

NHH



# BØR NORWEGIAN FÅ KJØPE WIDERØE?

Lars Sørgard\*

Norges Handelshøyskole og BECCLE

\*Disclaimer: Jeg var konkurransedirektør 2016-22, men har ingen bindinger i denne saken verken til Konkurransetilsynet eller partene

# Bakgrunn

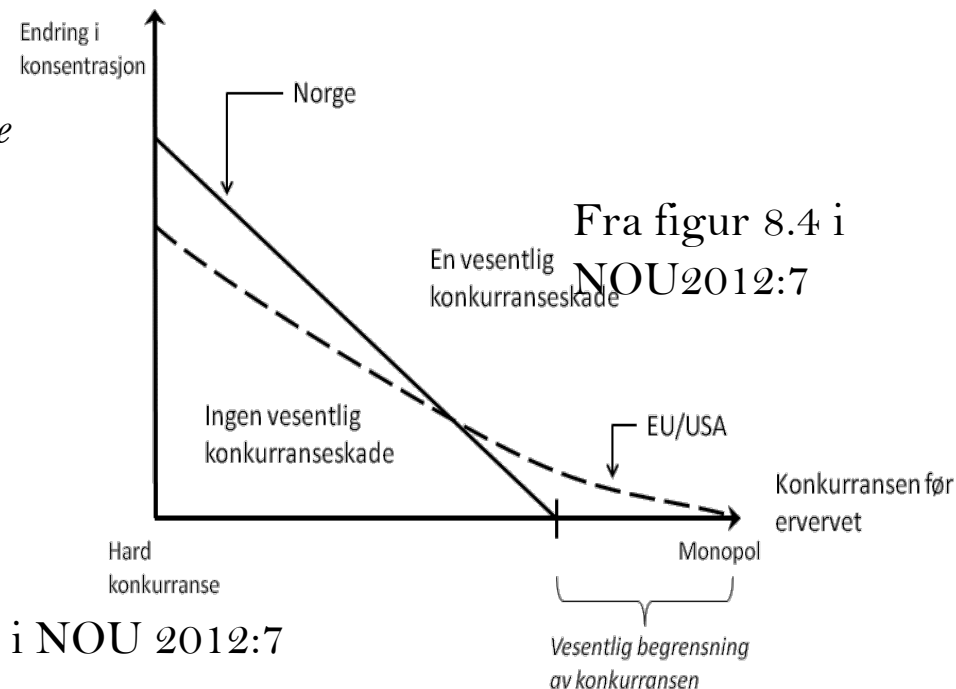
- Norwegian avtale om kjøp av Widerøe for omlag 1,1 MRD kroner
- Oppkjøpet meldt til Konkurransetilsynet den 11. august
  - Varsel (25d) sendt 15.09
  - Frist for 70d varsel 17. november
- Konkret vurdering for å avgjøre om det skal gripes inn eller ikke
- Vi har ikke tilgang til detaljert informasjon, så har ikke grunnlag for å ta stilling
- I stedet foretar vi en mer prinsipiell vurdering av den type oppkjøp, som vil gjelde ut over denne saken

# Endret inngrepsterskel i Norge

- Harmonisert med EU i 2016 med overgang til SIEC-test
- Iht til NOU 2012:7 to mulige endringer, men *'skal ikke overdrives'* (side 108)
  - Terskel økt for oppkjøp av liten
  - Terskel senket for inngrep i oligopolmarkeder
- NOU 2012:7: *'Ulikheten .. et fenomen i lovteksten'* (side 109)

NOU 2012:7 side 107:

*'Etter endringen [i 2004] fremgår det nå både av fortalen til fusjonsforordningen og av Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner at det kan gripes inn mot både koordinerte og ikke-koordinerte effekter. Dette betyr at formuleringen om dominerende stilling i praksis har liten betydning'*



Disclaimer: Erling (leder) og Lars (medlem) i NOU 2012:7

# Økonomisk betydning av dominanskriteriet

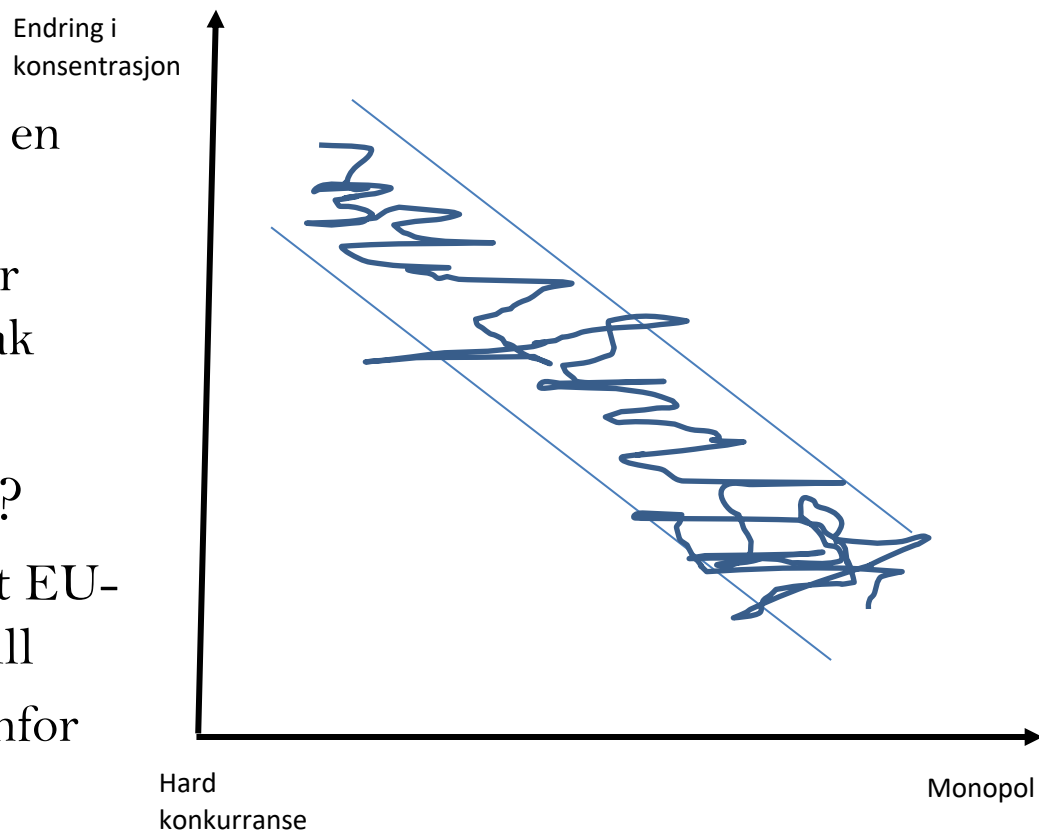
- Dominans lite fremtredende i NOU 2012:7, og ikke noe i Prop. 37L som tyder på store endringer
  - *‘Departementet legger, som høringsinstansene, til grunn at det å endre § 16 første ledd fra en SLC test til en SIEC test, ikke er ment å få betydning verken for antall inngrep, eller for hvilke foretakssammenslutninger det gripes inn mot.’* (side 56)
  - Lite som i 2016 ga indikasjon om at dominans med ett ville være det sentrale, og ingen signaler om betydelig endring i inngrepsterskelen
- Økonomisk er dominanselementene inne i analysen allerede
  - Etableringshindringer, potensiell konkurranse og kjøpermakt er faktorer i den tradisjonelle analysen
  - Det kombinert med markedsandeler gir dermed lite nytt når en skal gå til en dominansvurdering
- Men ut fra juridiske betraktninger kan det være grunn til å bevise dominans (i de saker det er aktuelt)
  - Men få slike saker, da sjelden en vil ønske å foreslå en fusjon med eller til dominans (avskrekket)?

# UK Telecoms – bekrefter EU-komm. praksis

- General Court (GC) kritiserte EU-kommisjonen, og implikasjonen ville vært en betydelig høyere terskel
- ECJ overprøvde GC, og ga støtte til EU-kommisjonen sin tilnærming
  - GAP-saker fortsatt aktuelle
  - Nære konkurrenter og konkurransepress skal tolkes langt på vei slik EU-kommisjonen gjør det
  - Ikke presumsjon om at en fusjon fører til effektivitetsgevinster
- Støtte til EU-Kommisjonens retningslinjer fra 2004
  - Dominanstillaget i ordlyden tonet ned, og det viktige er skillet mellom koordinerte og ikke-koordinerte effekter
  - Kan gripe inn i oligopolmarkeder (GAP) også på grunnlag av ikke-koordinerte virkninger
  - Taler for at tilsynet fortsatt følger EU-kommisjonens praksis

# Terskelen en usikker 'glideskala'

- Desto mindre konkurranse i utgangspunktet, desto mindre skal til for å gripe inn
- Men usikkerhet
  - Kan i praksis ikke sette en nøyaktig grense
  - Konkret vurdering hvor terskelen skal gå i en sak
- Bør da ta hensyn til erfaringer fra tidligere?
  - Flere studier antyder at EU-Kommisjonen er for snill
  - Bør være strenge, innenfor handlingsrommet?



# Økonoms perspektiv:

## Bør ikke leite bare i lyset under lyktestolpen?

- Viktig med konkret dokumentasjon
  - Naturlig, da det ikke skal være spekulasjoner
  - Status quo som det naturlige utgangspunkt for situasjon uten oppkjøpet (jf Erling)
- Men det blir fort sterkt fokus på dagens situasjon
  - Eks.: Nedleggelse Bergen-Tromsø rute?
- Mister av syne det fremtidige?
  - Større usikkerhet om det som skjer frem i tid
  - Men *usikkerhet* dårlig argument for å ikke legge vekt på det
    - Særlig ikke hvis det i *forventning* er stor skade



# Økonoms perspektiv:

## Terskelen gir systematiske skjevheter?

- 'Balance of Probabilities' (BoP):
  - Skal kun se på det mest sannsynlige alternativet
- 'Balance of Harm' (BoH):
  - Skal avveie flere mulige alternativer



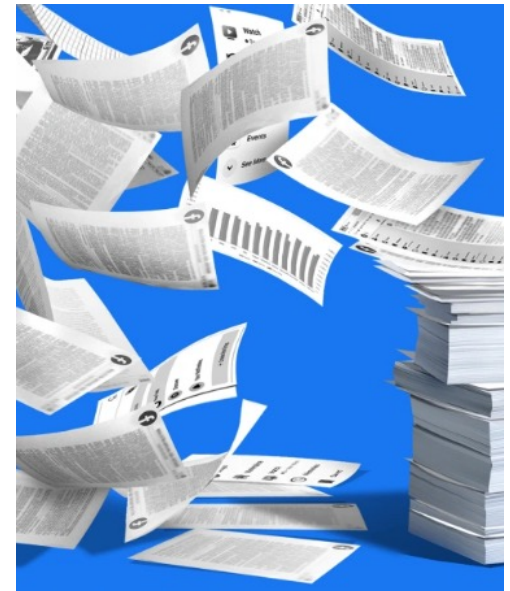
	Sannsynlighet	Gevinst	Veid gevinst
Utfall A	60%	+10	+10
Utfall B	40%	-50	-14

- Uheldig for strukturen på lang sikt med BoP?
  - Over tid vil vi systematisk se bort fra de verste utfallene, såfremt de er mindre sannsynlig?
  - Men i sum kan det føre til økt konsentrasjon i en rekke markeder?
    - Eks. over: I 4 av 10 tilfeller går det i feil retning
    - Jf. 'killer acquisition': Eksempel på utfall B over her?



# Interne dokumenter – lang sikt

- I flere land økt fokus på interne dokumenter som kaster lys over motivet med et oppkjøp
  - Eks.: Nevnt som viktig der digitale plattformer kjøper opp små utfordrere
- Hva skjer på lang sikt hvis interne dokumenter sees på som viktig?
  - Er *fravær* av interne dokumenter med ‘smoking gun’ et godt bevis?
  - Bedrifter tar diskusjoner i større grad muntlig?



# Widerøe vs Norwegian

- Setter på spissen enkelte stridstema som er berørt i CK Telecoms
  - Ingen presumsjon om effektivitetsgevinst, må dokumenteres av partene
  - Kan betrakte om de er nære konkurrenter, langt på vei slik kommisjonen (og tilsynet) har praktisert
  - Kan drøfte konkurranseskade, uten å måtte vise dominans (oligopolmarked)
- Men setter og på spissen tema nevnt over?
  - Mest sannsynlige utfallet?
  - Vet mye om nåtiden, men hva med fremtidig konkurranse?
  - Interne dokumenter som bevis på fravær av skade?

# Effektivitetsgevinst?

- Det relevante er det som kommer forbrukerne til gode
  - Eks.: Ikke besparelser av faste kostnader
- Partene viser til bl.a. bedre rutetilbud:
  - *‘Widerøes omfattende regionale rutenett og Norwegians nasjonale og internasjonale ruter knyttes tettere sammen, slik at kundene kan reise sømløst i begge nettverkene’*
- Men hva får de til, ut over dagens samarbeide?
  - Relativt ny avtale om bl.a. interlining billetter
- Det som er bra for Norwegian+Widerøe er ikke nødvendigvis bra for kundene?
  - Når de skreddersys for DY+WF, kan det bli dårligere tilpasset andre flyselskaper?
  - Kanskje Widerøe alene vil ha mer incentiver til å gi det best mulige tilbudet, tilpasset alle flyselskaper?

# Nære konkurrenter?

- Norske stamrutenettet få aktører, argument for at lite skal til for å gripe inn? (jf glideskala)
  - Men tilsynet har sagt at *‘SAS og Norwegian frem til koronapandemien konkurrerte på en måte som har vært gunstig for oss flypassasjerer’*.
- Relativt få direkteruter med overlapp
  - Få i Norge
  - Noen til utlandet, men der hardere konkurranse?
  - Rettspraksis: Direkteruter naturlig å fokusere på
- Men samtidig et spørsmål om mer overordnet konkurranseflate
  - Eks.: Reiser mellom Sør- og Nord-Norge med ingen eller ett stopp underveis
  - Mulig ut fra rettspraksis, men konkret vurdering om de også skal hensyntas i analysen av overlapp

# Dagens situasjon vs fremtiden

- Grunnleggende problem:
  - Mye kunnskap om dagen i dag, usikkerhet om fremtiden
- Gjelder på flere nivåer:
  - Hva vet vi om fremtidig ruteopplegg hvis ikke oppkjøp?
  - Interne dokumenter viser muligens lite, men hva betyr det?
  - Hva skjer med selskapet hvis ikke dette oppkjøpet realiseres?
- Usikkerheten stor om fremtiden
  - Hvis ikke oppkjøp, kan bli brohode for konkurrent inn i det norske markedet?
  - I hvor stor grad mulig å ta inn i analysen en slik mulig endring i potensiell konkurranse?
  - Bør telle at skade i forventning kan bli stor, selv om det er usikkerhet?

# Potensiale for avhjelpende tiltak?

- Sannsynlig at eventuell skade knyttet til horisontalt overlapp
- I så fall mest aktuelt med strukturelle tiltak
  - Eks.: Selge ut deler av virksomheten
  - Kan godtas hvis det hindrer varig endring i struktur
- Men hvor godt virkemiddel er det i denne situasjonen?
  - Å gi bort slots (landingsrettigheter) kan ha null effekt på lang sikt, særlig hvis det er god tilgang på slots
- Det beste for en ny aktør er å overta hele Widerøe, og hvordan kan salg av noe være tilstrekkelig?
  - Skal ikke fullt ut gjenopprette før situasjonen, men hvordan sikre at det blir tilstrekkelig konkurranse?

# Avsluttende kommentarer

- Konkret vurdering, så kan ikke si ut fra det lille vi vet om det bør gripes inn mot oppkjøpet
- Men uansett vil den aktualisere en rekke momenter
  - CK Telekoms avklaringene vil ha betydning, bl.a. for hvordan effektivitetsgevinster skal håndteres
  - I hvor stor grad er det mulig å ta inn i analysen den fremtidige konkurransesituasjonen?
- Fusjonskontroll er strukturkontroll
  - Hensikten er å sikre den fremtidige konkurransen
  - Unngå en langsiktig utvikling som svekker konkurransen