

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Kollektiv dominans etter art. 54 EØS

En analyse av rettspraksis og teori for å finne kollektiv dominans etter  
atferdskontrollen i art. 54 EØS

Kandidatnummer: 542

Leveringsfrist: 25.4.2013

Antall ord: 17 563



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>PROBLEMSTILLINGEN OG AKTUALITET .....</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>ARBEIDSMETODE OG FREMSTILLING .....</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>ØKONOMISK TEORI .....</b>	<b>7</b>
	3.1.1 Frikonkurransse .....	7
	3.1.2 Monopol .....	8
	3.1.3 Oligopol.....	9
<b>4</b>	<b>ATFERDSKONTROLL OG STRUKTURKONTROLL .....</b>	<b>11</b>
	4.1.1 Artikkel 102 .....	11
	4.1.2 Forholdet til fusjonskontrollen .....	14
	4.1.3 Forholdet til art. 101 .....	16
<b>5</b>	<b>RETTSPRAKSIS HAR STILT OPP VILKÅRENE FOR KOLLEKTIV DOMINANS .....</b>	<b>18</b>
5.1	Grunnvilkåret.....	18
	5.1.1 Gjennomsiktighet innenfor oligopolet .....	21
	5.1.2 Gulrot og pisk.....	22
	5.1.3 Andre aktørers muligheter til å unnvike tilpassingen .....	23
	5.1.4 Avsluttende bemerkninger .....	24
5.2	Nærmere om forbindelser mellom oligopolistene .....	24
5.3	Markedsandeler .....	26
5.4	Markedskonsentrasjon .....	27
5.5	Symmetrier .....	28
5.6	Betydningen av konkurranse mellom oligopolistene .....	29
5.7	Selve markedet .....	33
	5.7.1 Kapasitet.....	33

5.7.2	Priser .....	34
5.7.3	Produktet, innovasjon og modenhet .....	35
5.7.4	Etterspørselastisitet og svingninger i etterspørselen .....	37
5.8	Avsluttende bemerkninger om vilkår og vektingen mellom dem .....	41
<b>6</b>	<b>MISBRUK AV DEN DOMINERENDE STILLINGEN .....</b>	<b>44</b>
6.1	Innledning .....	44
6.2	Utnyttende misbruk .....	45
6.3	Konkurransbegrensende misbruk .....	46
6.4	Gjengjeldelsesmisbruk .....	48
6.5	Individuelt misbruk av kollektiv dominans .....	50
<b>7</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER .....</b>	<b>53</b>
<b>8</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>56</b>
8.1	Bøker .....	56
8.2	Artikler .....	56
8.3	Lover, traktater og forordninger .....	57
8.4	Rettspraksis .....	57
8.5	Andre dokumenter .....	58

## 1 Problemstillingen og aktualitet

Kjerneområdet i art. 54 EØS<sup>1</sup>/art. 102 i TFEU<sup>2</sup> er når ett enkelt foretak innehar en dominerende stilling på et relevant marked og misbruker denne stillingen. Problemstillingen i denne oppgaven knytter seg til en utvidelse av kjerneområdet, nemlig situasjonen der flere aktører sammen innehar en dominerende stilling, såkalt kollektiv dominans. Siden fokuset her er å undersøke tilfeller der en slik posisjon blir utnyttet kollektivt, ikke enslig, vil den juridiske testen et langt stykke på vei være felles, men den utvides med flere vilkår der det søkes bevist at flere foretak kollektivt har en dominerende stilling. I oppgaven fokuseres drøftelsen på de områdene som kun oppstår eller som fortjener sterkt fokus i saker der kollektiv dominans forsøkes bevist.

Problemstillingen er kun relevant innenfor markeder som kan karakteriseres som oligopol<sup>3</sup>. Store deler av næringslivet faller utenfor denne definisjonen, men det gjør ikke at kollektiv dominans er en uaktuell problemstilling. Det er ingen begrensninger på omfanget av markedet for at det skal kunne være et oligopol. Et marked for dekkforhandlere i en liten småby kan være et oligopol og store transnasjonale selskap som selger en vare på verdensmarkedet kan være i et oligopolmarked. Det er typisk disse store sakene som får mest oppmerksomhet fra konkurransemyndigheter og medier. Konkurransen mellom Boeing og Airbus er et eksempel på et oligopolmarked på stor skala som får mye oppmerksomhet<sup>4</sup>.

Tettheten av oligopol i økonomien er avhengig av mange forskjellige faktorer, og det kan oppstå på mange forskjellige måter. Dersom det er en tendens til økende fusjonering i et marked kan det bidra til at vi står igjen med få og store aktører. Oligopol kan oppstå naturlig, eksempelvis i sektorer med tydelige innslag av stordriftsfordeler kan de mest effek-

---

<sup>1</sup> Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen)

<sup>2</sup> Traktaten om Den Europeiske Unions virkemåte. OJ ref. 9.5.2008, C 115/47. Referert til som TFEU.

<sup>3</sup> Se avsnitt 3.1.3

<sup>4</sup> Se Krugman (2008) side 269-271 for en fremstilling om Airbus og Boeing

tive aktørene utkonkurrere andre og vi står igjen med få aktører<sup>5</sup>. Ingen av disse tilfellene trenger å være negativt for konkurransen. I de fleste tilfeller utvikler markedet seg som det gjør på grunn av at aktørene tar rasjonelle beslutninger. Konsolidering av markeder er som regel positivt siden det er *de beste* som overlever. Det ingen grunn for konkurranseretten å beskytte ineffektive aktører. Tidligere Kommisær for konkurranse, Neelie Kroes, formulerte i en tale fra 2005 hva som er, og bør være, målet ved anvendelsen av art. 102/ art. 54:

"My own philosophy on this is fairly simple. First, it is competition, and not competitors, that is to be protected. Second, ultimately the aim is to avoid consumers harm."<sup>6</sup>

Oppgaven vil vise at det ikke er entydig om oligopoler er bra eller dårlig for forbrukere. Det kan gå begge veier, og gjennom oppgaven vil det pekes på mulige problemområder og hvordan konkurransemyndighetene kan benytte atferdskontrollen i art. 102/art. 54 til å sanksjonere uønsket atferd.

Oppgaven har art. 54 EØS som sitt utgangspunkt. Art. 54 er bygd opp på samme måte og er ment å speile art. 102 i TFEU. Selv om problemstillingen sikter til art. 54 vil oppgaven handle om hva EU-retten har lagt til innhold i art. 102. Dette fordi saksomfanget er mye større under EU-domstolenes rettspraksis etter 102. Det er ikke ment at art. 54 skal utvikle seg på noen annen måte enn sin tvillingbror i TFEU. I art. 6 EØS er prinsippet om en enhetlig tolkning av like bestemmelser i EØS og EU. Dette er grunnlaget for at oppgaven vil ta utgangspunkt i EU-retten og forutsette en identisk utvikling under art. 54 EØS.

---

<sup>5</sup> Petit og Henry (2010) avsnitt II

<sup>6</sup> Tale Neelie Kroes 23/9-2005. Se litteraturliste for fullstendig henvisning

Denne oppgaven vil i stor grad basere seg på rettspraksis. Art. 102 har flere ganger endret artikkelnummer, noen ganger henviser rettspraksis til art 86, andre ganger til art 82. Gjennom oppgaven vil det konsekvent bli henvist til art. 102 som er dagens nummerering

## 2 Arbeidsmetode og fremstilling

Oppgaven behandler en juridisk problemstilling innenfor konkurranseretten. Ettersom problemstillingen kun er aktuell under visse markedsforhold er det naturlig å inkorporere en del økonomisk teori i oppgaven. De vilkårene som skal gjennomgås vil være knyttet til foretaks atferd. Forutsatt at de drives på en rasjonell måte, baserer foretakene sin atferd på hva som er det beste for bedriftens økonomiske stilling. Med et slikt utgangspunkt er økonomisk teori nyttig med tanke på hva foretakene vil gjøre i fremtiden. Det hjelper oss til å skille mellom hva som forsterker uønsket atferd, som burde bli regulert av konkurransemyndighetene, og hva markedet sannsynligvis kan rette opp selv. Dette gjør det naturlig å ta inn økonomiske argumenter ved gjennomgangen av de enkelte vilkår<sup>7</sup>. Et avsnitt av oppgaven er viet til å forklare den økonomiske markedsteorien som er aktuell innenfor kollektiv dominans. Det vil også bli tatt inn økonomiske argumenter når vi skal vurdere de enkelte vilkårs relevans, slutning og vekt.

Oppgavens hovedfokus er én del av vurderingen når man skal anvende art. 102. 102 er bygd opp slik at først vurderes om vilkåret til *dominerende stilling* er oppfylt, dernest om denne stillingen er misbrukt<sup>8</sup>. Det er mange vilkår som kan bli trukket frem når en skal vurdere dominans. Vilråene som behandles i denne oppgaven vil være de som kun gjør seg gjeldende, eller er særlig relevante, ved kollektiv dominans. Det bygges med andre ord videre på det som allerede er der ved den vanlige vurderingen av enedominans. Fokuset er kun på hva som er spesielt ved kollektiv dominans. Det vil bli en detaljert gjennomgang på hva som skal til for å etablere en slik stilling<sup>9</sup>. Det vil også bli en gjennomgang av noen av de typene *misbruk* som er spesielt relevante dersom vi har et bevist funn av kollektiv dominans<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Se avsnitt 5

<sup>8</sup> Se nærmere forklaring om fremgangsmåte i avsnitt 4

<sup>9</sup> Se avsnitt 5

<sup>10</sup> Se avsnitt 6

Fremstillingen følger et mønster der hvert enkelt vilkår blir gjennomgått på samme måte. Først undersøkes hva vilkåret er, dernest hva det innebærer og til slutt på hvorfor det er et vilkår. Betydningen av de enkelte vilkår vil bli vurdert etter vanlig juridisk metode om relevans, hvorfor passer vilkåret til problemstillingen, slutning, hva kan vilkåret si konkret, og til slutt hvilken vekt det enkelte vilkår har.

Kildematerialet til oppgaven er for det meste rettspraksis. Utviklingen av det juridiske innholdet i begrepet kollektiv dominans har blitt til gjennom noen få, men svært avklarende dommer fra EU-retten, særlig i perioden fra 1995 til 2005. Disse dommene er hovedgrunnlaget for min fremstilling. Rettspraksis suppleres ved å ta inn en del rapporter fra Kommisjonen om kollektiv dominans<sup>11</sup>. Kommisjonen har blant annet gitt ut retningslinjer for hvordan de går frem og hva de fokuserer på ved anvendelsen av art. 102<sup>12</sup> og ved vurderingen av fusjoner<sup>13</sup>. I tillegg til disse har DG Competition flere rapporter om virkningen av kollektiv dominans som er av interesse<sup>14</sup>. Juridisk teori vil også bli brukt i stor grad for å klarlegge og problematisere rundt rettspraksis. Det vil være til stor hjelp ved sammenfatningen av læren om kollektiv dominans til en helhetlig test.

Det vil ikke bli tatt inn noe kildemateriell fra EFTA-domstolen eller vedtak fra ESA. Det er ikke behandlet noen sak, av avklarende betydning, om kollektiv dominans i forbindelse med atferdskontrollen i art. 54 fra disse organene. Dette er ikke unaturlig siden det på konkurranseretts område bygges på et "*one-stop-shop*"-prinsipp i EØS. Det betyr at dersom saken har en EU-rettslig dimensjon så er Kommisjonen konkurransemyndigheten, dersom saken har en EFTA dimensjon er ESA den rette konkurransemyndigheten<sup>15</sup>. De deler aldri denne kompetansen. En EFTA dimensjon er sjelden i praksis siden det forutsetter at samhandelskriteriet er oppfylt med samhandel kun mellom EFTA statene. For foretak fra EF-

---

<sup>11</sup> Ivaldi (2003)

<sup>12</sup> Retningslinjer for art. 102, doknr. C-45/7

<sup>13</sup> Retningslinjer for horisontale fusjoner, doknr. C-31/5

<sup>14</sup> Blant annet Ivaldi (2003)

<sup>15</sup> Se ESA sin hjemmeside om deres kompetanse i konkurransesaker: <http://www.eftasurv.int/competition/the-jurisdiction-of-the-authority/>



TA-land som kan bli etterforsket etter art. 102 eller art. 54 er det sannsynlig at den grenseoverskytende handelen er i flere land enn Norge, Island og Liechtenstein, dermed er det som oftest en EU-dimensjon. Siden vi har art. 6 i EØS-avtalen om enhetstolkning er ikke denne distinksjonen viktig for å finne det materielle innholdet i art. 54. Det er forutsatt at det er det samme som i art. 102 i TFEU.

§ 11 i den norske konkurranseloven<sup>16</sup> er bygd opp etter mønsteret i art. 102/54. Dersom det hadde vært praksis fra Konkurransetilsynet i saker om kollektiv dominans i atferdskontrollen kunne dette vært tatt inn i oppgaven for å belyse fremgangsmåten for å finne kollektiv dominans i atferdskontrollen. Slik praksis foreligger ikke fra Konkurransetilsynet og vil ikke bli trukket inn i denne oppgaven. Tilsynet har lagt ut et temaark på sine hjemmesider<sup>17</sup> om sin anvendelse av § 11. Her viser tilsynet til EU-retten i tilfeller av kollektiv dominans og praksis etter art. 102<sup>18</sup>. Denne oppgavens fremstilling av kollektiv dominans i art. 102 vil være overførbar til tolkningen av kollektiv dominans i § 11 i krrl.

---

<sup>16</sup> Lovhenvvisning: Nr. 12, 5/3-2004.

<sup>17</sup> Temaark KT, se litteraturliste for henvisning

<sup>18</sup> Temaarkets side 2

### 3 Økonomisk teori

Problemstillingen i denne oppgaven knytter seg til en situasjon som kan oppstå på et relevant marked dersom aktører oppfører seg på en bestemt måte, samtidig som en del markedsstrukturer er på plass som tillater at aktørene tilpasser seg hverandre på en uønsket måte. Disse to forutsetningene må være på plass for at det skal være nødvendig med en lære om misbruk av kollektiv dominerende stilling under art. 102. For å finne et relevant marked der disse forutsetningene er oppfylt må markedet være et oligopol. Dette er en økonomisk modell. Denne modellen skal nå kort forklares og sette den i sammenheng med to kjente modeller, frikonkurrans og monopol. Modellene vil bare bli forklart i den utstrekning det er nødvendig for å vise hvorfor oligopolet er relevant for problemstillingen.

#### 3.1.1 Frikonkurrans

Modellen for frikonkurrans er i økonomisk teori fremholdt som idealet innenfor markedsliberalistisk tankegang. Det er i et slikt marked Adam Smiths berømte teori om den "*usynlige hånd*"<sup>19</sup> som ordner økonomien slik at den blir mest mulig effektiv.

Modellen bygger på at aktørene i markedet deles inn i to parter, produsenter og konsumenter. Prisen for varen i dette markedet vil bli bestemt i samspillet mellom disse to partene. Før vi går videre må vi introdusere noen forutsetninger. For det første, må det være mange produsenter og ingen av dem må bli så store, med hensyn til markedsrett, at de kan sette prisen uavhengig av de andre produsentene. Grunnen til at det må være mange produsenter er at da vil ingen av dem kunne heve prisen over likevektsprisen i markedet uten at de mister alle kundene sine, de er såkalte *prisfaste kvantumstilpassere*. For det andre, må det være god (fullstendig) prisinformasjon på markedet. Bare når konsumenten vet hva alle prisene er, kan han fatte den mest rasjonelle beslutningen.

---

<sup>19</sup> Nasjonenes velstand

Når disse to betingelsene er oppfylt vil prisen i markedet bli bestemt der produsentenes marginalkostnad er lik konsumentenes marginale betalingsvillighet. Marginalkostnad betyr kostnaden for den sist produserte enheten<sup>20</sup>. Marginal betalingsvillighet betyr hva konsumenten er villig til å betale for én vare til<sup>21</sup>. Likevektsprisen i et frikonkurransemarked er der disse to er like. Når marginalkostnad er lik marginal betalingsvillighet er det ikke lenger noe poeng for produsentene å produsere én enhet til. Denne enheten vil koste mer å produsere enn hva konsumentene er villige til å betale for den. Produsentene vil dermed få et nettotap på den enheten. Dersom en produsent hever prisen sin over likevektsprisen i markedet vil han miste alle kundene sine. Konsumentene vil da skifte til en annen tilbyder og produsenten vil forsvinne ut av markedet. Likevektsprisen i et slikt marked omtales som "*prisen ved effektiv konkurranse*".

### 3.1.2 Monopol

Dette er den motsatte situasjonen av frikonkurranse. I et monopolmarked er det bare én produsent. Eller én stor produsent og flere små, men at disse er så små at de er helt ubetydelige når det kommer til markedsandeler og markedsrett. Når det bare er én produsent endres de underliggende mekanismene for hvordan prisen bestemmes. Nå er det ikke lenger marginalkostnad lik marginal betalingsvillighet som er likevekten. Den prisen som blir satt av monopolisten er den prisen som gjelder alle varene hans. Da ville det ikke være noe forteneste igjen til monopolisten dersom han satte prisen lik marginalkostnad.

Den optimale prisen for monopolisten er det produksjonsnivået der han har høyest fortjeneste per produsert enhet. Nå vil ikke alle konsumentene som kjøpte varen ved effektiv konkurranse ha en marginal betalingsvillighet som er høy nok til at de kjøper varen ved monopolpris. Dette medfører at samfunnsøkonomisk effektivitet går ned<sup>22</sup>. Dette fordi prisen i et monopol er høyere enn ved effektiv konkurranse og den omsatte mengden er lave-

---

<sup>20</sup> Se Bernheim og Whinston side 71

<sup>21</sup> Se Eide og Stavang (2008) side 64

<sup>22</sup> Se Eide og Stavang (2008) side 82. Boks om allokeringseffektivitet

re<sup>23</sup>. Alle de som kunne tenkt seg å kjøpe ved effektiv konkurranse har ikke lenger tilgang og ressursene blir ikke lenger fordelt optimalt. Den som har fordelene ved en slik ordning er monopolisten, eller mer presist eierne av monopolforetaket. Dette foretaket har en høyere fortjeneste enn hva som ville vært mulig dersom effektiv konkurranse hadde eksistert.

### 3.1.3 Oligopol<sup>24</sup>

Nå kommer vi frem til den økonomiske markedsmodellen som er relevant for problemstillingen, nemlig oligopolet. Denne modellen er en mellomting mellom monopolet og frikonkurranse. Et oligopol har ikke mange tilbydere som ved frikonkurranse, men det er heller ikke én som har monopol. Oligopolet er et marked hvor det er få tilbydere, som er store med hensyn til markedsrett. Et eksempel på et oligopol er hvor foretakene A, B og C har 30 % markedsandel hver og de siste 10 % er fordelt på et ubestemt antall aktører.

Det som gjør et oligopol interessant i konkurranseretten er at måten likevektsprisen blir bestemt på. Den kan være som etter effektiv konkurranse, men også som i et monopol. Hvilket alternativ som "vinner" på et relevant marked blir bestemt ut fra oligopolistenes vilje til å tilpasse seg hverandre, og deres evne til å avstå fra å stjele markedsandeler fra hverandre på kort sikt, men heller ha monopolignende fortjeneste på lang sikt.

Ser vi for oss at i eksemplet ovenfor så er det ikke tre selvstendige tilbydere, men bare én med 90 % markedsandel. Det vil være innenfor monopolmodellen og prisen blir den som passer denne aktøren best siden han har hele markedet. Tilbake til eksemplet med oligopolet der tre tilbydere har 30 %, vil disse tre kunne sette prisen som en monopolist dersom de kunne tilpasse sine strategier slik at de *til sammen* fremstår som en monopolist i markedet. Da vil de få økt fortjeneste på lang sikt. Dette er det mest ønskelige resultatet for foretakene selv og eierne deres. Det ligger i ethvert økonomisk foretaks natur å forsøke å øke sin fortjeneste. På tross av dette er det ikke sikkert at dette blir resultatet innenfor oligopolet.

I en situasjon der de tre oligopolistene tilpasser seg hverandre og høster en monopolpris, vil det alltid være et insentiv for oligopolmedlemmene til å øke sin markedsandel og fortjeneste på bekostning av de andre oligopolistene. På kort sikt vil dette være mulig. Et eksempel er der prisen ved tilpasning er ti, da vil en av oligopolistene kunne ta markedsandeler ved å bryte den felles prisstrategien. Dersom tilbyder A gir en pris på ni, vil alle rasjonelle aktører kjøpe fra A, forutsatt at det er et homogent produkt. Den eneste mulige reaksjonen fra B og C vil være å ta en tilsvarende eller lavere pris enn A, og det kan være ved starten på en priskrig. Priskrigen har potensiale til å nå ned til likevektsprisen ved effektiv konkurranse.

---

<sup>23</sup> Se Eide og Stavang (2008) side 91

<sup>24</sup> Se Bernheim og Whinston kap 19

Priskrigen vil i så fall stoppe der, det vil være irrasjonelt for tilbyderne å fortsette videre. Da vil de ha et nettotap for hver solgte enhet utover likevektsprisen ved effektiv konkurranse<sup>25</sup>.

Det er denne usikkerheten omkring hvilken pris som blir satt, som gjør at oligopolet blir interessant i forhold til problemstillingen. Tilpasning, som forsøker å drive prisen opp til monopolnivå, er uønsket dersom vi ser det fra forbrukernes side, og med hensyn til optimal allokeringseffektivitet for hele samfunnet. For å imøtegå denne bekymringen vil oppgaven vise at atferdskontrollen i art. 102 kan benyttes til å sanksjonere slik tilpasning. De nærmere vilkår for anvendelse av slik atferdskontroll vil bli gjennomgått i punkt 5.

I noen tilfeller vil rettspraksis gjennom oppgaven sikte til et *duopol*. Det er et oligopolmarked som kun har to store tilbydere. Vi kan forstå det som et meget konsentrert oligopol og behandle det på samme måte.

---

<sup>25</sup> Se avsnitt 3.1.1

## 4 Atferdskontroll og strukturkontroll

Siden studieobjektet i denne oppgaven er art. 102 er det på sin plass å presentere denne bestemmelsen nærmere og plassere den i en juridisk sammenheng. I dette avsnittet ses det nærmere på utformingen av art. 102 og hvordan problemstillingen hører til under ordlyden. I tillegg gjennomgås kontaktflater mellom denne artikkelen og to andre viktige konkurranseregler i EU-retten, nemlig art 101 og fusjonskontrollen.

### 4.1.1 Artikkel 102

Dette er første ledd av art. 102 i norsk oversettelse hentet fra Utenriksdepartementets nettsider<sup>26</sup>:

"Artikkel 102 (tidl. artikkel 82 TEF)

Ett eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling på det indre marked eller i en vesentlig del av det er uforenlig med det indre marked og er forbudt i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom medlemsstatene."

Andre ledd lister opp eksempler på hva slik "*utilbørlig utnyttelse*" kan bestå i. Andre ledd kommer vi tilbake til under avsnittet om de nærmere vilkår for kollektiv dominans<sup>27</sup> og misbruk<sup>28</sup> av en slik stilling.

Som vi ser av bestemmelsens første ledd er det "ett eller flere foretak..." som kan inneha den dominerende stillingen. En rent språklig forståelse av dette uttrykket vil inkludere tilfeller som kollektiv dominans. Det er ikke utelukket fra ordlyden at ikke oligopolistene A og B kan tilpasse seg hverandre i den grad at de oppfyller kriteriet om å være dominerende *til sammen*.

Gjennom EU-domstolens<sup>29</sup> rettspraksis har ikke dette alltid representert domstolens syn på denne artikkelen. Som nevnt tidligere har utviklingen av vilkårene for kollektiv domi-

---

<sup>26</sup> <http://www.regjeringen.no/upload/UD/Vedlegg/Europa/Lisboatraktat/Konsolidert-traktaten-virkemaate.pdf>

<sup>27</sup> Avsnitt 5

<sup>28</sup> Avsnitt 6

<sup>29</sup> Gjennom hele oppgaven vil jeg bruke fellesbegrepet "EU-domstolene" når jeg referer til rettspraksis fra EU-retten, jf art 19 TEU. De forskjellige instansene har hatt forskjellige navn siden de ble etablert og derfor

nans vært mest klarleggende i dommer fra 1995 til 2005. Saker under denne problemstillingen har vært fremmet for domstolen tidligere, men tilsynelatende avviste EU-domstolene at *flere* aktører kunne inneha en dominerende stilling sammen i dommen "Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen"<sup>30</sup> fra 1979:

"A dominant position must also be distinguished from parallel courses of conduct which are peculiar to oligopolies in that in an oligopoly the courses of conduct interact, while in the case of an undertaking occupying a dominant position the conduct of the undertaking which derives profits from that position is to a great extent determined unilaterally."<sup>31</sup>

Her ser vi klart og tydelig at domstolen har vurdert art. 102 til å være en artikkel som kun regulerer situasjoner der en *enedominerende*, ikke kollektiv, aktør misbruker sitt spesielle ansvar<sup>32</sup>. EU-domstolenes utsagn om at en dominerende stilling må skilles fra parallell atferd innenfor et oligopol avfeier at art. 102 kan brukes som atferdskontroll for å sanksjonere slik uønsket atferd innenfor et oligopol. Dersom dette hadde vært det siste ord om oligopolisters atferd i art. 102 ville oppgaven stoppen her, siden dette avskjærer problemstillingen før den er kommet i gang.

I 1992 kom dommen "SIV mot Kommisjonen"<sup>33</sup>. I dommen åpner EU-domstolene for at ordlyden i art. 102 skal forstås slik at det er adgang til at dominans, i art. 102 forstand, kan være kollektiv:

"The Court considers that there is no legal or economic reason to suppose that the term 'undertaking' in Article 86 has a different meaning from the one given to it in the context of Article 85. There is nothing, in principle, to prevent two or more independent economic entities from being, on a specific market, united by such economic links that, by virtue of that fact, together they hold a dominant position vis-à-vis the other operators on the same market. This could be the case, for example, where two or more independent undertakings jointly have, through agreements or licences, a technological lead affording them the power to behave to an appreciable extent independently of their competitors, their customers and ultimately of their consumers..."<sup>34</sup>

Her skifter EU-domstolene sitt standpunkt i forhold til "Hoffmann". Her går det frem av sitatet at "...together they hold a dominant position...". Denne oppgaven handler om nettopp det, nemlig at en dominerende stilling i art. 102 kan innehas av flere aktører til sammen. Dette gjør at konkurransemyndighetene, Kommisjonen, kan anvende atferdsreglene

---

refererer jeg gjennom oppgaven bare til dom fra EU-domstolene dersom det er en dom og til Kommisjonsbeslutning dersom det er et vedtak fra Kommisjonen. Kommisjonen er første instans i konkurranse saker.

<sup>30</sup> Saksnr. 85/76 CMLR 211. Heretter referert til som "Hoffmann"

<sup>31</sup> "Hoffmann" avsnitt 39

<sup>32</sup> Se Retningslinjene for art. 102 avsnitt 1 om hva spesielle ansvar innebærer

<sup>33</sup> Saksnr. T-68/89. Heretter referert til som "SIV"

<sup>34</sup> "SIV" avsnitt 358

til å sanksjonere slik tilpasning. I tillegg til å fastslå at det er mulig for foretak og kollektivt sett inneha en dominerende stilling, legger denne dommen opp til flere vilkår som starten på en vurdering om kollektiv dominans kan bevises. Disse vilkårene blir behandlet i avsnitt 5 av oppgaven.

Når EU-domstolene i "SIV" avklarer at det er mulig å kontrollere flere foretaks kollektive atferd etter vilkårene fastlagt i art. 102, må dette settes inn i en sammenheng. Undersøkelsen av om en dominerende stilling innehas kollektivt eller enslig er ikke identisk. Rettspraksis må gjennomgås for å finne hvilke vilkår som er særegne for når atferdskontrollen angår flere foretak som fremstår som én kollektiv enhet.

Selv om det er forskjell mellom ett foretak og flere foretak som et kollektiv, må vi fremdeles ta utgangspunkt i oppbygningen av art. 102. Art. 102 første ledds ordlyd legger opp til en todelt vurdering. For det første må vi ta stilling til om foretakene som undersøkes er i en dominerende stilling. Dersom dette kan bevises til den oppsatte terskelen etablert i rettspraksis kan vi gå videre. Det andre vi må ta stilling til er om den dominerende stillingen blir *misbrukt*. Det er også et kriterium om at samhandelen i det indre marked blir påvirket. Dette siste vilkåret vil ikke bli videre vurdert i denne oppgaven. Denne oppgaven har som mål å belyse det materielle innholdet i art. 102, samhandelskriteriet er i det vesentlige et prosessuelt kriterium for å skille mellom saker som har en nasjonal dimensjon eller en EU-rettslig dimensjon<sup>35</sup>.

Under problemstillingen om kollektiv dominans er det et tredje punkt å ta stilling til for å anvende atferdskontrollen i art. 102. Dette blir formulert av EU-domstolene i "Compagnie Maritime Belge Transports SA mot Kommisjonen"<sup>36</sup> i 2000:

"In the contested judgment, the Court of First Instance was careful to examine separately those three elements, namely the collective position, the dominant position and the abuse of such a position."<sup>37</sup>

Her fremgår det at vurderingen av om art. 102 kan anvendes eller ikke, er den samme for kollektiv dominans som ved enedominans, men nå må det tas stilling til den *kollektive* posisjonen i tillegg. For å svare på om denne kollektive dimensjonen er oppfylt må rettspraksis gjennomgås for å finne hvilke vilkår EU-domstolene har satt til vurderingen av kollektiv dominans.

---

<sup>35</sup> Det er dette skillet som er den viktigste forskjellen på art. 102/54 og § 11 i krrl, lovn 12 5. mars 2004. Bestemmelsen er ellers utformet etter mønster av art. 102/54, se Konkurransetilsynets temaark for § 11: [http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%C2%A711\\_DOMINERENDE\\_STILLING.pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%C2%A711_DOMINERENDE_STILLING.pdf)

<sup>36</sup> Saksnr. C-395 og 396/96. Heretter referert til som "CMBT"

<sup>37</sup> "CMBT" avsnitt 40



#### 4.1.2 Forholdet til fusjonskontrollen

Ved dette tredje vurderingsgrunnlaget til art. 102 kommer det inn et kriterium som er felles mellom atferdskontrollen i art. 102 og fusjonskontrollen i EUMR<sup>38</sup>. Fusjonsforordningens formål er å hindre at det oppstår markedskonsentrasjoner som har negative virkninger på konkurransenivået på et relevant marked. Dette foregår ved at Kommisjonen foretar en *ex ante* kontroll av markedet hvor den aktuelle fusjonen skal foretas. Denne kontrollen skiller seg fra atferdskontrollen på dette området. Sanksjonering av atferd etter art. 102 er en sanksjon av noe som har skjedd i fortiden (*ex post*-vurdering). Kontrollen i EUMR innebærer at Kommisjonen analyserer den sannsynlige virkningen av en fusjon *fremover* i tid.

Hvorfor er det da relevant å trekke inn fusjonskontrollen i vurderingen av kollektiv dominans etter art. 102? Det er fordi atferdskontrollen og fusjonskontrollen søker etter det samme når regelsettene anvendes i vurderingen av kollektiv dominans. Et positivt funn av kollektiv dominans vil få forskjellige virkninger etter hvilke regler som blir anvendt. Domstolen har ikke eksplisitt uttalt at vurderingen av kollektiv dominans er den samme under art. 102 og EUMR, men henviser i rettspraksis til tidligere avgjørelser, der kollektiv dominans er behandlet, uavhengig om dommen er avsagt under fusjonskontroll (EUMR) eller atferdskontroll (art. 102)<sup>39</sup>.

I "Airtours mot Kommisjonen"<sup>40</sup> fra 2002 gjør EU-domstolene en grundig gjennomgang av mange forskjellige vilkår som er aktuelle for kollektiv dominans. Denne dommen er behandlet under fusjonskontrollen og vurderingsgrunnlaget er da å forutse om den foreslåtte fusjonen vil skape, eller forsterke, en kollektivt dominerende stilling<sup>41</sup>. Vilkårene blir presentert og vurdert nærmere i punkt 5. Det som er interessant i denne sammenheng er at EU-domstolene uttaler at det er tre kumulative vilkår som må være oppfylt for et positivt funn

---

<sup>38</sup> EC Merger Regulation Nr. 139/2004 av 20. januar 2004. Vil heretter bruke forkortelsen: EUMR

<sup>39</sup> Se Kolstad mfl. (2007) side 242-243

<sup>40</sup> Saksnr. T-342/99. Heretter referert til som "Airtours"

<sup>41</sup> Se EUMR art 2(3)

av kollektiv dominans<sup>42</sup>. Disse tre vilkårene blir til sammen behandlet som et grunnvilkår for kollektiv dominans. Vilrårene er som følger; for det første om det er tilstrekkelige muligheter innenfor oligopolet til å forutse hverandres atferd. For det andre, det må være et insentiv for å opprettholde tilpasningen i tillegg til en mekanisme for å straffe medlemmer som avviker fra tilpasningen. For det tredje, det må ikke være mulig for de andre aktørene, konkurrenter eller kunder, og effektivt unngå det forventede resultatet fra tilpasningen.

"Laurent Piau mot Komisjonen"<sup>43</sup> fra 2005 ble de samme tre vilrårene fremholdt som grunnvilkår for kollektiv dominans<sup>44</sup>. Dette er interessant på grunn av at "Piau" er en dom under atferdskontrollen i art. 102. EU-domstolene gjør her ingen forskjell i vurderingen av kollektiv dominans under de to regelsettene. Dette er bare ment som et illustrerende eksempel. Rettspraksis skiller gjennomgående ikke mellom hvordan man kommer frem til kollektiv dominans, som begrep, under fusjonskontrollen og atferdskontrollen. Dermed er rettspraksis både fra EUMR og art. 102 relevant å trekke inn ved fastleggingen av vilrårene for kollektiv dominans.

Forskjellen mellom EUMR og art. 102, dersom kollektiv dominans er bevist, er hva en kan gjøre med et slikt funn. Under art. 102 gås det videre for å se om en slik stilling har blitt misbrukt før det eventuelt kan bli noen sanksjoner etter art. 102. Det er *ikke* ulovlig å være i en kollektivt dominerende stilling<sup>45</sup>. Det er *misbruket* av en slik stilling som kan føre til sanksjoner. Dersom kollektiv dominans blir bevist i en fusjonssak, vil man måtte ta stilling til om en slik fusjon kan tillates. Det sentrale vurderingskriteriet finnes i EUMRs art. 2(3):

"A concentration which would not significantly impede effective competition in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared compatible with the common market."

---

<sup>42</sup> Se dommens avsnitt 62

<sup>43</sup> Saksnr. T-193/02. Heretter referert til som "Piau"

<sup>44</sup> Se dommens avsnitt 111

<sup>45</sup> Se "CMBT" avsnitt 37

Her er kriteriet at konsentrasjonen, forutsatt at den kvalifiserer til en kollektivt dominerende stilling, ikke medfører et resultat som "*significantly impede effective competition*". Dette er den såkalte SIEC-testen. SIEC-testen er ikke en del av atferdskontrollen ved oligopoler under art. 102. Dersom den er oppfylt kan Kommisjonen nekte en foreslått fusjon fra å gjennomføres, på det grunnlaget at det vil skape eller styrke en kollektivt dominerende stilling. Dette vil alltid være innenfor et oligopol, siden det er vanskelig og tenke seg at Kommisjonen kan tillate et monopol utfra konkurransemessige hensyn.

#### 4.1.3 Forholdet til art. 101

Artiklene 101 og 102 utgjør til sammen atferdskontrollen. I kjernen av art. 101 finner vi reguleringen av priskarteller. Dette er en uheldig markedstilpasning der aktører på et relevant marked kommer sammen i det skjulte for å avtale samarbeid for å holde prisene unaturlig høye. Avdekking og avvikling av priskarteller har alltid vært et hovedfokus i konkurranseretten og priskarteller er nå ulovlig i alle land med et velutviklet næringsliv. Det er et satsningsområde for Kommisjonen å få bukt med karteller, dette kommer til uttrykk gjennom hvordan "*Directorate General for Competition*" er organisert, ved at karteller har en egen arbeidsgruppe som kun fokuserer på dette problemet<sup>46</sup>.

Art. 101 regulerer ulovlig samarbeid mellom markedsaktører og det kan tenkes at den anvendes på oligopolistene i problemstillingen i denne oppgaven dersom de forlater ensidig tilpasning og går over til samordnet opptreden. Første ledd av art. 101 er som følger:

"Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom medlemsstatene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen på det indre marked, er uforenlige med det indre marked og er forbudt..."<sup>47</sup>

*Avtale* er helt utelukket fra problemstillingen. Oligopolistene bygger ikke sin tilpasning på forhandlede avtaler i problemstillingen til denne oppgaven. Det er på området "*enhver form for samordnet opptreden*" vi kan få kontaktpunkter til atferdskontrollen av foretak som fremstår som et kollektiv etter art. 102 og samarbeid etter art. 101. I "CMBT" adresserer EU-domstolene dette skillet:

---

<sup>46</sup> [http://ec.europa.eu/dgs/competition/directory/organi\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/directory/organi_en.pdf)

<sup>47</sup> <http://www.regjeringen.no/upload/UD/Vedlegg/Europa/Lisboatraktat/Konsolidert-traktaten-virkemaate.pdf>

"It is clear from the very wording of Articles 85(1)(a), (b), (d) and (e) and 86(a) to(d) of the Treaty that the same practice may give rise to an infringement of both provisions. Simultaneous application of Articles 85 and 86 of the Treaty cannot therefore be ruled out a priori. However, the objectives pursued by each of those two provisions must be distinguished."<sup>48</sup>

EU-domstolene ikke utelukker at det er mulig å anvende disse artiklene samtidig, men at de er bygd opp forskjellig og må anvendes forskjellig, dommen fortsetter med:

"Article 85 of the Treaty applies to agreements, decisions and concerted practices which may appreciably affect trade between Member States, regardless of the position on the market of the undertakings concerned. Article 86 of the Treaty, on the other hand, deals with the conduct of one or more economic operators consisting in the abuse of a position of economic strength which enables the operator concerned to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and, ultimately, consumers..."<sup>49</sup>

Ved samordnet opptreden ligger det noe mer enn det å reagere på markedssituasjonen og forsøke tilpasning. Den naturlige språklige forståelsen av samordnet forutsetter en eller annen form av enighet, felles beslutning, felles drøftelser eller lignende. Slike forhold forutsetter en *samforstand* mellom partene og følger atferdskontrollen i art. 101. Disse behandles annerledes enn tilfeller under art. 102, ved en art. 101-vurdering er det ulovlig samarbeid som forsøkes å sanksjoneres. Slikt ulovlig samarbeid kan forekomme mellom alle typer foretak, et vesentlig skille fra art. 102, som *kun* gjelder dersom aktørene er dominerende på markedet. I art. 101 kan samordnet praksis fremkomme fra direkte eller indirekte kontakt mellom virksomhetene, forutsatt at denne kontaktens formål er å påvirke konkurrentens atferd. Ved en problemstilling om kollektiv dominans i art. 102 vil det ikke være noen slik kontakt, oligopolistene tilpasser seg hverandre på eget initiativ uten samordning<sup>50</sup>.

Selv om skillet mellom ensidig tilpasning og samordnet opptreden kan være vanskelig i praksis er bestemmelsene bygd opp ulikt, dermed er det lite felles behandling av art. 101 og 102 i rettspraksis. Felles bruk av uttrykket *kollektiv dominans* under rettspraksis for art. 102 og EUMR gjør at når vi skal finne vilkårene for problemstillingen, vil det være mest aktuelt å trekke inn saker under EUMR istedenfor art. 101. Selv om art. 102 er atferdskontroll og EUMR tilhører strukturkontrollen.

---

<sup>48</sup> "CMBT" avsnitt 33

<sup>49</sup> "CMBT" avsnitt 34

<sup>50</sup> Kolstad mfl. (2007) s. 231-232

## 5 Rettspraksis har stilt opp vilkårene for kollektiv dominans

I denne delen av oppgaven skal det gjennomgås hvilke vilkår som er relevante når man forsøker å bevise et funn av kollektiv dominans. Vilråene er delt inn etter en saklig nærhet mellom dem. EU-domstolene behandler vilråene fortløpende i dommene, det er ingen rød tråd å få øye på når det gjelder inndeling. Inndelingen her er kun gjort på denne måten for å gi en oversiktlig fremstilling. Det er flere ganger at et funn kunne vært brukt under flere av vilråene, slik at skillet mellom dem ikke må oppfattes som skarpt. Dersom funnet er relevant under flere vilkår vil man kunne bruke et funn som bevis for mer enn et vilkår. Det kommer an på hva som er relevant i den konkrete saken.

### 5.1 Grunnvilkåret

Da "SIV" åpner for det som i dag er blitt til kontroll med kollektiv dominans under atferdskontrollen i art. 102, fastslo den ikke nærmere om hva som skal til for et bevist funn av kollektiv dominans<sup>51</sup>. Sitatet sier oss ikke noe mer enn hva en språklig tilnærming av begrepet kollektiv dominans gjør, nemlig at den dominerende stillingen blir holdt av flere foretak *til sammen*. Dette gir oss likevel et grunnlag å bygge videre på. Det at foretakene må fremstå som et kollektiv vis-a-vis andre aktører på markedet er begynnelsen på grunnvilkåret i vurderingen av kollektiv dominans i art. 102. I "CMBT" definerer EU-domstolene begrepet kollektiv dominans slik:

"It follows that the expression 'one or more undertakings' in Article 86 of the Treaty implies that a dominant position may be held by two or more economic entities legally independent of each other, provided that from an economic point of view they present themselves or act together on a particular market as a collective entity. That is how the expression 'collective dominant position', as used in the remainder of this judgment, should be understood."<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Se "SIV" avsnitt 358. Utdraget er sitert i avsnitt 4.1.1 i oppgaven.

<sup>52</sup> "CMBT" avsnitt 36

Dette er den generelle oppfatningen av begrepet og gir oss et utgangspunkt. For det første må vi ha minst to separate juridiske personer, to foretak som er uavhengig av hverandre. For det andre må de være på det samme markedet og utfra et økonomisk utgangspunkt må de fremstå som samlet på markedet. Dette har oppgaven vist er mulig uten at foretakene inngår noe samarbeid i strid med art.101<sup>53</sup> og det skal undersøkes nærmere i hele avsnitt 5.

Når EU-domstolene har fastlagt rammen for begrepet kollektiv dominans i "CMBT" går de videre for å finne det nærmere innholdet. EU-domstolene bygger videre på uttalelsen fra "SIV" slik at dette er en utvikling som må ses i sammenheng.

"So, for the purposes of analysis under Article 86 of the Treaty, it is necessary to consider whether the undertakings concerned together constitute a collective entity vis-à-vis their competitors, their trading partners and consumers on a particular market. It is only where that question is answered in the affirmative that it is appropriate to consider whether that collective entity actually holds a dominant position and whether its conduct constitutes abuse."<sup>54</sup>

Her gjentar EU-domstolene igjen hva som skal til for å anvende dominansvurderingen i art. 102 på flere foretak som innehar stillingen kollektivt. For å komme videre må det legges et nærmere innhold i hva det vil si at foretakene fremstår som en kollektiv enhet overfor de andre aktørene. EU-domstolene behandler dette videre i "CMBT":

"In order to establish the existence of a collective entity as defined above, it is necessary to examine the economic links or factors which give rise to a connection between the undertakings concerned (see, inter alia, Case C-393/92 Almelo [1994] ECR I-1477, paragraph 43, and Joined Cases C-68/94 and C-30/95 France and Others v Commission [1998] ECR I-1375, paragraph 221)."<sup>55</sup>

EU-domstolene forutsetter at det er økonomiske linker<sup>56</sup> mellom foretakene. Forbindelser mellom foretakene er helt avgjørende for at de skal kunne tilpasse seg hverandre. Det er når

---

<sup>53</sup> Se avsnitt 4.1.3 og for bakgrunn avsnitt 3.1.3

<sup>54</sup> "CMBT" avsnitt 39

<sup>55</sup> "CMBT" avsnitt 41

<sup>56</sup> I resten av oppgaven vil jeg bruke ordet forbindelser istedenfor det engelske låneordet linker. Jeg forutsetter at disse to ordene har det samme innholdet og det er ikke ment å utvide begrepet *linker*.

det undersøkes om disse forbindelsene er til stede vi kan få svar på om kollektiv dominans kan bevises. Sitatet ovenfor fra EU-domstolene viser til "Almelo"<sup>57</sup> og "Frankrike m.fl. mot Kommissjonen"<sup>58</sup> som eksempler på saker som er relevante for å finne slike forbindelser. Dette er interessant sett i lys av at disse to dommene er behandlet under fusjonskontrollen (EUMR) og underbygger at EU-domstolene ikke legger til grunn noen forskjell i begrepet kollektiv dominans i fusjonskontrollen og i atferdskontrollen<sup>59</sup>.

For å finne de forbindelsene som er aktuelle for å oppfylle grunnvilkåret om å fremstå som en kollektiv enhet er dommene "Airtours"<sup>60</sup> og "Piau" viktige:

"Three cumulative conditions must be met for a finding of collective dominance: first, each member of the dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy; second, the situation of tacit coordination must be sustainable over time, that is to say, there must be an incentive not to depart from the common policy on the market; thirdly, the foreseeable reaction of current and future competitors, as well as of consumers, must not jeopardise the results expected from the common policy..."<sup>61</sup>

For å fremstå som en kollektiv enhet er det tre *kumulative* vilkår som må være oppfylt. For det første må det være en kontrollmulighet mellom foretakene. For det andre, må det være en mulighet for å avskrekke en aktør fra å bryte mønsteret. Til slutt må det ikke være mulig for aktører utenfor det tilpassende oligopolet å utligne deres tilpasning. Disse tre vilkårene kan oppsummeres til en fellesnevner om at kollektivet må ha en viss stabilitet. Det er for å motvirke at svekket konkurranse får "satt seg" i markedet at vi har atferdskontrollen i art. 102. Dersom kollektivet ikke er levedyktig og ikke klarer å etablere en pris over den ved effektiv konkurranse, selv om de forsøker å tilpasse seg. Da er det en situasjon der det ikke er nødvendig for konkurransemyndighetene å gripe inn. Markedet kan ordne opp i den uønskede atferden selv, og ingen sanksjoner er nødvendige.

Disse tre kumulative vilkårene skal det ses nærmere på i de kommende avsnittene. Siden disse tre vilkårene utgjør grunnsteinen i vurderingen av kollektiv dominans vil man måtte ta stilling til dem før man undersøker flere forbindelser mellom foretakene.

---

<sup>57</sup> "Almelo mot NV Energiebedrijf" Saksnr C-393/92. Heretter kalt "Almelo"

<sup>58</sup> Forente saker med saksnr. C-68/94 og C-30/95

<sup>59</sup> Se avsnitt 4.1.2.

<sup>60</sup> Dommens avsnitt 62

<sup>61</sup> "Piau" avsnitt 111

### 5.1.1 Gjennomsiktighet innenfor oligopolet

For at oligopolistene skal kunne tilpasse seg hverandres virksomheter for dermed å høste monopolignende fortjeneste i markedet må det eksistere visse kontrollmekanismer mellom dem. Det er ikke nok som bevis at de ser på markedet og kommer frem til, hver for seg, at det er mulig å øke sin fortjeneste ved å tilpasse seg hverandre<sup>62</sup>. De må kunne kontrollere hverandre<sup>63</sup>. Denne kontrollen må bestå i muligheter for oligopolistene å være trygg på at ingen av medlemmene *jukser*<sup>64</sup>. I et oligopol der medlemmene tilpasser seg hverandre for å øke sin fortjeneste på lang sikt vil det alltid være fristende for en aktør å ta markedsandeler ved å underby de andre medlemmene av oligopolet på pris. Dette må motvirkes for at grunnvilkåret skal være oppfylt. Her oppsummert i "Piau" avsnitt 111:

"...each member of the dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy..."

Denne "*ability to know*" kan omformuleres til gjennomsiktighet innenfor oligopolet. Det må være tilstrekkelig informasjon slik at oligopolistene har en reell mulighet til å forutse hverandres markedsstrategier. Det er mange ting som kan bidra til dette, god prisinformasjon er et eksempel. Mange markeder, eksempelvis innenfor råvarer som blir omsatt på egne råvarebørser, har en åpen måte å komme frem til prisen og deltakerne på slike marked har ofte høy kompetanse til å forutse prisutviklingen. Et annet moment som kan øke gjennomsiktigheten i markedet er åpenhet rundt kostnadsstrukturer blant markedsaktørene. For eksempel gjennom børsmeldinger og regnskapsrapporter kan aktørene analysere hverandre for å forsøke å forutse fremtidig utvikling. Slike opplysninger kan oligopolistene benytte seg av for å tilpasse seg hverandre for å øke sin fortjeneste på lang sikt. God informasjon om priser og kostnader er bare to eksempler på momenter som kan øke gjennomsiktigheten mellom oligopolistene. Mange flere kan nevnes, men disse belyser hva som menes med at medlemmene må ha mulighet til å undersøke at hvert medlem følger samme strategi.

---

<sup>62</sup> "Airtours" avsnitt 62 og "Piau" avsnitt 111.

<sup>63</sup> Ikke-koordinerende oligopolier inngår ikke i atferdskontrollen i art. 102. Se Kolstad mfl. (2007) side 290-292 og Whish (2012) 563 avsnitt iv

<sup>64</sup> Se avsnitt 3.1.3



### 5.1.2 Gulrot og pisk

Når gjennomsiktighet er etablert er det nødvendig at oligopolistene har tilstrekkelige mekanismer for å hindre at noen bryter ut av tilpassingsmønsteret. Denne presiseringen av grunnvilkåret har EU-domstolene trukket frem flere ganger<sup>65</sup>. Her er et utdrag fra "Piau"<sup>66</sup>:

"...there must be an incentive not to depart from the common policy on the market..."

Det kan tenkes mange slike insentiver, men det som er mest vanlig i praksis vil alltid være en troverdig trussel om priskrig<sup>67</sup>. Dersom alle medlemmene av et oligopol, forutsatt at de tilpasser seg hverandre, har inntrykk av at dersom de forsøker å ta markedsandeler ved å senke prisen så blir de møtt med tilsvarende priskutt fra de andre medlemmene. Da vil det ikke lenger være like fristende å ta den fortjenesten på kort sikt. I en slik situasjon er det bedre for oligopolistene og heller følge den felles, men ikke omforente, strategien for å høste høyest mulig fortjeneste på lang sikt. I denne sammenhengen er det viktig at det første vilkåret om gjennomsiktighet er oppfylt. Dersom det ikke er tilstrekkelig mulighet for oligopolistene til å ha innsyn i hva de andre foretar seg, vil det være vanskelig for dem og skille mellom hva som er et reelt forsøk på å ta andeler gjennom aggressiv prising og hva som bare er små justeringer.

Gjennom rettspraksis og teori er det ofte blitt pekt på at denne delen av grunnvilkåret forutsetter en form for straff for det medlemmet som vil bryte ut av tilpassingen. "Straff" blir et for snevert begrep i denne sammenheng siden det leder oss til å tro at det eneste som holder tilpassingen ved like er frykt for hva de andre oligopolistene vil foreta seg. Vi skal ikke undervurdere at det er selve forventingen om at dersom et foretak starter en priskrig, så vil det uten tvil bryte opp tilpassingsmønsteret, enten permanent eller midlertidig. Det er i ethvert foretaks natur å ville generere størst mulig fortjeneste for seg og sine eiere. Monopol-

---

<sup>65</sup> Se bl. a. avsnitt 62 i "Airtours" og 276 i "Gencor"

<sup>66</sup> Avsnitt 111

<sup>67</sup> Se Bernheim og Whinston side 725-731

lignende fortjeneste er et sterkt insentiv, i seg selv, for å hindre aggressiv konkurranse mellom oligopolistene. En avveining mellom hvor sterkt insentivet er, og hvor streng og effektiv straffen for å bryte ut er, vil være en fornuftig tilnæringsmåte for Kommisjonen.

### 5.1.3 Andre aktørers muligheter til å unnvike tilpassingen

Fra "Piau" hentes også det tredje kumulative vilkåret under grunnvilkåret.

"...the foreseeable reaction of current and future competitors, as well as of consumers, must not jeopardise the results expected from the common policy..."<sup>68</sup>

EU-domstolene uttaler her at når oligopolistene fremstår som et kollektiv for de andre aktørene, så må ikke de andre aktørene ha effektive mottiltak. Vilkaåret er en naturlig del av forutsetningen for oligopolistene skal kunne høste monopolfortjeneste. Et eksempel på at aktører utenfor oligopolet kan motvirke tilpasningen er dersom de har mulighet til å øke sin produksjon. Siden oligopolistene tilpasser seg hverandre for å øke markedsprisen over det som ville blitt prisen ved effektiv konkurranse, kan en produsent utenfor oligopolet utnytte denne situasjonen dersom han har mulighet til å øke sin produksjon for å dekke den kapasiteten oligopolistene tar ut av markedet<sup>69</sup>. Har en produsent ekstrakapasitet og kan kompensere for det oligopolistene tar ut, vil markedet selv utligne oligopolistenes forsøk på å høste høy fortjeneste. Dersom dette skjer, vil denne nye aktøren ta markedsandeler fra oligopolistene siden deres atferd skader deres konkurranseevne.

Et annet eksempel der forbrukerne har markedsrett til å avskjære ulempene ved høyere oligopol-priser er på markeder der det finnes lett tilgjengelige substitutter. Dersom vi tenker oss at vi har et oligopol som presser opp prisene på markedet for epler, men vi som forbrukere er indifferente til om vi kjøper epler eller pærer. Da vil vi kunne bytte over til

---

<sup>68</sup> Se dommens avsnitt 111

<sup>69</sup> Se avsnitt 3.1.3

pærer dersom prisen på epler går opp. Fordelen ved tilpasning kan også bli utlignet av at nye aktører etablerer seg på markedet når de ser at prisen er høy. Nyetableringer er avhengig av om etableringsbarrierene er høye eller lave. Dette er tre eksempler på at grunnvilkåret ikke er oppfylt. Dersom disse tre tilfellene slår til, vil ikke oligopolet lenger kunne fremstå som en enhet på markedet. De andre aktørene vil ha mulighet til å motvirke oligopolistenes forsøk på å øke sin fortjeneste.

#### 5.1.4 Avsluttende bemerkninger

Dette var en gjennomgang av grunnvilkåret i testen for kollektiv dominans. De følgende vilkårene vil i mange tilfeller støte borti grunnvilkåret. Det ingen helt klar grense mellom vilkårene som skiller dem fra hverandre. De er lenket sammen og finner en nok av dem i et konkret tilfelle er muligheten god til å bevise at oligopolistene til sammen innehar en kollektivt dominerende stilling. Grunnen til at dette er fremhevet som et grunnvilkår, er at uten at det er oppfylt er det ikke noe poeng å gå videre i vurderingen. Dersom oligopolistene ikke fremstår som et kollektiv, spiller det ingen rolle hvilke andre funn vi har gjort.

## 5.2 Nærmere om forbindelser mellom oligopolistene

Videre i fremstillingen skal det gjennomgås flere vilkår som har kommet til gjennom rettspraksis. Her skiller det mellom disse vilkårene og grunnvilkåret, siden disse ikke nødvendigvis trenger å være tilstede for et positivt funn av kollektiv dominans. Et marked er ikke identisk med et annet og det kan derfor variere noe hvilke kriterier som skal til for at medlemmer av et oligopol skal kunne tilpasse seg hverandre på forskjellige markeder. Dette sitatet fra "CMBT" er dekkende for en fornuftig tilnærming til den konkrete undersøkelsen av om kollektiv dominans eksisterer på et relevant marked:

"...the existence of an agreement or of other links in law is not indispensable to a finding of a collective dominant position; such a finding may be based on other connecting factors

and would depend on an economic assessment and, in particular, on an assessment of the structure of the market in question."<sup>70</sup>

Her pekes det først på det vi allerede vet fra kontrollen under art. 101 om at avtaler og samordnet praksis, som eksempelvis priskarteller, er en del av atferdskontrollen. Det presiseres også at kollektiv dominans kan finne sted uten slik uttrykkelig samordning. Denne dominansen kommer av at foretakene tilpasser seg hverandre. Slik tilpasning er vanskelig å bevise, i hver sak det er mistanke om misbruk av kollektiv dominans analysere det relevante markedet og analysere atferden til foretakene. Det som undersøkes er forbindelser mellom foretakene og om konkurransen er effektiv. For at kollektiv dominans skal være bevist må foretakene fremstå som et kollektiv. I "Almelo" uttaler EU-domstolene:

"However, in order for such a collective dominant position to exist, the undertakings in the group must be linked in such a way that they adopt the same conduct on the market..."<sup>71</sup>

De vilkårene EU-domstolene har akseptert for kollektiv dominans i art. 102 kan vurderes gjennom å se på økonomiske forbindelser mellom foretakene og strukturer i markedet:

"In order to establish the existence of a collective entity as defined above, it is necessary to examine the economic links or factors which give rise to a connection between the undertakings concerned..."<sup>72</sup>

Disse forbindelsene er ofte i tråd med økonomisk teori omkring mulige konkurranseproblemer ved oligopoler. Dette er et resultat av at jussen rundt art. 102 har skiftet fokus et fra en formalistisk tilnærming til en mer praktisk orientert etterforskende metode<sup>73</sup>. Vil-

---

<sup>70</sup> "CMBT" avsnitt 45

<sup>71</sup> "Almelo" avsnitt 42

<sup>72</sup> "CMBT" avsnitt 41

<sup>73</sup> Jf utviklingen fra "Hoffmann", om er skarpt skille mellom unilaterale handlinger i art. 102 og multilaterale handlinger i art. 101, til dagens mer fleksible tilnærming til art. 102.

kårene har kommet til gjennom en "*learning by doing*"-prosess for Kommisjonens del<sup>74</sup>. I de kommende punktene skal slike forbindelser gjennomgås.

### 5.3 Markedsandeler

Aktørenes relative størrelse internt i oligopolet og oligopolets totale markedsandel er av betydning<sup>75</sup>. Det er ikke mulig å sette opp en skjematisk oppstilling for når en kollektiv enhet blir så stor, målt i markedsandeler, at den automatisk kvalifiserer til å oppfylle kriteriet kollektiv dominans. Dette viser blant annet dette utdraget fra "Gencor mot Kommisjonen"<sup>76</sup>:

"The existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not necessarily decisive. Among those factors, the existence of very large market shares is highly important."<sup>77</sup>

Siden anvendelse av art. 102 forutsetter at det foretak det vurderes sanksjoner mot er i en dominerende stilling på markedet, enten alene eller kollektivt, vil det være relevant å vurdere markedsandeler. For å kunne ha mulighet til å øke prisen i markedet gjennom å tilpasse seg hverandres strategi, må oligopolistene ha en viss grad av markedsrett. Markedsrett blir av økonomer definert som om aktøren har mulighet til å endre likevektsprisen på det markedet han deltar i<sup>78</sup>. For å ha markedsrett er det nødvendig for oligopolistene å ha en stor nok andel av markedet slik at de kan øve innflytelse på prisen<sup>79</sup>.

Markedsandeler har også en side til grunnvilkåret. For at oligopolistene skal kunne fremstå som en kollektiv enhet overfor de andre aktørene i markedet, må de ha en viss markedsan-

---

<sup>74</sup> Kolstad mfl. (2007) side 243

<sup>75</sup> Ivaldi (2003) side 14-16

<sup>76</sup> Saksnr. T-102/96. Heretter referert til som "Gencor"

<sup>77</sup> Dommens avsnitt 201

<sup>78</sup> Definisjon på markedsrett i Bernheim og Whinston side 623

<sup>79</sup> Se avsnitt 3.1.1 at ved effektiv konkurranse er det fravær av slik rett.

del. For å kunne opptre *uavhengig* fra de andre aktørene må kollektivet oppnå en slik posisjon som EU-domstolene beskriver her:

"An undertaking which has a very large market share and holds it for some time, by means of the volume of production and the scale of the supply which it stands for...is by virtue of that share in a position of strength which makes it an unavoidable trading partner"<sup>80</sup>

Dersom ett foretak, eller et tilpassende kollektiv, innehar en veldig høy markedsandel over tid. Da vil man kunne oppnå og bli en *uunngåelig* forretningspartner. I en slik posisjon vil det være lettere å si at kollektiv dominans er bevist siden det understøtter grunnvilkåret.

#### **5.4 Markedskonsentrasjon**

Graden av konsentrasjon i markedet er interessant for analysen av kollektiv dominans. Med konsentrasjon siktes det her til summen av antall aktører på det relevante markedet og den relative størrelsen mellom dem. Desto færre aktører det er innenfor oligopolet desto enklere er det å tilpasse seg. Få aktører, aller helst så få at det er et duopol, vil gjøre det enklere for foretakene å overvåke hverandre. Desto flere medlemmer i oligopolet desto flere kostnadsstrukturer, effektivitetsnivå, prissettingsstrategier og kapasitetsforskjeller er det å ta stilling til. Diversifisering, innenfor måten forskjellige foretak er organisert på, bidrar til å gjøre markedet mer komplekst for de som forsøker å tilpasse seg. Høy grad av markedskonsentrasjon kan legge til rette for kollektiv dominans og burde undersøkes dersom Kommisjonen ønsker å sanksjonere kollektiv atferd etter art. 102.

Herfindahl-Hirschman indeksen blir ofte brukt av Kommisjonen for å bedømme graden av konsentrasjon i et marked<sup>81</sup>. Det er en utregning der man tar utgangspunkt i foretakenes markedsandel, man summerer kvadratene av markedsandelene til alle foretakene på det

---

<sup>80</sup> Hoffmann avsnitt 41

<sup>81</sup> Se Retningslinjer av horisontale fusjoner, avsnitt 14-21. OJ C 31, 5.2.2004 s. 5-18.

relevante markedet for å komme frem til graden av konsentrasjon<sup>82</sup>, indeksen går opp til 10 000 som er kjennetegnet til et rent monopol. Denne skjematisk tilnærmingen er hjelpsom som en indikator. Konkurransemyndighetene må alltid gå konkret inn i hver sak, men HHI-nivået i et marked kan si oss noe om hvor lett det er for oligopolistene å tilpasse seg hverandre.

I tillegg til at det er vanskeligere å tilpasse seg dersom antallet oligopolister øker, er det enda en grunn til at flere aktører fører til at det blir vanskeligere og tilpasse seg, nemlig at insentivet reduseres<sup>83</sup>. Når en monopolist benytter sin stilling til å øke sin fortjeneste vil han beholde hele gevinsten alene. Når det er et oligopol vil oligopolistene *dele* den monopol-lignende fortjenesten. Er det to medlemmer blir fortjenesten delt i to, er det tre deles den i tre, etc. Slik vil insentivet for å tilpasse seg være mindre fristende for oligopolistene ved flere medlemmer.

## 5.5 Symmetrier

Med symmetrier siktes det til likheter mellom aktørene innenfor oligopolet. De forutsetningene som har kommet frem så langt i oppgaven for å kunne lykkes med å øke sin fortjeneste, er slett ikke alltid mulig å få til, uansett hvor sterk motivasjonen er. Symmetrier, eventuelt asymmetrier, ved bedriftenes oppbygning kan være sterkt førende for om tilpassning i det hele tatt er mulig<sup>84</sup>. Dette blir problematisert av EU-domstolene i flere tilfeller<sup>85</sup>, her i et utdrag fra "Gencor":

"Consequently, given the similarity in the market shares, shares of world reserves and cost structures of the undertakings at issue, the Commission was entitled to conclude that, fol-

---

<sup>82</sup> Eksempelvis vil et marked med fem foretak med markedsandelene 40 %, 20 %, 15 %, 15 % og 10 % ha en HHI på 2550 ( $40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2550$ ). Se note 18 i Retningslinjene for horisontale fusjoner.

<sup>83</sup> Ivaldi (2003) side 12-14

<sup>84</sup> Se Ivaldi (2003) side 35-41 for diskusjon om asymmetri i kostnadsstrukturer.

<sup>85</sup> Se bl.a. "Frankrike mot Kommisjonen" avsnitt 226 og AG Tesausros anbefaling i samme sak avsnitt 120. "Gencor" avsnitt 218-223. Til slutt "Nestle/Perrier" avsnitt 123.

lowing the concentration, the interests of Amplats and Implats/LPD with regard to the development of the market would have coincided to a higher degree and that this alignment of interests would have increased the likelihood of anti-competitive parallel behaviour, for example restrictions of output."<sup>86</sup>

EU-domstolene peker her på at likheter mellom oligopolistene er relevant å trekke inn for å vurdere kollektiv dominans. I "Gencor" gikk en stor del av EU-domstolenes vurderinger ut på at det, før den foreslåtte fusjonen mellom Implats og LPD, var store likheter i den driftsmessige strukturen i Implats og Amplats. LPD var organisert på en annen måte og dette var et argument mot at fusjonen skulle gjennomføres<sup>87</sup>. Å tillate fusjonen ville bidra til å styrke muligheten for kollektiv dominans på markedet for platinumlignende metaller. Symmetrier mellom foretak er svært viktig når to, eller flere, foretak skal fusjoneres. Desto mer ulike organisasjonene er desto vanskeligere er det å slå dem sammen til én enhet. Ved tilpasning, med sikte på å skape en dominerende stilling i art. 102 sammenheng, gjør det jobben lettere dersom foretakene er like. Kollektiv dominans oppstår lettere der oligopolistene har mange likheter mellom seg, dette øker sannsynligheten for at de vil fremstå likt på markedet.

## **5.6 Betydningen av konkurranse mellom oligopolistene<sup>88</sup>**

En kollektivt dominerende stilling kjennetegnes som nevnt ved at det er en mangel på effektiv konkurranse på det relevante markedet. Det at markedet er et oligopol bidrar til dette siden det legger til rette for kollektiv dominans, EU-domstolene uttaler dette eksplisitt i DIP i 1995:

---

<sup>86</sup> "Gencor" avsnitt 222

<sup>87</sup> "Gencor" avsnitt 287 og 288

<sup>88</sup> Kolstad mfl. (2007) side 257-260



"...in a collective dominant position, a salient feature of which would be that traders did not compete against one another..."<sup>89</sup>

EU-domstolene har gjentatt dette poenget i "Frankrike mot Kommisjonen"<sup>90</sup>. Fraværet av konkurranse er viktig når vi ønsker å undersøke om forholdene ligger til rette for kollektiv dominans. Hele poenget med å anvende atferdskontrollen i art. 102 på oligopolister som tilpasser seg hverandre, og misbruker en slik kollektiv posisjon, er for å støtte effektiv konkurranse. Dersom konkurransen mellom oligopolistene er tilfredsstillende er det ikke nødvendig med inngrep. Et eksempel på tilfredsstillende konkurranse kan hentes fra norsk luftfart. På kommersielle ruter som blir trafikkert av fly med jetmotorer er det to sentrale tilbydere, Norwegian og SAS. Det har frem til nå ikke vært grunn til å mistenke disse to for å tilpasse seg hverandre for og potensielt misbruke en kollektivt dominerende stilling. Disse to konkurrerer sterkt og viser at det slett ikke alltid fører til negative resultater for forbrukerne at det er få tilbydere i markedet, men det kan også gå den andre veien. Sammenligner vi norsk luftfart med faktum fra "Gencor", som gir et ganske annet utfall av få tilbydere, beskriver Kommisjonen at dersom fusjonen tillates vil den skape en kollektivt dominerende stilling i det markedet som nærmest vil fjerne all form for effektiv konkurranse.

Mellom eksemplene fra markedene for norsk luftfart og verdensmarkedet for platinum, kan det tenkes mange *nivåer* av konkurranse, der graden av konkurranse er forskjellig. En formalistisk tilnærming der ethvert funn av konkurranse mellom oligopolistene diskvalifiserer muligheten for kollektiv dominans blir for strengt. Dersom det var kravet ville det i praksis avvikle muligheten for kollektiv dominans under art. 102. Siden det må være minimum to foretak som innehar denne posisjonen for å komme inn under problemstillingen, vil de være alternativer til hverandre overfor forbrukerne. Som alternativer er de allerede potensi-

---

<sup>89</sup> "DIP SpA mot Comune di Bassano del Grappa" avsnitt 27. Saksnr. C-140/94.

<sup>90</sup> Dommens avsnitt 239

elle konkurrenter. Dette argumentet oppsummerer EU-domstolene i "Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommissjonen"<sup>91</sup>:

"Although the possibility that one undertaking may align its conduct with that of one or more competitors necessarily implies that competition between them is significantly restricted, such a possibility to align competitive conduct in no way implies that competition between the undertakings concerned is completely eliminated. Furthermore, the existence of a collective dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty presupposes the existence of economic links between two or more economic entities which are, by definition, independent and, accordingly, capable of competing with one another, and not the existence between the undertakings concerned of institutional links comparable to those existing between a parent company and its subsidiaries..."<sup>92</sup>

Det er med andre ord ikke *utelukket* med en viss form for konkurranse internt i oligopolet, jf "no way...completely eliminated". Det medfører en forskjell at problemstillingen her er at *flere* foretak innehar en dominerende stilling, ikke bare ett. Flere aktører som fremstår som et kollektiv vil aldri bli helt identiske og vil heller aldri ha sammenfallende økonomiske interesser i alle henseender. Da må de i så fall fusjoneres slik at alle deres interesser blir *helt* sammenfallende. Da har vi forlatt den delen av kollektiv dominans som er felles for atferdskontrollen og strukturkontrollen og er over i kun strukturkontroll.

Hittil har fokuset kun vært på priskonkurransen på det relevante markedet. Får å få et fullstendig bilde av konkurranse mellom aktørene innenfor et marked er det ikke nok og kun fokusere på pris. Det er som oftest det viktigste elementet og undersøke, men på langt nær det eneste, særlig innenfor problemstillinger der vi har med oligopolister som tilpasser seg å gjøre. Disse tilpasser seg for å kunne *heve prisen* på et marked slik at de får monopollignende fordeler. Prisen er dermed fjernet i større eller mindre grad fra konkurransen mellom

---

<sup>91</sup> Saksnr. T-191/98, T-212/98 og T-214/98. Heretter referert til som "TACA"

<sup>92</sup> Dommens avsnitt 653

oligopolistene er det relevant å trekke inn konkurranse i andre former. Kjøpere blir ofte møtt med argumenter som god kundeservice, bedre kvalitetsmessige produkter, lange garantiordninger utover lovens minimum, fordelsprogram for lojale kunder, innbytteordninger, utvalg med geografisk nærhet og lignende. Dette er bare noen eksempler på hva fantasifulle selgere kan bruke som argumenter for å overtale kjøpere. Slike konkurransemetoder er desto mer åpen for oligopolistene, ettersom prisen er statisk vil de prøve andre metoder for å lokke til seg kunder. Tradisjonelt virker ikke disse tiltakene like godt som et betydelig prisfall, men det kan være en mulighet for en oligopolist å øke sin markedsandel på bekostning av de andre medlemmene.

Relevansen til slik alternativ konkurranse har EU-domstolene tatt stilling til i "TACA":

"...it should be noted that the existence of non-price competition between the members of a liner conference, such as competition regarding the quality of service provided, is not in principle sufficient to negate the existence of a collective dominant position based on links inferred from their common strategy on price-setting, unless the extent and intensity of those alternative forms of competition is such as to preclude reasonable reliance on their common pricing policy as the basis for establishing a single market entity..."<sup>93</sup>

EU-domstolene gir klart uttrykk for sin mening her ved uttalelsen; "*is not in principle sufficient*". Det å bruke alternative konkurransemetoder til å diskvalifisere et mulig funn av kollektiv dominans er i utgangspunktet lite aktuelt. Det åpnes en sikkerhetsventil ved at omfang og intensitet kan nå et nivå som gjør priser mindre betydningsfulle/irrelevante. Her kan det pekes på et eksempel fra it-bransjen for å finne at pris er nedprioritert som konkurransemiddel. Der har selskapet Apple etablert en salgsmetode som i veldig liten grad baserer seg på at produktene deres er konkurransedyktige på pris. Det at produktene deres er trendy, kvalitetsmessig overlegne og innovative er vanlige salgsargumenter for produktene deres.

---

<sup>93</sup> "TACA" avsnitt 714

For å oppsummere hva Kommisjonen må se på i sin etterforskning av markedssituasjoner der oligopolister er kollektivt dominerende er det nødvendig å se på to ting. For det første, er det lav eller høy grad av priskonkurranse blant oligopolistene? For det andre, er det høy grad av konkurranse på andre parametere enn pris? Hvis ja, er denne konkurransen intens nok til å umuliggjøre tilpasning for oligopolistene?

## 5.7 Selve markedet

I dette avsnittet skal det rettes fokus på markedet som helhet. Det er flere potensielle vilkår i ethvert marked som kan gjøre det lettere eller vanskeligere for oligopolister å tilpasse seg hverandre<sup>94</sup>. For det første er det en nødvendighet at markedet er et oligopol. De følgende punktene er andre karakteristikker av markedet som kan forsterke eller føre til kollektiv dominans.

### 5.7.1 Kapasitet<sup>95</sup>

Prisen i markedet bestemt mellom hva kjøperne er villige til å betale opp mot hva produsentene har av kostnader. Denne likevektsprisen forskjellig innenfor de forskjellige økonomiske modellene<sup>96</sup>. Dersom et marked er preget av effektiv konkurranse vil produsentene tilby et høyere kvantum enn dersom det samme markedet var et monopol eller et oligopol der oligopolister tilpasser seg hverandre for å oppnå monopolignende fortjeneste.

Hvordan kapasiteten i markedet er fordelt kan fortelle noe om hvem som har markedsmakt innenfor oligopolet. Når foretak vil høste monopolignende fortjeneste ved tilpasning, vil den totale produksjonen i markedet gå ned i forhold til hva som vil gjelde under effektiv konkurranse. Observeres det at oligopolistene produserte høyere kvantum tidligere, på et

---

<sup>94</sup> Se Kolstad (2009) side 28

<sup>95</sup> Ivaldi (2003) side 59-61

<sup>96</sup> Se avsnitt 3

lavere prisnivå, men nå har en lavere produksjon etter at prisen har gått opp. Da er det et tegn i retning av at kapasitet er tatt ut av markedet for å ta opp prisen, ikke en naturlig prisoppgang som følge av at etterspørselen har økt.

### 5.7.2 Priser

Måten priser kommer frem på i et marked kan få betydning om det er lett eller vanskelig for oligopolistene å tilpasse seg hverandre eller ikke. Graden av åpenhet vil gjøre det lettere for foretakene å ta stilling til hva prisutviklingen blir fremover, og hva konkurrentene deres vil ta som pris. Dette blir behandlet i Kommisjonsbeslutningen i saken "Nestlé/Perrier"<sup>97</sup>:

"Retail prices of bottled water are transparent. The packaging and product size of the main products are the same in this market. Retail prices can easily be checked, and statistics are regularly supplied by different organizations."<sup>98</sup>

Slike faktorer hjelper oligopolistene å tilpasse seg, men de kan slå begge veier. Høy grad av gjennomsiktighet i prisingen i et marked kan føre til at potensielle konkurrenter ser at det er mulig å tjene penger i dette markedet og starter opp et konkurrerende foretak. Dette peker igjen i retning av at vilkårene som er gjennomgått i rettspraksis sjelden alene kan bevise at det tale om kollektiv dominans i et marked. De mange vilkårene må holdes sammen med andre, for deretter å se om det kan bevises at oligopolistene tilpasser seg hverandre. Kan kollektiv dominans bevises, bærer det videre til en vurdering av om de misbruker sin dominerende stilling.

Høy grad av hemmelighet omkring hvordan prisene blir forhandlet frem kan også ha en innvirkning på muligheten for tilpasning. Dersom kjøp og salg foregår på en åpen og gjennomsiktig måte, slik som for eksempel råvarehandel på spesialiserte råvarebørser; olje er et eksempel, kobber og edle metaller er et annet. Hvis vi ser på markedet for salg av fly blir

---

<sup>97</sup> Kommisjonsbeslutning OJ nr. L 356/1 fra 1992

<sup>98</sup> "Nestlé/Perrier avsnitt 121

argumentet motsatt. Airbus og Boeing forhandler i stor grad prisene sine i det skjulte<sup>99</sup>. Slike langvarige forhandlinger mellom selger og kjøper som resulterer i en børsmelding når de er overstått gir ikke noen høy grad av innsyn for utenforstående. I markeder der prisen blir bestemt på en slik måte er det derfor ikke gode forhold for oligopolistene, til å tilpasse seg hverandre. Hemmelighold om prisforhandlinger peker tilbake til grunnvilkåret for kollektiv dominans. Et marked der prisene blir bestemt uten noen grad av innsyn er vanskelig og forene med at oligopolistene *til sammen* skal fremstå som en kollektiv enhet ovenfor de andre aktørene på markedet. Dersom de skulle koordinere priser i en slik situasjon ville foretakene sannsynligvis ha kanaler der de eksplisitt utvekslet prisstrategier med hverandre. I det tilfellet glir vi gradvis over i art. 101 av atferdskontrollen og da er det ikke lenger den dominerende stillingen som er fokuset for vurderingen, men hvorvidt det har foregått et ulovlig samarbeid.

I "Nestlé/Perrier" behandler Kommisjonen nok et spørsmål om prisstrategi som er av interesse for problemstillingen i denne oppgaven. I beslutningen uttaler Kommisjonen:

"Whoever first increased its prices was always followed by the other two suppliers. There was no price decrease during the whole period considered"<sup>100</sup>

Her var det et tydelig forsøk fra aktørene på å tilpasse seg hverandre. Dette har en side til prisingen i markedet siden en slik atferd vil være vanskelig, kanskje umulig, dersom priser blir forhandlet frem i det skjulte. I "Gencor" uttaler EU-domstolene:

"Price transparency is a fundamental factor in determining the level of market transparency where there is an oligopoly."<sup>101</sup>

### 5.7.3 Produktet, innovasjon og modenhet

Produktet i seg selv kan ha stor betydning for om tilpasning lar seg gjennomføre. Dersom vi har avgrenset et spesifikt produktmarked, men kundene oppfatter produktene innenfor dette markedet som heterogene, vil det vanskeliggjøre tilpasning for oligopolistene. Et eksempel på at forbrukere oppfatter et produkt som i det vesentlige er det samme fra hver leverandør som forskjellig, er biler. Mange oppfatter biler som helt unike produkter når du

---

<sup>99</sup> Se Krugman (2008) for en analyse om konkurransen mellom Airbus og Boeing

<sup>100</sup> Beslutningens avsnitt 59

<sup>101</sup> "Gencor" avsnitt 227

holder en bil opp mot en annen, selv om det er biler som hører til samme prisklasse. På et marked, der forbrukerne oppfatter at produktene er helt unike, vil det ikke være like enkelt for tilbyderne og tilpasse seg. Det er vanskeligere å forutse hva kundene vil gjøre. De er ikke indifferente til å kjøpe en Opel og en Volkswagen. Dersom disse to bilprodusentene skulle være i en mulig kollektivt dominerende stilling på et marked, er det vanskelig og se for seg at de vil klare å tilpasse sin strategi for og høste monopollignende fortjeneste. Det som kan oppstå i en slik situasjon kan forklares utfra en økonomisk teori om monopolistisk konkurranse, men det er ikke relevant for denne oppgaven.

Dersom produktet er et homogent produkt vil det i mye større grad ligge til rette for tilpassing<sup>102</sup>. I "Gencor" vurderte EU-domstolene en konsentrasjon innen markedet for platinum-grupperte metaller (PGM). Dette markedet er helt annerledes enn eksemplet fra bilmarkedet. Her er det tale om en råvare som hovedsakelig henter ut fra gruver. Produktet er likt og har det samme anvendelsesområdet uansett om du kjøper det fra gruver i Zimbabwe eller Russland. Det at kjøperne ikke bryr seg om hvem de kjøper produktet av ofte positivt for konkurransen. Det gjør at leverandørene aldri kan lene seg tilbake og alltid må effektivisere og forsøke å holde seg konkurransedyktige.

I "Gencor" var det en stor del av vurderingen at platinum er et homogent produkt. I en slik situasjon er det andre deler enn selve produktet som kan gi foretak en fordel i konkurransen. Dersom alle tilbyr et produkt som oppfattes som likeverdig, er det effektivitet, både kostnadmessig og tidsmessig, som er mest sentrale. Problemet i en sak som "Gencor" er at platinummarkedet er velutviklet, det er et modent marked. Graden av kompetanse innenfor et foretak som driver i denne bransjen er ofte så høy at de vil ha kunnskap om hva som trengs for å drive gruver, behandle metallet, forberede det til sending og hvilken infrastruktur som er nødvendig for å spre det til kundene. EU-domstolene tar opp dette til vurdering i dommen:

"...even in an industry where the technology is mature, competition remains possible through the application of new working methods and production technology, and of the fact that there were differences in management between the four major platinum producers..."<sup>103</sup>

EU-domstolene peker på at i slike markeder at konkurranse "*remains possible*", til tross for at markedet er modent, og peker på arbeidsmetode, produksjonsteknologi og bestyrelse av foretaket som relevante forskjeller. Arbeidsmetode og styringen av foretaket er faktorer som aktørene vil bedre etter hvert som foretaket driver sin virksomhet. De vil lære hva som fungerer og hva som ikke fungerer, slik at de over tid kommer frem til den optimale måten å organisere seg selv og arbeidet på.

---

<sup>102</sup> Se Ivaldi (2003) side 45-47

<sup>103</sup> "Gencor" avsnitt 287

Produksjonsteknologi er vanskeligere å forutse utviklingen av. Innovasjon kan komme til over lengre perioder, men like ofte kan det skje store endringer på veldig kort tid. Markeder som preges av høy innovasjonsgrad over kort tid vil følgelig gjøre det vanskeligere for oligopolistene å tilpasse seg hverandre. Mobiltelefonindustrien er et eksempel på dette.. Der har selskap som Apple og Google blitt noen av de viktigste aktørene. For ti år tilbake var ikke disse to relevante i det hele tatt innenfor denne bransjen. Dette er et uttrykk for at høy grad av innovasjon gjør markedet mer komplekst og følgelig mindre egnet til tilpassning. På verdensmarkedet for platinum, som er behandlet i "Gencor", er det ikke like stor grad av innovasjon. Dette gjør at endringer i den bransjen skjer saktere og gir aktørene en bedre mulighet til å innordne seg. Det kan ikke være tvil om at en vurdering av selve produktet, graden av innovasjon og modenheten til det aktuelle markedet er relevante ved vurderingen av kollektiv dominans i art. 102.

#### 5.7.4 Etterspørselastisitet og svingninger i etterspørselen

I saker der praksis har vurdert markedet som en helhet har etterspørselastisitet og svingninger i etterspørselen blitt trukket fram som relevante<sup>104</sup>. Etterspørselastisitet er et begrep som økonomer bruker for å beskrive forholdet mellom en økning i prisen og endring i omsatt kvantum<sup>105</sup>. Konvensjonell økonomisk tankegang tilsier at dersom prisen øker så vil konsumentene redusere sin bruk av produktet, forutsatt at det ikke er et nødvendighetsgode det er umulig og kutte ned på, eller finne substitutter til produktet<sup>106</sup>. Dersom mengden omsatt av produktet responderer mye på en endring i prisen sier vi at elastisiteten er høy. Dette kan konkurranserettsjurister benytte i sin metode for å vurdere om oligopolister som tilpasser seg hverandre er i en kollektiv dominerende stilling. Kommisjonsbeslutningen "Nestlé/Perrier" sier dette om etterspørselastisitet:

"Demand is relatively price-inelastic; prices might be increased without fear of offsetting losses in volume. Because of the motivation of consumers to buy and consume mineral water on a daily basis, there are no real substitutes for mineral water. The overall image of branded water and brand loyalty accentuate the price-inelasticity of demand. Increases in real prices have therefore a proportionately smaller impact on quantities demanded; a price

---

<sup>104</sup> Se Kolstad (2009) side 28

<sup>105</sup> Se Bernheim og Whinston side 49

<sup>106</sup> Se avsnitt 3 om økonomisk teori



increase would result in increased total revenue and profits. The incentive and possibility to increase prices jointly in this market seems to have already been recognized by the companies in the past..."<sup>107</sup>

Kommisjonen berører her mange av de relevante økonomiske argumentene i sin metode. For å kunne bruke dette til å bevise en kollektivt dominerende stilling må det tas stilling til dette sitatet fra beslutningen. Er det relevante substitutter til stede? Dette kommer an på hvordan man definerer det relevante markedet<sup>108</sup>. I "United Brands mot Kommisjonen"<sup>109</sup>, en sak om enedominans, var den viktigste delen for utfallet av dommen om bananmarkedet skulle ses på som *ett marked* eller som en del av det totale fruktmarkedet. Hvilken *relevant* avgrensning av produktmarkedet man kommer frem til vil ha stor betydning for elastisiteten<sup>110</sup>. Dersom markedet defineres vidt vil elastisiteten sannsynligvis bli lavere enn ved en snever definisjon<sup>111</sup>. Som vi ser i sitatet ovenfor ligger det til rette for tilpasning der hvor oligopolistene observerer at de kan øke inntektene ved en prisøkning. Dette viser tilbake til grunnvilkåret om at oligopolistenes atferd er til dels uavhengig av de andre aktørene på markedet, her kundene. Det å ha markedsrett til å opptre uavhengig av andre aktører på markedet er i kjernen av dominansvurderingen både ved enedominans og kollektiv dominans. Dersom etterspørselen har lav elastisitet vil de andre aktørene, som ikke er del av det tilpassende oligopolet, stå dårligere rustet til å gjøre mottrekk mot markedsatferden til oligopolistene. Elastisitet er interessant å undersøke ved en vurdering av kollektiv dominans og kan være svært relevant når vi skal undersøke oligopolistenes evne til å opptre uavhengig av de andre aktørene.

Endringer i den totale etterspørselen i et relevant marked er et relevant argument å undersøke dersom en forsøker å bevise kollektiv dominans. Generelt blir det ansett at markeds-

---

<sup>107</sup> Kommisjonsbeslutningens avsnitt 124

<sup>108</sup> Se "Adriatica di Navigazione SpA mot Kommisjonen" avsnitt 27. Doknr. T-61/99

<sup>109</sup> Saksnr. C-27/76

<sup>110</sup> Se Kommisjonsmelding om relevant marked (fullstendig henvisning i litteraturliste)

<sup>111</sup> Se Kolstad mfl. (2007) punkt 5.3.4.11

vekst kan tale for tilpasning innenfor et oligopolmarked<sup>112</sup>. Dette bygger på et logisk argument: Dersom markedet vokser vil oligopolistene, sannsynligvis, se fordelene med å tilpasse seg hverandre for å maksimere sin fortjeneste på lang sikt<sup>113</sup>. Trenden med at den totale etterspørselen er økende vil også kunne virke positivt på konkurransen. Dersom aktører som ennå ikke deltar på markedet ser at det er gode muligheter for fremtidig fortjeneste vil det kunne øke antall tilbydere på lengre sikt. Derfor er det naturlig å se på dette vilkåret samtidig som man undersøker om det er høye adgangshindre for å komme inn på markedet. Dette er et eksempel på at når art. 102 skal anvendes konkret må man se hele artikkelen. Et bevist funn av kollektiv dominans er *ikke* noe som kan sanksjoneres. Det må kombineres med *misbruk*, som eksempelvis utestengende atferd.

Dersom det i motsatt fall er en tendens at den totale etterspørselen faller i markedet kan vi vente en mer aggressiv atferd fra medlemmene. Da vil de i større grad være tilbøyelige til å kjempe for å holde på sin fortjeneste. Da kan fristelsen for å ta gevinst på kort sikt bli høyere enn et fremtidig ønske om monopollignende fortjeneste<sup>114</sup>. Dette er et sitat fra Kommisjonsbeslutning i saken "SCA/Metsä Tissue"<sup>115</sup>:

"The markets for tissue products possess many of the characteristics that are considered to make markets conducive to collective dominance. The market demand for these products is generally considered to be rather inelastic. Furthermore, like the other Nordic tissue markets the Finnish market is a mature market with low growth prospects. Tissue production is, moreover, a market where technical innovation is relatively moderate and takes time to have a strong influence on markets, partly due to the long life of tissue machines."<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> Kolstad mfl. (2007) side 279-280

<sup>113</sup> Se tilbake til avsnitt 3.1.3 om fortjeneste på kort og lang sikt

<sup>114</sup> Se Ivaldi (2003) side 26-29

<sup>115</sup> Doknr. OJ L 57, 27.2.2002

<sup>116</sup> Kommisjonsbeslutningens avsnitt 148

Vi ser her at Kommisjonen lister opp en del av de argumentene vi har vært gjennom. Fellesnevneren for de alle er at de bidrar til å bevare *status quo* eller i det minste at utvikling skjer gradvis og oversiktelig.

Midlertidige svingninger i etterspørselen er også av betydning for oligopolistenes muligheter til å tilpasse seg. I "Airtours" måtte EU-domstolene ta stilling til slike usikkerheter i markedet for pakkereiser.

"Although it is certainly the case that the caution inherent in the way the market normally operates means that account must be taken of the need to make the best possible estimates of the way in which demand will develop, the planning process remains difficult, because each operator must anticipate (some 18 months in advance because of the market's distinctive features) how demand will evolve — demand being distinguished by its considerable volatility and thus entailing a degree of speculation. Furthermore, the Commission did not regard either the operators' caution or demand volatility to be restrictive of competition in the pre-merger market. Caution cannot therefore be interpreted, as such, as evidence of a collective dominant position rather than as a characteristic of a competitive market of the kind that existed at the time of the notification."<sup>117</sup>

I dette sitatet fra dommen problematiserer EU-domstolene rundt flere av de punktene som er trukket frem i denne oppgaven. EU-domstolene kritiserer Kommisjonen for å legge for stor vekt på forsiktigheten til pakkereiseforetakene som bevis for tilpassende atferd. Det viktige er ikke hva som kommer frem i denne enkelte saken, men at etterspørselsendringer kan ha innvirkning på kollektiv dominans. Videre avskjærer EU-domstolene Kommisjonens argumentasjon om at dersom forsiktigheten til operatørene ikke spilte noen rolle i markedet før fusjonen, kan det ikke ha noen betydning, i forhold til den kollektive dominansen, etter fusjonen. Dette er nok et bevis på at innholdet i begrepet *kollektiv dominans* blir behandlet på samme måte i rettspraksis i fusjonskontrollen og i atferdskontrollen. Det er konsekvensene av kollektiv dominans som er forskjellig i de to regelsettene.

EU-domstolene viser i utdraget at det er relevant å vurdere begrenset kapasitet i saker om kollektiv dominans, men at på markedet for pakkereiser må det gis slingsmonn siden det er vanskelig å forutsi markedets etterspørsel grunnet den høye graden av "*...volatility and thus entailing a degree of speculation...*". Dersom man finner stor grad av volatilitet i et marked man mistenker for å være preget av tilpassende oligopolister, vil det være et funn som virker avkreftende.

---

<sup>117</sup> "Airtours" avsnitt 144

## 5.8 Avsluttende bemerkninger om vilkår og vektingen mellom dem

I dette kapittelet av oppgaven har vilkårene fra rettspraksis for kollektiv dominans i atferdskontrollen blitt presentert og gjennomgått. De har kommet til gjennom en "*learning by doing*"-prosess for Kommissjonens del<sup>118</sup>. Etter en gjennomgang av mange vilkår er det tydelig at Kommissjonens arbeidsmåte er å ta utgangspunkt i økonomisk teori omkring oligopoler og stilltiende samarbeid, for deretter å sette teorien inn i en art. 102-ramme. Det er ikke fullstendig samsvar mellom hva økonomisk teori behandler som ineffektiv konkurranse i oligopoler og det som kan sanksjoneres ved atferdskontrollen i art. 102. Det er heller ikke nødvendig. Ved å bli for detaljorientert i sin anvendelse av konkurransereglene, er det en fare for at Kommissjonen blir en forstyrrende aktør for konkurransen i markedet. Markedet er ikke perfekt; problemstillingen i denne oppgaven tar opp problemer ved konkurransesituasjonen som kan oppstå naturlig<sup>119</sup>. Alle slike negative virkninger burde ikke møtes med sanksjoner og reguleringer. I mange tilfeller kan markedet selv ordne opp i ubalanser og da vil myndighetenes inngripen bare virke forstyrrende. Det vil være paradoksalt dersom den myndighet som har som formål og kompetanse å fremme effektiv konkurranse skulle bli en demper for den. Reguleringer og sanksjoner for negativ atferd har sin plass der de kan rette opp mangler eller oppfordre til effektiv konkurranse. Er ikke noen av disse to mulige å oppnå eller at markedet bedre kan rette opp dette selv, da er det ikke ønskelig med inngripen fra myndighetene.

Når det kommer til vektingen av de ulike vilkårene for kollektiv dominans er det umulig å oppstille en generell skjematisk vekting mellom disse<sup>120</sup>. Det er sjelden at alle de vilkårene vi har vært gjennom vil komme til anvendelse samtidig i en konkret sak. I oppgaven er vilkåret om at oligopolistene fremstår som en kollektiv enhet fremhevet som et grunnvilkår. Det er det eneste vilkåret som vil måtte være til stede i alle saker der det kan være aktuelt å anvende atferdskontrollen etter art. 102 på kollektiv dominans. Dersom ikke dette vilkåret

---

<sup>118</sup> Se Kolstad mfl. (2007) side 243

<sup>119</sup> Petit og Henry (2010) avsnitt II

<sup>120</sup> Se Kolstad mfl. (2007) side 287

holder, vil det ikke være nødvendig å ta stilling til om markedsandelene tilsier tilpasning eller om det er symmetrier i oligopolistenes oppbygning. Fremstår de ikke som en kollektiv enhet ovenfor de andre aktørene på markedet kan vurderingen stoppe der. Grunnvilkåret er utgangspunktet det må bygges videre på.

Når det kommer til konkret anvendelse av de mange vilkårene er det ikke ett vilkår som stikker seg ut som vesentlig mer betydningsfullt enn de andre, bortsett fra grunnvilkåret. En måte å tilnærme seg vektingen her, er og se på dem som en helhet. Konkurransemyndighetene burde ikke se om produkthomogenitet, lav innovasjonsgrad, symmetri i kostnadsstrukturer og høye markedsandeler hver for seg tilsier kollektiv dominans. Det er mer fornuftig og se på dem sammen. Da blir metoden, i en konkret sak, som følger: Først å se på om grunnvilkåret er oppfylt. Dernest å samle alle andre vilkår som er relevante for kollektiv dominans, både de som taler for og imot. Så se om alle vilkårene peker i den samme retningen. Peker alle funnene i retning av at oligopolistene tilpasser seg hverandre er kravet til kollektivt dominerende stilling er oppfylt. Da kan konkurransemyndighetene gå videre til en vurdering om stillingen har blitt misbrukt. Dersom ikke alle vilkårene er oppfylt må det undersøkes nærmere om nok av dem er det til å kunne bevise at en kollektiv dominerende stilling eksisterer. Dersom noen av funnene taler imot, blir det vanskeligere, men ikke umulig, å kunne si at det finnes en kollektiv dominerende stilling. Det avhenger av hvor viktig det motstridende funnet er i den konkrete saken. Eksempler på slike situasjoner har blitt behandlet fortløpende i fremstillingen. Det er ikke umulig for oligopolister å tilpasse seg hverandre i et marked som i "Airtours", men svingninger i etterspørselen gjorde at det ble mer komplekst. I slike tilfeller trenger konkurransemyndighetene å ha sterke argumenter som tilsier kollektiv dominans for å veie opp, eksempelvis lik oppbygning av produksjonskapasitet og prisstrategi.

Ved vurderingen av art. 102 i forbindelse med problemstillingen må det understrekes ikke er nok at vi beviser kollektiv dominans, for å sanksjonere foretak etter art. 102. Det er kun første del av vurderingen, det må i tillegg være misbruk av dominansen. Vi kan ikke sanksjonere foretak som reagerer på en rasjonell og fornuftig måte ovenfor den markedssitua-

sjonen de står ovenfor<sup>121</sup>. Dersom to oligopolister har den samme kostnadsstrukturen innenfor et marked med et homogent produkt, og dermed kommer frem til den samme prisstrategien gjør ikke dette at de har misbrukt sin stilling. Det kan bety at de begge har tatt fornuftige valg og slett ikke burde bli dømt til brudd på art. 102<sup>122</sup>. Det forutsetter misbruk av den dominerende posisjonen. I det neste avsnittet skal ses det nærmere på typer misbruk som er vanlig når det er tale om kollektiv dominans.

Gjennom utviklingen av læren om kollektiv dominans har rettspraksis vist en klar endring i sin tilnærming til dominansvurderingen i art. 102. Fra "Hoffmann" i 1979 er det tydelig spor av en klar formell deling av atferdskontrollen. Art. 101 skulle brukes til å ramme samarbeid og art. 102 kunne brukes til å sanksjonere unilaterale handlinger. Dette har fordelen av å være en mer oversiktlig inndeling for anvenderene av atferdskontrollen. Det bidrar til forutberegnelighet, et godt argument både juridisk og for næringslivet til å favorisere en slik inndeling. Problemet med for skarpe og tydelige avgrensninger er at det kan bli for lite dynamisk. Problemstillingen i denne oppgaven viser at en slik inndeling kan medføre at uønskede tilpasninger oppstår, men falle utenfor atferdskontrollen. Da vil konkurransemyndighetene kun ha mulighet til å gjøre noe *før* kollektiv dominans oppstår, gjennom å nekte fusjoner som kan bidra til å styrke markedskonsentrasjoner. De vil ikke kunne gjøre noe for å sanksjonere slik atferd når kollektiv dominans oppstår uavhengig av fusjoner.

Fra "SIV" og frem til i dag har utviklingen vært en helt annen, nemlig en dreining til en mer praktisk og etterforskende metode. EU-domstolene har justert sin tilnærming og tillatt sanksjoner mot *flere foretak* i felleskap etter art. 102. Linjen fra økonomisk teori til vilkår i den juridiske testen synes å være tydelige<sup>123</sup> og vi må holde døren åpen for at det etter hvert kan komme til flere mulige vilkår som vil bli behandlet i rettspraksis.

---

<sup>121</sup> Mezzanotte (2010) avsnitt V

<sup>122</sup> Se Whish (2012) side 574

<sup>123</sup> Se Whish (2012) side 575

## 6 Misbruk av den dominerende stillingen

### 6.1 Innledning

I dette avsnittet av oppgaven behandles den andre delen av vurderingen i art. 102. Nå forutsettes det at kravet om en kollektivt dominerende stilling er tilstrekkelig bevist, og det skal nå undersøkes om stillingen har blitt misbrukt. I denne delen av art. 102 er det ikke like stor forskjell mellom når et foretak er enedominerende eller del av en kollektivt dominerende stilling. EU-domstolene avklarte dette spørsmålet i "CMBT":

"However, a finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a ground of criticism but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market..."<sup>124</sup>

"The same applies as regards undertakings which hold a collective dominant position. A finding that two or more undertakings hold a collective dominant position must, in principle, proceed upon an economic assessment of the position on the relevant market of the undertakings concerned, prior to any examination of the question whether those undertakings have abused their position on the market."<sup>125</sup>

Her uttaler EU-domstolene at sontringen mellom kollektiv eller enedominans ikke har noen betydning for misbruksvurderingen i teorien, men i praksis kan det være forskjeller mellom kollektivt og enslig misbruk av *dominerende stilling*. I de kommende avsnittene skal det gjennomgå noen forskjeller i misbruksvurderingen mellom enedominans og kollektiv dominans. Misbruksvurderingen blir ofte i juridisk teori delt inn i tre kategorier; utnytt-

---

<sup>124</sup> "CMBT" avsnitt 37

<sup>125</sup> "CMBT" avsnitt 38

de, konkurransebegrensende og gjengjeldelsesmisbruk. Denne inndelingen vil brukes her, men det er ikke et skarpt skille mellom typene misbruk<sup>126</sup>.

## 6.2 Utnyttende misbruk

I saker med *én* dominerende aktør, blir utnyttende misbruk behandlet som når et foretak utnytter sin dominerende stilling til å øke prisen, over det nivå den ville vært på ved effektiv konkurranse. Det kan tenkes at den dominerende aktøren i tillegg senker kvaliteten på produktet for å øke sin fortjeneste. Dette kan foretaket gjøre i kraft av sin markedsrett. Dette er logisk ikke forenelig med inndelingen av art. 102, som er beskrevet så langt i oppgaven. En kollektiv dominerende stilling er definert som oligopolister som tilpasser seg hverandre nettopp for å kunne øke prisen i markedet over prisen ved effektiv konkurranse. Dermed vil det være mer naturlig å slå sammen dominans- og misbruksvurderingen til én vurdering i saker med kollektiv dominans, ettersom prisen må være over likevektsprisen ved effektiv konkurranse ved et bevist funn av kollektiv dominans<sup>127</sup>. Dette har EU-domstolene ikke gjort i "CMBT" og uttaler i avsnitt 37 og 39<sup>128</sup> at det er "*...not in itself a ground for criticism...*" og betyr bare at de som innehar en slik stilling har et "*special responsibility*".

EU-domstolene har aldri eksplisitt uttalt at en kollektivt dominerende stilling vil øke prisen i markedet, bare at foretakene må fremstå som en kollektiv enhet<sup>129</sup>. Det at Kommisjonen, og andre som forsøker å bevise kollektiv dominans, forutsetter at prisen øker ved kollektiv dominans skyldes at den økonomiske teorien forutsetter det. Selv om juss og økonomi spiller på lag og er tett sammenbundet i konkurranseretten, vil ikke alle begreper alltid ha den

---

<sup>126</sup> Kolstad mfl. (2007) side 306-310

<sup>127</sup> Dersom prisen ikke er over likevektsprisen ved effektiv konkurranse vil ikke grunnvilkåret for tilpasning være oppfylt. Da "vinner" konkurranse over tilpasning og det er ikke noe for konkurransemyndighetene å sanksjonere. Se avsnitt 3.1.3

<sup>128</sup> Sitert i forrige avsnitt

<sup>129</sup> "SIV" avsnitt 358 og "CMBT" avsnitt 39



samme betydningen på de to fagområdene<sup>130</sup>. Det at økonomisk teori ikke skiller mellom etableringen av kollektiv dominans og misbruket av den, gjør ikke at EU-domstolene er bundet eller endog har anledning til å behandle det sammen. Etter min mening her EU-domstolene gjort en fornuftig inndeling, som ivaretar det at oligopoler kan ende med monopolpriser og priser som ved effektiv konkurranse<sup>131</sup>. Det er ikke noe i gråsonen eller mistenkelig at et marked er preget av få og store aktører. Dette kan komme av at disse er de beste og at de andre har blitt utkonkurrert. Det at de ser like ut og har sammenlignbare priser kan være et resultat av at det er den mest optimale måten og drive forretninger på i det spesifikke markedet.

EU-domstolenes praksis, juridisk og økonomisk teori har vist at dersom oligopolister skal oppfylle grunnvilkåret til kollektiv dominans, så må likevektsprisen endres fra en likevektspris ved effektiv konkurranse. EU-domstolene har pekt på at dette *i seg selv* ikke er tilstrekkelig til å være et misbruk etter art. 102<sup>132</sup>, dermed er utnyttende misbruk ikke lenger veldig aktuelt i saker om kollektiv dominans. Den nye likevektsprisen blant oligopolistene vil ikke være gjenstand for store endringer, jf grunnvilkåret om tilpasset opptreden<sup>133</sup>.

### 6.3 Konkurransbegrensende misbruk

Denne kategorien av misbruk, som typisk består i å hindre nyetableringer og skvise eller utestenge andre aktører er mer aktuell for tilfeller av kollektiv dominans<sup>134</sup>. En bærekraftig tilpasning mellom oligopolistene forutsetter at andre aktører ikke skal kunne komme med effektive mottiltak. Det medfører at dersom det er lave eller ingen adgangshindre for å komme inn på markedet og konkurrere, vil det kunne true oligopolistene. Dette fordi prisen er over det som ville resultert fra effektiv konkurranse og det gir potensielle aktører et incentiv til å entre markedet.

---

<sup>130</sup> Se Whish (2012) side 560-563 og Kolstad mfl. (2007) side 232-233 avsnitt 5.2.1

<sup>131</sup> Se avsnitt 3.1.3

<sup>132</sup> "CMBT" avsnitt 37

<sup>133</sup> Se punkt 5.1

<sup>134</sup> Kolstad mfl. (2007) side 308

I "CMBT" hadde oligopolistene utnyttet sin kollektive dominans til å *påtvinge* kundene sine lojalitetskontrakter. Her i et sitat fra dommen:

"As regards, more specifically, the 'imposition' of loyalty contracts (the expression used in Article 5(2)(b)(i) of Regulation No 4056/86), a dominant undertaking can, in practice, 'impose' loyalty contracts on its customers without having to insist expressly on such a contract as a condition of access to its services."<sup>135</sup>

Lojalitet som betingelse for handel er en klar begrensning i en forbrukers mulighet til å velge det som passer best for han. Ved effektiv konkurranse kan ikke slike lojalitetsbetingelser sanksjoneres fra myndighetene. Det er kun foretak i en dominerende stilling som har et spesielt ansvar<sup>136</sup> for å ikke misbruke sin dominans, blant annet ved for mye bruk av lojalitetskontrakter. I en slik situasjon med effektiv konkurranse kan forbrukeren bare handle fra en annen aktør. Er vi innenfor et oligopol med kollektivt dominerende oligopolister er ikke denne mulighet til stede i like stor grad. Da er oligopolistene en uunngåelig handelspartner<sup>137</sup>. Lojalitetskontrakter er da et effektivt virkemiddel for oligopolistene til å *dele inn* markedet mellom seg. Det gir forutsigbarhet både for inntekter og kapasitetsutnyttelse og bidrar i stor grad til å bevare *status quo* innenfor oligopolet. Det er også et effektivt virkemiddel for å stenge ute nye aktører. Dersom ikke nye konkurrenter har mulighet til å få kundene over til seg i startfasen på grunn av at de er knyttet til oligopolistene gjennom slike lojalitetskontrakter, da er det vesentlig vanskeligere å entre markedet.

I "TACA" ble det vurdert om medlemmer av en linjekonferanse, som var et oligopol med kollektiv dominans, hadde begått misbruk ved ikke å gi adgang til å inngå individuelle servicekontrakter<sup>138</sup>. Motivasjonen for denne unnlattelsen til å gi slike individuelle kontrakter,

---

<sup>135</sup> "CMBT" avsnitt 133

<sup>136</sup> "CMBT" avsnitt 37

<sup>137</sup> Se "CMBT" avsnitt 132

<sup>138</sup> Se dommens avsnitt 1105-1159

var å få alle kontraktene inn i et spor som kollektivet har kommet frem til gjennom sin tilpasning til hverandre. Kommisjonen fikk ikke medhold i dette da det ikke var bevist at oligopolistene hadde eliminert potensiell konkurranse i dette tilfellet. Selv om det ikke ble gitt medhold i denne saken var det naturlig å undersøke et slikt argument. Det kan være flere grunner til at medlemmer av en linjekonferanse må tilpasse sine kontrakter. Dersom motivet og effekten av slik tilpassing blir at kundene ikke lenger har mulighet til å få konkurransedyktige tilbud, kan slik tilpassing bli til misbruk. Forbrukerens forhandlingsmakt består i hans mulighet til å gå til en annen aktør dersom han ikke er fornøyd med et konkret tilbud. Hadde medlemmene av linjekonferansen i "TACA" kommet frem til vilkårene for kontraktene med denne linjekonferansen kun for å nøytralisere forbrukerens forhandlingsmakt ville det vært et misbruk av kollektiv dominans.

#### 6.4 Gjengjeldelsesmisbruk

Gjengjeldelsesmisbruk består typisk i reaksjoner overfor faktiske og potensielle konkurrenter i et forsøk på å motvirke aggressiv konkurranse. Det er ikke noe forskjell her mellom enedominans og kollektiv dominans<sup>139</sup>. Det følger det vanlige mønsteret i art. 102 ved at når en dominerende stilling er etablert, må en videre vurdere om misbruk av stillingen har funnet sted. I praksis vil det derimot være noen praktiske forskjeller ved gjengjeldelsesmisbruk når det er flere foretak som har en kollektivt dominerende stilling<sup>140</sup>.

Det er viktig ved kollektiv dominans å skille mellom reaksjoner innenfor det som fremstår som et kollektiv, og reaksjoner mot de som ikke fremstår som en del av den kollektive dominansen. Gjengjeldelsesmisbruk ligner på gjennomgangen av grunnvilkåret i vurderingen av den dominerende stillingen, ved at når noen truer med å bryte tilpasningsmønsteret kan det bryte ut priskrig som straff<sup>141</sup>. Det å være i en kollektiv dominerende stilling er *ikke* et brudd på art. 102, jf "CMBT" avsnitt 39. Vi må derfor skille mellom når oligopolistene

---

<sup>139</sup> Se Kolstad mfl. (2007) side 309

<sup>140</sup> Se avsnitt 6.5 om individuelt misbruk av kollektiv dominans

<sup>141</sup> Se avsnitt 5.1.2

bruker priskonkurransen seg imellom, for å sikre tilpasningen mellom de aktørene som fremstår som et kollektiv, og når det er en aktør utenfor det tilpassende kollektivet er målet for priskonkurransen<sup>142</sup>.

I "CMBT" vurderte EU-domstolene om det var et misbruk at kollektivet hadde en aggressiv priskonkurransen på visse strekninger for å skade tredjeparter. En praksis som blir kalt "*fighting ships*". Her er et sitat fra dommen om dette:

"It follows that, where a liner conference in a dominant position selectively cuts its prices in order deliberately to match those of a competitor, it derives a dual benefit. First, it eliminates the principal, and possibly the only, means of competition open to the competing undertaking. Second, it can continue to require its users to pay higher prices for the services which are not threatened by that competition."<sup>143</sup>

Slik konsentrert priskrig er helt klart over i misbruksvurderingen i saker av kollektiv dominans. Her er handlingene av kollektivet som helhet mot en tredjepart som ikke er medlem av oligopolet, da vil de samme vurderingskriteriene som ved enedominans være gjeldende. Et eksempel på et relevant argument kan være varig tilbud av varen/tjenesten under kostpris<sup>144</sup>. Selv om det ikke er en forskjell i vurderingskriteriene ved enedominans og kollektiv dominans, i teorien, kan det bli praktiske forskjeller. Det er ikke slik at alle oligopolistene som inngår i kollektivet vil handle identisk. Det må derfor i enhver misbruksvurdering, i saker om kollektiv dominans, vurdere hver av oligopolistenes atferd individuelt før vi tar stilling til om hvilke sanksjoner hver av dem skal få ved bevist misbruk av kollektivt dominerende stilling.

---

<sup>142</sup> Se Kolstad mfl. (2007) side 309

<sup>143</sup> Se "CMBT" avsnitt 117

<sup>144</sup> Se retningslinjene for art. 102 avsnitt 25

## 6.5 Individuelt misbruk av kollektiv dominans

I dette avsnittet rettes fokuset mot en misbrukstype som kun kan oppstå ved kollektiv dominans. Nemlig problemstillingen om *misbruket* må bli utført av oligopolistene kollektivt, eller om det kan tenkes at ikke alle medlemmene av kollektivet utfører den aktuelle misbrukshandlingen. Dette kan formuleres til et spørsmål om det er nødvendig med full personlig identifikasjon mellom innehaverne av den kollektive dominerende stillingen, og de som utfører misbruket, eller om det kan tenkes at en oligopolist som inngår i den dominerende stillingen ikke deltar i misbruket. Dette har EU-domstolene behandlet i sakene "Irish Sugar"<sup>145</sup> og "TACA":

"At most, the fact that one party to the TACA did not follow the conduct adopted by the other TACA parties might show that that party to the TACA did not participate in an infringement of Article 86 of the Treaty, should it transpire that the conduct adopted by the other TACA parties constituted an abuse for the purposes of that provision. Although the existence of a collective dominant position may be deduced from the position which the economic entities concerned together hold on the market in question, the abuse does not necessarily have to be the action of all the undertakings in question. It need only be capable of being identified as one of the manifestations of such a joint dominant position..."<sup>146</sup>

EU-domstolene er her inne på at det ville være en spesiell situasjon dersom et medlem av oligopolet ikke hadde deltatt i det aktuelle misbruket av kollektiv dominans, den andre delen av vurderingen av art. 102, men at medlemmet likevel blir tatt med som del av den kollektive dominerende stillingen under dominansvurderingen. EU-domstolene åpner for at det ikke er nødvendig for oligopolistene at misbruket fremstår som fra en kollektiv enhet. Det trengs kun at oligopolisten som utfører den ulovlige atferden fremstår som en del av den kollektive enheten som innehar den dominerende stillingen. Med andre ord trenger det nødvendigvis ikke å være full identitet mellom de som innehar kollektiv dominans med de som utfører misbruket av dominansen.

---

<sup>145</sup> Domsnr T-228/97. Avsnitt 66

<sup>146</sup> "TACA" avsnitt nr 633.

Whish problematiserer rundt dette i sin bok<sup>147</sup>. Han mener at dette harmoniserer dårlig med utviklingen av kollektiv dominans så langt. Dersom vi har med et individuelt misbruk å gjøre, vil vi bryte forutsetningen om at medlemmene tilpasser seg hverandre. Da fremstår ikke handlingene lenger som fra *en kollektiv enhet*<sup>148</sup> ovenfor de andre aktørene i markedet. Det medfører at grunnvilkåret ikke er oppfylt<sup>149</sup>. Det vil være et merkelig resultat om en skal starte dominansvurderingen med at oligopolistene skal være en kollektiv enhet, for så i misbruksvurderingen å gå bort fra dette. Dette bryter til en viss grad med måten art. 102 er bygd opp på, siden den bygger på at enhver sanksjon må oppfylle begge disse kravene. Individuelt misbruk av kollektiv dominans oppfyller, etter en forståelse av bestemmelsen der misbrukeren må oppfylle begge vilkårene selv, strengt tatt ikke dominansdelen av vurderingen. EU-domstolene har derimot ikke krevd at det er full identitet mellom innehaverne av kollektiv dominans og misbrukerne av stillingen, bare at misbrukeren er en del av den felles dominerende stillingen, jf sitatet fra "TACA" ovenfor<sup>150</sup>.

Et problem ved individuelt misbruk av kollektiv dominans er: Dersom en av oligopolistene i kollektivet starter en priskrig mot en tredjepart, en priskrig som kvalifiserer til utnyttende misbruk i art. 102s forstand, for eksempel prising under kostpris for å skvise en konkurrent<sup>151</sup>. I et slikt tilfelle vil oligopolisten ikke bare ramme tredjeparten, han vil også få en konkurransefordel overfor de andre oligopolistene ved at han har lavere pris. Dette gjør at forbrukere har mulighet til å skifte fra de andre medlemmene av oligopolet til prispresseren. I en slik situasjon vil det være lite ønskelig om oligopolisten som startet priskuttingen blir sanksjonert for individuelt misbruk av kollektivt dominerende stilling. Konkurransen på pris kan føre til at kollektivet ikke lenger klarer å opprettholde tilpasningen<sup>152</sup>. Prisen kan i en slik situasjon være på vei ned til prisen ved effektiv konkurranse og bort fra monopol-lignende priser. Dette er et ønsket scenario og burde slett ikke sanksjoneres som et misbruk av dominerende stilling.

Whish drøfter i sin bok lignende argumenter og konkluderer som nevnt med at individuelt misbruk av kollektiv dominans harmoniserer dårlig med teorien og rettspraksis så langt. Jeg slutter meg til den kritikken siden det uthuler kjerneområdet til reguleringen i art. 102<sup>153</sup>. Systemet er slik at du må inneha en bestemt stilling i markedet for at du skal kunne bli sanksjonert for misbruk. Har foretaket ikke den stillingen, har foretaket ikke det spesielle ansvaret<sup>154</sup> og da er ikke handlingene lenger mulige å sanksjonere under art. 102. Whish åpner for at dersom en forstår det individuelle misbruket av kollektiv dominans som en handling som skal beskytte kollektivet, da kan det være forenelig med teorien om kollektiv

---

<sup>147</sup> Whish (2012) side 581-582

<sup>148</sup> Jf "CMBT" avsnitt 39

<sup>149</sup> Se avsnitt 5.1

<sup>150</sup> "TACA" avsnitt nr 633

<sup>151</sup> Retningslinjene for art. 102 avsnitt 25

<sup>152</sup> Se avsnittene 3.1.3 og 5.1.2

<sup>153</sup> Whish (2012) side 581-582

<sup>154</sup> Jf "CMBT" avsnitt 37

dominans under atferdskontrollen<sup>155</sup>. Som det meste av vurderingskriteriene i art. 102 vil det være nødvendig å anvende kriteriene på en konkret sak før vi kan konkludere om det er relevant eller ikke.

---

<sup>155</sup> Whish (2012) side 582

## 7 Avsluttende bemerkninger

Læren om kollektiv dominans i EU-retten har gitt konkurransemyndighetene et nyttig redskap i kontrollen av oligopoler, forutsatt at det ikke er en enedominerende aktør i markedet, og at det ikke er samarbeid i strid med art. 101. Dette redskapet tilfører konkurranseretten en mulighet til å sanksjonere en atferd som er skadelig for forbrukerne og reduserer samfunnsøkonomisk effektivitet<sup>156</sup>. Uten denne læren ville ikke konkurransemyndighetene ha anledning til å sanksjonere slik uønsket tilpassende atferd fra oligopolistene, siden den går klar av konkurransebegrensende samarbeid i art. 101.

Rettspraksis viser at læren om kollektiv dominans er aktuell både i atferdskontrollen og i strukturkontrollen<sup>157</sup>. Kommisjonen har tradisjonelt brukt læren om kollektiv dominans i *ex ante*-vurderinger der man er bekymret for at oligopoler, med konkurransebegrensende virkninger, skal *oppstå*<sup>158</sup>. Dette kan bli en for snever anvendelse av læren<sup>159</sup>. EU-domstolene har, gjennom den praksisen som er gjennomgått i denne oppgaven, åpnet for at kollektiv dominans kan sanksjoneres som et atferdsproblem, forutsatt at aktørene fremstår som én enhet og misbruker sin dominans. Dette åpner for at Kommisjonen kan utvide sin tilnærming av kontrollen av oligopolmarkeder. Å forhindre uheldige markedsstrukturer fra å oppstå, gjennom å anvende læren om kollektiv dominans i EUMR, er en god måte for Kommisjonen å regulere strukturen innenfor oligopoler, men Kommisjonen burde ikke stoppe der, det blir en ufullstendig kontroll.

Mange viktige markeder er oligopoler<sup>160</sup> og om det er oligopoler der foretakene tilpasser seg hverandre, for å øke sin fortjeneste, eller om de konkurrerer intenst, til fordel for oss som forbrukere, er ikke skrevet i stein. Hva som "*vinner*" av tilpasning eller konkurranse

---

<sup>156</sup> Se oppgavens avsnitt 3.1.3

<sup>157</sup> Se oppgavens avsnitt 4

<sup>158</sup> Nicolas Petit og David Henry (2010)

<sup>159</sup> Nicolas Petit og David Henry (2010)

<sup>160</sup> Tidligere i oppgaven har jeg nevnt konkurransen mellom Airbus og Boeing i markedet for flyprodusenter som et eksempel, konkurransen om flypassasjerer i Norge mellom Norwegian og SAS er et annet.



mellom oligopolistene kan forandre seg over tid<sup>161</sup>. Ved å stole kun på *ex ante-vurderingen* i strukturkontrollen ved behandlingen av kollektiv dominans mister vi adgangen til å kontrollere store deler av næringslivet. Oligopoler kan oppstå naturlig<sup>162</sup>, dersom det er få aktører igjen på et marked kan det bety at disse er de beste, de mest effektive og har utkonkurrert de andre aktørene. Dette er positivt og skal ikke på noen måte bli sett på som negativt. Dersom disse "vinnerne", oligopolistene, anser at forholdene ligger til rette for tilpasning for å øke sin fortjeneste, og dermed endrer sin atferd for å oppnå dette. Da er vi utenfor det strukturkontrollen i EUMR kan regulere og atferdskontrollen i art. 102 blir det naturlige redskapet for konkurransemyndighetene. Vi burde derfor anvende både atferdsregler (art. 102) og strukturregler (EUMR) i kontrollen av oligopoler. I saker der konkurransemyndighetene behandler kollektiv dominans som et atferdsproblem må de gjennomgå en analyse av forholdet mellom oligopolistene<sup>163</sup>, og et eventuelt misbruk av dominansen<sup>164</sup>.

Gjennom oppgaven er det vist at den historiske utviklingen av læren om kollektiv dominans i art. 102 har endret seg dramatisk<sup>165</sup>. Vi har i dag en konkret test for å bedømme kollektiv dominans som et atferdsproblem. Denne bygger på en praktisk tilnærming der økonomiske argumenter lever side om side med juridiske. Utviklingen av læren om kollektiv dominans har kommet til gjennom rettspraksis der samspillet mellom Kommisjonen og EU-domstolene har gitt de vilkår som gjelder i dag. Selv om dagens lære for kollektiv dominans i art. 102 gir en helhetlig test for konkurransemyndighetene kan det ikke utelukkes at det i fremtiden vil bli videreutviklet. Nye vilkår kan komme til gjennom nye saker om kollektiv dominans som et atferdsproblem. Dette sitatet fra tidligere Kommisær for konkurranse, Mario Monti, i 2000 vil nok fortsatt gjelde i tiden fremover:

---

<sup>161</sup> Se avsnitt 3.1.3

<sup>162</sup> Nicolas Petit og David Henry (2010) side 4-6

<sup>163</sup> Se avsnitt 5

<sup>164</sup> Se avsnitt 6

<sup>165</sup> Fra avvisning i "Hoffmann" til den konkrete testen vi har i dag.

"I am sure that analysis of collective dominance will be the analytical tool that will face most challenges over the next decade... We will continue to refine our analysis in this area on a case-by-case basis and we will continue discussing these issues with other competition authorities in order to converge on our criteria for assessing these cases."

## 8 Litteraturliste

### 8.1 Bøker

- Bernheim og Whinston (2008) B. Douglas Bernheim og Michael D. Whinston, *Microeconomics*, McGraw-Hill, International Edition (1. utgave) 2008.  
ISBN: 978-0-07-290027-9
- Eide og Stavang (2008) Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, Cappelen Akademisk 2008, 4. opplag 2010.  
ISBN: 978-82-02-24122-3
- Kolstad mfl. (2007) Olav Kolstad (Red), *Misbruk av dominerende stilling – Studier i konkurranserett*, Universitetsforlaget 2007  
ISBN: 978-82-15-01138-7
- Krugman (2008) Paul R. Krugman og Maurice Obstfeld, *International Economics – Theory & Policy*, 8. utgave 2008.  
ISBN: 978-0-321-55398
- Whish (2012) Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, 7. Utgave Oxford University Press 2012.  
ISBN: 978-0-19-958655-4

### 8.2 Artikler

- Mezzanotte (2010) Félix E. Mezzanotte. "Interpreting the boundaries of collective dominance in Article 102 TFEU". *European Business Law Review* 2010, v. 21, nr. 4, August, side. 519-537
- Petit og Henry (2010) Nicolas Petit og David Henry. "Why the EU Merger Regulation Should Not Enjoy a Monopoly Over Tacit Collusion - A Close Look at Five Common Misconceptions". Tilgang: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1545506](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1545506)

### 8.3 Lover, traktater og forordninger

EUMR	Fusjonsforordningen. Rådsforordning Nr. 139/2004 OJ: 20. januar 2004 L 24/1
EØS	Avtale om Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen) 1992
Konkurranseloven	Lov nummer 12, 5/3-2004
TFEU	Traktaten om Den Europeiske Unions Virkemåte. OJ: C-115/47 9/5-2008

### 8.4 Rettspraksis

#### EU-domstolene

27/76	United Brands mot Kommissjonen
85/76	Hoffmann-La Roche mot Kommissjonen
T-68/89	Società Italiano Vetro mot Kommissjonen
C-393/92	Almelo mot NV Energiebedrijf
C-68/94 & 30/95	Frankrike mot Kommissjonen
C-140/94	DIP SpA mot Comune di Bassano del Grappa
T-102/96	Gencor mot Kommissjonen
C-395/96 & 396/96	Compagnie Maritime Belge Transports SA mot Kommissjonen
T-228/97	Irish Sugar mot Kommissjonen
T-191/98, T-212/98 og T-214/98	Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommissjonen
T-61/99	Adriatica di Navigazione SpA mot Kommissjonen
T-342/99	Airtours mot Kommissjonen
T-193/02	Laurent Piau mot Kommissjonen
Kommisjonsbeslutninger	
OJ L 356/1 5/12-1992	Nestlé/Perrier
OJ L 57/1 27/2-2002	SCA/Metsä Tissue

## 8.5 Andre dokumenter

- Tale Neelie Kroes      *"Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82"*  
Holdt 23/9-2005  
Tilgang:  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-05-537\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm?locale=en)
- Tale Mario Monti      *"The main challenges for a new decade of EC Merger Control."*  
Holdt 15/9-2000. Tilgang:  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-00-311\\_en.htm?locale=nb](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-311_en.htm?locale=nb)
- Ivaldi (2003)      Marc Ivaldi m.fl: *The Economics of Tacit Collusion – Final Report for DG Competition, European Commission*  
Tilgang:  
[http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)
- Retningslinjer for art. 102      *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*  
OJ C 45, 24.2.2009, side. 7–20
- Retningslinjer for horisontale fusjoner      *Guidelines on the assessment of horizontal mergers*  
OJ C 31 of 05.02.2004
- Kolstad (2009)      *Kjøpermakt i Dagligvarebransjen - En konkurranserettslig analyse.* Tilgang:  
<http://www.dlf.no/filestore/Profdr.jurisOlavKolstadKjpermaktidagligvarebransjen-Enkonkurranserettliganalyse.pdf>
- Temaark KT      *Konkurranseloven § 11: Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling*  
Tilgang:  
[http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%C2%A711\\_DOMINERENDE\\_STILLING.pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%C2%A711_DOMINERENDE_STILLING.pdf)

AG Tesaurus anbefaling  
Kommisjonsmelding om relevant marked

*Anbefaling i sak: "Frankrike mot Kommisjonen"*  
Saksnr. C-68/94 & 30/95  
*Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*  
OJ C-372/5 dato: 9/12-1997