

UiO : **Det juridiske fakultet**

Informasjonsutveksling som formålsovertredelse av konkurranseloven § 10

Kandidatnummer: 547

Leveringsfrist: 25. april 2022

Antall ord: 17360



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskilder og metode	2
1.3	Videre fremstilling	3
2	INFORMASJONSUTVEKSLING OG SAMARBEIDSKRITERIET	5
3	PRESENTASJON AV FORMÅLSALTERNATIVET	9
3.1	Innledning	9
3.2	Formålsalternativets bakgrunn og begrunnelse.....	9
3.3	De generelle kriteriene for formålsvurderingen	12
3.4	Oppsummering	16
4	INFORMASJONSUTVEKSLING SOM UNDERSTØTTER ET KARTELL.....	17
5	ANDRE TYPER INFORMASJONSUTVEKSLINGER SOM UTGJØR ETABLERTE FORMÅLSBEGRENSNINGER.....	21
5.1	Innledning	21
5.2	Opplysninger med direkte eller indirekte betydning for pris	22
5.2.1	Privat informasjonsutveksling	22
5.2.2	Offentlig informasjonsutveksling	29
5.3	Opplysninger om mengde	32
5.4	Opplysninger om andre sentrale konkurranseparametere	33
5.5	Oppsummering.....	38
6	FORMÅLSALTERNATIVETS NEDRE GRENSE.....	40
6.1	Innledning	40
6.2	Kan andre typer informasjonsutvekslinger fremstå som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål?	41
6.3	Informasjonsutvekslinger som er vurdert under virkningsalternativet	45
6.4	Oppsummering.....	47
7	KAN RETTSLIG OG ØKONOMISK KONTEKST TILBAKEVISE INFORMASJONSUTVEKSLINGENS KONKURRANSEBEGRENSENDE FORMÅL?.....	48
7.1	Innledning	48

7.2	Rettslige utgangspunkter.....	48
7.3	Forholdet mellom kontekstvurderingens intensitet og erfaringsgrunnlag for konkurranseskade.....	49
7.4	Oppsummering.....	54
8	AVSLUTNING.....	56
	LITTERATURLISTE.....	58

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er formålsalternativet i konkurranseloven (krll.) § 10 (1) anvendt på konkurrentsamarbeid i form av informasjonsutveksling. Med «informasjonsutveksling» menes både ensidig og gjensidig deling av opplysninger direkte mellom konkurrenter, og indirekte gjennom en felles formidler eller tredjemann.¹ Avhandlingens hovedproblemstilling er når informasjonsutveksling må anses for å ha et konkurransebegrensende «formål» etter § 10 (1).

Konkurranseloven § 10 (1) forbyr atferd i form av «avtale», «beslutning» eller «samordnet opptreden» (samarbeidskriteriet) mellom «foretak» (foretakskriteriet) som har til «formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen» (konkurransebegrensningskriteriet). I tillegg gjelder et ulovfestet krav om at atferden må begrense konkurransen merkbart (merkbarhetskriteriet).² Anvendelsen av formålsalternativet på informasjonsutveksling kan best forstås dersom det først knyttes noen bemerkninger til samarbeidskriteriet. På denne bakgrunn vil forholdet til samarbeidskriteriet behandles kort. Foretakskriteriet og merkbarhetskriteriet vil ikke bli behandlet i avhandlingen.

Bestemmelsen oppstiller en forbudsregel, som pålegger foretak å selv vurdere lovligheten av egen atferd. Konkurransebegrensningskriteriet angir to alternative vilkår. For det første rammes atferd som har til «formål» «å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». Derneft rammes atferd som har en slik faktisk «virkning». Informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan etter omstendighetene utgjøre enten en formåls- eller en virkningsovertredelse. Valg av alternativ beror på blant annet informasjonsutvekslingens alvorlighetsgrad.

Formålsalternativet rammer atferd som er «tilstrekkelig skadelig» for konkurransen til at konkurransebegrensende virkninger ikke må påvises.³ Vurderingen foretas i to trinn. Det må først tas stilling til om atferden har et konkurransebegrensende formål «etter sitt innhold eller sin art».⁴ Dersom dette er tilfellet undersøkes om samarbeidet likevel ikke er «tilstrekkelig skadelig» i lys av «den økonomiske og rettslige sammenhengen» som samarbeidet inngår i.⁵ Dersom formålsalternativet ikke får anvendelse, må det etter virkningsalternativet undersøkes om det kan måles eller forventes konkurranseskadelige virkninger som følge av samarbeidet.⁶

¹ ESAs retningslinjer avsnitt 55.

² Rt. 2012 s. 1556 *Gran & Ekran* avsnitt 31.

³ HR-2017-1229-A avsnitt 39.

⁴ HR-2021-1086-A avsnitt 63.

⁵ HR-2021-1086-A avsnitt 63.

⁶ Odudu (2006) s. 98.

I EU-retten har de fleste saker om informasjonsutveksling blitt vurdert under virkningsalternativet.⁷ EU-kommisjonen har lagt til grunn at informasjonsutveksling kan virke både positivt og negativt på konkurransen, og at det konkurransemessige resultatet avhenger av kjennetegnene ved markedet den skjer i og hva slags informasjon som utveksles.⁸ Tilgang til relevant informasjon vil ofte være en nødvendig betingelse for et foretaks konkurranseevne. Samtidig kan utveksling av visse typer konkurransesensitive opplysninger legge til rette for konkurranseskadelig samordning.⁹ Det finnes eksempler både i EU-retten og norsk rett hvor informasjonsutveksling er blitt vurdert under formålsalternativet. Formålsalternativets anvendelse på informasjonsutveksling bør likevel praktiseres med forsiktighet, fordi det ellers kan oppstå en risiko for at nøytrale eller konkurransefremmende informasjonsutvekslinger avskrekkes og forbyes.

Avhandlingens tema er å foreta en undersøkelse og vurdering av hvilke faktorer som etter rettspraksis er avgjørende for å trekke opp grensen for når informasjonsutveksling mellom konkurrenter har til «formål» å begrense konkurransen etter krrl. § 10 (1).

1.2 Rettskilder og metode

Avhandlingen drøfter når informasjonsutveksling mellom konkurrenter har til «formål» å begrense konkurransen etter *gjeldende rett*. Metoden som benyttes vil derfor være alminnelig rettsdogmatisk metode. Avhandlingens tema tilhører konkurranseretten, hvor to metodiske poenger gjør seg spesielt gjeldende.

For det første preges norsk konkurranserett av at deler av regelverket utgjør en frivillig harmonisering av tilsvarende regler i EØS-avtalen.¹⁰ Konkurranseloven § 10 har sitt motstykke i EØS-avtalen artikkel 53 som igjen tilsvarende Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 101.¹¹ Harmoniseringen betinger at rettskilder tilknyttet EØS-avtalen artikkel 53 og TEUV artikkel 101 er relevante, og Høyesterett har slått fast at praksis fra EU-domstolen, Underretten og EFTA-domstolen, skal «veie tungt» ved tolkningen og anvendelsen av krrl. § 10.¹² For å besvare avhandlingens hovedproblemstilling er følgelig vedtaks- og rettspraksis fra EU- og EØS-retten sentrale rettskilder.

⁷ Jones (2019) s. 681.

⁸ EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 57-58. Tilsvarende følger av ESAs retningslinjer avsnitt 57-58.

⁹ EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 57-58.

¹⁰ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 57.

¹¹ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 224.

¹² HR-2021-1086-A avsnitt 53.

I avhandlingen vil det også vies plass til andre rettskilder tilknyttet EU-retten, herunder EU-kommisjonens og EFTAs overvåkningsorgans (ESA) retningslinjer for anvendelsen av hhv. TEUV artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53 på horisontalt samarbeid. Retningslinjene inneholder egne kapitler om informasjonsutveksling.¹³

EU- og EØS-rettens betydning for avhandlingens tema styrkes av at temaet i liten grad er behandlet i norsk vedtaks- og rettspraksis. Den generelle forståelsen av formålsalternativet har blitt vurdert av Høyesterett, men ikke spørsmålet om når et rent tilfelle av informasjonsutveksling omfattes av formålsalternativet i krrl. § 10 (1). I 2021 avsa imidlertid Høyesterett en avgjørelse hvor informasjonsutveksling inngikk som del av et konkurrentsamarbeid som samlet ble ansett for å utgjøre en formålsovertredelse.¹⁴ Avgjørelsen er en sentral rettskilde for undersøkelsen av avhandlingens tema. Videre vil Konkurransetilsynets avgjørelser utgjøre en relevant rettskilde. Konkurransetilsynet anvender som vedtaksmyndighet den rettsforståelsen som følger av EU-, EFTA-domstolen og Høyesterett.

For det andre er konkurranseretten et rettsområde med innslag av økonomisk teori. Konkurranseloven § 1 angir at lovens formål er å «fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser». Lover som har til formål å fremme samfunnsøkonomisk effektivitet, betinger at økonomiske hensyn som et utgangspunkt vil være relevant ved tolkningen av lovens bestemmelser.¹⁵ Hvorvidt en informasjonsutveksling begrenser konkurransen, er følgelig et rettslig spørsmål som må vurderes på bakgrunn av økonomiske betraktninger.¹⁶

1.3 Videre fremstilling

I fremstillingen vil det i kapittel 2 gis en presentasjon av informasjonsutveksling som foretakssamarbeid, hvor det også kort redegjøres for forholdet til samarbeidskriteriet. Deretter vil formålsalternativet bli presentert i kapittel 3. Her vil vilkårets begrunnelse, generelle vurderingskriterier og dets virkninger presenteres. Videre behandles formålsalternativets anvendelse på informasjonsutveksling. Som sagt foretas vurderingen i to trinn. Anvendelsen av det første trinnet vil utgjøre avhandlingens hoveddel. I første trinn undersøkes hvilke tilfeller av informasjonsutveksling som fremstår som «tilstrekkelig skadelig» etter sitt innhold eller sin art. Tilfellene deles inn i tre kapitler hvor det startes med de klarere tilfellene og avsluttes med de mindre klare tilfellene. I kapittel 4 drøftes tilfeller hvor informasjonsutvekslingen understøtter et ulovlig kartellsamarbeid. I kapittel 5 undersøkes hvilke andre typer informasjonsut-

¹³ EU-kommisjonens retningslinjer kapittel 2 og ESAs retningslinjer kapittel 2.

¹⁴ HR-2021-1086-A.

¹⁵ Kolstad (2008) s. 412.

¹⁶ Se sak E-7/01 avsnitt 27 om tilsvarende betraktning.

veksling som i norsk rett og EU-retten anses som etablerte formålsbegrensninger. Til slutt undersøkes formålsalternativets nedre grense i kapittel 6, herunder om det finnes andre tilfeller hvor informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan rammes av formålsalternativet.

I kapittel 7 undersøkes hvilken betydning formålsvurderingens andre trinn – kontekstvurderingen – har for at informasjonsutvekslinger karakteriseres som formålsovertredelser. Avslutningsvis vil det i kapittel 8 kort redegjøres for avhandlingens funn og enkelte bemerkninger knyttet til disse.

2 Informasjonsutveksling og samarbeidskriteriet

Informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan virke positivt på konkurransen. Ved å utveksle informasjon får markedsaktørene tilgang til relevante opplysninger som kan bedre deres evne til markedstilpasning og skjerpe konkurransen.¹⁷ Videre kan informasjonsutveksling bidra til å håndtere ustabil etterspørsel, og utgjøre en fordel for forbrukerne ved å redusere søkekostnader og forbedre produktutvalg.¹⁸ Slik sett kan informasjonsutveksling bidra til at konkurranselovens formål om effektiv ressursbruk og ivaretagelse av forbrukernes interesser oppnås.¹⁹

Det finnes likevel typer av informasjon som, utvekslet under visse markedsforhold, kan skade konkurransen som sådan.²⁰ Den konkurransemessige bekymringen ved informasjonsutveksling, knytter seg til muliggjøringen av koordinering ved at markedet på en kunstig måte blir mer transparent og foretakene kjent med hverandres markedsstrategier.²¹ Slik koordinering kan resultere i høyere priser, dårligere tilbud og utestenging av nye markedsaktører. Dette impliserer negative konsekvenser for forbrukerne og konkurransen som sådan, og kan resultere i at konkurranselovens formål om effektiv ressursbruk ikke oppnås.²²

På denne bakgrunn bygger konkurransereglene på et grunnleggende prinsipp om at konkurrerende foretak skal fastsette sin markedsopptreden uavhengig av hverandre.²³ Parallell opptreden som resultat av konkurrenters selvstendige tilpasning til hverandres eksisterende eller forventede atferd, faller utenfor forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.²⁴

For å rammes av formålsalternativet må informasjonsutvekslingen utgjøre, eller være et resultat av, en koordineringsform samarbeidskriteriet definerer.²⁵ Koordineringsformene avtale, samordnet opptreden og beslutning truffet av foretakssammenslutning, har til felles at de er egnet til å redusere usikkerheten rundt andre foretaks fremtidige konkurranseatferd.²⁶ En overordnet samlebetegnelse på de tre koordineringsformene er «foretakssamarbeid» eller «samarbeid» mellom konkurrenter.

¹⁷ Evensen (2009) s. 197.

¹⁸ ESAs retningslinjer avsnitt 57.

¹⁹ Konkurranseloven § 1.

²⁰ Wish (2021) s. 569.

²¹ ESAs retningslinjer avsnitt 65.

²² Konkurranseloven § 1.

²³ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 32.

²⁴ Forente saker C-89/85 *Wood Pulp* avsnitt 71-72.

²⁵ EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 60.

²⁶ Kolstad (2007) s. 228.

Ethvert foretakssamarbeid forutsetter en form for utveksling av informasjon.²⁷ Informasjonsutvekslingen kan ha ulike former, og inngå i ulike sammenhenger. Den kan deles direkte mellom konkurrentene, enten bilateralt, multilateralt, eller ved ensidig avsløring. Den kan også deles indirekte, for eksempel gjennom en felles formidler, en tredjemann som en markedsundersøkelsesorganisasjon, eller gjennom foretakenes leverandører eller forhandlere.²⁸

Informasjonsutvekslingen kan inngå i ulike sammenhenger, og kan både etablere og understøtte et foretakssamarbeid samarbeidskriteriet definerer. Dette har sammenheng med at prinsippet om uavhengig markedsopptreden utfordres der konkurrenter utveksler strategisk informasjon. Informasjonsutvekslingen gjør markedet mer gjennomsiktig, og det tilrettelegges for at foretak koordinerer og samordner en konkurranseatferd.²⁹ På den måten kan informasjonsutvekslingen gjøre det mulig for konkurrentene å oppnå og/eller opprettholde en samarbeidslikevekt over tid.³⁰

Informasjonsutvekslingen kan utgjøre et element i andre typer horisontale samarbeid, som legitime samarbeidsavtaler eller ulovlige kartellsamarbeid. I disse tilfellene er koordineringsformen allerede etablert, og informasjonsutvekslingen tjener til å understøtte det horisontale samarbeidet. Spørsmålet om den har et konkurransebegrensende «formål» må vurderes i lys av det aktuelle samarbeidet.³¹

Informasjonsutvekslingen kan også i seg selv utgjøre foretakssamarbeidet. De klareste tilfellene er der det inngås en «avtale» om å utveksle informasjon, hvor informasjonsutvekslingen er en mekanisme utelukkende utformet for at partene skal koordinere atferd.³² Informasjonsutvekslingen kan ha tilsvarende funksjon uten at dette er eksplisitt avtalt. Der konkurrenter utveksler informasjon om tidligere, nåværende eller fremtidig atferd kan det lette samordning av konkurranseatferd og identifiseringen av avvik fra samordningen.³³ EU-domstolen har lagt til grunn at informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan etablere en «samordnet opptreden».³⁴

²⁷ Kolstad (2007) s 430.

²⁸ ESAs retningslinjer avsnitt 55.

²⁹ EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 65.

³⁰ Jones (2019) s. 680.

³¹ ESAs retningslinjer avsnitt 56.

³² Jones (2019) s. 680.

³³ Jones (2019) s. 680.

³⁴ EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 60.

Alternativet omfatter situasjoner hvor konkurrenter «knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition».³⁵ For at vilkåret skal være oppfylt må det foreligge (i) en direkte eller indirekte kontakt mellom konkurrenter som (ii) leder til en etterfølgende markedsopptreden, og (iii) det må være årsakssammenheng mellom kontakten og partenes markedsopptreden.³⁶ Kravet om kontakt er oppfylt dersom kontakten har til formål eller virkning å påvirke eller informere om markedsopptredenen.³⁷ Ensidig avsløring kan omfattes, da det presumeres at konkurrenter som mottar informasjon om konkurranseparametere og forblir aktive på markedet, hensyntar informasjonen i sin videre markedsopptreden, med mindre foretakene kan føre bevis for det motsatte.³⁸

De rettslige kriteriene for vurderingen av «samordnet opptreden» forutsetter at konkurransemyndighetene eller domstolen har tatt stilling til om partenes kontakt har resultert i en etterfølgende markedsopptreden. Implikasjonen er at store deler av det faktiske innholdet i en informasjonsutveksling er identifisert ved vurderingen. Funnet av en «samordnet opptreden» foregriper imidlertid ikke at konkurransebegrensningskriteriet anses oppfylt.³⁹

At det er to separate vurderinger fremgår blant annet av EU-domstolens uttalelse i *T-Mobile* hvor det ble lagt til grunn at informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan være i strid med konkurransereglene «if it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question, with the result that competition between undertakings is restricted».⁴⁰

Uttalelsen tilsier at en informasjonsutveksling oppfyller samarbeidskriteriet ved at den reduserer usikkerhet om markedet. Deretter må den resultere i konkurransebegrensning, enten under formål- eller virkningsalternativet.⁴¹ Det kreves følgelig to separate vurderinger, hvilket har sammenheng med at lovligheten av en atferd verken kan forstås eller analyseres riktig uten en forklaring på hvordan atferden tilfredsstiller de separate betingelsene for overtredelse.⁴²

³⁵ Sak C-48/69 *ICI v Commission* avsnitt 64.

³⁶ Østerud (2021) s. 318.

³⁷ Forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* avsnitt 174

³⁸ Sak C-49/92 P *Anic* avsnitt 121. Ved formålsvurderingen i disse tilfellene er en «samordnet opptreden» allerede funnet å eksistere. Uttalelsen er dermed forklarende for hvorfor det ikke stilles krav om en eksplisitt enighet om samordning der det er utvekslet konkurransesensitiv informasjon.

³⁹ EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 60.

⁴⁰ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 35.

⁴¹ Hjelmeng (2021a) [Lest i Rettsdata].

⁴² Odudu (2011) s. 215.

Når det skal vurderes om en informasjonsutveksling omfattes av formålsalternativet, er det allerede slått fast at informasjonsutvekslingen oppfyller samarbeidskriteriet. Hvilket av samarbeidskriteriets alternativer som er funnet å eksistere er ikke avgjørende, da funnet som sagt ikke foregriper at konkurransebegrensningskriteriet anses oppfylt.⁴³ I det følgende vil ikke samarbeidskriteriet være gjenstand for nærmere undersøkelse.

⁴³ EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 60.

3 Presentasjon av formålsalternativet

3.1 Innledning

En redegjørelse for anvendelsen av formålsalternativet i konkurranseloven § 10 (1) på informasjonsutveksling, kan best forstås på bakgrunn av formålsalternativets begrunnelse, generelle vilkår og dets virkninger. I dette kapittelet vil det først gis en redegjørelse for formålsalternativets bakgrunn og bærende legislative begrunnelse i punkt 3.2. Redegjørelsen har til hensikt å vise hvorfor konkurransereglene opererer med et formålsalternativ, herunder hvilke implikasjoner som følger av å karakterisere et foretakssamarbeid som en formålsovertredelse. Deretter vil det i punkt 2.3 gis en presentasjon av de generelle kriteriene for vurderingen av når et foretakssamarbeid vil omfattes av formålsalternativet. Informasjonsutveksling er en av flere typer foretakssamarbeid som kan rammes av formålsalternativet. Presentasjonen redegjør for de generelle vurderingskriteriene som setter den rettslige rammen når rettsanvenderen skal ta stilling til spørsmål om en informasjonsutveksling mellom konkurrenter har til «formål» å begrense konkurransen.

3.2 Formålsalternativets bakgrunn og begrunnelse

Konkurranseloven har til formål å fremme konkurranse for «derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser».⁴⁴ Konkurranse er ikke målet i seg selv, men et virkemiddel som kunnskap og erfaring viser er det best egnede for å realisere målet om effektiv ressursbruk.⁴⁵ Konkurranselovgivningen inneholder derfor forbudsregler som skal beskytte konkurransen mot konkurransebegrensende handlinger. Forbudet mot konkurransebegrensende foretakssamarbeid i § 10 utgjør en slik forbudsregel.

Konkurransebegrepet er ikke definert i norsk rett eller EU-retten. EU-domstolen har uttalt at forbudet mot konkurransebegrensende foretakssamarbeid skal beskytte konkurrenter og forbrukeres umiddelbare interesser, samt markedets struktur og dermed konkurransen som sådan.⁴⁶ Forbudet mot konkurransebegrensende atferd skal beskytte konkurransen som prosess, i det aktuelle markedet hvor det mulige konkurransebegrensende samarbeidet foregår.⁴⁷ Konkurranseloven § 10 gir som sagt to alternative forbud: atferd som har til formål eller har som virkning å være konkurransebegrensende. Bestemmelsen krever en separat vurdering for hver av disse.⁴⁸ Vilkårene benevnes ofte som hhv. formålsovertredelser og virkningsovertredelser. Skillet mellom disse står sentralt i konkurranseretten, og har vært gjenstand for undersøkelse i flere saker fra EU-domstolen.

⁴⁴ Konkurranseloven § 1.

⁴⁵ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 21.

⁴⁶ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 38 og sak C-286/13 *P Dole* avsnitt 125.

⁴⁷ Bellamy (2018) s. 150.

⁴⁸ Bellamy (2018) s. 164.

I *STM* la EU-domstolen til grunn at alternativene krever at foretakssamarbeidets formål vurderes først. Foretakssamarbeidets virkninger vurderes dersom det ikke kan påvises et konkurransebegrensende formål.⁴⁹ Alternativene fordrer en analyse i to trinn, og hvor funn av konkurransebegrensende formål vil implisere at foretakssamarbeidets virkninger ikke vurderes. Det er konkurransemyndighetene som har bevisbyrden for å bevise at foretakssamarbeidet er i strid med første ledd.⁵⁰

Formålsalternativet benyttes på foretakssamarbeid som i seg selv fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen slik at det ikke er nødvendig å undersøke om det har konkurransebegrensende virkninger.⁵¹ Formålsovertredelser bygger på en presumpsjon om konkurranse-skadelige virkninger basert på foretakssamarbeidets art eller natur. Motsatt vil en virkningsovertredelse kreve at negative virkninger på det konkrete markedet kan måles eller forventes.⁵²

I *CB* uttalte EU-domstolen at skillet begrunnes i at «certain types of coordination between undertakings can be regarded, by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition».⁵³ Det slås fast at «certain collusive behaviour, such as that leading to horizontal price-fixing by cartels, may be considered so likely to have negative effects, in particular on the price, quantity or quality of the goods and services, that it may be considered redundant, for the purposes of applying Article 81(1) EC, to prove that they have actual effects on the market».⁵⁴ Uttalelsene tilsier at formålsalternativet rammer de mest alvorlige tilfellene av konkurransebegrensende foretakssamarbeid.

Begrunnelsen for at formålsalternativet rammer de mest alvorlige tilfellene, kan finnes i rettsvirkningene som følger ved å karakterisere et foretakssamarbeid som en formålsovertredelse.

For det første vil funnet av et konkurransebegrensende formål frita den kompetente konkurransemyndighet eller domstol fra å undersøke dets virkninger.⁵⁵ På den ene siden bidrar det til en mer effektiv bruk av konkurransemyndighetene og rettssystemets ressurser.⁵⁶ På den annen

⁴⁹ Sak C-56/65 *STM* s. 249.

⁵⁰ Bellamy (2018) s. 163.

⁵¹ Sak C-67/13 *CB* avsnitt 49.

⁵² Odudu (2006) s. 98.

⁵³ Sak C-67/13 *CB* avsnitt 50.

⁵⁴ Sak C-67/13 *CB* avsnitt 51.

⁵⁵ Sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 44.

⁵⁶ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 43.

side risikeres det at foretakssamarbeid som ikke har konkurransebegrensende virkninger, forbyr. Presumpsjonen om konkurranseskadelige virkninger tilsier derfor at formålsalternativet må tolkes og anvendes restriktivt.

I den forbindelse har EU-domstolen oppstilt et krav om «sufficiently reliable and robust experience for the view to be taken that that agreement is, by its very nature, harmful to the proper functioning of competition».⁵⁷ Uttalelsen tilsier at det må foreligge pålitelige og solide erfaringer for at samarbeidet etter sin art er skadelig for konkurransen for å rammes av formålsalternativet. EU-domstolens restriktive tolkning gjør at konkurransemyndighetene ikke fritas fra plikten til å bevise faktiske virkninger av et foretakssamarbeid som på ingen måte er «established to be, by their very nature, harmful to the proper functioning of normal competition».⁵⁸

Å karakterisere alvorlige tilfeller av foretakssamarbeid som formålsovertredelser legger videre til rette for at foretak og andre markedsdeltakere tilpasser sin atferd deretter.⁵⁹ Ved at visse typer atferd anses som forbudt ut ifra sitt formål alene, vil foretakene enklere kunne forutberegne lovligheten av et potensielt samarbeid og avstå fra å inngå alvorlig konkurransebegrensende samarbeid.

For det andre vil funnet av et konkurransebegrensende formål medføre at de berørte foretakene kan ilegges store bøter samtidig som det finnes få muligheter for foretakene å imøtegå funnet. Et foretak som gjør seg skyldig i en overtredelse av konkurranseloven § 10, kan ilegges overtredelsesgebyr.⁶⁰ For enkelte overtredelser kan det gis personstraff i form av bøter eller fengsel.⁶¹ For formålsovertredelser har Konkurransetilsynet varslet om store bøter i flere saker.⁶² Dersom et foretakssamarbeid karakteriseres som en formålsovertredelse, risikerer foretakene dermed høye overtredelsesgebyrer. Samtidig vil det være utfordrende for foretakene å imøtegå funnet. For at et foretakssamarbeid skal være i strid med konkurranseloven § 10, må det som sagt begrense konkurransen merkbart. EU-domstolen har lagt til grunn at foretakssamarbeid som utgjør formålsovertredelser normalt anses for å oppfylle merkbarhetskravet.⁶³ Funnet av et konkurransebegrensende formål gjør det dermed utfordrende for foretaket å påberope seg at konkurransen ikke begrenses merkbart.

⁵⁷ Sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 76.

⁵⁸ Sak C-67/13 *CB* avsnitt 58.

⁵⁹ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 43.

⁶⁰ Konkurranseloven § 29.

⁶¹ Konkurranseloven § 32.

⁶² Se for eksempel V2020-32 hvor Konkurransetilsynet ila overtredelsesgebyrer på til sammen 766 millioner kroner for en formålsovertredelse i form av markedsdeling og utveksling av konkurransesensitiv informasjon

⁶³ Sak C-226/11 *Expedia* avsnitt 37.

En overtredelse av § 10 forutsetter videre at foretakssamarbeidet ikke oppfyller unntaket i § 10 (3). Unntaket kan i prinsippet komme til anvendelse på ethvert konkurransebegrensende foretakssamarbeid. Foretakssamarbeid som utgjør formålsovertredelser, anses imidlertid for å være særlig konkurransebegrensende og uten evne til å fremme effektivitetsfordeler, slik at det skal mye til for at disse kan kvalifisere for unntak.⁶⁴ Videre går bevisbyrden over til foretakene ved spørsmålet om vilkårene i tredje ledd er oppfylt.⁶⁵ Dette tilsier at det vil være svært tid- og kostnadskrevende for foretakene å påberope seg unntaket, samtidig som sannsynligheten for å nå frem er minimal.

Samlet sett vil frykten for høye bøter og få muligheter for imøtegåelse, kunne medføre at foretakssamarbeid som har en nøytral eller konkurransefremmende virkning avskrekkes. For å oppnå konkurranselovens formål om å «fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser»⁶⁶, må formålsalternativet derfor tolkes og anvendes restriktivt i tråd med det som følger av EU-domstolens praksis.⁶⁷

Oppsummert kan det legges til grunn at konkurranselovgivningen opererer med et formålsalternativ av tre grunner. For det første er det ressursbesparende for samfunnet. Dernest legger det til rette for rettslig forutberegnelighet for foretakene. Til slutt vil det bidra til å beskytte konkurransen som prosess, ved at handlinger som anses særlig konkurransebegrensende avskrekkes og forbys. Slik sett vil formålsalternativet bidra til konkurranselovgivningens siktemål om samfunnsøkonomisk effektivitet.

3.3 De generelle kriteriene for formålsvurderingen

Konkurranseloven § 10 skal som det klare utgangspunkt forstås på samme måte som EØS-avtalen artikkel 53 og TEUV artikkel 101.⁶⁸ Rettspraksis fra EØS- og EU-retten utgjør en tungtveiende rettskilde ved tolkningen og anvendelsen av formålsalternativet i krrl. § 10 (1).⁶⁹

Konkurranseloven § 10 (1) forbyr foretakssamarbeid mellom konkurrenter som har til «formål» å «hindre, innskrenke eller vri konkurransen». Alternativene «hindre, innskrenke eller vri» er overlappende, og det avgjørende er om foretakssamarbeidet har til formål å påvirke konkurransen negativt.⁷⁰

⁶⁴ Evensen (2009) s. 164.

⁶⁵ Bellamy (2018) s. 163.

⁶⁶ Konkurranseloven § 1.

⁶⁷ Se tilsvarende betraktninger i Østerud (2021) s. 321-322.

⁶⁸ HR-2021-1086-A avsnitt 53.

⁶⁹ HR-2021-1086-A avsnitt 53.

⁷⁰ Evensen (2009) s. 117.

Bestemmelsen inneholder en oppstilling av tilfeller som «særlig» anses som konkurransebegrensende. Oppstillingen er ikke uttømmende, og derfor ikke avgjørende for om en type foretakssamarbeid må anses for å være i strid med forbudet.⁷¹ For tilfeller som ikke omfattes av alternativene, har Høyesterett fastslått at formålsvurderingen må ta utgangspunkt i «den overordnede normen i den innledende delen av første ledd».⁷²

På bakgrunn av EU-domstolens praksis har Høyesterett slått fast at det overordnede vurderingskriteriet for å fastslå at et foretakssamarbeid utgjør en formålsovertredelse, er at «samarbeidet [må] «fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen», slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet».⁷³ Høyesterett har bekreftet EU-domstolens forståelse i *CB* om at formålsalternativet må praktiseres snevert, og kun anvendes på den type foretakssamarbeid som oppfyller det overordnede vurderingskriteriet.⁷⁴

Hvorvidt et foretakssamarbeid fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål, bestemmes ut ifra en konkret bedømmelse av «innholdet i samarbeidsavtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen den inngår i».⁷⁵ I *Hoffman-La Roche* uttalte EU-domstolen at en konkret og detaljert analyse av de nevnte vurderingskriteriene gjør det mulig å forstå «[...]the economic function and the real significance' of the coordination at issue».⁷⁶ Det ble lagt til grunn at analysen «makes it possible to check whether there is a plausible alternative explanation for the coordination other than the pursuit an anticompetitive aim».⁷⁷ Uttalelsene kan tas til inntekt for at de aktuelle vurderingskriteriene anses som de best egnede for å forsvare det faktum at et foretakssamarbeid forbys uten en undersøkelse av dets virkninger.

I sitt forslag til avgjørelse i *Budapest Bank*, uttalte Generaladvokat Bobek at rettspraksis tyder på at vurderingen foretas i to trinn.⁷⁸ Høyesterett har bekreftet en slik forståelse av formålsvurderingen.⁷⁹

⁷¹ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 225.

⁷² HR-2021-1086-A avsnitt 62.

⁷³ HR-2017-1229-A *Ski Taxi* avsnitt 39.

⁷⁴ HR-2017-1229-A *Ski Taxi* avsnitt 53-54.

⁷⁵ HR-2017-1229-A *Ski Taxi* avsnitt 40.

⁷⁶ Sak C-179/16 *Hoffmann-La Roche* avsnitt 148.

⁷⁷ Sak C-179/16 *Hoffmann-La Roche* avsnitt 148.

⁷⁸ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 42.

⁷⁹ HR-2021-1086-A avsnitt 63.

I det første trinnet ses det hen til om foretakssamarbeidet har et konkurransebegrensende formål «etter sitt innhold eller sin art».⁸⁰ Uttrykket «formål» sikter til foretakssamarbeidets hensikt.⁸¹ Formålskriteriet er et objektivt begrep,⁸² og det avgjørende er hvilket formål som objektivt sett fremstår som partenes hensikt med foretakssamarbeidet. Foretakenes subjektive hensikt kan benyttes som bevis for å finne frem til om foretakssamarbeidet objektivt sett fremmer et konkurransebegrensende formål.⁸³

Vurderingen fordrer en undersøkelse av hva som er essensen eller kjernen i foretakssamarbeidet, gjerne omtalt som et spørsmål om hva som er foretakssamarbeidets «precise purpose».⁸⁴ For eksempel la EU-domstolen i *Dole* til grunn at tre bananprodusenter hadde diskutert egne tilbudspriser og pristrender, og at essensen i informasjonsutvekslingen tilsa at partenes formål var å «føre til konkurrencebetingelser, der ikke svarede til de normale markedsbetingelser».⁸⁵ Foretakssamarbeidet ble ansett for å oppfylle formålsalternativet.⁸⁶

EU-domstolen har lagt til grunn at det er tilstrekkelig at foretakssamarbeidet «has the potential to have a negative impact on competition».⁸⁷ Formuleringen er ikke ensbetydende med at ethvert samarbeid som potensielt kan begrense konkurransen negativt vil utgjøre en formålsovertredelse. Formuleringen understreker simpelthen at det for formålsovertredelser ikke kreves en vurdering av om samarbeidet faktisk begrenser konkurransen. I *Ski Taxi* bekreftet EFTA-domstolen en slik forståelse, og la til grunn at uttalelsen ikke avvek fra EU-domstolens konsekvente praksis om at «analysen av formålet må vise at atferden er tilstrekkelig skadelig for konkurransen».⁸⁸ Tilsvarende har Høyesterett uttalt at det ikke er «tilstrekkelig å konstatere at partenes samarbeid 'er egnet' til å begrense konkurransen. For å rammes av formålsovertredelsen i § 10 første ledd, må samarbeidet 'fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen', slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet».⁸⁹ Motsatt la Høyesterett til grunn i *Gran & Ekran* at kravet var at «samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende».⁹⁰ Slik sett er anvendelsesområdet til formålsovertredelsen i konkurranseloven § 10 (1) innsnevret i forhold til hva som fulgte av tidligere Høyesterettspraksis.

⁸⁰ HR-2021-1086-A avsnitt 63.

⁸¹ Bellamy (2018) s. 165.

⁸² HR-2021-1086-A avsnitt 58.

⁸³ Sak C-179/16 *Hoffmann-La Roche* avsnitt 149 og f.eks. Konkurransetilsynets vedtak i V2020-32 avsnitt 691.

⁸⁴ Sak C-56/65 *STM* s. 249.

⁸⁵ Sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 129 og 134.

⁸⁶ Sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 134.

⁸⁷ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 31.

⁸⁸ Sak E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 51-54.

⁸⁹ HR-2021-1086-A avsnitt 58.

⁹⁰ Rt. 2012 s. 1556 *Gran & Ekran* avsnitt 65.

Videre stilles det ikke krav om at foretakssamarbeidet har en direkte virkning på prisen som betales av sluttbrukeren for å konstatere at den utgjør en formålsovertredelse.⁹¹ Dette har sammenheng med at det er konkurransen som prosess som beskyttes.⁹²

Dersom det i det første trinnet konstateres at foretakssamarbeidet har et konkurransebegrensende formål etter sitt innhold eller sin art, går vurderingen over i neste trinn som er en vurdering av samarbeidets formål i sin rettslige og økonomiske kontekst. Ved vurderingen av den rettslige og økonomiske sammenhengen, må det ses hen til arten av de varer eller tjenester som berøres av foretakssamarbeidet, samt de reelle forholdene som ligger til grunn for det aktuelle markedets virkemåte og struktur.⁹³

Høyesterett har formulert kontekstvurderingen som et spørsmål om det i «lys av den økonomiske og rettslige sammenhengen som samarbeidet inngår i, kan reises rimelig tvil om det er tilstrekkelig skadelig for konkurransen».⁹⁴ Uttalelsen tilsier at kontekstvurderingen stiller krav om at det antatte konkurransebegrensende formålet til foretakssamarbeidet kontrolleres i lys av de særlige omstendighetene som gjelder for det konkrete tilfellet. Kontekstvurderingens funksjon vil dermed være å vurdere om det konkurransebegrensende formålet kan opprettholdes, eller om det må tilbakevises.⁹⁵

Kontekstvurderingen kan sies å være et utslag av at formålsovertredelser forbys uten en undersøkelse av foretakssamarbeidets faktiske virkninger. Som et utgangspunkt foreligger det da en sannsynlighet for at foretakssamarbeid som har nøytrale eller konkurransefremmende virkninger forbys. En slik praktisering av formålsalternativet ville stride mot konkurranserettsens formål.⁹⁶ Ved hjelp av en kontekstvurdering kan det kontrolleres om det konkurransebegrensende formålet bør opprettholdes i det konkrete tilfellet, eller om konkurransemyndighetene må foreta en virkningsanalyse.

På den annen side skal formålsalternativet forbeholdes de mest alvorlige tilfellene for konkurranseskadelig samarbeid, og spare konkurransemyndighetene for ressurser ved å ikke stille krav om en virkningsanalyse. Kontekstvurderingen må derfor begrenses «to what is strictly

⁹¹ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 36.

⁹² Se punkt 3.2.

⁹³ Sak C-179/16 *Hoffmann-La Roche* avsnitt 147.

⁹⁴ HR-2021-1086-A avsnitt 63.

⁹⁵ Tilsvarende forståelse av kontekstvurderingen fremgår av Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 43.

⁹⁶ Gernealadvokat Bobeks forslag til avgjørelse i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 45.

necessary in order to establish the existence of a restriction by object».⁹⁷ Generaladvokat Bobek omtaler vurderingen som en «grundlæggende realitetstjek».⁹⁸

3.4 Oppsummering

I dette kapitlet ble det gitt en presentasjon av formålsalternativet i konkurranseloven § 10, herunder hvilke generelle kriterier som ligger til grunn for formålsvurderingen. I det videre skal det undersøkes hvordan informasjonsutveksling vurderes i forhold til disse kriteriene. Undersøkelsen vil foretas i samsvar med formålsanalysens to trinn. Det vil først vurderes i hvilke tilfeller informasjonsutveksling mellom konkurrenter fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

⁹⁷ Se for eksempel sak C-373/14 P *Toshiba v Commission* avsnitt 29.

⁹⁸ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 45.

4 Informasjonsutveksling som understøtter et kartell

Informasjonsutveksling som understøtter et kartell er et eksempel på informasjonsutveksling som ledd i horisontalt samarbeid. Spørsmålet om informasjonsutvekslingen fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål, må vurderes i lys av kartellsamarbeidet.⁹⁹

I konkurranseretten anses kartellsamarbeid som åpenbart skadelig for konkurransen. Typiske eksempler er avtaler mellom konkurrenter om å fastsette priser, dele markedet eller begrense produksjonsvolum.¹⁰⁰ Begrunnelsen for hvorfor slikt samarbeid anses som alvorlig er ifølge EU-kommisjonen at

«undertakings avoid exactly those pressures that lead them to innovate, both in terms of product development and the introduction of more efficient production methods. Such practices also lead to more expensive raw materials and components for the Community companies that purchase from such producers. They ultimately result in artificial prices and reduced choice for the consumer. In the long term, they lead to a loss of competitiveness and reduced employment opportunities»¹⁰¹

Kartellsamarbeid skader konkurranseprosessen ved at produksjonen begrenses og prisene økes, med den følge at varene eller tjenestene blir dyrere for noen forbrukere og utilgjengelige for andre.¹⁰² Basert på solide og pålitelige erfaringer, har EU-domstolen vurdert denne typen samarbeid som formålsovertredelser.¹⁰³

Et kartellsamarbeid avhenger av at deltakerne utvikler mekanismer som sørger for at samarbeidets formål opprettholdes. Et eksempel på en slik mekanisme, er at deltakerne utveksler opplysninger for å koordinere det primære samarbeidet, enten det gjelder fastsettelse av priser eller deling av markedet. Informasjonsutvekslingen fører til at deltakerne kan overvåke hverandre, samtidig som den utgjør en betingelse for at kartellsamarbeidet skal fungere effektivt.

Der det er funnet å eksistere et kartellsamarbeid, og partene utveksler informasjon for å opprettholde kartellsamarbeidets funksjon, vil man anse at informasjonsutvekslingen tjener et konkurransebegrensende formål. Her produserer informasjonsutvekslingen kartellets virkning, og opprettholder en klar formålsbegrensning. I disse tilfellene foreligger det høy sannsynlig-

⁹⁹ Se kapittel 2.

¹⁰⁰ Evensen (2009) s. 187.

¹⁰¹ EU-kommisjonens meddelelse om lempning av bøter i kartellsaker avsnitt 2.

¹⁰² Bellamy (2018) s. 329.

¹⁰³ Bellamy (2018) s. 329.

het for at informasjonsutvekslingen fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.¹⁰⁴

Som et eksempel kan det vises til EU-kommisjonens avgjørelse i *Marine Hoses*. Saken gjaldt et omfattende kartellsamarbeid hvor EU-kommisjonen fant at overtredelsen bestod i fordeling av anbud, fastsettelse av priser, kvoter og salgsbetingelser, geografisk inndeling av markedet, og utveksling av konkurransesensitiv informasjon om priser, salgsvolum og anskaffelsesbud.¹⁰⁵

Med hensyn til informasjonsutvekslingen uttalte EU-kommisjonen blant annet at kartellmedlemmene utvekslet konkurransesensitive opplysninger om priser, salgsvolum og kommende anbudskonkurranser «[i]n order to make the cartel function properly».¹⁰⁶ Informasjonsutvekslingen tjente dermed til å produsere kartellets virkning.

EU-kommisjonen identifiserte informasjonsutvekslingens innhold, og vurderte ut ifra dette hva som var kartelldeltakernes hensikt med informasjonsutvekslingen. Dette er i samsvar med formålsanalysens første trinn. Det ble lagt til grunn at informasjonen for det første inneholdt opplysninger om nye anskaffelsesbud. Formålet var å forberede diskusjoner om fordelingen av disse. For det andre inneholdt informasjonen opplysninger om verdien av anskaffelsesbudene tilskrevet hvert kartellmedlem. Formålet var å vurdere kartellmedlemmenes overholdelse av de avtalte markedsandelene.¹⁰⁷ Informasjonen var svært detaljert, og hadde et innhold som til tider ga kartelldeltakerne en komplett oversikt over hverandres nåværende og fremtidige salg på det aktuelle markedet. Resultatet var at konkurransen mellom kartelldeltakerne ble begrenset.¹⁰⁸

Informasjonen gjaldt altså svært sentrale konkurranseparametere, herunder priser, salgsvolum og informasjon som la til rette for deling av det aktuelle markedet. Samordning om denne typen konkurranseparametere er som nevnt innledningsvis ansett som åpenbart skadelig for konkurransen. Videre gjorde informasjonen det mulig for kartelldeltakerne å overvåke hverandres overholdelse av kartellsamarbeidet. Informasjonsutvekslingen sørget dermed for at konkurrentene opprettholdt den konkurranseskadelige samarbeidslikevekten over tid.

¹⁰⁴ Bellamy (2018) s. 330-331.

¹⁰⁵ COMP/39.406 *Marine Hoses* avsnitt 3.

¹⁰⁶ COMP/39.406 *Marine Hoses* avsnitt 108.

¹⁰⁷ COMP/39.406 *Marine Hoses* avsnitt 270.

¹⁰⁸ COMP/39.406 *Marine Hoses* avsnitt 271.

Informasjonsutvekslingen ble ansett for å utgjøre en formålsovertredelse i seg selv, og vurderingen ble foretatt i lys av dens funksjon for kartellsamarbeidet.¹⁰⁹ Avgjørelsen viser et eksempel på informasjonsutveksling som klart fremstår som «tilstrekkelig skadelig» ut fra sitt innhold og sin art til å begrense konkurransen etter sitt formål.

Et neste eksempel er EU-kommisjonens avgjørelse i *Aluminium Fluoride*, som gjaldt et verdensomspennende kartell om prisfastsettelse og markedsdeling på verdensmarkedet for aluminiumfluorid.¹¹⁰ Kartelldeltakerne hadde blant annet utvekslet opplysninger om produksjonsvolumer, hvilke mengder de solgte eller hadde til hensikt å selge, opplysninger om fastsettelsen av egne priser, samt deling av markedene seg imellom. EU-kommisjonen fant at opplysningene ble delt for at partene skulle enes om de respektive konkurranseparameterne.¹¹¹

EU-kommisjonen fant videre at partenes hensikt med informasjonsutvekslingen var å eliminere usikkerhet om hverandres fremtidige markedsopptreden knyttet til prisfastsettelse og markedsdeling. Informasjonsutvekslingen tilrettela for koordinering av kartelldeltakernes kommersielle markedsopptreden, idet de fikk kjennskap til hverandres intensjoner. På den måten gjorde informasjonsutvekslingen det mulig for kartelldeltakerne å overvåke hverandre, og opprettholde kartellsamarbeidet.¹¹² Informasjonsutvekslingen ble ansett for å utgjøre en formålsovertredelse, noe som ble opprettholdt av Underretten.¹¹³

Det kan trekkes ut av avgjørelsene at den skadelige arten til informasjonsutvekslingen knytter seg til om den inneholder opplysninger om sentrale konkurranseparametere i den hensikt å tilrettelegge for og/eller opprettholde en effektiv samordning i et ellers ulovlig kartellsamarbeid.

Avgjørelsene gjelder tilfeller hvor informasjonsutvekslingen har vært omfattende, har inneholdt opplysninger om sentrale konkurranseparametere, og tilrettelagt for at et alvorlig kartellsamarbeid skal kunne fungere. Det er nærliggende at slik informasjonsutveksling blir ansett som formålsovertredelser. For det første foreligger det solide og pålitelige erfaringer for at kartellsamarbeid etter sin art er svært skadelig for konkurransen, og anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Dette tilsier at også mekanismen som muliggjør konkurranse-skadelig atferd, har til formål å begrense konkurransen. Som påpekt av Wish «[t]he illagility

¹⁰⁹ COMP/39.406 *Marine Hoses* avsnitt 275-281.

¹¹⁰ COMP/39.180 *Aluminium Fluoride*.

¹¹¹ Sak T-404/08 avsnitt 94.

¹¹² COMP/39.180 *Aluminium Fluoride* avsnitt 119 og 135.

¹¹³ Se sak T-404/08 avsnitt 94-96 og sak T-406/08 avsnitt 88 og 106.

of information exchanges of this kind is established by virtue of the fact that it is a mechanism for supporting behaviour that is illegal anyway».¹¹⁴

Som et utgangspunkt kan det tilsi at identifiseringen av om informasjonsutvekslingen i disse tilfellene fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål, er enklere enn i tilfeller hvor den ikke understøtter et kartellsamarbeid.

Oppsummert kan det legges til grunn at der informasjonsutveksling utgjør en nødvendig mekanisme for et kartellsamarbeid, impliserer det at informasjonsutvekslingen har et konkurransebegrensende formål. Avgjørende argumenter er at det foreligger solide og pålitelige erfaringer for at kartellsamarbeid har alvorlige konsekvenser for konkurransen. Når funksjonen til informasjonsutvekslingen er å understøtte slikt samarbeid, har det formodningen mot seg at formålet ikke er å begrense konkurransen. Det er derfor formålstjenlig å behandle denne typen informasjonsutveksling som formålsovertredelser.

¹¹⁴ Wish (2021) s. 570.

5 Andre typer informasjonsutvekslinger som utgjør etablerte formålsbegrensninger

5.1 Innledning

I tillegg til å understøtte et kartellsamarbeid, kan informasjonsutvekslingen i seg selv utgjøre foretakssamarbeidet.¹¹⁵ I dette kapitlet er det disse informasjonsutvekslingene som er gjenstand for undersøkelse.

Klassiske kartellsamarbeid eller «hard core cartels» har normalt en fast organisasjonsstruktur hvor det ønskelige resultatet uttrykkelig er avtalt mellom deltakerne. Det avtalte resultatet kan for eksempel være å fastsette priser, dele markedet eller begrense produksjonsvolum.¹¹⁶ Samarbeid om denne typen konkurranseparametere anses som etablerte formålsbegrensninger, og omfattes av formålsalternativets kjerneområde.¹¹⁷

Der informasjonsutvekslingen utgjør foretakssamarbeidet, har ikke deltakerne uttrykkelig avtalt et resultat. Informasjonsutvekslingen anses likevel for å realisere et samordnet resultat, da den reduserer usikkerhet mellom partene.¹¹⁸ Konkurrerende foretak kan utveksle en rekke typer informasjon, og ikke enhver type informasjonsutveksling kan realisere et konkurranse-skadelig resultat. Dersom informasjonen derimot gjelder sentrale konkurranseparametere, kan den realisere et resultat som tilsvarer de etablerte formålsbegrensningene.

EU-kommisjonen har slått fast at konkurrenters utveksling av individualiserte opplysninger om fremtidige priser eller mengder bør anses som formålsbegrensninger.¹¹⁹ Tilsvarende følger av ESAs retningslinjer og Konkurransetilsynets veiledning om anvendelse av konkurranse-loven § 10 ved informasjonsutveksling.¹²⁰

Begrunnelsen for formålsklassifiseringen er at informasjonsutvekslingen gjør konkurrentene i stand til å etablere et høyere prisnivå uten å risikere å miste markedsandeler. Det er mindre sannsynlig at opplysninger om fremtidige hensikter blir utvekslet av konkurransefremmende årsaker, enn utveksling av faktiske opplysninger.¹²¹ Informasjonsutvekslingen gir et resultat som tilsvarer det som i kartellsamarbeidene er uttrykkelig avtalt.

¹¹⁵ Se kapittel 2.

¹¹⁶ Evensen (2009) s. 187.

¹¹⁷ Evensen (2009) s. 190.

¹¹⁸ Se kapittel 2.

¹¹⁹ EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 74.

¹²⁰ Se ESAs retningslinjer avsnitt 74 og Konkurransetilsynets veileder (2014) avsnitt 23.

¹²¹ ESAs retningslinjer avsnitt 73.

Hvorvidt informasjonsutvekslingen foregår privat eller offentlig, kan som et utgangspunkt være avgjørende for formålsskategoriseringen. EU-kommisjonen legger til grunn at informasjonsutvekslingen kan anses som et kartellsamarbeid, dersom den foregår privat.¹²² Med «privat» siktes det her til at konkurrentene deler opplysninger utelukkende med hverandre. På den måten økes markedets gjennomsiktighet kun for partene. En offentlig utveksling vil derimot øke markedets gjennomsiktighet for alle markedsaktører, herunder kunder og potensielle konkurrenter.¹²³ Ifølge økonomisk teori vil gjennomsiktighet for alle aktører i et marked generelt øke konkurransen, mens privat informasjonsutveksling sannsynligvis begrenser den.¹²⁴

Privat utveksling kan derfor indikere at partenes formål er å begrense konkurransen. Som det vil fremgå nedenfor, finnes det likevel eksempler på at offentlig utveksling av individualiserte opplysninger om fremtidige priser har blitt ansett som formålsbegrensninger.

I det følgende skal det tas stilling til hvilke typer informasjonsutveksling som anses som etablerte formålsbegrensninger, herunder i hvilke tilfeller den anses for å utgjøre et kartellsamarbeid.

5.2 Opplysninger med direkte eller indirekte betydning for pris

5.2.1 Privat informasjonsutveksling

Her skal de tilfellene hvor konkurrenter privat utveksler opplysninger med direkte eller indirekte betydning for pris presenteres og drøftes. Prissamarbeid er generelt ansett som alvorlig og skadelig for konkurransen. Pris er normalt det viktigste konkurranseparameter, hvilket tilsier at prissamarbeid mellom konkurrenter sjelden inngås av konkurransefremmende årsaker. Det foreligger fast og langvarig praksis for at slikt samarbeid anses for å ha et konkurransebegrensende formål.¹²⁵

I *Container Shipping* la EU-kommisjonen til grunn at individualiserte opplysninger om fremtidige priser utgjør «the most sensitive commercial information», og at utvekslingen av den «removes uncertainties concerning the future conduct of the participating undertakings regarding the level, timing and scope of application of price increases».¹²⁶ Der konkurrenter utveksler individualiserte opplysninger om fremtidige priser, realiserer informasjonsutvekslingen følgelig tilsvarende resultat som et uttrykkelig prissamarbeid.

¹²² EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 74.

¹²³ Gassler (2021) s. 207.

¹²⁴ Gassler (2021) s. 207.

¹²⁵ Evensen (2009) side 134.

¹²⁶ AT.39850 *Container Shipping* avsnitt 35.

Utveksling av individualiserte opplysninger om fremtidige priser har blitt vurdert som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål i en rekke tilfeller i vedtaks- og rettspraksis.

Et relativt nytt tilfelle er *Smart card chips* hvor fire konkurrenter deltok i bilaterale diskusjoner. Konkurrentene delte kommersielt sensitive opplysninger om blant annet fremtidig prissetting og faktiske priser som skulle belastes spesifikke kunder.¹²⁷ På tidspunktet for informasjonsutvekslingen foregikk en generell prisnedgang i det aktuelle markedet. EU-kommisjonen fant at konkurrentenes formål med utvekslingen var å bremse prisnedgangen.¹²⁸

Konkurrentene hevdet på sin side at opplysningene ikke var tilstrekkelig individualisert til å kunne utgjøre en formålsbegrensning. Argumentet ble avvist av Underretten. Konkurrentene hadde først utvekslet informasjon om at en spesifikk kunde forespurte en pris på 0,80 amerikanske dollar. Deretter utvekslet de individuelle intensjoner om ikke å tilby den forespurte prisen, samt om ikke å tilby en pris lavere enn 1 amerikansk dollar. Informasjonsutvekslingen knyttet seg derved direkte til konkurrentenes fremtidige prissetting generelt, samt hvilken pris som skulle belastes en spesifikk kunde.¹²⁹ Innholdet i opplysningen gjorde det derfor mulig for konkurrentene å bremse prisnedgangen og følgelig påvirke normal konkurranse.¹³⁰ Informasjonsutvekslingen hadde fremsto derfor som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.¹³¹

For EU-domstolen hevdet konkurrentene at Underretten ikke kunne konstatere at informasjonsutvekslingen var i stand til å påvirke foretakenes markedsopptreden, uten å samtidig redegjøre for årsakene til hvorfor markedsopptredenen faktisk ble påvirket. EU-domstolen avviste dette. Når det var konstatert at informasjonsutvekslingen hadde et konkurransebegrensende formål ut fra sitt innhold, var det ikke nødvendig å påvise virkninger.¹³²

Et eldre og klassisk eksempel på at individualiserte opplysninger om fremtidige priser anses som formålsbegrensninger er Underrettens avgjørelse i *Tate & Lyle*. Bakgrunnen for saken var at fire sukkerprodusenter på det britiske sukkermarkedet hadde avholdt en rekke møter der

¹²⁷ Avgjørelsen ble opprettholdt av Underretten og EU-domstolen i sak T-762/14 *Philips and Philips France v Commission* og sak C-98/17 P *Smart card chips*.

¹²⁸ Sak T-762/14 *Philips and Philips France v Commission* avsnitt 29.

¹²⁹ Sak T-762/14 *Philips and Philips France v Commission* avsnitt 84.

¹³⁰ Sak C-98/17 P *Smart card chips* avsnitt 37.

¹³¹ Sak C-98/17 P *Smart card chips* avsnitt 46.

¹³² Sak C-98/17 P *Smart card chips* avsnitt 41.

British Sugar informerte om sine planlagte prisøkninger. Spørsmålet var om foretakets ensidige avsløring av denne typen opplysninger hadde et konkurransebegrensende formål.¹³³

EU-kommisjonen fant at formålet med informasjonsutvekslingen var å heve sukkerprisene i Storbritannia, og anså informasjonsutvekslingen som ulovlig prissamarbeid.¹³⁴ Underretten bekreftet EU-kommisjonens funn, og la til grunn at formålet med møtene var «to restrict competition by the coordination of pricing policies».¹³⁵

Konkurrentene hevdet at dette ikke kunne være formålet, ettersom det ikke forelå rom for priskonkurranse på det britiske sukkermarkedet. Som begrunnelse ble det vist til at det eksisterte en felles ordning for sukkerprodusenter med formål om å beskytte sukkerproduksjonen i EU. Ordningen innebar blant annet at det var fastsatt minstepriser og produksjonskvoter.¹³⁶

Underretten avviste konkurrentenes argumentasjon. Det ble vist til at selv der det er fastsatt minimumspriser for produsentene som følge av en offentlig ordning, utgjør ikke disse endelige salgspriser for distributører, forhandlere og forbrukere. Produsentene hadde et visst handlingsrom til selv å bestemme priser på produktene sine, slik at det fremdeles var rom for priskonkurranse mellom minsteprisen som ble tilbudt i ordningen og prisene som ble bestemt av British Sugar.¹³⁷

Avgjørelsen illustrerer videre at partenes subjektive formål ikke er avgjørende for om informasjonsutvekslingen fremstår som «tilstrekkelig skadelig» ut fra sitt innhold eller sin art. I forkant av møtene hadde EU-kommisjonen fattet vedtak om at British Sugar hadde misbrukt sin dominerende stilling i strid med TEUV artikkel 102. Vedtaket ble fattet etter at British Sugar hadde tilbudt avhjelpende tiltak for å avhjelpe EU-kommisjonens konkurransemessige bekymringer.¹³⁸ Ett avhjelpende tiltak var at British Sugar måtte engasjere seg i normal og rimelig prispraksis. Konkurrentene hevdet at formålet med møtene var at British Sugar skulle korrigere den tidligere konkurransebegrensende atferden, og at dette måtte anses som et legitimt formål.¹³⁹ Underretten avviste at det avhjelpende tiltaket kunne utgjøre en legitim grunn

¹³³ Sak T-202/98 *Tate & Lyle* avsnitt 9-11.

¹³⁴ Evensen (2009) s. 191.

¹³⁵ Sak T-202/98 *Tate & Lyle* avsnitt 53.

¹³⁶ Gassler (2021) s. 186.

¹³⁷ Sak T-202/98 *Tate & Lyle* avsnitt 44-45.

¹³⁸ Sak T-202/98 *Tate & Lyle* avsnitt 6-8.

¹³⁹ Sak T-202/98 *Tate & Lyle* avsnitt 47.

for en stor markedsaktør til å dele individualiserte opplysninger om fremtidige priser på jevnlig basis.¹⁴⁰

Begrunnelsen kan ses i sammenheng med at det for formålsklassifiseringen ikke er avgjørende om partenes subjektive formål må anses som legitimt. Utveksling av individualiserte opplysninger om fremtidige priser fremstår objektivt sett som «tilstrekkelig skadelig» for konkurransen etter sin art.

Både *Tate & Lyle* og *Smart card chips* gjaldt tilfeller hvor de individualiserte opplysningene om fremtidige priser ble delt privat mellom konkurrentene. I tråd med EU-kommisjonens retningslinjer ble informasjonsutvekslingen ansett for å utgjøre kartellsamarbeid.

Prissamarbeid omfatter enhver form for prisfastsettelse mellom konkurrenter, herunder mer indirekte former som avtaler om anbefalte priser, veiledende listepriiser eller normpriser.¹⁴¹ EU-domstolen har lagt til grunn at informasjonsutveksling kan ha et konkurransebegrensende formål dersom den utgjør «a decisive factor in fixing the price to be paid by the end user».¹⁴² Uttalelsen må ses i sammenheng med at TEUV artikkel 101 (1) bokstav a fastsetter at et samarbeid kan anses som en formålsbegrensning «if they ‘directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions’».¹⁴³ Utveksling av opplysninger som utgjør en avgjørende faktor for prisen som skal betales av sluttbrukeren, kan etter dette fremstå som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

Et illustrerende eksempel er *Bananas*,¹⁴⁴ Bakgrunnen for saken var at tre bananprodusenter utvekslet informasjon i forkant av fastsettelsen av tilbudspriser for levering av bananer til det europeiske markedet. Med «tilbudspriser» menes her at bananprodusentene fastsatte veiledende priser for sine bananer. Prisene ble fastsatt i forkant av forhandlinger med kundene om den endelige prisen. Informasjonsutvekslingen, fastsettelsen av tilbudspriser og prisforhandlingen med kunder, forgikk i ukentlige intervaller.¹⁴⁵

Informasjonsutvekslingen foregikk hemmelig og privat mellom bananprodusentene.¹⁴⁶ Utvekslingen gjaldt blant annet opplysninger om prissettingsfaktorer, pristrender og indikasjoner

¹⁴⁰ Sak T-202/98 *Tate & Lyle* avsnitt 48-49.

¹⁴¹ Evensen (2009) s. 191.

¹⁴² Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 37.

¹⁴³ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 37. Tilsvarende følger av konkurranseloven § 10 (1) bokstav a.

¹⁴⁴ COMP/39188 *Bananas*.

¹⁴⁵ Sak T-588/08 *Dole* avsnitt 11-14.

¹⁴⁶ COMP/39188 *Bananas* avsnitt 262.

på hvilke tilbudspriser som skulle fastsettes for den kommende uken. Den aktuelle informasjonen relaterte seg dermed direkte til fastsettelsen av de fremtidige tilbudsprisene, men ikke den endelige prisen sluttbrukeren skulle betale.¹⁴⁷

Tilbudsprisene utgjorde et særtrekk ved og en sentral konkurranseparameter for det aktuelle markedet. For det første kunne markedstrender, markedssignaler, og indikasjoner på den tilsktede prisutviklingen på bananer, utledes av tilbudsprisene. For det andre var den endelige prisen direkte tilknyttet tilbudsprisene.¹⁴⁸ Tilbudsprisene utgjorde derfor en viktig faktor for bananhandelen generelt, og de oppnådde prisene spesielt.

EU-kommisjonen fant at informasjonsutvekslingen måtte anses for å utgjøre et kartellsamarbeid med formål om å begrense konkurransen. Formålsskategoriseringen ble opprettholdt av både Underretten og EU-domstolen.¹⁴⁹

I anken til Underretten, hevdet bananprodusentene at informasjonsutvekslingen ikke kunne anses for å utgjøre et kartellsamarbeid. Underretten avviste argumentet under henvisning til at informasjonsutveksling mellom konkurrenter ikke må være del av et bredere kartell for å kunne klassifiseres som en formålsovertredelse.¹⁵⁰ Med andre ord er det ikke bare informasjonsutveksling som understøtter kartellsamarbeid som kan anses som formålsbegrensninger.

Det ble opprettholdt av EU-domstolen som viste til prinsippet om at konkurrerende foretak skal fastsette sin markedsopptreden uavhengig av hverandre¹⁵¹, og at

«an exchange of information which is capable of removing uncertainty between participants as regards the timing, extent and details of the modifications to be adopted by the undertakings concerned in their conduct on the market must be regarded as pursuing an anticompetitive object»¹⁵²

Det kan stilles spørsmål ved om uttalelsen i seg selv utvider formålsoveralternativets anvendelsesområde. Uttalelsen tilsier at informasjonsutveksling som fjerner usikkerhet mellom konkurrentene om tidspunktet for, omfanget av og fremgangsmåten for fremtidig markedsopptreden,

¹⁴⁷ Gassler (2021) s. 191 og sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 129.

¹⁴⁸ Sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 130.

¹⁴⁹ Se sak T-588/08 *Dole Food v Commission*, sak T-587/08 *Fresh Del Monte Produce v Commission*, og sak C-286/13 P *Dole*.

¹⁵⁰ Sak T-588/08 *Dole Food v Commission* avsnitt 59-66.

¹⁵¹ Sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 119.

¹⁵² Sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 122.

kan anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Det fremgår ikke av uttalelsen hvilken konkurranseparameter informasjonen må relateres til for å anses som en formålsbegrensning.

Lest isolert sett kan det tilsi at enhver informasjonsutveksling som kan fjerne usikkerhet om konkret fremtidig markedsopptreden, må anses som formålsbegrensninger. En slik forståelse er imidlertid ikke forenelig med de rettslige vurderingskriteriene for formålsalternativet. Det er kun foretakssamarbeid som i det konkrete tilfellet fremstår som «tilstrekkelig skadelig» for konkurransen etter sin art, som kan utgjøre formålsbegrensninger. Hvorvidt et foretakssamarbeid anses som «tilstrekkelig skadelig» etter sin art beror på en individuell og konkret vurdering av om kriteriene er oppfylt i det aktuelle tilfellet. Avgjørelsen må derfor leses i sin kontekst.

I den forbindelse kan det vises til at EU-kommisjonen fant at informasjonsutvekslingen «decreased uncertainty surrounding the future decisions of the undertakings concerned on quotation prices, which constitute announced prices».¹⁵³ Opplysninger med slikt innhold «ultimately aimed at reducing or eliminating uncertainty as to the future pricing behaviour of parties and to maximise the price that they could individually and/or collectively obtain».¹⁵⁴ EU-domstolen la til grunn at det var korrekt av EU-kommisjonen å klassifisere bananprodusentenes utveksling av informasjon om fremtidige tilbudspriser og prisutvikling som en formåls- overtrødelse.¹⁵⁵ Slik sett hadde informasjonsutvekslingen nær tilknytning til en sentral konkurranseparameter.

Avgjørelsen illustrerer med dette at utveksling av individualiserte opplysninger som har indirekte betydning for prisen som betales av sluttbrukeren, kan fremstå som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål. Uttrykkelig prissamarbeid omfatter enhver form for prisfastsettelse mellom konkurrenter. Dette tilsier at også informasjonsutveksling som er funnet å ha et innhold som indirekte får betydning for prisfastsettelsen må anses som en formålsbegrensning.

Det kan stilles spørsmål ved om avgjørelsen utvider formålsalternativets anvendelsesområde, særlig med tanke på kartellklassifiseringen. Som forklart i innledningen, har EU-kommisjonen og ESA lagt til grunn at privat utveksling av individualiserte opplysninger om fremtidige priser eller mengder kan anses for å utgjøre et kartellsamarbeid. I dette tilfellet ble informasjonen utvekslet hemmelig og privat, men den gjaldt ikke individualiserte opplysninger om fremtidige priser.

¹⁵³ Sak T-588/08 *Dole Food v Commission* avsnitt 63.

¹⁵⁴ COMP/39188 *Bananas* avsnitt 262.

¹⁵⁵ Sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 134.

Ved kartellsamarbeid foreligger det pålitelige og solide erfaringer for et konkurranseskadelig resultat, blant annet i form av «artificial prices and reduced choice for the consumer».¹⁵⁶ I *Bananas* relaterte informasjonsutvekslingen seg til en tilbudspris. Den faktiske prisen var betinget av forhandlinger med bananprodusentenes kunder. På den måten hadde hver kunde fremdeles en mulighet til å forhandle om den endelige prisen. Det fremstår ikke nødvendigvis like klart at slik informasjonsutveksling kan gi tilsvarende konkurranseskadelig resultat som de klassiske kartellsamarbeidene.

På den annen side gjaldt utvekslingen opplysninger med helt sentral betydning for prisfastsettelsen. I et marked hvor de faktiske prisene må forhandles frem med utgangspunkt i tilbudsprisene, vil tilbudsprisene være avgjørende for den faktiske prisen som betales av kunden. Ved at konkurrentene utvekslet denne typen informasjon, reduserte de usikkerheten om hverandres fastsettelse av tilbudspriser på en slik måte at de kunne maksimere de faktiske prisene i markedet. Resultatet var at tilbudsprisen, som forhandlingene om den faktiske prisen tar utgangspunkt i, ble samordnet mellom bananprodusentene. På den måten svekkes kundens forhandlingsmuligheter, ved at det i praksis ikke forhandles frem en lavere pris enn den samordnede tilbudsprisen. Det kan derfor legges til grunn at informasjonsutvekslingen utgjorde en avgjørende faktor for prisen som skulle betales av sluttbrukeren, og følgelig fremsto som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

Videre bærer bananprodusentenes informasjonsutveksling likhetstrekk med informasjonsutvekslingsavtaler. Informasjonsutvekslingen skjedde på faste tidspunkt og over en lengre tidsperiode. Bananprodusentene utvekslet dermed informasjon på tilsvarende måte som i *Fatty Acids*, hvor foretakene hadde avtalt en kvartalsvis utveksling av informasjon.¹⁵⁷ Forskjellen knytter seg først og fremst til samarbeidskriteriet, men er likevel illustrerende for kartellklassifiseringen.

Informasjonsutvekslingen kan også sies å ha tilsvarende funksjon som i tilfeller hvor den understøtter kartellsamarbeid. Ved at bananprodusentene deltok i jevnlige og omfattende diskusjoner om pris, tilrettela de for å realisere et prissamarbeid hvor de effektivt kunne overvåke hverandres atferd knyttet til dette.

Til slutt må det bemerkes at EU-kommisjonen og domstolene bekreftet at formålet med informasjonsutvekslingen var å maksimere prisene de kunne oppnå. På den måten blir formålet

¹⁵⁶ EU-kommisjonens meddelelse om lempning av bøter i kartellsaker avsnitt 2.

¹⁵⁷ *Fatty Acids* gjelder konkurranseparameteren mengde, og presenteres og diskuteres i punkt 5.3.

prissamarbeid, selv om innholdet ikke direkte angikk faktiske priser. Det er derfor nærliggende at bananprodusentenes informasjonsutveksling fremsto som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål, og at den ble klassifisert som et kartellsamarbeid.

5.2.2 Offentlig informasjonsutveksling

Avgjørelsene i *Tate & Lyle*, *Smart card chips* og *Bananas* gjaldt tilfeller hvor de individualiserte opplysningene ble delt privat mellom konkurrentene. I tråd med EU-kommisjonens retningslinjer ble informasjonsutvekslingen ansett som kartellsamarbeid. Det kan stilles spørsmål ved om tilsvarende opplysninger kan anses som formålsbegrensninger der de deles offentlig. Som forklart i innledningen vil offentlig deling av opplysninger gjøre markedet mer gjennomskiktig for alle markedsaktører, herunder kunder.

Det finnes noen eksempler fra EU-retten og i norsk rett hvor konkurrenters offentlige prissignalisering har blitt ansett som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål. Med «prissignalisering» siktes det her til at konkurrentene signaliserer prisinformasjon gjennom offentlige kanaler.¹⁵⁸

I likhet med privat informasjonsutveksling, kan offentlig prissignalisering tilrettelegge for samordning av et høyere prisnivå. Martin Gassler har foretatt en omfattende analyse av «prissignalisering»-saker i boken *Information Exchange Between Competitors in EU Competition Law*. I analysen viser han til at konkurrenter kan bruke signaliseringen til å kommunisere samarbeidsvilje om en prisøkning, herunder å teste hvilke strategiske reaksjoner konkurrentene har. Samtidig unngår foretakene risikoen for tapt omsetning ved at signaliseringen ikke er en bindende prisøkning.¹⁵⁹

I *Container Shipping* vurderte EU-kommisjonen om et tilfelle av offentlig prissignalisering kunne ha et konkurransebegrensende formål.¹⁶⁰ Bakgrunnen for saken var at 14 rederier deltok i en praksis hvor planlagte prisøkninger for fraktpriser ble annonsert 3-5 uker i forkant av økningene.¹⁶¹

Under formålsvurderingen pekte EU-kommisjonen på at kunngjøringene gjaldt fremtidige prisintensjoner, og ikke faktiske og nåværende priser. Kunngjøringene inneholdt ikke den

¹⁵⁸ Hjelmeng (2021b) s. 183.

¹⁵⁹ Gassler (2021) s. 211.

¹⁶⁰ AT.39850 *Container Shipping*. Avgjørelsen er en såkalt «commitment decision» hvor EU-kommisjonen ikke faktisk avgjør om samarbeidet er i strid med TEUV artikkel 101. «Commitment Decisions» inneholder imidlertid begrunnelser for hvorfor samarbeidet kan rammes av forbudet, og er således retningsgivende.

¹⁶¹ AT.39850 *Container Shipping* avsnitt 25-29.

endelige prisen, men en tiltenkt prisøkning, implementeringsdato og hvilken rute økningen gjaldt for. EU-kommisjonen viste til at slik informasjonsutveksling med særlig stor sannsynlighet vil føre til samordning av konkurranseparameteren pris, hvilket etter sin art anses som formålsbegrensinger.¹⁶²

Et neste avgjørende argument for at prissignaliseringen fremsto som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål, var at signaliseringen hadde begrenset verdi for kundene. Begrunnelsen var at prissignaliseringen ikke var bindende. Dette underbygde at partenes formål med kunngjøringene mer var å kommunisere prisøkninger til konkurrentene enn å gi nyttig informasjon til kundene.¹⁶³

Konkurransetilsynet har nylig fattet to vedtak hvor tilsvarende betraktninger om offentlig prissignalisering legges til grunn.¹⁶⁴ Konkurransetilsynets bekymring var at Circle K og YXs publisering av veiledende listepriser om fastsettelse av drivstoffpriser, la til rette for parallelle nasjonale pumpeprisløft. Saken ble avsluttet etter at foretakene forpliktet seg til å avslutte publiseringen av veiledende listepriser.

Om identifiseringen av informasjonen hadde et konkurransebegrensende formål etter sin art eller innhold, la Konkurransetilsynet til grunn at utveksling av konkurranse sensitiv informasjon som for eksempel priser og prisintensjoner etter sin art normalt vil fremstå som tilstrekkelig skadelig for konkurransen, og dermed anses for å ha et konkurransebegrensende formål.¹⁶⁵

Listeprisene ble oppdatert hyppig, og til faste tidspunkt. Publiseringen inneholdt derimot ikke informasjon om tidspunkt for det faktiske prisløftet. Derfor var det vanskelig for kunden å tilegne seg informasjon om sammenhengen mellom oppdatering av listepris og prisløft.¹⁶⁶

Publiseringen gjorde det mulig for konkurrentene å tilpasse sin markedsstrategi, og førte til at konkurrentene fikk mer omfattende og detaljert informasjon om tidspunkt for nasjonale prisløft og samtidige endringer i lokale pumpepriser. Dette ble ansett å muliggjøre en mer effektiv

¹⁶² AT.39850 *Container Shipping* avsnitt 49-51.

¹⁶³ AT.39850 *Container Shipping* avsnitt 52.

¹⁶⁴ V2020-26 *Circle K* og V2020-27 *YX*. I likhet med *Container Shipping*, er avgjørelsene vedtak om avhjelpende tiltak etter krrl. § 12 (3).

¹⁶⁵ V2020-26V *Circle K* avsnitt 118.

¹⁶⁶ V2020-26V *Circle K* avsnitt 100.

koordinering av tidspunkt for prisløft enn det normale observasjoner av lokale pumpepriser kunne gjøre.¹⁶⁷

Konkurransetilsynet uttalte at en «asymmetri i verdien av partenes publisering av listepris for kunder og konkurrenter, kan tilsi at det objektive formålet med oppdatering av listepris er å være en koordineringsmekanisme mellom aktører som i liten grad tjener kundene».¹⁶⁸ Publiseringen tilrettela for at konkurrentene foretok parallelle prisløft, uten fare for å miste kunder til den andre parten.¹⁶⁹

Konkurransetilsynets vurderinger viser at prissignaliseringen i realiteten realiserte et prissamarbeid. Det foreligger som sagt pålitelige og solide erfaringer for at prissamarbeid skader konkurransen. Selv om publiseringen foregikk offentlig fikk den derfor tilsvarende konkurranseskadelige virkninger som i kartelltilfellene. I slike tilfeller er det ikke behov for en undersøkelse av faktiske virkninger, da informasjonsutvekslingen fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

Det kan bemerkes at de strukturelle forholdene i markedet hadde stor betydning i denne saken. Det var allerede høy gjennomsiktighet i markedet, hvilket tilsa at det skal mindre til for at informasjonsutveksling både kan etablere koordinert samarbeidslikevekt, samt sørge for en stabil opprettholdelse av denne.¹⁷⁰

På den annen side viste Konkurransetilsynet til at publisering av informasjon om fremtidig prisløft anses som utveksling av strategisk informasjon, og at intensjoner om fremtidig markedsstrategi er særlig egnet til å begrense konkurransen mellom konkurrenter.¹⁷¹ Informasjonen hadde derfor et innhold som etter vedtaks- og rettspraksis anses som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

Det kan trekkes ut av avgjørelsene at der konkurrenter gir signaler om fremtidige prisøkninger, kan det resultere i at andre konkurrenter vil følge økningen og slik sett legge til rette for prissamarbeid. På den måten kan offentlig deling av individualiserte opplysninger om fremtidige priser fremstå som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål. Avgjørelsene indikerer likevel at et avgjørende argument i disse tilfellene er at prissignaliseringen ikke gagnar kunden.

¹⁶⁷ V2020-26V avsnitt 130-131.

¹⁶⁸ V2020-26V *Circle K* avsnitt 123.

¹⁶⁹ V2020-26V *Circle K* avsnitt 127.

¹⁷⁰ V2020-26V *Circle K* 125-126.

¹⁷¹ V2020-26V *Circle K* 129.

5.3 Opplysninger om mengde

I likhet med «pris», er «mengde» en sentral konkurranseparameter. Utveksling av individualiserte opplysninger om fremtidige mengder kan anses å ha et konkurransebegrensende formål, jf. ovenfor under punkt 5.1. Konkurranseparameteren «mengde» relaterer seg til tall for produserte og solgte mengder av et produkt eller en tjeneste. Ved å utveksle denne typen informasjon kan konkurrentene realisere et samarbeid som ligner typiske kartellsamarbeid om markedsdeling og begrensning av produksjonsvolum.¹⁷²

I *Fatty Acids* behandlet EU-kommisjonen spørsmålet om en informasjonsutvekslingsavtale hadde et konkurransebegrensende formål.¹⁷³ Konkurrentene hadde fastslått sine respektive markedsandeler, og deretter forpliktet seg til å utveksle informasjon om deres totale produkt salg hvert kvartal. Denne typen informasjon anses normalt som forretningshemmeligheter.¹⁷⁴ Opplysningene relaterte seg til nåværende data.¹⁷⁵ Som et utgangspunkt skiller den seg derfor ut ifra saker som gjelder fremtidige intensjoner. Avgjørelsen ble ikke behandlet av EU-domstolen, og i juridisk teori har det blitt argumentert for at det bør utvises forsiktighet med å ta avgjørelsen til inntekt for at slik type informasjonsutveksling rammes av formålsalternativet.¹⁷⁶ Den er likevel illustrerende for at individualiserte opplysninger om mengde kan fremstå som «tilstrekkelig skadelig» etter sitt innhold.

Informasjonsutvekslingen medførte at konkurrentene jevnlig fikk kjennskap til hverandres markedsandeler og eventuelle endringer i disse. EU-kommisjonen viste til at informasjonsutvekslingen forbedret konkurrentenes kunnskap om markedsforholdene og gjorde dem i stand til å reagere raskere og mer effektivt på hverandres handlinger.¹⁷⁷

Videre skapte informasjonsutvekslingen et klima for at konkurrentene kunne fastsette ytterligere konkurransebegrensende ordninger som markedsdeling eller prissamarbeid. I den forbindelse viste EU-kommisjonen til at selv om dette ikke er uttrykkelig avtalt av konkurrentene, kan det være resultatet av den aktuelle informasjonsutvekslingen.¹⁷⁸

Deretter uttalte EU-kommisjonen at

¹⁷² Evensen (2009) s. 187.

¹⁷³ IV/31.128 *Fatty Acids*.

¹⁷⁴ IV/31.128 *Fatty Acids* avsnitt 1.

¹⁷⁵ IV/31.128 *Fatty Acids* avsnitt 29.

¹⁷⁶ Gassler (2021) s. 186.

¹⁷⁷ IV/31.128 *Fatty Acids* avsnitt 37-38.

¹⁷⁸ IV/31.128 *Fatty Acids* avsnitt 39.

«Although there is no evidence to suggest that, in this particular case, the parties to the exchange of information agreement did fix quotas directly, the Commission nevertheless considers that the object of the agreement bears a strong resemblance to that of an outright quota-fixing agreement since it clearly aimed at dissuading the parties from adopting aggressively competitive behaviour towards each other and also at achieving stabilization of their relative positions on the market»¹⁷⁹

Avgjørelsen illustrer at utveksling av denne typen informasjon bærer sterke likhetstrekk med alvorlig kartellsamarbeid. Begrunnelsen er at informasjonsutvekslingen i realiteten realiserer et kartellsamarbeid i form av produksjonsbegrensning, uten at partene har avtalt et slikt resultat. På den måten sikres det at samarbeid som har tilsvarende skadevirkninger som denne typen kartellsamarbeid, rammes av formålsalternativet.

Til sammenligning kan det vises til EU-domstolens avgjørelse i *Beef Industry Development Society*.¹⁸⁰ Saken gjaldt ikke foretakssamarbeid i form av informasjonsutveksling, men en avtale mellom foredlere av storfekjøtt om å redusere overkapasiteten i det irske markedet for slakt og foredling av storfe. For å imøtekomme overkapasiteten, ble det avtalt at noen av konkurrentene skulle forlate markedet mot betaling fra konkurrentene som ble igjen.¹⁸¹ I likhet med avgjørelsen i *Fatty Acids* avtalte ikke konkurrentene direkte produksjonsbegrensning. EU-domstolen kom likevel til formålet med avtalen var å endre markedsstrukturen, og at avtalen i realiteten la til rette for å begrense produksjonskapasiteten med 25%. Konklusjonen var at avtalen hadde til «formål» å begrense konkurransen.¹⁸²

Oppsummert kan det legges til grunn at utveksling av individualiserte opplysninger om fremtidige mengder, tilrettelegger for å fastsette konkurranseskadelige produksjonsbegrensninger og markedsdelinger. Denne typen informasjonsutveksling fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål, og må anses for å utgjøre etablerte formålsbegrensninger.

5.4 Opplysninger om andre sentrale konkurranseparametere

Det finnes eksempler på at informasjonsutveksling om andre sentrale konkurranseparametere enn «pris» og «mengde» har blitt ansett som formålsbegrensninger. I tråd med utviklingen i vedtaks- og rettspraksis har EU-kommisjonen publisert et utkast til nye retningslinjer for hori-

¹⁷⁹ IV/31.128 *Fatty Acids* avsnitt 40.

¹⁸⁰ Sak C-209/07 *Beef Industry Development Society*.

¹⁸¹ Sak C-209/07 *Beef Industry Development Society* avsnitt 13.

¹⁸² Sak C-209/07 *Beef Industry Development Society* avsnitt 31-40.

sontale samarbeidsavtaler.¹⁸³ Det vises her til at visse typer opplysninger har blitt ansett som særlig konkurransesensitive og kvalifisert som formålsovertredelser i vedtaks- og rettspraksis.¹⁸⁴ I det følgende skal det tas stilling til hvilke andre typer konkurransesensitive opplysninger enn «pris» og «mengde» som i praksis er ansett som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

I *Car Emissions* fant EU-kommisjonen at informasjonsutveksling som gjaldt fremtidige produkttegenskaper av relevans for forbrukerne av et produkt, hadde til formål å begrense konkurransen.¹⁸⁵ Bakgrunnen for avgjørelsen var at tre bilprodusenter hadde utvekslet detaljerte opplysninger med hensikt om å sikre at ingen ville tilby dieselpersonbiler uten en nærmere angitt produkttegenskap. EU-kommisjonen fant at bilprodusentene eliminerte konkurranserisikoen som hadde oppstått uten enigheten.¹⁸⁶ En samordning av denne typen konkurranseparameter begrenser konkurransen mellom bilprodusentene, samtidig som den fratrar forbrukeren valgmuligheter.

Å frata forbrukere valgmuligheter om produkttegenskaper, fratrar i praksis valgmuligheter også om pris. Uten samordningen kunne foretakene i praksis tilby produktet uten den gitte produkttegenskapen, hvilket kunne medført at konkurrerende produkter kunne blitt billigere eller dyrere. De aktuelle bilprodusentene var ledende innen salg og produksjon av dieselpersonbiler.¹⁸⁷ Dette tilsier at samordning av produkttegenskapen også kunne hindre gunstig innovasjon og teknologisk utvikling. Slik sett er det nærliggende at denne typen informasjonsutveksling vil fremstå som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

I *E-Books* fant EU-kommisjonen at informasjonsutveksling som gjaldt bytte av forretningsmodell ved salg av e-bøker, hadde til formål å begrense konkurransen.¹⁸⁸ Bakgrunnen for saken var at fem bokforlag hadde utvekslet informasjon direkte med hverandre, og indirekte gjennom Apple. Informasjonen omhandlet forlagenes fremtidige intensjoner om å konvertere fra en grossistmodell til en byråmodell ved salg av e-bøker. Innholdet i opplysningen knyttet seg isolert sett til en tiltenkt strategisk beslutning. EU-kommisjonen fant at formålet med utvekslingen var å heve utsalgsprisene på e-bøker i det aktuelle markedet.¹⁸⁹ Selv om opplysningene ikke gjaldt utsalgsprisene direkte, var formålet med å samordne den strategiske end-

¹⁸³ Utkast til EU-kommisjones nye retningslinjer.

¹⁸⁴ Utkast til EU-kommisjones nye retningslinjer avsnitt 424.

¹⁸⁵ AT.40178 *Car Emissions*.

¹⁸⁶ AT.40178 *Car Emissions* avsnitt 121-128.

¹⁸⁷ AT.40178 *Car Emissions* avsnitt 129.

¹⁸⁸ AT.39847 *E-Books*.

¹⁸⁹ AT.39847 *E-Books* avsnitt 76-78 og 90-91.

ringen å øke utsalgsprisene. Informasjonsutvekslingen fremsto som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

En avgjørelse som har skapt mye usikkerhet rundt formålsklassifiseringen av informasjonsutvekslinger er EU-domstolens prejudisielle tolkningsuttalelse i *T-Mobile*.¹⁹⁰ Bakgrunnen for tolkningsuttalelsen var et møte mellom fem mobiltelefonoperatører på det nederlandske markedet. Foretakene hadde hundre prosent markedsrett. I møtet diskuterte foretakene blant annet en reduksjon av provisjonen forhandlere av mobiltelefonabonnementer mottok ved salg av abonnementer. I den forbindelse utvekslet foretakene en rekke fortrolige opplysninger.¹⁹¹ EU-domstolen tok stilling til hvilke kriterier som skal legges til grunn ved avgjørelsen av hvorvidt en slik samordnet opptreden har et konkurransebegrensende formål.¹⁹²

For formålsvurderingen spesifikt legges det til grunn at formålsalternativet ikke bare forbeholdes de tilfeller som har en «direct effect on the prices paid by end users».¹⁹³ Et foretakssamarbeid kan ha et konkurransebegrensende formål hvis prisen eller andre forretningsbetingelser direkte eller indirekte påvirkes. EU-domstolen slo deretter fast at provisjonen som betales forhandlere av mobiltelefonabonnementer utgjør en avgjørende faktor for prisen som skal betales av sluttbrukeren.¹⁹⁴ Informasjonsutvekslingen har likhetstrekk med informasjonsutvekslingen i *Dole*, hvor det ikke var tale om opplysninger som direkte påvirket den endelige prisen, men en avgjørende faktor for hvilken pris som til slutt ble betalt for varene.

Som begrunnelse for at også denne typen informasjon kan utgjøre en formålsovertredelse viste EU-domstolen til at konkurransereglene har til formål å beskytte konkurrenter og forbrukeres umiddelbare interesser, samt «the structure of the market and thus competition as such».¹⁹⁵

Uttalelsen illustrerer den konkurransemessige bekymringen ved informasjonsutveksling som muliggjør en koordinering som kan resultere i høyere priser, dårligere tilbud, samt utestenging av nye markedsaktører.¹⁹⁶ Der informasjonen gjelder opplysninger av avgjørende betydning for prisene som tas i et marked, taler gode grunner for at de konkurransemessige bekymringene blir realisert. Dette gjør seg særlig gjeldende i en situasjon som den i *T-Mobile*, hvor det ikke eksisterte flere mobiltelefonoperatører på markedet, eller en reell sannsynlighet for nye

¹⁹⁰ Sak C-8/08 *T-Mobile*.

¹⁹¹ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 9-12.

¹⁹² Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 22.

¹⁹³ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 36.

¹⁹⁴ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 36-37.

¹⁹⁵ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 38.

¹⁹⁶ Se kapittel 2.

markedsaktører. Som påpekt av EU-kommisjonen vil informasjonsutveksling som kan legge til rette for at konkurrentene koordinerer et høyere prisnivå uten å pådra seg risiko for å tape markedsandeler, tale for at den fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.¹⁹⁷ Tilsvarende hensyn ligger til grunn for hvorfor kartellsamarbeid generelt anses som skadelig for konkurransen.¹⁹⁸

Partene påberopte seg at informasjonsutvekslingen ikke kunne ha et konkurransebegrensende formål når provisjonen uansett ville reduseres som følge av markedsforholdene. EU-domstolen avviste argumentasjonen. Det ble vist til at prinsippet om uavhengig markedsopptreden ikke forbyr foretakene fra å tilpasse seg konkurrentenes eksisterende eller forventede markedsatferd.¹⁹⁹ Det avgjørende for formålsskategoriseringen er at informasjonen som ble utvekslet hadde et innhold som fremsto som «tilstrekkelig skadelig» etter sin art. Hvorvidt informasjonen kan skaffes på annen måte, er ikke til hinder for formålsskategoriseringen.

Med dette som bakgrunn legger EU-domstolen avslutningsvis til grunn at

«an exchange of information which is capable of removing uncertainties between participants as regards the timing, extent and details of the modifications to be adopted by the undertaking concerned must be regarded as pursuing an anti-competitive object, and that extends to situations, such as that in the present case, in which the modification relates to the reduction in the standard commission paid to dealers»²⁰⁰

Det kan stilles spørsmål ved om EU-domstolen her utvider formålsovervektene til å omfatte informasjonsutveksling som reduserer usikkerhet om uspesifisert fremtidig markedsopptreden. I så fall vil disse tilfellene skille seg klart fra de etablerte formålsovervektene, hvor det er tale om koordinering av bestemte og sentrale konkurranseparametere.

Som forklart i relasjon til tilsvarende uttalelse i *Dole*, må uttalelsen leses i sin kontekst og ikke isolert. I det konkrete saksforholdet som lå til grunn for avgjørelsen i *T-Mobile* fikk konkurrentene gjennom informasjonsutvekslingen kunnskap om hvilken dato reduksjonen skulle inntreffe, i hvilken grad og hvordan den skulle gjennomføres av hvert enkelt foretak.²⁰¹ Slik sett fjernet informasjonen all usikkerhet mellom konkurrentene om tidspunktet for, omfanget av og fremgangsmåten for den fremtidige reduksjonen av provisjon.

¹⁹⁷ EU-kommisjonens retningslinjer 72-74.

¹⁹⁸ Se kapittel 4.

¹⁹⁹ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 40.

²⁰⁰ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 41.

²⁰¹ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 68.

Avgjørelsen fremstår ikke som helt entydig, men gode grunner taler for at det avgjørende for formålsskategoriseringen var at informasjonen reduserte usikkerhet og tilrettela for koordinering av en bestemt og sentral konkurranseparameter. Det var tale om en reduksjon av provisjonen som betales forhandlere for hvert gjennomførte salg av mobiltelefonabonnement. Provisjonen var en gitt sum og utgjorde et kostnadselement for mobiltelefonoperatørene. Salg gjennom forhandler var også en viktig distribusjonskanal for mobiltelefonoperatørene.²⁰² Det forelå derfor rom for mobiltelefonoperatørene om å konkurrere om forhandlerne. Gassler har pekt på at en ensidig reduksjon fra en av mobiltelefonoperatørene ville satt operatørens markedsandel i fare. Dette fordi konkurrentene da ville hatt insentiv om å ikke redusere sin provisjon for å tiltrekke seg nye forhandlere.²⁰³ På den måten eliminerte konkurrentene en konkurranserisiko ved å samordne summen på provisjonen.

I tillegg utgjorde provisjonen «a decisive factor in fixing the price to be paid by the end user»²⁰⁴ Informasjonsutveksling med indirekte betydning for den endelige prisen kan anses som formålsbegrensninger, jf. de tilfellene som er presentert og diskutert under punkt 5.2.

I juridisk teori har det aktuelle saksforholdet blitt ansett for å ligne et uttrykkelig kartellsamarbeid og ikke et tilfelle av informasjonsutveksling som selvstendig foretakssamarbeid.²⁰⁵ Det var tale om et møte hvor mobiltelefonoperatørene diskuterte den aktuelle reduksjonen, snarere enn utveksling av individualiserte opplysninger om fremtidige hensikter. Målet med diskusjonen var å finne riktig nivå for reduksjonen.²⁰⁶ På den måten har informasjonsutvekslingen utviklet seg fra å tilrettelegge for samordning til en situasjon hvor konkurrentene faktisk enes om et uttrykkelig resultat. Det var videre på det rene at diskusjonene faktisk hadde resultert i en koordinert markedsopptreden.²⁰⁷

Meyer har uttalt at

«Where two competitors discuss, on the basis of their market knowledge and strategic

²⁰² Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 13-14.

²⁰³ Gassler (2021) s. 189.

²⁰⁴ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 37.

²⁰⁵ Meyring (2010) s. 31.

²⁰⁶ Meyring (2010) s. 31.

²⁰⁷ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 36.

planning, how their competing products should best be priced, we would hardly speak of an information exchange but rather of a price fixing cartel. And it seems obvious to treat such a discussion as a violation by object»²⁰⁸

Det bør etter dette utvises forsiktighet med å ta *T-Mobile* til inntekt for at formålsalternativets anvendelsesområde er utvidet til å omfatte informasjonsutveksling som reduserer usikkerhet om uspesifisert fremtidig markedsopptreden. Avgjørelsen viser likevel at konkurrenters utveksling av opplysninger om et kostnadselement som har sentral betydning for konkurransen mellom dem, og som i tillegg utgjør en avgjørende faktor den endelige prisen som betales av sluttbrukeren, fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

Oppsummert kan det trekkes ut to fellestrekk fra de tre avgjørelsene som er gjennomgått under dette punktet. I *Car Emissions* var det tale om en konkurranseparameter som var sentral for konkurransen mellom bilprodusentene, og som i praksis ville få indirekte betydning for hvilke priser forbrukeren ville betale for bilene. Tilsvarende var det tale om en sentral konkurranseparameter i *E-Books* i og med at samordningen av den relaterte seg direkte til pris. I *T-Mobile* gjaldt informasjonsutvekslingen en konkurranseparameter som fikk betydning for prisene mobiltelefonoperatørene selv kunne oppnå ved å felles redusere et kostnadselement, og som ville få indirekte betydning for hvilke priser forbrukeren ville betale for mobiltelefonabonnementene. Alle tilfellene gjaldt dermed konkurransesensitive opplysninger som i praksis kunne få betydning for konkurrentenes fastsettelse av priser. Underretten har uttalt at et konkurransebegrensende formål er «readily apparent» der konkurrenter utveksler informasjon «which is relevant for their respective pricing models».²⁰⁹

5.5 Oppsummering

I dette kapitlet ble det tatt stilling til hvilke typer informasjonsutveksling som anses som etablerte formålsbegrensninger, herunder i hvilke tilfeller den anses for å utgjøre et kartell-samarbeid.

Som forklart i innledningen har EU-kommisjonen, ESA og Konkurransetilsynet lagt til grunn at individualiserte opplysninger om fremtidige priser og mengder anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Gjennomgangen av praksis bekrefter at denne typen informasjonsutveksling fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

²⁰⁸ Meyring (2010) s. 31.

²⁰⁹ Sak T-240/17 *Campine* avsnitt 295 under henvisning til blant annet sak C-286/13 P *Dole*.

Informasjonsutveksling kan i visse tilfeller anses som kartellsamarbeid. Felles for tilfellene, var at konkurrentene direkte utvekslet eller ensidig avslørte individualiserte opplysninger om fremtidige priser eller mengder. EU-kommisjonens avgjørelse i *Dole* utgjorde et spesielt tilfelle, hvor informasjonsutvekslingen ikke omhandlet faktiske priser, men opplysninger som utgjorde en avgjørende faktor for denne. I alle tilfellene foregikk informasjonsutvekslingen privat og jevnlig.

Gjennomgangen illustrerer at også offentlig utveksling av individualiserte opplysninger om fremtidige priser kan fremstå som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål. For disse tilfellene var det avgjørende at utvekslingen realiserte konkurranseskadelig prissamarbeid, og ikke skapte noen gevinst eller fordel for forbrukerne. Å legge vekt på hvorvidt de offentlige opplysningene utgjør en fordel for forbrukerne, er i tråd med at konkurranseloven skal anvendes på en måte som tar «særlig hensyn til forbrukernes interesser».²¹⁰

Videre viser gjennomgangen i punkt 5.4 at også andre typer konkurransesensitive opplysninger kan fremstå som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål. Avgjørende er om informasjonen gjelder en konkurranseparameter som vil produsere stor konkurranseskade dersom den samordnes, herunder at den kan anses som en *avgjørende faktor* for prisen som skal betales av sluttbrukeren. På den måten har vedtaks- og rettspraksis utvidet formålsalternativets anvendelsesområde i forhold til det som fremgår av retningslinjene.

Felles for alle tilfellene i dette kapittelet er at informasjonsutvekslingen har gjort konkurrentene i stand til å etablere et høyere prisnivå uten å risikere å miste markedsandeler. Informasjonsutvekslingen gir da et resultat som tilsvarer de etablerte formålsbegrensningene.

Gjennomgangen tilsier at konkurrerende foretak bør avstå fra å dele individualiserte opplysninger om fremtidige priser, mengder eller andre konkurranseparametere som utgjør en avgjørende faktor for prisen. Denne typen informasjon vil fremstå som «tilstrekkelig skadelig» for konkurransen etter sitt innhold eller sin art, og anses som formålsbegrensninger med mindre kontekstvurderingen kan tilbakevise det.

²¹⁰ Konkurranseloven § 1 (2).

6 Formålsalternativets nedre grense

6.1 Innledning

Formålsalternativet skal tolkes restriktivt og anvendes på de mest alvorlige formene for foretakssamarbeid, jf. det som er sagt ovenfor under kapittel 3. Der informasjonsutvekslingen understøtter et kartell eller utgjør en etablert formålsbegrensning, fremstår det som nokså klart at informasjonsutvekslingen omfattes av formålsalternativet. Utenfor disse tilfellene oppstår spørsmålet om også andre typer informasjonsutveksling kan fremstå som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

Formålsalternativet fordrer at konkurransemyndighetene foretar en individuell og konkret vurdering av om informasjonsutvekslingen i det aktuelle tilfellet har et konkurransebegrensende «formål».²¹¹ Som et utgangspunkt er formålsalternativet derfor ikke begrenset til noen spesielle kategorier informasjonsutveksling.²¹² Informasjonsutvekslingen må likevel oppfylle de generelle vurderingskriteriene for formålsvurderingen.

Høyesterett har nylig avsagt en enstemmig avgjørelse om anvendelsen av formålsalternativet på informasjonsutveksling. I punkt 6.2 vil det foretas en presentasjon og vurdering av avgjørelsen. Spørsmålet er om avgjørelsen tilsier at terskelen for når informasjonsutveksling fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål er senket i forhold til de etablerte formålsbegrensningene.

I punkt 6.3 skal det tas stilling til tilfeller hvor informasjonsutvekslingen har blitt vurdert under virkningsalternativet. Det er generelt vanskelig å trekke en klar grense mellom formål- og virkningsovertredelser i konkurranseretten.²¹³ Sakene som er vurdert under virkningsalternativet er naturlig nok ikke avgjørende for spørsmålet om en informasjonsutveksling fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål. Tilfellene kan likevel bidra til å identifisere momenter som taler for og imot om informasjonsutvekslingen bør vurderes under formåls- eller virkningsalternativet.

Avslutningsvis vil undersøkelsens funn sammenfattes og vurderes i punkt 6.4.

²¹¹ Østerud (2021) s. 323.

²¹² Østerud (2021) s. 323.

²¹³ Se f.eks. Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 49.

6.2 Kan andre typer informasjonsutvekslinger fremstå som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål?

Det avgjørende for om en informasjonsutveksling må anses å ha et konkurransebegrensende formål ut fra sitt innhold eller sin art, beror i utgangspunktet ikke på om informasjonen gjelder pris eller mengde, men om innholdet i utvekslingen tilsier at den har et konkurransebegrensende formål. Det stilles imidlertid krav om at det foreligger et solid og pålitelig erfaringsgrunnlag for konkurranseskade.²¹⁴

Hvorvidt informasjonsutvekslingen har et innhold som tilsier at formålet er å begrense konkurransen kan være vanskelig å avgjøre når det ikke er tale om konkurransesensitive opplysninger tilsvarende de etablerte formålsbegrensningene. Som et utgangspunkt kunne det tale for at andre tilfeller burde vurderes under virkningsalternativet. Dette gjør seg særlig gjeldende med tanke på de konsekvenser en formålsskategorisering impliserer.²¹⁵

I relasjon til *T-Mobile* ble det stilt spørsmål ved om EU-domstolen utvidet formålsalternativet til å omfatte informasjonsutveksling med et mer uspesifisert innhold. Uttalelsen i avsnitt 41 kan indikere at enhver informasjonsutveksling som reduserer usikkerhet om fremtidig markedsopptreden vil omfattes av formålsalternativet uavhengig av hvilken konkurranseparameter den gjelder. Avgjørelsen er imidlertid ikke helt entydig, og kan vanskelig tas til inntekt for en slik forståelse av formålsalternativets anvendelsesområde, jf. det som er sagt om dette under punkt 5.4.

Derimot kan det virke som om Høyesterett har utvidet formålsalternativets anvendelsesområde til å omfatte slike informasjonsutvekslinger. Som påpekt av Hjelmeng og Østerud vil avgjørelsen kunne påvirke utfallet av flere pågående saker hos Konkurransetilsynet.²¹⁶

Den aktuelle avgjørelsen er enstemmig og inntatt i HR-2021-1086-A. Bakgrunnen for tvisten var Konkurransetilsynets vedtak om å ilegge fire bokforlag gebyr for å ha utvekslet informasjon og inngått avtale om kollektiv boikott av distributøren Interpress.²¹⁷ Bakgrunnen for boikotten var at Interpress eier, Reitan Convenience, hadde besluttet at all distribusjon av bøker til foretakets utsalgssteder i massemarkedet skulle foretas av Interpress på eksklusiv basis.

²¹⁴ Se punkt 3.3.

²¹⁵ Se punkt 3.2.

²¹⁶ Hjelmeng (2021a) [Lest i Gyldendal Rettsdata] hvor det vises til Konkurransetilsynets varsler om gebyrer i henholdsvis bokbasesaken (502 millioner kroner) og prisjegersaken (21 milliarder kroner). Sakene gjelder foretakssamarbeid i form av informasjonsutveksling.

²¹⁷ V2017-18.

Beslutningen medførte at de fire foretakenes felleseide distributør ikke lenger fikk levere bøker til disse utsalgsstedene.²¹⁸

Avgjørelsen omhandler ikke et foretakssamarbeid som utelukkende dreide seg om informasjonsutveksling. Høyesterett behandlet forlagenes utveksling av informasjon om distribusjonsstrategi og den etterfølgende avtalen om kollektiv boikott som ett sammenhengende forhold, og fant ikke grunn til å skille mellom de to.²¹⁹ Selv om de to samarbeidstypene ble behandlet samlet, inneholder avgjørelsen flere uttalelser som knytter seg til formålsvurderingen av rene informasjonsutvekslinger.

Før Høyesterett begynner med den konkrete vurderingen, presenteres de rettslige utgangspunktene for formålsvurderingen.²²⁰ Presentasjonen er i samsvar med det som fremgår om formålsvurderingen i denne avhandlingens kapittel 3.

Høyesterett vurderer spørsmålet om samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål ut fra sitt innhold eller sin art, fra avsnitt 64 til avsnitt 82. Bokforlagene hevdet at samarbeidets «precise purpose» var å gjøre et mottrekk til beslutningen om eksklusiv distribusjon, slik at formålet var å sikre fortsatt konkurranse om distribusjonen inn til Reitan-systemet.²²¹ Bokforlagene anførte at lagmannsrettens flertall hadde begått en rettsanvendelsesfeil ved å ikke ta med dette i formålsvurderingen. Høyesterett avviste forlagenes argumentasjon under henvisning til at formålskriteriet er et objektivt begrep.²²²

Høyesterett viser deretter til at forlagene ved flere anledninger utvekslet informasjon om hvordan de ville forholde seg til Reitan Conveniences beslutning, og at opplysningene gjaldt «markedssensitiv, 'strategisk' informasjon som hadde betydning for konkurranseadferden».²²³ Retten viser til at samarbeid som «kan fjerne usikkerhet om fremtidig markedsopptreden», må antas å ha et konkurransebegrensende formål i lovens forstand, selv om det ikke gjelder pris eller mengde. Det var Høyesteretts syn at forlagenes samarbeid oppfylte dette kravet.²²⁴

Med dette legger Høyesterett til grunn at informasjonsutveksling som gjelder hvordan foretakene skal forholde seg til ultimatumet, fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense

²¹⁸ HR-2021.1086-A avsnitt 64.

²¹⁹ HR-2021-1086-A avsnitt 61.

²²⁰ HR-2021-1086-A avsnitt 50-59.

²²¹ HR-2021-1086-A avsnitt 64-66.

²²² HR-2021-1086-A avsnitt 66.

²²³ HR-2021-1086-A avsnitt 69.

²²⁴ HR-2021-1086-A avsnitt 71-72.

konkurransen etter sitt formål. Uttalelsen tilsier videre at det er tilstrekkelig for formålsskissifiseringen at informasjonsutvekslingen «kan fjerne usikkerhet om fremtidig markedsopptreden». Lest isolert sett tilsier det at informasjonsutvekslingen ikke behøver å gjelde konkurransesensitive opplysninger.

I den videre begrunnelsen tar Høyesterett utgangspunkt i doktrinen om handlinger som etter sin art kan ha et konkurransebegrensende formål.²²⁵ For denne typen handlinger kreves et solid og pålitelig erfaringsgrunnlag for konkurranseskade. Ved å ta utgangspunkt i doktrinen, forplikter Høyesterett seg til å finne frem til et solid og pålitelig erfaringsgrunnlag som tilsier at forlagenes samarbeid kan falle inn under formålsalternativet.

Retten viser til uttalelsen i *T-Mobile* avsnitt 35, om at informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan være i strid med konkurransereglene, gitt at den reduserer eller fjerner usikkerhet om det relevante markedets funksjon og følgelig begrenser konkurransen.²²⁶ EU-domstolens uttalelse knytter seg til den generelle vurderingen av informasjonsutveksling under kartellforbudet, og ikke formålsalternativet spesielt. Høyesterett må derfor finne frem til flere rettskilder som kan underbygge slutningen om at forlagenes samarbeid har et konkurransebegrensende formål ut fra sitt innhold eller sin art.

Høyesterett viser til *T-Mobile* avsnitt 41 om at informasjonsutveksling mellom konkurrenter som kan fjerne betydelig usikkerhet om tidspunktet for, omfanget av og fremgangsmåten i forbindelse med forhold i markedet, kan antas å ha et konkurransebegrensende formål.²²⁷ Uttalelsen gjelder anvendelsen av formålsalternativet på informasjonsutveksling, hvilket tilsier at den utgjør et relevant argument for formålsskissifiseringen i det konkrete tilfellet.

Det må likevel utvises forsiktighet med å lese uttalelsen isolert sett, da formålsalternativet fremdeles krever at den reduserte usikkerheten knytter seg til en markedsopptreden som oppfyller kravet til «tilstrekkelig skadelig». *T-Mobile* har vært gjenstand for tolkning og undersøkelse i rettspraksis, samt juridisk teori. Avgjørelsen er ikke entydig, men gode grunner taler for at uttalelsen ikke er ment å utvide formålsalternativets anvendelsesområde, jf. det som er sagt om dette ovenfor. Ved å legge avgjørende vekt på det som fremgår av uttalelsen i avsnitt 41 isolert sett, risikeres en norsk rettsanvendelse som ikke harmoniserer med EU-retten hvor det virker som om det stilles et strengere krav til det konkurransesensitive innholdet i opplysningene.

²²⁵ HR-2021-1086-A avsnitt 73-74.

²²⁶ HR-2021-1086-A avsnitt 74.

²²⁷ HR-2021-1086-A avsnitt 76.

På bakgrunn av den praksisen som det er vist til, legger Høyesterett til grunn at informasjonsutvekslingen om hvorledes de konkurrerende bokforlagene ville forholde seg til ultimatumet fra Reitan Convenience og tilbudet fra Interpress, fjernet usikkerheten forlagene måtte ha om markedets funksjon i den nye situasjonen. Slutningen underbygges under henvisning til at et samarbeid ikke trenger å ha en direkte virkning på prisdannelsen, men at det er tilstrekkelig at konkurransen som sådan blir påvirket.²²⁸

Det er i tråd med EU-domstolens praksis at informasjonsutveksling som ikke direkte gjelder prisdannelsen, kan omfattes av formålsalternativet. EU-domstolens praksis viser likevel at informasjonen i disse tilfellene utgjør en avgjørende faktor for fastsettelsen av prisen. Ved å klassifisere informasjonsutveksling hvor slik sammenheng ikke kan identifiseres som «tilstrekkelig skadelig», åpnes det for at formålsalternativet vil omfatte tilfeller hvor det ikke foreligger et solid og pålitelig erfaringsgrunnlag for konkurranseskade.²²⁹ Det kan bemerkes at en avgjørende faktor for at konkurransen som sådan skal begrenses, er at det er tale om sentrale konkurranseparametere.

Høyesterett viste til at resultatet av informasjonsutvekslingen var at den delen av massemarkedet hvor Reitan-systemet opererte, ikke ville få tilgang til forlagenes bøker. Dette ville undergrave konkurransen som sådan, og fjerne usikkerhet om hvordan forlagene ville forholde seg til denne delen av markedet. Høyesterett viser til at usikkerheten ble erstattet med samarbeid, og at dette er klassifisert som en formålsovertredelse etter *T-Mobile* avsnitt 41.²³⁰

To alternative begrunnelser for Høyesteretts formålsskategorisering kan tenkes. For det første anså Høyesterett samarbeidet for å ha indirekte betydning for hvilke mengder forlagene ville forsyne massemarkedet med, og at informasjonsutveksling om mengder treffer i kjernen av samarbeid som anses for å ha et konkurransebegrensende formål.²³¹ På den ene side er dette tilsvarende betraktninger som i EU-domstolens praksis om indirekte virkning på prisdannelsen. På den annen side hviler formålsalternativets rettsanvendelse på omstendighetene i den enkelte sak, og ikke på formelle formålskategorier.²³² Høyesterett vurderer ikke hvilke omstendigheter som tilsier at informasjonsutvekslingen indirekte kunne få betydning for omsatte mengder. Til sammenligning foretok EU-kommisjonen en omfattende vurdering av forholdet mellom tilbudsprisen og den endelige prisen i *Bananas*. Argumentet kan derfor ikke sies å

²²⁸ HR-2021-1086-A avsnitt 77.

²²⁹ Se punkt 3.3.

²³⁰ HR-2021-1086-A avsnitt 77.

²³¹ HR-2021-1086-A avsnitt 78.

²³² Hjelmeng (2021a) [Lest i Gyldendal Rettsdata].

være avgjørende for at informasjonsutvekslingen fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

For det andre kan formålsskategoriseringen søkes begrunnet i at resultatet var kollektiv boikott. Høyesterett anså informasjonsutvekslingen for å tilrettelegge for den kollektive boikotten, uten at dette ble eksplisitt uttalt som begrunnelse for at den fremsto som «tilstrekkelig skadelig». På den ene side kan det tenkes argumenter for at informasjonsutveksling som kan realisere en annen formålsovertredelse også anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Slike betraktninger ligger til grunn for formålsskategoriseringen av informasjonsutvekslinger som understøtter et kartellsamarbeid. På den annen side risikeres da en rettsanvendelse hvor formålsskategoriseringen utelukkende baseres på formelle formålsskategorier uten en vurdering av om informasjonsutvekslingen oppfyller de rettslige vurderingskriteriene i det konkrete tilfellet.

Det kan etter dette virke som om Høyesteretts konkrete vurdering av om informasjonsutvekslingen objektivt sett har et konkurransebegrensende formål, ikke følger de samme rettslige utgangspunktene som EU-domstolens praksis. Avgjørelsen tyder på at terskelen for anvendelsen av formålsskategoriseringen i norsk rett er senket i forhold til EU-retten.

6.3 Informasjonsutvekslinger som er vurdert under virkningsalternativet

Det skal kort vises til noen tilfeller hvor informasjonsutveksling har blitt vurdert under virkningsalternativet. Presentasjonen bidrar til å klargjøre formålsskategoriseringens nedre grense, da sakene gjelder informasjon som etter sin art ikke er ansett som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål.

I *John Deere* var det spørsmål om et omfattende informasjonsutvekslingssystem hadde konkurransebegrensende virkninger.²³³ Systemet inneholdt informasjon om hvert medlems solgte enheter og markedsandel i ulike geografiske områder, samt informasjon om salg gjort av forhandlere i distribusjonsnettverket til hvert medlem.²³⁴ Informasjonen som ble utvekslet var av historisk karakter, og gjaldt ikke medlemmenes fremtidige intensjoner.²³⁵

Som et utgangspunkt kunne innholdet i informasjonen tilsi at den utgjør en formålsskategorisering, i og med at den angikk mengder og markedsandeler. Avgjørende her var imidlertid at den ikke relaterte seg til fremtidige intensjoner. I motsetning til individualiserte opplysninger om fremtidige mengder, skal det da mer til for at en informasjonsutveksling kan samordne

²³³ Sak T-35/92 *John Deere*. Anke avvist i sak C-7/95 P *John Deere*.

²³⁴ Sak T-35/92 *John Deere* avsnitt 1-5.

²³⁵ Gassler (2021) s. 163.

fremtidig opptreden. *Fatty Acids* gjaldt heller ikke fremtidige mengder, og det bør utvises forsiktighet med å ta avgjørelsen til inntekt for at den aktuelle typen informasjonsutveksling anses som formålsbegrensninger, jf. det som er sagt om dette under punkt 5.4. Avgjørelsen i *John Deere* kan tas til inntekt for at denne typen informasjon heller bør vurderes under virkningsalternativet, for å sikre at den realiserer et konkurranseskadelig resultat.

Tilsvarende kan argumenteres for i lys av EU-kommisjonens avgjørelse i *Eudim*. Saken gjaldt lovligheten av en foretakssammenslutning av grossister for installasjonsmateriell med mål om å fremme europeisk engroshandel gjennom utveksling av informasjon.²³⁶ Informasjonsutvekslingen var omfattende og gjaldt konkurransesensitive opplysninger som omsetning, salgsvolum og produksjonskostnader. Det var imidlertid ikke tale om fremtidige salgspriser eller produksjonskostnader.²³⁷ Til sammenligning ble fremtidige produksjonskostnader med avgjørende betydning for salgspriser, vurdert som en formålsovertredelse i *T-Mobile*.²³⁸ EU-kommisjonen fant at informasjonsutvekslingen ikke hadde konkurransebegrensende virkninger, og et avgjørende argument var markedets struktur.²³⁹ Avgjørelsen illustrerer at selv utveksling av svært konkurransesensitive opplysninger vurderes under virkningsalternativet. Ved å foreta en virkningsvurdering sikres at informasjonsutvekslingen faktisk begrenser konkurransen. På den måten imøtegås risikoen for at nøytrale eller konkurransefremmende informasjonsutvekslinger forbyes og avskrekkes.

Informasjon om konkurrenters bestillinger og leveranser av produkter er et neste eksempel på informasjonsutveksling EU-domstolen har vurdert under virkningsalternativet.²⁴⁰ I *Thyssen Stahl* ble informasjonsutvekslingen ansett for å resultere i etableringen av et system for solidaritet og samarbeid utformet for å koordinere forretningsaktiviteter og overvåking av hverandres markedsatferd.²⁴¹ Informasjonen ble oppdatert jevnlig, sendt ut hyppig, og gjorde foretakene i stand til å følge nøye med på endringer i hverandres markedsandeler.²⁴² Avgjørelsen tilsier at detaljert og regelmessig informasjonsutveksling om konkurrenters bestillinger og leveranser av produkter, ikke vurderes under formålsalternativet. Som et utgangspunkt, har informasjonen likhetstrekk med individualiserte opplysninger om fremtidige mengder, som kan realisere konkurranseskadelig samarbeid i form av f.eks. markedsdeling. Avgjørelsen

²³⁶ IV/33.815 og 35.842 *Eudim*.

²³⁷ IV/33.815 og 35.842 *Eudim*. avsnitt 8-10

²³⁸ Se punkt 5.4

²³⁹ IV/33.815 og 35.842 *Eudim* avsnitt 13

²⁴⁰ Sak T-141/94 *Thyssen Stahl*.

²⁴¹ Sak T-141/94 *Thyssen Stahl* avsnitt 402.

²⁴² Sak T-141/94 *Thyssen Stahl* avsnitt 395.

viser at det likevel må foretas en virkningsvurdering i disse tilfellene for å identifisere hvordan informasjonsutvekslingen kan skade konkurransen.

Avslutningsvis kan det vises til EU-domstolens prejudisielle tolkningsuttalelse i *Asnef-Equifax* om lovligheten av et informasjonsutvekslingssystem for debitorinformasjon. Informasjonsutvekslingssystemet hadde til formål å gi soliditets- og kredittinformasjon knyttet til risikoen i utlåns- og kredittvirksomheten.²⁴³ Domstolen fant at det objektive formålet med informasjonsutvekslingssystemet var å tilgjengeliggjøre relevant informasjon om eksisterende og potensielle låntakere for långivere.²⁴⁴ Systemet kunne ikke anses for å ha et konkurransebegrensende formål etter sin art, og lovligheten av systemet måtte derfor vurderes under virkningsalternativet.²⁴⁵

Saken gjelder informasjon som kan øke forutberegnelighet om konkurrentenes fremtidige atferd, men ikke om en faktor som utgjør en sentral konkurranseparameter det foreligger et solid og pålitelig erfaringsgrunnlag for er konkurranseskadelig. Det var derfor nærliggende at EU-domstolen konkluderte med at informasjonsutvekslingen måtte vurderes etter virkningsalternativet.

6.4 Oppsummering

I dette kapittelet var formålsalternativets nedre grense gjenstand for undersøkelse. Når det gjelder EU-retten, fremstår det som nokså klart at formålsalternativet i utgangspunktet rammer informasjonsutveksling som på en eller annen måte utgjør en avgjørende faktor for hvilke priser som tas i et marked. Det kan også argumenteres for at informasjonen må gjelde fremtidige intensjoner, jf. de saker som er vurdert under virkningsalternativet. Dersom en slik forståelse legges til grunn, vil det være enklere for et foretak å identifisere om en aktuell informasjonsutveksling vil stride mot forbudet i krrl. § 10. Forståelsen legger til rette for at nøytrale eller konkurransefremmende informasjonsutvekslinger ikke avskrekkes og forbys.

Undersøkelsen peker på at Høyesterett kan ha utvidet formålsalternativets anvendelsesområde på informasjonsutveksling utover de etablerte formålsbegrensningene. Etter Høyesteretts avgjørelse er det tilstrekkelig for formålsskategorifiseringen at informasjonsutvekslingen reduserer usikkerhet om fremtidig markedsopptreden, uavhengig av hvilken konkurranseparameter den relateres til.

²⁴³ Sak C-238/05 *Asnef-Equifax* avsnitt 7.

²⁴⁴ Sak C-238/05 *Asnef-Equifax* avsnitt 46.

²⁴⁵ Sak C-238/05 *Asnef-Equifax* avsnitt 48.

7 Kan rettslig og økonomisk kontekst tilbakevise informasjonsutvekslingens konkurransebegrensende formål?

7.1 Innledning

I dette kapitlet er formålsanalysens andre trinn anvendt på foretakssamarbeid i form av informasjonsutveksling gjenstand for undersøkelse. Spørsmålet er om rettslig og økonomisk kontekst – kontekstvurderingen – kan tilbakevise funnet av informasjonsutvekslingens konkurransebegrensende formål.

Først gis en kort presentasjon av de rettslige utgangspunktene i punkt 7.2. Formålet er å vise hvilken betydning kontekstvurderingen har i forhold til formålsanalysens første trinn. Deretter undersøkes om kontekstvurderingens intensitet avhenger av hvilket erfaringsgrunnlag som foreligger for konkurranseskade i punkt 7.3.

7.2 Rettslige utgangspunkter

I det første trinnet er spørsmålet om informasjonsutvekslingens art eller innhold tilsier at den fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål. Dersom dette slås fast, oppstilles en presumpsjon for konkurranseskadelige virkninger uten at det er konkret vurdert. Trinnet er av avgjørende betydning da det tilrettelegger for at formålsalternativet forbeholdes foretakssamarbeid av en viss art, og praktiseres restriktivt og forutsigbart.

Det kan derimot foreligge ytre omstendigheter som tilsier at informasjonsutvekslinger med et konkurransebegrensende innhold, ikke fremstår som «tilstrekkelig skadelig» for konkurransen i det konkrete tilfellet. Kontekstvurderingen har til hensikt å forhindre at informasjonsutvekslinger «som normalt anses for konkurrencebegrensende», forbys der de på grunn av særlige omstendigheter, er ute av stand til å gi skadelig virkning på markedet, eller til og med er konkurransefremmende.²⁴⁶

Høyesterett har slått fast at vurderingstemaet er om det «i lys av den økonomiske og rettslige sammenhengen samarbeidet inngår i, kan reises rimelig tvil om det er tilstrekkelig skadelig for konkurransen».²⁴⁷ En naturlig språklig forståelse av «rimelig tvil» tilsier at det ikke kreves en inngående vurdering, men en sjekk av de ytre omstendighetene. Slike ytre omstendigheter er arten av de varer eller tjenester som berøres av informasjonsutvekslingen, samt de reelle forholdene som ligger til grunn for det aktuelle markedets virkemåte og struktur.²⁴⁸

²⁴⁶ Generaladvokat Bobeks forslag til avgjørelse i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 45.

²⁴⁷ HR-2021-1086-A avsnitt 63.

²⁴⁸ Sak C-179/16 *Hoffman-La Roche* avsnitt 147.

Kontekstvurderingen kan bekrefte eller avkrefte presumpsjonen om konkurranseskade som er oppstilt i det første trinnet. Vurderingen skal derimot ikke gli over i en virkningsanalyse. Der som det ikke praktiseres et klart skille mellom de to, kan skillet mellom formålsovertredelser og virkningsovertredelser i praksis bli utvasket.²⁴⁹

7.3 Forholdet mellom kontekstvurderingens intensitet og erfaringsgrunnlag for konkurranseskade

Kontekstvurderingen kan ses i sammenheng med at det for formålsovertredelser kreves et solid og pålitelig erfaringsgrunnlag for konkurranseskade.²⁵⁰ Selv om det stilles et slikt krav skal ikke formålsovertredelsen begrenses til en kategori av overtredelser.²⁵¹ Dette innebærer at konkurransemyndighetene eller domstolene kan stå overfor tilfeller hvor det enten foreligger, eller ikke foreligger, klar vedtaks- og rettspraksis for at informasjonsutvekslingen er konkurransebegrensende etter sitt formål.²⁵²

Der informasjonsutvekslingen understøtter et kartellsamarbeid, eksisterer det klar vedtaks- og rettspraksis for at informasjonsutvekslingen er konkurransebegrensende etter sitt formål.²⁵³ Praksisen er et utslag av generelle erfaringer for at denne typen samarbeid inngås av konkurransebegrensende årsaker, og ikke konkurransefremmende.²⁵⁴ Tilsvarende gjelder for informasjonsutvekslinger som utgjør en klassisk formålsovertredelse.²⁵⁵

For disse tilfellene har EU-domstolen slått fast at kontekstvurderingen kan begrenses «to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object».²⁵⁶ Tilsvarende har Underretten slått fast at der konkurrenter utveksler «sensitive information which is relevant to their respective pricing models», kan kontekstvurderingen «naturally be limited to what is strictly necessary».²⁵⁷ Dette tilsier at kontekstvurderingens funksjon i disse tilfellene blir å bekrefte presumpsjonen om konkurranseskade, snarere enn å avkrefte den.

²⁴⁹ Sak E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 58 og *Wish* (2021) s. 130.

²⁵⁰ Sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 76.

²⁵¹ Østerud (2021) s. 323.

²⁵² *Wish* (2021) s. 131.

²⁵³ Se kapittel 4.

²⁵⁴ Bellamy (2018) s. 169, samt lignende betraktninger i EU-kommisjonens retningslinjer avsnitt 73.

²⁵⁵ Se kapittel 5.

²⁵⁶ Sak C-374/14 P *Toshiba v Commission* avsnitt 29.

²⁵⁷ Sak T-240/17 *Campine* avsnitt 295.

Kontekstvurderingen kan derimot få større betydning for formålsvurderingen av informasjonsutveksling som faller utenfor disse tilfellene.²⁵⁸ Her foreligger det ikke en like klar vedtaks- og rettspraksis for at informasjonsutvekslingen fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål. Selv om en slik praksis ikke er avgjørende, taler det for en mer intens kontekstvurdering slik at det kan det finnes frem til andre omstendigheter som bekrefter at informasjonsutvekslingen fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til at en virkningsvurdering er unødvendig.²⁵⁹

En sjekk av de ytre omstendighetene kan også avdekke om informasjonsutvekslingen har en annen plausibel forklaring enn å begrense konkurransen.²⁶⁰ Alternative begrunnelser kan tilsi at informasjonsutvekslingen ikke oppfyller presumpsjonen om konkurranseskade.²⁶¹ I så fall kan det tale for at informasjonsutvekslingen bør vurderes under virkningsalternativet.

Et fellestrekk for tilfellene som er gjennomgått i kapittel 4 og 5 er at de vanskelig kan ha en annen plausibel forklaring enn å begrense konkurransen. For eksempel fantes det ikke argumenter i verken *Tate & Lyle* og *T-Mobile* for hvorfor konkurrentene trengte informasjon om hverandres fremtidige priser eller faktorer med avgjørende betydning for disse.²⁶² Heller ikke i *E-Books* forelå det en annen plausibel forklaring for informasjonsutvekslingen enn at forlagene hadde til hensikt å endre salgsmodellen for å oppnå et høyere prisnivå.²⁶³

Under kontekstvurderingen i *Car Emissions* vurderte EU-kommisjonen derimot om informasjonsutvekslingen hadde en annen plausibel forklaring enn å begrense konkurransen.²⁶⁴ Under det første trinnet fant EU-kommisjonen at formålet med bilprodusentenes informasjonsutveksling, var å enes om en produktgenskap av relevans for forbrukerne. Det aktuelle produktet var dieselmotorer, og den aktuelle produktgenskapen relaterte seg til AdBlue-tankstørrelser. AdBlue er en dieseleksosvæske som brukes til å redusere mengden luftforurensning som skapes av en dieselmotor.²⁶⁵ Det ble vist til at bilprodusentene samlet hadde

²⁵⁸ Se for eksempel flertallets uttalelse i LB-2018-161470 punkt 2.3.2 hvor det ble uttalt at «[f]lertallet antar imidlertid at intensiteten i den konkrete vurderingen av samarbeidets rettslige og økonomiske kontekst i trinn to i analysen vil kunne avhenge av om det er tale om en etablert eller «ny» formålskategori».

²⁵⁹ Bellamy (2018) s. 169.

²⁶⁰ Dette er også lagt til grunn av EU-domstolen i sak C-179/16 *Hoffman-La Roche* avsnitt 148.

²⁶¹ Bellamy (2018) s. 168.

²⁶² Gassler (2021) s. 200.

²⁶³ Gassler (2021) s. 200.

²⁶⁴ AT.40178 *Car Emissions* avsnitt 129-138.

²⁶⁵ Arom-Dekor (2020).

betydelig markedsmakt, og at dieselpersonbiler var et spesifikt trekk ved det aktuelle markedet.²⁶⁶

På tidspunktet for informasjonsutvekslingen jobbet bilprodusentene i fellesskap om å overtale mineraloljeindustrien til å bygge en kundevennlig AdBlue-påfyllingsinfrastruktur. I den forbindelse hevdet bilprodusentene at informasjonsutvekslingen var nødvendig for å oppnå dette formålet. EU-kommisjonen viste til at det kan foreligge en formålsovertredelse selv om foretakssamarbeidet samtidig tjener til et legitimt formål, og at dette særlig gjør seg særlig gjeldende der koordineringen går utover det som er nødvendig for å oppnå det legitime formålet. For å fremme utbygningen av AdBlue-påfyllingsinfrastruktur, var det etter EU-kommisjonens syn ikke nødvendig at konkurrentene utvekslet informasjon med formål om å enes om en tankstørrelse.²⁶⁷

Avgjørelsen underbygger slutningen om at informasjonsutveksling om sentrale konkurranseparametere vanskelig kan ha en annen plausibel forklaring enn å begrense konkurransen. Selv om informasjonsutvekslingen kunne relateres til et legitimt formål, utgjorde produktegenskapen en sentral konkurranseparameter som ville eliminere konkurranse mellom bilprodusentene, og få indirekte betydning for pris.²⁶⁸ Ytre omstendigheter rundt en informasjonsutveksling som realiserer en slik type samordning kan derfor vanskelig avkrefte presumpsjonen om konkurranseskade.

For mindre klare tilfeller kan det derimot tenkes at en annen plausibel forklaring for samarbeidet kan avkrefte presumpsjonen for konkurranseskade, slik at det må foretas en virkningsanalyse. Som eksempel kan det vises til at EU-domstolen i *Generics* slo fast at den aktuelle «pay-for-delay»-avtalen bare kunne anses som en formålsbegrensning i mangel av en annen plausibel forklaring.²⁶⁹

I forlengelsen av dette har EU-domstolen bekreftet at konkurransefremmende virkninger er av relevans i formålsvurderingen.²⁷⁰ Hensikten er ikke å innføre en såkalt «rule of reason» hvor konkurransefremmende- og konkurransebegrensende virkninger veies opp mot hverandre.²⁷¹ Å hensynta konkurransefremmende virkninger skal derimot bidra til å forstå «the objective

²⁶⁶ AT.40178 *Car Emissions* avsnitt 129-138.

²⁶⁷ AT.40178 *Car Emissions* avsnitt 132-134.

²⁶⁸ Se punkt 5.4.

²⁶⁹ Sak C-307/18 *Generics* avsnitt 85-89.

²⁷⁰ Gassler (2021) s. 85 under henvisning til sak C-307/18 *Generics* og sak C-228/18 *Budapest Bank*.

²⁷¹ Sak C-307/18 *Generics* avsnitt 104.

seriousness of the practice concerned and, consequently, to determine the means of proving it». ²⁷²

Vurderingen av konkurransefremmende virkninger under formålsalternativet tilsvarende ikke vurderingen i konkurranseloven § 10 (3) om unntak for konkurransebegrensende samarbeid som skaper effektivitetsgevinster. Som påpekt av Colomo har vurderingene ulike målsettinger. ²⁷³ Tredje ledd kommer først til anvendelse etter at det er slått fast om informasjonsutvekslingen har til «formål» eller «virkning» å begrense konkurransen. Hvorvidt informasjonsutvekslingen likevel må tillates som følge av effektivitetsgevinster beror da på en dypere analyse og avveining mellom positive og negative virkninger, hvor foretakene har bevisbyrden. ²⁷⁴

Hvis det derimot foreligger konkurransefremmende virkninger som er relevante og spesifikke for den aktuelle informasjonsutvekslingen, kan det tale for at presumpsjonen om konkurranse-skade ikke kan opprettholdes, og at informasjonsutvekslingen heller må vurderes under virkningsalternativet. ²⁷⁵ Dette kan ses i sammenheng med at konstateringen av et konkurransebegrensende formål fritar konkurransemyndighetene fra å sannsynliggjøre konkurranse-skadelige virkninger som følge av et klart erfaringsgrunnlag for konkurranse-skade. ²⁷⁶ For å bekrefte erfaringsgrunnlaget i det konkrete tilfellet må det derfor i ses hen til alle relevante omstendigheter i kontekstvurderingen som kan reise tvil om presumpsjonen for konkurranse-skade. ²⁷⁷

Ettersom kontekstvurderingen ikke skal gli over i en virkningsanalyse, må det være tilstrekkelig med en overfladisk vurdering av de konkurransefremmende virkningene. ²⁷⁸ Dersom det må foretas en for intens og omfattende vurdering for å bekrefte informasjonsutvekslingens konkurransebegrensende formål, kan det i seg selv utgjøre et argument for at informasjonsutvekslingen heller bør vurderes under virkningsalternativet. ²⁷⁹

På bakgrunn av EU-domstolens praksis har Høyesterett lagt til grunn at vurderingstemaet er om det «foreligger konkurransefremmende virkninger av et slikt omfang at det gir rimelig tvil om samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen». ²⁸⁰ I HR-2021-1086-A hevdet bokforlagene at samarbeidets konkurransefremmende virkninger ga grunn til slik tvil, og at lo-

²⁷² Sak C-307/18 *Generics* avsnitt 104.

²⁷³ Colomo (2019).

²⁷⁴ Colomo (2019).

²⁷⁵ Sak C-307/18 *Generics* avsnitt 104-105.

²⁷⁶ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-307/18 *Generics* avsnitt 159.

²⁷⁷ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-307/18 *Generics* avsnitt 160.

²⁷⁸ Colomo (2019).

²⁷⁹ Gassler (2021) s. 98.

²⁸⁰ HR-2021-1086-A avsnitt 89.

vens krav for å kunne betrakte samarbeidet som en formålsbegrensning var dermed ikke var oppfylt.²⁸¹

I den forbindelse la Høyesterett til grunn at lagmannsretten hadde anvendt riktig vurderings-tema, og at lagmannsrettens uttrykksmåte overlot liten tvil om at den anså at de påberopte konkurransefremmende virkningene ikke var «store nok til å skape tvil om at samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen».²⁸² Den konkrete vurderingen av de konkurransefremmende virkningene lå utenfor det Høyesterett kunne prøve.²⁸³

I lagmannsrettens vurdering av de konkurransefremmende virkningene ble det ikke skilt mellom informasjonsutvekslingen og avtalen om kollektiv boikott.²⁸⁴ Det aktuelle samarbeidet skjedde innen rammene for forlagenes samarbeid i Bladcentralen, som etter flertallets syn hadde «klare konkurransefremmende virkninger». Dette ble ansett som et sterkt argument for at det var rimelig tvil om det aktuelle samarbeidet var tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å utgjøre en formålsovertredelse.

Flertallet viste imidlertid til at de konkurransefremmende virkningene var «for usikre til å kunne reise tvil om samarbeidets skadeevne». Det ble blant annet vist til andre måter de påståtte konkurransefremmende virkningene kunne realiseres på, og at en «full effekt» av de konkurransefremmende virkningene neppe kunne realiseres ved samarbeidet alene.

Lagmannsrettens henvisning til at det foreligger «klare konkurransefremmende virkninger», kan tilsi at det foreligger en relevant omstendighet som kan reise tvil om presumpsjonen for konkurranseskade. Når det samtidig vises til at disse er for uklare i det konkrete tilfellet, herunder argumenter for hvorfor, tilsier det at lagmannsretten beveger seg over i en virkningsvurdering. Som forklart ovenfor skal vurderingen av konkurransefremmende virkninger bare foretas på et overfladisk nivå, og ikke gli over i en virkningsanalyse eller en avveining av positive og negative virkninger av foretakssamarbeidet. Når det er slått fast at de konkurransefremmende virkningene er «klare» og anført «med styrke»,²⁸⁵ taler det for at samarbeidet ikke fremstår som «tilstrekkelig skadelig».

Det kan også vises til at Høyesterett la til grunn at lagmannsretten hadde «foretatt en omfattende vurdering av markedets struktur og funksjonsmåte og av samarbeidets eventuelle kon-

²⁸¹ HR-2021-1086-A avsnitt 84.

²⁸² HR-2021-1086-A avsnitt 89.

²⁸³ HR-2021-1086-A avsnitt 90.

²⁸⁴ LB-2018-161470. Vurderingen er inntatt i flertallets votum punkt 2.3.2.

²⁸⁵ LB-2018-161470 flertallets votum punkt 2.3.2.

kurranserefremmende virkninger».²⁸⁶ På den ene side fremstår uttalelsen som en bekreftelse av at lagmannsrettens kontekstvurdering oppfyller de rettslige kriteriene som ligger til grunn for denne. På den annen side taler formuleringen for en intens kontekstvurdering ved å vise til ordet «omfattende». Dette kan, som nevnt, utgjøre et argument for at informasjonsutvekslingen burde vurderes under virkningsalternativet.

Til sammenligning kan det vises til *Asnef-Equifax* hvor EU-domstolen slo fast at det aktuelle informasjonsutvekslingssystemet var «capable [...] of improving the functioning of the supply credit».²⁸⁷ Informasjonsutvekslingssystemet kunne derfor ikke anses for å ha et konkurransebegrensende formål etter sin art, hvilket medførte at det måtte foretas en virkningsvurdering.²⁸⁸ Avgjørelsen illustrerer at betydningen av kurranserefremmende virkninger ble foretatt på et mer overfladisk nivå for å illustrere at det ikke forelå en formålsbegrensning.

Det kan etter dette stilles spørsmål ved om det var korrekt av lagmannsretten å ikke foreta en virkningsanalyse når den kom til at det forelå «klare konkurransefremmende virkninger».

7.4 Oppsummering

I dette kapittelet var formålsanalysens andre trinn anvendt på foretakssamarbeid i form av informasjonsutveksling gjenstand for undersøkelse. Spørsmålet var om kontekstvurderingen kan tilbakevise funnet av informasjonsutvekslingens konkurransebegrensende formål.

Undersøkelsen viser at kontekstvurderingens intensitet avhenger av hvilket og hvor omfattende erfaringsgrunnlag som eksisterer for konkurranseskade i det konkrete tilfellet. Der det er tale om informasjonsutveksling som understøtter et kartellsamarbeid eller informasjonsutvekslinger som utgjør klassiske formålsbegrensninger, kan kontekstvurderingen begrenses til det som er nødvendig for å slå fast at informasjonsutvekslingen er «tilstrekkelig skadelig» i det konkrete tilfellet. Dette har sammenheng med at det for disse tilfellene foreligger et solid og pålitelig erfaringsgrunnlag for konkurranseskade, samt at de ikke synes å ha en annen plausibel forklaring enn å begrense konkurransen.

Derimot kan kontekstvurderingen få større betydning og bli mer intens der det ikke foreligger et like klart erfaringsgrunnlag for konkurranseskade. For disse tilfellene kan det ikke stilles krav om at en konkurransemyndighet eller domstol tidligere har vurdert informasjonsutvekslingen som en formålsbegrensning.²⁸⁹ I så fall ville formålsklassifiseringen bero på etablerte

²⁸⁶ HR-2021-1086-A avsnitt 87.

²⁸⁷ Sak C-238/05 *Asnef Equifax* avsnitt 47.

²⁸⁸ Sak C-238/05 *Asnef Equifax* avsnitt 48.

²⁸⁹ Bellamy (2018) s. 169.

kategorier, snarere enn en konkret og individuell vurdering av den aktuelle informasjonsutvekslingen. For å forstå informasjonsutvekslingens alvorlighetsgrad og dermed avgjøre hvilket alternativ den skal vurderes under, må det imidlertid ses hen til alle relevante omstendigheter som kan bekrefte eller avkrefte presumpsjonen om konkurranseskade.

For disse tilfellene kan påberopelsen av konkurransefremmende virkninger utgjøre et sentralt argument. Virkningene må imidlertid være så relevante og omfattende at de kan reise rimelig tvil om at informasjonsutvekslingen ikke fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å utgjøre en formålsbegrensning. Dersom denne vurderingen blir for intens eller omfattende, taler det for at kriteriet er oppfylt slik at det må foretas en virkningsvurdering.

For disse tilfellene vil det være nødvendig med en mer inngående kontekstvurdering.²⁹⁰ På den måten identifiseres om formålsklassifiseringen bør opprettholdes, eller om den må tilbakevises slik at informasjonsutvekslingen må vurderes under virkningsalternativet.

²⁹⁰ Wish (2021) s. 131.

8 Avslutning

Avhandlingens tema har vært formålsalternativet i konkurranseloven § 10 (1) anvendt på konkurransamarbeid i form av informasjonsutveksling. Hovedproblemstillingen var når informasjonsutveksling må anses for å ha et konkurransebegrensende «formål» etter § 10 (1). Ettersom informasjonsutvekslinger kan virke både positivt og negativt på konkurransen, hadde avhandlingen til hensikt å finne frem til hvilke faktorer som etter rettspraksis er avgjørende for å trekke opp grensen for når informasjonsutveksling mellom konkurrenter har til «formål» å begrense konkurransen etter krrl. § 10 (1).

I tilfeller av informasjonsutveksling som understøtter kartellsamarbeid, følger det av rettspraksis at disse som hovedregel utgjør formålsovertredelser. I disse tilfellene er det etablert en konkurranseskadelig samordning i form av et kartell, og det oppstår ingen risiko for at konkurransefremmende informasjonsutvekslinger forbyes. Vurderingen i kapittel 5 viser at tilsvarende gjør seg gjeldende for informasjonsutvekslinger som har som fellestrekk at konkurrenter settes i stand til å etablere et høyere prisnivå uten å risikere å miste markedsandeler. I tilfeller hvor informasjonsutveksling direkte vil kunne føre til priskoordinering, er konkurranseskaden åpenbar. Henføring under formålsalternativet kan føre til at de mest konkurranseskadelige informasjonsutvekslingene avskrekkes og forbyes. Dette er i tråd med at formålsalternativet generelt skal ramme samarbeid som etter sin art er «tilstrekkelig skadelig» for konkurransen til at konkurransebegrensende virkninger ikke må påvises.²⁹¹

Diskusjonen i kapittel 6 indikerer videre at Høyesterett synes å ha utvidet formålsalternativets anvendelsesområde på informasjonsutveksling utover de etablerte formålsbegrensningene. Terskelen virker å være senket i forhold til det som følger av EU-domstolens praksis. Utvidelse av anvendelsesområde medfører risiko for at nøytrale eller konkurransefremmende informasjonsutvekslinger avskrekkes og forbyes.

Der terskelen virker å være senket, kan det legges til rette for en mer inngående kontekstvurdering. Kontekstvurderingens intensitet avhenger av erfaringsgrunnlag for konkurranseskade. Hver gang det slås fast at en ny type informasjonsutveksling fremstår som «tilstrekkelig skadelig» etter sin art, utvikles erfaringsgrunnlaget i tråd med praksisen. Det vil da foreligge et klarere erfaringsgrunnlag for formålsklassifiseringen neste gang den aktuelle informasjonen utveksles. På den måten utvikles et mer solid og pålitelig erfaringsgrunnlag for at ulike typer informasjonsutvekslinger fremstår som «tilstrekkelig skadelig» til å begrense konkurransen etter sitt formål. Dersom slikt erfaringsgrunnlag ikke foreligger, må det oppstilles et strengt

²⁹¹ HR-2017-1229-A avsnitt 39.

krav til hvilke informasjonsutvekslinger som karakteriseres som formålsovertredelser for å unngå en potensielt konkurranseskadelig anvendelse av formålsalternativet.

Litteraturliste

Norske rettskilder

Lover og forarbeider

- 2004 Lov 05. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).
- Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). A) om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Rettspraksis

- Rt. 2012. s. 1729. Gran & Ekran.
- HR-2017-1229-A. Ski Taxi.
- HR-2021-1086-A.
- LB-2018-161470.

Konkurransetilsynets vedtak

- V2017-18.
- V2020-26. Circle K.
- V2020-27. YX.
- Konkurransetilsynets veileder (2014). Drivstoffmarkedet – veiledning om anvendelse av konkurranse-loven § 10 ved informasjonsutveksling.

Internasjonale rettskilder

Traktater

- EØS-avtalen. Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), 2. mai 1992. Inntatt i Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

TFEU. Treaty on the Functioning of the European Union. Consolidated version 2016. OJ C 202, 7.6.2016, p. 13-388 (EN).

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-7/01. Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad med flere og Hydro Texaco AS.

Sak E-3/16. Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS og den norske stat ved Konkurransetilsynet Hegelstad.

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-56/65 *STM*. Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) (1966).
ECLI:EU:C:1966:38.

Sak C-48/69 *ICI v Commission* avsnitt 64. Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities (1972).
ECLI:EU:C:1972:70.

Forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie*. Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities (1975).
ECLI:EU:C:1975:174.

Forente saker C-89/85 mv. *Wood Pulp*. A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities (1993).
ECLI:EU:C:1993:120.

Sak C-7/95 P *John Deere*. John Deere Ltd v Commission of the European Communities (1998).
ECLI:EU:C:1998:256.

Sak C-49/92 P *Anic*. Commission of the European Communities v Anic Partecipazioni SpA (1999).
ECLI:EU:C:1999:356.

Sak C-238/05 *Asnef-Equifax*. Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) (2006).
ECLI:EU:C:2006:734.

Sak C-209/07 *Beef Industry*. Competition Authority v Beef Industry Development Society

<i>Development Society.</i>	Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (2008). ECLI:EU:C:2008:643.
Sak C-8/08 <i>T-Mobile.</i>	T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (2009). ECLI:EU:C:2009:343.
Sak C-373/14 P <i>Toshiba v Commission.</i>	Toshiba Corporation v European Commission (2016) ECLI:EU:C:2016:26
Sak C-67/13 <i>CB.</i>	Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (2014). ECLI:EU:C:2014:2204.
Sak C-286/13 P <i>Dole.</i>	Dole Food Company, Inc. and Dole Fresh Fruit Europe v European Commission (2015). ECLI:EU:C:2015:184.
Sak C-179/16 <i>Hoffmann-La Roche.</i>	F. Hoffmann-La Roche Ltd and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018). ECLI:EU:C:2018:25.
Sak C-98/17 P <i>Smart card chips.</i>	Koninklijke Philips NV and Philips France v European Commission (2018). ECLI:EU:C:2018:774.
Sak C-307/18 <i>Generics.</i>	Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority (2020). ECLI:EU:C:2020:52.
Sak C-228/18 <i>Budapest Bank.</i>	Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others (2020). ECLI:EU:C:2020:265.
Avgjørelser fra Underretten	
Sak T-35/92 <i>John Deere.</i>	John Deere Ltd v Commission of the European Communities (1994). ECLI:EU:T:1994:259.
Sak T-141/94 <i>Thyssen Stahl.</i>	Thyssen Stahl AG v Commission of the European Communities (1999). ECLI:EU:T:1999:48.

Sak T-202/98 <i>Tate & Lyle</i> .	Tate & Lyle plc, British Sugar plc and Napier Brown & Co. Ltd v Commission of the European Communities (2001) ECLI:EU:T:2001:185.
Sak T-587/08 <i>Fresh Del Monte Produce v Commission</i> .	Fresh Del Monte Produce, Inc. v European Commission (2013) ECLI:EU:T:2013:129.
Sak T-588/08 <i>Dole Food v Commission</i> .	Dole Food Company, Inc. and Dole Germany OHG v European Commission (2013). ECLI:EU:T:2013:130.
Sak T-404/08.	Fluorsid SpA and Minmet financing Co. v European Commission (2013). ECLI:EU:T:2013:321.
Sak T-406/08.	Industries chimiques du fluor (ICF) v European Commission (2013). ECLI:EU:T:2013:322.
Sak T-762/14 <i>Philips and Philips France v Commission</i> .	Koninklijke Philips NV and Philips France v European Commission (2016). ECLI:EU:T:2016:738.
Sak T-240/17 <i>Campine</i> .	Campine NV and Campine Recycling NV v European Commission (2019). ECLI:EU:T:2019:778.

Uttalelser fra Generaladvokater

Generaladvokat KoKotts forslag til avgjørelse i sak C-8/08 <i>T-Mobile</i> .	T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (2009). ECLI:EU:C:2009:110.
Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-307/18 <i>Generics</i> .	Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority (2020). ECLI:EU:C:2020:28.
Bobeks Forslag til avgjørelse i sak C-228/18 <i>Budapest Bank</i> .	Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. and Others (2020). ECLI:EU:C:2019:678.

Avgjørelser fra EU-Kommisjonen

- IV/31.128 *Fatty Acids*. COMMISSION DECISION of 2 December 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.128 — Fatty Acids).
- IV/33.815 og 35.842 *Eudim*. Notice pursuant to Article 19 (3) of Council Régulation No 1 7 (Case No IV/33.815 , 35.842 — Eudim).
- COMP/39188 *Bananas*. Commission Decision of 15 X 2008 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty (Case COMP/39188 – Bananas).
- COMP/39.180 *Aluminium Fluoride*. Commission Decision of 25 June 2008 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (COMP/39.180 – Aluminium fluoride C(2008) 3043 final).
- COMP/39.406 *Marine Hoses*. Commission Decision of 28.1.2009 relating to a proceeding under Article 81 of the Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/39406 - Marine Hoses).
- AT.39847 *E-Books*. Commission Decision of 12.12.2012 relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/39847 - E-BOOKS).
- AT.39574 *Smart Card Chips*. Commission Decision of 3.9.2014 relating to proceedings under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (Case AT.39574 – Smart Card Chips).
- AT.39850 *Container Shipping*. Commission Decision of 7.7.2016 relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (Case AT.39850 Container Shipping).
- AT.40178 *Car Emissions*. Commission Decision of 8.7.2021 relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (AT.40178 - Car Emissions).

Retningslinjer

- EU-kommisjonens meddelelse om lempning av bøter i Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, 2006/C 298/11.

kartellsaker.

EU-kommisjonens retningslinjer.

European Commission. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ 2011/C 011/01.

ESAs retningslinjer.

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler, 2013/EØS/69/01.

Utkast til EU-kommisjonens nye retningslinjer.

European Commission. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, DRAFT, publisert 1. mars 2022.

https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_en (hentet 29. mars 2022).

Litteratur

Bøker

Odudu (2006).

Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

Kolstad (2007).

Kolstad, Olav, Anders Chr. Stray Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng, *Atferdsregler og strukturkontroll*, bind 1 av 2, *Norsk konkurranserett*, 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2007.

Evensen (2009).

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 1. utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2009.

Bellamy (2018).

Bellamy, Christopher, Graham D. Child, red. David Bailey og Laura Elizabeth John, *European Union Law of Competition*, 8. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2018.

Jones (2019).

Jones, Alison, Brenda Sufrin og Niamh Dunne, *EU Competition Law, text, cases, and materials*, 7. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2019.

- Østerud (2021). Østerud, Eirik, Ole-Andreas Rognstad, Harald Irgens-Jensen, Kristina Stenvik og Inger Berg Ørstavik, *Markedsrett, Innføring i markedsførings-, konkurranse- og immaterialrett*, Oslo: Universitetsforlaget, 2021.
- Gassler (2021). Gassler, Martin, *Information Exchange Between Competitors in EU Competition Law* (International Competition Law Series), Wolters Kluwer: Kluwer Law International B.V, 2021.
- Wish (2021). Whish, Richard og David Bailey. *Competition Law*, 10. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2021.

Artikler

- Kolstad (2008). Kolstad, Olav, *Rettsøkonomi i juridisk argumentasjon*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 121, 2008, side 393-441
- Meyring (2010). Meyring, Bernd, *T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors Case C-8/08 T-Mobile Netherlands and others [2009] ECR 0000*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, Vol. 1, No. 1, s. 30–32, <https://academic.oup.com/jeclap/article/1/1/30/1801959> (hentet 01. april 2022).
- Odudu (2011). Odudu, Okeoghene, *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, *European Competition Journal*, 2011, ecj vol. 7 no 2, s. 205–242, [Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion \(uio.no\)](https://www.uio.no/aktuelt/rettsvitenskap/2011/02/indirect-information-exchange-the-constituent-elements-of-hub-and-spoke-collusion) (hentet 10. februar 2022).
- Colomo (2019). Colomo, Pablo Ibanez. «Persistent myths in competition law (I), ‘the pro-competitive aspects of an agreement can only be considered under article 101 (3) TFEU’» (13. mai 2019) <https://chillingcompetition.com/2019/05/13/persistent-myths-in-competition-law-i-the-pro-competitive-aspects-of-an-agreement-can-only-be-considered-under-article-1013-tfeu/> (hentet 04. april 2022).
- Arom-Dekor (2020). Arom-Dekor. «AdBlue, hve er det, og hvorfor må man ha det?»

(2020) <https://aromdekor.no/adblue-hve-er-det-og-hvorfor-man-ha-det/> (hentet 29. mars 2022).

Hjelmeng (2021a).

Hjelmeng, Erling og Østerud, Eirik, *Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, jf. konkurranseloven § 10 - Høyesteretts dom 21. mai 2021, HR-2021-1086-A, Cappelen Damm Holding AS / Cappelen Damm AS og Gyldendal ASA / Gyldendal Norsk Forlag AS mot Staten v/Konkurransetilsynet*, *Nytt i privatretten*, Nr. 3, 2021, [Lest i Rettsdata].

Hjelmeng (2021b).

Hjelmeng, Erling og Foros, Øystein, *Prissignalisering og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, *Tidsskrift for forretningsjus*, vol.27 (2), 2021, side 183-210.