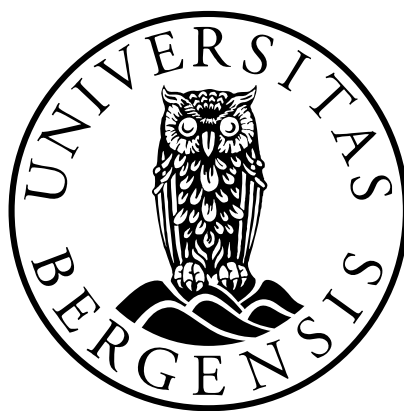


# Informasjonsutveksling som samordnet opptreden – konkurranseloven § 10

Kandidatnummer: 138

Antall ord: 13 426



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2022

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.2 Relevans og aktualitet .....	3
1.3 Metode og rettskilder .....	5
1.4 Vilkårene i konkurranseloven § 10 første ledd .....	6
1.5 Videre fremstilling .....	8
2 “Samordnet opptreden” .....	10
2.1 Om samarbeidskriteriet .....	10
2.2 Om “samordnet opptreden” .....	10
2.3 Kontaktkravet og uavhengighetsdoktrinen.....	12
2.4 Markedsatferd og grensen mot konkurransebegrensningskriteriet .....	14
2.5 Usikkerhetsvurderingen .....	16
3 Informasjonsutveksling .....	18
3.1 Innledende bemerkninger .....	18
3.2 Et krav til gjensidighet?.....	19
3.3 Hvordan ta forbehold eller avstand? .....	20
3.4 <i>Anic</i> -presumsjonen .....	24
3.4.1 Må det foreligge en atferd på markedet?.....	25
3.4.2 Vurderingsmomentene etter <i>Anic</i> -presumsjonen.....	26
3.4.3 <i>Anic</i> -presumsjonens anvendelsesområde .....	26
3.4.4 Om <i>Anic</i> -presumsjonens rimelighet.....	27
3.5 Hvilken informasjon kan ansees å redusere usikkerheten? .....	29
3.5.1 Om konkurransesensitiv informasjon.....	29
3.5.2 Informasjon om priser, salgsvolum og produksjonskapasitet .....	30
3.5.3 Historisk informasjon .....	32
3.5.4 Informasjon som ikke er knyttet til endelig pris .....	34
3.5.5 Informasjon som foretakene uansett kunne fått tilgang til.....	35
3.5.6 Priser som deles i offentligheten .....	38
3.5.7 Betydningen av markedstype .....	40
3.5.8 Hvem har nytte av informasjonen? .....	43

3.5.9	Et eksempel på informasjonsutveksling, fra Konkurransetilsynet .....	44
4	Konklusjon .....	47
	Litteraturliste .....	49

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens hovedtema er hva som skal til for at informasjonsutveksling mellom konkurrenter rammes av forbudet mot «samordnet opptreden» i konkurranseloven § 10 første ledd.<sup>1</sup>

Hovedfokuset i oppgaven vil være informasjonsutveksling i horisontale konkurranseforhold, altså mellom foretak som befinner seg på samme omsetningsledd i markedet.

Utgangspunktet for en «samordnet opptreden» er at det foreligger en koordinasjon mellom foretak i form av kontakt, uten at koordineringen er formalisert gjennom en avtale. Kontakten kan skje direkte eller indirekte, og i denne oppgaven fokuseres det særlig på hva slags direkte kontakt som vil rammes av forbudet. I begrepet «opptreden» ligger det også at samordningen må medføre en opptreden på markedet, uten at dette er uttømmende definert i konkurranseloven § 10 første ledd.

Denne oppgaven tar sikte på å systematisere hvilke momenter rettspraksis har vektlagt i vurderingen av vilkåret «samordnet opptreden» og hvordan de er praktisert i forhold til saker med informasjonsutveksling. Jeg vil også trekke inn sammenhengen mellom dette vilkåret og vilkåret om at informasjonsutvekslingen må ha til «formål eller virkning» å begrense konkurransen. I forlengelsen av dette vil jeg undersøke nærmere hva som kjennetegner ulovlig informasjonsutveksling etter konkurranseloven § 10 første ledd og hvilke forhold som vil ha betydning i denne vurderingen.

## 1.2 Relevans og aktualitet

Informasjonsutveksling mellom konkurrenter er noe som forekommer hver eneste dag, på alle markeder over hele verden. Foretakene trenger for eksempel å skaffe seg informasjon om konkurrentenes priser for å kunne konkurrere med dem. Informasjonsutveksling er derfor selve kjernen i en fungerende konkurranse. Dette kan gjøre markedene mer effektive, til gunst

---

<sup>1</sup> Lov av 5. mars 2004 nr. 12 (konkurranseloven).

både for forbrukere, de ulike foretakene og for samfunnet.<sup>2</sup> På den andre siden kan informasjonsutveksling også benyttes som et middel for samarbeid mellom konkurrenter som kan skade konkurransen.

Som nevnt i punkt 1.1 forbyr konkurranseloven § 10 første ledd «samordnet opptreden» som har som «formål eller virkning» å begrense konkurransen. Det er ikke tydelig ut fra lovens ordlyd hva slags type informasjonsutveksling som rammes av dette forbudet.

For et foretak som er uten intensjon om å samarbeide kan det være vanskelig å finne ut hva som er lovlig informasjonsutveksling og hva som er forbudt. Hvor går grensen for hva som er greit å dele, og når har man gjort seg skyldig i en samordnet opptreden? Hvor kan man dele? Hvem kan man dele med? Og hva kan man dele? Det kan tenkes at foretak med ærlige hensikter unnlater å dele informasjon som kunne ha økt konkurransen på markedet, av frykt for å bryte konkurranselovgivningen.

Det finnes lite litteratur som har en samlet gjennomgang av de ulike momentene som EU-domstolen har stilt opp vedrørende informasjonsutveksling. Et nyere tilskudd til litteraturen finnes i Martin Gasslers, *Information Exchange Between Competitors in EU Competition Law*,<sup>3</sup> som tilfører en mer helhetlig fremstilling av den konkurranserettslige analysen av ren informasjonsutveksling.

I tillegg gir rettspraksis fra EU-domstolen et uklart bilde både på hva som konkret ligger i vilkåret «samordnet opptreden» og hvilke typer informasjon som kan deles. Svaret på de ovennevnte spørsmål er derfor per dags dato ikke entydig.

Det har kommet nye retningslinjer fra EU-kommisjonen (heretter Kommisjonen), som er under endelig utarbeidelse etter høring, hvor problemstillingene rundt informasjonsutveksling er søkt avklart.<sup>4</sup> Disse fremstår som noe mer omfattende og tydelige enn de gjeldende retningslinjene, men etter mitt syn kan det fortsatt være vanskelig å navigere seg frem uten utstrakt kunnskap om emnet.

---

<sup>2</sup> Hjelmeng (2003) s.650.

<sup>3</sup> Gassler (2021).

<sup>4</sup> Utkast til nye horisontale retningslinjer fra Kommisjonen.

## 1.3 Metode og rettskilder

Oppgavens siktemål er som nevnt å bidra til å klargjøre hva som ligger i vilkåret «samordnet opptreden» i konkurranseloven § 10 første ledd og i hvilke tilfeller dette vilkåret kommer til anvendelse i forbindelse med informasjonsutveksling. Utgangspunktet er dermed en systematisk analyse av gjeldende rett i tråd med rettsdogmatisk metode,<sup>5</sup> men jeg vil også foreta noen rettspolitiske vurderinger underveis.

Oppgavens utgangspunkt er en analyse av norske konkurranseregler, altså konkurranseloven § 10. Ettersom konkurranseloven bygger på EØS-avtalen må den tolkes i samsvar med tilsvarende bestemmelse i denne avtalen.<sup>6</sup> Det overordnede formålet med EØS-avtalen er å innlemme EFTA statene i EUs indre marked på linje med EU-medlemsstatene, og derfor må bestemmelser som er hentet fra EU-retten tolkes og anvendes slik at rettstilstanden i EØS er tilsvarende EU sin.<sup>7</sup> Dette homogenitetsprinsippet er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 6 og i ODA<sup>8</sup> artikkel 3 nr. 2.

Konkurranseloven § 10 første ledd er en tilnærmet kopi av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1, som igjen er lik Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (heretter TEUV) artikkel 101 nr. 1. Det eneste som skiller de tre regelsettene er at konkurranseloven § 10 ikke inneholder et vilkår om å kunne påvirke samhandelen i EU og EØS.<sup>9</sup> Det er således ingen materielle forskjeller mellom de tre bestemmelsene hva angår fortolkningen av «samordnet opptreden».

For å ivareta homogenitetsprinsippet vil rettspraksis fra EU-domstolen være en av de viktigste rettskildene ved tolkningen av konkurranseloven § 10, noe som også fremgår av konkurranselovens forarbeider.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Mæhle (2004).

<sup>6</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 68.

<sup>7</sup> Fredriksen og Mathisen (2022) s. 70.

<sup>8</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.

<sup>9</sup> HR-2017.1229-A, *Ski Taxi*, avsnitt 34.

<sup>10</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 68 på s.224 og 225.

Domstolen for den europeiske union består blant annet av Domstolen og Underretten.<sup>11</sup> Som øverste ankeinstans veier EU-domstolens avgjørelser tyngre rettskildemessig enn Underrettens, men også Underretten sin rettspraksis kan utgjøre viktige bidrag til tolkning av konkurranseloven § 10. Ikke minst fordi EU-domstolen ikke behandler alle de samme spørsmålene som Underretten, men heller kontrollerer Underrettens tolkning og lovanvendelse. Sånn sett finner man ofte flere av de rettslige poengene i Underretten sin avgjørelse og ikke i dommene fra EU-domstolen. Noen dommer er også så nye at de ikke er behandlet av EU-domstolen. I oppgaven har jeg derfor benyttet praksis fra begge instanser og vil presisere når det er snakk om en avgjørelse fra Underretten og når det er en avgjørelse fra EU-domstolen.

Jeg har også valgt å ta med noen avgjørelser fra Kommisjonen, da disse ofte kan gi veiledning på områder som ikke er behandlet av EU-domstolen eller gir et mer helhetlig bilde hvor det er få saker som er behandlet på området. Som rettskilde har avgjørelser fra Kommisjonen vekt som forvaltningspraksis.<sup>12</sup> I tillegg har jeg tatt med avgjørelser fra Konkurransetilsynet som vil ha tilsvarende vekt.

Flere av dommene som blir behandlet i denne oppgaven knytter seg til avtalevilkåret, ettersom informasjonsutvekslingen ofte knytter seg til avtaler mellom foretak. De er likevel av betydning også for vurderingen av «samordnet opptreden» da både avtaler og samordnet opptreden er ment å fange opp det samme: En hemmelig forståelse mellom foretak.<sup>13</sup>

Før oppgaven går nærmere inn på vilkåret om «samordnet opptreden» i kapittel 2, vil det for oversiktens del gis en oversikt over de ulike vilkårene i konkurranseloven § 10 første ledd.

## **1.4 Vilrårene i konkurranseloven § 10 første ledd**

Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr «[e]nhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen».

---

<sup>11</sup> Traktaten om Den europeiske union (TEU), artikkel 19.

<sup>12</sup> Sejersted et al. (2011) s. 239.

<sup>13</sup> Sak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni mot Kommisjonen*, avsnitt 131.

Vilkårene i bestemmelsen viser til to ulike kriterier: samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet. Samarbeidskriteriet sikter til at det må foreligge en form for samarbeid eller koordinering mellom partene, i form av «avtaler», «samordnet opptreden» eller «beslutning truffet av sammenslutninger av foretak». Konkurransebegrensningskriteriet innebærer at samarbeidet må ha til «formål eller virkning» å begrense konkurransen. Etter ordlyden er vilkårene i begge kriteriene alternative.

EU-domstolen har slått fast at dersom en avtale eller samordnet opptreden har til formål å begrense konkurransen, er det ikke nødvendig å bevise at den også vil ha en konkurransebegrensende virkning.<sup>14</sup> Årsaken til dette er at visse former for hemmelige avtaler mellom virksomheter kan, etter sakens natur, anses som skadelige for de normale konkurransevilkårene.<sup>15</sup> Det er domstolen som avgjør hvor terskelen for hva som skal anses som skadelig går, og ved informasjonsutveksling har den uttalt at et slikt potensiale foreligger når informasjonen «kan fjerne usikkerhetsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd».<sup>16</sup> At det presumeres at en slik praksis vil påvirke konkurransen, skaper rettssikkerhet og avlaster domstolene og konkurransemyndighetene.<sup>17</sup>

EU-domstolen har videre fastslått at formålsvilkåret skal tolkes innskrenkende og har således satt en relativ høy terskel for at samarbeid skal oppfylle formålsvilkåret.<sup>18</sup> Vilkåret reserveres samarbeid som er tilstrekkelig skadelig for konkurransen slik at det blir unødvendig å undersøke dens virkninger.<sup>19</sup> Dette tilfellet gjelder typisk for informasjonsutveksling som gjelder fremtidige priser, men kan også gjelde informasjonsutveksling om annen fremtidig atferd som omfatter partenes markedsstrategi.<sup>20</sup>

For virkningsovertredelser er det ikke potensialet for konkurransebegrensning som undersøkes, men informasjonsutvekslingens negative virkning for konkurranseparaterte som

---

<sup>14</sup> Sak C-288/18, *Budapest bank m.fl.*, avsnitt 43.

<sup>15</sup> Sak C-373/14 P, *Toshiba Corporation mot Kommisjonen*, avsnitt 26.

<sup>16</sup> Sak C-8/08, *T-mobile Netherlands m.fl.*, avsnitt 43.

<sup>17</sup> Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-8/08, *T-mobile Netherlands m.fl.*, avsnitt 43.

<sup>18</sup> Sak C-228/18, *Budapest Bank m.fl.*, avsnitt 54.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Sak C-286/13 P, *Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, avsnitt 122.



for eksempel pris, kvantitet og kvalitet av varer eller tjenester.<sup>21</sup> I denne oppgaven er det som nevnt informasjonsutveksling som formålsovertredelse som vil stå i hovedfokus.

Det må bemerkes at det, som nevnt innledningsvis, er et ekstra vilkår etter EØS-avtalens artikkel 53 og TEUV artikkel 101 om at samordningen må begrense konkurransen innenfor EØS/EU. Dette vil naturlig nok ikke behandles i denne oppgaven, som tar for seg norsk konkurranserett.

Det må også poengteres at EU-retten bruker begrepet «concerted practice», eller «samordnet praksis» som det heter på dansk. Dette har i realiteten ingen betydning ettersom homogenitetsprinsippet som sagt medfører at bestemmelsen skal tolkes i samsvar med EU-retten.<sup>22</sup> Begrepet «samordnet opptreden» må således sies å ha samme innhold som begrepet «samordnet praksis».

For oversiktens del må det også presiseres at dersom et samarbeid gjennom informasjonsutveksling ansees som forbudt etter konkurranseloven § 10 første ledd, kan det likevel ansees som lovlig etter bestemmelsens tredje ledd. For at dette skal være tilfellet må samarbeidet ha eller komme til å ha positive virkninger på markedet og de konkurransebegrensende virkningene må være nødvendige for å oppnå disse.<sup>23</sup> Dette gjelder også for formålsovertredelser.<sup>24</sup> Av hensyn til oppgavens omfang vil vurderingen etter tredje ledd ikke behandles nærmere.

Heller ikke foretaksvilkåret vil behandles i denne oppgaven.

## 1.5 Videre fremstilling

Kapittel 2 i oppgaven vil gi en redegjørelse for de ulike momentene som rettspraksis har lagt til grunn i vurderingen av om det foreligger en «samordnet opptreden». Dette vilkåret vil så

---

<sup>21</sup> Sak C-382/12P P, *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 93.

<sup>22</sup> Se oppgavens punkt 1.3.

<sup>23</sup> Wish og Bailey (2021) s. 126.

<sup>24</sup> Sak C-209/07, *Beef Industry Development og Barry Brothers*.

knyttes opp mot konkurransebegrensningskriteriet for å søke å systematisere hvilke momenter som må anses å ligge i begrepet «samordnet opptreden».

I kapittel 3 blir det først redegjort for ulike problemstillinger ved vurderingen av informasjonsutveksling som «samordnet opptreden». Videre i kapitlet vurderes ulike typer informasjon, og forhold rundt informasjonsutvekslingen som kan være av betydning ved vurderingen av om den rammes av forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd. Formålet med dette er å klargjøre hva som kjennetegner ulovlig informasjonsutveksling.

Kapittel 4 gir en oppsummering av funnene som er gjort underveis i oppgaven. Her vil jeg også reflektere rundt dagens regel, blant annet om hvordan den kunne blitt klarere.

## 2 “Samordnet opptreden”

### 2.1 Om samarbeidskriteriet

For å rammes av forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd, må informasjonsutvekslingen falle inn under ett av de tre vilkårene som samlet omtales som samarbeidskriteriet.

Samarbeidskriteriet inneholder, som nevnt tidligere, de tre alternative vilkårene «avtale mellom foretak», «beslutning truffet av sammenslutninger av foretak» og «samordnet opptreden».<sup>25</sup> Disse vilkårene skal fange opp ulike former for «samordning og hemmelig forståelse mellom virksomheder».<sup>26</sup> Hensikten med et slikt forbud mot koordinert atferd og samarbeid er «å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser».<sup>27</sup>

For at konkurransen mellom aktørene på markedet skal vært best mulig er en avhengig av at de opptre uavhengig av hverandre.<sup>28</sup> Det er derfor, i rettspraksis, laget et skille mellom koordinering og samarbeid som er forbudt etter konkurranseloven § 10, og ensidig opptreden som faller utenfor bestemmelsens virkeområde.<sup>29</sup> Det må dog legges til at ensidig opptreden kan rammes av forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11.

Denne oppgaven vil utelukkende behandle vilkåret om «samordnet opptreden».

Problemstillingen i dette kapitlet er hvordan vilkåret er definert og hvilke momenter som er utledet av EU-domstolen ved tolkningen av det.

### 2.2 Om “samordnet opptreden”

Den første problemstillingen er hva som ligger i vilkåret om «samordnet opptreden». Etter ordlyden kan det forstås som et forbud mot at konkurrenter opptre på en slik måte at det kan anses å foreligge et samarbeid mellom dem.

---

<sup>25</sup> Se oppgavens punkt 1.4.

<sup>26</sup> Sak C-49/92P, *Anic Partecipazioni mot Kommisjonen*, avsnitt 112.

<sup>27</sup> Konkurranseloven § 1.

<sup>28</sup> Sak C-49/92P, *Anic Partecipazioni mot Kommisjonen*, avsnitt 116.

<sup>29</sup> *Ibid*, avsnitt 108.

Hvordan «samordnet opptreden» er tenkt definert fremgår verken av konkurranseloven § 10 første ledd, EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 eller TFEV artikkel 101 nr.1. Hva som kreves for at vilkåret skal anses som oppfylt må derfor utledes av rettspraksis, fortrinnsvis fra EU-domstolen.<sup>30</sup>

Etter fast praksis fra EU-domstolen er alternativet ment å ramme «en form for koordinering mellom virksomheter, som, uten at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrenserisikoen med et praktisk samarbejde».<sup>31</sup>

Denne definisjonen av «samordnet opptreden» er vid og kan som utgangspunkt ramme all form for koordinert atferd mellom foretak som bevisst erstatter konkurranse. Det er derfor videre presisert at samordnet opptreden skal «forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, som han vil føre på det fælles marked».<sup>32</sup>

Konkurrenter skal altså opptre uavhengig av hverandre når de fastsetter sin markedsstrategi. Det er likevel rom for at de rasjonelt kan tilpasse seg hverandres konstaterte eller antatte markedsatferd.<sup>33</sup> Det er altså ikke alle typer koordinering som vil falle inn under vilkåret om «samordnet opptreden». Spørsmålet er da hva som skal til for at en koordinering skal anses som «samordnet opptreden».

For å fastlegge innholdet i vilkåret har rettspraksis utviklet en rekke momenter som inngår i vurderingen. En tidlig formulering fra EU-domstolen som inneholder flere av disse finner vi i *Anic*<sup>34</sup> hvor det fremgår at «samordnet opptreden» omfatter:

[E]nhver direkte eller indirekte kontakt mellom sådanne erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuell eller mulig konkurrents markedsadfærd, eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet sig til — eller overvejer — selv at følge, når denne kontakt har til

---

<sup>30</sup> Se oppgavens punkt 1.3.

<sup>31</sup> Sak C-48/49, *ICI mot Kommisjonen*, avsnitt 64.

<sup>32</sup> Sak C-49/92P, *Anic Partecipazioni mot Kommisjonen*, avsnitt 116.

<sup>33</sup> *Ibid.*, avsnitt 117.

<sup>34</sup> *Ibid.*

formål eller til følge, at der opstår konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår i betragtning af produkternes eller de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dettes omfang. (avsnitt 117).

Videre i dommen fastslo EU-domstolen at momentene som utgjør en «samordnet opptreden» er en samordning, en atferd på markedet i forlengelse av samordningen og en årsakssammenheng mellom disse.<sup>35</sup>

Uttalelsen i *Anic* gir således en ryddig fremstilling av momentene. Likevel er de behandlet veldig ulikt, både litteraturen og i senere rettspraksis. Mens noe litteratur oppstiller et krav om koordinering ved kontakt og en felles forståelse om å erstatte konkurransen med samordning<sup>36</sup>, er det andre teoretikere som stiller opp vilkår om gjensidig kommunikasjon og reduksjon av usikkerheten om fremtidig markedsatferd for minst én av partene.<sup>37</sup>

Hva som videre ligger i de ulike momentene fra rettspraksis, fremstår ikke umiddelbart som klart. Det kan spørres hvilken grad av samordning som kreves og hva som menes med at det må foreligge en «markedsatferd». Videre i dette kapittelet vil jeg se på hvordan disse momentene er behandlet i saker med informasjonsutveksling og hvordan de knytter seg til formålsvilkåret i konkurransebegrensningskriteriet.

## 2.3 Kontaktkravet og uavhengighetsdoktrinen

Det første momentet som vil undersøkes er at det må foreligge en samordning mellom foretakene. Dette momentet er av rettspraksis knyttet opp mot at det må være en direkte eller indirekte kontakt mellom foretakene.<sup>38</sup> Dette er det såkalte kontaktkravet, som bidrar til å skille tilfellene med uavhengig parallell markedsatferd og tilfellene hvor det foreligger et samarbeid.

---

<sup>35</sup> Sak C-49/92P, *Anic Partecipazioni mot Kommisjonen*, avsnitt 118.

<sup>36</sup> Kolstad og Ryssdal (2006) s. 232 og Wish og Bailey (2021) s.118.

<sup>37</sup> Albors-Llorens (2006) s.872.

<sup>38</sup> Sak C-49/92P, *Anic Partecipazioni mot Kommisjonen* avsnitt 117.

Parallell markedsatferd er atferd som fremstår som koordinert. Slike tilfeller faller utenfor vilkåret «samordnet opptreden», men kan etter rettspraksis være et indisium for samarbeid.<sup>39</sup> Her ser en klart sammenhengen mellom vilkårene som rettspraksis har oppstilt. Dersom det foreligger en markedsatferd som kan peke mot at det foreligger en samordning, kan det likevel ikke anses som en «samordnet opptreden» dersom det ikke har vært direkte eller indirekte kontakt mellom partene. Kontaktkravet sørger således for at vilkåret «samordnet opptreden» ikke får en større rekkevidde enn tilsiktet, ved å også ramme konkurrenters parallelle og uavhengige atferd.

Kravet om at det må foreligge kontakt mellom foretakene må sees i sammenheng med formålet bak konkurransebestemmelsene om at de næringsdrivende selvstendig skal bestemme sin forretningsmessige atferd.<sup>40</sup> Dette kravet til at hvert foretak må bestemmes sin atferd på markedet selvstendig er den såkalte uavhengighetsdoktrinen.<sup>41</sup>

Vedrørende hvilke typer kontakt som vil rammes av uavhengighetsdoktrinen uttalte EU-domstolen i *Suiker Unie* at kravet til uavhengighet utelukker enhver direkte eller indirekte kontakt mellom foretak, som har til formål eller følge at konkurrentens markedsatferd påvirkes eller at man avslører sin egen markedsstrategi.<sup>42</sup>

Oppsummert inneholder altså momentet om at det må foreligge en samordning at det må ha vært en direkte eller indirekte kontakt mellom foretakene, og at denne kontakten må ha hatt til formål eller følge å avsløre egen markedsatferd eller påvirke en konkurrent sin markedsatferd. Dette igjen utgjør momentene om at det må foreligge en atferd på markedet og en årsakssammenheng mellom kontakten og atferden, noe som igjen utgjør uavhengighetsdoktrinen.

Det neste spørsmålet blir hva som menes med indirekte og direkte kontakt.

---

<sup>39</sup> Sak C-48/69, *ICI mot Kommisjonen*, avsnitt 66.

<sup>40</sup> Sak C-49/92P, *Anic Partecipazioni mot Kommisjonen*, avsnitt 116.

<sup>41</sup> *Gassler* 2021 s. 59-60.

<sup>42</sup> Forente saker C-40/73 m.fl., *Suiker Unie m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 175.

Hva som ansees som direkte kontakt synes ganske selvforklarende. Det er de typiske kartelltilfellene hvor partene er i kontakt med hverandre muntlig eller skriftlig, for eksempel via telefon og e-post eller på møter hvor det utveksles informasjon.

De vanskeligste tilfellene å identifisere er når informasjonsutvekslingen mellom foretakene skjer helt i det skjulte ved indirekte kontakt gjennom for eksempel en felles bransjeforening, forhandlere eller partenes leverandører.<sup>43</sup> Et eksempel på indirekte kontakt som vil behandles i denne oppgaven er offentlig prisannonsering. Et annet eksempel på indirekte kontakt er informasjonsutveksling via en felles database, noe jeg gir et eksempel på senere i oppgaven.<sup>44</sup>

I neste punkt vil jeg se på momentet om at det må foreligge en «atferd på markedet» og hvordan dette knytter seg til konkurransebegrensningskriteriet.

## 2.4 Markedsatferd og grensen mot konkurransebegrensningskriteriet

Momentet om en «atferd på markedet» ble trukket frem allerede i *Dyessuffs* hvor det ble slått fast at en samordnet opptreden ikke inneholder alle elementene som følger med en avtale, men at den kan «navnlig følge af en koordinering, som giver sig udslag i deltagerens adfærd».<sup>45</sup> Mens de tidligere ledende dommene hadde fokusert på momenter om samordning, ga denne dommen en indikasjon på at foretakenes markedsatferd var et ekstramoment for å avgjøre om det forelå en samordnet opptreden.<sup>46</sup>

Generaladvokaten i saken uttalte at «den samordnede praksis rent begrepsmessig ikke helt kan frigøres fra sin reelle virkning på konkurransebetingelserne» på markedet.<sup>47</sup> Denne tolkningen tok høyde for den bokstavelige betydningen av begrepet samordnet *opptreden*, altså en samordning som underbygges av atferd på markedet.<sup>48</sup> Samtidig som begrepet «praksis» presiseres, vises det også til at kravet om en markedsatferd ikke kan løsrives fra sin

---

<sup>43</sup> Kommissjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 55.

<sup>44</sup> Se oppgavens punkt 3.5.9.

<sup>45</sup> Sak C-48/69, *ICI mot Kommissjonen*, avsnitt 65.

<sup>46</sup> Gassler 2021 s.63.

<sup>47</sup> Generaladvokat Myras forslag til avgjørelse i sak C-48/69, s.179.

<sup>48</sup> Albors-Llorens (2006) s. 844.

virkning på konkurransen. Det må derfor spørres om ikke momentet om at det må foreligge en markedsatferd, knytter seg mest til konkurransebegrensningskriteriet.

Sånn jeg ser det knytter uttalelsen i den ovennevnte dommen seg til at vurderingen av «samordnet opptreden» ikke kan gjøres separat fra vurderingen etter konkurransebegrensningskriteriet: at den samordnede opptreden må ha «til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». Dette kan tyde på at vurderingen om markedsatferd henger sammen med vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet. I *Anic* tilføyde EU-domstolen etter uavhengighetsdoktrinen at kontakten må ha til følge eller til formål at konkurransevilkårene påvirkes.<sup>49</sup> Her knyttes uavhengighetsdoktrinen opp mot konkurransebegrensningskriteriet.

Rettspraksis gir generelt et uklart bilde på forholdet mellom definisjonen av vilkåret «samordnet opptreden» og selve vurderingen av vilkåret, når det kommer til grensedragningen mellom samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet.<sup>50</sup> Under selve vurderingen av vilkåret «samordnet opptreden» trekkes ofte gjerne momentet om markedsatferd inn, selv om det også kan sies å tilhøre konkurransebegrensningskriteriet.

At EU-domstolen ikke trekker en tydelig grense mellom samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet synes problematisk. Det gjør bestemmelsen vanskelig å anvende, da det blir utfordrende både å tolke domstolens vurderinger og å gjøre en selvstendig tolkning av kriteriene.

Naturlig nok gir heller ikke litteraturen noe samstemt svar på hvilke av momentene som hører til under samarbeidskriteriet og hvilke som hører til konkurransebegrensningskriteriet. Sånn jeg ser det finnes det derfor intet klart svar på om momentet om markedsatferd må ansees som en del av konkurransebegrensningskriteriet.

Etter mitt syn henger vurderingene så tett sammen at det ville være unaturlig å skulle skille dem helt fra hverandre. En isolert vurdering av om partene har hatt kontakt som medførte en markedsatferd ville virke meningsløs, når det er klart at denne kontakten også må oppfylle

---

<sup>49</sup> Sak C-49/92P, *Anic Partecipazioni mot Kommisjonen*, avsnitt 117.

<sup>50</sup> Gjendemsjø (2011) s. 100.



konkurransbegrensningskriteriet. Sånn sett ville det virke kunstig å dele opp samarbeidskriteriet og konkurransebegrensekriteriet ettersom kravet til markedsatferd er så tett knyttet opp mot innholdet i informasjonsutvekslingen.

Den videre problemstillingen blir så hvordan momentet om markedsatferd skal vurderes sammen med konkurransebegrensningskriteriet.

## 2.5 Usikkerhetsvurderingen

Som nevnt tidligere inneholder momentet om markedsatferd at kontakten mellom foretakene må ha hatt til formål eller følge å påvirke en konkurrent sin markedsatferd eller å avsløre egen markedsatferd.<sup>51</sup> Videre må markedsatferden ha til formål eller følge at konkurransevilkårene påvirkes, for å oppfylle konkurransebegrensningskriteriet.<sup>52</sup> I *Suiker Unie* uttalte EU-domstolen at denne vurderingen går ut på om formålet med informasjonsutvekslingen har vært å fjerne usikkerheten om en konkurrent sin fremtidige markedsatferd.<sup>53</sup>

Dette er noe som *Gjendemsjø* i sin doktoravhandling har kalt for usikkerhetsvurderingen, som han igjen knytter opp mot både momentet om markedsatferd og vilkåret om konkurransebegrensning.<sup>54</sup> Som påpekt i avhandlingen fremstår denne koblingen som naturlig ettersom det å redusere usikkerhet om fremtidig markedsatferd må ansees som det samme som at kontakten må påvirke markedsatferden, med det formål eller virkning at konkurransebetingelsene endres.<sup>55</sup>

*Gassler* må ansees å ta det samme standpunktet da han i sin behandling av uavhengighetsdoktrinen skriver at en «atferd med siktemål om å redusere usikkerheten om konkurrenters atferd som er en naturlig del av konkurransen, vil ansees som samordnet opptreden».<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> Se oppgavens punkt 2.3.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Sak C-40/73, *Suiker Unie m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 175.

<sup>54</sup> Gjendemsjø (2011), s. 127.

<sup>55</sup> Gjendemsjø (2011) s.126.

<sup>56</sup> Gassler (2021) s.59.

Et annet eksempel på en formulering av usikkerhetsvurderingen fra rettspraksis er om informasjonsutvekslingen «formindsker eller fjerner usikkerhetsgraden vedrørende det relevante markeds funksjon og følgelig begrænser konkurransen mellom virksomhederne».<sup>57</sup> Kravet om at usikkerheten reduseres vedrørende markedets funksjon må ansees å være det samme som at usikkerhetens reduseres om konkurrenters fremtidige markedsatferd.

Det avgjørende er altså om informasjonsutvekslingen har redusert foretakenes usikkerhet om konkurrentenes fremtidige markedsatferd, med det formål eller virkning at konkurransebetingelsene endres. Ettersom oppgaven i hovedsak tar for seg formålsovertredelser, blir vurderingen om informasjonsutvekslingen hadde til formål å endre konkurransebetingelsene.

---

<sup>57</sup> Sak C-8/08, *T-mobile Netherlands m.fl.*, avsnitt 35.

# 3 Informasjonsutveksling

## 3.1 Innledende bemerkninger

I alminnelig språkbruk anvendes ordet «utveksling» om en gjensidig overføring.

Informasjonsutveksling vil derfor skje når to eller flere parter overfører informasjon mellom seg. Flere av sakene som oppgaven behandler omhandler imidlertid ensidig utveksling av informasjon. Terminologien i denne oppgaven kunne dermed like gjerne ha vært «ensidig utlevering av informasjon».

Likevel er informasjonsutveksling den mest treffende betegnelsen ettersom «selv konseptet samordnet opptreden forutsetter utveksling av opplysninger»<sup>58</sup> og at informasjonsutveksling i konkurranserettslig forstand ikke nødvendigvis stiller noe krav til gjensidighet.<sup>59</sup> Sånn sett må «informasjonsutveksling» som samordnet opptreden sies å ha en videre betydning enn etter alminnelig språkbruk, da den også kan omfatte ensidig utlevering av informasjon.

Som nevnt tidligere kan informasjonsutveksling skje gjennom direkte eller indirekte kontakt.<sup>60</sup> Ethvert samarbeid som søker å påvirke konkurransen innebærer en eller annen form for utveksling av informasjon, for eksempel om fremtidige priser.<sup>61</sup> Samtidig er informasjonsutveksling en forutsetning for konkurranse.<sup>62</sup> Dersom konkurrenter skal konkurrere på pris er de avhengige av å ha kunnskap om hverandres priser.

Det er derfor klart at ikke enhver informasjon vil være av relevans i konkurranserettslig kontekst. Som nevnt tidligere i oppgaven må informasjonen som deles redusere usikkerheten om fremtidig markedsatferd, med formål om å påvirke konkurransen.<sup>63</sup>

Drøftelsen videre er derfor hva som skal til for at informasjonen reduserer usikkerheten om fremtidig markedsatferd, med formål om å påvirke konkurransen. Jeg vil ta for meg

---

<sup>58</sup> Hjelmeng (2003) s. 658.

<sup>59</sup> Se denne oppgavens punkt 3.2.

<sup>60</sup> Se oppgavens punkt 2.3.

<sup>61</sup> Kolstad og Ryssdal (2007) s. 430.

<sup>62</sup> Hjelmeng (2003) s. 650.

<sup>63</sup> Se denne oppgavens punkt 2.6.

problemstillingene: om det stilles noe krav til gjensidighet mellom partene, hvordan foretak kan unnsnippe å komme i ansvar for en ulovlig samordnet opptreden og om samordnet opptreden krever at det foreligger en atferd på markedet.

Ettersom informasjonen som utveksles må ha til formål eller virkning å påvirke konkurransen har jeg valgt å benytte ordet konkurransesensitiv informasjon. Videre vil jeg omtale deltakerne i en samordning for kartelldeltakere og møtene mellom disse vil betegnes som kartellmøter. Årsaken til dette er at forbudet mot samordnet opptreden også er omtalt som «kartellforbudet».<sup>64</sup>

Den gjennomgående vurderingen i dette kapittelet er hvilken type informasjonsutveksling som vil rammes som en «samordnet opptreden», ved å redusere usikkerheten om fremtidig markedsatferd med formål om å begrense konkurransen. Det første som vurderes er om det er nødvendig at informasjonsutvekslingen er gjensidig for at det skal foreligge en samordnet opptreden.

## 3.2 Et krav til gjensidighet?

Kontaktkravet setter som sagt grensen mellom ensidige handlinger og samarbeid.<sup>65</sup> Etter alminnelig språkbruk forutsetter kontakt mellom to parter at begge er delaktig. At det må foreligge en samordning synes også å forutsette et krav om gjensidighet. Det kan da spørres om de tilfellene hvor kun et foretak avslører konkurransesensitiv informasjon uoppfordret til sine konkurrenter, skal ansees som kontakt og derfor en «samordnet opptreden».

I *Cimentries*, som omhandlet informasjonsutveksling på et kartellmøte, uttalte Underretten at «begrebet samordnet praksis faktisk forudsætter kontakt, der er kendetegnet ved gensidighed».<sup>66</sup> Det kan derfor umiddelbart tenkes at begge parter må ha delt informasjon for at det skal foreligge en gjensidighet. Dette er imidlertid ikke tilfellet, da det videre i dommen ble uttalt at kravet til gjensidighet er oppfylt når en konkurrent avslører sin fremtidige

---

<sup>64</sup> Hjelmeng (2003) s. 649.

<sup>65</sup> Se oppgavens punkt 2.3.

<sup>66</sup> Forente saker T-25/95, *Cimentries CBR m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 1849.

markedsatferd etter den andres ønske eller med dennes aksept.<sup>67</sup> Det kreves derfor ikke en gjensidig utveksling av informasjon, det er nok at en part meddeler informasjon og den andre i det minste har akseptert at dette gjøres.

En videre problemstilling er om den mottakende konkurrenten trenger å formidle sin aksept eksplisitt, eller om det kan antas at «den som tier, samtykker». Dette ga dommen videre svar på da foretaket som mottok opplysninger i saken ikke kunne høres med at den passivt hadde mottatt opplysninger, da det ikke var dokumentert at det hadde tatt forbehold eller avstand fra dem.<sup>68</sup> Tilsvarende gjelder også for informasjon som er delt utenfor kartellmøter, noe som var tilfellet i *Eturas*, hvor informasjonen ble delt elektronisk.<sup>69</sup>

Det er derfor klart at en part som mottar konkurransesensitiv informasjon ikke trenger å gi sin aksept eksplisitt, det er nok at den ikke har tatt forbehold eller avstand fra informasjonen. Et helt passivt mottak av informasjon er derfor nok til at kravet til gjensidighet er oppfylt. Gjensidigheten ligger da i at mottaker godtar at informasjonen deles, noe som vil kunne redusere usikkerheten om konkurrentens fremtidige markedsatferd. Dersom et foretak mottar meldinger fra en konkurrent uoppfordret hvor de avslører for eksempel intensjoner om prisendringer, er de derfor avhengige av å ta forbehold eller avstand for å være sikre på å unnsnippe ansvar for samarbeid med konkurrenten.

Den videre problemstillingen er da hva som skal til for at et foretak skal unngå å komme i ansvar for en «samordnet opptreden», ved å ta forbehold eller avstand fra informasjonen.

### 3.3 Hvordan ta forbehold eller avstand?

Som nevnt i foregående punkt er det altså slått fast at det er tilstrekkelig, for å påvise en ulovlig samordnet opptreden, at et foretak har mottatt konkurransesensitiv informasjon uten å ha tatt forbehold eller avstand til informasjonen.<sup>70</sup> Dette kravet er i rettspraksis også formulert som at foretaket må ha tatt offentlig avstand eller meldt fra til myndighetene.<sup>71</sup> På denne

---

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Sak C-74/14, *Eturas m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 46.

<sup>70</sup> Se oppgavens punkt 3.2.

<sup>71</sup> Sak C-74/14, *Eturas m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 46.

måten har rettspraksis utviklet en sikkerhetsventil til beskyttelse for foretak som er uten hensikter om å samarbeide med sine konkurrenter.

Å melde fra til myndighetene må forstås som å varsle Konkurransetilsynet dersom det er konkurranseloven som kommer til anvendelse, eller EFTA Surveillance Authority (ESA) dersom man befinner seg innenfor EØS-lovgivningen. Hva som ligger i kriteriet om å ta offentlig avstand er ikke like selvforklarende. Problemstillingen videre er derfor hva som skal til for at et foretak skal ansees å distansert seg offentlig. Det første spørsmålet er hvem foretaket må informere om at det tar avstand.

Umiddelbart kan et krav om å ta offentlig avstand fremstå som et krav om at foretaket må tilkjenne for offentligheten at det tar avstand fra informasjonen som er utvekslet. Det er imidlertid fastslått i rettspraksis at foretaket må gjøre det klart for konkurrentene at deltakelsen på møtet var uten mål om konkurransebegrensning.<sup>72</sup> Det er altså overfor de øvrige kartelldeltakerne at foretaket må ta offentlig avstand.

For informasjonsutveksling som skjer utenfor kartellmøter ble det slått fast i *Eturas* at det ikke er nødvendig å informere alle mottakerne av informasjonen.<sup>73</sup> Saken omhandlet informasjon som ble sendt til flere konkurrenter per e-post, og EU-domstolen konkluderte med at det var tilstrekkelig å gi beskjed til avsender ettersom de ulike foretakene ikke kunne ha kjennskap til alle som e-posten var sendt til.<sup>74</sup>

Begrunnelsen for at foretaket må opplyse de øvrige kartelldeltakerne om at de ikke ønsker å samarbeide er at dersom de har deltatt i et møte eller mottatt konkurransesensitiv informasjon på en annen måte, uten å ha tatt offentlig avstand fra den, vil de andre kartelldeltakerne sitte igjen med et inntrykk av at foretaket har godkjent informasjonen og dermed innordne seg samordningen.<sup>75</sup>

Den neste problemstillingen er hva foretaket konkret må ta avstand fra for å skulle ansees å ha distansert seg offentlig.

---

<sup>72</sup> Sak C-199/92 P, *Hüls AG mot Kommisjonen*, avsnitt 155.

<sup>73</sup> Sak C-74/14, *Eturas m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 47.

<sup>74</sup> *Ibid.*, avsnitt 47 og 48.

<sup>75</sup> Sak C-204/00P, *Aalborg Portland mot Kommisjonen*, avsnitt 82.

Som sagt må foretaket gjøre det klart for konkurrentene at deltakelsen på møtet var uten mål om konkurransebegrensning.<sup>76</sup> Det er med andre ord ikke selve informasjonen foretaket må ta avstand til, men formålet bak informasjonsutvekslingen: om et konkurransebegrensende samarbeid. Det kan da spørres hvordan foretaket kan ta offentlig avstand: om det må gjøres skriftlig, muntlig eller det kan gjøres på andre måter.

Etter rettspraksis kan beskjeden om at en tar avstand fra et samarbeid gjøres skriftlig ved å meddele konkurrentene at en ikke «under nogen omstændigheder ønskede at blive betragtet som medlem af kartellet eller deltage i møder, afholdt af en fagorganisation, der virker som dække for ulovlig samordning».<sup>77</sup> Det er med andre ord en temmelig klar beskjed som skal til for at den skal kunne ansees som offentlig distansering og frita foretaket for ansvar. Dette samsvarer med at Underretten har slått fast at begrepet offentlig distansering skal tolkes innskrenkende.<sup>78</sup>

En beskjed om at en tar avstand fra samarbeidet kan også gis muntlig, men det kan da bli vanskelig å bevise i etterkant hva som ble sagt. Det kan også tenkes at et foretak kan prøve å uttrykke at det ikke ønsker å delta i et samarbeid ved å opptre på en spesiell måte. I *Total Marketing Services* påberopte foretaket å ha tatt offentlig avstand i et møte ved at representanten deres forlot møtet før det var ferdig. De vant ikke frem, blant annet fordi møteavbruddet skyldtes personlige årsaker og kunne ikke ansees som et ønske fra foretaket sin side om å ta avstand fra kartellet.<sup>79</sup>

Å forlate et møte kan altså tenkes å være en måte å kommunisere at man tar avstand fra samarbeid, men det er dog en veldig indirekte og vag måte å kommunisere til de øvrige kartelldeltakerne at man ikke ønsker å delta i et samarbeid. Det kan tenkes at kartelldeltakerne da ikke oppfatter beskjeden, slik at kriteriet om offentlig distansering ikke er oppfylt. Dersom et foretak skal høres med at det har tatt offentlig avstand ved å forlate et kartellmøte, eller ved annen atferd, må det bevise at de øvrige kartelldeltakerne «antog at [foretaket] bragte

---

<sup>76</sup> Sak C-199/92 P, *Hüls AG mot Kommisjonen*, avsnitt 155.

<sup>77</sup> Sak T-303/02, *Westfalen Gasssen Nederland mot Kommisjonen*, avsnitt 103.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Sak C-634/13 P, *Total Marketing Services mot Kommisjonen*, avsnitt 44.

sin deltagelse i kartellet til ophør».<sup>80</sup> Det kan da stilles spørsmål ved om det er nok at kartelldeltakerne antar at foretaket ikke ønsker å delta i kartellet.

I lys av at Underretten har fastslått at begrepet offentlig distansering skal tolkes innskrenkende og at EU-domstolen som sådan har lagt listen for klarhet høyt, kan det tenkes at det kreves mer enn at kartelldeltakerne «antok» at foretaket ikke ønsket å være en del av kartellet.

I en senere dom viste Underretten til øvrig rettspraksis og spesifiserte at beskjeden om at man tar avstand «skal være uttrykt fast og tydelig, således at de øvrige kartelldeltagere forstår, hvad der er den omhandlede virksomheds intention».<sup>81</sup> At det kreves en tydelig beskjed, harmonerer bedre med en innskrenkende tolkning.

Ettersom det å forlate et møte er en vag og indirekte måte å kommunisere på, og derfor ikke kan gi rom for så mye annet enn antakelser fra de andre kartelldeltakerne, spør det om et foretak noensinne vil kunne unnslippe ansvar på denne måten.

Det avgjørende for vurderingen av om et foretak har distansert seg offentlig fra samarbeid er altså de andre kartelldeltakernes oppfattelse av deres intensjon, uansett måte det er forsøkt gjort på.<sup>82</sup>

Terskelen for å kunne påvise at en har tatt offentlig avstand settes derfor høyt, ved at foretaket gis ansvar for motpartens oppfattelse. En kan risikere å havne i en situasjon hvor foretaket har gitt, det som må ansees som, en objektivt tilfredsstillende beskjed om at det ikke ønsker å samarbeide og at denne ikke tolkes slik av de øvrige kartelldeltakerne. Sann sett kan det å skulle ha ansvaret for andres oppfattelse sette terskelen for å ta offentlig avstand for høyt. Det burde gjerne vært tilstrekkelig å kunne påvise at en har gitt det som objektivt kan ansees som en tilfredsstillende beskjed om at en ikke ønsker å samarbeide.

En klar indikasjon på at terskelen for å bevise at en har tatt offentlig avstand er satt for høyt kan sees tydelig av sakene som er behandlet av EU-domstolen. Siden kravet om offentlig

---

<sup>80</sup> Sak C-510/06 P, *Archer Daniels Midland mot Kommisjonen*, avsnitt 120.

<sup>81</sup> Sak T-377/06 *Comap mot Kommisjonen*, avsnitt 76.

<sup>82</sup> *Ibid.*



distansering ble innført og frem til 2016 har det blitt nevnt i 46 saker, påberopt i 10 saker og avslått i alle.<sup>83</sup> Offentlig distansering har derfor blitt kritisert for å være et teoretisk konsept som EU-domstolen liker å bruke, fremfor å harmonere med den praktiske virkelighet.<sup>84</sup> Ut fra statistikken over er jeg enig i at muligheten til å ta offentlig avstand for å unnslippe ansvar fremstår som et luftslott.

Samtidig er sakene hvor foretak har påberopt seg å ta offentlig avstand sammensatte, og gir således ikke noe klart svar på hvordan retten ville ha behandlet tilfellet hvor det rent objektivt må ansees å ha vært gitt en klar beskjed om at en ikke ønsker å samarbeide. I en av sakene hevdet foretaket å ha informert møtets leder om at de tok avstand, men ble møtt med at de måtte ha meddelt dette under møtet eller skriftlig i etterkant.<sup>85</sup> I en annen dom fra Underretten hadde foretaket tatt avstand under et møte og det var dokumentert at det forelå tvil om foretakets fremtidige deltakelse i avtalen.<sup>86</sup> Samtidig fremgikk det også av dokumentet at partene ønsket å opprettholde avtalen frem til neste møte. Foretaket ble derfor ikke hørt med at det hadde tatt offentlig avstand.<sup>87</sup>

For ordens skyld må det presiseres at for informasjonsutveksling som skjer utenfor møter, kan foretak ta avstand også på andre måter enn offentlig.<sup>88</sup> I *Eturas la* EU-domstolen til grunn at presumsjonen om deltakelse i samordningen kunne avkreftes ved en systematisk anvendelse av en rabatt som oversteg taket som var satt.<sup>89</sup> *Fatum* i saken redegjøres for nærmere under punk 4.3.4. For disse tilfellene er det altså gitt en, kanskje bedre, fungerende sikkerhetsventil.

Den neste problemstillingen er om informasjonen som er utvekslet må ha påvirket foretakenes markedsatferd.

### 3.4 *Anic*-presumsjonen

---

<sup>83</sup> Abenħaim (2016) s. 414.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Sak T-61/99, *Adriatica di Navigazione mot Kommisjonen*, avsnitt 138.

<sup>86</sup> Sak T-519/09, *Toshiba mot Kommisjonen*, avsnitt 213.

<sup>87</sup> Ibid., avsnitt 214.

<sup>88</sup> Sak C-74/14, *Eturas m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 46.

<sup>89</sup> Ibid., avsnitt 49.

### 3.4.1 Må det foreligge en atferd på markedet?

Som nevnt innledningsvis under punktet om samordnet opptreden er utgangspunktet for at det skal foreligge en samordnet opptreden at det påvises en samordning i form av kontakt, en markedsatferd og en årsakssammenheng mellom disse.<sup>90</sup>

Altså må informasjonen som utveksles mellom konkurrentene være av en slik karakter at den kan påvirke deres markedsatferd. Som nevnt tidligere ligger kravet til markedsatferd innbakt i usikkerhetsvurderingen.<sup>91</sup> Problemstillingen er derfor om informasjonsutvekslingen har redusert foretakenes usikkerhet om konkurrentenes fremtidige markedsatferd, med formål om å endre konkurransebetingelsene.

Som redegjort for tidligere vil det ved formålsovertredelser ikke være nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning på markedet.<sup>92</sup> Spørsmålet blir om det må påvises at foreligger en atferd på markedet.

I *Sarrió* uttalte retten at når en virksomhet har deltatt i møter med konkurransebegrensende formål vil «den omstændighed, at [...] virksomhed[en] ikke følger udfaldet af møderne, ikke medfør[e], at den ikke er ansvarlig for sin deltagelse i kartellet».<sup>93</sup> Det er altså uten betydning om ett eller flere foretak som har deltatt på møtet følger den informasjonen som fremkom under møtet, når de fastsetter sin markedsatferd. Det trenger således ikke å påvises en markedsatferd i etterkant av informasjonsutveksling, så lenge det kan påvises et konkurransebegrensende formål. Kravet til markedsatferd har derfor ingen selvstendig betydning ved formålsovertredelser.

Dette er den såkalte «*Anic*-presumsjonen», som er lagt til grunn i flere avgjørelser. Dersom foretakene som deltar i en samordning forblir aktive på markedet, foreligger det en presumsjon for at de tar hensyn til informasjonsutvekslingen med konkurrentene når de fastsetter sin markedsatferd.<sup>94</sup> Dette gjelder særlig når samordningen skjer regelmessig og

---

<sup>90</sup> Se oppgavens punkt 2.2.

<sup>91</sup> Se oppgavens punkt 2.5.

<sup>92</sup> Se oppgavens punkt 1.4.

<sup>93</sup> Sak C-291/98 P, *Sarrió mot Kommisjonen*, avsnitt 50.

<sup>94</sup> Sak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni mot Kommisjonen*, avsnitt 121.

over lang tid.<sup>95</sup> Det kan da spørres hvilke momenter som gjenstår ved vurderingen av om det foreligger en «samordnet opptreden» i disse tilfellene som rammes som formålsovertredelser.

### 3.4.2 Vurderingsmomentene etter Anic-presumsjonen

Dommen mellom *Anic* og *Kommisjonen* gjaldt regelmessige møter med mellom produsenter av stoffet polypropylen. På møtene utvekslet konkurrentene informasjon om blant annet deres respektive salgstall, forventet salg og fremtidige priser. Underretten kom til at det forelå en samordning som hadde til formål å påvirke partenes markedsatferd og å informere hverandre om ens fremtidige markedsatferd.<sup>96</sup>

Videre uttalte retten at *Anic* sitt formål med å delta på møtet ikke kun var å fjerne foretakets usikkerhet vedrørende fremtidige markedsatferd, men også at det direkte eller indirekte måtte ha tatt hensyn til informasjonen som ble delt på møtene når de fastsatt sin egen markedsstrategi.<sup>97</sup> Samtidig måtte konkurrentene som deltok på møtene bli påvirket tilsvarende.<sup>98</sup> På bakgrunn av møtenes formål kom underretten til at vilkårene for en samordnet opptreden var oppfylt.<sup>99</sup>

Oppsummert fastslår Anic-presumsjonen at dersom et foretak deltar på møter med et konkurransebegrensende formål, presumeres det at deres markedsatferd vil påvirkes. Momentene som må vurderes er altså om det foreligger en kontakt som reduserer partenes usikkerhet om markedsatferd, med formål om å påvirke konkurransebetingelsene på markedet.

### 3.4.3 *Anic*-presumsjonens anvendelsesområde

Ettersom *Anic* gjaldt informasjonsutveksling på møter, kan det stilles spørsmål ved om presumsjonen også får anvendelse på tilfeller hvor det utveksles informasjon mellom konkurrenter på andre måter.

---

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Ibid., avsnitt 200.

<sup>97</sup> Ibid., avsnitt 201.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Ibid., avsnitt 202.

Som nevnt tidligere kan informasjonsutveksling utenfor møter også rammes av presumsjonen.<sup>100</sup> I *Eturas* kom retten til at flere reisebyrå som brukte et felles bookingsystem kunne antas å ha deltatt i en samordnet opptreden, ved mottak av en e-post fra administrator for bookingsystemet om at det ville settes et tak på 3% for rabatter som kunne gis til kundene.<sup>101</sup> Retten uttalte at det kunne ansees å foreligge en samordnet opptreden mellom reisebyråene som hadde kjennskap til e-postens innhold, fordi de måtte ansees «stiltiende at have godkendt en fælles konkurrencebegrænsende praksis».<sup>102</sup>

Anic-presumsjonens rekkevidde må derfor ansees å strekke seg lenger enn tilfellene med informasjonsutveksling på møter og omfatte informasjonsutveksling også via ulike medier som e-post og telefon. Dette bekreftes også av Kommisjonens retningslinjer hvor det uttales at det foretak som mottar konkurransesensitiv informasjon «på et møte, pr. brev eller elektronisk», presumeres å ha akseptert opplysningene og innrettet sin markedsatferd etter dem.<sup>103</sup>

Svaret på det innledende spørsmålet er derfor at det er tilstrekkelig at informasjonen som utveksles har til formål å redusere usikkerheten vedrørende konkurrenters fremtidige atferd. Det må ikke påvises at atferden faktisk er påvirket i tillegg, da det presumeres at den er det.

Det kan da spørres om denne rettsanvendelsen gir en rimelig rettsregel ved formålsovertredelser.

### **3.4.4 Om Anic-presumsjonens rimelighet**

Umiddelbart kan det se ut til at EU-domstolen, gjennom *Anic*-presumsjonen, har gitt seg selv en noe enkel utvei i vurderingen av samordnet opptreden ved formålsovertredelser. Det virker kunstig å oppstille tre momenter for å vurdere om det foreligger en samordnet opptreden, for så å lage en presumsjon som ekskluderer vurderingen av to av dem.

---

<sup>100</sup> Se oppgavens punkt 3.3.

<sup>101</sup> Sak C-74/14, *Eturas m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 51.

<sup>102</sup> *Ibid.*, avsnitt 44.

<sup>103</sup> Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 62.

Det kan tenkes at løsningen er valgt fordi det ofte er en omfattende jobb å vurdere om det foreligger en atferd som faktisk begrenser konkurransen. En virkningsanalyse innebærer en grundig analyse av den økonomiske og juridiske konteksten av samordningen.<sup>104</sup> Samtidig er som sagt formålsvilkåret forbeholdt de tilfellene hvor samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen og rammer således kun de mest alvorlige tilfellene.<sup>105</sup> Det ville da virke overflødig å skulle vurdere virkningen på konkurransen, når det er åpenbart at informasjonen har til formål å påvirke markedsatferden.

Dersom foretakene ikke har hatt til formål å samarbeide kan de, som nevnt tidligere,<sup>106</sup> ta offentlig avstand fra samordningen eller melde fra til myndighetene og dermed unngå *Anic*-presumsjonen. EU-domstolen har også åpnet for at presumsjonen kan unnslippest dersom foretaket kan bevise at samordningen «ikke på nogen måte» har hatt innflytelse på egen markedsatferd.<sup>107</sup>

Terskelen settes med andre ord høyt, da det skal mye til for å bevise at foretaket ikke overhodet er påvirket av informasjonen som er mottatt. Det kan også tenkes å være vanskelig for et foretak å ikke i noen grad, bevisst eller ubevisst, ta høyde for informasjonen som er mottatt når det skal bestemme sin egen markedsatferd.

Dersom et foretak kan bevise at informasjonsutvekslingen ikke har hatt innflytelse på egen markedsatferd, vil det ikke kunne presumeres at markedsatferden er påvirket. Rent praktisk vil fortsatt kravet til kontakt mellom partene være oppfylt, men denne kontakten vil ikke ha påvirket konkurransen. Altså vil ikke usikkerhetsreduksjonen ha endret konkurransebetingelsene på markedet.

*Anic*-presumsjonen er kritisert for å innebære en presumsjon for ansvar og at den derfor havner i konflikt med en annen viktig presumsjon: Uskyldspresumsjonen, at en er uskyldig inntil det motsatte er bevist.<sup>108</sup> På bakgrunn av uskyldspresumsjonen skulle Kommisjonen,

---

<sup>104</sup> Norsk lovkommentar til konkurranseloven § 10 ved Olav Kolstad, Note 67 (lest den 04.11.22).

<sup>105</sup> Se oppgavens punkt 1.4.

<sup>106</sup> Se oppgavens punkt 3.3.

<sup>107</sup> Sak C-199/92P, *Hüls AG mot Kommisjonen*, avsnitt 167.

<sup>108</sup> Abenhaim (2016) s. 418.

Konkurransetilsynet og de rettslige instansene ha fastslått og ikke presumert at alle momentene som utgjør en samordnet opptreden er oppfylt.<sup>109</sup>

Det kan imidlertid argumenteres for at det faktisk at EU-domstolen godtar *Anic*-presumsjonen må tilsi at den ikke strider mot uskyldspresumsjonen, som tross alt er en menneskerettighet som EU-domstolen også er bundet av.<sup>110</sup> Likevel kan det tenkes at rettsvesenet godtar denne presumsjonen fordi det i teorien foreligger flere sikkerhetsventiler for å unnsnippe ansvar, både ved å ta offentlig avstand og ved å motbevise *Anic*-presumsjonen.

Jeg er av den oppfatning at en presumsjon for at en er skyldig, som i praksis kan ansees som umulig å tilbakevise, fort kan komme i konflikt med uskyldspresumsjonen. Sann som regelen praktiseres i dag står en i fare for at et foretak som har mottatt sensitiv informasjon, og som ikke har latt seg styre av informasjonen den mottok ved fastsettelsen av sin markedsatferd, kan bli straffet for samarbeid. Sann sett kan det fremstå som usikkert om *Anic*-presumsjonen gir en rimelig rettsregel ved formålsovertredelser.

## **3.5 Hvilken informasjon kan ansees å redusere usikkerheten?**

### **3.5.1 Om konkurransesensitiv informasjon**

Det blir altså forutsatt at utveksling av konkurransesensitiv informasjon, med formål om å begrense konkurransen, vil påvirke foretakenes markedsatferd. Et naturlig videre spørsmål blir da hvilken type informasjon som må ansees som konkurransesensitiv og hvilken informasjon som må ansees som «harmløs», og dermed som en lovlig form for kontakt.

Som fastslått tidligere i oppgaven, ved redegjørelsen av *Anic*-presumsjonen vil informasjon om fremtidig atferd ofte rammes som samordnet opptreden, da det forutsettes at mottakerne vil ta hensyn til informasjonen i sin markedsatferd.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> CFR, artikkel 48 og EMK, artikkel 6.

<sup>111</sup> Se oppgavens punkt 3.4.2.

Problemstillingen blir da hvilken type informasjon som rammes av *Anic*-presumsjonen som formålsovertredelser, hvilken informasjon må gjennom en virkningsvurdering og hvilken informasjon må ansees som irrelevant for konkurransen.

Momentene som må vurderes er som nevnt, etter *Anic*-presumsjonen, om det foreligger en kontakt som reduserer partenes usikkerhet om markedsatferd, med formål om å påvirke konkurransebetingelsene på markedet. Kontaktkravet er sjeldent problematisk ved informasjonsutveksling ettersom det stort sett foreligger en direkte kontakt mellom partene. Det avgjørende er derfor usikkerhetsreduksjon med formål om å påvirke konkurransebetingelsene.

### **3.5.2 Informasjon om priser, salgsvolum og produksjonskapasitet**

I en nyere dom fra Underretten ble informasjonsutveksling mellom foretak som drev med produksjon av blant annet resirkulert bly behandlet.<sup>112</sup> Partene hadde blitt enige hvilke priser de skulle gi leverandørene, og utvekslet en mengde informasjon for å sikre seg at innkjøpsprisene ikke skulle bli for lave slik at leverandørene ville selge til andre foretak. I tillegg til priser utvekslet de informasjon om annen fremtidig markedsatferd som omfattet informasjon om forventede kjøpsvolumer, nåværende lagernivåer og aktivitetsnivå.

Etter å ha gjennomgått prinsippene fra rettspraksis slo Underretten fast at informasjonsutvekslingen klart hadde et konkurransebegrensende formål.<sup>113</sup> Den kategoriserte nåværende kjøpspriser, fremtidige kjøpspriser og forventet kjøpsvolum som svært sensitiv kommersiell informasjon som var avgjørende for partenes innkjøpsstrategi.<sup>114</sup>

Ut fra denne dommen må altså informasjon om nåværende og fremtidige kjøpspriser og forventet kjøpevolum ansees å ligge i kjernen av det jeg har valgt å kalle «konkurransesensitiv informasjon», ettersom det er egnet til å redusere usikkerheten om konkurrenters markedsatferd, med formål om å påvirke konkurransen.

---

<sup>112</sup> Sak T-240/17, *Campine og Campine Recycling mot Kommisjonen*.

<sup>113</sup> *Ibid.*, avsnitt 305.

<sup>114</sup> *Ibid.*

En tidligere dom hvor Underretten behandlet en lignende problemstilling gjaldt informasjonsutveksling mellom produsenter av stoffet Polypropylen.<sup>115</sup> I denne saken hadde foretakene blant annet diskutert sine mål angående priser og salg på markedet.<sup>116</sup> Underretten kom i saken frem til at informasjonsutvekslingen utgjorde en samordning med formål om å påvirke konkurrentenes markedsatferd og informere om sin egen fremtidige markedsatferd.<sup>117</sup>

Dommen trekker altså samme konklusjon som den førstnevnte om at fremtidige priser om salgs- og kjøpsmål er konkurransesensitiv informasjon. Den nevner altså ikke nåværende kjøpspriser, noe som kan tenkes å være fordi det ikke var et tema i saken eller at det ikke er fremtidig informasjon.

At informasjon om fremtidige priser og salgs- og kjøpsmål må ansees å være konkurransebegrensende ble også fastslått av Underretten i en nyere dom hvor det fremgår at utveksling av informasjon om fremtidig salg og prisprognoser utgjør en konkurransebegrensning.<sup>118</sup> Dommen trekker også frem informasjon om nåværende og fremtidig produksjonskapasitet.<sup>119</sup>

Produksjonskapasitet ble også trukket frem i *Philips*. Dommen gjelder samarbeid mellom leverandører av chip til smartkort. Foretakene utvekslet blant annet informasjon om den estimerte kapasiteten til hver smartbrikkeprodusent. I den forbindelse uttalte Underretten at utveksling av fremtidig produksjonskapasitet direkte kunne påvirke konkurrentenes markedsatferd.<sup>120</sup> Avslutningsvis ble det konkludert med at informasjon om fremtidig produksjonskapasitet og priser er særlig egnet til å påvirke konkurrenters markedsatferd på grunn av informasjonens formål.<sup>121</sup>

Ut fra dette begrensede utvalg av rettspraksis ser man klart en sammenheng med formålet bak konkurransereglene: om at hvert foretak skal fastsette sin markedsstrategi individuelt.<sup>122</sup> Informasjon om sentrale konkurranseparametere som fremtidige priser, produksjonskapasitet

---

<sup>115</sup> Sak T-1/89, *Rhône-Poulenc SA mot Kommisjonen*.

<sup>116</sup> *Ibid.*, avsnitt 122.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> Sak T-758/14 RENV, *Infineon Technologies mot Kommisjonen*, avsnitt 96.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> Sak T-762/14, *Philips og Philips France mot kommisjonen*, avsnitt 83.

<sup>121</sup> *Ibid.*, avsnitt 104.

<sup>122</sup> Se oppgavens punkt 2.3.



og salgs- og kjøpsmaal vil naturlig nok gi partene mulighet til å tilpasse seg konkurrentenes ventede markedsatferd. Denne informasjonen må derfor ansees å redusere usikkerheten om konkurrenters markedsatferd, med formål om å påvirke konkurransen.

Videre problemstillinger som behandles senere i oppgaven er om dette stiller seg annerledes når informasjonen om fremtidig pris ikke gjelder endelig pris og om det er av betydning om partene uansett kunne fått tilgang til informasjonen. Først vil jeg vurdere om også historisk informasjon er egnet til å redusere usikkerheten om konkurrenters markedsatferd, og om det derfor kan rammes som samordnet opptreden etter sitt formål.

### 3.5.3 Historisk informasjon

Umiddelbart kan det tenkes at historisk informasjon ikke kan begrense konkurransen, ettersom den ikke omhandler partenes fremtidige markedsatferd. Samtidig kan historisk informasjon kunne danne et bilde av et mønster hos et foretak, som kan være veiledende for dets fremtidige markedsatferd.

En av de første avgjørelsene som omhandlet utveksling av historisk informasjon er den såkalte *Fettsyrebeslutningen*.<sup>123</sup> I denne beslutningen fra Kommisjonen ble det utvekslet informasjon om historiske salgsvolumer mellom fire store produsenter av fettsyrer. Kommisjonen slo fast at utvekslingen gjorde det mulig for foretakene å fastslå konkurrentenes markedsatferd «mer nøjagtig, hurtigere og lettere» og således fjernet et vesentlig usikkerhetsmoment.<sup>124</sup> Informasjonsutveksling som omfatter historiske salgsvolum, kan altså bli ansett å være konkurransesensitiv.

En annen sak som omhandler blant annet historiske priser er en prejudisiell avgjørelse fra EU-domstolen.<sup>125</sup> I denne saken hadde flere banker utvekslet informasjon om størrelsen på gebyrer de hadde avkrevd, og hvilke gebyrer de tenkte å kreve i fremtiden, av kunder ved overførsel fra en EU-stat til en annen.<sup>126</sup> Kommisjonen uttalte at kontakten fjernet konkurrentens usikkerhet med tanke på hvor stort gebyr konkurrenten ville kreve.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> Beslutning 87/1/EØF, EFT 1987 L 3, s. 17.

<sup>124</sup> Beslutning 87/1/EØF, EFT 1987 L 3, s. 17, avsnitt 37.

<sup>125</sup> Sak C-172/80, *Züchner mot Bayerische Vereinsbank*.

<sup>126</sup> *Ibid.*, avsnitt 2 b.) s. 2027.

<sup>127</sup> *Ibid.*, avsnitt 2 b.) s. 2027.

Det er usikkert om denne uttalelsen kan tolkes slik at utveksling av historiske priser alene vil kunne medføre en usikkerhetsreduksjon, om det var kombinasjonen av fremtidige og historiske priser eller det i realiteten kun var de fremtidige prisene som hadde denne virkningen. Det kan likevel tenkes at informasjon om historiske priser kan gi veiledning om foretakets fremtidige prising, dersom de følger et slags mønster.

I *UK Tractors* behandlet Kommisjonen et system for utveksling av historisk informasjon.<sup>128</sup> Denne beslutningen ble tiltrådt både av Underretten og av EU-domstolen i *John Deere*,<sup>129</sup> som blir behandlet mer utførlig senere.<sup>130</sup> I saken ble det slått ned på utveksling av historisk informasjon, men Kommisjonen innrømmet også at informasjon kan være så utdatert at den ikke vil ha konkurranserettslig betydning. Årlige utvekslinger av salgstall som var et år gamle måtte derfor godtas, selv om tallene var individualisert.<sup>131</sup> I denne dommen var det ikke anført at avtalen hadde et konkurransebegrensende formål, og det måtte derfor foretas en virkningsvurdering av samarbeidet.<sup>132</sup>

I en nyere dom uttalte Underretten at kunnskap om tidligere resultater er svært relevant informasjon for konkurrenter, både til overvåkning og med tanke på fremtidige kontrakter.<sup>133</sup>

Historisk informasjon om salgsvolum, resultater og trolig også priser kan med andre ord være konkurransesensitiv informasjon. Det kan også tenkes annen fremtidig informasjon som er egnet til å påvirke konkurransen. Det viktigste poenget her er at det ikke bare er informasjon om fremtidig markedsatferd og markedsstatistikk som kan rammes av kartellforbudet.

Dommene i dette punktet knytter seg imidlertid til virkningsovertredelser. Det må da tas stilling til om det foreligger en markedsatferd som har begrenset konkurransen.

---

<sup>128</sup> Beslutning 157/92/EF, EFT 1992L 68, s. 19.

<sup>129</sup> Sak C-7/95P og Sak T-35/92, *John Deere Ltd mot Kommisjonen*.

<sup>130</sup> Se oppgavens punkt 3.5.8.

<sup>131</sup> Sak C-7/95P, *John Deere Ltd mot Kommisjonen*, avsnitt 91.

<sup>132</sup> *Ibid*, avsnitt 75.

<sup>133</sup> Sak T-762/15, *Sony og Sony Electronics mot Kommisjonen*, avsnitt 127.

### 3.5.4 Informasjon som ikke er knyttet til endelig pris

Informasjon om fremtidige priser er som sagt å anse som konkurransesensitiv informasjon ettersom den ansees å redusere usikkerheten om konkurrenters markedsatferd, med formål om å påvirke konkurransen.<sup>134</sup> Spørsmålet er om det samme gjelder for priser som ikke knytter seg til endelige priser.

I *T-mobile*, som er en prejudisiell avgjørelse fra EU-domstolen, tok retten stilling til denne problemstillingen. Saken gjaldt flere mobiloperatører som møttes én gang for å diskutere nedsettelse av standardgodtgjørelser til forhandlere for forhåndsbetalte abonnementer. I den forbindelse delte deltakerne i møtet en rekke fortrolige opplysninger. EU-retten uttalte i avgjøreselen at en samordnet opptreden ikke kan tolkes slik at det kun er en direkte påvirkning av prisen som den endelige forbruker betaler, som skal rammes av forbudet.<sup>135</sup>

Det samme ble fastslått i *Dole*<sup>136</sup> og fremgår for så vidt også av konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a, hvor det fremgår at det kan foreligge et konkurransebegrensende formål hvis en samordnet opptreden består i «å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser».<sup>137</sup> Å dele informasjon som til slutt vil påvirke prisene som forbrukerne betaler må ansees som en «indirekte fastsettelse av utsalgspriser».

I *T-mobile* konkluderte EU-domstolen med at konkurransereglene ikke kun har til formål «at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurransen som sådan».<sup>138</sup> Det er altså informasjon som kan påvirke konkurransen generelt som rammes av forbudet i konkurranseloven § 10.

Svaret på problemstillingen er altså at informasjonen som deles ikke trenger å være direkte tilknyttet den endelige prisen som kreves for et produkt for å ha til formål å begrense konkurransen, ved å redusere usikkerheten om fremtidig markedsatferd.

---

<sup>134</sup> Se oppgavens punkt 3.5.2.

<sup>135</sup> Sak C-8/08, *T-mobile Netherlands m.fl.*, avsnitt 36.

<sup>136</sup> Sak C-286/13 P, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen*, avsnitt 123.

<sup>137</sup> Sak C-8/08, *T-mobile Netherlands m.fl.*, avsnitt 37.

<sup>138</sup> *Ibid.*, avsnitt 38.

### 3.5.5 Informasjon som foretakene uansett kunne fått tilgang til

Enkelte typer konkurransesensitiv informasjon kan tenkes å eksistere i offentlig tilgjengelige kanaler. De kan være tilgjengelig for partene på grunn av gjennomsiktighet i markedet, eller de kan tilgjengeliggjøres på andre måter som ikke nødvendigvis kan ansees som en samordning. Det kan da stilles spørsmål ved om informasjonsutvekslingen likevel kan ansees utgjøre en samordning, ved å redusere usikkerheten om konkurrenters markedsatferd, med formål om å påvirke konkurransen.

Umiddelbart kan det fremstå som ulogisk at utveksling av offentlig tilgjengelig informasjon kan ha til formål å påvirke foretakenes usikkerhet ettersom informasjonen alt er tilgjengelig.

Etter rettspraksis er utgangspunktet at utveksling av offentlig tilgjengelig informasjon ikke er forbudt.<sup>139</sup> Det finnes likevel saker hvor offentlig tilgjengelig informasjon er utvekslet og partene er dømt for en samordnet opptreden.

I *Dole* ble flere leverandører av bananer ansett å ha tatt del i en samordnet opptreden hvor de hadde koordinert sine referansepriser for bananer i flere land.<sup>140</sup> I forkant av prisfastsettelsen diskuterte de blant annet referanseprisene for den kommende uken. Et av foretakene forklarte for retten at de hadde diskutert ulike faktorer i forhold til markedssituasjonen som hadde betydning for forholdet mellom tilbud og etterspørsel, for eksempel værforhold. Underretten uttalte i den sammenheng at «selv om opplysninger om forskjellige punkter, der blev drøftet, kunne indhentes fra andre kilder [...], kunne konkurrenternes opfattelse af dem, som blev udvekslet under de bilaterale drøftelser, ikke».<sup>141</sup>

Det var med andre ord uten betydning at informasjonen som ble diskutert kunne innhentes fra andre kilder. Selve diskusjonen utgjorde det problematiske, ved at foretakene da kunne få innsyn i konkurrentenes tanker og planer vedrørende informasjonen som ble diskutert.

Underretten uttalte videre at det må skilles mellom konkurrenter som samler inn opplysninger uavhengig eller drøfter fremtidige priser med kunder og tredjeparter, og konkurrenter som

---

<sup>139</sup> Sak T-191/98, *Atlantic Container Line m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 1154.

<sup>140</sup> Sak T-588/08, *Dole Food og Dole Germany mot Kommisjonen*.

<sup>141</sup> *Ibid.*, avsnitt 295.

drøfter faktorer i prisfastsettelsen og prisutviklingen før de fastsetter deres referansepriser.<sup>142</sup> Underretten konkluderte så med at den sistnevnte må sies å stride mot kravet til uavhengighet.<sup>143</sup>

Etter mitt syn fremstår denne uttalelsen som noe enkel ettersom drøfting av priser med tredjeparter, som nevnt tidligere, også kan tenkes å utgjøre en samordnet opptreden gjennom indirekte kontakt.<sup>144</sup> Det ville derfor vært mer naturlig å sette et skille mellom uavhengig innsamling av opplysninger eller drøfting av fremtidige priser med kunder og konkurrenter som drøfter faktorer om prisfastsettelse med hverandre.

Det kan uansett sies at dommen i *Dole* fastslo at det er uten betydning at informasjonen som deles allerede er tilgjengelig for konkurrentene. Det er den gjensidige samtalen rundt informasjonen som gir grunnlaget for en samordnet opptreden. En slik konklusjon synes som en god løsning da det er den gjensidige samtalen som bearbeider informasjonen og gir opphav til at usikkerheten om konkurrentenes atferd reduseres. Det er stor forskjell på om et foretak vet om at for eksempel transportprisene skal økes, og at det diskuterer disse prisene med konkurrenter og kan få innblikk i deres holdninger og planer i forhold til prisøkningen.

En annen sak som behandlet spørsmålet om offentlig tilgjengelig informasjon er *Tate & Lyle*.<sup>145</sup> I denne saken hadde de tre største sukkergrossistene i Storbritannia deltatt på fellesmøter hvor den dominerende av dem, British Sugar, hadde delt opplysninger om sine fremtidige priser. På noen møter ble det også utdelt en tabell over priser og kjøpsmengder, to til fem dager før den ble sendt ut offisielt.

De andre foretakene anførte at British Sugar sine kunder alt visste hvilke priser som ville kreves før disse ble meddelt dem på møtene, og at det derfor ikke ble gitt informasjon på møtet som de ikke allerede kunne skaffet seg på markedet.<sup>146</sup> Underretten kom til at dette var uten betydning og at selv om «British Sugar i forvejen individuelt og regelmæssigt havde meddelt sine kunder, hvilke priser selskabet agtede at fastsætte, er dette ikke ensbetydende

---

<sup>142</sup> Sak T-588/08, *Dole Food og Dole Germany mot Kommisjonen*, avsnitt 291.

<sup>143</sup> *Ibid.*, avsnitt 292.

<sup>144</sup> Se punkt 2.3.

<sup>145</sup> Forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98, *Tate & Lyle m.fl. mot Kommisjonen*.

<sup>146</sup> *Ibid.*, avsnitt 59.

med, at disse priser på det pågældende tidspunkt udgjorde en objektiv, umiddelbart konstaterbar markedsoplysning. I øvrigt står det fast, at møderne fandt sted, inden de oplysninger, som blev givet herunder, blev meddelt markedet». <sup>147</sup>

Det kan altså ikke legges til grunn at prisopplysninger er å anse som tilgjengelige markedsopplysninger selv om et foretak regelmessig deler prisene med sine kunder. Det avgjørende blir om informasjonen var tilgjengelig for kundene allerede da informasjonen ble delt med konkurrentene, noe som ikke var tilfellet i denne saken.

Underretten uttalte videre at «afholdelsen af de omtvistede møder [gjorde] det muligt for deltagerne at få kendskab til oplysningerne på en mere enkel, hurtig og direkte måde, end de havde kunnet gennem markedet. <sup>148</sup> Det kan da spørres om denne uttalelsen kan leses som at det at et foretak får opplysningene mer enkelt, hurtig og direkte generelt kan ansees som en overtredelse ved å utgjøre en samordnet opptreden. For eksempel hvis British Sugar heller hadde sendt ut sine prisopplysninger direkte til konkurrentene, uten at dette ble diskutert i et møte.

Etter mitt syn må det avgjørende her være at et foretak får opplysningene hurtigere enn de ville fått via markedet, ettersom det er det som vektlegges tidligere i dommen. Dersom prisene deles med konkurrentene før kundene, vil dette kunne påvirke konkurrentenes priser ved å fjerne deres usikkerhet om foretakets fremtidige markedsatferd. Dette samsvarer også med den videre uttalelsen i dommen om at «de sagsøgende virksomheders systematiske deltagelse i møderne [gjorde] det muligt for dem at skabe en atmosfære af gensidig sikkerhed med hensyn til deres fremtidige prispolitik». <sup>149</sup> Dommen viser altså at prisinformasjon som mottas i forkant av en offentlig publisering vil rammes av forbudet.

Oppsummert gir sakene et bilde av at det å dele informasjon som konkurrentene likevel kunne fått tilgang til gjennom markedet, må ansees å ha et konkurransebegrensende formål når partene mottar den hurtigere enn de kunne gjennom markedet, og når den blir gjenstand for diskusjon om konkurrentenes markedsstrategi. Dette bidrar til å fjerne usikkerhet om konkurrentenes markedsatferd, med formål å begrense konkurransen.

---

<sup>147</sup> Ibid., avsnitt 60.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid.

### 3.5.6 Priser som deles i offentligheten

Ut fra drøftelsen ovenfor om informasjon som konkurrentene kan få tilgang til på markedet, reiser spørsmålet seg om priser som deles i det offentlige rom kan rammes av kartellforbudet ved å utgjøre en samordnet opptreden.

Når det kommer til offentlig prisannonsering, kommer avgrensningen mellom samarbeid og uavhengig atferd på spissen. Som nevnt under punkt 2.3 om samordnet opptreden, er det sikker rett at konkurrenter rettmessig kan tilpasse seg andre konkurrenters atferd, så lenge det skjer uavhengig. Altså kan foretak fritt tilpasse seg konkurrentenes offentlige prisannonsering, men en koordinering av priser på et slikt grunnlag kan også være utslag av en samordning.

I *Woodpulp* delte produsenter av cellulose fremtidige priser med sine kunder og agenter.<sup>150</sup> Dette var en veletablert handelssedvane på cellulosemarkedet hvor produsentene offentliggjorde prisene for kommende kvartal i fagpressen. Den annonserte prisen kunne forhandles ned av kundene og var således ikke bindende.

Kommisjonen vurderte om prisannonseringene utgjorde en ulovlig samordning i seg selv ettersom de andre produsentene fikk anledning til å tilpasse seg før prisene ble iverksatt.<sup>151</sup> EU-domstolen konkluderte med at prisannonseringene ikke minsket foretakenes usikkerhet vedrørende konkurrentenes fremtidige markedsatferd ettersom de, på tidspunktet for prisannonseringen, ikke kunne være sikre på konkurrentenes fremtidige markedsatferd.<sup>152</sup> Prisannonseringen utgjorde med andre ord ikke en samordnet opptreden ettersom prisene som ble utvekslet ikke var bindende for produsentene, samtidig som de kunne senkes. På denne måten kunne ikke produsentene endre prisene sine etter å ha sett konkurrentenes priser, og konkurrentene ville uansett ha vanskelig for å samkjøre prisene ettersom de kunne forhandles ned av kundene.

Det kan likevel tenkes at offentlig prisannonsering kan være en invitasjon til å samordne priser. En konkurrent som besvarer en offentlig prisannonsering med konkludent atferd, vil gjennom sine handlinger bekrefte en felles forståelse.<sup>153</sup> Dette kan gjøres ved å for eksempel

---

<sup>150</sup> Forente saker C-89/85 m.fl., Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot Kommisjonen.

<sup>151</sup> Ibid.

<sup>152</sup> Ibid, avsnitt 64.

<sup>153</sup> Hjelmeng, (2021) s. 200.

offentliggjøre egne priser, eller ved å koordinere egne priser til dem som konkurrenten har offentliggjort. En slik aksept til samordning vil kunne utgjøre en samordnet opptreden eller avtale.<sup>154</sup>

En interessant sak fra Norge er et antatt samarbeid mellom de to bensinstasjonene Circle K og YX.<sup>155</sup> De to selskapene delte sin prisøkning på listepriser på drivstoff samme dag og gjennomførte også prisendringen samme dag. Prisene ble annonsert på deres nettsider og var således offentlig tilgjengelige. Partene anførte i den forbindelse at prisene hadde informasjonsverdi for kundene og at den tenkte målgruppen var media og kunder.<sup>156</sup>

Konkurransetilsynet uttalte at publisering av listepris kan være av verdi for kundene dersom de også får informasjon om når prisøkningen skal skje, men at dette ikke var tilfellet i saken.<sup>157</sup> Informasjonen hadde derfor begrenset verdi for kundene, men kunne være av stor verdi for konkurrenter da det var snakk om strategisk informasjon som kunne redusere partenes usikkerhet om fremtidig markedsatferd tilknyttet sentrale konkurranseparametere.<sup>158</sup> Det at YX oppdaterte sine priser rett i etterkant av Circle K utgjorde en fare for at publiseringen medførte en felles forståelse mellom partene.<sup>159</sup>

I motsetning til i *Woodpulp* kunne altså prisannonseringen redusere partenes usikkerhet om fremtidig markedsatferd, med formål om å begrense konkurransen. Det må antas at dette skyldes at prisene i *Woodpulp* ikke var bindende for foretakene, men det var listeprisen som bensinstasjonene la ut. Begge foretakene kunne altså være sikre på hvilken pris konkurrenten ville kreve og når prisene ville bli justert opp.

Vedtaket som ble fattet av Konkurransetilsynet var et såkalt «tilsagnsvedtak». Dette er en type vedtak som fattes etter Konkurranseloven § 12 tredje ledd, når foretakene aksepterer å endre sin atferd etter tilsynets preferanser. Tilsynet tar da ikke stilling til om det foreligger en overtredelse av konkurransebestemmelsene.

---

<sup>154</sup>Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P, *Bayer mot BAI og Kommisjonen*, avsnitt 102.

<sup>155</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2020-26, *Circle K Norge AS* av 15. oktober 2020.

<sup>156</sup> *Ibid.*, avsnitt 98.

<sup>157</sup> *Ibid.*, avsnitt 100.

<sup>158</sup> *Ibid.*, avsnitt 102.

<sup>159</sup> *Ibid.*, avsnitt 103.



Saken gir derfor kun en veiledning om synet på offentlig prissignalisering hvor et foretak følger etter et foretak som offentliggjør prisene sine, også fordi Konkurransetilsynets avgjørelser har begrenset verdi som rettskilde. Samtidig ser en i vedtaket at tilsynet vektlegger tilsvarende momenter som EU-domstolen. Et eksempel på dette er at tilsynet presiserte at det er av betydning om kundene også fikk en fordel av informasjonen som ble utvekslet.<sup>160</sup> Et annet eksempel er at det trekkes frem at informasjon om fremtidig pris er særlig konkurransesensitiv informasjon.

Ut fra vedtaket fremstår det som klart at offentlig prisannonsering har potensiale til å utgjøre grunnlaget for en samordnet opptreden. Et foretak sin prisannonsering som besvares av konkurrenter kan sees som en aksept for å samarbeide. Her kan det trekkes paralleller til denne oppgavens punkt 3.2, hvor spørsmålet om samordnet opptreden krever gjensidig informasjonsutveksling ble behandlet. Som vist til av Underretten er kravet til gjensidighet oppfylt når en konkurrent avslører sin fremtidige markedsatferd med den andres aksept.<sup>161</sup>

En offentlig prisannonsering kan med andre ord utgjøre en samordnet opptreden, dersom den medfører en koordinering med andre foretak. Det må da ansees å foreligge en indirekte kontakt mellom partene som er egnet til å redusere usikkerheten om fremtidig markedsatferd, med formål om å endre konkurransebetingelsene på markedet. Det kan dog være vanskelig å skille hva som er et utslag av parallell individuell atferd og hva som faktisk er en samordning. Det kan tenkes tilfeller hvor prisene samkjøres fordi gjennomsiktigheten på markedet er stor.

En kan da stille spørsmål ved hvilken betydning markedstypen har for om det kan ansees å foreligge en «samordnet opptreden» ved at informasjonsutvekslingen reduserer partenes usikkerhet.

### **3.5.7 Betydningen av markedstype**

Hvilken type marked det er snakk om vil påvirke hvor skadelig ulike typer informasjon kan ansees å være for konkurransen. Dersom markedet allerede er gjennomsiktig kan informasjonen som utveksles ha større verdi enn på markeder med flere tilbydere.<sup>162</sup> I *Dole*

---

<sup>160</sup> Se punkt 3.5.8.

<sup>161</sup> Forente saker T-25/95, *Cimentries CBR m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 1849.

<sup>162</sup> Kommisjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 78.

ble det slått fast av Underretten at gjennomsiktighet på markedet er en faktor som kan påvirke usikkerheten.<sup>163</sup>

I *Züchner* viste EU-domstolen til at det ved usikkerhetsvurderingen må sees til «de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dettes omfang».<sup>164</sup> Alle disse faktorene kan ha betydning for det aktuelle markeds gjennomsiktighet, som igjen vil kunne redusere partenes usikkerhet.

En av de første dommene på området som behandlet spørsmålet om informasjonsutveksling og økt gjennomsiktighet var *John Deere*.<sup>165</sup> Her var det snakk om en ordning for utveksling av opplysninger som var basert på innregistrering av landbrukstraktorer, som gjorde det mulig å fastslå den enkelte konkurrent sine salg og som inneholdt opplysninger om forhandlernes salg og import.

EU-domstolen viste til Underrettens avgjørelse, hvor det ble uttalt at gjennomsiktighet i et virkelig konkurransepreget marked prinsipielt vil skjerpe konkurransen mellom leverandørene og neppe fjerne usikkerheten med hensyn til konkurrentenes ventede markedsatferd.<sup>166</sup> Samtidig la den til grunn at det faktum at de viktigste leverandørene på markedet utvekslet detaljerte opplysninger, med korte mellomrom om innregistrerte kjøretøy og innregistreringssted, på et sterkt konsentrert oligopolisk marked hvor konkurransen allerede var sterkt svekket, sannsynligvis merkbart ville svekke konkurransen.<sup>167</sup> Opplysningenes hyppighet og systematiske karakter gjorde det også mulig for foretakene å forutse konkurrentenes atferd da usikkerheten som knyttet seg til markedets funksjon ble mindre eller fjernet.<sup>168</sup>

Det ble altså slått ned på deling av detaljert informasjon om varen som ble solgt og salgssted. Ut fra det faktum at EU-domstolen vektla at markedet var konsentrert oligopolisk kan også gi en pekepinn på at terskelen er lavere for at informasjonsutveksling i et oligopolisk marked blir ansett å begrense konkurransen. Avgjørelsen var den første som oppstilte forbud mot

---

<sup>163</sup> Sak T-588/08, *Dole Food og Dole Germany mot Kommisjonen*, avsnitt 302.

<sup>164</sup> Sak C-172/80, *Züchner mot Bayerische Vereinsbank*, avsnitt 14.

<sup>165</sup> Sak T-35/92, *John Deere mot Kommisjonen*.

<sup>166</sup> *Ibid.*, avsnitt 51.

<sup>167</sup> *Ibid.*, avsnitt 51.

<sup>168</sup> *Ibid.*, avsnitt 52.

informasjonsutveksling som gjaldt et homogent produktutvalg og som ikke omhandlet priser direkte.<sup>169</sup>

Et oligopolisk marked kan altså gjøre terskelen for å påvise en begrensning av konkurransen lavere, men det må ikke ansees som et krav at markedet er et oligopol. Dette påpekte EU-domstolen da den i en senere dom uttalte at «en informationsudvekslingsordning [kan] udgøre en tilsidesættelse af konkurrencereglerne, selv om det relevante marked ikke er et stærkt koncentreret oligopolistisk marked».<sup>170</sup>

I *Tate & Lyle*, som ble redegjort for under oppgavens punkt 3.5.5, uttalte retten at:

[Selv om] hver enkelt erhvervsdrivende på et oligopolistisk marked kan skaffe sig alle de opplysninger, som kræves efterfølgende at forstå de øvrige forretningspolitik, er usikkerheden om de øvrige erhvervsdrivendes fremtidige prispolitik ikke desto mindre den væsentligste konkurrencestimulerende faktor på et sådant marked».<sup>171</sup>

Det er altså uten betydning at foretak på et oligopolisk marked kan få informasjon om konkurrentenes forretningspolitikk gjennom markedets gjennomsiktighet. Informasjon om et foretaks fremtidige priser er likevel en av de viktigste faktorene for konkurranse. Det var nettopp den informasjonen som ble delt i saken.

I en beslutning fra Kommisjonen var konklusjonen at utveksling av «individuelle og fortrolige» opplysninger om salgsmarkedet for VVS-utstyr ikke ville ha en merkbar virkning på markedet.<sup>172</sup> Dette skyldes at markedet var langt fra gjennomsiktig, med over 3000 europeiske grossister på markedet. Til sammenligning var det snakk om åtte foretak i *John Deere* og fire i *Fettsyrebeslutningen*. Kommisjonen viste i beslutningen til at markedet ikke kunne betraktes som oligopolisk.

Hvilken markedstype det er snakk om får altså betydning for hvor konkurransesensitiv informasjonen som utveksles ansees å være, ved å redusere usikkerheten om markedsatferden.

---

<sup>169</sup> Sak T-35/92, *John Deere mot Kommisjonen*, avsnitt 51.

<sup>170</sup> Sak C-194/99P, *Thyssen Stahl mot Kommisjonen*, avsnitt 86.

<sup>171</sup> Forente saker T-202/98 m.fl., *Tate & Lyle m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 46.

<sup>172</sup> EFT 1996 C 111 s. 8.

De fleste sakene påpeker imidlertid at den økte gjennomsiktigheten vil ha en konkurransebegrensende virkning. Det er således en virkningsvurdering som må gjøres, noe som fremstår som naturlig ettersom økt gjennomsiktighet ikke, etter sin natur, kan ansees å begrense konkurransen.

### 3.5.8 Hvem har nytte av informasjonen?

I enkelte tilfeller er informasjonen som deles myntet på foretakets kunder, men ender også opp hos eller deles bevisst med konkurrentene. Et eksempel på dette er for eksempel *British Sugar* hvor det ble utarbeidet en prisoversikt som også ble delt med konkurrentene.<sup>173</sup> I andre saker deles informasjonen utelukkende med konkurrentene, for eksempel i *T-Mobile* hvor flere mobiloperatører delte opplysninger med hverandre.<sup>174</sup>

Spørsmålet er om det har noen betydning for vurderingen av om informasjonen er konkurransesensitiv, om det er flere enn konkurrentene som har nytte av den.

I *John Deere* trakk retten frem som et poeng i vurderingen av om informasjonsutvekslingen var konkurransebegrensende at opplysningene kun ble utvekslet mellom de viktigste leverandørene.<sup>175</sup> Informasjonen utgjorde derfor kun en fordel for de viktigste leverandørene ettersom den ikke ble delt med andre leverandører eller forbrukerne.<sup>176</sup>

Dette kan tolkes som at det kan være en formildende omstendighet om det er flere som kan få en fordel av informasjonen som er utvekslet, slik som forbrukere og konkurrenter utenfor kartellet.

En slik tolkning samsvarer med rettens videre uttalelse i saken hvor EU-domstolen, på bakgrunn av partenes anførsler, sammenlignet sakens faktum med faktum i *Woodpulp*.<sup>177</sup> I denne saken kom retten til at kvartalsvise prisannonseringer på cellulosemarkedet var nyttig informasjon for kjøperne, i motsetning til *John Deere* hvor det kun var kartelldeltakerne som fikk tilgang til informasjonen.<sup>178</sup> Samtidig kan uttalelsen ikke tillegges stor vekt da retten

---

<sup>173</sup> Forente saker T-202/98 m.fl., *Tate & Lyle m.fl. mot Kommisjonen*.

<sup>174</sup> Sak C-8/08, *T-mobile Netherlands m.fl. mot Kommisjonen*.

<sup>175</sup> Sak C-7/95, *John Deere mot Kommisjonen*, avsnitt 89.

<sup>176</sup> *Ibid.*, avsnitt 89.

<sup>177</sup> Sak C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot Kommisjonen*.

<sup>178</sup> Sak C-7/95, *John Deere mot Kommisjonen*, avsnitt 91.

fastslo at prisannonseringene i saken ikke i seg selv utgjorde en overtredelse av bestemmelsen.<sup>179</sup>

Hvem som kan ha nytte av informasjonen har en side mot offentlig tilgjengelig informasjon, som ble behandlet tidligere i oppgaven.<sup>180</sup> Dersom informasjonen som deles er til nytte for både forbrukere og andre foretak utenfor kartellet, er det høyst sannsynlig snakk om informasjon som offentliggjøres generelt. Dette var blant annet tilfellet i *Woodpulp*, hvor det var snakk om offentlige prisannonseringer i fagpressen.

Som presisert tidligere i oppgaven er offentlig tilgjengelig informasjon som hovedregel ikke problematisk i forhold konkurranseloven. Det fremstår derfor som usikkert om et foretak kan fritas for samordning dersom informasjonen som deles kun er i private kanaler og omfatter både konkurrenter og kunder.

En offentlig deling av informasjon kan kanskje tillates dersom også kundene har utbytte av informasjonen, men her vil en fort komme i ansvar for en samordning dersom atferden mellom konkurrentene koordineres som følge av den. Det måtte i så fall ha måtte foretas en virkningsvurdering.

### **3.5.9 Et eksempel på informasjonsutveksling, fra Konkurransetilsynet**

En dagsaktuell sak fra Norge om informasjonsutveksling ble publisert av Konkurransetilsynet den 29.11.22.<sup>181</sup> Vedtaket er ikke offentliggjort enda, noe som gjør at min redegjørelse av saken, som eksempel på informasjonsutveksling, må baseres på Konkurransetilsynets pressemelding.

Vedtaket omfatter Bokbasen AS (heretter Bokbasen), som er et dataselskap som tilbyr flere digitale abonnementer, og de fire største forlagene i Norge som også er eiere av Bokbasen. Disse ansees å ha brutt konkurranseloven § 10 første ledd ved å ha «ulovlig utvekslet

---

<sup>179</sup> Sak C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 65.

<sup>180</sup> Se denne oppgavens punkt 3.5.5.

<sup>181</sup> Konkurransetilsynet 2022.

fremtidige bokspriser og annen sensitiv informasjon gjennom et abonnement i Bokbasen».<sup>182</sup> Forlagene står for 90% av omsetningen i markedet. Ifølge pressemeldingen har «[d]elingen av konkurransesensitiv informasjon [...] gjort det lettere for forlagene å tilpasse sin egen markedsstrategi ut fra konkurrentenes planer».<sup>183</sup>

Konkurransetilsynet fastslår videre at «[i]nformasjonsutvekslingen la til rette for at forlagene kunne koordinere priser og utvalg» og at det «kan ha ført til redusert utvalg og høyere priser for forbrukerne».<sup>184</sup> Denne saken belyser altså flere av problemstillingene som er tatt opp i denne oppgaven og har således en stor verdi som eksempel på praktiseringen av konkurranseloven § 10.

I denne saken må kontaktkravet ansees som oppfylt ettersom informasjonen er utvekslet indirekte gjennom Bokbasen som tredjepart. Samtidig kan det også tenkes at kontakten kan vurderes som direkte ettersom forlagene også er eiere av Bokbasen.

Den eneste informasjonen som det er spesifisert at partene har delt, er om fremtidige priser. Som vist til tidligere i oppgaven er informasjon om fremtidige priser ansett som svært konkurransesensitiv.<sup>185</sup> Å legge inn slik informasjon i en database som konkurrentene også har tilgang til må klart ansees å kunne redusere usikkerheten om konkurrentenes markedsatferd, med formål å begrense konkurransen.

At foretakene måtte ha abonnement for å kunne dele prisinformasjonen må bety at denne informasjonen ikke var tilgjengelig for offentligheten og således kun hadde verdi for de involverte partene, noe som også kan få betydning i vurderingen.<sup>186</sup>

Dersom det foreligger en formålsbegrensning må partene, som nevnt tidligere, bevise at samordningen «ikke på nogen måte» har hatt innflytelse på egen markedsatferd, for å unnsnippe å komme i ansvar for brudd på konkurranseloven § 10 første ledd.<sup>187</sup> Det kan også tenkes at foretakene vil påberope seg bestemmelsens tredje ledd og anføre at samarbeidet har hatt effektivitetsgevinster.

---

<sup>182</sup> Ibid.

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> Ibid.

<sup>185</sup> Denne oppgavens punkt 3.5.2.

<sup>186</sup> Se oppgavens punkt 3.5.8.

<sup>187</sup> Denne oppgavens punkt 3.4.4.

Konkurransetilsynet viser til at det er få aktører på markedet. Som redegjort for tidligere i oppgaven vil dette kunne få betydning for vurderingen av den øvrige informasjonen som er delt, da terskelen er lavere for at informasjonen ansees som konkurransesensitiv i et oligopolisk marked.<sup>188</sup> Praksis fra EU viser som sagt til at et marked med fire og åtte aktører må ansees som gjennomiktig.<sup>189</sup>

Videre har Konkurransetilsynet trukket frem at foretakene ville hatt vanskelig med å skaffe seg informasjonen på andre måter og at samarbeidet har gitt dem enkel, rask og pålitelig tilgang til konkurransesensitiv informasjon. Her møter vi et av momentene fra EU-domstolens avgjørelse i *Tate & Lyle* om at foretakene kunne fått fatt i opplysningene på «en mere enkel, hurtig og direkte måte, end de hadde kunnet gjennom markedet».<sup>190</sup> Dette vil kunne få mindre betydning i vurderingen. Sånn jeg ser det får dette momentet større vekt dersom foretakene uansett kunne fått tilgang til informasjonen, noe som ikke er tilfellet i denne saken.

Som vist til under punktet om offentlig prisannonsering, vil det også være av betydning for saken om prisene som ble delt var bindende for partene eller ikke, da det vil påvirke vurderingen av om informasjonen kunne redusere usikkerheten om konkurrentenes markedsatferd.<sup>191</sup> Dersom prisene ikke er bindende vil det være vanskeligere for konkurrentene å forutse de andres markedsatferd.

Alle partene i denne saken er uenige i vedtaket. En av dem, Gyldendal ASA, har uttalt i en børsmelding at de er «fundamentalt uenige i tilsynets vurdering og vil forfølge saken videre».<sup>192</sup> Når saken tas videre er det Konkurransklagenemnda som er klageinstans.

---

<sup>188</sup> Denne oppgavens punkt 3.5.7.

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> Forente saker T-202/98 m.fl., *Tate & Lyle m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 60.

<sup>191</sup> Denne oppgavens punkt 3.5.6.

<sup>192</sup> Gyldendal ASA (2022).

## 4 Konklusjon

Generelt følger det av rettspraksis at samordnet opptreden som er ulovlig etter konkurranseloven § 10 første ledd krever kontakt, markedsatferd og årsakssammenheng mellom disse.

Etter en gjennomgang av deler av rettspraksis om informasjonsutvikling er det klart at det ikke trenger å foreligge en gjensidig informasjonsutveksling for at det skal ansees å foreligge en samordning. Videre presumeres det i formålssaker at informasjonsutvekslingen vil påvirke partenes markedsatferd. Kravet om at det må foreligge en atferd på markedet fremstår derfor som overflødig i disse sakene. Presumsjonen kan unnslippes gjennom beskjed til kartelldeltakerne på et møte eller til avsender av informasjonen, men fremstår i praksis som en blindvei, da terskelen er satt altfor høyt. For informasjonsutveksling utenfor møter kan presumsjonen også unnslippes ved blant annet å handle motsatt av informasjonen som er delt.

Informasjon som må ansees som konkurransesensitiv, ved å være egnet til å redusere usikkerheten vedrørende konkurrenters fremtidige atferd, er blant annet informasjon om fremtidige priser, produksjonskapasitet og salgs- og kjøpsmål. Det stilles ingen krav til at informasjonen om pris er direkte tilknyttet den endelige prisen som forbrukeren betaler.

Også historisk informasjon kan kategoriseres som konkurransesensitiv, som for eksempel informasjon om salgsvolum og resultater. Her må det imidlertid foretas en virkningsvurdering ettersom informasjonen ikke etter sin natur kan ansees å begrense konkurransen.

Videre fremstår det som klart at offentlig tilgjengelig informasjon kan være problematisk dersom foretakene begir seg inn på diskusjoner rundt den og at deling av priser i offentligheten kan utgjøre en «samordnet opptreden» dersom den etterfølges av konkurrenter. Denne type informasjonsutveksling må også gjennom en virkningsvurdering.

Ved vurderingen av om en type informasjon må ansees som konkurransesensitiv, må det sees til markedstype, ettersom terskelen for å at informasjonen ansees som konkurransesensitiv vil være lavere på markeder med få tilbydere.

Sånn som regelen er praktisert i dag med *Anic*-presumsjonen, står en i fare for å ramme foretak som er uten intensjon om å samarbeide. Dette kan videre medføre at foretak vegrer



seg for å utveksle informasjon som er nødvendig for å sikre en sunn konkurranse. Det fremstår også som vanskelig å finne frem til gjeldende rett ved et raskt søk på området. Selv opplevde jeg store utfordringer i begynnelsen av arbeidet fordi ulike litteratur brukte ulike terminologi og behandlet de ulike momentene som er utledet av rettspraksis ulikt.

På et område som konkurranseretten burde det vært større fokus på klarhet og tilgjengelighet. Samtidig er det snakk om uttalelige typer marked og foretak, noe som vil gjøre det vanskelig å ha faste momenter som skal dekke alle typer situasjoner. Det vil også, som på andre rettsområder, dukke opp nye problemstillinger i takt med for eksempel digitalisering. Hva som skal ansees å falle inn under begrepet «samordnet opptreden» vil derfor alltid være i endring, og det er derfor behov for en skjønnsmessig regel. En løsning kunne kanskje vært at begrepet «samordnet opptreden» ble definert i loven, hvor de viktigste momentene kom frem, eller at ensidige handlinger ble definert i loven.

I tilfellene som rammes av *Anic*-presumsjonen er det gjerne på tide at EU-domstolen utvikler reelle sikkerhetsventiler for de foretakene som ikke har hatt til intensjon å samarbeide. Som Marc Abenhaim så treffende uttalte i sin artikkel om «Public Distancing»:

«Perhaps the time has come for the Court of Justice to “publicly distance itself” from its current case law. »<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> Abeinhaim (2016) s. 427.

# Litteraturliste

## Lover og forarbeider

Konkurranseloven

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

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

## Traktater og konvensjoner

TEUV

Traktaten om den Europeiske Unions Virkeområde, engelsk tittel: Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), vedtatt 13. desember 2007, trådte i kraft 1. desember 2009, 2010 OJ C83/47

TEU

Traktaten om den Europeiske Union. Konsolideret utgave 2016 (EUT 2016/C 202/01)

EMK

Den europeiske menneskerettskonvensjon, engelsk tittel: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. november 1950, trådte i kraft 3. september 1953.

EØS-avtalen	Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde, engelsk tittel: Agreement on the European Economic Area (EEA), vedtatt 2. mai 1992, trådte i kraft 1. januar 1994, vedtatt som norsk lov ved EØS-loven av 27. november 1992 (som også trådte i kraft 1. januar 1994)
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, med protokollene 1 – 7
CFR	Charter of fundamental rights of the European union (2012/C 326/02)

#### **Avgjørelser fra EU-domstolen**

Sak C-48/69	ICI mot Kommissjonen	ECLI:EU:C:1972:70 og ECLI:EU:C:1972:32
Forente saker C-40/73 m.fl.	Suiker Unie mot Kommissjonen	ECLI:EU:C:1975:174
Sak C-172/80	Züchner mot Bayerische Vereinsbank	ECLI:EU:C:1981:178
Forente saker C-89/85 m.fl.	Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot Kommissjonen.	ECLI:EU:C:1994:12
Sak C-7/95 P	John Deere Ltd mot Kommissjonen	ECLI:EU:C:1998:256
Sak C-49/92 P	Anic Partecipazioni mot Kommissjonen	ECLI:EU:C:1999:356

Sak C-199/92 P	Hüls AG mot Kommisjonen	ECLI:EU:C:1999:358
Sak C-291/98 P	Sarrió mot Kommisjonen	ECLI:EU:C:2000:631
Sak C-194/99 P	Thyssen Stahl mot Kommisjonen	ECLI:EU:C:2003:527
Forente saker C-2/01 P og C-3/01 P	Bayer mot BAI og Kommisjonen	ECLI:EU:C:2004:2
Sak C-204/00P	Aalborg Portland mot Kommisjonen	ECLI:EU:C:2004:6
Sak C-209/07	Beef Industry Development og Barry Brothers.	ECLI:EU:C:2008:643
Sak C-510/06 P	Archer Daniels Midland mot Kommisjonen	ECLI:EU:C:2009:166
Sak C-8/08	T-Mobile m.fl.	ECLI:EU:C:2009:343 og ECLI:EU:C:2009:110
Sak C-382/12P P	MasterCard m.fl. mot Kommisjonen	ECLI:EU:C:2014:2201
Sak C-286/13 P	Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen	ECLI:EU:C:2015:184
Sak C-634/13 P	Total Marketing Services mot Kommisjonen	ECLI:EU:C:2015:614
Sak C-373/14 P	Toshiba Corporation mot Kommissionen	ECLI:EU:C:2016:26

Sak C-74/14                      Eturas m.fl. mot Kommisjonen    ECLI:EU:C:2016:42

Sak C-228/18                    Budapest Bank m.fl.                    ECLI:EU:C:2020:265

**Avgjørelser fra underretten**

Sak T-1/89                      Rhône-Poulenc SA mot  
Kommisjonen                              ECLI:EU:T:1991:56

Sak T-35/92                      John Deere mot Kommisjonen    ECLI:EU:T:1994:259

Forente saker T-25/95 m.fl.    Cimentries CBR m.fl. mot  
Kommisjonen                              ECLI:EU:T:2000:77

Forente saker T-202/98 m.fl.    Tate & Lyle m.fl. mot  
Kommisjonen                              ECLI:EU:T:2001:185

Sak T-191/98                    Atlantic Container Line m.fl.  
mot Kommisjonen                        ECLI:EU:T:2003:245

Sak T-61/99                      Adriatica di Navigazione mot  
Kommisjonen                              ECLI:EU:T:2003:335

Sak T-303/02                    Westfalen Gasssen Nederland  
mot Kommisjonen                        ECLI:EU:T:2006:374

Sak T-377/06                    Comap mot Kommisjonen            ECLI:EU:T:2011:108

Sak T-588/08                    Dole Food og Dole Germany  
mot Kommisjonen                        ECLI:EU:T:2013:188

Sak T-519/09                    Toshiba mot Kommisjonen            ECLI:EU:T:2014:263

Sak T-762/14	Philips og Philips France mot kommisjonen	ECLI:EU:T:2016:738
Sak T-762/15	Sony og Sony Electronics mot Kommisjonen	ECLI:EU:T:2019:515
Sak T-240/17	Campine og Campine Recycling mot Kommisjonen	ECLI:EU:T:2019:778
Sak T-758/14	RENV, Infineon Technologies mot Kommisjonen	ECLI:EU:T:2020:307

### **Kommisjonsavgjørelser**

Fettsyrebelutningen EFT 1987 L 3, s. 17

Eudimbeslutningen EFT 1996 C 111 s. 8

### **Øvrige EU- og EØS-rettslige kilder**

Kommisjonens horisontale retningslinjer Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler [2011] OJ C 11/1

Utkast til nye horisontale retningslinjer Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements [2022] C(2022) 1159 final

### **Avgjørelser fra Norge**

**Vedtak fra Konkurransetilsynet**

V2020-26, *Circle K Norge AS* av 15. oktober 2020

**Litteratur**

- Kolstad og Ryssdal (2007) Kolstad, Olav og Ryssdal Anders, Norsk Konkurranserett: *Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*. Universitetsforlaget 2007.
- Wish og Bailey (2021) Wish, Richard & Bailey David, *Competition Law: Tenth Edition*. Oxford University Press 2021.
- Fredriksen og Mathisen (2022) Fredriksen, Haukeland Halvard og Mathisen Gjermund, *EØS-rett: 4.utgave*. Fagbokforlaget 2022.
- Sejersted et al. (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett: 3. utgave*. Universitetsforlaget, 2011.
- Gjendemsjø (2011) Gjendemsjø, Ronny, *Oligopolproblemet - Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol*, avhandling for graden philosophiae (ph.d.), Universitetet i Bergen, 2011
- Gassler (2021) Gassler, Martin, *Information Exchange Between Competitors in EU Competition Law*, Wolters Kluwer, 2021

- Hjelmeng (2003) Hjelmeng, Erling, Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2003, Vol.116 (5), s. 648-672.
- Hjelmeng (2021) Hjelmeng, Erling, Prissignalisering og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, Tidsskrift for forretningsjus (2021) Vol. 27(2) s. 183-210.
- Albors-Llorens (2006) Albors-Llorens, Albertina, Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors, The Antitrust Bullentin: Vol. 51, No. 4/Winter 2006, s 837-876.
- Abenhaïm (2016) Abenhaïm, Marc, Public Distancing and Liability in Cartel Cases: Does Distance Lend Enchantment? World competition: 2016, Vol.39 (3), s. 413-429.
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens venner* 2004, s. 329–342.

## Nettsider

- Konkurransetilsynet (2022) Konkurransetilsynet. «545 millioner kroner i gebyr til fem aktører i bokmarkedet». <https://konkurransetilsynet.no/545-millioner->



[kroner-i-gebyr-til-fem-aktorer-i-bokmarkedet/](#) lest den 09.12.22.

Gyldendal ASA (2022)

Gyldendal ASA. «Vedtak fra Konkurransetilsynet».

<https://newsweb.oslobors.no/message/576881>

lest den 09.12.22.