

BECCLE

BERGEN CENTER FOR COMPETITION LAW AND ECONOMICS

Fusjonskontroll og arbeidsmarkedet

Ronny Gjendemsjø

BECCLE-seminar 03. oktober 2024

www.beccle.no
post@beccle.uib.no

UNIVERSITY OF BERGEN



NHH



Innledning

- Kan en konkurransebegrensning på arbeidsmarkedet være grunnlag for inngrep mot en foretakssammenslutning?
 - Forutsatt at terskelen om i betydelig grad å hindre konkurransen er oppfylt.
- Eller må det også påvises en negativ virkning nedstrøms (for forbrukerne)?
- Dersom en negativ effekt på arbeidsmarkedet kan være inngrepsgrunnlag, kan da positive effekter for forbrukerne oppveie for denne effekten (effektivitetsgevinst)?

Bakgrunn

- **Amerikansk rett**
- Clayton act § 7
- En foretakssammenslutning kan forbys når “in **any line of commerce** or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.”
- **2023-retningslinjene:** «any line of commerce» brukes som grunnlag for å kunne stanse fusjoner basert på negative virkninger på arbeidsmarkedet

«Where a merger between employers may substantially lessen competition for workers, that reduction in labor market competition may lower wages or slow wage growth, worsen benefits or working conditions, or result in other degradations of workplace quality»

- Og positive virkninger nedstrøms kan ikke oppveie for en negativ effekt på arbeidsmarkedet:

“If the merger may substantially lessen competition or tend to create a monopoly in upstream markets, that loss of competition is not offset by purported benefits in a separate downstream product market.”

Innledning

- Det må tas stilling til om det gjelder en forbrukervelferdsstandard i fusjonskontrollen
 - Dersom ja → Er dette til hinder for å gripe inn basert på en skade oppstrøms i arbeidsmarkedet
 - Altså, er det et krav om en negativ effekt på forbrukervelferden?
- Klart at en negativ effekt på forbrukervelferden **kan begrunne** inngrep mot en foretakssammenslutning
 - *forutsatt at effekten oppfyller SIEC-standarden
- Men **er det et krav** om en negativ virkning for forbrukerne?
 - Eller er dette et av flere mulige inngrepsgrunnlag?

Forbrukervelferdsstandarden i EU

- Kommisjonen anser forbrukervelferd som formålet med konkurransereglene
 - Uttrykkes i retningslinjene
- EU-domstolene har ikke uttrykkelig omfavnet forbrukervelferdsstandarden i sin praksis
 - Eller har EU-domstolen omfavnet forbrukervelferdsstandarden i C-377/20, Servizio?

Uttrykk for forbrukervelferdsstandard i Kommisjonenes retningslinjer

- Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger
 - Bruker ikke uttrykket forbrukervelferd
 - Men se avsnitt 79 om effektivitetsgevinster og fotnote 105 som angir en forbrukervelferdsstandard for vurdering av effektivitetsgevinster
 - Alle skadehypoteser er basert på en forbrukervelferdsstandard
 - Avsnittene 61 til 63 krever tilsynelatende skade for forbrukerne for å gripe inn mot kjøpermakt
- Kommisjonens utkast til nye 102-retningslinjer
 - Avsnitt 5: «Article 102 TFEU applies to all practices by dominant undertakings which may directly or indirectly harm the welfare of consumers»
- Se også 2009-veiledningen til art 102 (19), retningslinjene for art 101 tredje ledd (13) og (33) og 2023-retningslinjene for horisontalt samarbeid (9)

Rettspraksis og velferdsstandard

- EU-domstolen har tradisjonelt vist til at
- *“there does not need to be a direct link between that practice and consumer prices”*
- *“it is not necessary that final consumers be deprived of the advantages of effective competition”*
 - Se bl.a. C-8/08, T-Mobile, avsnitt 38, sak T-172/21, Valve, avsnitt 212 og sak C-377/20, Forente saker C-501, 513, 515, 519/06, GlaxoSmithKline, avsnitt 63
- Ikke grunnlag i rettspraksis for å si at det må påvises en negativ effekt for forbrukerne
- Viktig å understreke at rettspraksis først og fremst kun utelukker et krav om å påvise en forbrukerskade
 - Den sier ikke klart at en skade oppstrøms er tilstrekkelig

Rettspraksis og velferdsstandard

- **Annerledes i C-377/20, Servizio?**
- (44): «the purpose of Article 102 TFEU more specifically is, according to settled case-law, to prevent conduct of an undertaking in a dominant position that has the effect, **to the detriment of consumers**, of hindering, ..., maintenance of the degree of competition existing in the market or the growth of that competition»
- (46): «It follows that, ..., the well-being of both intermediary and final consumers must be regarded as **the ultimate objective** warranting the intervention of competition law»
 - Uttalt i forbindelse med effektivitetsgevinster
- (48): «in order to establish whether a practice constitutes abuse of a dominant position, it is **sufficient for a competition authority to prove that that practice is capable of impairing an effective competition structure on the relevant market**, unless the dominant undertaking concerned shows that the exclusionary effects that could result from the practice at issue are **counterbalanced or even outweighed by positive effects for consumers**»

Rettspraksis og velferdsstandard

- Utgjør Servizio en retningsendring?
 - Sier at forbrukervelferd er det ultimate målet for artikkel 102
 - Først og fremst en begrunnelse for at effektivitetsgevinster kan oppveie for negativ effekt på konkurransen
 - Se avsnitt 48
 - Gjenstår å se om Servizio faktisk er en aksept av forbrukervelferdsstandard og hvilken betydning det i så fall vi ha
- Kommisjonen bruker dommen som grunnlag for en velferdsstandard i utkast til nye Art 102-retningslinjer
- I ECN Policy Brief mai 2024 hevdes det at rettspraksis viser at det kan gripes inn mot kjøpermakt

Fusjonsforordningen

- EUMR art 2 – SIEC-testen
 - «significantly impede effective competition (SIEC), in particular as a result of the creation of dominant position»
 - SIEC-testen i seg selv skiller ikke mellom oppstrøms- og nedstrømskade
 - according to Art. 2 (1)(a), the Commission shall take into account “the need to maintain and develop effective competition within the common market in view of, among other things, **the structure of all the markets concerned ...**”
 - Og
 - Art 2(1)(b) “the alternatives available to suppliers and users, their access to supplies or markets”, in addition to the interest of consumers
- Forordningens ordlyd skiller ikke mellom skade oppstrøms og nedstrøms
- Tvert i mot minner den om «any line of commerce» formuleringen i USA som er det rettslige grunnlaget for inngrep mot skade på arbeidsmarkedet der

Kommisjonens praksis

- Ingen saker i EU om arbeidsmarkedet
- Noen saker fra Kommisjonen om kjøpermakt
- Rewe/Meinl
 - Kommisjonen identifiserte dominerende stilling oppstrøm
- Kesko/Tuko
 - Økt kjøpermakt forsterket dominansen nedstrøms
- Carrefour/Promodes
 - Kun tilgjengelig på fransk
 - Etter mine beste antagelser lik som Rewe/Meinl
- SüdFleisch
 - Kommisjonen undersøkte kjøpermakt – fant ikke en fare for ensidig prisreduksjon
- Kommisjonen har ansett kjøpermakt som en selvstendig skadehypotese

Kommisjonenes retningslinjer

- Om kjøpermakt (61 til 63):
- «On the one hand, a merger that creates or strengthens the market power of a buyer may significantly impede effective competition, in particular by creating or strengthening a dominant position”
- “This may, in turn, lead it also to lower its level of output in the final product market, and thus harm consumer welfare”
- “In order to assess whether a merger would significantly impede effective competition by creating or strengthening buyer power, an analysis of the competitive conditions in **upstream markets and an evaluation of the possible positive and negative effects described above are therefore required**”
- Indikerer at virkningene også nedstrøms må undersøkes
- Retningslinjene er ikke bindene, men kan binde Kommisjonen
 - Se f.eks. Sak C-376/20, CK Telecoms, ECLI:EU:C:2023:561, avsnitt 123

Oppsummering

- Kommisjonens vurdering av kjøpermakt i eldre praksis indikerer at en negativ effekt på arbeidsmarkedet kan være relevant (i form av kjøpermakt)
- Kommisjonens retningslinjer indikerer at det kreves skade for forbrukerne
- Rettspraksis er uklar etter dommen Servizio
- Svaret er ikke klart – men det kan i alle fall ikke utelukkes at en negativ effekt på arbeidsmarkedet kan begrunne inngrep etter EU-retten
 - Før Servizio ville svaret klart vært at en negativ virkning oppstrøms kan begrunne inngrep

Effektivitetsgevinster

- Forutsatt at negative virkninger på arbeidsmarkedet kan begrunne inngrep, kan i så fall positive effekter for forbrukerne oppveie for negative virkninger på arbeidsmarkedet?
 - Lavere lønninger og lavere priser
- Rettslig grunnlag for å skille virkningene på arbeidsmarkedet fra virkningene nedstrøms?
 - Sak C-382/12, Mastercard, avsnitt 242
 - «Thus, where, as in the present case, restrictive effects have been found on only one market of a two-sided system, the advantages flowing from the restrictive measure on a separate but connected market also associated with that system cannot, in themselves, be of such a character as to compensate for the disadvantages resulting from that measure ..., where the consumers on those markets are not substantially the same”
- Kan arbeidsmarkedet anses som et separate marked?
 - Eller er det bare input?

Annerledes i norsk rett?

- Konkurranseloven § 1

“Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Ved anvendelse av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser»

- Prp. 37 L. om endringene i § 16
 - S. 56: konsumentvelferdsstandard
 - men begrenset til effektivitetsforsvaret?
 - Begrunnet i hensynet til harmonisering
 - Veier Harmonisering tyngre enn formålet om forbrukervelferd?
- Harmonisering > velferdsstandard?

Annerledes i norsk rett?

- Konkurranseloven § 3
- “Loven gjelder ikke for arbeids- og ansettelsesvilkår»
- Forarbeidene er klare på at det er avtaler om arbeids- og ansettelsesvilkår som omfattes av unntaket
- Ot.prp. Nr. 6 (03-04), s. 221
- NOU 2003: 12, s. 63