

Norwegian/Widerøe – rettslige rammer for inngrepsvurderingen (og noen refleksjoner)

Prof dr. juris Erling Hjelmeng

BECCLE 21. september 2023

Oversikt

- Opprydning i inngrepstesten
 - Hva er egentlig inngrepsstandarden etter CK telecoms?
- Rettslige krav til fremtidsanalyser
- Alternativscenarioet
- Noen refleksjoner om saken

Opprydning i inngrepstesten

- To hovedformer for skadehypoteser
 - Koordinerte virkninger
 - Ikke-koordinerte virkninger
- Hva med dominans?
 - Dominans kan finnes innenfor begge skadehypoteser
 - Det omstridte spørsmålet: Konkurranseskade uten dominans?
 - Uproblematisk frem til 2016 – etter krrl. gjaldt SLC-testen
 - Usikkerhet etter EØS-harmonisering i 2016, og KT endret ikke vesentlig på policy
 - Flertallet av saker med inngrep uten konstatering av dominans

EU-retten

- Frem til 2004 en ren dominanstest
 - Dekket ensidige virkninger (single firm dominance) og koordinerte virkninger (kollektiv dominans)
- I flere saker ble Kommisjonens vedtak opphevet fordi det ikke var etablert kollektiv dominans/koordinerte virkninger
- Erkjennelse av at skadevirkninger kunne oppstå uten dominans, og ikke dekket av inngrepstesten "gap-cases"
- Reformulering av inngrepstesten:
 - Betydelig begrensning i effektiv konkurranse
 - Særlig pga etablering eller forsterkning av dominerende stilling
 - Endelig formulering resultat av et politisk kompromiss

Tre (horisontale) typetilfeller i SIEC-testen

<p>Individuell dominans = Ensidige virkninger</p>	<p>"Gap cases" = Ingen dominans men likevel ensidige skadevirkninger (non-collusive oligopolies)</p>	<p>Kollektiv dominans = Koordinerte virkninger</p>
--	--	---

"Skape eller styrke en
dominerende stilling"

Omtalt i fortalen pkt. 25:

- Special circumstances
- Eliminering av "important competitive constraints"
- Konkurrenter vil følge prisøkning
- + "betydelig"

Koordineringsbetingelser og
koordineringsmekanismer
må være tilstede

EU-domstolens avklaring i CK Telecoms

- Antatt ut fra forhistorie og uttalelser i fortalen at dominans fortsatt var det primære, og at "gap cases" bestod som en snever kategori
 - Jf. fortalen pkt. 25 "special circumstances"
 - Underretten la dette til grunn
 - I så fall paradoksalt at KT kun har avgjort én sak på dominans
- EU-domstolen:
 - Ordlyd og ikke fortale avgjørende
 - GAP-kategorien ikke så begrenset som fortalen indikerer
 - Tydelig uttrykk for at SIEC kan etableres uten dominans
 - Konsekvens: Konkurransemyndighetene kan etablere inngrepsgrunnlag uten å etablere dominans
 - Men hva er egentlig testen?

Avklarer EUD SIEC-testen utenfor dominans?

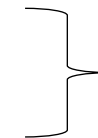
- Underretten la til grunn kravene oppstilt i fortalen pkt. 25
- EU-domstolen la til grunn at SIEC berodde på en samlet vurdering av flere faktorer – slik Kommisjonen har fremstilt det i 2004-retningslinjene
- Men liten veiledning om hva "betydelig" egentlig betyr
 - HR i Schibsted/Nettbil: betydelig er i alle fall ikke negasjonen av ubetydelig
- Trend: Fokus på konkurransenærhet
 - Bekreftes av utkast til retningslinjer om avgrensningen av det relevante markedet
- Holdepunkt: Ikke meningen å senke inngrepsterskelen i 2004
 - Indikerer konkurranseskade sammenlignbar med dominans

Fremtidsanalyser

- Kravet i både norsk rett og EU-retten er sannsynlighetsovervekt
 - EUD i CK Telecoms og HR i Schibsted/Nettbil
- Norsk rett: Krav til "forsvarlighet" for fremtidsprognoser
- CK Telecoms:
 - "prospective analysis falls within the margin of discretion with regard to economic matters which is available to the Commission for the purposes of applying the substantive rules of Regulation No 139/2004" (p. 84)
- Men likevel omfattende prøving

Alternativscenarier

- Vurdering av foretakssammenslutninger alltid en sammenligning av "future with" og "future without"
- Usikkerhet på to fronter
- Mest sannsynlig scenario må legges til grunn
 - HR i Schibsted/Nettbil
- Som oftest: Status quo
 - Men mange eksempler på det motsatte
 - Telia/Tele 2 (Tele 2 ville kjøpt ICE)
 - Coop/ICA (ICA ville fortsatt med innkjøpssamarbeid)



Vanskelig å si at noen av disse var sannsynliggjort

Refleksjoner

- 3 til 2, men på hvilket marked?
 - Nett/kortbane, rute, bakketjenester?
 - Neppe dominans med forbehold for kortbane
- I dagens situasjon (statisk) begrenset overlapp mht. ruter
- På sikt vil partene spise seg inn på hverandre?
 - Krav om sannsynlighetsovervekt
- Widerøes fremtidsutsikter?
 - Igjen krav om sannsynlighetsovervekt (bevisbyrde på KT for at fortsetter som bærekraftig selskap/at WF vil vokse)

Refleksjoner – avhjelpende tiltak

- Avhjelpende tiltak må svare ut konkurransemessige bekymringer
 - Ikke definert, og i alle fall ingen helt tydelige
- Atferdstiltak i alle fall temmelig uaktuelt
- Hva kan evt. selges? (Og hvilken skadehypotese forutsetter det?)
 - Spin-off selskap kortbane?
 - Kortbaneteknologi? (Jf. ESA-sak)
 - Bakketjenester?
 - Landingsrettigheter?
 - Fly? (lett tilgjengelig i markedet)