

Etter min mening er det mest nærliggende å lese avgjørelsen slik at den *ikke endelig avgjør* hvilke føringer effektivitetsprinsippet vil legge på nasjonale domstolars vurdering av voldgiftsavgjørelser i strid med europeisk konkurranserett. Effektivitetsprinsippets føringer må vurderes konkret i forhold til hvilke begrensninger som oppstilles, og hvilket brudd det er tale om. I *Eco Swiss* var ECJ vitterlig ikke bedt om å ta stilling til hvorvidt denne konkrete voldgiftsavgjørelsen skulle settes tilside, og heller ikke hvorvidt *ethvert* brudd må føre til uvirksomhet.²⁵⁸ Domstolen trengte da ikke ta stilling til dette. Av denne grunn kan avgjørelsen heller ikke anses for å avgjøre *hvilke brudd* på europeiske

²⁵⁵ GA Saggio, avsnitt 38. Saggio antar dog at “*a technical instrument is needed to allow effective review of arbitration awards that are contrary to the rules on competition*”.

²⁵⁶ En antitetisk tolkning anføres tilsynelatende av Heitzmann (2007) s. 45, Dempegiotis (2008) s. 391 og Radicati (2010) p. 35-037.

²⁵⁷ Spørsmålet drøftes i utførlig i kapittel 5.

²⁵⁸ Slik også Liebscher (1999) s. 93, Volders (2006) s. 319

konkurranseregler som må føre til uvirksomhet.²⁵⁹ Avgjørelsen gir likevel en viss veiledningen til hvilke vurdering som må foretas.

e) Konkurransereglens 'fundamentalitet'

I sin vurdering av det prinsipielle spørsmålet, viser ECJ til EFT artikkel 3(g) og artikkel 85(2).²⁶⁰ Førstnevnte fastslår ”*a system ensuring that competition in the internal market is not distorted*”, som et av virkemidlene for å nå EUs grunnleggende mål som angitt i EFT artikkel 2. Henvisningen til art. 3(g) synes imidlertid vanskelig å legge føringer på konkurranserettens rekkevidde som grunnlag for å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom, ettersom bestemmelsen inneholder en opplisting av nært sagt alle sider av EUs virksomhet.²⁶¹ Også henvisningen til artikkel 85(2) gir liten veiledning.²⁶² At overtredelser av bestemmelsen fører til ugyldighet, setter den ikke i noen særstilling blant preseptoriske bestemmelser, og sier også lite om hvilke tilfeller hvor avgjørelsen må kjennes uvirksom. På den andre siden er artikkel 101 så vidt vites den eneste bestemmelsen i traktaten som direkte angir en slik virkning. Videre er denne formålsrettede måten å begrunne resultatet på, klassisk for ECJs tolkning av konkurransereglens rekkevidde.²⁶³

Det synes imidlertid klart at ECJ anser konkurransereglene for å ha en sælig 'fundamental' funksjon i opprettholdelsen av det indre markedet.²⁶⁴ Det synes videre klart at avgjørelsen må medføre at nasjonale domstoler som skal vurdere om en voldgiftsavgjørelse skal kjennes uvirksom, må legge betydelig vekt på denne funksjonen. Som uttalt av GA Saggio:

²⁵⁹ Slik også Andersson (2000) s. 446, Baudenbacher (2002) s. 10, Liebscher (1999) s. 90, de Groot (2005) (ved note 12), Landolt (2007) s. 85, Blanke (2009) s. 86 og Blanke (2008) s. 145

²⁶⁰ Nå TFEU art. 3(1)(b) og art. 101(2)

²⁶¹ Jfr. også Magnussen (2000) s. 87, Liebscher (1999) s. 80, Shelkopyas (2003) s.126, Prechal (2004) s. 605 og Landolt (2007) s. 80.

²⁶² Jfr. Shelkopyas (2002) s. 581 og Prechal (2004) s. 605.

²⁶³ Kolstad (2007) s. 144-145

²⁶⁴ Jfr. avsnitt 36

“When the problem arises within national legal orders of balancing potentially conflicting requirements, such as the requirement to observe national procedural rules, on the one hand, and the functioning of a competitive market, on the other, the prime importance accorded to the competition rules in the Community legal order must always be taken into account in seeking that balance.”²⁶⁵

f) Hensynet til voldgiftsdommers effektivitet

På den andre siden synes ECJ også å anerkjenne at hensynet til effektiv voldgiftsbehandling tilsier at nasjonale domstolers kontroll med slike avgjørelser er begrenset, og at tilsidesettelse bare skal være mulig i "*exceptional circumstances*".²⁶⁶ Det er videre interessant at ECJ synes å anta at domstolens konklusjon ikke er uforenlig med New York-konvensjonen.²⁶⁷ Dette, sammen med domstolens henvisning til bestemmelsens 'fundamentalitet', gjør at avgjørelsen etter mitt syn er en bekreftelse på at ECJ som utgangspunkt er villig til å respektere konvensjonen som et system for vurdering av voldgiftsavgjørelser, også i forhold til EU-retten.

g) Konklusjon

Etter dette synes den faktiske rekkevidden av ECJs prejudisielle avgjørelse i *Eco Swiss* å være uklar. Når det gjelder spørsmålet om konkurransereglens rekkevidde som grunnlag for å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom, vil avgjørelsen i mine øyne i alle fall avklare to ting: For det første kan det legges til grunn at brudd på de europeiske konkurransereglene må vurderes etter den nasjonale ordre public-regelen.²⁶⁸ For det andre må det legges til grunn at i alle fall *visse* brudd på artikkel 101 må føre til at voldgiftsdommen kjennes uvirksom.

²⁶⁵ GA Saggio, avsnitt 38.

²⁶⁶ Avsnitt 35. Slik også Radicati (2010) p. 35-037.

²⁶⁷ Avsnitt 38. Slik også Liebscher (1999) s. 86. Motsatt, Blanke (2007) som antar at henvisningen viser at ECJ er uavhengig av NYC (s. 62). Det kan nevnes at det i denne saken var et spørsmål om å kjenne voldgiftsavgjørelsen *ugyldig* (avgjørelsen var avsagt av en voldgiftsdomstol i Nederland). Som nevnt i avsnitt 4.2.1, regulerer ikke New York-konvensjonen disse tilfellene. Strengt tatt er derfor en henvisning til NYK gal. Dette illustrerer imidlertid den nære sammenheng mellom ugyldighetsgrunnene og grunnlagene for nektelse av anerkjennelse og fullbyrdelse, og det er etter min mening ikke grunn til å legge seg opp i dette.

²⁶⁸ Slik også Nazzini (2005) s. 232

Hvilke brudd som må føre til uvirksomhet, synes avgjørelsen ikke å avklare. I samsvar med det som er sagt tidligere, må dette vurderes konkret under ordre public-regelen, og under hensyn til de europeiske konkurransereglens krav på effektivitet. Dersom en voldgiftsavgjørelse som inneholder et brudd på konkurransereglene ikke anses for å være støtende på rettsordenen, og håndhevelsen av den ikke utgjør en uforholdsmessig hindring på håndhevelsen av de europeiske konkurransereglene, synes ikke *Eco Swiss* å være til hinder for håndhevelsen av denne. I den sammenheng kan det også presiseres at heller ikke effektivitetsprinsippet krever at EU-retten får gjennomslag for enhver pris. Dette illustreres også ved at domstolen godtar tidsfristen for ugyldighetssøksmål.

5 Europeisk konkurranserett som ordre public

5.1 Innledning. Rettskilder og metode

a) Problemstillingen/vurderingstema

I kapittel 5 skal det drøftes nærmere i hvilke tilfeller en voldgiftsavgjørelse som er i strid med artikkel 101 må kjennes uvirksom ved en norsk domstol. På bakgrunn av redegjørelsen i forrige kapittel, må spørsmålet undersøkes i to omganger: For det første må det vurderes i hvilke tilfeller håndhevelsen av voldgiftsdommen vil virke ”*støtende på rettsordenen (ordre public)*”, jfr. voldgiftsloven §43/46 annet ledd bokstav b. Dette spørsmålet må vurderes ut ifra norsk rett – i lys av Modelloven og New York-konvensjonen. Ut ifra de konklusjoner som treffes der, må det så vurderes om denne bestemmelsen vil gjøre håndhevelsen av artikkel 101 ’umulig eller uforholdsmessig vanskelig’, jfr. kapittel 4.5. Dette er et rent EU-rettslig spørsmål.

Det kan være grunn til å påpeke at de to problemstillingene gir uttrykk for to alternative innfallsvinkler. Voldgiftslovens ordre public-regel setter grenser for domstolens *kompetanse* til å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom. Effektivitetsprinsippet vil på den andre siden pålegge domstolen en *vurderingsplikt*. Koblingen skjer ved at man undersøker om domstolens kompetanse under ordre public-

regelen gir tilstrekkelig adgang til å oppfylle vurderingsplikten. Er svaret benektende, må domstolen gjøre det likevel. Kompetansen vil da rettslig sett være forankret i lojalitetsplikten og artikkel 101.²⁶⁹

b) Kort om rettskildebildet

I Norge har problemstillingen enda ikke kommet opp for domstolene. *Eco Swiss* er imidlertid kort behandlet i forarbeidene til voldgiftsloven. Utvalget uttaler her at: ”*Det er rimelig å anta at ugyldighet på et slikt grunnlag bare kan gjelde ved grovere brudd på konkurransereglene*”.²⁷⁰ Forarbeidene drøfter ikke nærmere hva som menes med dette, og det er vel grunn til å tro at antagelsen bygger på den tradisjonelle oppfatningen av ordre public som en snever unntaksregel. Det som finnes av norsk juridisk litteratur synes på den andre siden å anta at *Eco Swiss* må medføre at *ethvert brudd* på europeiske konkurranseregler må føre til uvirksomhet.²⁷¹ Dette begrunnes gjerne med at avgjørelsen ikke oppstiller noe kvalifikasjonskrav. Som anført i kapittel 4.6, er jeg ikke enig i at avgjørelsen må forstås på denne måten.

I den svenske voldgiftsloven heter det at voldgiftsdommen må være ”*uppenbart*” uforenelig med den svenske rettsordenen for at avgjørelsen skal kjennes uvirksom.²⁷² Lovens forarbeider antar at dette vil gjelde også ved brudd på europeiske konkurranseregler.²⁷³ I en avgjørelse fra Svea Hovrätt, uttales det også på generelt grunnlag at uvirksomhet med grunnlag i brudd på de europeiske konkurransereglene bare vil være

²⁶⁹ Se nærmere om dette i Hjelmeng (2003) s. 41-43

²⁷⁰ NOU 2001:33 s. 62 med generell tilslutning i Ot.prp.nr 27 (2003-2004) s. 33.

²⁷¹ Jfr. Magnussen (2000) s. 87-88 og s. 94-95, Voldgiftsloven Kommentartutgave (2007) s. 85, Graver (2006) s. 188 og Hjelmeng (2003) s. 201 (dog med forbehold som drøftes i kapittel 5.3). Slik også Ryssdal (2002) som syntes å forklare resultatet i *Eco Swiss* med EU-rettens forrang (s. 680-683). En slik tilnærming løser imidlertid ikke spørsmålet der lovgivning stiller begrensninger på prøvingen, jfr. kapittel 4.5. Berg (2006)[I] syntes ikke å ta stilling til spørsmålet (s. 329-330).

²⁷² Lagen om skiljeförfarande, 1999:166, § 33 nr. 2.

²⁷³ Prop. 1998/99:35 s. 59: ”*det endast i uppenbara fall kunna konstanteras att en skiljedom på grund av kränkning av konkurrensrätten strider mot ordre public*”. Det antas imidlertid at dersom Konkurrensverket eller en domstol har slått fast at adferden er ulovlig, vil dette kunne stille seg annerledes. Merk ellers at uttalelsen er gjort i påvente av ECJs avgjørelse i *Eco Swiss*. Forarbeidene uttaler også at spørsmålet vil kunne bli tatt opp igjen i etterkant av avgjørelsen noe som så vidt vites ikke er gjort.

mulig i 'klare tilfeller'.²⁷⁴ Det er imidlertid uklart hvorvidt dette sikter til et beviskrav (åpenbart at de nødvendige rettsfakta for å konstantere en overtredelse foreligger) eller et kvalifikasjonskrav (de bevis som foreligger viser at bruddet er åpenbart), eventuelt begge deler.²⁷⁵ Litteraturen synes å gå ut ifra at dette er et materielt kvalifikasjonskrav.²⁷⁶

En gjennomgang av rettspraksis fra øvrige europeiske land viser at domstolene har lagt til grunn forskjellige tilnærminger og kriterier for når voldgiftsdommen kan kjennes uvirksom.²⁷⁷ Som eksempel har franske domstoler under henvisning til tidligere rettspraksis omkring ordre public, lagt til grunn at bruddet må være 'åpenbart, effektivt og konkret'.²⁷⁸ Nederlandske domstoler har på den andre siden ansett ethvert brudd som grunnlag for uvirksomhet, og vil foreta en fullstendig og selvstendig konkurranserettslig vurdering.²⁷⁹ I saker hvor voldgiftsretten har foretatt en materiell vurdering av artikkel 101, har domstolene i Tyskland, Belgia og Italia lagt til grunn forskjellige mellomløsninger, hvor dommeren har foretatt en mer eller mindre omfattende gjennomgang av voldgiftsrettens rettsanvendelse. Så vidt vites er imidlertid Nederland det eneste landet som kjent en voldgiftsavgjørelse uvirksom på bakgrunn av brudd på artikkel 101.

Siden *Eco Swiss* har problemstillingen vært gjenstand for omfattende drøftelser i internasjonal juridisk litteratur. Litteraturen er preget av to skoleretninger; maksimalister og minimalister, som fremhever hhv. nødvendigheten av en effektiv domstolskontroll og

²⁷⁴ Dom av 4. mai 2005, Svea Hovrätt, JSC Latvijas Gaze mot Latvia, Saksnr. T 6730-03: "it will probably only be possible in clear cases that the arbitral award is contrary to public policy due to the breach of competition law". Sitert fra *Transnational Dispute Management*, Volum 4 Issue 5, 2007 (s. 38-40).

²⁷⁵ Jfr. Andersson (2000) s. 457.

²⁷⁶ Slik både Andersson (2000) s. 459, note 71, Gustafson 1999) s. 93 og karest Lindskog (2005) som legger til grunn at voldgiftsdommen normalt bør kjennes uvirksom der den "innebär upprätthållandet av ett grövre konkurrensstridigt beteende" (s. 905, i note 35).

²⁷⁷ Sakene behandles mer inngående i den videre drøftelsen.

²⁷⁸ Dom av 18. november 2004, Cour d'appel de Paris, Thalès Air Defence mot Euromissile

²⁷⁹ Dom av 24. mars 2005, Gerechtshof (Court of Appeal) Haag, Marketing Displays International Inc. mot VR Van Raalte Reclame B.V

respekten for voldgiftsavgjørelsers endelighet.²⁸⁰ Litteraturen er også preget av at forfatterne har forskjellig faglig bakgrunn (og dermed utgangspunkt; konkurranserettslig eller voldgiftsrettslig) og forskjellige tradisjoner i de enkelte land på ordre public i alminnelighet. Nyere litteratur viser at de to skolene på flere områder har konverget, men det finnes fortsatt betydelig uenighet.²⁸¹ Inntrykket er likevel at de fleste internasjonale kommentatorer idag legger til grunn en forholdsvis snever adgang for å kjenne en voldgiftsavgjørelse uvirksom på grunnlag av konflikt med artikkel 101. Til tross for den store oppmerksomheten, finnes så vidt vites likevel ingen systematisk redegjørelse for hvilke typer av brudd som vil medføre at voldgiftsavgjørelsen må kjennes uvirksom.²⁸² Mange synes likevel også å anta at bare et kvalifisert brudd vil gjøre at avgjørelsen havner innenfor ordre public.²⁸³ Det er da overraskende at få synes å foreta en særlig utdypende vurdering (om noen) av hvorvidt en slik begrensning vil la seg opprettholde under effektivitetsprinsippet. I likehet med i norsk litteratur, blir slutningene som regel gjort på bakgrunn av *Eco Swiss alene*.²⁸⁴ Dette siste gjelder enn mer for europeiske domstolsavgjørelser.

c) Den videre behandling

De overfor nevnte rettskilder gir grunnlag for å arbeide under en hypotese om at ikke ethvert brudd på artikkel 101 vil kvalifisere til ordre public. Spørsmålet om voldgiftsavgjørelsen skal kjennes uvirksom må da avgjøres konkret. Drøftelsen vil ta

²⁸⁰ Se Blanke (2008) som inneholder en oppstilling av litteratur til støtte for en minimalistisk (note 106) og maksimalistisk tilnærming (note 109).

²⁸¹ Ett område hvor det nå syntes å være betydelig enighet er tilfeller hvor voldgiftsdommen tilkjenner erstatning for brudd på artikkel 101, jfr. kapittel 5.3.

²⁸² Se dog Liebscher (1999) som gir fremsetter forslag til materielle sonderinger.

²⁸³ Jfr. blant annet Komninos (2009) ved note 81 ("*public policy comes into play only with regard to a serious violation of substantive competition law*"); Meidanis (2005) antar at "*a simple disregard*" ikke vil bli ansett som ordre public (s. 109); Radicati (2010): "*only the most serious violations... rise to the level of breaches of public policy*" (p. 35-025).

²⁸⁴ Jfr. dog Andersson (2000), Landolt (2006) spesielt kapittel 7, Landolt (2007) og Mourre (2008) s. 1130-1134.

utgangspunkt i to ulike situasjoner hvor voldgiftsrettens manglende anvendelse av artikkel 101 har ført til feilaktig resultat. I kapittel 5.2 skal jeg undersøke voldgiftsavgjørelser som opprettholder partenes avtale. I kapittel 5.3 behandles så voldgiftsavgjørelser som tilkjenner erstatning for brudd på denne avtalen.

Under disse kategoriene skal det foretas en vurdering av hensyn, relevante sondringer og kriterier. Hvordan kan hensynet til en effektiv håndhevelse av voldgiftsavgjørelser balanseres mot hensynet til en effektiv håndhevelse av artikkel 101? Hvordan kan kriterier som 'grovt', 'åpenbart' og 'effektivt' anvendes på overtredelser av denne bestemmelsen? Og vil slike krav la seg opprettholde under effektivitetsprinsippet?

Det forutsettes i det følgende at voldgiftsretten bare har behandlet tvisten på bakgrunn av partenes lovvalg, og dermed ikke har foretatt en materiell vurdering av artikkel 101. For det andre vil det forutsettes at det ikke foreligger en avgjørelse over partenes avtale fra nasjonale konkurransemyndigheter eller Kommisjonen.

5.2 Voldgiftsdommer som opprettholder en konkurransebegrensende avtale

Den første situasjonen som skal undersøkes, er hvor avgjørelsen *oppretholder* partenes konkurransebegrensende avtale. Med dette menes at voldgiftsdommen enten fastsetter at avtalen er gyldig og forpliktende etter sitt innhold (fastsettelsesdom), eller at voldgiftsdommen pålegger partene å handle i samsvar med denne (fullbyrdelsesdom).

Voldgiftsdommen vil innebære en endelig avgjørelse av rettsforholdet *inter partes*. For det første vil avgjørelsen fastlegge plikter og rettigheter som partene har overfor hverandre. For det andre vil dommen kunne være avgjørende som grunnlag for en erstatningsplikt dersom disse forpliktelsene ikke blir etterlevd. Voldgiftsavgjørelsen vil dermed innebære en rettslig forpliktelse til å handle på en måte som er i strid med artikkel 101. Allerede dette taler klart i retning av at en slik voldgiftsavgjørelsen må kjennes

uvirksom.²⁸⁵ I slike tilfeller vil det også være naturlig å si at bruddet er *effektivt*: voldgiftsavgjørelsens resultat medfører i seg selv en konkurransebegrensende virkning.

Det bør imidlertid presiseres at voldgiftsrettens avgjørelse bare vil avgjøre de *privatrettslige virkningene* mellom partene. Voldgiftsdommen vil dermed ikke kunne frita partene fra forpliktelsen til å overholde artikkel 101 i andre sammenhenger. I praksis betyr dette at avgjørelsen ikke vil verne partene mot søksmål og krav fra tredjemenn, eller offentlig håndhevelse fra nasjonale konkurransemyndigheter eller Kommisjonen. Når det finnes alternative måter å håndheve forbudet på, vil nødvendigheten av å foreta en kontroll av avgjørelsen i forbindelse med et uvirksomhetssøksmål være mindre.²⁸⁶

Det kan innledningsvis være grunn til å spørre om det vil ha noen betydning om voldgiftsdommen er formulert som en '*fastsettelses-*' eller '*fullbyrdelsesdom*'. Vi kan tenke oss i det ene tilfellet dom som fastsetter gyldigheten av en avtale som går ut på at A ikke skal selge sine produkter i Norge, og i det andre tilfelle en dom som pålegger A å ikke selge sine produkter i Norge. Spørsmålet er av naturlige grunner bare aktuelt ved ugyldighetssøksmål, eller krav om anerkjennelse.

Som nevnt tidligere, legger forarbeidene til grunn at voldgiftsavgjørelsen skal vurderes likt, uavhengig av om den vurderes i forbindelse med et ugyldighetssøksmål, tvangfullbyrdelse eller et krav om anerkjennelse.²⁸⁷ Poenget må da være at man ikke skal legge til grunn noen sterkere eller lempeligere prøving om det dreier seg om å fullbyrde en konkurransebegrensende handling, eller man forsøker å få kjent den samme avgjørelsen ugyldig. Den praktiske forskjellen på en fullbyrdelsesdom og en fastsettelsesdom vil være at sistnevnte eventuelt må gjøres gjeldende prejudisielt i et fullbyrdelsessøksmål, hvor partenes avtale vil være det opprinnelige grunnlaget for kravet. Dersom vi da vurderer denne lempeligere enn der voldgiftsavgjørelsen kan tvangfullbyrdes direkte (med den begrunnelse at den 'bare' er en fastsettelsesdom), vil resultatet være at man får en fullbyrdelsesdom fra nasjonale domstoler som kan tvangfullbyrdes uten noen ny prøving av voldgiftsavgjørelsen.

Det vil riktignok gjerne være faktiske forskjeller idet en fastsettelsesdom vil omfatte hele avtalen, men en fullbyrdelsesdom bare gir virkning til en konkret handling. Det vil imidlertid føre for langt å gå inn på dette her, og for enkelthets skyld skal da forutsettes at avtalen ikke går ut på noe annet enn den handling som alternativt kreves tvangfullbyrdes, jfr. eksempelet over. Vi kan da drøfte hvorvidt *konkurransebegrensningen* som 'oppretholdes', vil gjøre at voldgiftsavgjørelsen er strid med ordre public. Heretter sondres derfor ikke mellom '*fastsettelses-*' og '*fullbyrdelsesavgjørelser*'. Spørsmålet om delvis ugyldighet vil derfor heller ikke bli behandlet her.²⁸⁸

²⁸⁵ Jfr. Berg (2006)[I] s. 328, Lindskog (2005) s. 904, Madsen (2009) s. 262 og Prop. 1998/99:35 s. 141.

²⁸⁶ Slik også Lindskog (2005) s. 252, Liebscher (1999) s. 90

²⁸⁷ Jfr. Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s. 75 og NOU 2001:33 s. 98.

²⁸⁸ Dette behandles kort i kapittel 5.3.1.2 under

Rettskildene nevnt i kapittel 5.1 oppstiller et krav om at overtredelsen skal være kvalifisert eller åpenbar. Det må derfor undersøkes om det er mulig å finne gjenklang i artikkel 101 for et slikt krav. Bestemmelsen forbyr avtaler som har til 'formål *eller* virkning' å begrense konkurransen på det europeiske markedet, og det fremgår av EU-domstolens praksis at disse vilkårene er alternative.²⁸⁹ Om distinksjonen mellom formål og virkning har ECJ uttalt at;

"The distinction between 'infringements by object' and 'infringements by effect' arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition".²⁹⁰

På denne bakgrunn synes det å være grunnlag for å følge denne sondringen i det videre.

5.2.1 Avtaler med et konkurransebegrensende formål (*formålskategorien*) og ordre public

5.2.1.1 Kort om formålskategorien

Om en avtale vil anses for å ha til *formål* å begrense konkurransen beror på en tolkning av avtalen. Dette er ikke et spørsmål om partenes subjektive intensjoner, men om avtalen *objektivt sett* fremstår som å ha et konkurransebegrensende formål.²⁹¹ Avtalen skal da vurderes i den økonomiske kontekst hvor den kommer til anvendelse.²⁹² Enkelte avtaletyper vil gjennomgående anses for å ha et konkurransebegrensende formål i strid med

²⁸⁹ Sag C-46/65 Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)

²⁹⁰ Sag C-8/08 T-Mobile m.fl mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, avsnitt 29

²⁹¹ Kolstad (2007) s. 271 og Whish (2009) s. 116. Av Kommisjonens *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty* fremgår det imidlertid at partenes intensjoner vil kunne være et moment i vurderingen (OJ (2004) C101/97, avsnitt 22)

²⁹² Som uttalt av ECJ i *Compagnie Royale*: "it is ... a question of examining the aims pursued by the agreement as such, in the light of the economic context in which the agreement is to be applied" (Forentesaker C-29/83 og C-30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA og Rheinzink GmbH mot Kommisjonen, avsnitt 26). Jfr. Whish (2009) s. 116

artikkel 101(1).²⁹³ Av horisontale avtaler vil dette gjerne være priskarteller²⁹⁴, avtaler om utveksling av prisinformasjon²⁹⁵, markedsdelinger²⁹⁶, begrensninger på produksjon²⁹⁷, begrensninger på salg²⁹⁸ og eksklusivt salgs-²⁹⁹ og anbudssamarbeid.³⁰⁰ Eksempler på vertikale avtaler vil være bindende videresalgspriser³⁰¹ og eksportforbud³⁰². Det antas at formålskategorien i stor grad er sammenfallende med hva Kommisjonen betegner som ”*hardcore restrictions*”.³⁰³

5.2.1.2 Betydningen av konkurransebegrensningens karakter og omfang

Det følger av EU-domstolens praksis at dersom først avtalen anses for å ha et konkurransebegrensende formål, vil det ikke være nødvendig å påvise at avtalen også faktisk har en konkurransebegrensende virkning.³⁰⁴ Slike avtaler vil i rettslig forstand *antas* å ha en negativ virkning på konkurransen.³⁰⁵ I Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av artikkel 101(3) heter det at denne typen restriksjoner;

²⁹³ Eksemplene bygger på Whish (2009) s. 120.

²⁹⁴ Whish (2009) s. 505-113 og Kolstad (2007) s. 377-378. Prissamarbeid er uttrykkelig nevnt i artikkel 101(1) bokstav a.

²⁹⁵ Whish (2009) s. 524. Tilfeller av mer ’ren’ informasjonsutveksling krever imidlertid en analyse av samarbeidets effekt, jfr. eksempelvis Sag C-238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito SL mot Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), avsnitt 48.

²⁹⁶ Whish (2009) s. 513-516 og Kolstad (2007) s.382-383. Markedsdeling er uttrykkelig nevnt i artikkel 101(1) bokstav c.

²⁹⁷ Kolstad (2007) s. 386. Produksjonssamarbeid er uttrykkelig nevnt i artikkel 101(1) bokstav b.

²⁹⁸ Whish (2009) s. 120

²⁹⁹ Whish (2009) s. 595

³⁰⁰ Kolstad (2007) s. 384

³⁰¹ Whish (2009) s. 653-654 og Kolstad (2007) s. 449.

³⁰² Whish (2009) s. 622

³⁰³ “*Restrictions that are black-listed in block exemptions or identified as hardcore restrictions in guidelines and notices are generally considered by the Commission to constitute restrictions by object*” (OJ (2004) C-101/97), avsnitt 23.

³⁰⁴ Sag C-46/65 Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), s. 249.

³⁰⁵ Kolstad (2007) s. 271

“Restrictions of competition by object are those that by their very nature have the potential of restricting competition. These are restrictions which in light of the objectives pursued by the Community competition rules have such a high potential of negative effects on competition that it is unnecessary for the purposes of applying Article 81(1) to demonstrate any actual effects on the market. This presumption is based on the serious nature of the restriction and on experience showing that restrictions of competition by object are likely to produce negative effects on the market and to jeopardise the objectives pursued by the Community competition rules.”³⁰⁶

Faller avtalen i denne kategorien, vil det heller ikke være anledning for partene å føre bevis for at en slik virkning likevel ikke er tilstede.³⁰⁷ Virkningen følger allerede av avtalens karakter.

Karakteristisk for avtaler i formålskategorien, synes å være at disse direkte regulerer det som vil være *utfallet* av konkurranseprosessen. Eksempelvis vil et priskartell fastsette hvilken pris som skal tas på markedet. På samme måte vil en markedsdelingsavtale regulere hvilke tilbydere som skal konkurrere, og har derfor virkninger både for konsumentenes valgmuligheter og prisutviklingen på markedet. Sammenlignet med andre avtaleformer (*cet.par*) vil skadevirkningene på konkurransen derfor gjennomgående være *betydelige*.³⁰⁸ Det synes klart at omfanget på konkurransebegrensningen vil være av betydning på spørsmålet om domstolene bør gripe inn mot en voldgiftsavgjørelse som opprettholder en slik virkning.³⁰⁹

Omfanget av konkurransebegrensningen vil imidlertid være avhengig av en rekke faktiske forhold. For å i det hele tatt falle inn under artikkel 101(1) må avtalen oppfylle minstekravet til merkbarhet.³¹⁰ Om avtalen eksempelvis er inngått mellom to parter med ubetydelige markedsandeler, vil den kunne falle utenfor artikkel 101(1) selv om den ellers

³⁰⁶ OJ (2004) C-101/97, avsnitt 21

³⁰⁷ Whish (2009) s. 117

³⁰⁸ I Kommisjonens *Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements* heter det at; “These restrictions are considered to be the most harmful, because they directly interfere with the outcome of the competitive process”. (OJ (2001) C-3/02, Avsnitt 25)

³⁰⁹ Slik også Landolt (2006) s. 215-216

³¹⁰ Sag T- 17/93 *Matra Hachette SA mot Kommisjonen*, avsnitt 85 og Whish (2009) s. 117. Parter til en slik avtale vil imidlertid ikke kunne påberope seg kommisjonens bagatellkunjøring (OJ (2001) C-368/07, pkt 11), jfr. Kolstad (2007) s. 293.

skulle ha et klart konkurransebegrensende formål. Dersom voldgiftsdommen gir virkning til en avtale som befinner seg i grenseområdet hva angår merkbarhet, vil det være mindre grunn til å anse avgjørelsen i strid med ordre public.

Uavhengig av omfanget, vil konkurransebegrensningen i slike avtaler være forholdsvis enkel å identifisere (i prosessuell forstand). Riktignok må også disse avtaler vurderes i lys av den økonomiske kontekst hvor avtalen har sin virkning, men virkningen vil som regel kunne oppdages ved en kontroll av partenes avtale (sammenholdt med voldgiftsdommens slutning). Det er derfor naturlig å si at konkurransebegrensningen er *åpenbar*. I *European Night Services* uttalte Førsteinstansretten således at avtaler om “*price-fixing, market-sharing or the control of outlets*” var å anse som “*obvious restrictions*”.³¹¹

At formålskategorien er forbeholdt de skadelige tilfellene av konkurranserettsbrudd, fremgår også av Kommisjonens bøtepraksis.³¹² I Retningslinjene for bøteutmåling uttales at;

“Horizontal price-fixing, market-sharing and output-limitation agreements, which are usually secret, are, by their very nature, among the most harmful restrictions of competition. As a matter of policy, they will be heavily fined”.³¹³

Også under de tidligere retningslinjene, ble slike avtaler klassifisert som ”very serious infringements”.³¹⁴ Det heter her at slike overtredelser vil; ”*jeopardize the proper functioning of the single market*”.³¹⁵ Kommisjonen har også regelmessig karakterisert overtredelser i formålskategorien som ”*contrary to the objectives of the Common*

³¹¹ Forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 *European Night Services Ltd (ENS) m.fl mot Kommisjonen*, avsnitt 136

³¹² Jfr. også Graver (2006) s. 60 og Whish (2009) s. 272.

³¹³ OJ (2006) C-210/02, avsnitt 23 (noter utelatt). Ifølge retningslinjene vil også kommisjonen i slike tilfeller vil kunne ilegge en ’tillegg’ i bøtesummen på opptil 25% for slike overtredelser, avsnitt 25.

³¹⁴ OJ (1998) C 9. Her er overtredelser delt inn i; ’minor’, ’serious’ og ’very serious’.

³¹⁵ Det kan i den sammenheng minnes om at ECJ i *Eco Swiss*, begrunnet resultatet nettopp med at artikkel 101 som ”*essential... for the functioning of the internal market*”, avsnitt 36

Market”.³¹⁶ Bøtepraksis viser også at der er formålsovertredelsene som har stått i fokus. Flertallet av kommisjonens avgjørelser hvor bøter er tildelt, faller i denne kategorien.³¹⁷

5.2.1.3 Avtalens øvrige virkninger og muligheten for 'unntak'

Karakteristisk for avtaler som inngår i formålskategorien er også at disse sjelden har andre virkninger enn å begrense konkurransen.³¹⁸ Dette har for det første den betydning at slike avtaler ikke vil kunne godtas under artikkel 101(1) under læren om *tilknyttede og nødvendige begrensninger*.³¹⁹ I slike tilfeller vil nettopp hovedformålet med avtalen være å begrense konkurransen.³²⁰ For det andre vil disse avtaler svært sjelden ha positive virkninger som kan medføre et *individuell unntak* etter artikkel 101(3).³²¹ I *Matra Hachette*³²² uttalte Førsteinstansen riktignok at ingen avtaler *per se* vil være uten mulighet for et slikt unntak, men det er på det rene at dette bare kan tenkes i helt spesielle tilfeller.³²³ Disse avtalene er også gjennomgående holdt utenfor *gruppeunntakene*³²⁴, og partene til slike avtaler vil heller ikke kunne påberope seg Kommisjonens bagatellmeddelelse i forhold til *merkbarhetskravet*.³²⁵ Mangelen på muligheter for å godta slike brudd etter

³¹⁶ Kommissjonsavgjørelse av 5. juli 2000 Nathan-Bricolux, avsnitt 131.

³¹⁷ Geradin (2005) s. 29

³¹⁸ Kolstad (2007) s. 271.

³¹⁹ Jfr. Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ (2004) C-101/97, avsnitt 29. Se nærmere om læren i kapittel 5.2.1.3.

³²⁰ Kolstad (2007) uttaler at: ”Det må være et absolutt krav at hovedformålet ikke er i strid med ... artikkel 53(1) [sml. Art. 101(1)]” (s. 282).

³²¹ Landolt (2006) p. 7-101.

³²² Sag T- 17/93 Matra Hachette SA mot Kommisjonen, avsnitt 85.

³²³ “*Hardcore restrictions of competition only fulfil the conditions of Article 81(3) in exceptional circumstances*” (OJ (2004) C-101/02, avsnitt 18). Jfr. også Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ (2004) C-101/97, avsnitt 46. Whish (2009) nevner et tilfelle hvor kommisjonen gav unntak for en omfattende samarbeidsavtale mellom to flyselskaper (s. 150). I *Tréfilunion* kalte CFI imidlertid slike brudd for ”*infringement per se*” (Sag T-148/89 *Tréfilunion SA* mot kommisjonen, avsnitt 109.)

³²⁴ Jfr. eksempelvis REG nr. 330/10 artikkel 4, nr. 2658/2000 artikkel 5 og No 2659/2000 artikkel 5.

³²⁵ OJ (2001) C-368/07, pkt 11

artikkel 101 tyder på en absolutt holdning til slike avtaler og gir dem derfor et særlig *fundamentalt preg*.

5.2.1.4 Betydningen av partenes forhold og hensynet til en effektiv håndhevelse av voldgiftsavgjørelser

Når avtaler i formålskategorien gjennomgående ikke vil ha noen annen funksjon enn å begrense konkurransen, vil det være grunn til å anta at partene har innført konkurransebegrensningen med viten og vilje. Avtalen fremstår som en *bevisst omgåelse* av konkurransereglene. Det er etter mitt syn fundamentalt at voldgiftsinstituttet, hvor partene utøver stor disposisjonsmessig frihet, ikke skal kunne misbrukes til å gjennomdrive en avtale som partene vet er i strid med konkurransereglene. Selv om det ikke nødvendigvis er sammenfall mellom partenes intensjoner og den konkurranserettslige formålsvurderingen, vil partene under enhver omstendighet kunne bebreides for overtredelsen. Det vil da være lite grunn til å legge vekt på partenes ønske om en rask avklaring av saken og hensynet til en effektiv håndhevelse av voldgiftsavgjørelser. I slike tilfeller vil det også være grunn til å bebreide voldgiftsdomstolen for ikke å ha foretatt noen materiell vurdering av konkurransereglene, enten dette er fordi man legger til grunn partenes lovvalg, eller fordi domstolen anser avtalen for å ikke ha konkurranserettslige implikasjoner. Det synes derfor å være mindre grunn til å la dommen være avgjørende i slike tilfeller. Det er også mulig at man kan sammenligne disse tilfellene med 'klassiske' ordre public-tilfeller som svik, bestikkelser og korrupsjon.³²⁶ Konkurransbegrensningen vil kunne sees på som en korrupsjon av markedet – et skjult forsøk på urettmessig oppnåelse av fordeler på bekostning av andre markedsaktører.³²⁷

³²⁶ Voldgiftsloven kommentarutgave (2007) s. 260

³²⁷ Selv om EU/EØS-konkurranseretten ikke hjemler straffesanksjoner (utenom sivilrettslige bøter), kan visse overtredelser tenkes å rammes av straffelovens bedrageribestemmelse (§ 270), jfr også konkurranselovens § 30, jfr. Graver (2006) s. 82.

5.2.1.5 Konklusjon

Avtaler i formålskategorien synes å stride mot selve kjernen i forbudet mot konkurransebegrensende avtaler. Etter mitt syn taler de beste grunner for at en en voldgiftsdom som opprettholder en slik avtale kjennes uvirksom med grunnlag i ordre public. Jeg antar også at de forhold som er fremhevet her vil medføre at slike avtaler må anses som både et 'grovt' og 'åpenbart' brudd på artikkel 101. Konklusjonen kan imidlertid tenkes annerledes der avtalens konkurransebegrensende virkninger i det konkrete tilfelle grenser mot merkbarhetskravet.

5.2.2 Avtalen har en konkurransebegrensende virkning (effektkategorien) og ordre public

5.2.2.1 Kort om effektkategorien

Når vi beveger oss utenfor formålskategorien blir bildet mer nyansert, og det er nødvendig å ta i betraktning kompleksiteten i artikkel 101. For å identifisere en konkurransebegrensende virkning, vil det nå være nødvendig å foreta en grundig analyse av hvilke virkninger avtalen skaper på markedet.³²⁸ I *Hegelstad* uttaler EFTA-domstolen at:

”Hvorvidt en avtale begrenser konkurransen, og derfor er i strid med artikkel 53(1) EØS, er et rettslig spørsmål som må vurderes på bakgrunn av økonomiske betraktninger”.³²⁹

Vurderingen må foretas på bakgrunn av den faktiske og rettslige kontekst hvor avtalen har sin virkning.³³⁰ Selve analysen skjer i to deler: Først vurderes hva slags begrensning avtalen innebærer *inter partes*, altså hvilke konkurranseparametre som berøres av avtalen. Deretter vurderes hvilken virkning denne kontraktuelle begrensningen har på det relevante

³²⁸ Kolstad (2007) uttaler at; ”For avtaler som skal underlegges en virkningsanalyse, er det ikke mulig å konkludere med hensyn til hvilke virkninger avtaler har i markedet alene på bakgrunn av de kontraktuelle begrensninger på konkurransen mellom partene” (s. 277).

³²⁹ REC 2002 s. 310 Hegelstad, avsnitt 27

³³⁰ Sag C-23/67 Brasserie de Haecht SA mot Consorts Wilkin-Janssen, s. 415.

markedet.³³¹ Markedssituasjonen må da vurderes opp mot en (hypotetisk) markedssituasjon hvor avtalen tenkes borte.³³²

Det skal ikke her gis noen utfyllende beskrivelse av den vurderingen som må foretas. Det skal imidlertid påpekes at disse 'økonomiske betraktningene' som regel vil forutsette en omfattende, kompleks og grundig økonomisk analyse.³³³ Førsteinstansdomstolen har ved flere anledninger underkjent Kommisjonens vedtak med den begrunnelse at ikke alle relevante faktorer er tatt i betraktning.³³⁴ Når forbudet mot konkurransebegrensende virkning gjelder alle former for avtaler, vil virkningen på konkurransen også kunne skje på forskjellige måter. Dette medfører at analysen og de relevante faktorer vil variere. Som eksempler på avtaler som typisk vil *kunne* ha en konkurransebegrensende virkning, kan nevnes produksjonssamarbeid³³⁵, forsknings- og utviklingssamarbeid³³⁶, Informasjonsutveksling³³⁷, avtaler om eksklusiv distribusjon³³⁸ og avtaler om eksklusive kjøps-³³⁹ og mengdeforpliktelser³⁴⁰. Etersom avtalen også skal vurderes i sin *rettslige* kontekst, kan det også være nødvendig å vurdere avtalen som del i et større nettverk av avtaler.³⁴¹

³³¹ Kolstad (2007) s. 277

³³² Whish (2009) s. 124 og Kolstad (2007) s. 275.

³³³ Whish (2009) s. 123 og Kolstad (2007) s. 276 nevner hvert sitt eksempel som illustrerer hvor omfattende analyse som må foretas.

³³⁴ Kolstad (2007) s. 277.

³³⁵ Jfr. Kolstad (2007) s. 389-400 og Whish (2009) s. 588-592. Se særlig eksemplene i OJ (2001) C-3/02, avsnitt 107-110.

³³⁶ Kolstad (2007) s. 401-429 og Whish (2009) s. 581-588

³³⁷ Kolstad (2007) s. 430-438

³³⁸ Jfr. Sag C-46/65 Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.). Whish (2009) s. 628-630 og Kolstad (2007) s. 441-443.

³³⁹ Whish (2009) s. 627-628 og Kolstad (2007) s. 454-486

³⁴⁰ Se eksempelvis SEC/2010/0411 final, avsnitt 129

³⁴¹ Se eksempelvis REC 2002 s. 310 Hegelstad

5.2.2.2 Betydningen av vurderingens omfang og karakter

Vurderingen av om en avtale har en virkning i strid med artikkel 101(1), må altså foretas på bakgrunn av (tidvis) omfattende økonomiske analyser av markedsforholdene. Dersom avtalens konkurransebegrensende virkning skal føre til at voldgiftsavgjørelsen kjennes uvirksom, innebærer dette at en tilsvarende vurdering må foretas ved prøvingen av dommen. Denne virkningen vil ikke kunne oppdages ved en vurdering av voldgiftsavgjørelsen og partenes avtale alene, men vil kreve at domstolen foretar en fullstendig konkurranserettslig analyse. En slik løsning synes uheldig, og hensett til at voldgiftsdommen vil innebære en endelig avgjørelse av *saken*, kan det spørres om ordre public-unntaket i det hele tatt gir rom for en slik omfattende vurdering av de underliggende forhold.

I den såkalte *Thalès*-saken, besvarte Cour d'appel de Paris dette spørsmålet benektende, og fant at det ikke var adgang til en slik analyse under den franske ordre public-bestemmelsen (NCPC artikkel 1502.5).³⁴²

Saken gjaldt en lisensavtale inngått i 1992 mellom selskapene Thalès og Euromissile, hvor sistnevnte ble gitt en eksklusiv rettighet til produksjon og salg av rakettypen VT-1 (med unntak av visse kategorier av ordre). I 1998 fikk Thalès en ordre på VT-1-raketter av det greske militæret, og startet forhandlinger med Euromissile angående produksjonen av disse. Da partene ikke maktet å komme til enighet om prisen, innledet Thalès voldgiftsbehandling i ved ICC i Paris, og krevde at avtalen ble terminert. Voldgiftsdomstolen avsa to avgjørelser som samlet sett avviste Thalès krav og tilkjente Euromissile en erstatning på over € 110 millioner for brudd på avtalen.³⁴³ Forholdet til konkurransereglene ble ikke behandlet av voldgiftsretten. Den 7. november 2002 krevde Thalès den endelige avgjørelsen ugyldiggjort ved Cour d'appel de Paris, med påstand om at avgjørelsen var i strid med ordre public, da avtalen ble hevdet å være ”*in blatant breach*” av artikkel 101.³⁴⁴

Domstolen uttalte at for å ta stilling til påstanden, ville det være nødvendig å gjøre en vurdering av hvorvidt den underliggende avtalen:

”was of such nature as to have negative effects on prices, production, innovation or the diversity and quality of the products offered on the market at hand, which market should also be defined by assessing the nature of the product, the market share of the parties, of buyers on the market, and of

³⁴² Dom av 18. november 2004, Cour d'appel de Paris, Thalès Air Defence mot Euromissile.

³⁴³ Voldgiftsavgjørelser avsagt 5. oktober 2000 og 23. oktober 2002.

³⁴⁴ Ibid.

competitors ... the existence of potential competitors, the level of barriers to newcomers, and whether ancillary restrictions are necessary and proportionate”.³⁴⁵

Under henvisning til voldgiftsavgjørelsens endelige karakter, fremhevet domstolen at det var ”*limits to the possibility to raise a public policy argument in the framework of the control of an award*”.³⁴⁶ Av denne grunn ville det bare være mulig å nekte fullbyrdelse der voldgiftsdommen ”*would violate in an unacceptable way our public policy, such violation having to affect in a manifest manner an essential rule of law or a principle of fundamental importance*”.³⁴⁷ Under henvisning til tidligere praksis, uttalte domstolen at bruddet da måtte være ’åpenbart, effektivt og konkret’ (”*violation flagrant, effective et concrète*”).³⁴⁸ Det er tydelig at domstolen ikke oppfattet bruddet for å ha en slik karakter. Avgjørelsen ble derfor kjent gyldig uten en nærmere vurdering av hvorvidt partenes avtale var i strid med artikkel 101.³⁴⁹ Den såkalte *Thalès-doktrinen* har fått betydelig støtte i internasjonal litteratur.³⁵⁰ I Finland har domstolene visst nok lagt til grunn en tilsvarende tilnærming.³⁵¹

I Nederland har domstolene funnet grunnlag for å foreta en slik vurdering i forbindelse med prøvingen av voldgiftsavgjørelser. I *Marketing Displays*-saken³⁵² foretok Gerechthof i Haag en fullstendig prøving av hvorvidt den underliggende avtalen var i strid med artikkel

³⁴⁵ Sitert av Mourre (2006) s. 176

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ Sitert fra de Groot (2005)

³⁴⁹ Det må presiseres at *Thalès*-saken gjaldt en voldgiftsavgjørelse som utmålte erstatning for brudd på en avtale som senere ble hevdet å være i strid med konkurransereglene, om disse tilfeller, se kapittel 5.3. Den gjaldt derfor ikke en avgjørelse som opprettholdt en pågående kontraktsforpliktelse. Dette syntes imidlertid ikke å være en del av domstolens begrunnelse for å ikke foreta en nærmere vurdering av avtalen.

³⁵⁰ Se bla. Thomasi (2005), Mourre (2006), Radicati (2005), og Bensaude (2005). Kritisk; Blanke (2006).

³⁵¹ Presentasjon av avgjørelse fra Helsinki Court of Appeal, 22. august 2003, Dnro. S 01/007, av advokat Aapo Saarikivi på seminar ‘Arbitration and the not unlimited party autonomy: The impact of competition law and company law’, 13. november 2009, Vækerø.

³⁵² Dom av 24. mars 2005, Gerechthof (Court of Appeal) Haag, *Marketing Displays International Inc. mot VR Van Raalte Reclame B.V.* Gjengitt i van den Berg (2006).

101, herunder om avtalen falt inn under det tidligere gruppeunntaket for teknologioverføringsavtaler (REG.240/96).

Saken gjaldt en lisensavtale mellom amerikanske Marketing Displays (MDI) og nederlandske VR Raalte (Raalte) hvori sistnevnte ble gitt en eksklusiv rett til produksjon og salg av MDIs reklameplakatrammer i Benelux-landene. Avtalen hadde en lovvalgsklausul til fordel for retten i Michigan og USA. Det oppstod konflikt, og MDI innledet voldgiftsbehandling i USA. Voldgiftsdomstolen avsa tre avgjørelser hvor Raalte ble funnet å ha brutt kontrakten, ble dømt til å stanse kontraktsbruddet, samt betale dagbøter på € 5000 frem til avgjørelsen ble etterlevet. Den siste avgjørelsen fastsatte erstatningssummen til USD 160 216. Voldgiftsdomstolen vurderte ikke forholdet til europeisk konkurranserett. Avgjørelsene ble opprettholdt av domstolene i Michigan, før MDI søkte tvangsfullbyrdelse i Nederland.

Da domstolen fant at avtalen ikke var omfattet av gruppeunntaket, ble avgjørelsen nektet tvangsfullbyrdelse.³⁵³ Denne tilnærmingen er fulgt opp i to senere avgjørelser ved nederlandske domstoler.³⁵⁴ Det er interessant at denne absolutte linjen synes å være et direkte resultat av *Eco Swiss*. Ifølge King, har nederlandske domstoler i andre sammenhenger lagt til grunn en svært begrenset prøving under ordre public-unntaket.³⁵⁵

I Tyskland synes situasjonen uavklart. I en avgjørelse av *OLG Düsseldorf* fra 2004, foretok domstolen en fullstendig konkurranserettslig vurdering.³⁵⁶ Saken gjaldt et krav om tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsavgjørelse som tilkjente erstatning for brudd på en avtale om overføring av lisenser og know-how for en spesiell type varmevekslere. Retten fant at den underliggende avtalen hadde en konkurransebegrensende virkning, men mente avtalen falt inn under et tidligere gruppeunntak (REG.556/89). Voldgiftsdommen ble derfor fullbyrdet. I kontrast med denne tilnærmingen, står en avgjørelse av *OLG Thüringer* fra 2007.³⁵⁷ Saken gjaldt her tvangsfullbyrdelse av flere voldgiftsavgjørelser avsagt av en ICC-domstol i Sveits, hvor voldgiftsretten hadde avgjort blant annet gyldigheten av en avtale som begrenset bruken og markedsføringen av lisenser og know-how. Domstolen uttalte at

³⁵³ Se nærmere om gruppeunntak nedenfor. Domstolen foretok ingen vurdering av hvorvidt avtalen kunne gis individuelt unntak etter artikkel 101(3), da Forordning 1/2003 ikke kunne gis retroaktiv kraft.

³⁵⁴ *Sesam mot Betoncentrale* (2002) (satt til side) og *Nederland mot BV Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor* (2007) (oppretholdt), jfr. Blanke (2009) i note 447.

³⁵⁵ King (2008)

³⁵⁶ Gjengitt i van den Berg (2007) s. 315-321

³⁵⁷ Dom av 8. august 2007, *OLG Thüringer*. Gjengitt i *SchiedsVZ* 2008 s. 44flg.

det var tvilsomt hvorvidt det var mulighet for en fullstendig prøving av de konkurranserettslige spørsmål. Retten fant, etter en 'ledig summarisk gjennomgang', at avgjørelsene ikke var i strid med artikkel 101.³⁵⁸

Etter mitt syn er det vanskelig å lese inn i voldgiftslovens § 43/46 en absolutt begrensning på de forhold domstolen kan ta i betraktning, eller hvor omfattende vurderingen vil kunne være. Voldgiftsloven gir domstolene adgang til å undersøke om dommen er i strid med ordre public, og jeg anser det derfor som et spørsmål om hva som materielt sett ligger innenfor dette. Det bør imidlertid tas i betraktning at en slik omfattende undersøkelse vil medføre en betydelig belastning på voldgiftsdommens 'endelighet'. Baudenbacher anfører at; *"such extensive control is inimical to the entire rationale underlying the arbitration procedure... The more extensive the control exercised by the national courts is, the more these advantages are negated"*.³⁵⁹

I forarbeidene til tvisteloven uttaler utvalget, under henvisning til voldgiftslovens forarbeider, at *"Forholdet til EU/EØS-reglene vil ... formentlig kunne tas opp i full bredde"*.³⁶⁰ Utvalget anser en slik løsning som problematisk, men antar tilsynelatende at dette vil være en følge av EU-domstolens avgjørelse i *Eco Swiss*. Ettersom utvalget til voldgiftsloven antar at bare *"grovere brudd"* omfattes av ordre public, er det imidlertid usikkert hvor langt denne formodningen bør rekke.³⁶¹ Gitt at *Eco Swiss* heller ikke må forstås som som at den oppstiller et slikt krav, er det kanskje mulig å tolke forarbeidenes uttalelser dithen at en fullstendig prøving ikke er ønskelig.

Det er videre et poeng at vurderingen vil være vanskelig og usikker. Selv etter en utførlig analyse, vil virkningene på markedet sjeldent la seg kvantifisere særlig presist. Dette vises også ved at ECJ selv er motvillig til å overprøve Kommisjonens vurderinger av

³⁵⁸ *"einer (lediglich) summarisch vergenommenen"* (Ibid.). I begge saker hadde voldgiftsretten foretatt en materiell vurdering av konkurransereglene.

³⁵⁹ Baudenbacher (2002) s. 14

³⁶⁰ NOU 2001:32 A, kapittel 5.4.8 annet avsnitt.

³⁶¹ NOU 2001:33 s. 62

”*complex technical and economic matters*”.³⁶² Det kan også hevdes at en rettsregel som forutsetter en komplisert og grundig økonomisk analyse vanskelig vil kunne betegnes som et ’fundamentalt rettsprinsipp’.

Rent faktisk kan det slås fast at den konkurransebegrensende virkningen utenfor formålskategorien sjeldent vil være ’åpenbar’. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der en slik virkning vil la seg identifisere uten en særlig omfattende vurdering. Dette kan eksempelvis være tilfelle hvor partenes avtale inneholder en svært langvarig eksklusivitetsklausul, og det er klart at det dreier seg om parter med betydelige markedsandeler.

5.2.2.3 Betydningen av konkurransebegrensningens karakter og omfang

Når avtalen ikke har til formål å begrense konkurransen, vil en slik virkning fremstå som en indirekte konsekvens av denne. Virkningen vil her i betydelige grad være avhengig av forhold som ligger utenfor selve avtalen, og i det hele tatt utenfor partenes kontroll. Når man skal vurdere hvorvidt voldgiftsavgjørelsen er i strid med grunnleggende prinsipper i rettsordenen, synes det merkelig om man i to ellers identiske tilfeller skal kjenne kun én av disse uvirksom, fordi det eksempelvis dreier seg om en annen type produkter, eller markedets karakter og konkurrentenes stilling er forskjellig. Når overtredelsen er avhengig av markedsforholdene, innebærer dette også, i alle fall i prinsippet, at overtredelsen i visse tilfeller vil kunne ’komme og gå’, avhengig av endringer i markedsforholdene.³⁶³ Det synes altså å ikke være så mye avtalen i seg selv man reagerer på, men de virkninger som skapes. Dette gjør det vanskelig å anse en voldgiftsdom som opprettholder en slik avtale som støtende mot rettsordenen.

På den andre siden vil voldgiftsavgjørelsen også i slike tilfeller innebære at den konkurransebegrensende virkningen opprettholdes. Sett fra markedets ståsted, vil det være uinteressant hvilken avtale som skaper denne virkningen. Hensynet til de øvrige markedsaktørene taler i ethvert tilfelle for å anse avgjørelsen i strid med ordre public. Vekten av dette hensynet vil imidlertid være avhengig av *omfanget* på

³⁶² Whish (2009) s. 287 med videre henvisninger til rettspraksis.

³⁶³ Det er imidlertid usikkert om en slik endring i forholdene vil ha betydning for avtalens gyldighet etter annet ledd, jfr. Hjelmeng (2003) s. 229-231, Whish (2009) s. 314-315 og Komminos (2007) s. 448-449.

konkurransbegrensningen. For å i det hele tatt være omfattet av artikkel 101, må den virkningen oppfylle kravet til merkbarhet.³⁶⁴ Virkningen må ellers vurderes konkret. Selv om det i alminnelighet vil være grunn til å anta at konkurransbegrensningens omfang (*cet.par*) vil være mindre enn hva gjelder for formålskategorien, er det på det rene at under de 'rette' omstendigheter vil virkningen kunne være betydelig. Dette kunne tale for å anlegge en rent kvantitativ tilnærming.

Artikkel 101 omfatter både horisontale og vertikale avtaler.³⁶⁵ Enkelte har hevdet at denne sontring er anvendelig i en ordre public-vurdering, da det blir antatt at vertikale avtaler gjennomgående vil være mindre problematiske enn horisontale avtaler.³⁶⁶

Umiddelbart synes det også å være større fare for konkurransen der konkurrenter samarbeider, enn der avtalen er inngått mellom ikke-konkurrenter. I det første tilfellet vil avtalepartene nettopp operere på samme marked, og avtalen vil derfor kunne gi et større utslag. Også den kontraktuelle bindingen vil ofte være forskjellig, da horisontale avtaler gjerne karakteriseres ved at begge parter er pålagt en samtidig og gjensidig plikt til å hindre konkurransen.³⁶⁷ I vertikale avtaler vil det som regel bare være den ene partens frihet som bindes opp. EU synes også å legge til grunn en mer liberal holdning til vertikale avtaler, slik det fremgår av det omfattende gruppeunntaket og Kommisjonens bagatellmeddelelse.³⁶⁸ I samfunnsøkonomisk teori har også vertikale avtalers negative virkninger på markedet vært omdiskutert.³⁶⁹

På den andre siden vil også vertikale avtaler kunne ha en betydelig virkning på konkurransen. Videre er grensen mellom horisontale avtaler heller ikke klar i alle tilfeller. En leverandør kan eksempelvis igjennom et nettverk av eksklusive distribusjonsavtaler skape samme virkning som hvor distributørene inngår en horisontal markedsdelingsavtale. Dersom en voldgiftsavgjørelse som opprettholder en konkurransbegrenset virkning først

³⁶⁴ Se kommisjonens bagatellmeddelelse (OJ (2001) C-368/07)

³⁶⁵ Forente saker C-56/66 og C-58/66 Consten & Grundig.

³⁶⁶ Jfr. Liebscher (1999) s. 91 og Radicati (2010) p. 35-062

³⁶⁷ Hjelmeng (2003) s. 269

³⁶⁸ Henholdsvis Forordning No 330/2010 og OJ (2001) C-368/07, punkt 7. Jfr. også Ehlermann (1992) s. 267

³⁶⁹ jfr. Whish (2009) s. 613.

kan anses stridende mot ordre public, anser jeg det for å være liten grunn til å utelukke vertikale avtaler.³⁷⁰ Likevel synes det riktig at slike avtaler gjennomgående vil skape mindre konkurransebegrensninger enn horisontale avtaler.

5.2.2.4 Betydningen av avtalens øvrige virkninger og mulighetene for 'unntak'

Artikkel 101(1) rammer etter sin ordlyd enhver avtale som medfører en eller annen form for begrensning på konkurransen på det indre markedet. I motsetning til avtaler i formålskategorien, har imidlertid avtaler i effektkategorien som regel også andre og ønskelige virkninger utover konkurransebegrensningen. Slike avtaler vil på forskjellige vis kunne være unntatt forbudet i første ledd. Den reelle rekkevidden av artikkel 101 finnes derfor først ved å se forbudet i sammenheng med de ulike begrensninger og unntak.

i) Tilknyttede, nødvendige begrensninger

For det første har ECJ og CFI utviklet en lære om *tilknyttede, nødvendige begrensninger*. Læren innebærer at en konkurransebegrensning mellom partene, ikke alltid vil bli ansett for begrense konkurransen i strid med artikkel 101(1).³⁷¹ Kort oppsummert vil konkurransebegrensningen (og dermed avtalen) godtas der denne er objektivt sett nødvendig og proporsjonal i forhold til avtalens ellers legitime hovedformål.³⁷²

ii) Individuelt unntak etter artikkel 101(3)

Selv når avtalen faller inn under forbudet i art. 101(1), gir bestemmelsens tredje ledd mulighet for et såkalt *individuelt unntak*. Bestemmelsen åpner for at avtaler med en konkurransebegrensende virkning likevel vil kunne godtas, der avtalen også har positive virkninger som kommer markedet til gode. Eksempelvis vil et produksjonssamarbeid gjerne kunne gi forskjellige former for effektivitetsgevinster.³⁷³ Disse gevinstene vil da måtte veies mot den konkurransebegrensningen som avtalen medfører. Et unntak etter tredje ledd forutsetter imidlertid at forbrukerne sikres en 'rimelig andel' av denne gevinsten, at partene ikke ved avtalen gis mulighet til å 'utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder', samt at konkurransebegrensningen anses 'nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinsten'.

³⁷⁰ Slik også Landolt (2006) p. 7-107

³⁷¹ Kolstad (2007) s. 278.

³⁷² Jfr. Kolstad (2007) s. 279 og 281. Se eksempelvis ECJs avgjørelse i *Société Technique Minière, der en avtale som gav distributøren eksklusiv rett til selge leverandørens varer på et gitt område, ikke begrenset konkurransen i strid med artikkel 101(1) der eksklusiviteten var "really necessary for the penetration of a new area by an undertaking"* (Sag C-46/65 Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), s. 250). Jfr. Whish (2009) s. 629 og Kolstad (2007) s. 278.

³⁷³ Kolstad (2007) s. 397

Vilkårene er kumulative³⁷⁴, og bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt ligger på den parten som ønsker å forsvare avtalen.³⁷⁵

iii) *Gruppeunntak*

Kommisjonen og Europarådet har videre gitt en rekke *gruppeunntak*.³⁷⁶ Avtaler som omfattes av disse vil være lovlige uten en nærmere vurdering av avtalens virkninger og eventuelle unntak etter tredje ledd. Som eksempel er avtaler om eksklusiv kjøpsforpliktelse unntatt der partene har en samlet andel på det relevante markedet på mindre enn 30%, og eksklusiviteten er gitt for ikke mer enn fem år.³⁷⁷

Det har blitt anført at de mange muligheter for 'unntak' vil medføre at forbudet mot avtaler med konkurransebegrensende virkning ikke kan anses som et fundamentalt prinsipp, og derfor ikke vil være omfattet av ordre public.³⁷⁸ Prechal uttaler at:

“The values protected by EC competition rules are often sacrificed for the sake of achievement of other goals. Thus, at least on this basis, it can be asserted that [if] fundamentality is understood as an unyielding core of principles unsusceptible to compromise, competition law is not infused with such a fundamentality *a priori* and therefore cannot claim its place within the scope of public policy as an exception”.³⁷⁹

Ser man nærmere på hvilke grunner som vil kunne medføre at partenes avtale faller utenfor forbudet, er det likevel ikke så klart at hensynene bak konkurransereglene blir 'ofret'. Som anført av Kolstad, er det et fellestrekk ved EU-domstolens avgjørelser som fritar avtalen under læren om tilknyttede og nødvendige begrensninger, at avtalens hovedformål i seg selv ”*bidro til markedenes videre utvikling og funksjon*”.³⁸⁰ Det synes derfor heller å være

³⁷⁴ Kolstad (2007) s. 294 med videre henvisninger i note 776.

³⁷⁵ Whish (2009) s. 149

³⁷⁶ For oversikt over gjeldende gruppeunntak:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

³⁷⁷ Jfr Forordning No 330/2010 artikkel 1 bokstav d), artikkel 3 nr. 1 og 5 bokstav a).

³⁷⁸ Jfr. Liebscher (1999) s.

³⁷⁹ Prechal (2004) s. 606. Det bør presiseres at Prechal ikke syntes å mene at europeisk konkurranserett ikke i det hele vil være ordre public, men at ordre public må anses som en unntaksregel og ikke et sett med faste rettsregler.

³⁸⁰ Kolstad (2007) s. 279-280.

snakk om en formålsrettet tolkning av forbudet, enn et reelt unntak.³⁸¹ I forhold til de individuelle unntakene etter artikkel 101(3) ser man allerede av vilkårene at det dreier seg om effektivitetsgevinster som også markedet vil nyte godt av. Unntaksregelen synes også å være mer en følge av den retts tekniske løsningen som er valgt, ved at det oppstilles et nærmest altomfattende forbud som hovedregel. I begge tilfeller synes uansett ikke disse ”*other goals*”, å være formål som ligger utenfor de konkurransereglene selv skal ivareta.³⁸²

På den andre siden synes det riktig at en totalvurdering av avtalens positive og negative virkninger ikke minner særlig om et fundamentalt prinsipp. Kanskje enda mer enn virkningsanalysen, hvor vurderingen er forholdsvis fast, kan unntakene sies å være åpne og uklare.³⁸³ Det er også klart at rettsanvenderen ved vurderingen av om tredje ledd skal komme til anvendelse, har stor diskresjon.³⁸⁴ Kolstad anfører i den sammenheng at ”*I vurderingen av om de positive virkningene av en avtale oppveier de negative, vil det være rom for skjønn hos rettsanvendere, der det sjeldent lar seg gjøre å fastslå ulike virkninger av en avtale helt nøyaktig*”.³⁸⁵ Det kan derfor kanskje hevdes at i de tilfeller hvor unntak vil være aktuelt, bør voldgiftsdommen ikke anses for å være i strid med ordre public.

5.2.2.5 Betydningen av partenes forhold og hensynet til en effektiv håndhevelse av voldgiftsavgjørelser

I motsetning til avtaler i formålskategorien, synes det her ikke å være grunn til å anta at partene har hatt til intensjon å begrense konkurransen. Når partene tar i bruk sin rett til å henvise saken til voldgiftsbehandling, har dermed intensjonen heller ikke vært å benytte

³⁸¹ Jfr. dog ECJs avgjørelse i *Wouters*, hvor domstolen godkjente en regel fastsatt av den nederlandske advokatforeningen som forbød advokater å drive virksomhet i partnerskap med utøvere av andre typer liberale erverv. Selv om ordningen ble ansett for å begrense konkurransen, ble den ansett som nødvendig for å ivareta hensynet til at advokatvirksomhet utøves forsvarlig. Dommen fremstår dog som en enslig svale, jfr. Kolstad (2007) s. 284 og Whish (2009) s. 126.

³⁸² Jfr. også kapittel 3.1 om konkurransereglenes formål og funksjon.

³⁸³ jfr. Liebscher (1999) s. 92

³⁸⁴ Slik også påpekt av Liebscher (1999) s. 92

³⁸⁵ Kolstad (2007) s. 295, jfr. også Whish (2009) s. 160

voldgift som et instrument for å sikre at konkurransereglene ikke vil bli tatt i betraktning.³⁸⁶ Partene vil derfor i disse tilfeller kunne sies å ha en berettiget forventning om at voldgiftsavgjørelsen vil bli respektert og håndhevet.

I den sammenheng vil det ha stor betydning for partene at en omfattende analyse vil være nødvendig for å identifisere avtalens konkurransebegrensende virkning. Hensynet til partene som ønsket en rask og effektiv løsning på tvisten vil dermed være tilsidesatt, allerede før man overhodet vet om avtalen har en konkurransebegrensende virkning. Dette vil gjelde selv om det oppstilles en kvantitativt kvalifikasjon, slik at eksempelvis bare 'betydelige' konkurransebegrensninger kan medføre uvirksomhet. Partene vil også i praksis bli pålagt en omfattende bevisføringsplikt, noe som kan sies å være i konflikt med New York-konvensjonens ordning hvor den som krever fullbyrdelse bare trenger å forelegge en attestert kopi av voldgiftsavgjørelsen.³⁸⁷ Det bør videre tillegges vekt at om det i ethvert tilfelle må foretas en fullstendig prøving, vil partene med større eller mindre grunnlag kunne anføre konflikt med konkurransereglene for å dra saken igjennom flere rettsinstanser og forsinke dommens virkninger, noe som nettopp ofte vil være hensikten å unngå ved å henføre saken til voldgiftsbehandling. Å anse ethvert brudd på artikkel 101 som omfattet av ordre public, vil også være problematisk for partenes forberedelse, da partene ofte med vanskelighet vil kunne vite på forhånd om voldgiftsavgjørelsen har konkurranserettslige virkninger. Voldgiftslovens forarbeider fremhever at:

”Partene har behov for å kunne forutse i hvilke tilfeller en voldgiftsavgjørelse risikerer å bli satt til side... På den andre siden må ikke en uttømmende oppregning medføre at tilfeller som åpenbart burde være omfattet, faller utenfor”.³⁸⁸

På den andre siden vil de konkurranserettslige problemstillinger i tilfellene som behandles her ikke være berørt av voldgiftsretten, og det vil således ikke være snakk om en dobbeltbehandling. En fullstendig konkurranserettslig vurdering synes imidlertid likevel

³⁸⁶ Slik også Landolt (2006) p. 7-103

³⁸⁷ Jfr. Voldgiftslovens § 45 annet ledd, ML art. 35 (2) og NYK art. IV.

³⁸⁸ NOU 2001:33 s. 100 og Ot.prp (2003-2004) s. 75

ikke å være ønskelig i forbindelse med en vurdering av voldgiftsavgjørelsen, også fordi denne avgjørelsen ikke vil ha rettsvirkninger for spørsmålet om *avtalens* gyldighet.

5.2.2.6 Konklusjon

Etter mitt syn er det flere forhold ved effektkategorien som vil kunne gjøre det vanskelig å anse en voldgiftsdom som opprettholder en slik avtale som 'støtende mot rettsordenen'. Jeg mener likevel at der voldgiftsretten opprettholder en avtale som 'åpenbart' er i strid med artikkel 101, bør denne kjennes uvirksom. Jeg legger da vekt på at å pålegge en part å handle i strid med lovgivningen synes å "*stå i sterk motstrid til vår etiske og sosiale oppfatning*".³⁸⁹ Også hensynet til konkurranseprosessen og det indre markedet taler for en slik løsning. Det synes imidlertid ikke å være noen etisk forpliktelse for nasjonale domstoler til å foreta en fullstendig konkurranserettslig vurdering for å sikre at dette ikke skjer.

Med 'åpenbart' mener jeg da at samtlige vilkår for overtredelse kan anses oppfylt allerede ved en overfladisk vurdering. Jeg antar også at domstolen i visse tilfeller vil ha adgang til å gå noe grundigere vil verks, der den allerede etter en slik vurdering fatter en sterk mistanke for at voldgiftsavgjørelsen er i strid med artikkel 101. Domstolen bør imidlertid ikke foreta noen fullstendig konkurranserettslig vurdering. I praksis antar jeg at dette også vil innebære at bruddet til en viss grad må være åpenbart i materiell forstand. Når voldgiftsavgjørelsen er 'åpenbart' i strid med artikkel 101, vil det også være mindre grunn til å legge vekt på hensynet til partene, da disse ikke vil ha noen berettiget forventning om at voldgiftsavgjørelsen blir stående, eller med vanskelighet kunne forutberegne sin rettsstilling. Løsningen har også støtte i svenske og franske rettskilder, samt internasjonal juridisk teori.

Jeg legger også til at jeg anser det problematisk å operere (utelukkende) med et krav om at bruddet skal være 'grovt'. En slik tilnærming vil i stor grad måtte være basert på en kvantitativ vurdering som vil måtte være svært omfattende. Samtidig vil et slikt krav innebære at åpenbare overtredelser i visse tilfeller vil kunne stå seg.

³⁸⁹ Jfr. Berg (2006)[I] s. 328, Lindskog (2005) s. 904, Madsen (2009) s. 262 og Prop. 1998/99:35 s. 141. Sitat fra Rt. 1996 s. 1288 s. 1291.

5.2.3 EU-rettslige føringer: Effektivitetsprinsippets rekkevidde

Overfor er det antatt at ordre public-regelen vil medføre at en voldgiftsavgjørelse bare vil kjennes uvirksom dersom den opprettholder en avtale som er 'åpenbart' i strid med artikkel 101, og videre at regelen i de fleste tilfeller vil utelukke en prøving av voldgiftsavgjørelsens konkurransebegrensende virkninger. Det må derfor undersøkes om en slik begrensning er i samsvar med EU-rettens krav til en effektiv håndhevelse av artikkel 101. Mens franske domstoler har besvart dette bekreftende og dratt full nytte av den prosessuelle autonomi³⁹⁰, har nederlandske domstoler ansett EU-retten for å kreve en fullstendig prøving.³⁹¹ Som anført i kapittel 4.6 anser jeg spørsmålet for ikke å være løst ved *Eco Swiss*, og domstolens uttalelser gir ellers et blandet bilde. Den rettslige problemstillingen vil være om slike kvalifikasjonskrav vil gjøre håndhevelsen av artikkel 101 'umulig eller uforholdsmessig vanskelig', jfr. kapittel 4.5.4.³⁹² Svaret vil bero på en vurdering av om begrensningen kan rettferdiggjøres ut ifra de hensyn som begrensningen skal ivareta.

EU-rettens krav er formulert som en forpliktelse på den nasjonale domstolen. Denne forpliktelsen vil som utgangspunkt gjelde uavhengig av hvorvidt et brudd på konkurransereglene etter en nasjonal vurdering anses som 'åpenbart' eller ikke. Dette betyr at svaret som utgangspunkt ikke vil bero på en materiell vurdering av konkurransereglene, men heller en vurdering av hvor langt domstolen må strekke seg for å sikre at voldgiftsdommen er i samsvar med artikkel 101.

Rekkevidden av effektivitetsprinsippet ved håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser har heller ikke senere vært til prøving for ECJ. Vi kan imidlertid finne veiledning i EU-domstolens avgjørelser om nasjonale domstolers forpliktelser i forbindelse med overprøving av

³⁹⁰ I *Thalés* sies uttrykkelig at ECJ ikke har lagt føringer på omfanget av den nasjonale kontrollen med voldgiftsavgjørelser, jfr. Radicati (2005) avsnitt 4. Domstolen viser ikke uttrykkelig til *Eco Swiss*, men henvisningen må likevel være klar.

³⁹¹ King (2008)

³⁹² Her behandles også kravet til foreleggelsesadgang etter TEU artikkel 267, jfr. kapittel. 4.5.5.

nasjonale avgjørelser, jfr. *Van Schijndel* og *Peterbroeck* som nevnt kapittel 4.5. Det antas at et tilsvarende resonnement kan legges til grunn for domstolsprøving av voldgiftsavgjørelser.³⁹³ Vurderingen må imidlertid gjøres under hensyn til at det er en voldgiftsdom som overprøves.³⁹⁴

Innledningsvis bør nevnes ECJs avgjørelser i *Almelo* og *Móvil*. I *Almelo*³⁹⁵ ble ECJ forelagt spørsmålet om en voldgiftsavgjørelse som blir *anket* inn for nasjonale domstoler, vil være forpliktet til å *anvende* (blant annet) artikkel 101, til tross for at partenes voldgiftsavgjørelse foreskriver at saken skal avgjøres etter '*what appears fair and reasonable*'.³⁹⁶ ECJ svarte spørsmålet bekreftende. Til forskjell fra de tilfeller som behandles i avhandlingen, gjaldt imidlertid saken en *anke* og domstolens prøvingsmuligheter var ikke begrenset i lovgivningen. Saken legger derfor etter min mening ikke føringer på spørsmålet som behandles her. I *Móvil*³⁹⁷ fant ECJ at en voldgiftsavgjørelse kan kjennes uvirksom på bakgrunn av urimelige avtalevilkår for forbrukere.³⁹⁸ Avgjørelsen er bygget opp på samme lest som *Eco Swiss*, og bidrar etter mitt syn ikke til avklaring av hvorvidt det kan oppstilles en begrensning i prøvingen på konkurranseretts område.³⁹⁹ Se også om ECJs avgjørelse i *Evans*⁴⁰⁰ nedenfor.

5.2.3.1 Kravet om foreleggelsesadgang etter TFEU art. 267

I kapittel 4.5.5 er det anført at nasjonale prosessregler ikke kan avskjære adgangen til å forelegge tolkningsspørsmål for EU-domstolen etter TFEU artikkel 267.

Foreleggelsesprosedyren ivaretar både fellesskapets interesse i enhetlig tolkning, og partenes og samfunnets interesser i at EU-rettighetene blir håndhevet.⁴⁰¹ Dette kravet var sentralt fremme i *Eco Swiss*, som i stor grad er basert på EU-domstolens tidligere avgjørelse i *Nordsee*.⁴⁰² I sistnevnte sak fant ECJ at en voldgiftsdomstol ikke kunne anses

³⁹³ Jfr. Baudenbacher (2002) s. 11

³⁹⁴ Jfr. Forslag til avgjørelse i Sag C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout og Cie SCS mot Belgia* av Generaladvokat Jacobs, avsnitt 39.

³⁹⁵ Sag C-393/92 *Municipality of Almelo og andre mot NV Energiebedrijf Ijsselmij*.

³⁹⁶ Sml. Voldgiftslovens § 31 tredje ledd.

³⁹⁷ Sag C-168/05 *Elisa María Mostanza Claro mot Centro Móvil Milenium SL*

³⁹⁸ Sml. Avtalelovens § 37.

³⁹⁹ Om avgjørelsen se Landolt (2007) s. 77 flg.

⁴⁰⁰ Sag C-63/01 *Samuel Sidney Evans mot Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and Motors Insurers' Bureau*

⁴⁰¹ Prechal (1998) s. 694 og Fredriksen (2008) s. 335 med videre henvisning i note 193.

⁴⁰² Sak C-102/81 *Nordsee mot Reederei Mond mfl.*

som en ”*court or tribunal of a Member State*” under TFEU artikkel 267. Voldgiftsretten ville derfor ikke ha adgang til å forelegge tolknings spørsmål for EU-domstolen.⁴⁰³ I *Eco Swiss*, uttaler domstolen i et *obiter dictum* at:

“it should be recalled that, as explained in paragraph 34 above, arbitrators, unlike national courts and tribunals, are not in a position to request this Court to give a preliminary ruling on questions of interpretation of Community law. However, it is manifestly in the interest of the Community legal order that, in order to forestall differences of interpretation, every Community provision should be given a uniform interpretation, irrespective of the circumstances in which it is to be applied ... It follows that, in the circumstances of the present case, unlike *Van Schijndel* and *Van Veen*, Community law requires that questions concerning the interpretation of the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty should be open to examination by national courts when asked to determine the validity of an arbitration award and that it should be possible for those questions to be referred, if necessary, to the Court of Justice for a preliminary ruling”.⁴⁰⁴

Lest isolert, synes ECJ her å oppstille et krav om at den nasjonale domstolen vil være forpliktet til å foreta en fullstendig prøving av artikkel 101 i ugyldighetssøksmålet. Dette er begrunnet i voldgiftsrettens manglende foreleggelsesadgang, og hensynet til en enhetlig tolkning av EU-retten. Et lignende resonnement er lagt til grunn i *Peterbroeck*. ECJ satt her tilside en 60-dagers tidsfrist for å anføre nye påstandsgrunnlag for ankeinstansen.⁴⁰⁵ Som en av grunnene for dette, viste domstolen til at ankedomstolen var den første instans som hadde adgang til å forelegge tolknings spørsmål for ECJ.⁴⁰⁶ Saken var her i første instans avgjort av et forvaltningsorgan. I *Van Schijndel*, hvor den nasjonale passivitetsregelen ble opprettholdt, hadde de to første instansene hatt en slik adgang.⁴⁰⁷ ECJ synes altså å ha oppstilt et krav om at EU-retten skal kunne prøves minst én gang for en domstol med foreleggelsesadgang.

⁴⁰³ Tidligere EFT art. 177/234. Det er alminnelig antatt at tilsvarende gjelder for foreleggelsesadgangen i ODA art. 34, jfr. Berg (2006) II s. 6 jfr. note 12 med videre henvisninger og Baudenbacher i Ehlermann (2003) s. 354.

⁴⁰⁴ *Eco Swiss*, avsnitt 40

⁴⁰⁵ Sag C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout og Cie SCS mot Belgia*.

⁴⁰⁶ *Ibid.* Avsnitt 17.

⁴⁰⁷ Sag C-430/93 og C-431/93 (forente saker) *Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*

Etter både *Eco Swiss* og *Nordsee*, er det imidlertid uklart hvilket *omfang* av prøving som kreves. I begge saker legger domstolen uttrykkelig til grunn at kontrollen med voldgiftsavgjørelser kan være ”*more or less extensive depending on the circumstances*”, og at prøvingen skal skje under ”*the relevant national legislation*”.⁴⁰⁸ Hva gjelder *Peterbroeck*, fremstår domstolens resultat som en følge av en flere ”*special features of the procedure in question*”.⁴⁰⁹ Tridimas uttaler i den sammenheng at det er *Van Schijndel* som ”*lays down the general principle and Peterbroeck should be read on its facts*”.⁴¹⁰ Det synes derfor uklart hvor langt kravet om foreleggelsesadgang vil rekke.

På den ene siden vil ordre public-regelen ikke innebære at foreleggelsesadgangen vil være *avskåret*. Når domstolen vil kunne prøve hvorvidt avgjørelsen er ’åpenbart’ i strid med artikkel 101, vil en tolkningshenvendelse kunne skje innenfor disse rammene. På den andre siden kan det hevdes at en slik regel i praksis vil kunne innebære at ingen tolkningsspørsmål blir fremmet, ettersom det bare vil være de klare tilfellene som vil gi grunnlag for uvirksomhet.⁴¹¹ Det vil da sjeldent være nødvendig med en henvendelse til EU-domstolen. Videre vil ECJ heller ikke kunne være behjelpelig med tolkningen av hva som skal anses for å være ’åpenbart’, idet dette vil være nasjonale kriterier og EU-domstolens myndighet begrenser seg til tolkning av EU-retten.⁴¹² Det kan derfor hevdes at foreleggelsesadgangen vil bli illusorisk.

For at resonnementet i *Eco Swiss* og *Nordsee* skal fungere, må prøvingen være forholdsvis omfattende.⁴¹³ Fra et effektivitetsperspektiv, er det imidlertid vanskelig å se hvorfor muligheten for en henvendelse til ECJ i tidligere instanser skal være avgjørende for

⁴⁰⁸ *Eco Swiss*, avsnitt 32 og *Nordsee*, avsnitt 14

⁴⁰⁹ *Peterbroeck*, Avsnitt 13

⁴¹⁰ Tridimas (2006) s. 462. Jfr. også Craig/de Búrca (1998) s. 235.

⁴¹¹ Andersson (2000) s. 459. Jfr. også Prechal (1998) s. 696.

⁴¹² Motsatt, Radicati (2004) s. 29-30 som syntes å anta at ECJ selv kan ta stilling til hvorvidt avgjørelsen er i strid med ordre public. En løsning skulle imidlertid forutsette at det finnes en ’ekte’ EU-rettslig ordre public, jfr. kapittel 4.5.1 if. Dette vil imidlertid være løsningen under Brussel I, jfr. kapittel 5.2.3.4.

⁴¹³ Jfr. Baudenbacher (2002) s. 13 og Prechal (1998); ”*The control must also be an effective one. Otherwise Article 177 would be deprived of its substance*” (s. 696).

den senere prøvingen.⁴¹⁴ Den reelle årsaken til at konkurransereglene ikke ble trukket inn i disse sakene, er partenes unnlattelse av å gjøre dette.⁴¹⁵ En foreleggelsesadgang vil i seg selv ikke gjøre det enklere for verken partene eller voldgiftsretten å ta opp disse spørsmålene.

Det er interessant at Eco Swiss heller ikke begrunner kravet om foreleggelsesadgang med effektivitetshensyn, men med hensynet til en enhetlig tolkning av EU-retten. Umiddelbart synes det også klart at en 'full' prøvingsforpliktelse, kombinert med foreleggelsesadgang, vil kunne bidra til dette formålet. Det kan likevel være grunn til å spørre hvilken rolle en foreleggelsesadgang vil ha i forbindelse med et uvirksomhetssøksmål over voldgiftsavgjørelser. I en slik sak vil domstolen under enhver omstendighet ikke ha anledning til å 'anvende' artikkel 101 på selve avtalen.⁴¹⁶ Prøvingen vil være begrenset til voldgiftsavgjørelsen som sådan, og hvorvidt denne skal kjennes uvirksom eller ikke.⁴¹⁷ Selv i et ugyldighetssøksmål, vil et bekræftende svar ikke føre til mer enn at avgjørelsen faller bort. Avtalen vil imidlertid (igjen) leve i usikkerhet, slik at saken som utgangspunkt vil måtte gå tilbake til voldgiftsdomstolen for ny prøving.⁴¹⁸ Det kan også innvendes mot resonnetet at selv om en regel skal tolkes uniformt, vil ikke dette nødvendigvis tilsi at den skal kunne komme til anvendelse i ethvert tilfelle. Som også erkjent av GA Reischl i *Nordsee*:

"[i]f a failure to apply substantive national law is thus tolerated in arbitration awards – in other words, if the absence of precautions to ensure the uniform correct application of the law was not considered to jeopardize the proper evolution of law, then ... there is scarcely any justification for considering that more stringent requirements were necessary with regard to Community law".⁴¹⁹

⁴¹⁴ Se GA Jacobs i forslag til avgjørelse i både Van Schijndel (avsnitt 46) og Peterbroeck (avsnitt 44-45). Hva gjelder Peterbroeck må det nevnes at GA Jacobs i motsetning til domstolen fant at den belgiske tidsfristen ikke var i strid med effektivitetsprinsippet. Se i denne sammenheng også Andersson (1997) s. 282 som fremhever artikkel 267s begrensninger som 'gjennomføringsmekanisme'.

⁴¹⁵ Jfr. Baudenbacher (2002) s. 12, Kominos (2000) s. 469 og Tridimas (2006) s. 462.

⁴¹⁶ Shelkopyas (2003) s. 387.

⁴¹⁷ Jfr. Shelkopyas (2002) s. 586.

⁴¹⁸ Jfr. Voldgiftslovens § 44 tredje ledd.

⁴¹⁹ Sitert fra Shelkopyas (2002) s. 589

Dette illustreres også ved at domstolen i *Eco Swiss* godtar den nasjonale tidsfristen for ugyldighetssøksmål. Til slutt må det også erkjennes at så lenge EU-rettens håndhevelse er avhengig av nasjonal prosessrett, vil et visst avvik mellom medlemsstatenes rettsanvendelse være uunngåelig.⁴²⁰ Som anført av GA Jacobs i *Van Schijndel*:

”A degree of disparity in the application of Community law is however inevitable in the absence of harmonized rules on remedies, procedure and time-limits... In the absence of harmonized rules, the sole requirement can be that national remedies and procedural rules provide adequate legal protection”.⁴²¹

I voldgiftslovens § 30 annet ledd gis voldgiftsdomstolen adgang til å be en det ordinære domstolsapparatet om å forelegge et tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen. Så fremt partene ikke har avtalt noe annet, kan en slik henvendelse gjøres etter begjæring fra én av partene, eller av domstolen på eget initiativ. I bestemmelsens annet punktum, heter det at domstolene i disse tilfeller kan ”*oppfordre*” EFTA-domstolen til å gi rådgivende uttalelse. I forarbeidene erkjennes likevel at EFTA-domstolen neppe vil ha noen plikt til å etterkomme en slik oppfordring. Både utvalget og departementet gir imidlertid uttrykk for at EFTA-domstolen vil kunne se det behovet som foreligger, og derfor likevel besvare henvendelsen.⁴²² En slik foreleggelsesordning har visst nok ingen direkte paralleller i annen lovgivning, og heller ikke Modelloven.⁴²³ Regelen har også vært kritisert i teorien.⁴²⁴

⁴²⁰ Jfr. Van Gerven (2000) s. 505.

⁴²¹ Avsnitt 45

⁴²² NOU 2001:33 s. 133-134 og Ot.prp.nr. 27 (2007-2008) s. 63.

⁴²³ Jfr. Voldgiftsloven Kommentirutgave (2007) s. 190. Liebscher (2000) hevder imidlertid at en slik mulighet kan tolkes inn i flere nasjonale voldgiftslovgivninger (s. 85-86). Også Komninos (2003) syntes å mene at blant annet den engelske Arbitration Act of 1996 Section 45 er egnet til å tilrettelegge for en slik indirekte foreleggelsesadgang (s. 374-377 med videre henvisninger.) Komninos konkluderer videre med at artikkel 267 ikke vil være til hinder for en slik adgang (s. 379). Det kan også nevnes at UNCITRALs modellov på den andre siden legger opp til å ekskludere dialog mellom voldgiftsdomstoler og nasjonale domstoler jfr. artikkel 5.

⁴²⁴ Berg (2006) [II] s. 3, med svar fra Fredriksen (2006) s. 177-182.

Spørsmålet blir hvilken vekt en slik indirekte og fakultativ foreleggelsesadgang kan tillegges når norske domstolens forpliktelse til å prøve voldgiftsavgjørelser skal fastlegges. Så vidt vites foreligger det enda ikke praksis fra bestemmelsen. Før man vet om en slik henvendelse overhodet vil bli besvart av EFTA-domstolen, synes det vanskelig å gi noe klart svar på hvilken betydning adgangen vil ha.⁴²⁵ Blir slike henvendelser først besvart, kan det imidlertid hevdes at en slik adgang vil kunne 'løse' mange av de problemene som ECJ fremhever i *Eco Swiss*. At foreleggelsesadgangen er indirekte, anser jeg for å ha mindre betydning. ECJs avgjørelse i *Nordsee* synes selv å åpne for en slik mulighet.⁴²⁶ Ut i fra rettsbeskyttelsesbetraktninger synes det heller ikke å være av betydning at adgangen er fakultativ. I forhold til fellesskapets interesse i en uniform tolkning og effektiv håndhevelse av artikkel 101, vil det kunne være av betydning at en tolkningshenvendelse til EFTA-domstolen uansett vil være rådgivende, og ikke bindende slik som i EU.⁴²⁷ At uttalelsen er rådgivende, kan også på generelt grunnlag tale for å tillegge kravet om foreleggelsesadgangen mindre vekt. I disse tilfeller vil heller ikke rettsbeskyttelsesbetraktninger tale imot dette. Før man vet om en slik adgang vil godtas av EFTA-domstolen, synes det imidlertid vanskelig å legge særlig stor vekt på § 30 annet ledd. Etter mitt syn vil voldgiftsrettens manglende foreleggelsesadgang etter *Eco Swiss* og *Nordsee* gjøre en begrenset prøving problematisk.⁴²⁸ Begge avgjørelser synes imidlertid å levne betydelig rom for tvil om dette skal være avgjørende for nasjonale kvalifikasjonskrav.⁴²⁹

⁴²⁵ EFTA-domstolens leder, Carl Baudenbacher, har imidlertid stilt seg positiv til en slik adgang, og hevdet at homogenitetsmålsetningen ikke vil være til hinder for en slik adgang i EØS-området jfr. Baudenbacher i Ehlermann (2003) s. 360-361.

⁴²⁶ *Nordsee* avsnitt 14, jfr. Möller (2004) s. 463.

⁴²⁷ Fredriksen (2008) s. 297-298

⁴²⁸ Jfr. Landolt (2007) s. 76, Shelkopyas (2002) s. 585, Baudenbacher (2002) s. 13-14

⁴²⁹ Slik også Andersson (2000) s. 459.

5.2.3.2 Voldgiftsbehandling som frivillig, alternativ og privat tvisteløsning, og offentlighetens interesse i konkurransereglens håndhevelse

Effektivitetsprinsippet skal sikre at individer har en effektiv mulighet til å håndheve sine 'EU-rettigheter'. Begrensninger i denne muligheten må analyseres "by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole".⁴³⁰ Det er i den sammenheng betydningsfullt at voldgiftsinstituttet er basert nettopp på at partene *frivillig* gir opp muligheten for ordinær domstolsprøving.⁴³¹ 'Muligheten' til å håndheve sine rettigheter for en nasjonal domstol (med prøvingsadgang) på vanlig måte vil være tilstede helt til partene, etter en vurdering av hva som er formålstjenelig for dem selv, velger å benytte en voldgiftsdomstol. Adgangen til å gjøre dette er i alminnelighet sanksjonert av både nasjonal lovgivning og EU-retten – også for de privatrettslige virkninger av konkurransereglene.⁴³² Det kan da lett hevdes at partene også har gitt *avkall* på sin mulighet til å håndheve sine 'EU-rettigheter' for det nasjonale domstolsapparatet.⁴³³ Kanskje mer enn et avkall, er voldgiftsbehandling et *alternativ* til ordinær domstolsbehandling. Partene vil da ikke bare ha gitt fra seg en rett, men vil også ha en beskyttelsesverdig interesse i at voldgiftsdommen blir respektert. Sett under ett, synes dermed den begrensede muligheten for partene til å håndheve sine rettigheter ved kontrollen med voldgiftsavgjørelsen ikke å gjøre det umulig eller uforholdsmessig for dem å håndheve sine rettigheter etter artikkel 101. *Eco Swiss* synes heller ikke å ha lagt nevneverdig vekt på hensynet til partene i avgjørelsen.

Dette synet bekreftes i *Evans*, hvor ECJ godtok en *obligatorisk* voldgiftsbehandling av krav fra skadelidende etter ulykker som involverte uforsikrede biler.⁴³⁴ GA Alber var av den oppfatning at den begrensede

⁴³⁰ *Van Schijndel* avsnitt 19, slik også GA Saggio i *Eco Swiss*, avsnitt 16.

⁴³¹ Jfr. Shelkopyas (2003) s. 139.

⁴³² Jfr. kapittel 3.3.

⁴³³ Til sammenligning, kan det også nevnes at den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen har akseptert en viss oppgivelse av de prosessuelle rettigheter etter EMK når partene har inngitt saken til voldgift, jfr. Shelkopyas (2002) s. 589

⁴³⁴ Sag C-63/01 Samuel Sidney Evans mot Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and Motors Insurers' Bureau

overprøvningsmuligheten og voldgiftsdomstolens manglende foreleggelsesadgang etter artikkel 267 ikke oppfylte ”*Community-law requirements as to effective legal protection*”.⁴³⁵ ECJ var imidlertid ikke enig i dette, og fant at ordningen ikke gjorde det ”*practically impossible or excessively difficult*” for de skadelidte å utøve sine rettigheter.⁴³⁶ Saken er imidlertid spesiell og svært konkret begrunnet.

Effektivitetsprinsippet skal på den andre siden også sikre *offentlighetens interesse* i at konkurransereglene blir håndhevet, og det er derfor ikke gitt at partene er fri til å gi fra seg sine ’rettigheter’ i denne sammenheng. Effektivitetsprinsippet må her vurderes på denne bakgrunn. I *Van Schijndel*, synes imidlertid GA Jacobs å anta at offentlighetens interesse vil være tilstrekkelig ivaretatt så lenge håndhevelsen av de individuelle rettighetene ikke er uforholdsmessig vanskelig. Jacobs uttaler at:

”It is true that the public interest in the proper application of Community law must be taken into account, as well as the interests of the parties. However, the approach consistently taken over the years by the Court suggests that what is sufficient to satisfy the public interest in this respect *corresponds precisely* to the well established principles already referred to, namely the principles that national courts must ensure the enforcement of Community rights where they are invoked in national proceedings in accordance with national procedural rules; and that the national rules need only be set aside where they make it impossible or unduly difficult for those rights to be enforced” (min kursivering).⁴³⁷

I *Peterbroeck* kom imidlertid domstolen til at tidsfristen ikke kunne opprettholdes. Sett i lys av offentlighetens interesser, fremsetter Shelkopyas her en interessant forklaring på hvorfor denne saken fikk en annen løsning.⁴³⁸ Spørsmålet i *Peterbroeck* var hvorvidt den nasjonale skattelovgivningen var i samsvar med den europeiske etableringsfriheten. Peterbroeck var pålagt en skattesats på 44,9% for inntekter fra sitt nederlandske selskap, mens satsen ville vært 42% dersom selskapet hadde vært belgisk. I et slikt tilfelle vil allmennhetens interesse i at spørsmålet blir prøvd være betydelig større enn bare

⁴³⁵ Forslag til avgjørelse i sak C-63/01 Samuel Sidney Evans mot Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and Motors Insurers' Bureau, avsnitt 112

⁴³⁶ *Evans*, avsnitt 54

⁴³⁷ Avsnitt 25

⁴³⁸ Shelkopyas (2003) s. 98-101.

gyldigheten av ligningen.⁴³⁹ Peterbroecks manglende overholdelse av tidsfristen burde da ikke komme ligningsmyndighetene til gode. Det er etter hva jeg kan se ikke klart hvorvidt ECJ legger vekt på dette i *Peterbroeck*. Forklaringen kan likevel kaste lys over hvorfor domstolen i *Van Schijndel* anså de nasjonale prosessreglene som ”*justified by the principle that, in a civil suit, it is for the parties to take the initiative, the court being able to act of its own motion only in exceptional cases*” – og ikke i *Peterbroeck*.⁴⁴⁰ Dersom en slik betraktning er riktig, vil de offentlige interesser i at konkurransereglene blir håndhevet i en voldgiftssak mellom to private parter, være tilstrekkelig ivaretatt så lenge partenes muligheter for å anføre disse, sett under ett, ikke er uforholdsmessig vanskeliggjort.

Etter mitt syn, vil en slik likestillingen av den offentlige interesse og partenes mulighet, kunne fungere så lenge partene også har tilstrekkelig incentiver til å påberope seg konkurransereglene. Når vi her forutsetter at voldgiftsretten har avsagt en dom hvoretter partenes avtale skal oppfylles, vil nødvendigvis en av partene ha ønsket at den ikke skal det. Det er da grunn til å anta at denne parten også har incentiver til å påberope seg konkurransereglene som grunnlag for dette. Dersom den ikke har gjort dette, kan vi da kanskje anlegge betraktningen fra *Van Schijndel*, om at det bare vil være grunn til å gripe inn i ”*exceptional cases*”.⁴⁴¹

I *Eco Swiss* foretar domstolen som tidligere nevnt ingen uttrykkelig vurdering av effektivitetsprinsippets rekkevidde på omfanget av prøvingsforpliktelsen.⁴⁴² Det er vel likevel grunn til å anta at ECJ primært la vekt på den offentlige interessen i konkurransereglenes håndhevelse. GA Saggio, ved siden av å legge stor vekt foreleggelsesadgangen og hensynet til en enhetlig tolkning, tar utgangspunkt i at konkurransereglene er preseptoriske (”*mandatory*”), og at ”*there is a general interest in*

⁴³⁹ Shelkopyas finner støtte for dette i ECJs avgjørelse i *Simmenthal*, som oppstiller en sterk forpliktelse for domstolene til å sette tilside lovgivning som hindrer EU-rettens effektivitet. I forhold til *Van Schijndel* gjaldt den saken riktignok rettmessigheten av en obligatorisk pensjonsordning som også var sanksjonert av lovgivningen, men her var saken ikke knyttet opp mot en prøving av denne, jfr. *Ibid.* s. 100.

⁴⁴⁰ *Van Schijndel*, avsnitt 21 og *Peterbroeck*, avsnitt 20.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² Dette gjøres imidlertid i sammenheng med tidsfristen for ugyldighetssøksmål, jfr. nedenfor.

observance of the [competition] rules to ensure the smooth functioning of the common market".⁴⁴³ Saggio uttaler videre at: "*in view of the mandatory nature of Community rules governing competition between undertakings, I do not think too much attention should be paid to the conduct of the parties*".⁴⁴⁴ *Eco Swiss* synes dermed å ta utgangspunkt i at partene ikke er fri til å gi avkall på sine rettigheter etter artikkel 101 ved å henføre saken til voldgift.

I lys av partenes incentiver, kan det spørres om en slik skepsis er berettiget, i alle fall utenfor avtaler hvor partene har til formål å omgå konkurransereglene. Det er i denne sammenheng kanskje også betydningsfullt at ECJ i *Eco Swiss* synes å legge til grunn at voldgiftsretten ikke vil ha anledning overhodet til å gå utenfor partenes anførsler og tatt opp konkurranseretten *ex officio*. Hoge Raad synes i spørsmålsstillingen å anta at avgjørelsen i et slikt tilfelle vil kunne settes til side som *ultra petita*.⁴⁴⁵ I et slikt tilfelle vil det kunne sies å være større grunn for en domstol til å foreta en slik prøving i etterkant, der hvor denne muligheten foreligger. Ifølge flere ledende kommentatorer vil imidlertid konkurranseretten *i praksis* ofte bli reist av voldgiftsretten *ex officio*, også i Norge.⁴⁴⁶ På den andre siden vil det gjerne være bevismessige problemer, idet voldgiftsretten vanskelig kan foreta en slik vurdering uten omfattende bevisføring av partene.

Det kan videre hevdes at når EU godtar at privatrettslige virkninger av konkurransereglene kan prøves ved voldgift, følger det implisitt at man også vil akseptere en viss grad av 'feil' fra voldgiftsrettens side, også hvor konkurranseretten ikke er vurdert.⁴⁴⁷ Mot en slik betraktning, kan det anføres at denne aksepten bare er gitt så lenge de nasjonale domstoler vil ha kompetanse til å overprøve voldgiftsrettens resultat.⁴⁴⁸ Etter

⁴⁴³ Avsnitt 35.

⁴⁴⁴ Avsnitt 42

⁴⁴⁵ Jfr. GA Saggio, avsnitt 19.

⁴⁴⁶ Jfr. Ehlermann (2003) s. 285-303., Radicati (2005) avsnitt 8. For Norge, se Baudenbacher i Ehlermann (2003) som viser til intervju med Høyesterettsadvokat Jonas Myhre (s. 346, note 18).

⁴⁴⁷ Radicati (2005) avsnitt 12.

⁴⁴⁸ Saggio fremsetter et slikt synspunkt i forhold til nektelsen av voldgiftsdomstolenes foreleggelsesadgang i *Nordsee*, avsnitt 30.

mitt syn, vil imidlertid dette medføre at voldgiftsbehandlingen av disse spørsmålene vil være fullstendig bortkastet, dersom det er meningen at slike påstander kan fremmes ubegrenset i et uvirksomhetssøksmål.⁴⁴⁹ Dersom en nasjonal domstol er forpliktet til å 'anvende' artikkel 101 på partenes avtale, vil hele prosessen forvandles til en ordinær ankebehandling.

Som et siste poeng kan det også påpekes at ECJ i *Eco Swiss* godtar tre-månedersfristen for ugyldighetssøksmål, selv hvor saken gjelder en avtale med et konkurransebegrensende formål.⁴⁵⁰ Et utgyldighetssøksmål innen fristen vil bero utelukkende på at partene fremmer dette. Det er da i prinsippet ingen forskjell på om partene 'gir opp' sine rettigheter ved unnlattelse av å fremme ugyldighetssøksmål, eller ved positiv handling igjennom å velge voldgift som tvisteløsningsmetode. Når det tolereres at avgjørelsen i disse tilfeller blir stående, synes det ikke utenkelig å tillate en begrenset prøvelse innenfor tidsfristen og i forbindelse med tvangsfullbyrdelse. Som også påpekt av GA Jacobs i *Van Schijndel*, vil fellesskapets interesse også kunne bli ivaretatt av Kommisjonen.⁴⁵¹

5.2.3.3 Muligheten for å gripe inn mot åpenbare brudd

Peterbroeck og *Van Schijndel* viser at effektivitetsprinsippets rekkevidde vil være avhengig hvilket brudd på EU-retten det er snakk om. Også uavhengig av foreleggelsesadgangen, må det derfor være sentralt at kvalifikasjonskravet ikke vil innebære at konkurranseretten avskjæres fullstendig. Som anført overfor, vil ordre public-unntaket gi rom for de mest alvorlige og skadelige brudd på artikkel 101.

I *Peterbroeck*, hvor den nasjonale preklusjonsregelen ble satt tilside var derimot den nasjonale regelen til hinder for enhver ny påstand basert på EU-retten.⁴⁵² I sitt forslag til

⁴⁴⁹ Slik også Radicati (2006) s. 175

⁴⁵⁰ Avsnitt 48.

⁴⁵¹ Etter omleggingen av håndhevelsesprosessen ved Forordning 1/2003, som trådte i kraft etter *Eco Swiss*, vil denne interessen i tillegg bli ivaretatt av nasjonale konkurransemyndigheter.

⁴⁵² Ifølge belgisk rettspraksis kunne det reises 'nye' innsigelser på tre grunlag; (1) res judicata; (2) foreldelse og; (3) parten var forhindret (force majeure) fra å fremsette påstanden innen fristen.

avgjørelse i saken, trekker GA Jacobs frem dette og viser uttrykkelig til at heller ikke innsigelser på bakgrunn av 'public policy' vil kunne gjøres gjeldende.⁴⁵³ I *Van Schijndel*, antok imidlertid Jacobs at den nederlandske passivitetsregelen ikke ville være til hinder for at domstolen ville være forpliktet til å gå utenfor partenes anførsler i visse tilfeller. Den nederlandske passivitetsregelen inneholdt nemlig her et unntak for 'public policy'.⁴⁵⁴

Jacobs uttaler at:

"I do not however rule out the possibility that there might be circumstances in which a national court would be obliged to consider a Community rule not relied on by the parties, even if that entailed going beyond the dispute as defined by the parties' claims. A national court might be obliged not to enforce an agreement which was manifestly illegal under Article 85 of the Treaty. That could arise if, for example, a party to a price-fixing agreement which was manifestly contrary to Article 85 of the Treaty sought damages for breach of the agreement by another party to it, and the defendant failed to invoke Article 85. In that event the national court no doubt could, and should, do so. But since it can safely be assumed that no court would enforce a transaction which was manifestly illegal as a matter of national law, even if the illegality was not invoked by the parties, that result requires no more than an application of the non-discrimination principle."⁴⁵⁵

Dette er etter mitt syn av stor interesse, spesielt ettersom van Schijndels anførsler var grunnet i nettopp artikkel 101 (og 102). Jacobs antar altså her at dersom nasjonal prosessrett vil tillate at det gripes inn overfor avtaler som er "*manifestly contrary*" under artikkel 101, vil det ikke være nødvendig å gripe til effektivitetsprinsippet. Ekvivalens vil da være tilstrekkelig. Jacobs eksemplifiserer videre dette ved en avtale om prissamarbeid, som også vil bli fanget opp av den tolkning som er fremholdt i overfor. ECJ synes å gi sin støtte til dette synet, når domstolen legger til grunn at det bare vil være nødvendig gjøre unntak fra passivitetsprinsippet i "*exceptional cases where the public interest requires intervention*".

I forhold til *Eco Swiss*, må avgjørelsen etter mitt syn leses på bakgrunn Hoge Raads spørsmålsstilling, som forutsetter at nasjonal konkurranserett ikke (i det hele tatt) var

⁴⁵³ Forslag til avgjørelse i Sag C-312/93 Peterbroeck, Van Campenhout og Cie SCS mot Belgia av Generaladvokat Jacobs, avsnitt 11 og 37. Det må presiseres at public policy benyttes forskjellig avhengig av sammenhengen, se Jacobs i avsnitt 31-41 og 47-48, og Prechal (2004) s. 600-602.

⁴⁵⁴ Jfr. Snijders (2010) s. 138 med videre henvisninger i note 17

⁴⁵⁵ Ibid. Avsnitt 49

omfattet av ordre public.⁴⁵⁶ Som anført i kapittel 4.6, anser ECJ det heller ikke nødvendig enn å gå videre enn ekvivalensprinsippet. Det kan da også ha vært av betydning at *Eco Swiss*-saken gjaldt en horisontal markedsdelingsavtale (formålskategorien) som åpenbart er i strid med artikkel 101.⁴⁵⁷ Dette er også bemerket av GA Saggio i forbindelse med spørsmålet om den konkurranserettslige innsigelsen kunne reises for første gang under prøvingen av voldgiftsavgjørelsen. Saggio besvarer dette spørsmålet bekreftende, men bemerker samtidig:

*”provided however that the grounds for nullity are apparent from the documents of the case and no specific inquiry has to be undertaken into matters of fact. In the present case, as it is clear from the documents in the possession of the Gerichtshof that the agreement... is contrary to Article 85 in that it involves a territorial partitioning of markets.”*⁴⁵⁸

5.2.3.4 Ordre public etter *Brussel I* artikkel 34(1). *Maxicar*-saken⁴⁵⁹

I *Maxicar*, ble ECJ konfrontert med spørsmålet om en domstolsavgjørelse avsagt i Frankrike, måtte nektes tvangsfullbyrdelse i Italia, da dommen ble ansett for å være i strid med konkurransereglene og prinsippet om fri flyt av varer. I den franske dommen var Renault tilkjent en erstatning av Maxicar, for brudd på førstnevntes eksklusive rett til å produsere bildeler til Renaults modeller. Problemstillingen var hvorvidt en slik feil ville kvalifisere til ordre public i Brussel-konvensjonen artikkel 27(1).⁴⁶⁰ ECJ la her til grunn at det som utgangspunkt vil være opp til medlemslandene selv å avgjøre (*”according to their own conception”*), hva som omfattes av ordre public.⁴⁶¹ De endelige grensene ville imidlertid måtte baseres på en tolkning av konvensjonen, og denne vil kunne prøves av ECJ. Domstolen uttalte videre at:

⁴⁵⁶ Jfr. også GA Saggio, som uttrykker bekymring over at partene med hensikt vil bruke voldgift for å få en bindende dom for en *”manifestly illegal agreement”* (avsnitt 24).

⁴⁵⁷ Jfr. kapittel 5.2.1.1. Slik også Baudenbacher (2002) s. 10. *Eco Swiss* viser direkte til *”in the circumstances of the present case”*, jfr. avsnitt 40.

⁴⁵⁸ Avsnitt 42. Bemerkningen gjelder Hoge Raads spørsmål nr. 3 som ikke ble besvart av ECJ.

⁴⁵⁹ Sag C-38/98 Renault SA mot Maxicar SpA og Orazio Formento

⁴⁶⁰ Nå *Brussel I*, art. 34(1)

⁴⁶¹ Avsnitt 27 og 28.

“In order for the prohibition of any review of the foreign judgment as to its substance to be observed, the infringement would have to constitute *a manifest breach* of a rule of law regarded as essential in the legal order of the State in which enforcement is sought or of a right recognised as being fundamental within that legal order...

The fact that the alleged error concerns rules of Community law does not alter the conditions for being able to rely on the clause of public policy... The court of the State where enforcement is sought cannot... refuse recognition of a decision emanating from another Contracting State solely on the ground that it considers that national or Community law was misapplied in that decision.”⁴⁶²

En analyse av domstolens og generaladvokatens resonnement viser en tilnærming til ordre public som minner svært mye om *Thalés-doktrinen*.⁴⁶³ Det har på denne bakgrunn vært hevdet at avgjørelsen kan anvendes analogisk for nasjonale domstolers kontroll med voldgiftsavgjørelser.⁴⁶⁴ Til støtte for et bekreftende svar kan anføres at ECJs formålsrettede tolkning av *Brussel I*, med enkelhet vil la seg anvende tilsvarende på voldgiftsavgjørelser under New York-konvensjonen. En analogisk anvendelse synes også å ha vært lagt til grunn i en avgjørelse av *Kartellsenat OLG Dusseldorf*. Domstolen viser her uttrykkelig til *Maxicar* ved angivelsen av et begrenset prøvingsomfang for voldgiftsavgjørelsen.⁴⁶⁵

På den andre siden har ECJs praksis vist at begrepet ’public policy’ gis forskjellig innhold avhengig av sammenhengen.⁴⁶⁶ Videre uttaler ECJ at dommen ikke kan nektes tvangsfullbyrdelse på grunnlag av feilaktig rettsanvendelse, da spørsmålet i slike saker heller vil være; ”*whether... the system of legal remedies in each Contracting State, together with the preliminary ruling procedure [artikkel 267], affords a sufficient guarantee to*

⁴⁶² Avsnitt 30, 32 og 33

⁴⁶³ Dom av 18. november 2004, Cour d’appel de Paris, *Thalès Air Defence mot Euromissile*. Jfr. Blanke (2009) s. 88

⁴⁶⁴ Jfr. *Shelkopyas* (2003) s. 388 og muligens *Medidanis* (2005) s. 109.

⁴⁶⁵ Dom av Kartellsenat OLG Dusseldorf, avsagt 21. Juli 2004. Gjengitt i van den Berg (2007) s. 315-321. Dommen er likevel ikke klar da den tyske domstolen faktisk foretar en konkurranserettslig vurdering, jfr. kapittel 5.2.2.2.

⁴⁶⁶ Jfr. *Prechal* (2004) s. 600-605. Det er i den sammenheng betegnet at *Eco Swiss* som var avsagt bare ett år tidligere, ikke er nevnt i *Maxicar*, verken av ECJ eller av generaladvokaten.

individuals”.⁴⁶⁷ Enn videre, er det fra et EU-rettslig perspektiv en grunnleggende forskjell på håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser og ordinære domstolsavgjørelser, da bare de ordinære domstolene er omfattet av lojalitetsforpliktelsen i TEU artikkel 4(3).⁴⁶⁸ Etter mitt syn er det derfor ikke grunnlag for å anvende Maxicar-avgjørelsen analogisk ved fastleggelsen av nasjonale domstolars forpliktelser under effektivitetsprinsippet.⁴⁶⁹ Som fremhevet av domstolen selv, er dette et helt annet spørsmål. Det er mulig at man likevel kan ta avgjørelsen til inntekt for at ECJ i visse sammenhenger vil godta en begrenset prøvelse, samt at domstolen er fornøyd med å la ordre public være opp til medlemslandene. På den andre siden igjen, synes ikke dette å bekrefte noe mer enn hva allerede følger av den prosessuelle autonomi og *Peterbroeck/Van Schijndel*-testen.

5.2.3.5 Voldgiftsdommers endelighet som et grunnleggende prosessuelt prinsipp
Van Schijndel og *Peterbroeck* åpner for at EU-rettens effektivitet vil kunne vike tilbake for ”*basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure*”.⁴⁷⁰ I *Van Schijndel* uttalte domstolen at det nederlandske passivitetsprinsippet:

“reflects conceptions prevailing in most of the Member States as to the relations between the State and the individual; it safeguards the rights of the defence; and it ensures proper conduct of proceedings by, in particular, protecting them from the delays inherent in examination of new pleas”.⁴⁷¹

Etter mitt syn, må det kunne legges til grunn at prinsippet om voldgiftsdommers endelighet vil kvalifisere til et slikt ’basic principle’.⁴⁷² En begrenset prøvelse av voldgiftsavgjørelsen

⁴⁶⁷ Ibid.

⁴⁶⁸ Jfr. avsnitt 32: “It is for the national court to ensure *with equal diligence* the protection of rights established in national law and rights conferred by Community law” (min kursivering)”. Slik også Landolt (2006) p. 7-80 i note 108.

⁴⁶⁹ Slik også Blanke (2009) s. 89-90

⁴⁷⁰ Van Schijndel, avsnitt 19.

⁴⁷¹ Van Schijndel, avsnitt 21

⁴⁷² Slik også Shelkopyas (2003) s. 138

er helt fundamentalt for å opprettholde et effektivt voldgiftsinstitutt. Regelen sikrer forutberegnelighet, effektiv rettshåndhevelse og nøytralitet over landegrensene. Som anført i kapittel 4.2 – 4.3 har domstolene både i Norge og verden for øvrig, i betydelig grad støttet opp om dette, og samtlige av EUs medlemsstater er også part til New York-konvensjonen.⁴⁷³ Videre viser forhistorien til *Brussel I*, og etter mitt syn også *Eco Swiss* at dette prinsippet som et utgangspunkt vil bli respektert.⁴⁷⁴ Spørsmålet er imidlertid hvor langt det vil rekke.

5.2.3.6 En balansegang

For å treffe en konklusjon, er det nødvendig å veie hensynet til en effektiv håndhevelse av artikkel 101 mot hensynet til en effektiv håndhevelse av voldgiftsavgjørelser. I den sammenheng må det erkjennes at disse hensynene ikke lett lar seg samordne. Enhver utvidelse av prøvingsomfanget, vil korrespondere til en tilsvarende svekkelse av voldgiftsdommens endelighet. Som uttalt av Baudenbacher; “*Applied in the context of procedural limitations governing arbitration, the Peterbroeck/Van Schijndel test effectively requires the reconciling of the irreconcilable*”.⁴⁷⁵ Dersom domstolen også anser det nødvendig å forelegge spørsmål for ECJ, vil dette også innebære en ytterligere belastning på hensynet til en effektiv håndhevelse av voldgiftsavgjørelser.⁴⁷⁶

En betraktning som er gjort hittil, er imidlertid at de mest skadelige avtalene gjennomgående vil kreve minst prøving. Et krav om at bruddet må være ’åpenbart’ synes da å innebære at de største og mest skadelige avtalene stanses, samtidig som løsningen ikke

⁴⁷³ GA Saggio anså imidlertid ikke dette som et avgjørende argument i *Eco Swiss*, jfr. avsnitt 37 med videre henvisninger til ECJs avgjørelse i *VBVB/VBBB*.

⁴⁷⁴ Jfr. kapittel 4.5.2 og 4.6.3 hhv. I den sammenheng kan også nevnes *Marc Rich*-saken: Saken gjaldt tolkningen av Brussel-konvensjonens rekkevidde i tilfeller hvor partene hadde avtalt voldgift. Domstolen uttalte: “*The international agreements, and in particular the abovementioned New York Convention... lay down rules which must be respected not by the arbitrators themselves but by the courts of the Contracting States* [parter til Brussel-konvensjonen]” (Sag C-190/89 *Marc Rich & Co. AG mot Società Italiana Impianti PA*, avsnitt 18).

⁴⁷⁵ Baudenbacher (2002) s. 14

⁴⁷⁶ *Ibid.*

vil innebære en altfor stor begrensning på håndhevelsen av voldgiftsavgjørelser. Det synes videre klart at også den europeiske rettordenen vil være tjent med et effektivt voldgiftsinstitutt. For det første vil dette innebære en avlastning på europeiske domstoler.⁴⁷⁷ For det andre vil en begrenset prøvelse fremme EU-området som et attraktivt voldgiftssted.⁴⁷⁸ For det tredje, og kanskje av størst betydning, vil en effektiv voldgiftsprosess fremme internasjonal handel.⁴⁷⁹ Når vi skal veie disse hensynene opp mot artikkel 101 konkret, er det interessant at bestemmelsen i seg selv åpner for å godta konkurransebegrensninger ut ifra kommersielle hensyn og økt handel.⁴⁸⁰

Det kan også spørres om hvilken positiv effekt en fullstendig prøvingsplikt vil ha i den større sammenheng. Prechal anfører at:

”broadening the scope of the public policy ground would, on the whole, have no apparent benefits for the application of EC law while harming the foundations of arbitration within the Community and possibly triggering a chain reaction from the courts outside the Community. The conclusion therefore is that the control of the courts over arbitration on the public policy ground cannot supply a guarantee for the correct and uniform application of EC law in arbitration proceedings.”⁴⁸¹

Faktisk kan det hevdes at en mulighet for å få kjent avgjørelsen uvirksom i etterkant svekker partenes incentiver i å påberope seg konkurranseretten i voldgiftssaken. Det er fullt tenkelig at en part i det lengste vil unngå å erkjenne at han selv har opptrådt i strid med konkurransereglene, blant annet av frykt for bøter fra konkurransemyndighetene. Parten vil

⁴⁷⁷ I den sammenheng kan nevnes Europaparlamentets resolusjon A-3-0318/94, *Resolution on encouraging recourse to arbitration to settle legal disputes*.

⁴⁷⁸ Shelkopyas (2003) s. 384

⁴⁷⁹ Jfr. spesielt Ryssdal (2002) s. 674-680 som foretar en rettsøkonomisk analyse. Han syntes imidlertid å konkludere med at konkurransehensyn og hensynet til en effektiv voldgiftsprosess trekker i samme retning, da forbudet bare vil ramme konkurransebegrensende avtaler. Selv om dette er riktig, er det min oppfatning at manglende forutberegnelighet, muligheten for å drøye voldgiftsavgjørelsens virkninger og prøvingen av voldgiftsavgjørelser som til slutt kanskje ikke vil være konkurransebegrensende vil utgjøre samfunnsøkonomiske kostnader som også må tas i betraktning. Ryssdal syntes å forutsette at domstolen a *vet* at avgjørelsen er i strid med konkurransereglene.

⁴⁸⁰ Jfr. spesielt kapittel 5.2.2.4.

⁴⁸¹ Prechal (2004) s. 607-608.

da kanskje først forsøke å vinne saken på annet grunnlag, vel vitende om at han kan komme trekkende med konkurranseretten i håndhevelsesrunden.⁴⁸² En slik effekt synes lite ønskelig, spesielt da man ikke vil vite om partene vil sette seg mot avgjørelsen i etterkant. I den sammenheng er det interessant at konkurranserettslige innsigelser synes å ha blitt et verktøy for å forhindre ansvar for brudd på ellers legitime forpliktelser. Hjelmeng antar at det han kaller for ”«riktige» *incentiver*, *sjelden er den egentlige bakgrunnen for tvisten. Snarere brukes konkurransestridighet som brekkstang for å fri seg fra ellers legitime forpliktelser*”.⁴⁸³ Det er på denne bakgrunn grunn til å være skeptisk til en part som anfører brudd på artikkel 101 som grunnlag for at voldgiftsavgjørelsen skal kjønes uvirksom. På den andre siden kan det hevdes at dersom nasjonale domstoler blir pålagt å sensurere slike avgjørelser i større grad, vil dette virke oppdragende på voldgiftsdomstolen, slik at disse indirekte blir pålagt en større forpliktelse til å prøve konkurransereglene på eget initiativ.⁴⁸⁴ Et slikt argument kan imidlertid alltid gjøre seg gjeldende, og synes å gå på tvers av EU-rettens aksept av voldgift som et legitimt tvisteløsningsalternativ.⁴⁸⁵

5.2.3.7 Konklusjon

Avslutningsvis må det erkjennes at det vanskelig lar seg konkludere særlig klart. Før ECJ blir forelagt spørsmålet om en begrenset prøvelse direkte, vil rettstilstanden forbli usikker. Jeg mener imidlertid at de undersøkte rettskilder ikke kan anses for å stenge fullstendig for at et krav om ’åpenbart’ brudd vil godtas av ECJ. Ut ifra rettsbeskyttelsesbetraktninger mener jeg videre at partenes mulighet til å håndheve sine rettigheter etter artikkel 101 er tilstrekkelig ivaretatt ved at slike krav kan fremmes i en voldgiftssak. Videre mener jeg at det er gode grunner til at fellesskapets interesser vil være tilstrekkelig ivaretatt ved at (1) partene vil i de tilfeller som omhandles her ha incentiver til å fremme artikkel 101; (2)

⁴⁸² Jfr. Landolt (2006) p. 7-80 og Heitzmann (2007) s. 48

⁴⁸³ Jfr. Hjelmeng (2003) s. 272-273

⁴⁸⁴ Det er mulig at ECJ i *Eco Swiss* ikke var helt fremmed for en slik tanke, da domstolen også ble forelagt spørsmålet om voldgiftsretten var forpliktet til å vurdere konkurransereglene *ex officio* (avsnitt 30, spørsmål nr. 1) Dette ble imidlertid ikke besvart av domstolen, se dog GA Saggios svar, avsnitt 11-26.

⁴⁸⁵ Jfr. kapittel 4.6.3.

voldgiftsretten kan prøve disse spørsmålene; (3) voldgiftsretten kan i visse tilfeller ta opp artikkel 101 *ex officio*; (4) ordre public-regelen vil stoppe de mest alvorlige brudd, og; (5) eventuelle avtaler som likevel 'slipper igjennom' kan påtales av nasjonale konkurransemyndigheter eller Kommisjonen. Internasjonal litteratur synes også i hovedsak å anta (om enn uten alltid en utdypende vurdering) at effektivitetsprinsippet vil godta en forholdsvis begrenset prøving av hvorvidt voldgiftsavgjørelsen er i samsvar med europeisk konkurranserett.⁴⁸⁶

5.3 Voldgiftsdommer som tilkjenner erstatning for brudd på en konkurransebegrensende avtale

Jeg skal nå undersøke situasjonen hvor voldgiftsavgjørelsen tilkjenner erstatning (positiv kontraktsinteresse) for brudd på en avtale i strid med TFEU artikkel 101. Som over vil spørsmålet i første omgang vil være om – og eventuelt når – en slik voldgiftsdom vil ”virke støtende på rettsordenen (*ordre public*)”.⁴⁸⁷ Ut ifra de konklusjoner som treffes der, skal det så undersøkes om ordre public-bestemmelsen vil være i strid med EU-rettens krav til effektivitet.⁴⁸⁸ For begge spørsmål vil det bygges i betydelig grad på drøftelsen i kapittel 5.2.

Det bør innledningsvis minnes om at bakgrunnen for Hoge Raads henvendelse til ECJ i *Eco Swiss*-saken, var nettopp at Benetton var pålagt erstatningsansvar for brudd på en kontrakt som i ettertid ble ansett å være i strid med artikkel 101. Som redegjort for i kapittel 4.6, anser jeg imidlertid ikke ECJs prejudisielle avgjørelse for å ha avgjort at slike feil konkret må føre til at avgjørelsen kjennes uvirksom.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ Mourre (2008) s. 1130-1134, Liebscher (2000) s. 82, Prechal (2004) s. 607, Gustafsson (2005) s.493 og Radicati (2005) avsnitt 33. Usikker Andersson (2000) s. 460, Baudenbacher (2000) og Blanke (2009) s. 87. Tvilende Landolt (2007) s. 82-83.

⁴⁸⁷ Voldgiftslovens § 43/46 annet ledd bokstav b

⁴⁸⁸ Jfr. kapittel 4.5.

⁴⁸⁹ Jfr. spesielt GA Saggios uttalelse om vurderingstemaet i saken, avsnitt 28

Det kan spørres om i hvilken grad partene i det hele tatt er forhindret fra å bygge på avtalen som erstatningsgrunnlag. Dette er et spørsmål om rekkevidden av ugyldighetsvirkningen i artikkel 101(2). I den sammenheng kan det for det første minnes om at ugyldighetsvirkningen bare vil gjelde for de deler som 'berøres' av forbudet i artikkel 101.⁴⁹⁰ Betydningen av dette behandles nedenfor i kapittel 5.3.1.2. For det andre skal det nevnes at det ikke er opplagt at partene i ethvert tilfelle vil være forhindret fra å bygge et slikt krav på avtalen, selv hvor forbudet er 'berørt'. I alminnelighet vil slike spørsmål måtte løses etter læren om reproberte krav, alternativt NL 5-1-2.⁴⁹¹ Høyesterett uttalte i Rt. 1993 s. 312 at "*det ikke gjelder noen alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene, men at spørsmålet må avgjøres ved en tolkning av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertrедelsen får slik virkning*".⁴⁹² I litteraturen er det likevel antatt at artikkel 101(2) vil være til hinder for et slikt krav i de fleste tilfeller, og jeg legger dette til grunn.⁴⁹³ Det er imidlertid interessant at vurderingen som må gjøres etter læren om reproberte krav har flere likhetstrekk med ordre public-vurderingen.⁴⁹⁴ Rettspraksis tilknyttet reprobasjon kan da også tenkes å gi en viss veiledning for spørsmålet her.

5.3.1 Er voldgiftsdommen støtende mot rettsordenen?

5.3.1.1 Betydningen av voldgiftsdommens virkninger

Hvor voldgiftsretten tilkjenner den ene parten erstatning på bakgrunn av et tidligere kontraktsbrudd, vil dommen verken opprettholde eller skape en konkurransebegrensende virkning på det indre markedet.⁴⁹⁵ Voldgiftsrettens avgjørelse vil i seg selv bare resultere i en omdisponering av velferd, og konkurranseprosessen og det indre markedet vil ikke bli direkte berørt om avgjørelsen tvangsfullbyrdes eller kjennes gyldig av nasjonale domstoler. Skaden, om man vil, er allerede skjedd. På den andre siden vil en erstatning innebære at avtalen gis rettsvirkninger. En erstatning for positiv kontraktsinteresse vil være et substitutt for avtalens oppfyllelse etter sitt innhold, og vil på denne måten innebære en *indirekte*

⁴⁹⁰ REC 1998 s. 1, avsnitt 77.

⁴⁹¹ Se spesielt Krokeide (1979) s. 147flg og Woxholth (2006) s. 333-334

⁴⁹² Rt. 1993 s. 312 s. 316 (Spørsmålet var her om debitor var forpliktet til å betale gjeld etter aksjespekulasjon i strid med verdipapirhandelloven).

⁴⁹³ Jfr. Hjelmeng i NOU 2003:12 Vedlegg 1 s. 275, Hjelmeng (2003) s. 202, Robberstad (2002) s. 212 og Fredriksen (2008) s. 324.

⁴⁹⁴ Jfr. Robberstad (2002) s. 212.

⁴⁹⁵ Dette vil gjelde uavhengig av om kontraktsforholdet opprettholdes.

fullbyrdelse av den ugyldige avtalen.⁴⁹⁶ Det kan kanskje hevdes at et slikt indirekte brudd bør anses like alvorlig som tilfeller hvor den konkurransebegrensende avtalen opprettholdes, da voldgiftsavgjørelsen *forutsetter* den konkurransebegrensende adferd.⁴⁹⁷

Domstolene i Frankrike og Belgia har lagt til grunn at en voldgiftsdom som utelukkende tilkjenner erstatning for brudd på en avtale i strid med artikkel 101, ikke kan kjennes uvirksom med grunnlag i ordre public. Spørsmålet kom på spissen i *SNF/Cytec*-saken. Her hadde voldgiftsretten funnet at den aktuelle kontrakten var i strid med artikkel 101, men likevel utmålt erstatning. Etter dette gikk SNF til ugyldighetssøksmål Belgia, og motsatte seg samtidig Cytecs fullbyrdelsessøksmål i Frankrike.

Bakgrunnen for saken var to langtidskontrakter inngått i 1991 og 1993, for leveranse av akrylamid (et kjemisk stoff) fra det nederlandske selskapet Cytec Industrie (Cytec) til det franske selskapet SNF SAS (SNF). Kontrakten fra 1993 påla SNF en eksklusiv kjøpsforpliktelse for åtte år. I januar 2000 krevde SNF seg fri fra denne, da avtalen ble hevdet å være i strid med TFEU artikkel 101 og 102. Partene innledet voldgiftsbehandling i Brussel, hvor domstolen avsa to avgjørelser. I den første fant voldgiftsretten at avtalen var i strid med artikkel 101 (men ikke artikkel 102). Videre fant retten at begge parter enten visste eller burde ha visst at avtalen var i strid med artikkel 101, og at de begge følgelig var ansvarlig for halvparten av det tap som fulgte av avtalens ugyldighet. I den andre avgjørelsen tilkjente retten Cytec en erstatning på € 6 467 500 med tillegg av renter.

Etter en lang rettsprosess ble voldgiftsdommene ansett virksomme i både Frankrike og Belgia.⁴⁹⁸ I Frankrike sa Cour de Cassation seg enig i ankeinstolens vurdering om at ”*the consequences drawn by the arbitral tribunal in respect of compensation do not fall under [the scope of] the review exercised under Art. 1502(5) to protect fundamental*

⁴⁹⁶ Hagstrøm (2003) s. 520.

⁴⁹⁷ Det kan tenkes tilfeller hvor det som i det ytre fremstår som en erstatningsutmåling, i realiteten har en viss virkning på konkurransen. Et eksempel på dette kan være hvor voldgiftsavgjørelsen fastsetter ansvarsgrunnlag for dagmulkt, for den tid hvor avtalen ikke etterleveres, jfr. eksempelvis *Market Dispay*-saken overfor. I slike tilfeller må drøftelsen her suppleres med synspunktene i kapittel 5.2. I det videre forutsettes at voldgiftsavgjørelsen ikke i seg selv har en konkurransebegrensende virkning.

⁴⁹⁸ Førsteinstansdomstolen i Brussel satt til side avgjørelsen, da den antok at ”*the damages recaptured the antitrust 'nature' of the agreement*” (sitert av de Meulemeester (2007), avsnitt 17).

principles”.⁴⁹⁹ I Belgia uttalte Court of Appeal of Brussels tilsvarende at; ”*the consequences of the nullity of a contract... are not part of public policy*”.⁵⁰⁰ Både i Frankrike og Belgia skulle dette tilsynelatende gjelde uavhengig av forholdene i den konkrete saken. Dette resultatet har fått stor oppslutning i internasjonal litteratur.⁵⁰¹

Som allerede nevnt i kapittel 5.2.2.2 er motsatt synspunkt lagt til grunn av både tyske og nederlandske domstoler.⁵⁰² I *Marketing Displays*-saken, nektet Gerechthof i Haag fullbyrdelse av tre voldgiftsavgjørelser som blant annet utmålte erstatning for brudd på en avtale i strid med TFEU artikkel 101.⁵⁰³ Som påpekt av Radicati, var det her mest sannsynlig snakk om en minimal konkurransebegrensning.⁵⁰⁴

Også italienske domstoler synes å legge til grunn at erstatning for brudd på en avtale i strid med artikkel 101 vil kunne være i strid med ordre public.

I den såkalte *Terra Armata*-saken⁵⁰⁵ hadde to betydelige entreprenørselskaper inngått en avtale om anbudssamarbeid, hvoretter partene skulle inngi felles anbud i forbindelse med utbyggingen av en høyhastighets toglinje i Italia. Partene var etter avtalen forhindret fra å inngi tilbud på egenhånd eller sammen med andre. Da den ene parten (Tensacciai) likevel innga anbud og fikk tilslag på disse, krevde Terra Armata

⁴⁹⁹ Dom av 23. mars 2006, Cour d’appel de Paris, sitert fra van den Berg (2006) utdrag fra avgjørelsens pkt. 13, og Dom av 8. juni 2008, Cour de Cassation, gjengitt i van den Berg (2008), utdrag fra avgjørelsens pkt. 6. Synspunktet var ikke fremme i *Thalés*-saken (overfor), men har støtte i en tidligere avgjørelse av Cour d’appel de Paris (*Aplix mot Velcro*, 1993), gjengitt i Shelkopyas (2003) s. 379-380.

⁵⁰⁰ Dom av 22. juni 2009, Court of Appeal of Brussels, *Cytec Industrie mot SNF SAS*, sitert fra Mourre (2010).

⁵⁰¹ Jfr. Shelkopyas (2003) s. 380, de Meulemeester (2007) p. 17, Heitzmann (2007) s. 48, Komninos (2009) (ved note 66) og Radicati (2010) p. 35-064. Motsatt: van Houtte (2005)[I] s. 443 (det er da interessant at van Houtte var dommer i førsteinstansdomstolen i Belgia som satt til side avgjørelsen *SNF/Cytec*).

⁵⁰² Det kan nevnes at i ankesaken som ledet frem til Hoge Raads henvendelse til ECJ i *Eco Swiss*, fant Gerechthof i Gravenhage at voldgiftsavgjørelsen måtte settes til side, da den antok at ”...to award compensation for damages flowing from the wrongful termination of the licensing agreement would amount to enforcing that agreement” (Inntatt i *Eco Swiss*, avsnitt 21)

⁵⁰³ Dom av 24. mars 2005, Gerechthof (Court of Appeal) Haag, *Marketing Displays International Inc. mot VR Van Raalte Reclame B.V.* Gjengitt i van den Berg (2006). Se nærmere om avgjørelsen og sakens bakgrunn i kapittel 5.2.2.2.

⁵⁰⁴ Radicati (2006) s. 185.

⁵⁰⁵ Dom av 15. juli 2006, Milan Court of Appeal, *Freyssinet Terra Armata S.r.l. v Tensacciai S.p.A.*

erstatning ved en ICC voldgiftsdomstol i Sveits. Voldgiftsretten fant at partenes avtale ikke var i strid med verken italiensk eller europeisk konkurranserett, og tilkjente Terra Armata en erstatning på € 4 250 000.⁵⁰⁶ Avgjørelsen ble søkt tvangsfullbyrdet i Italia. Milan Court of Appeal foretok her en forholdsvis grundig vurdering av hvorvidt voldgiftsdomstolen hadde behandlet de konkurranserettslige spørsmålene på en korrekt måte i samsvar med ”*principles and criteria of Italian [and] European antitrust law*”.⁵⁰⁷ Slutningen ble imidlertid ansett som endelig avgjort og var ikke gjenstand for overprøving. Da domstolen ikke fant noe i veien med voldgiftsdomstolens rettsanvendelse, ble avgjørelsen fullbyrdet.

Det bør for øvrig nevnes at Tensacciai først forsøkte å få avgjørelsen kjent ugyldig i Sveits. I en forholdsvis strengt formulert avgjørelse, fant Swiss Supreme Court at konkurranseretten som sådan ikke var beskyttet av sveitsisk ordre public.⁵⁰⁸

I norsk rett synes det ikke å være grunnlag for å oppstille en generell begrensning på ordre public slik dette er gjort i Frankrike og Belgia⁵⁰⁹, selv om spørsmålet så vidt vites ikke har kommet på spissen.⁵¹⁰ Etter mitt syn er det heller ikke grunn til å innskrenke vurderingstemaet på denne måten. En slik absolutt regel vil kunne lede til resultater som etter mitt skjønn vil være i konflikt med grunnleggende verdier og moral, noe ordre public-unntaket nettopp skal hindre.⁵¹¹ Ifølge Mæland var dette også løsningen under tvistemålsloven. Under henvisning til tvml. §467 nr. 4 uttaler Mæland at; ”*Dommen er likedan ugyldig om den strider mot «ærbarhet».* Dette gjelder uten hensyn til om domsslutningen er grei”.⁵¹² For svensk rett uttaler Lindskog tilsvarende at; ”*även om ingen*

⁵⁰⁶ Voldgiftsretten fant at avtalen ikke hadde et konkurransebegrensende formål, da avtalen ble antatt å gi betydelige økonomiske og tekniske gevinster.

⁵⁰⁷ Sitert av Cremonesi (2007) .

⁵⁰⁸ Dom av 8. mars 2006, Swiss Supreme Court, Tensacciai v. Terra Armata. For en nærmere behandling av avgjørelsen, se Landolt (2008) og Volders (2006).

⁵⁰⁹ For sveitsisk rett uttaler Patocchi at ”*soly the practical consequences brought by enforcement of the arbitral award... must be taken into account in order to decide whether enforcement is to be denied*” (Patocchi, *The 1958 New York Convention: The Swiss Practice*. I: The New York Convention of 1958, ASA Special Series no. 9, 1996. Sitert fra Born (2009) s. 2840.)

⁵¹⁰ Jfr. dog Rt. 1996 s. 502 som nevnt i kapittel 4.3.4.

⁵¹¹ Slik også Born (2009) s. 2623.

⁵¹² Mæland (1988) s. 198. Se dog Rt. 1935 s.528 hvor herredsretten uttaler med tilslutning av Høyesterett; ”*Hvor det kun er spørsmål om den økonomiske ophørsordning – således som i herpaagjeldende voldgiftsdom – skulde bestemmelsen i tvml. § 467 formentlig ikke medføre voldgiftsdommens ugyldighet*” (s. 533).

erinran kan riktas mot domslutet som sådant kan skiljedomen vara oförenelig med ordre public till följd av grunden for domslutet".⁵¹³ Det samme er lagt til grunn av domstolene i England.⁵¹⁴ Det avgjørende må derfor være om den konkrete avgjørelsen etter en helhetlig vurdering virker støtende på rettsordenen.

Innenfor denne rammen anser jeg det likevel betydningsfullt at avgjørelsen ikke opprettholder en konkurransebegrensende virkning for fremtiden. Uvirksomhet kan da heller ikke begrunnes ut ifra hensynet til at domstolene ikke skal pålegge partene å handle i strid med artikkel 101. Som et utgangspunkt finner jeg også grunn til å anta at voldgiftsavgjørelsen ikke vil anses støtende mot rettsordenen i større grad enn der en tilsvarende avtale blir opprettholdt. De hensyn som ovenfor lå til grunn for det anførte kriteriet om 'åpenbart' brudd vil gjelde tilsvarende, og jeg legger dette til grunn. Spørsmålet blir da om dette vil være tilstrekkelig for å anse avgjørelsen som 'støtende mot rettsordenen'.

5.3.1.2 Betydningen av erstatningskravets grunnlag: Avtalen og misligholdet

Ugyldighetsvirkningen etter artikkel 101(2) gjelder bare for "*de deler av avtalen som berøres av forbudet, eller for hele avtalen dersom disse deler ikke kan skilles ut fra de øvrige deler av avtalen*".⁵¹⁵ De eventuelle deler som ikke er 'berørt' av forbudet, vil falle utenfor EU/EØS-retten.⁵¹⁶ Dette må bety at det bare vil være en erstatning for mislighold av forpliktelser som berøres av forbudet, som *eventuelt* vil kunne være i strid med ordre public på bakgrunn av artikkel 101. I de tilfeller hvor misligholdet knytter seg til brudd på

Uttalelsen knytter seg imidlertid til § 467 nr. 1, hvor dommen er ugyldig hvor voldgiftsretten har gått ut over sin myndighet (sml. voldgiftslovens § 43/46 første ledd bokstav c).

⁵¹³ Lindskog (2005) s. 904 med videre henvisninger i note 32

⁵¹⁴ Jfr. bla. Dom av 19. februar 1998, Court of Appeal, *Soleimany v Soleimany* hvor Waller J uttaler at; "*Where public policy is involved, the interposition of an arbitration award does not insulate the successful party's claim from the illegality which gave rise to it*" (avsnitt 48).

⁵¹⁵ Sak E-3/97 Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS, avsnitt 77

⁵¹⁶ Graver (2006) s. 169

andre (legale) forpliktelser, vil avtalens konkurransebegrensende 'deler' ikke kunne brukes som forsvar mot erstatningsplikten.⁵¹⁷

Selv om vi forutsetter at hele avtalen 'berøres' av forbudet, vil det etter mitt syn være betydningsfullt hva det konkrete misligholdet består i. I de tilfeller hvor misligholdet består av at den erstatningspliktige har handlet på en måte som fremmer konkurransen (eller unnlater å handle konkurransebegrensende), vil erstatningsplikten være et resultat av at parten handler i samsvar med lovgivningen. Dette kan tenkes f. eks hvor en lisenshaver lanserer et produkt på et geografisk område hvor avtalen nekter han å konkurrere, eller som i *Terra Armata*-saken hvor Tensacciai innga tilbud i strid med avtalens konkurranseforbud. Etter mitt syn vil det kunne virke støtende om en part kan vinne frem med et erstatningskrav på denne bakgrunn. I de tilfeller hvor parten har misligholdt andre 'berørte' forpliktelser synes det imidlertid å være mindre grunn til å reagere. Dersom eksempelvis en distributør misligholder betalingen til leverandøren og blir pålagt en erstatningsplikt som følge av dette, synes det vanskeligere å anse erstatningen som 'støtende mot rettsordenen' (selv om hele kontrakten i en konkurranserettslig vurdering anses som 'berørt').

Spørsmålet om delvis ugyldighet var oppe i *Marketing Displays*-saken. Gerecshof i Haag foretok her en ordinær konkurranserettslig vurdering av hvorvidt hele partenes avtale var 'berørt' av forbudet. Da retten la til grunn at denne vurderingen som utgangspunkt var overlatt til nasjonal rett, ble domstolen i tillegg konfrontert med et lovvalgsspørsmål.⁵¹⁸ Da domstolen mente at den rett som var valgt av partene (Michigan/USA) ikke var belyst på dette spørsmålet, foretok retten en vurdering på bakgrunn av nederlandsk rett.⁵¹⁹ Domstolen uttalte at den anså det som lite trolig at kontrakten ville blitt inngått uten de konkurransebegrensende vilkår ('i alle fall ikke på de samme vilkår'), og mente da at hele avtalen var ugyldig. Voldgiftsavgjørelsene ble deretter nektet tvangsfullbyrdelse. Denne tilnærmingen illustrerer at nederlandske domstoler anser ethvert brudd på artikkel 101 som stridende mot ordre public. Det kan spekuleres i en situasjon hvor partenes valgte rett hadde vært belyst for domstolen, og hadde ført til at ikke hele avtalen ble ansett 'berørt'. Dette skulle da innebære at partenes lovvalg ville være bestemmende for domstolens ordre public-vurdering. Dette kan ikke være riktig.

Der misligholdet er mer omfattende (eller mindre avgrenset) blir spørsmålet vanskeligere, og vurderingen må nødvendigvis bli konkret og basert på skjønn. Det kan spørres om

⁵¹⁷ For en vurdering av situasjoner hvor slike deler kan skilles ut, se Hjelmeng (2003) s. 202-207.

⁵¹⁸ Slik Whish (2009) s. 313. Motsatt Hjelmeng (2003) s. 203-204.

⁵¹⁹ En slik tilnærming til lovvalget kan i seg selv kritiseres, jfr. Moss (2010) med kritikk av tilsvarende tilnærming i Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 53.

domstolen har mulighet for å kjenne voldgiftsdommen uvirksom med virkning for deler av erstatningsutmålingen. En slik mulighet må i så fall ha sitt grunnlag i voldgiftslovens § 43/46 tredje ledd, hvoretter voldgiftsdommen bare kan kjennes uvirksom for den ”del” som rammes av uvirksomhetsgrunnen. Dersom voldgiftsdommen ikke selv har delt inn erstatningsutmålingen i forskjellige poster etter partenes påstander, er det imidlertid vanskelig å se at domstolen skal kunne dele opp erstatningsbeløpet på egenhånd.⁵²⁰ Så lenge erstatningen ikke kan deles opp, kan det alternativt foretas en vurdering av hvor mye av misligholdet som relaterer seg til konkurransebegrensningen, og la dette få innvirkning på hvorvidt (hele) voldgiftsdommen skal kjennes uvirksom eller ikke. En slik vurdering vil imidlertid gjerne kunne være vanskelig i seg selv, og vil måtte være svært konkret. Etter mitt syn er det gode grunner til at domstolen bør være forsiktig med å kjenne avgjørelsen uvirksom med mindre erstatningen ’åpenbart’ relaterer seg til konkurransebegrensende forpliktelser.

5.3.1.3 Betydningen av partenes forhold

Voldgiftsdommens virkninger vil naturligvis kunne gå kraftig ut over den part som er pålagt erstatningsansvar. Rent økonomisk vil denne være pålagt å dekke den andres positive kontraktsinteresse, uten å ha mulighet til selv å nyte godt av avtalen. Det er likevel liten grunn til å komme tapende part til unnsetning igjennom ordre public. For det første vil parten selv ha inngått den ugyldige avtalen, og vil ha gjennomført en voldgiftsbehandling av kravet. For det andre vil parten rent faktisk også være skyldig i kontraktsbrudd. Det sentrale vil heller være hvorvidt det vil virke støtende mot rettsordenen at domstolen håndhever voldgiftsdommen til fordel for den berettigede. Lee uttaler at;

“the rationale of the [public] policy is that the courts are not inclined to lend their aid to a party who founds its cause of action on an illegal and immoral act. The [public] policy objection is not raised for the sake of the party from whom relief is sought but rather because of the courts’ unwillingness to lend their aid to the party seeking relief”.⁵²¹

⁵²⁰ Jfr. Rt. 2009 s. 1590, særlig avsnitt 37-43 hvor Høyesterett kjenner en voldgiftsdom uvirksom hva gjelder erstatningsutmålingen, men ikke ansvarsgrunnlaget. Løsningen må gjelde tilsvarende etter voldgiftsloven, jfr. Voldgiftsloven Kommentartutgave (2007) s. 261.

⁵²¹ Lee (1998) s. 11, noter utelatt. Slik også Waller J i *Soleimany mot Soleimany*, avsnitt 49

Dette betyr ikke at partenes forhold vil være irrelevant, heller tvert om, men dette må primært vurderes ut fra domstolens ståsted. Det er hensynet til den allmenne rettsfølelse som skal ivaretas, ikke hensynet til partene.⁵²² Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1996 s. 502 viser likevel at det i helt ekstraordinære situasjoner kan være grunn til å legge vekt på hensynet til den som er pålagt erstatningsplikten.

Etter mitt syn må det være av sentral betydning om partene (og da primært parten som er tilkjent erstatningen) har hatt som formål å begrense konkurransen i strid med artikkel 101.⁵²³ Det synes støtende om denne parten, gjennom en erstatning for positiv kontraktsinteresse, kan oppnå den økonomiske ekvivalent av en omgåelse av bestemmelsen. Har de ikke hatt et slikt formål, synes det å være mindre grunn til å gripe til ordre public. Det er også mulig at trusselen om at voldgiftsavgjørelsen kan kjennes uvirksom i slike tilfeller vil kunne ha en viss avskrekkende effekt.⁵²⁴

Også andre forhold kan være av betydning. Det kan hevdes at rettsfølelsen vil være mer krenket der styrkeforholdet mellom partene er svært ubalansert, og det er den sterkere part som er tilkjent erstatning. Dette kan typisk være tilfelle hvor den aktuelle avtalen i seg selv er mindre omfattende, men avtalen er del av et større nettverk av avtaler.⁵²⁵ Det kan også være av betydning om den konkurransebegrensende avtalen (eller klausulen) primært er i den erstatningsberettigede parts interesse, og er kanskje også er innført etter initiativ fra denne.⁵²⁶ Dette forholdet vil gjerne gjøre seg gjeldende i vertikale avtaler, eksempelvis hvor en distributør er pålagt en (ensidig) eksklusivitetsforpliktelse. På den andre siden vil det i slike tilfeller sjeldent være snakk om et 'åpenbart' brudd på artikkel 101.

⁵²² En voldgiftsdom kan da heller ikke kjennes uvirksom fordi den anses 'urimelig', jfr. Mæland (1988) s. 198-199 og Dom av 3. mai 2002, Oslo Tingrett (TOSLO-2000-5838).

⁵²³ Slik også vektlagt i Rt. 2004 s. 1582, avsnitt 35 (som gjaldt betalingsplikt for 'tilleggssum' etter omgåelse av konsesjonsreglene) og Rt. 1996 s. 46, s. 51 og mindretallet s. 53 ('*Nimbus*-dommen', resitusjonsplikt etter omgåelse av selskapsrettslige stemmerettsbegrensninger). Se nærmere om betydningen av dette i kapittel 5.2.1.4 og 5.2.2.5.

⁵²⁴ Jeg finner det naturlig å kommentere dette nærmere under effektivitetsprinsippets rekkevidde under.

⁵²⁵ Jfr. *Courage*-saken som behandles nærmere nedenfor.

⁵²⁶ Jfr. Rt. 1995 s. 46, s. 51 og Rt. 2004 s. 1582, avsnitt 39.

5.3.1.4 Konklusjon

Etter mitt syn er det ikke grunn til å utelukke at en voldgiftsavgjørelse som tilkjenner erstatning for brudd på en avtale i strid med artikkel 101 i det konkrete tilfelle vil kunne virke støtende mot rettsordenen. Jeg antar imidlertid at dette bare vil være tilfelle der erstatningen åpenbart relaterer seg til konkurransebegrensende forpliktelser i strid med bestemmelsen, og hvor erstatningsplikten fremstår som særlig støtende. I den sammenheng må det etter mitt syn være sentralt om parten som er tilkjent erstatning har hatt til formål å omgå artikkel 101. At erstatning er utmålt bør ikke være tilstrekkelig, selv der den tidligere overtredelsen er åpenbar. Uvirksomhet skulle da være begrenset til eksepsjonelle tilfeller, eksempelvis hvor en part er pålagt erstatningsplikt for å ha brutt ut av et priskartell.

5.3.2 EU-rettslige føringer: Effektivitetsprinsippets rekkevidde

Det skal her undersøkes om løsningen som ble presentert over, vil gjøre håndhevelsen av artikkel 101 'umulig eller uforholdsmessig vanskelig'. Forutsetningen for at EU-retten overhodet vil kunne legge føringer på dette spørsmålet, vil være at mislighodet knytter seg til forpliktelser som er 'berørt' av forbudet i artikkel 101.⁵²⁷ Det forutsettes derfor at dette vilkåret er oppfylt.

I kapittel 5.2.3 ble det argumentert for at et vilkår om 'åpenbart brudd', vil la seg opprettholde under effektivitetsprinsippet. I tillegg ble det antatt at voldgift som frivillig, privat og alternativ tvistløsningsmetode ikke gjør det 'umulig eller uforholdsmessig vanskelig' *for partene* å håndheve sine rettigheter etter artikkel 101. Etter mitt syn vil disse betraktninger gjelde tilsvarende eller enn mer hvor voldgiftsavgjørelsen ikke opprettholder en konkurransebegrensende virkning. Spørsmålet her begrenser seg derfor til hvorvidt kravet om at erstatningsdommen skal være 'støtende mot rettsordenen', vil være til hinder *offentlighetens interesse* i en effektiv håndhevelse av artikkel 101.

Artikkel 101(2) går i seg selv ikke går lenger enn å si at en avtale som er i strid med bestemmelsen er ugyldig.⁵²⁸ Hvilke øvrige rettsvirkninger som vil inntre, følger altså ikke direkte av bestemmelsen. Tradisjonelt har det også vært antatt at de øvrige sivilrettslige

⁵²⁷ Sak E-3/97 Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS, avsnitt 77

⁵²⁸ "Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void."

virkningene av avtalens ugyldighet som utgangspunkt er underlagt nasjonalstatenes regulering.⁵²⁹ Som antydnet i kapittel 4.5, står nasjonalstatene imidlertid ikke helt fritt i så måte. ECJ har ved flere anledninger, igjennom en teleologisk tolkning av bestemmelsen, oppstilt krav til hvilke virkninger ugyldigheten må få, noe som også illustreres av *Eco Swiss*.⁵³⁰ At EU-retten stiller slike krav, ble enn mer klart i *Courage*-saken, hvor domstolen uttalte at;

“Since the nullity referred to in Article 85(2) is absolute, an agreement which is null and void by virtue of this provision has no effect as between the contracting parties and cannot be set up against third parties. Moreover, it is capable of having a bearing on all the effects, either past or future, of the agreement or decision concerned”.⁵³¹

Ugyldighetsregelens primærfunksjon er å stanse pågående konkurransebegrensninger og gjenopprette konkurransen i markedet.⁵³² Når en nasjonal domstol blir konfrontert med spørsmålet om å håndheve en voldgiftsavgjørelse som tilkjenner erstatning for et tidligere kontraktsbrudd, vil denne funksjonen ikke være truet. Generelt er det likevel grunn til å anta at en adgang for partene til å misligholde den konkurransebegrensende avtalen ansvarsfritt, kan spille en sentral rolle for å oppnå ugyldighetsregelens primærfunksjon. En muligheten for å få erstatning for kontraktsbrudd *ex post*, vil gi partene *incentiver* til å inngå konkurransebegrensende avtaler *ex ante*. Tilsvarende vil gjelde for incentivene til å tre ut av avtaleforholdet: Om en part vet at han kan gjøre dette ansvarsfritt, vil han åpenbart ha mye lettere for å sette en stopper for den konkurransebegrensende adferden.⁵³³ På denne måten vil en regel om ansvarsfrihet ved kontraktsbrudd bidra til å fremme konkurransereglens effektivitet. Hjelmeng antar på denne bakgrunn at EU/EØS-retten

⁵²⁹ Jfr. Hjelmeng (2003) s. 197 med videre henvisninger i note 10, Ryssdal (2003) s. 299 og Shelkopyas (2003) s. 339.

⁵³⁰ Hjelmeng (2003) uttaler at; ”Hovedpoenget må være at rettsfølgene så langt det er mulig, tilpasses slik at forbudets formål realiseres” (s. 198).

⁵³¹ Sag C-453/99 *Courage Ltd mot Crehan*, avsnitt 22 (henvisninger utelatt). Se mer om *Courage* nedenfor.

⁵³² Jfr. Hjelmeng (2003) s. 201

⁵³³ Hjelmeng (2003) s. 202 og Landolt (2006) p. 7-105.

”sannsynligvis [vil] utelukke en regel i nasjonal rett som for eksempel lar partene bygge sitt økonomiske mellomværende på avtalen”.⁵³⁴

Spørsmålet er imidlertid om dette også vil medføre at en voldgiftsavgjørelse om tilkjenner erstatning i strid med dette, må kjennes uvirksom av en nasjonal domstol. I denne sammenheng skal det bemerkes at det ikke være snakk om å gi partene en *mulighet* for å få erstatning, men å kjenne uvirksom en konkret voldgiftsavgjørelse hvor retten *har* utmålt erstatning. Nasjonal rett vil derfor ikke i alminnelighet ’la partene bygge sitt økonomiske mellomværende på den ugyldige avtalen’, men heller gi partene en mulighet for å avgjøre dette med endelig virkning for en voldgiftsdomstol. På den andre siden vil partene, dersom de først er klar over at slike avgjørelser ikke vil bli kjent uvirksomme, kunne velge å inngå kontrakten med en tilhørende voldgiftsklausul, i den tro at ansvar kan gjøres gjeldende ved mislighold. Dette forutsetter imidlertid at partene har til formål å omgå forbudet i artikkel 101, noe som også vil bli tillagt betydelig vekt ved spørsmålet om å kjenne avgjørelsen uvirksom. Det vil også forutsette at partene antar at voldgiftsretten ikke vil gripe inn, noe som slett ikke er sikkert på det tidspunkt hvor kontrakten inngås.⁵³⁵ Faren for spekulasjon synes derfor å være liten.

Selv om effektivitetshensyn til en viss grad kan tale for at en voldgiftsavgjørelse som tilkjenner erstatning til en part for mislighold av en konkurransebegrensende avtale, må dette veies mot hensynet til en effektiv håndhevelse av voldgiftsavgjørelser. Etter dette antar jeg at EU-rettens krav på effektiv håndhevelse av artikkel 101, ikke vil *kreve* at slike voldgiftsavgjørelser kjennes uvirksomme i større grad enn hva følger av løsningen over.⁵³⁶

⁵³⁴ Hjelmeng (2003) s. 202.

⁵³⁵ Jfr. Kapittel 5.2.3.2.

⁵³⁶ Slik også Hjelmeng (2003) s. 201, dog under henvisning til ’grove brudd’. Jfr. også Landolt (2006) i forhold til erstatningskrav fra skadelidende tredjeparter: ”It may be observed, however, that, while maintaining the imperativity of even these principally “private” effects of EC competition law, the EU legal order would appear to grant some latitude as to how actions seeking damages, are actually dealt with by Member States” (p. 7-106).

Jeg stiller meg også tvilende til hvorvidt ECJ vil kreve at dette i det hele tatt gjøres, slik at rettstilstanden i Frankrike og Belgia må endres.

6 Avhandlingens konklusjoner

Avhandlingen har forsøkt å beskrive europeisk konkurranserett som begrensning på partsautonomien i voldgift. Tilnærmingen har vært å undersøke i hvilken grad en norsk domstol vil kjenne uvirksom en voldgiftsavgjørelse som har lagt partenes lovvalg til grunn.

Avhandlingen har for det første vist at i slike situasjoner må norske domstoler forholde seg til to ulike sett med folkerettslige forpliktelser. For det første skal dommeren i tråd med New York-konvensjonens formål praktisere en snever adgang til å kjenne avgjørelsen uvirksom. For det andre vil domstolen igjennom EØS-avtalens lojalitetsforpliktelse være pålagt å sørge for en effektiv håndhevelse av europeiske konkurranseregler. Avhandlingen har videre vist at ECJs avgjørelse i *Eco Swiss* ikke kan anses for å ha løst de problemene som da oppstår.

Videre er det vist at europeiske domstoler har lagt til grunn svært forskjellige tilnærminger når disse blir konfrontert med en voldgiftsavgjørelse som blir påstått å være i strid med europeisk konkurranserett. Mens nederlandske domstoler har tolket de EU-rettslige krav slik at domstolen vil være forpliktet til å foreta en fullstendig (over)prøving av voldgiftsavgjørelsen, har andre jurisdiksjoner langt til grunn en mer eller mindre begrenset prøving. Fra et praktisk ståsted viser dette at valg av stedet hvor voldgiftssaken skal føres vil være av stor betydning, da avgjørelsen vil kunne kjennes ugyldig ved domstolene i dette landet.

Når det skal trekkes noen konklusjoner for norsk rett, må det først og fremst understrekes at rettstilstanden er uavklart. For situasjonen hvor voldgiftsretten opprettholder en avtale i strid med artikkel 101, har jeg likevel antatt at en voldgiftsavgjøre vil anses som 'støtende

mot rettsordenen', der denne er 'åpenbart' i strid med artikkel 101. Det er lagt til grunn at domstolen ikke bør foreta noen omfattende konkurranserettslig analyse, men bør ha mulighet til å kjenne uvirksom en voldgiftsdom som direkte eller indirekte pålegger en part å handle i strid med artikkel 101. Analysen har da vist at avtaler i formålskategorien regelmessig vil være å anse som et åpenbart brudd, og at enkelte tilfeller av avtaler i effektkategorien kan tenkes å bli omfattet. Løsningen har støtte i svenske og franske rettskilder, og har stor oppslutning i internasjonal litteratur.

Avhandlingen har videre undersøkt nærmere hvorvidt en slik løsning vil la seg opprettholde under effektivitetsprinsippet. Også her er løsningen svært usikker, og endelig svar vil vi ikke få før EU-domstolen tar direkte stilling til dette. Etter mitt syn er det likevel grunnlag for å konkludere med at det er 'rom' i effektivitetsprinsippet for at et krav om åpenbart brudd. Jeg mener videre at et slikt krav i praksis ikke vil medføre en altfor stor begrensning på en effektiv håndhevelse av artikkel 101 i et større perspektiv.

Hva gjelder voldgiftsavgjørelser som tilkjenner erstatning for brudd på en avtale som er i strid med artikkel 101, har jeg lagt til grunn at avgjørelsen bare bør kjennes uvirksom der bruddet er åpenbart og erstatningsutmålingen anses som særlig støtende. Som eksempel på dette er nevnt tilfeller hvor en part er pålagt erstatningsansvar for å ha brutt ut av et priskartell. Jeg har også antatt at det er liten grunn til å tro at effektivitetsprinsippet vil stenge for en slik begrenset adgang til å få avgjørelsen kjent uvirksom i disse tilfeller.

En betraktning som er gjort ved vurderingen av rettskildene (spesielt rettspraksis men også store deler av litteraturen) er at disse i stor grad synes å legge til grunn hva de selv anser som et minstekrav under effektivitetsprinsippet. Dette gjøres imidlertid i stor utstrekning uten at effektivitetsprinsippet blir underkastet en nærmere vurdering. Dette gjelder både for dem som legger til grunn en 'minimalistisk' og en 'maksimalistisk' tilnærming.

Konsekvensen er at de forskjellige tolkninger av *Eco Swiss* får avgjørende betydning. Mens franske domstoler tolker avgjørelsen antitetisk, slik at effektivitetsprinsippet ikke vil legge føringer på domstolens vurdering, antar de nederlandske domstoler at avgjørelsen må kjennes uvirksom i ethvert tilfelle. Dette tyder på at de reelle grensene for partsautonomien i relasjon til europeisk konkurranserett først og fremst må søkes i effektivitetsprinsippet.

7 Kildehenvisninger

7.1 Litteratur

Alvik, Ivar *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift*. Lov og Rett, volum 48 nr. 1, 2009

Andersson, Torbjörn *Rättsskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svensk civilprocessuellt perspektiv*. Uppsala, 1997

Andersson, Torbjörn *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler: En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*. Uppsala, 1999

Andersson, Torbjörn *Svensk skiljedomsrätt og EG:s konkurrensrätt – reflektioner i anledning av EG-domstolens avgörande i Eco Swiss-målet*. I: Juridisk Tidsskrift vid Stockholm Universitet, Volum 1999/2000 nr. 2, s. 443-466, 2000

Baudenbacher, Carl og Imelda Higgins *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*. I: Columbia Journal of European Law, Winter 2002 s. 1-18, 2002

Bensaude, Denis *Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law*. I: Journal of International Arbitration, Volume 22 Issue 3, s. 239-244, 2005

Beraudo, Jean Paul *Egregious Error of Law as Grounds for Setting Aside an Arbitral Award*. I: Journal of International Arbitration, Volume 23, Issue 4, s. 351-36, 2006

Berg, Albert Jan van den, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Haag, 1981.

Berg, Albert Jan van den (red.) *Yearbook Commercial Arbitration Volume VI* s. 821-828, 2003

Berg, Albert Jan van den (red.) *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXXI* s. 808-820, 2006

Berg, Albert Jan van den (red.) *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXXII* s. 282-284, 2007

Berg, Albert Jan van den (red.) *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXXIII* s. 488-494, 2008

Berg, Borgar Høgetveit (red.) *Voldgiftsloven med kommentarer*. Oslo, 2006 [I]

Berg, Borgar Høgetveit og Odd Stemsrud *Voldgiftsretter og EFTA-domstolen – voldgiftslovens gordiske knute? I: Tidsskrift for Forretningsjus* s. 3-9., 2006 [II]

Bertoli, Paolo *The Court of Justice and Private International Law. I: Yearbook of Private International Law*, s. 375-412, 2006

Billiet, Philippe *Arbitrators' means to ensure compliance with competition law and limits of court review on awards in Europe. I: Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators, Volume I* s. 86-97, 2010

Binder, Peter *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdiction*. 3. utg. London, 2009

Blanke, Gordon og Renato Nazzini *Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part I)*. I: *Global Competition Law Review*, Issue 1 s. 46-56, 2008 [II]

Blanke, Gordon og Renato Nazzini *Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part III)*. I: *Global Competition Law Review*, Issue 3 s. 133-147, 2008

Blanke, Gordon *The Arbitration Agreement and Arbitrability - EC Competition Law Claims in International Arbitration. I: Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (red.), Austrian Arbitration Yearbook 2009*, s. 3-92, 2009

Blessing, Marc *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*. Swiss Commercial Law Series Volume 14, 2003

Blessing, Marc *EG/U.S. Kartellrecht in internationalen Schiedsverfahren – 77 Aktuelle Fragen aus der Praxis*. Swiss Commercial Law Series 13, 2002

Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009

Cordes, Jørg og Laila Stenseng *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*. Oslo, 1999

Craig, Paul og Grainne de Búrca *EU Law: Text, Cases, and Materials*. 2. utg. Oxford, 1998

Cremonesi, Carlo og Paolo Neroni *The interaction of arbitration and competition law (“antitrust”) issues*. I: Osbourn and Clarke, Arbitration Matters Newsletter Autumn 2007, http://www.osborneclarke.com/publications/litigation/Arbitration%20Update%20Autumn%202007/9272_pf.asp [sitert 16. april 2010]

Dempegiotis, Sotiris I. *EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003: Conceptual Conflicts, Common Ground, and Corresponding Legal Issues*. I: Journal of International Arbitration, Volum 25, Issue 3 s. 365-395, 2008

Ehlermann, Claus Dieter *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*. I: Common Market Law Review 29 s. 257-282, 1992

EØS-rett. 2. utgave. Sejersted ... [et al.]. Oslo, 2003

Forrester, Ian S. I: Ehlermann, Claus Dieter og Laraine L. Laudati *European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy* s. 359-385, 1998

Fredriksen, Halvard Haukeland *EF-domstolens effektivitetsdoktrine og norsk sivilprosess*. I: Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet, Det juridiske fakultets skriftserie nr. 108, s. 61-70, 2005

Fredriksen, Halvard Haukeland *Om voldgiftretters mulighet til å innhente rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen*. I: Tidsskrift for Forretningsjus s. 177-182, 2006

Fredriksen, Halvard Haukeland *Twisteloven og EØS-Avtalen*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap s. 289-359, 2008

Gaarder, Karsten *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. 3. utg. ved Hans Petter Lundgaard. Oslo, 2000.

Gaillard, Emmanuel og John Savage (eds.) *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999

Gaillard, Emmanuel *Extent of Court Review of Public Policy*. I: New York Law Journal, Volum 237 nr. 65, 2007

Geradin, Damien og David Henry *The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgements*. The Global Competition Law Centre Working Papers Series 03/05, 2005
<http://www.collegeofeurope.net/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2003-05.pdf>
[sitert 21. juli 2010]

Gerven, Walter van, *Of Rights, Remedies and Procedures*. I: Common Market Law Review, Volume 37 Issue 3, s. 501-536, 2000

Giuliano, Mario og Paul Lagarde *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations* i O.J. C 282 ("Giuliano/Lagarde-rapporten"), pp. 1-50, 1980.

Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng *Norsk Konkurranserett*. Bind II. Oslo, 2006

de Groot, Diederik *Arbitration and the Modernisation of EC Competition Law*. I: European Business Law Review, Volume 19 Issue 1, s. 175-189, 2008

de Groot, Diederik *Observations*. I: Stockholm International Arbitration Review, Volume 2, 2005

Gustafson, Åsa og Lorelien Hoet *Eco Swiss-målet: Några kommentarer*. I: Ny Juridik
Volum 4 s. 84-101, 1999

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003

Heitzmann, Pierre og Jacob Grierson *SNF v. Cytec Industrie: National Courts within the
EC apply different standards to review International Awards allegedly contrary to Article
81 EC*. I: Stockholm International Arbitration Review 2007: 2 s. 39-49, 2007

Hellner, Michael *Internationell Konkurrensrett. Om främmande konkurrensrätts
tillämpelighet i svensk domstol*. Uppsala, 2000

Hess, Burkhard, Thomas Pfeiffer og Peter Schlosser *Report on the Application of
Regulation Brussels I in the Member States (The Heidelberg Report)*, 2007

Hjelmeng, Erling *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*. Bergen, 2003.

Houtte, Hans van *Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty – A State of Affairs*. I: ASA
Bulletin Volume 23, Issue 3, s. 431-448, 2005 [I]

Houtte, Hans van *Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?* I:
Arbitration International Volume 21, Issue 4, s. 509-512, 2005 (II)

Hov, Jo *Rettergang*. Bind I. 2. utgave. Oslo, 2007

Jenard, P. *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in
civil and commercial matters*, EU-dok: OJ 1979 C-59, 1979

King, Brian D. og Alexandra Schlupe *Application of Article V of the New York Convention
in the Netherlands*. I: Journal of International Arbitration, Volum 25 Issue 6 s. 759-770,
2008

Kling, Edward *Court Review of Antitrust International-Arbitral Awards*. I: New York Law
Journal, Volum 238 nr. 26, 2007

Koch, Christopher *The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin*. I: Journal of International Arbitration, Volume 26 Issue 2 s. 267-292, 2009

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal *Norsk Konkurranserett*. Bind I. Oslo, 2007

Komninos, Assimakis P. *Case C-129/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, Judgement of 1 June 1999, Full Court*. I: Common Market Law Review 37 s. 459-478, 2000

Komninos, Assimakis P. *Assistance to Arbitral Tribunals in the Application of EC Competition Law*. I: Ehlermann, Claus Dieter og Isabela Atanasiu (red.), European Competition Law Annual 2001 s. 363-387, 2003

Komninos, Assimakis P. *Dutch Court Refuses to Enforce US Arbitral Awards on Public Policy Grounds for Violation of EU Competition Law*. I: International Dispute Resolution, White & Case Newsletter, Volume 19 nr. 2 June, s. 5-7, 2006

http://www.whitecase.com/files/Publication/066e6fad-58c3-4022-ae26-0192d97fb953/Presentation/PublicationAttachment/480e954b-1f96-454b-a357-020f934b03f0/International_Dispute_Resolution_Newsletter_June_06.pdf

[sitert. 12. juni 2010]

Komninos, Assimakis P. *“Transient” and “Transitional” Voidness of Anti-competitive Agreements: A Non-issue and an Issue*. I: European Competition Law Review 28(8), s. 445-450, 2007

Komninos, Assimakis P. *Arbitration and damages actions post-white paper: Four common misconceptions*. I: Global Competition Litigation Review 2009 s. 16-28, 2009

Krokeide, Kjetil *Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 132-227, 1979

Landolt, Phillip *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2006

- Landolt, Phillip *Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements*. I: *Arbitration International*, Volum 23 Issue 1, 2007 s. 63-92
- Landolt, Phillip *Judgement of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 – A Commentary*. I: *European Business Law Review* 2008 s. 129-145, 2008
- Lee, Stephen *Restitution, Public Policy and the Conflict of Laws*. I: *University of Queensland Law Review*, s. 1-37, 1998
- Liebscher, Christoph *European Public Policy after Eco Swiss*. I: *American Review of International Arbitration*, s. 81-94, 1999
- Liebscher, Christoph *European Public Policy – A Black Box?*. I: *Journal of International Arbitration* Volum 17 Issue 3, s. 73-88, 2000
- Lindskog, Stefan *Skiljeförfarande: En kommentar*, 2005
- Meidanis, Haris P. *Public policy and ordre public in private international law of the EU: Traditional Positions and modern trends*. I: *European Law Review* 2005, s. 95-110, 2005
- Meulemeester, Dirk de og Maud Piers *Brussels Court, Judgement R.G. 2005/7721/A of 8 March 2007, SNF SAS (F) v. Cytec Industrie (NL) – Merits Revisited? Arbitral Award, Public Policy and Annulment – The Belgian Experience*. I: *ASA Bulletin*, Volum 25 Issue 3, s. 630-642, 2007.
- Monsen, Erik *EF-domstolens innvirkning på norsk erstatningsrett*. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 4 s. 238-259, 2006
- Monti, Giorgio *Article 81 EC and Public Policy*. I: *Common Market Law Review* 39 s. 1057-1100, 2002
- Moss, Giuditta Cordero *En mer moderne og systematisk norsk internasjonal privatrett etter Bokhandleren i Kabul-dommen*. Kommer, 2010

Moss, Giuditta Cordero *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift*. I: Lov og Rett, Volum 48 utg. 6, s. 361-373, 2009 [I]

Moss, Giuditta Cordero *Den nye europeiske internasjonale formueretten og norsk internasjonal formuerett*. I: Lov og Rett, volum 48 nr. 2, s. 67–83, 2009 [II]

Moss, Giuditta Cordero *Arbitration and Private International Law*. I: International Arbitration Law Review, Volum 11 Issue 4, s. 153-164, 2008

Moss, Giuditta Cordero *Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 118 (2007) s. 679-717.

Moss, Giuditta Cordero *International commercial arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules*. Oslo, 1999.

Moss, Giuditta Cordero *Fortellinger om en bok og et besøk – noen kommentarer til lovvalgsdommen I saken om «Bokhandleren i Kabul»*. I: Nytt i Privatretten nr. 1, 2010

Mourre, Alexis og Luca G. Radicati di Brozolo *Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back*. I: Journal of International Arbitration Volume 23 Issue 2 s. 171-188, 2006

Mourre, A. *Note to SNF v Cytec, Cass. 4 June 2008* I: Journal de droit international, s. 1107-1134, 2008

Mourre, A. *Dissenting opinion on a dangerous project* I: European Business Law Review, s. 219-231, 2008

Mourre, A. *Note to SNF/Cytec*. Clunet 2008, s. 1107-1134, 2008

Möller, Gustaf *Om skiljeförfarande och konkurrensrätt*. I: Tidsskrift utg. av Juridiska föreningen i Finland, Volum 140 s. 455-469, 2004

Mæland, Henry John *Voldgift*. Bergen, 1988

Nazzini, Renato *Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure Evidence and Remedies*. Oxford, 2004

Prechal, Sacha *Community Law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel*. I: Common Market Law Review Volume 35, s. 681-706, 1998

Prechal, Sacha og Natalya Shelkopyas *National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond*. I: European Review of Private Law Volume 12, Issue 5, s. 589-611, 2004

Radicati, Luca G (di Brozolo) *Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration – a fresh look at the "second look"*. I: International Arbitration Law Review 2004 s. 23-37, 2004

Radicati, Luca G di Brozolo *L'illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)*. I: Revue de l'Arbitrage, Volum 2005 Issue 3, s. 529-560, 2005

Radicati, Luca G di Brozolo *Chapter 35: Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings*. I: Blanke, Gordon og Phillip Landolt (red.), EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, Kommer 2010

Redfern, Alan og Martin Hunter *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Thomson Sweet & Maxwell, 2004

Ristvedt, Per M. og Ola Ø. Nisja *Alternativ Tvisteløsning*. Oslo, 2008

Robberstad, Anne *Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten*. I: Lov og Rett Volum 41 utg. 4, s. 195-223, 2002

Robberstad, Anne *Rettskraft*. Bergen, 2006

Ryssdal, Anders *Voldgift og EUs konkurranserett – domstolenes kontrollerende funksjon*. I: Festskrift til Carsten Smith – Rettsteori og rettsliv s. 668-686, 2002

Ryssdal, Anders *Joint Ventures – en konkurranserettslig analyse*. Oslo, 2003

Sanders, Pieter (red.) *Yearbook Commercial Arbitration Volume VI - 1981*, s. 237 – 242

Schmitthoff, Clive M. *Arbitration and EEC Law*. I: Common Market Law Review, Volum 24 s. 143-157, 1987

Shelkopyas, Natalya *European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash*. I: European Business Organization Law Review 3 s. 569-591, 2002

Shelkopyas, Natalya *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*. Groningen, 2003

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2. utgave. Oslo, 2001

Skogly, Trond og Alf I. Kirkesæther *Konkurranserett*. Oslo, 2000

Skrifter fra Konkurransetilsynet 1/2001 *Sanksjonering – er det verdt prisen? Om sanksjonering under konkurranseloven*.

Snijders, Henk *Interpretation of National Rules for ex officio Raising of Points of Community Law by National Courts*. I: Snijders, Henk og Stefan Vogenauer (red.), Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law, s.133-157, 2010

Thomasi, Thierry *The Paris Court of Appeal looks at a request for the annulment of an award for breach of EC competition law: a first application in France of the principles laid down by the ECJ in Eco Swiss*. I: International Arbitration Law Review Volum 8(2) s. 55-57, 2005

Thue, Helge J., *Internasjonal privatrett – Personrett, familierett og arverett*. Oslo, 2002

Tridimas, Takis *The General Principles of EU Law*. Oxford University Press, 2006

Verbruggen, Caroline *Cytec v. SNF judgement: the end of a Belgian-French dispute? I*:
DLA Piper International Arbitration Newsletter, 13. august 2009,
<http://www.dlapiper.com/cytec-v-snf-judgment:the-end-of-a-belgian-french-dispute/> [sitert
8. april 2010]

Volders, Bart og Valentin Rétornaz *Challenging an arbitral award for infringement of
Competition Law: The Terra Armata decision of the Swiss Federal Tribunal of 8 March
2006*. I: Yearbook of Private International Law, s. 307-320, 2006

Voldgiftsloven Kommentaarutgave. Kolrud ... [et al.]. Oslo, 2007

Ward, Angela *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*. Oxford, 2000

Werlauff, Erik *Fælleseuropæisk Procesret: Europaretlige krav til dansk retspleje*. 2. utg.
København, 2000

Whish, Richard *Competition Law*. 6 utg. Oxford, 2009

Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ) *OLG Dresden: Berücksichtigung von
Einwendungen gegen den Schiedsspruch im Vollstreckbarerklärungsverfahren*. Issue 4,
2005

Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ) *Zum Umfang der Überprüfungskompetenz
des Vollstreckungsgerichts nach erfolglosem Aufhebungsverfahren im Ursprungsstaat*.
Issue 1, 2008

Zekos, Georgios I. *International Commercial and Marine Arbitration*. 2008

7.2 Norske rettskilder

Norsk lovgivning

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske lov) av 15. april 1687
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6 (opphevet)
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
- 1964 Lov om mellomfolkeleg-privatrettslege regler for lausøyrekjøp (kjøpslovvalgsloven) av 3. april 1964 nr. 1.
- 1969 Lov om skadeerstatning av 36. juni 1969 nr. 26
- 1974 Lov om vegfraktavtaler (veifraktavtaleloven) av 20. desember 1974 nr. 64
- 1992 Lov om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven) av 19. juni 1992 nr. 56.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109
- 1992 Lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr. 111.
- 1993 Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (Tidl. Konkurranseloven) (Opphevet) av 11. juni 1993 nr. 65.
- 1993 Lov om luftfart (luftfartsloven) av 11. juni 1993 nr. 101
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34

- 2004 Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 11
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

Norske lovforarbeider

- NOU 2001:33 Lov om voldgift (voldgiftsloven)
(<http://www.regjeringen.no/Rpub/NOU/20012001/033/PDFA/NOU200120010033000DDDPDFA.pdf>)
- Ot.prp.nr 72 (1991-1992) Om lov om lovvalg i forsikring, lov om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 om fri bevegelighet for arbeidstakere m.v innenfor EØS og lov om endringer i enkelte lover som følge av EØS-avtalen
- Ot.prp.nr 27 (2003-2004) Om lov om voldgift
- Ot.prp.nr 6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Inst.O.nr 50 (2003-2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.

Norsk rettspraksis

Rt. 1931 s. 1185 HR-1999-493-K

Rt. 1935 s. 330 Rt.2002 s.180

Rt. 1935 s. 528 Rt. 2004 s. 1582

Rt. 1983 s. 461 Rt. 2005 s. 1590

Rt. 1993 s. 312 Rt. 2006 s. 1008

Rt. 1995 s. 46 Rt. 2008 s. 1623

Rt. 1996 s. 1288 Rt. 2009 s. 1537

Borgarting lagmannsretts kjennelse av 11. juli 2007, LB-2007-71963 (RG 2007 s. 1461)

Borgarting lagmannsretts dom av 18. mai 2009, LB-2008-136865

Beslutning av Vardø Namsrett av 10. juli 2002, TVARD-2001-284

Dom av 3. mai 2002, Oslo Tingrett (TOSLO-2000-5838)

Øvrige norske kilder

Høringsbrev av 13. juni 2003. Grønnbok om mulige endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område

7.3 EU/EØS-rettslige kilder

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sag C-26/62 Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Den nederlandske Finansforvaltning, ECR English Special Edition s. 1

Sag C- 6/64 Flaminio Costa mot E.N.E.L., ECR English Special Edition s. 585

Sag C-56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), Saml. 1965-68 s. 282

Forente saker C-56/66 og C-58/66 Consten & Grundig, ECR 1966 s. 299.

Sag C-23/67 Brasserie de Haecht SA mot Consorts Wilkin-Janssen, ECR 1968 s. 407

Sag C-5/69 Franz Völk mot S.P.R.L. Ets J. Vervaecke, ECR 1969 side 295

Sag C-127/73 Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior, ECR 1973 s. 77

Sag C-26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot Kommisjonen, Saml. 1977 s. 2875

Sag C-33/76 Rewe-Zentralfinanz eG og Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, Saml. 1976 s. 1989

Sag C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA, Saml. 1978 s. 629

Sag C-102/81 Nordsee mot Reederei Mond mfl., Saml. 1982 s. 1095

Forente saker C-29//83 og C-30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA og Rheinzink GmbH mot Kommisjonen, ECR 1984 s. 1679

Sag C-243/83 SA Binon & Cie mot SA Agence et messageries de la presse, ECR 1985 s. 2015

Sag C-42/84 Remia mot Kommisjonen, ECR 1985 s. 2545

Forente saker C-46/87 og 227/88 Hoechst AG mot Kommisjonen, Saml. 1989 s. 2859

Sag C-190/89 Marc Rich & Co. AG mot Società Italiana Impianti PA, ECR 3855

Sag C-430/93 og C-431/93 (forente saker) Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, Saml. 1995 s. 4705

Sag C-312/93 Peterbroeck, Van Campenhout og Cie SCS mot Belgia, Saml. 1995 s. 4599

Sag C-393/92 Municipality of Almelo og andre mot NV Energiebedrijf Ijsselmij, ECR 1994 s. 1477

Sag C-326/96 Levez mot Jennings (Harlow Pools), Saml. 1998 s. 7835

Sag C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV. Saml. 1999 s. 3055

Sag C-7/98 Dieter Krombach mot André Bamberski, ECR 2000 s. I-01935

Sag C-38/98 Renault SA mot Maxicar SpA og Orazio Formento, ECR 2000 s. I-02973

Sag C-453/99 Courage Ltd mot Crehan, ECR 2001 s. I-6297

Sag C-453/00 Kühne og Heitz mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren, ECR 2004 s. I-00837

Sag C-63/01 Samuel Sidney Evans mot Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and Motors Insurers' Bureau, ECR 2003 s. 14447

Forente saker C-295/04 til C-298/04 Vincenzo Manfredi m. fl. mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m. fl, ECR 2006 s. I-06619

Sag C-168/05 Elisa María Mostanza Claro mot Centro Móvil Milenium SL, ECR 2006 s. I-10421

Sag C-222/05 til C-225/05 (forente saker) J. van der Weerd og andre mot Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Saml. 2007 s. 4233

Sag C-238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito SL mot Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), ECR 2006 s. 11125

Sag C-8/08 T-Mobile m.fl mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ECR 2008 s. 8637

Førsteinstansretten

Sag T-148/89 Tréfilunion SA mot Kommisjonen, ECR 1995 *side II-01063*

Sag T- 17/93 Matra Hachette SA mot Kommisjonen, ECR 1994 s. 595

Forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 European Night Services Ltd (ENS) m.fl mot Kommisjonen, ECR 1998 side II-03141

Sag T-213/00 CMA CGM mot Kommisjonen, ECR 2003 Side II-00913

Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Forslag til avgjørelse i Sag C-430/93 og C-431/93 (forente saker) Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten av Generaladvokat Jacobs, levert 15. juni 1995.

Forslag til avgjørelse i Sag C-312/93 Peterbroeck, Van Campenhout og Cie SCS mot Belgia av Generaladvokat Jacobs, levert 4. mai 1994.

Forslag til avgjørelse i sak C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd. mot Benetton International BV av Generaladvokat A. Saggio, levert 25. februar 1999.

Forslag til avgjørelse i sak C-453/99 Courage Ltd mot Crehan av Generaladvokat Mischo, levert 22. mars 2001.

Forslag til avgjørelse i sak C-63/01 Samuel Sidney Evans mot Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and Motors Insurers' Bureau av Generaladvokat Alber, levert 24. oktober 2002

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

Sak E-3/97 Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS, REC 1998 s. 1

Sak E-1/04 Fokus Bank, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11

Sak E- 7/01 Hegelstad, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 310

Avgjørelser av EU Kommisjonen

Kommisjonsavgjørelse av 5. juli 2000 Nathan-Bricolux, OJ (2001) L 54/1

Forordninger

Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices

Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements

Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements

Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters (*Brussels I*)

European Parliament and of the Council Regulation No 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (*Rome I*)

European Parliament and of the Council Regulation No 864/2007 of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (*Rome II*)

Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

Kommisjonens retningslinjer og øvrige EU-kilder

Commission White Paper on Damages actions for breach of EC antitrust rules av 2. April 2008, COM(2008) 165 final,

Commission Report on Competition Policy 2008 av 23. juli 2009, COM(2009) 374 final,

Commission Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters av 21. April 2009, COM(2009) 175 final,

Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ (2004) C-101/97

Commission Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ (2004) C-101/02

Commission Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, OJ (2001) C-3/02

Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis), OJ (2001) C-368/07,

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty, OJ (1998) C 9

Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, OJ (2006) C-210/02

Commission Guidelines on Vertical Restraints, SEC/2010/0411 final

Europaparlamentets Resolusjon A-3-0318/94, Resolution on encouraging recourse to arbitration to settle legal disputes

7.4 Utenlandske rettskilder

Utenlandske lover

Lagen om skiljeförfarande, 1999:166 (Sverige).

Utenlandske domstolsavgjørelser

Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, U.S Supreme Court, 473 U.S. 614 (1985)

Dom av 19. februar 1998, Court of Appeal (England), Soleimany v Soleimany (APP.L.R. 02/19)

Dom av 13. august 1979, Högsta Domstolen (Sverige), GNMTC vs. Götaverken

Dom av Kartellsenat OLG Dusseldorf, avsagt 21. Juli 2004

Dom av 18. november 2004, Cour d'appel de Paris, Thalès Air Defence mot Euromissile

Dom av 24. mars 2005, Gerechtshof (Court of Appeal) Haag, Marketing Displays International Inc. mot VR Van Raalte Reclame B.V.

Dom av 4. mai 2005, Svea Hovrätt, JSC Latvijas Gaze mot Latvia, Saksnr. T 6730-03.

Dom av 8. mars 2006, Swiss Supreme Court, Tensacciai v. Terra Armata.

Dom av 15. juli 2006, Milan Court of Appeal, *Freysinet Terra Armata S.r.l. v Tensacciai S.p.A*, 1897/06

Dom av 27. desember 2007, Svea Hovrätt. Sak T 3801-06, Norsk Hydro v. Ukraina

Dom av 8. mars 2007, Brussels Court of First Instance, Cytec Industrie mot SNF SAS

Dom av 8. august 2007, OLG Thüringer

Dom av 8. juni 2008, Cour de Cassation (Frankrike), Cytec Industrie mot SNF SAS

Dom av 22. juni 2009, Court of Appeal of Brussels, Cytec Industrie mot SNF SAS

7.5 Konvensjoner og andre internasjonale rettskilder

A/RES/40/72	United Nations General Assembly Resolution 40/72. Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law
Brussel-konvensjonen	Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 1968
E/CONF.26/SR.17	UN Conference on International Commercial Arbitration, Summary Record of the 17 th meeting held at UN headquarters, 3. juni 1958.

(<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-sr/17-N5815630.pdf>)

New York-konvensjonen	Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 1958
Roma-konvensjonen	The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (1980)
UNCITRAL Modellov	The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, ferdigstilt i 1985
Wien-konvensjonen	Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)

