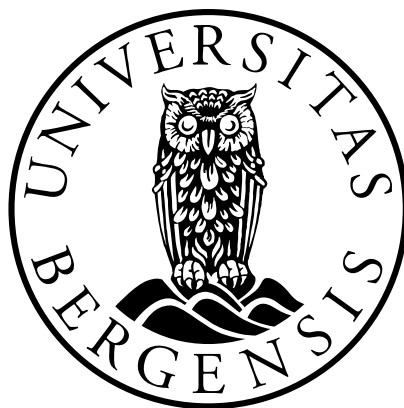


Informasjonsutveksling med konkurranseregulerende formål

*Reglene for når informasjonsutveksling mellom
konkurrenter i et marked utgjør en
formålsovertredelse etter konkurranseloven § 10*

Kandidatnummer: 46

Antall ord: 14 947



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

Innholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| Innholdsfortegnelse | 1 |
| 1 Innledning..... | 3 |
| 1.1 Presentasjon av problemstilling og tematikk..... | 3 |
| 1.2 Aktualitet | 4 |
| 1.3 Rettskildebilde og metode | 5 |
| 1.3.1 Generelt | 5 |
| 1.3.2 Den rettskildemessige betydningen av EU-kommisjonens horisontale retningslinjer..... | 7 |
| 1.4 Videre fremstilling..... | 8 |
| 2 Vilkåret om konkurransebegrensende formål | 9 |
| 2.1 Innledning..... | 9 |
| 2.2 Formålsvurderingen..... | 9 |
| 2.2.1 Utgangspunkter | 9 |
| 2.2.2 Innholdet i formålsvurderingen..... | 10 |
| 2.3 Konkurransebegrensende formål og virkning | 12 |
| 2.3.1 Sondringen mellom formålsvilkåret og virkningsvilkåret | 12 |
| 2.3.2 Fordeler og ulemper med en egen formålskategori..... | 13 |
| 2.4 Vilkåret om konkurransebegrensninger og samarbeidsvilkåret | 16 |
| 3 Informasjonsutveksling som konkurransebegrensning | 19 |
| 3.1 Virkningene av informasjonsutveksling..... | 19 |
| 3.2 Hvordan informasjonsutveksling kan begrense konkurranse | 19 |
| 3.3 Relevante karakteristikk ved konkurransebegrensende informasjonsutveksling ... | 21 |
| 3.4 Nærmere om offentlig informasjonsutveksling..... | 23 |
| 3.5 Informasjonsutveksling som kartell..... | 25 |
| 4 Informasjonsutveksling som formålsovertredelse..... | 27 |
| 4.1 Innledning..... | 27 |
| 4.2 Fatty Acids..... | 27 |
| 4.3 Tate & Lyle..... | 28 |
| 4.4 T-Mobile..... | 29 |
| 4.4.1 Saksforhold..... | 29 |
| 4.4.2 Prinsippet om reduksjon av usikkerhet | 30 |

| | | |
|-------|---|----|
| 4.4.3 | Egnetstesten..... | 32 |
| 4.4.4 | Oppsummering og kritikk | 33 |
| 4.5 | EU-kommisjonens horisontale retningslinjer | 34 |
| 4.6 | E-Book..... | 35 |
| 4.7 | Dole | 37 |
| 4.8 | Forex..... | 39 |
| 4.9 | Forlagssaken | 41 |
| 4.9.1 | Saksforhold..... | 41 |
| 4.9.2 | Høyesteretts vurdering av forlagenes informasjonsutveksling som formålsovertredelse | 42 |
| 4.9.3 | Mulig sammenblanding med samarbeidsvilkåret..... | 44 |
| 4.9.4 | Sakens betydning for formålsvurderingen ved informasjonsutveksling | 45 |
| 4.10 | Utkast til nye horisontale retningslinjer | 46 |
| 4.11 | Oppsummering av rettstilstanden | 48 |
| 5 | Rettspolitiske betraktninger..... | 50 |
| | Litteraturliste | 53 |

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstilling og tematikk

Oppgavens problemstilling er hvilke karakteristikk som er avgjørende ved kvalifiseringen av informasjonsutveksling mellom foretak som en formålsovertredelse etter konkurranseloven § 10 første ledd.¹ Hovedfokuset i oppgaven vil være utveksling av informasjon mellom foretak som opererer på samme omsetningsledd i et marked og dermed er i et horisontalt konkurranseforhold.²

Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr samarbeid mellom konkurrenter som har til formål å begrense konkurranse. Formålsregelen rammer samarbeid som anses så skadelig for konkurransen at det er unødvendig å foreta nærmere undersøkelser av samarbeidets virkninger på markedet.³ Følgelig oppstiller formålsregelen en presumsjon om at visse samarbeidsformer vil virke konkurransebegrensende.⁴ Dette gjør det lettere for konkurransemyndighetene å avgjøre hvorvidt samarbeid har konkurransebegrensende formål, og legger dermed opp til en ressursbesparende og effektiv håndhevelse av forbudet.⁵ Imidlertid går dette på bekostning av grundigheten i de vurderingene som foretas, hvilket kan vanskeliggjøre anvendelsen av formålsregelen på samarbeid i form av informasjonsutveksling.

Utfordringene følger av at informasjonsutveksling forekommer i mange ulike former og sammenhenger. Det er vanlig, og ofte nødvendig, med en viss informasjonsflyt for velfungerende markeder.⁶ Jo mer informasjon foretak har om markedsforhold, etterspørsel, produksjonskapasitet og konkurrenters investeringsplaner, desto lettere kan de ta produktive og kostnadsbesparende valg.⁷ Dette kan gi lavere priser og større valgfrihet for forbrukerne. Konkurrentenes økte kunnskap rundt hverandres markedsstrategier kan imidlertid også gi dem incentiv til å samarbeide på konkurransebegrensende måter, for eksempel gjennom

¹ Lov 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

² Whish og Bailey (2018) s. 3.

³ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 49.

⁴ OECD (2017) s. 16.

⁵ *Ibid* s. 11.

⁶ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 57.

⁷ Whish og Bailey (2018) s. 552.

priskoordinering.⁸ Hva som vil være virkningen av en informasjonsutveksling fordrer i utgangspunktet en vurdering av sakens konkrete omstendigheter. Dette gjør det vanskelig å trekke generelle slutninger både med hensyn til hvilke informasjonsutvekslinger som er konkurranseskadelige og når en informasjonsutveksling er konkurranseskadelig nok til å utgjøre en formålsrestriksjon. Siktemålet med oppgaven er å bidra til en klargjøring av det siste spørsmålet.

De fleste konkurransebegrensende samarbeid inneholder en eller annen form for informasjonsutveksling.⁹ Det må derfor distingveres mellom informasjonsutveksling som selvstendig overtredelse av konkurranseloven § 10 og informasjonsutveksling som ledd i et mer omfattende ulovlig samarbeid.¹⁰ Oppgaven vil se på det førstnevnte, såkalt ren informasjonsutveksling.

Hvilken fremgangsmåte konkurrenter bruker for å utveksle informasjon er i utgangspunktet uten betydning for formålsvurderingen. I hovedsak deles informasjon enten mellom konkurrentene direkte, eller via en sammenslutning eller annen tredjepart, hvilket kalles for en "hub-and-spoke"-ordning.¹¹ Det avgjørende er i alle tilfeller virkningen av selve informasjonsutvekslingen.¹²

1.2 Aktualitet

Informasjonsutveksling som formålsovertredelse er et hyppig debattert tema i konkurranseretten, og det har i årenes løp blitt gjort en rekke forsøk på å avklare og sammenfatte rettstilstanden.¹³ Ett nylig bidrag fra litteraturen er Martin Gasslers *Information Exchange Between Competitors in EU Competition Law*, som gir en god og helhetlig fremstilling av den konkurranserettslige analysen av ren informasjonsutveksling.¹⁴ Som oppgavens kapittel 4 vil vise, finnes det også nyere praksis og retningslinjer fra EU-kommisjonen som behandler informasjonsutveksling som formålsovertredelse. På tross av

⁸ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 58.

⁹ Kolstad og Ryssdal (2007) s. 430.

¹⁰ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 56 og Gjendemsjø (2011) s. 161.

¹¹ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 55.

¹² OECD (2019) s. 2.

¹³ Se blant annet Gassler (2021) s. 1, og Whish og Bailey (2018) s. 122.

¹⁴ Gassler (2021) s. 239.

dette, kan rettskildebildet fremdeles ikke betegnes som helt entydig, slik at den gjeldende normen på området enda ikke kan anses fullstendig avklart.¹⁵

For å illustrere hvordan informasjonsutveksling vurderes i praksis etter konkurranseloven § 10 kan det vises til Bokbasen-saken, som er en pågående sak for Konkurransetilsynet.¹⁶ Som følge av påstått ulovlig informasjonsutveksling, har tilsynet varslet at det vil ilegge overtredelsesgebyrer på totalt 502 millioner kroner til forlagene Cappelen Damm, Forlagshuset Vigmostad & Bjørke, Gyldendal og Aschehoug, samt Bokbasen.¹⁷ Konkurransetilsynets foreløpige vurdering er at forlagene over flere år har lagt informasjon om egne utgivelser, herunder priser og utgivelsesdatoer, inn i Bokbasen, som er en database for bøker. De øvrige forlagene har kunne hentet ut informasjonen gjennom et abonnement i databasen, som de også har hatt hver sin eierandel i. Tilsynet mener at Bokbasen har tilrettelagt for informasjonsutvekslingen mellom forlagene, slik at databasen også må regnes som en deltaker i samarbeidet.

Ifølge tilsynet har informasjonsutvekslingen gjort det mulig for forlagene å koordinere priser, utvalget av bøker og utgivelsestidspunkt, hvilket kan ha medført høyere priser til skade for forbrukerne. Informasjonsutveksling om fremtidige priser er i kjernen av formålsvilkåret, og tilsynets argumenter tilsier dermed at et eventuelt tilsynsvedtak vil vurdere informasjonsutvekslingen etter formålsregelen i konkurranseloven § 10.¹⁸ Dette krever imidlertid at tilsynet finner det bevist at forlagene og Bokbasen har brutt konkurranseloven. I mellomtiden kan saken kun ses på som et eksempel på at oppgavens problemstilling er svært aktuell.

1.3 Rettskildebilde og metode

1.3.1 Generelt

Oppgaven søker å bidra til klargjøring av reglene som avgjør hvorvidt informasjonsutveksling kan klassifiseres som en formålsovertredelse. Utgangspunktet er dermed en rettsdogmatisk metode, hvor analyseobjektet er vilkåret om konkurransebegrensende "formål" i

¹⁵ Se kapittel 4 og 5.

¹⁶ Konkurransetilsynet (2020).

¹⁷ Jf. konkurranseloven § 29.

¹⁸ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 73.

konkurranseloven § 10. Bestemmelsens vage og åpne ordlyd gir liten veiledning, slik at det i stor grad må ses hen til øvrige rettskilder ved utpenslingen av regelinnholdet. Med hensyn til relevant praksis ble det nylig avsagt dom i den såkalte forlagssaken, som delvis omhandlet ulovlig informasjonsutveksling.¹⁹ Forlagssaken er én av få rettskildemessige bidrag som norsk praksis gir til løsningen av problemstillingen, og vil derfor gjennomgå nokså inngående i kapittel 4.

Selv om oppgavens utgangspunkt er en analyse av norske konkurranseregler, vil også EU- og EØS-rettslige kilder være viktige. Siden Norge ikke er medlem av Den europeiske union (EU) er Traktat om den Europeiske Union (TEU) og Traktat om den Europeiske Unions Virkeområde (TEUV) ikke bindende. Gjennom Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (EØS-avtalen) er Norge likevel bundet til EUs indre marked, hvor konkurransereglene er del av EU- og EØS-rettens felles spilleregler.

Ettersom konkurransereglene i EØS-avtalen kopierer EU-rettens konkurranseregler, svarer EØS-avtalen artikkel 53 til TEUV artikkel 101. EFTA-domstolen er i utgangspunktet den autoritative fortolkeren av EØS-avtalen.²⁰ Det følger imidlertid av homogenitetsprinsippet og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) artikkel 3 nr. 2 at der EØS-regelverk er hentet fra EU-retten, skal det tolkes i tråd med EU-retten for å oppnå ensartethet i EU- og EØS-området.²¹ Dette fører i realiteten til at EU-domstolen, som EU-rettens autoritative fortolker, også er den primære fortolkeren av den felles EU- og EØS-retten.²²

Flere bestemmelser i konkurranseloven er følgelig modellert etter EU- og EØS-rettens konkurranseregler. Dette gjelder blant annet konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at "[r]ettspraksis fra EU- og EØS-retten må (...) veie tungt som rettskilde ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen".²³ Harmoniseringen med EU- og EØS-retten medfører dermed at konkurranseloven § 10 må tolkes og anvendes i lys av de føringene EU-domstolen har gitt for fortolkningen av TEUV art. 101. Imidlertid har heller ikke EU- og EØS-retten omfattende praksis om informasjonsutveksling som formålsovertredelse. Det

¹⁹ HR-2021-1086-A.

²⁰ Sejersted et al. (2011) s. 237-238.

²¹ Ibid s. 87.

²² Ibid s. 90.

²³ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 224.

finnes likevel to avgjørelser fra EU-domstolen på dette området, *T-Mobile* og *Dole*, som vil stå sentralt i den videre fremstillingen.²⁴

EU-rettens domstolssystem er hierarkisk oppbygget, med EU-domstolen (Court of Justice) som øverste instans og dermed ankeinstans for Underretten (General Court).²⁵ Av denne grunn har EU-domstolens avgjørelser større rettskildemessig vekt enn Underretten sine. Avgjørelser fra Underretten kan imidlertid utgjøre viktige tolkningsbidrag der EU-domstolen ikke har avklart rettstilstanden. Det er tilfellet for informasjonsutveksling, og i kapittel 4 vil derfor Underrettsavgjørelsen *Tate & Lyle* vurderes nærmere.²⁶

I det EU-rettslige domstolssystemet har Generaladvokatene (GA) i oppgave å fremsette begrunnede forslag til avgjørelse i saker som er forelagt EU-domstolen.²⁷ Selv om forslagene ikke er bindende for EU-domstolen, er Generaladvokatenes drøftelser ofte prinsipielle og grundige. Forslagene kan dermed ha stor argumentasjonsverdi, og vekten øker ytterligere dersom EU-domstolen tilslutter seg argumentasjonen. Oppgaven vil blant annet trekke inn GA Bobeks forslag i sak C-228/18 *Budapest Bank*, GA Wahls forslag i sak C-67/13 P *CB* og GA Kokotts forslag i sak C-8/08 *T-Mobile*.

Også avgjørelser fra EU-kommisjonen kan være av betydning, særlig der de angår spørsmål under Kommisjonens ansvarsområde som ikke er blitt behandlet av EU-domstolen. Dette gjelder blant annet informasjonsutveksling som formålsrestriksjon, og kapittel 4 vil følgelig se på Kommisjonssakene *Fatty Acid*, *E-Book* og *Forex*.²⁸ Rettskildemessig har Kommisjonsavgjørelser vekt som forvaltningspraksis.²⁹

1.3.2 Den rettskildemessige betydningen av EU-kommisjonens horisontale retningslinjer

En rettskilde som i praksis har stor betydning ved vurderingen av informasjonsutveksling er EU-kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel 101 på horisontale samarbeidsavtaler fra 2011.³⁰ Retningslinjene gir veiledning for den konkurranserettslige

²⁴ Sak C-8/08 *T-Mobile* og sak C-286/13 *Dole*.

²⁵ Jf. TEU artikkel 19.

²⁶ Sak T-202/98 *Tate & Lyle*.

²⁷ Jf. TEUV artikkel 252. Se også Sejersted et al. (2011) s. 135.

²⁸ Sak IV/31.128 *Fatty Acids*, sak COMP/AT.39847 *E-Books* og sak AT.40135 *Forex*.

²⁹ Sejersted et al. (2011) s. 239.

³⁰ *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, heretter: Kommisjonens horisontale retningslinjer.

vurderingen av horisontale samarbeid, herunder informasjonsutveksling. De tar blant annet sikte på å klargjøre rettsstilstanden på området gjennom et eget kapittel om informasjonsutveksling. EFTAs overvåkingsorgan, ESA, vedtok i 2013 tilsvarende retningslinjer for EØS-avtalens artikkel 53, som er tilnærmet identisk Kommisjonens retningslinjer.³¹

Den 1. mars 2022 publiserte Kommisjonen et utkast med forslag til endringer i de horisontale retningslinjene.³² Forslaget inneholder flere endringsforslag, også i kapittelet om informasjonsutveksling. De nye retningslinjene vil gjelde fra 1. januar 2023, og erstatter da 2011-retningslinjene. En sammenligning mellom gjeldende retningslinjer og endringsforslagene vil følgelig være et nyttig analyseverktøy for å finne frem til gjeldende rett.

Retningslinjene er kun bindende for Kommisjonen.³³ De har imidlertid betydelig argumentasjonsverdi, særlig der de stemmer overens med EU-rettspraksis. Det virker også som at domstoler og konkurransemyndigheter i stor grad bruker retningslinjene når de skal bedømme lovligheten til horisontale samarbeid. Retningslinjene brukes i visse tilfeller nærmest som bindende sekundærrett. Dermed har retningslinjene tilsynelatende større vekt i praksis enn rent formelt sett. Bakgrunnen for dette kan være rettsområdets kompleksitet, som medfører at tilsyn og domstoler har et særlig behov for veiledning.

1.4 Videre fremstilling

Kapittel 2 fastlegger generelle utgangspunkter for formålsregelen i konkurranseloven § 10. Deretter gir kapittel 3 en kort sammenfatning av informasjonsutveksling som konkurransebegrensning. Disse to kapitlene skaper dermed rammen for kapittel 4, som gir en analyse av de rettskildene som kan bidra til løsningen av spørsmålet om hvilke karakteristikk som er avgjørende ved kvalifiseringen av informasjonsutveksling som en formålsovertredelse. I kapittel 5 vil resultatet av analysen i kapittel 4 vurderes de lege ferenda.

³¹ *Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler*, heretter: ESAs horisontale retningslinjer.

³² *Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, heretter: Utkast til nye horisontale retningslinjer.

³³ Se blant annet TEUV artikkel 288 og artikkel 290.

2 Vilkåret om konkurransebegrensende formål

2.1 Innledning

I delkapittel 2.2 vil det redegjøres nærmere for innholdet i formålsvurderingen. Deretter vil delkapittel 2.3 se på betydningen av skillet mellom formålsvilkåret og virkningsvilkåret, mens delkapittel 2.4 omhandler forholdet mellom vilkåret om konkurransebegrensninger og samarbeidsvilkåret i konkurranseloven § 10. Begge disse sontringene påvirker formålsvurderingen i saker om informasjonsutveksling.

2.2 Formålsvurderingen

2.2.1 Utgangspunkter

Et grunnleggende utgangspunkt er at formålsvilkåret skal fortolkes restriktivt.³⁴ Kun visse typer samarbeid er tilstrekkelig konkurranseskadelige til å utgjøre formålsovertredelser. Vurderingstemaet har blitt formulert på flere måter. En hyppig brukt formulering i rettspraksis er at formålskategorien favner om samarbeidsformer som "by their very nature, [can be regarded] as being harmful to the proper functioning of normal competition."³⁵ Følgelig er det en relativt høy terskel for at samarbeid, herunder informasjonsutveksling, innfrir formålsvilkåret.

Slik må det også være, all den tid formålsregelen er en presumsjonsregel. Grunnen til at man i konkurranseretten anvender presumsjoner om at faktum A korresponderer til faktum B, herunder at visse samarbeidsformer har en konkurransebegrensende virkning, er fordi erfaring, økonomisk teori og fornuft tilsier at det er høy sannsynlighet for at dersom A foreligger, følger B med.³⁶ Det vil da være unødvendig ressurskrevende å kreve at en part beviser det som mest sannsynlig er tilfellet. Bruk av presumsjonsregler vil i slike tilfeller redusere ressursbruken sammenlignet med regler som i større grad legger opp til konkrete

³⁴ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 58, jf. sak C-591/16 P *Lundbeck* avsnitt 112. Se også sak E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 61.

³⁵ Se eksempelvis sak C-67/13 P *CB* avsnitt 50 og sak C-373/14 P *Toshiba* avsnitt 26.

³⁶ González (2012) s. 16.

helhetsvurderinger, uten at risikoen for feil økes i for stor grad.³⁷ Tilsvarende begrunnelse ligger bak formålsregelen i konkurranseloven § 10.

Presumsjonen om konkurransebegrensende virkning kan tilbakevises gjennom at partene i et påstått ulovlig samarbeid beviser at vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt, i form av at samarbeidet har eller vil ha positive virkninger på markedet og at eventuelle konkurransebegrensninger var nødvendige for å oppnå disse virkningene.³⁸ Til forskjell fra virkningsvurderingen, ligger altså bevisbyrden på foretakene, ikke konkurransemyndighetene.³⁹ Presumsjoner er dessuten regler som av natur legger opp til en snever vurdering av sakens faktum. Følgelig ligger det innebygget i presumsjonsregler at de er vanskelig å motbevise, hvilket konkurranseloven § 10 i praksis også har vist seg å være.⁴⁰

2.2.2 Innholdet i formålsvurderingen

Formålsvurderingens innhold har blitt utviklet gjennom en rekke avgjørelser fra EU-domstolen. I *CB*-saken står det at "regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part."⁴¹ Uttalelsen er gjentatt i etterfølgende rettspraksis.⁴² Den legger implisitt opp til en todelt formålsanalyse.⁴³ Det må først vurderes om samarbeidets art og innhold tilsier at samarbeidet er konkurransebegrensende, og for det andre foretas en vurdering av om samarbeidet er egnet til å begrense konkurransen ut fra dets økonomiske og rettslige kontekst. Samarbeidets rent objektive formål er avgjørende.⁴⁴ Samtidig har EU-domstolen presisert at selv om partenes subjektive intensjoner ikke er et nødvendig vurderingsmoment i formålsvurderingen, kan konkurransemyndighetene eller domstolene ta det i betraktning.⁴⁵

Vurderingen av samarbeidets art og innhold handler i stor grad om å undersøke hvorvidt erfaring tilsier at en gitt samarbeidsform er tilstrekkelig konkurranseskadelig til at den

³⁷ OECD (2017) s. 11.

³⁸ Ibid s. 8, og Whish og Bailey (2018) s. 126.

³⁹ Whish og Bailey (2018) s. 126-127.

⁴⁰ OECD (2017) s. 16.

⁴¹ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 53.

⁴² Se eksempelvis sak C-307/18 *Generics* avsnitt 67-68 og sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 51.

⁴³ I HR-2021-1086-A skriver Høyesterett eksplisitt at formålsanalysen må foretas ut fra en slik todeling, med henvisning til sak E-3/19 *Ski Taxi*. Tilsvarende i GA Bobeks forslag i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 41 flg.

⁴⁴ Se eksempelvis sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 27 flg. og HR-2017-1229-A *Ski Taxi* avsnitt 38.

⁴⁵ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 54 og sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 53.

nærmest uten videre bør forbys.⁴⁶ Slik erfaring kan baseres på skadehypoteser og praksis.⁴⁷ Denne vurderingen avgjør altså om presumsjonen om konkurransebegrensende virkning i det hele tatt kan anvendes på samarbeidet.

Når det er etablert at samarbeidets art og innhold tilsier at presumsjonen slår til, må det vurderes om dette synet kan opprettholdes i lys av samarbeidets økonomiske og rettslige kontekst. Dette innebærer blant annet en vurdering av "the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question".⁴⁸ Vurderingen relaterer seg altså til forholdene rundt det aktuelle samarbeidet.⁴⁹

Kontekstvurderingen skal se på samarbeidets årsaksevne.⁵⁰ Ettersom formålskategorien omfatter samarbeid som erfaringsvis vil begrense konkurransen er det unødvendig å vurdere samarbeidets faktiske virkninger. Vurderingen har derfor blitt kalt for en "basic reality check".⁵¹ Den er begrenset til "what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object".⁵² Rettsanvendere skal kun på et helt overflattisk nivå undersøke om det foreligger noen spesifikke omstendigheter som fører til at samarbeidet ikke er i stand til å skade konkurransen på markedet, selv om samarbeidsformen basert på art og innhold normalt vil være konkurranseskadelig.⁵³ Dette er et viktig element i formålsanalysen. Dersom det kun ble foretatt en formell vurdering av samarbeidets art og innhold, uten at konteksten ble tatt i betraktning, ville risikoen for uriktig bedømmelse av samarbeid som konkurransebegrensende vært stor.

Omfanget av kontekstvurderingen bestemmes av de konkrete omstendighetene i saken. Slik kan man blant annet forstå uttalelser i *European Night Services*-saken, om at dersom art og innhold tilsier at et samarbeid er en åpenbar konkurransebegrensning, trenger det ikke foretas noen grundig kontekstvurdering.⁵⁴ Som eksempler på hvilke typer samarbeid dette gjelder, trekker Underretten frem avtaler om pris, markedsdeling eller salgs- og

⁴⁶ Sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 76 og 79.

⁴⁷ GA Wahls forslag i sak C-67/13 P *CB* avsnitt 79 og GA Bobeks forslag i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 42.

⁴⁸ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 53.

⁴⁹ GA Bobeks forslag i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 49.

⁵⁰ Sak E-3/16 *Ski Taxi* avsnitt 58-59, og Kolstad og Ryssdal (2007) s. 271.

⁵¹ GA Bobeks forslag i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 49.

⁵² Sak C-373/14 P *Toshiba* avsnitt 29.

⁵³ GA Bobeks forslag i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 45.

⁵⁴ Forente saker T-374/94 mfl. *European Night Services* avsnitt 136.

produksjonsbegrensninger. Slike samarbeidsformer kan nærmest direkte klassifiseres som formålsovertredelser.⁵⁵ Samarbeid hvis konkurranseskadelige natur er mer uklar og situasjonsbetinget må i større grad ses i lys av konteksten for å avgjøre hvorvidt det har et konkurransebegrensende formål.⁵⁶ Man kan altså se det slik at prøvingsintensiteten i kontekstvurderingen varierer avhengig av hvor overbevist man er over at det foreligger en formålsrestriksjon ut fra samarbeidets art og innhold.

Dette kan i visse tilfeller gjøre det vanskelig å trekke en tydelig grense mellom kontekstvurderingen til formålsregelen og virkningsvurderingen. Dersom kontekstvurderingen blir så omfattende at det minner om en virkningsvurdering, taler det i retning av at det ikke er så klart at samarbeidet er konkurranseskadelig til at det kan anses som en formålsrestriksjon.⁵⁷

Det er av flere grunner viktig å holde fast ved utgangspunktet om at formålsvurderingen og virkningsvurderingen er alternative fremgangsmåter for å etablere konkurransebegrensende samarbeid, blant annet fordi de har ulike beviskrav.⁵⁸ At skillet mellom vurderingene er "more one of degree than of kind" betyr imidlertid at dersom man får klarhet i innholdet i formålsvurderingen, herunder kontekstvurderingen, tydeliggjøres samtidig hva som skal ligge til virkningsvurderingen.⁵⁹

2.3 Konkurransbegrensende formål og virkning

2.3.1 Sondringen mellom formålsvilkåret og virkningsvilkåret

Selv om formålsvilkåret og vilkårsvilkåret i fellesskap ofte omtales som vilkåret om konkurransebegrensende samarbeid, viser ordlyden i konkurranseloven § 10 at de er alternative vilkår for å etablere hvorvidt det foreligger konkurransebegrensende samarbeid. Dersom det kan konstateres at et samarbeid utgjør en formålsovertredelse, er det ikke nødvendig å vurdere og bevise hvorvidt samarbeidet har eller vil kunne ha

⁵⁵ Sakene C-373/14 P *Toshiba* avsnitt 28-29, og HR-2017-1229-A *Ski Taxi* avsnitt 55 med henvisning til sak E-3/16 *Ski Taxi*.

⁵⁶ González (2012) s. 16 og Meyring (2010) s. 31.

⁵⁷ Gassler (2021) s. 102, og Whish og Bailey (2018) s. 125-126.

⁵⁸ Se kapittel 2.3.

⁵⁹ GA Bobeks forslag i sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 50.

konkurransbegrensende virkninger.⁶⁰ Formålsregelen og virkningsregelen har likevel det samme overordnede målet, som er å ivareta selve konkurranseprosessen og forbrukernes interesser.⁶¹ Forskjellen mellom vilkårene kan dermed hevdes å ligge i fremgangsmåten som anvendes for å nå disse målene. Dette støttes av EU-domstolens uttalelse i *STM*-saken om at “article [101(1)] is based on an assessment of the effects of an agreement from two angles of economic evaluation”.⁶²

Det finnes flere ulikheter mellom formålsregelens og virkningsregelens fremgangsmåter, særlig med hensyn til hvor grundig det aktuelle samarbeidet analyseres. På grunn av presumsjonen om konkurransebegrensende virkning, er det etter formålsregelen ikke nødvendig å foreta en finmasket økonomisk vurdering av samarbeidets virkninger på markedet. Det motsatte er utgangspunktet etter virkningsregelen, som ofte nødvendiggjør en vurdering og bevisføring rundt de involverte foretakenes markedsposisjon.⁶³ Følgelig er det stor forskjell i hvor kostnadskreven, tidskreven og komplekse de to vurderingene er. Sammenlignet med virkningsregelen, innebærer formålsregelen en mer ressursbesparende og effektiv saksbehandling for både konkurransemyndighetene og de involverte foretakene, hvilket er den bærende begrunnelsen for at det oppstilles en slik presumsjonsregel.⁶⁴

2.3.2 Fordeler og ulemper med en egen formålskategori

Selv om formålsregelen innebærer fordelene nevnt i forrige avsnitt, medfører den også større sjanse for uriktige avgjørelser som følge av at den er mer kategorisk og mindre dyptgående enn virkningsregelen.⁶⁵ I konkurranseretten gjøres det i denne forbindelse en distinksjon mellom "falsk positive"- og "falsk negative"-feil.⁶⁶ "Falsk positive"-feil er der en forbudsregel rammer samarbeid som egentlig har en konkurransefremmende eller nøytral virkning på konkurransen, mens "falsk negative"-feil er tilfeller der regelen ikke greier å fange opp samarbeid som faktisk er konkurranseskadelig. Juridisk teori har hevdet at særlig risikoen for "falsk positive"-feil må ha betydning ved utformingen av konkurranseregler, ettersom slike

⁶⁰ Forente saker 56 og 58-64 *Consten and Grundig* avsnitt 342.

⁶¹ Jf. konkurranseloven § 1. Se også forente saker C-501/06 P mfl. *GlaxoSmithKline* avsnitt 63.

⁶² Sak C-56/65 *STM* avsnitt 248.

⁶³ Whish og Bailey (2018) s. 133.

⁶⁴ OECD (2017) s. 18.

⁶⁵ *Ibid* s. 4.

⁶⁶ *Ibid* s. 9.

feil kan føre til at foretak avstår fra samarbeid som egentlig vil virke konkurransefremmende og slik sett ha store samfunnsmessige kostnader.⁶⁷

I en ideell verden hadde konkurransemyndighetene foretatt detaljerte markedsanalyser i enhver sak som reiste spørsmål om brudd på konkurransereglene. Risikoen for både "falsk positive"- og "falsk negative"-feil ville da sunket betraktelig. Dette ville imidlertid gått på bekostning av hensynet til konkurranseregler som er effektive og ressursbesparende å håndheve. Konkurransereglene ville da ikke kunne ivarettat konkurranseretts overordnede formål om å fremme konkurransen, og derigjennom effektivisere bruken av samfunnets ressurser, ettersom dette nødvendigvis også må innebære at reglene faktisk er egnet til å fange opp og sanksjonere konkurranseskadelige samarbeid.⁶⁸ Den sentrale utfordringen ved utformingen av konkurransereglene, herunder konkurranseloven § 10, er å balansere hensynet til grundige og betryggende avgjørelser med hensynet om regler som er enkle å håndheve, hvilket balansegangen mellom formålsvilkåret og virkningsvilkåret er et godt eksempel på.⁶⁹

Ved utviklingen av formålsregelen må det legges til grunn at lovgiver og domstolene har gjort en vurdering av at det er forsvarlig å oppstille presumsjon som regelmekanisme på dette området. Tanken må være at nytten ved en slik regel er større enn risikoen for at man også rammer konkurransefremmende samarbeid.⁷⁰ Den økte risikoen for feil må likevel innebære at formålsregelen tolkes snevert, ved at det kreves tilstrekkelig erfaring for at et samarbeid er konkurranseskadelig.⁷¹

Som analysen i kapittel 4 vil vise, virker det imidlertid som at formålsregelen i økende grad spiser seg inn på området for virkningsregelen i saker om informasjonsutveksling. Blant annet tyder utkastet til nye horisontale retningslinjer på at formålskategorien for informasjonsutveksling favner bredere enn det som tidligere har vært lagt til grunn.⁷² Bakgrunnen for at formålskategorien tilsynelatende utvides på bekostning av virkningskategorien kan være at formålsvurderingen er mindre krevende for konkurransemyndighetene å vinne frem med, så lenge et samarbeid innfrir terskelen til formålsvilkåret. Hvis det er tilfellet, er det fare for at formålsregelen blir en slags hvilepute for

⁶⁷ Ibid s. 11.

⁶⁸ Jf. konkurranseloven § 1.

⁶⁹ OECD (2017) s. 5.

⁷⁰ Ibid s. 10.

⁷¹ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 58 og sak C-228/18 *Budapest Bank* avsnitt 76 og 79.

⁷² Se kapittel 4.10.

konkurransemyndighetene og domstolene ved at de slipper å foreta mer inngående markedsanalyser i saker etter konkurranseloven § 10.

Dette kan i ytterste konsekvens stride med hensynet til foretakenes rettssikkerhet og forutberegnelighet. Hvis Konkurransetilsynet kan påvise brudd på konkurranseloven § 10 har tilsynet blant annet adgang til å ilegge de involverte foretakene overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a, jf. annet ledd. Dersom samarbeid som ikke ville utgjort en virkningsovertredelse uriktig fanges opp av den mindre nyanserte formålsregelen, risikerer foretakene å ilegges overtredelsesgebyr etter disse reglene. Overtredelsesgebyr faller innenfor straffebegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6, og ileggelsen av overtredelsesgebyr utløser dermed visse rettssikkerhetsgarantier.⁷³ Det faller utenfor oppgavens rammer følge dette sporet ytterligere, men det kan i forlengelsen av dette også nevnes at konkurranseloven § 32 første ledd bokstav a gir hjemmel for å straffeforfølge foretak som bryter konkurranseloven § 10.⁷⁴

Foretak som overtrer konkurranseloven § 10 risikerer dessuten mer enn sanksjoner i form av bøter og fengsel. Konkurransetilsynet vil typisk også pålegge dem å avslutte samarbeidet etter reglene i konkurranseloven § 12, hvilket i seg selv kan medføre store økonomiske tap for foretakene.⁷⁵ Brudd på konkurransereglene kan også få andre følger, for eksempel omdømmetap. Uriktig anvendelse av konkurranseloven § 10 kan dermed få store konsekvenser for de involverte foretakene. Dette fremhever behovet for klare og forutberegnelige regler, herunder for grensedragningen mellom formåls- og virkningsvilkåret.

Konkurranseloven § 10 innehar imidlertid noen mekanismer som reduserer risikoen for at formålsregelen fører til uriktige avgjørelser. Det primære sikkerhetsnettet er konkurranseloven § 10 tredje ledd, som åpner for unntak fra første ledd. Partene i et påstått ulovlig samarbeid har mulighet til å bevise at samarbeidet har effektivitetsgevinster som gjør at det ikke kan anses som en konkurransebegrensning etter første ledd. Likevel har det i praksis vist seg vanskelig for foretak å vinne frem med dette.⁷⁶ Dette kan dels ha sammenheng med formålsvurderingens natur. Idet det ikke oppstilles krav om en detaljert analyse med tilhørende beviskrav for at samarbeidet er konkurransebegrensende slik som i

⁷³ Prop. 60 L (2017-2018) kap. 4.2.2.

⁷⁴ Denne straffehjemmelen har til nå aldri blitt anvendt i praksis.

⁷⁵ Imidlertid ivaretar blant annet konkurranseloven § 12 tredje ledd annet punktum til en viss grad hensynet til foretakene.

⁷⁶ Gjendemsjø (2011) s. 450.

virkningsvurderingen, blir det samtidig mer utfordrende å bevise at samarbeidet ikke begrenser konkurransen.

På den andre siden, kan utfordringene med å motbevise presumsjonen om konkurransebegrensninger øke den preventive virkningen til konkurranseloven § 10. Reglene om ileggelse overtredelsesgebyr i konkurranseloven § 29 sanksjonerer foretak som har deltatt i ulovlige samarbeid etter konkurranseloven § 10, men vil også ha en avskrekkende effekt på øvrige foretak i markedet. Sanksjonsrisikoen kan forhindre at foretak i det hele tatt forsøker å delta i konkurransebegrensende samarbeid, med mindre samarbeidet kan rettfærdiggjøres.⁷⁷

Baksiden av medaljen er at dette samtidig kan føre til at foretak også avstår fra konkurransefremmende samarbeid, i frykt for å bryte konkurransereglene og bøtelegges. Dette fremhever behovet for en norm som tydelig fastlegger når forbudet mot formålsovertredelser i konkurranseloven § 10 er brutt og bruddet kan sanksjoneres.

For at formålsregelen skal fungere som tilstrekkelig prevensjon mot konkurransebegrensende samarbeid, er det dessuten nødvendig at sanksjonene i seg selv rammer foretakene hardt, for eksempel gjennom høye overtredelsesgebyrer. Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av forbudet i konkurranseloven § 10 følger det av forskrift om overtredelsesgebyr § 2 annet ledd at Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr på inntil 10 % av foretakets omsetning.⁷⁸ Dette er likevel en maksimalgrense som utmålt gebyr ikke kan overskride.⁷⁹ Hvor avskrekkende overtredelsesgebyrets størrelse vil være avhenger derfor av omstendighetene i saken, herunder lønnsomheten av det ulovlige samarbeidet. Imidlertid kan det tenkes at reglenes preventive effekt forsterkes av at foretak selv kan varsle konkurransemyndighetene om ulovlig samarbeid i bytte mot hel eller delvis lempning av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven §§ 29 og 30. Hjemmelen for straffeforfølgning i konkurranseloven § 32 første ledd bokstav a oppleves antakeligvis også som en særlig alvorlig konsekvens av brudd på konkurranseloven § 10.

2.4 Vilkåret om konkurransebegrensninger og samarbeidsvilkåret

⁷⁷ GA Wahls forslag i sak C-67/13 P *CB* avsnitt 35.

⁷⁸ FOR-2013-12-11-1465 Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (Forskrift om overtredelsesgebyr).

⁷⁹ Se eksempelvis LB-2018-161470 pkt. 3.2.

Vurderingen av om en informasjonsutveksling er en konkurransebegrensning, herunder en formålsrestriksjon, forutsetter at samarbeidsvilkåret er innfridd. Dette kan utledes direkte av ordlyden i konkurranseloven § 10, som viser at informasjonsutvekslingen også må regnes som enten en "avtale", "beslutning truffet av sammenslutninger av foretak" eller "samordnet opptreden". Utgangspunktet er at samarbeidsvilkåret skal vurderes separat fra vilkåret om konkurransebegrensninger. Flere av EU-domstolens saker om ulovlig informasjonsutveksling viser imidlertid at det ofte oppstilles et flytende skille mellom vilkårene, og særlig vilkårene om samordnet opptreden og konkurransebegrensende formål har en tendens til å bli sett i sammenheng.⁸⁰ Flere forfattere hevder derfor at EU-rettspraksis foretar en mer helhetlig vurdering av informasjonsutveksling.⁸¹ Følgelig kan dette være nok en utfordring ved fastleggningen av innholdet i regelen om informasjonsutveksling som formålsovertredelse.

I nærmest alle saker hvor EU-domstolen har funnet at en informasjonsutveksling oppfyller formålsvilkåret, har det også vært tale om samordnet opptreden.⁸² Av denne grunn er det nære forbindelseslinjer mellom vurderingstemaene som disse to vilkårene oppstiller for informasjonsutveksling. Vurderingen av om det foreligger samordnet opptreden gjøres i lys av uavhengighetsprinsippet, hvorefter enhver aktør på markedet skal avgjøre sin markedsatferd uavhengig av sine konkurrenter.⁸³ Aktører kan tilpasse atferden sin ut fra hvordan de forventer at konkurrenter vil opptre på markedet eller de gjeldende markedsforholdene for øvrig, men konkurranseloven § 10 oppstiller begrensninger ved at informasjonsutveksling ikke kan ha til formål eller virkning å etablere markedsforhold som avviker fra normalen på det aktuelle markedet. Det vil være tilfellet der utvekslingen påvirker konkurrenters markedsatferd, eller avslører konkurrenters faktiske eller planlagte markedsatferd. Dersom det foreligger slik kontakt som reduserer eller eliminerer usikkerhet rundt konkurrenters markedsatferd, er vilkåret om samordnet opptreden oppfylt.⁸⁴

EU-domstolen har imidlertid uttalt at det ikke alltid er nødvendig å oppstille et tydelig skille mellom vilkårene "avtale" og "samordnet opptreden", ettersom grensen mellom disse er overlappende.⁸⁵ Konkurransebegrensende aktiviteter kan variere over tid, slik at én og samme

⁸⁰ Se blant annet Gjendemsjø (2011) s. 160.

⁸¹ Se eksempelvis Gassler (2021) s. 227.

⁸² Ibid. Et unntak er muligens sak IV/31.128 *Fatty Acids*, se kapittel 4.2.

⁸³ Se eksempelvis sak C-74/14 *Eturas* avsnitt 27, sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 32 og forente saker C-40/73 mfl. *Suiker Unie* avsnitt 173.

⁸⁴ Se eksempelvis sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 35 og forente saker C-40/73 mfl. *Suiker Unie* avsnitt 174-175.

⁸⁵ Se eksempelvis sak C-49/92 P *Anic* avsnitt 131-132, sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 23 og sak C-238/05 *Asnef-Equifax* avsnitt 32.

overtredelse kan utgjøre både en "avtale" og "samordnet opptreden".⁸⁶ Ofte vil det følgelig være vanskelig og unødvendig å trekke en klar grense mellom "avtale" og "samordnet opptreden". Alternativene i samarbeidsvilkåret skiller seg fra hverandre i grad og i måten de oppstår på, men er ment å favne om samarbeid av samme karakter.⁸⁷ Formålsvurderingen vil dermed i stor grad være lik uavhengig av hvilket samarbeid det er tale om, også i saker om informasjonsutveksling.

Hovedfokuset i oppgaven ligger på hvilke normer som gjelder for vurderingen av informasjonsutveksling etter formålsvilkåret, ikke samarbeidsvilkåret. Likevel vil oppgaven komme inn på samarbeidsvilkåret i forbindelse med saker der skillelinjene mellom vilkårene er uklare, men da med hensikt om å belyse formålsvurderingen.

⁸⁶ Gassler (2021) s. 58.

⁸⁷ Se eksempelvis sak C-49/92 P *Anic* avsnitt 131.

3 Informasjonsutveksling som konkurransebegrensning

3.1 Virkningene av informasjonsutveksling

For å lettere kommunisere det komplekse regelbildet som opptar oppgavens kapittel 3 og 4, kan et nyttig hjelpemiddel være å innledningsvis plassere de konkurranserettslige virkningene av informasjonsutveksling på en imaginær skala. I midten av denne skalaen kan man plassere informasjonsutveksling med nøytral virkning på markedet, slik at skalaens ytterpunkter er henholdsvis informasjonsutveksling som er konkurransefremmende og informasjonsutveksling som er konkurransebegrensende i formål eller virkning.

Ytterst på den konkurransebegrensende delen av skalaen befinner formålsrestriksjonene seg, som de aller alvorligste bruddene på konkurranseloven § 10.⁸⁸ For å finne ut av hva som kreves for at en informasjonsutveksling skal havne her, må man først se nærmere på årsaken til at informasjonsutveksling i det hele tatt kan plasseres på skalaens konkurransebegrensende ende. Kapittel 3 skal derfor klarlegge hvordan informasjonsutveksling er egnet til å begrense konkurranse, hvilket lager rammeverket for analysen av informasjonsutveksling som formålsovertredelse i kapittel 4.

3.2 Hvordan informasjonsutveksling kan begrense konkurranse

De konkurransebegrensende virkningene av informasjonsutveksling følger primært av at det gir foretak en kunnskap om konkurrenters markedsatferd som de ikke ville fått under ordinære konkurranseforhold. Dette kan øke gjennomsiktigheten i markedet på en kunstig måte, slik at foretak lettere kan observere og følge hverandres atferd på markedet.⁸⁹ I de neste avsnittene vil det ses nærmere på de tre sentrale måtene konkurransen kan begrenses som følge av mer gjennomsiktighet i markedet etter informasjonsutveksling.⁹⁰

⁸⁸ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 50.

⁸⁹ Gassler (2021) s. 38.

⁹⁰ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 66-68.

For det første kan den felles forståelsen som konkurrenter får av hverandres markedsatferd gjennom informasjonsutveksling gjøre det enklere for dem å koordinere mot en felles likevekt.⁹¹ Likevekt betegner situasjonen der tilbudet i et marked tilsvarer etterspørselen.⁹² Markedet har da ingen krefter som fører til endringer i pris eller produksjonsmengder, med mindre tilbudet eller etterspørselen på markedet av ulike grunner endrer seg. Det er likevel ikke i seg selv konkurranseskadelig at det etableres en likevekt.

Spørsmål rundt likevekt er særlig viktig for foretakene på markedet dersom det foreligger usikkerhet rundt konkurrenters markedsstrategi på grunn av lite kommunikasjonsflyt.⁹³ Flere faktorer spiller inn med hensyn til hva hvert enkelt foretak anser som en ideell likevekt, og alle foretakene ønsker ikke alltid den samme likevekten. Informasjonsutveksling kan gi foretak kunnskap om konkurrenters markedsstrategi og dermed være et svært nyttig verktøy for å redusere eller fjerne usikkerhet med hensyn til hvilken likevekt konkurrenter sikter mot. Faren for konkurransebegrensninger oppstår når informasjonsutvekslingen bidrar til at foretak mer effektivt kan koordinere mot en spesifikk likevekt som ikke ville vært mulig ved naturlig konkurranse, for eksempel slik at de koordinerer prisene sine til et høyere nivå enn de hadde kunnet uten informasjonsflyten.⁹⁴ Slik kan informasjonsutveksling etablere et konkurransebegrensende samarbeid.

Informasjonsutveksling kan for det andre skade konkurransen gjennom å styrke den interne stabiliteten til et allerede eksisterende konkurransebegrensende samarbeid.⁹⁵ Utveksling av fortidig eller nåværende informasjon gjør at partene i et samarbeid kan kontrollere hvorvidt de øvrige partene avviker fra samarbeidet. Ved kartellvirksomhet og andre ulovlige samarbeid risikerer slike utbrytere typisk sanksjoner fra de andre partene, for eksempel forsøkes utbryterne presset ut av markedet.⁹⁶

For det tredje kan informasjonsutveksling bidra til den eksterne stabiliteten til et konkurransebegrensende samarbeid, herunder gjøre samarbeidet mer robust i møte med krefter utenfor markedet.⁹⁷ Større gjennomsiktighet kan gjøre det lettere for partene å identifisere hvilke muligheter som finnes for inntreden av nye konkurrenter på markedet. De

⁹¹ Ibid avsnitt 66.

⁹² Kolstad og Ryssdal (2007) s. 54.

⁹³ González (2012) s. 23-24.

⁹⁴ Foros og Hjelmeng (2021) kap. 2.3.

⁹⁵ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 67.

⁹⁶ Se eksempelvis Whish og Bailey (2018) s. 530-531.

⁹⁷ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 68.

kan da i fellesskap tilpasse sin markedsatferd basert på denne kunnskapen, blant annet for å skape etableringshindringer eller utestenge mulige konkurrenter.⁹⁸ Dette er mindre aktuelt der markedet er gjennomiktig også for mulige konkurrenter, ettersom disse da enklere kan vurdere markedsforholdene og etablere seg på markedet. Også kunder vil ofte kunne nyttiggjøre seg av gjennomiktighet i markedet, ettersom det tilrettelegger for at de blant annet kan velge de beste varene til den gunstigste prisen. Dette kan også være en begrensende faktor for partene i et ulovlig samarbeid.

3.3 Relevante karakteristikk ved konkurransebegrensende informasjonsutveksling

Selv om et mer gjennomiktig marked som følge av informasjonsutveksling kan medføre større risiko for konkurransebegrensninger, er det ikke nødvendigvis gitt at gjennomiktighet i seg selv vil virke konkurranseskadelig. I visse situasjoner kan det også fremme konkurransen, for eksempel gjennom å føre til større priskonkurranse.⁹⁹ Effekten på konkurransen avhenger av informasjonsutvekslingens art og innhold, samt forholdene på markedet.¹⁰⁰

Når det kommer til markedsforhold vil markeder som allerede er gjennomiktige, konsentrerte, stabile, lite komplekse og symmetriske i større grad være sårbare for konkurransebegrensninger som følge av informasjonsutveksling, ettersom slike utvekslinger kan bidra til å forsterke eller etablere slike markedsforhold.¹⁰¹ Flere faktorer spiller imidlertid inn. I noen tilfeller vil økt gjennomiktighet som følge av informasjonsutveksling medføre betydelig risiko for konkurransebegrensninger, for eksempel på grunn av markedets strukturelle forhold. I andre tilfeller, selv om informasjonsutveksling øker gjennomiktigheten i markedet, begrenses konkurransen ikke, for eksempel fordi det er vanskelig å oppnå ekstern stabilitet i et ulovlig samarbeid grunnet høy kjøpermakt.¹⁰²

Særlig arten og innholdet i informasjonsutvekslingen påvirker i hvor stor grad gjennomiktigheten i markedet øker, og dermed hvor konkurranseskadelige virkninger informasjonsutvekslingen er egnet til å få.¹⁰³ Ikke all informasjonsutveksling har det samme

⁹⁸ Bennett og Collins (2010) s. 323.

⁹⁹ Gassler (2021) s. 41.

¹⁰⁰ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 77 flg.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Gassler (2021) s. 40.

¹⁰³ Ibid s. 42-43.

potensiale til å redusere usikkerhet rundt konkurrenters markedsatferd, og dermed bidra til at foretak kan koordinere mot en skadelig likevekt. I Kommisjonens retningslinjer listes det opp en rekke karakteristikk ved selve informasjonsutvekslingen som tilsier at den er konkurranseskadelig.¹⁰⁴ Jo mer strategisk, individualisert eller nylig informasjonen er, jo hyppigere og mer privat informasjonsutvekslingen skjer, og jo bredere markedsdekning informasjonsutvekslingen har, desto større potensiale har informasjonsutvekslingen til å redusere usikkerhet i markedet på en konkurranseskadelig måte.¹⁰⁵ Likevel kan man finne at informasjonsutvekslinger med disse karakteristikkene ikke kan plasseres på den konkurransebegrensende delen av den ovennevnte skalaen, da de ut fra konteksten har en nøytral eller positiv virkning på konkurransen.

Informasjonsutveksling rundt fremtidige priser eller mengder er særlig egnet til å hjelpe foretak med å finne frem til en likevekt, da det i stor grad fjerner strategisk usikkerhet rundt konkurrenters fremtidige markedsatferd.¹⁰⁶ Når foretak står overfor valget mellom flere ulike likevekter, vil særlig informasjon om konkurrenters fremtidige priser eller mengder gjøre at de slipper å gjette hvilken strategi konkurrentene vil følge og dermed hvilken likevekt de bør sikte mot. Informasjon om fremtidige priser og mengder er den type informasjon som har størst betydning for foretaks valg av markedsstrategi.¹⁰⁷ Samtidig er det sjeldent at utveksling av slik informasjon er egnet til å påvirke konkurransen positivt, særlig når informasjonen er individualisert og utveksles privat.¹⁰⁸ Foretaks formål med slike informasjonsutvekslinger vil følgelig i de fleste tilfeller være å koordinere mot en felles likevekt som vil begrense konkurransen.

Fortidig eller nåværende informasjon, og informasjon om andre konkurranseparametere som mer avledet knytter seg til konkurrenters markedsstrategi, regnes ikke for å ha den samme egenskapen til å på en konkurranseskadelig måte redusere usikkerhet rundt konkurrenters markedsatferd.¹⁰⁹ Slike typer informasjonsutvekslinger er i mindre grad egnet til å løse foretaks utfordringer rundt likevekter, og medfører dermed lavere risiko for konkurransebegrensninger. Selv om det ikke kan utelukkes at slike typer

¹⁰⁴ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 86-94.

¹⁰⁵ González (2012) s. 25.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 86.

¹⁰⁸ González (2012) s. 25-27.

¹⁰⁹ Se eksempelvis Whish og Bailey (2018) s. 554, og Jones og Sufrin (2016) s. 683, som viser til Kommisjonens horisontale retningslinjer.

informasjonsutvekslinger har konkurransebegrensende formål, krever dette i større grad en vurdering av de konkrete omstendighetene.¹¹⁰

3.4 Nærmere om offentlig informasjonsutveksling

Privat, eller skjult, informasjonsutveksling har i stor grad vært fokuset i juridisk litteratur og praksis når det kommer til informasjonsutveksling som konkurransebegrensning.

Informasjonsutvekslingen kan betegnes som "privat" eller "skjult" i den forstand at informasjonen ikke deles med alle konkurrenter og kunder på markedet, i motsetning til offentlig informasjonsutveksling.¹¹¹ Konkurranseloven § 10 rammer imidlertid både privat og offentlig informasjonsutveksling. For formålsregelen fremkommer dette blant annet av at Kommisjonens horisontale retningslinjer i utgangspunktet ikke skiller mellom private og offentlige utvekslinger ved behandlingen av informasjonsutveksling som formålsovertredelse.¹¹² Graden av offentlighet har likevel stor betydning for informasjonsutvekslingens virkninger, hvilket er grunnen til at dette skilles ut som et eget delkapittel.

I praksis er det særlig offentlig informasjonsutveksling i form av prissignalisering som har blitt vurdert i lys av konkurranseloven § 10. Prissignalisering sikter til at foretak annonserer prisene sine gjennom offentlige kanaler.¹¹³ Ved prissignalisering vil dermed foretakets kunder og mulige konkurrenter i utgangspunktet ha samme tilgang til informasjonen som foretakets faktiske konkurrenter på markedet.¹¹⁴ På denne måten øker prissignalisering gjennomsiktigheten i markedet for offentligheten. Dette kan medføre at kunder får større kunnskap om markedsforholdene, hvilket kan sikre dem forutberegnelighet rundt fremtidige innkjøpskostnader og redusere transaksjonskostnader.¹¹⁵ I tillegg blir det enklere for kundene å utøve sin kjøpermakt, herunder handle hos foretaket med de laveste prisene. Økt kjennskap til markedsforholdene vil dessuten gjøre det lettere for mulige konkurrenter å tre inn på

¹¹⁰ González (2012) s. 26-27.

¹¹¹ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 94.

¹¹² Ibid avsnitt 72.

¹¹³ Foros og Hjelmeng (2021) kap. 1.

¹¹⁴ Ibid kap. 3.3.

¹¹⁵ Forente saker C-89/85 mfl. *Woodpulp*.

markedet. Prissignalisering er dermed i større grad enn privat informasjonsutveksling egnet til å også fremme konkurransen på markedet.¹¹⁶

Et eksempel fra praksis er *Woodpulp*-saken, hvor kunder hadde krevd at tremasseprodusenter annonserte prisene sine hvert kvartal.¹¹⁷ Grunnen til dette var at prisannonseringen bidro til at kundene lettere kunne planlegge driften sin som følge av mer forutberegnelige innkjøpskostnader.¹¹⁸ EU-domstolen la til grunn at prissignaliseringen rettet seg til kundene, hvilket veide opp for eventuelle konkurransebegrensende virkninger på markedet. Praksisen var derfor ikke i strid med TEUV artikkel 101.

Der prissignalisering brukes som er verktøy for å begrense konkurransen, er det ofte tale om stilltiende samarbeid.¹¹⁹ Dette bryter ikke konkurranseloven § 10, ettersom det kreves en eller annen form for kontakt mellom konkurrentene for at samarbeidsvilkåret skal være innfridd.¹²⁰ Likevel kan det i visse tilfeller av prissignalisering foreligge tilstrekkelig kontakt til at samarbeidsvilkåret er oppfylt, hvilket åpner for en vurdering av om prissignaliseringen utgjør en konkurransebegrensning.

Ettersom prissignalisering som regel består av fremtidig prisinformasjon, er det i stor grad egnet til å øke gjennomsiktigheten på markedet på en konkurransebegrensende måte. Prissignalisering gjør det enklere for konkurrenter å observere hverandres prisatferd og respondere raskere dersom konkurrenter faktisk endrer pris i tråd med prissignaliseringen, hvilket kan føre til konkurranseskadelig opprettholdelse av høye priser.¹²¹ Samarbeid gjennom prissignalisering kan dessuten være svært gunstig for foretak, ettersom det forminsker risikoen for tap sammenlignet med å foreta prisøkninger uten foregående signaler til konkurrenter.¹²² Prissignalisering kan dermed å redusere eller eliminere usikkerheten i markedet på en måte som begrenser konkurransen, gjennom at foretak kan bruke det som et verktøy for å teste konkurrenters respons på prisøkninger.

Det er imidlertid vanskeligere å koordinere markedsatferd offentlig enn gjennom skjulte utvekslinger. Ettersom informasjonen i utgangspunktet er tilgjengelig for alle markedsaktører,

¹¹⁶ Gassler (2021) s. 207 og Gjendemsjø (2011) s. 449-450.

¹¹⁷ Forente saker C-89/85 mfl. *Woodpulp* avsnitt 64.

¹¹⁸ Gjendemsjø (2011) s. 450.

¹¹⁹ Foros og Hjelmeng (2021) kap. 5.

¹²⁰ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 63.

¹²¹ Foros og Hjelmeng (2021) kap. 2.2.

¹²² Gassler (2021) s. 207-208.

vil både kunder og foretak som ikke er del av samarbeidet ha større mulighet til å oppdage og sanksjonere atferden.¹²³ I tillegg har markedsforholdene stor betydning for hvor enkelt det er å etablere et ulovlig samarbeid gjennom prissignalisering. Samlet sett må det generelt sett foretas en bredere og mer dyptgående vurdering av om prissignalisering vil begrense konkurransen enn ved privat informasjonsutveksling.

3.5 Informasjonsutveksling som kartell

Et spørsmål som også reiser seg i forbindelse med ren informasjonsutveksling som konkurransebegrensning er om, og eventuelt i hvilke tilfeller, informasjonsutvekslingen kan regnes som et kartell. Begrepet "kartell" betegner horisontale samarbeid som er åpenbart konkurranseskadelige og nærmest uten videre anses som formålsovertredelser.¹²⁴ Dersom det kan påvises et slikt samarbeid er det uten betydning om det faktisk lyktes med å øke priser eller på andre måter begrense konkurransen. Som karteller regnes blant annet horisontale avtaler om koordinering av priser eller mengder.¹²⁵ Slike avtaler forutsetter som regel at partene regelmessig samordner markedsatferd for å nå og opprettholde en tilsiktet likevekt. For at avtalen skal oppnå sitt konkurransebegrensende formål, kreves det typisk også at det er mulig å kontrollere at de øvrige partene overholder avtalen, samt å sanksjonere parter som bryter den.¹²⁶

Informasjonsutveksling kan i visse tilfeller ha den samme virkningen som slike kartellavtaler, uten at foretak trenger å inngå avtale eller ha den samme graden av samordning med hverandre.¹²⁷ Avhengig av informasjonens art og innhold, samt markedsforholdene, kreves det ikke nødvendigvis en så omfattende utveksling av informasjon mellom konkurrenter før informasjonsutvekslingen tilrettelegger for koordinasjon av markedsopptreden. Dette gjelder, som nevnt, særlig informasjonsutveksling rundt fremtidige priser og mengder. Selv om det er mer utfordrende for foretak å samordne markedsatferd kun gjennom informasjonsutveksling, kan vellykkede forsøk på dette tenkes å ha samme konkurransebegrensende virkning som for eksempel avtaler om pris- eller mengdekoordinering. Som neste kapittel vil vise, virker det

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Whish og Bailey (2018) s. 520.

¹²⁵ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 51.

¹²⁶ Whish og Bailey (2018) s. 530-531 og 544-545.

¹²⁷ González (2012) s. 43.

også som at det er en økende tendens i retning av å anse visse typer informasjonsutvekslinger som karteller.

4 Informasjonsutveksling som formålsovertredelse

4.1 Innledning

Med sikte på å klarlegge hvilke karakteristikk som er avgjørende for kvalifiseringen av informasjonsutveksling som formålsovertredelse etter konkurranseloven § 10, vil de følgende delkapitlene analysere en rekke rettskilder som kan bidra til løsningen av problemstillingen.

Delkapitlene 4.1 til 4.10 tar for seg én og én rettskilde, i kronologisk rekkefølge.

Begrunnelsen for valget av rekkefølge er at rettskildene gir uttrykk for en utvikling i synet på hvordan informasjonsutveksling skal vurderes etter formålsregelen, og at man på denne måten i stor grad unngår å foregripe hvilke slutninger som kan trekkes fra de enkelte rettskildene.

Som utgangspunkt angår alle rettskildene tilfeller av ren informasjonsutveksling.¹²⁸ Unntaket er forlagssaken, hvilket vil redegjøres nærmere for i delkapittel 4.9.1.¹²⁹ Til slutt vil det gis en sammenfatning av rettstilstanden i delkapittel 4.11.

4.2 Fatty Acids

Kommisjonsavgjørelsen *Fatty Acids* omhandlet en avtale om informasjonsutveksling mellom de tre største aktørene på fettsyremarkedet i EU.¹³⁰ De tre aktørenes markedsandeler utgjorde samlet sett 60 % av markedet, og de var alle del av en handelsorganisasjon som representerte omtrent 90 % av fettsyreproduksjonen.¹³¹ Resten av markedet var nokså fragmentert, med mindre, lokale produsenter.¹³² Avtalen mellom aktørene innebar regelmessig utveksling av informasjon rundt mengdene de hadde solgt på markedet.¹³³ Som følge av dette kunne aktørene mer presist og effektivt enn tidligere observere hverandres markedsatferd, hvilket økte gjennomsiktigheten i markedet på en kunstig måte.¹³⁴ Kommisjonen konkluderte med at avtalen utgjorde en formålsrestriksjon, hvor blant annet hyppigheten av utvekslingene var et

¹²⁸ Se kapittel 1.1.

¹²⁹ HR-2021-1086-A.

¹³⁰ Sak IV/31.128 *Fatty Acids* avsnitt 2.

¹³¹ Ibid avsnitt 7.

¹³² Gassler (2021) s. 184.

¹³³ Sak IV/31.128 *Fatty Acids* avsnitt 12.

¹³⁴ Ibid avsnitt 45 og 37.

avgjørende moment.¹³⁵ Aktørene hadde først kommunisert på årlig basis, deretter kvartalsvis.¹³⁶ I tillegg hadde det stor betydning at informasjonen dreide seg om mengder, som er en svært viktig konkurranseparameter.

Oppsummert anså altså Kommisjonen regelmessig informasjonsutveksling rundt fortidige mengder for å ha konkurransebegrensende formål. Ettersom saken ikke endte opp for domstolene, er avgjørelsens rettskildemessige vekt imidlertid begrenset. Det er ikke sikkert at domstolene ville vært enige i klassifiseringen av avtalen som en formålsovertredelse. I tillegg var det noen særlige omstendigheter i saken som også kan svekke dens betydning. Blant annet er det noe uenighet i juridisk teori med hensyn til om avtalen i realiteten var en kartellavtale, ikke en avtale om ren informasjonsutveksling.¹³⁷ Kommisjonen greide imidlertid ikke å bevise at det dreide seg om kartellvirksomhet, og måtte nøye seg med å etablere overtredelse av konkurransereglene kun med basis i informasjonsutvekslingen. Uavhengig av dette, kan avgjørelsen i det minste sies å gi en pekepinn på hva Kommisjonen tidligere har vurdert som sentralt i formålsvurderingen ved informasjonsutveksling.

4.3 Tate & Lyle

Tate & Lyle-saken gjaldt et ulovlig samarbeid på det britiske sukkermarkedet, hvor det ble funnet bevist at sukkerprodusenten British Sugar hadde gitt informasjon om sine fremtidige sukkerpriser til konkurrenten Tate & Lyle på en rekke møter mellom partene.¹³⁸ Dette ble vurdert som en formålsrestriksjon. Delkapittelet vil fokusere på Underrettens avgjørelse, ettersom partene ved anke til EU-domstolen ikke bestred riktigheten av Underrettens vurdering av selve informasjonsutvekslingen.¹³⁹

Det aktuelle markedet var et oligopol, altså dominert av noen få tilbydere.¹⁴⁰ British Sugar og Tate & Lyle produserte samlet sett omtrent det volumet som trengtes for å tilfredsstille etterspørselen for sukker i Storbritannia.¹⁴¹ I stedet for å importere sukker fra utenfor EU, produserte British Sugar sukker selv, og hadde dermed en fordel over Tate & Lyle. British

¹³⁵ Ibid avsnitt 36 og 45.

¹³⁶ Ibid avsnitt 12.

¹³⁷ Gassler (2021) s. 183-184.

¹³⁸ Sak T-202/98 *Tate & Lyle* avsnitt 9-11.

¹³⁹ Sak C-359/01 P *British Sugar*.

¹⁴⁰ Gjendemsjø (2011) s. 3.

¹⁴¹ Sak T-202/98 *Tate & Lyle* avsnitt 3-4.

Sugar var av denne grunn prislederen i markedet, og initierte etter hvert en priskrig med unormalt lave priser. Dette var bakgrunnen for møtene med Tate & Lyle, hvor British Sugar etter hvert gikk med på å avslutte priskrigen. Det var også på disse møtene at British Sugar avslørte sine fremtidige sukkerpriser.

Avgjørende for Underrettens konklusjon om at formålet med møtene var å begrense konkurransen i sukkermarkedet gjennom priskoordinasjon, var at British Sugar ikke hadde noen annen begrunnelse for å dele fremtidige priser med Tate & Lyle.¹⁴² Underretten mente at det var rom for priskonkurranse i sukkermarkedet og at selv om oligopolistiske markeder gjør det enklere å forutse konkurrenters kommersielle atferd, vil det fremdeles eksistere en viss usikkerhet med hensyn til konkurrenters prisstrategier.¹⁴³ Utvekslingen av fremtidige priser medførte at Tate & Lyle enklere og raskere fikk tak i prisinformasjonen, sammenlignet med at foretaket skulle forutsett dette basert på British Sugars fortidige markedsatferd.¹⁴⁴ Informasjonsutvekslingen økte dermed gjennomsiktigheten i sukkermarkedet på kunstig vis og følgelig også faren for at det ble etablert en konkurransebegrensende likevekt.¹⁴⁵

4.4 T-Mobile

4.4.1 Saksforhold

Uttalelsene EU-domstolen kom med i *T-Mobile*-saken er ansett som svært sentrale for utviklingen av formålsvurderingen ved informasjonsutveksling, og i det følgende vil det derfor gis en relativt inngående redegjørelse av dommen. Saken omhandlet informasjonsutveksling mellom fire tilbydere av mobilabonnementer i Nederland, der representanter fra hver av disse på et møte hadde diskutert størrelsen på godtgjørelsen som de ville gi til sine videreforgjivere.¹⁴⁶ De nederlandske konkurransemyndighetene mente at dette var konfidensielle opplysninger og at informasjonsutvekslingen begrenset konkurransen i markedet.

¹⁴² Ibid avsnitt 53 og 49.

¹⁴³ Ibid avsnitt 46.

¹⁴⁴ Ibid avsnitt 60.

¹⁴⁵ Gassler (2021) s. 187.

¹⁴⁶ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 10-12.

Den nasjonale domstolen i Nederland anmodet EU-domstolen om å avgjøre prejudisielt hvilke kriterier som skal legges til grunn i vurderingen av når samordnet opptreden utgjør en formålsovertredelse.¹⁴⁷ Selv om det var opp til den nederlandske domstolen å ta endelig stilling til spørsmålet, etterlater EU-domstolens formuleringer i saken liten tvil om at den aktuelle informasjonsutvekslingen måtte anses som en formålsovertredelse.¹⁴⁸ EU-domstolen gikk dermed nokså langt i å avgjøre realitetene, selv om denne oppgaven i utgangspunktet lå til medlemsstatens domstoler.

4.4.2 Prinsippet om reduksjon av usikkerhet

Etter en gjennomgang av tidligere rettspraksis, uttaler EU-domstolen at informasjonsutveksling kan stride med TEUV artikkel 101 dersom

"it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market, with the result that competition between undertakings is restricted."¹⁴⁹

Sammenhengen i premissene tilsier at dette utdraget relaterer seg til vilkåret om samordnet opptreden, og følgelig at vilkåret om samordnet opptreden er oppfylt i tilfeller av informasjonsutveksling dersom det foreligger kontakt som reduserer eller fjerner usikkerhet på markedet. Dette vurderingstemaet må ses i lys av uavhengighetsprinsippet, som EU-domstolen omtaler i avsnittene før denne uttalelsen. Uavhengighetsprinsippet gir et utgangspunkt om at enhver markedsaktør selvstendig skal avgjøre sin markedsstrategi.¹⁵⁰ En følge av at informasjonsutveksling reduserer eller fjerner usikkerhet er nettopp at det medbringer en større risiko for at foretak bestemmer sin markedsatferd basert på sin økte kunnskap om konkurrenters strategier på en måte som de ikke ville hatt mulighet til under normale markedsforhold.

Videre konkretiserer EU-domstolen vurderingstemaet for når informasjonsutveksling har et konkurransebegrensende formål til at

"an exchange of information which is capable of removing uncertainties between participants *as regards the timing, extent and details of the*

¹⁴⁷ Jf. TEUV artikkel 267.

¹⁴⁸ Gassler (2021) s. 188.

¹⁴⁹ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 35.

¹⁵⁰ Ibid avsnitt 32, jf. forente saker C-40/73 mfl. *Suiker Unie* avsnitt 173.

modifications to be adopted by the undertaking concerned, must be regarded as pursuing an anti-competitive object."¹⁵¹ (min kursivering)

EU-domstolen konkluderer med at

"an exchange of information between competitors is tainted with an anti-competitive object if the exchange is capable of removing uncertainties concerning the *intended conduct* of the participating undertakings."¹⁵² (min kursivering)

Holdt opp mot vurderingstema for vilkåret om samordnet opptreden, foreligger det altså et ekstra element i vurderingen av formålsvilkåret i form av at informasjonsutvekslingen må redusere eller eliminere usikkerhet rundt *konkurrenters intenderte markedsatferd, herunder timingen, omfanget og detaljene i denne*. At det må være tale om informasjon om hvilken markedsatferd som skal bli "adopted" eller er "intended" av konkurrenter viser at det er informasjonsutveksling om fremtidige forhold som står sentralt. Dette er logisk, all den tid usikkerhet rundt konkurrenters markedsatferd ligger i fremtiden, ikke fortiden.

Informasjonsutveksling rundt fremtidige intensjoner fjerner nødvendigvis usikkerhet i større grad enn utveksling av fortidig informasjon. Følgelig er det slik informasjonsutveksling som i størst grad er egnet til å tilrettelegge for at konkurrenter koordinerer sin markedsatferd på en konkurransebegrensende måte.¹⁵³ Uttalelsene tilsier også at informasjonen, i tillegg til å være av betydning for konkurrenters atferd på markedet, må være relativt individualisert og konkret.

I denne saken hadde tilbyderne av mobilabonnementer utvekslet informasjon rundt fremtidig godtgjørelse til sine videreforhandlere. Informasjonsutvekslingen knyttet seg dermed både til fremtidig atferd og informasjon som sto sentralt ved tilbydernes endelige prisfastsettelse. EU-domstolen mente at gjennom denne informasjonsutvekslingen fikk partene kunnskap om hverandres markedsstrategier, hvilket reduserte usikkerhet rundt deres fremtidige markedsatferd og gjorde det lettere å koordinere nivået for godtgjørelse til videreforhandlere.¹⁵⁴

¹⁵¹ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 41.

¹⁵² Ibid avsnitt 43.

¹⁵³ Se kapittel 3.3.

¹⁵⁴ GA Kokotts forslag i sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 36.

EU-domstolen uttaler tidlig i premissene at formålskategorien bare omfatter de alvorligste samarbeidsformer som må anses

"by their very nature, as being injurious to the proper functioning of the normal competition."¹⁵⁵

Når EU-domstolen legger klare føringer for at informasjonsutvekslingen skulle plasseres i formålskategorien, indikerer det at den hadde en slik skadelig natur. Det virker dermed ikke som at det hadde særlig betydning at informasjonen kun relaterte seg til produksjonskostnader, ikke faktiske priser. I lys av kapittel 3 kan det imidlertid stilles spørsmål ved om samordning av produksjonskostnader kan ha så stor betydning for konkurransen at en formålsskategorisering er berettiget.¹⁵⁶

4.4.3 Egnethetstesten

En annen interessant uttalelse i dommen i tilknytning til vurderingen av informasjonsutveksling som formålsrestriksjon er at

"in order for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, it is sufficient that it has the *potential* to have a negative impact on competition."¹⁵⁷ (min kursivering)

Tatt på ordet, tilsier dette at ethvert potensiale til å ha en negativ virkning på konkurransen er tilstrekkelig for å klassifisere et samarbeid som en formålsovertredelse.

Informasjonsutveksling vil av natur kunne redusere usikkerhet i et marked gjennom større gjennomsiktighet, og vil dermed ofte ha potensiale til å ha en mer eller mindre negativ virkning på konkurransen. En slik tolkning vil derfor i stor grad gjøre virkningskategorien overflødig, i hvert fall i tilfeller av informasjonsutveksling. Atferd som ikke engang er *egnet* til å ha konkurransebegrensende virkning, vil ikke *faktisk* kunne ha slik virkning. Nærmest alle overtredelser tilknyttet informasjonsutveksling måtte i så fall blitt vurdert etter formålsregelen. Dette ville ikke stemt med praksis og teori, hvoretter det følger at formålsskategorien skal forstås snevert.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 29.

¹⁵⁶ Gassler (2021) s. 188.

¹⁵⁷ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 31.

¹⁵⁸ Sak C-67/13 *P CB* avsnitt 49.

Dessuten fremhever EU-domstolen selv at formålsovertredelser bare er de alvorligste former for samarbeid som er konkurranseskadelige av natur.¹⁵⁹ Det har følgelig formodningen mot seg å forstå EU-domstolen slik at den med uttalelsen mente å utvide formålskategorien på denne måten.¹⁶⁰ Den kan i stedet tolkes som at EU-domstolen oppstiller en slags egnethetstest, ved at et samarbeid som et minimum må være egnet til å føre til begrensninger i konkurransen i det aktuelle tilfellet.

4.4.4 Oppsummering og kritikk

Blant annet med utgangspunkt i Kommisjonens horisontale retningslinjer, har EU-domstolens uttalelser i *T-Mobile*-saken blitt kritisert for å være for vidtfavnende og for at tilnærmingen til formålsvurderingen er for konkret.¹⁶¹ Retningslinjene kom riktignok i etterkant av dommen, men gir uttrykk for hva Kommisjonen anså som gjeldende rett på området for informasjonsutveksling. Informasjonsutvekslingen i *T-Mobile*-saken relaterte seg til produksjonskostnader, ikke faktiske priser, og ville derfor i utgangspunktet ikke blitt ansett som en klar formålsovertredelse etter retningslinjene.¹⁶² Kommisjonen har likevel kommet med utkast til nye horisontale retningslinjer, som tilsynelatende legger til grunn en bredere formålskategori enn 2011-retningslinjene.¹⁶³ Det kan tyde på at i hvert fall deler av den tidligere kritikken ikke lengre er treffende, særlig i lys av at utkastet virker å åpne for en mer konkret vurdering av formålsvilkåret i saker om informasjonsutveksling.

Dommen presiserer i tråd med tidligere praksis at formålsvurderingen også innebærer en vurdering av informasjonsutvekslingens rettslige og økonomiske kontekst, men utbroderer ikke nærmere hvilken rolle konteksten spiller i vurderingen.¹⁶⁴ Enkelte har imidlertid tatt til orde for at EU-domstolens syn på *T-Mobile*-saken bunner i de spesielle forholdene på det nederlandske markedet for mobilabonnemeter og at konteksten slik sett fikk avgjørende betydning for klassifiseringen av informasjonsutvekslingen som formålsrestriksjon.¹⁶⁵ Markedet var oligopolistisk, samt preget av homogene produkter og høye inngangsbarrierer for mulige konkurrenter. I lys av at konteksten ikke virker å ha særlig betydning for

¹⁵⁹ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 29.

¹⁶⁰ Meyring (2010) s. 32 og González (2012) s. 42.

¹⁶¹ Se eksempelvis Jones og Sufrin (2016) s. 680, og Jones (2010) s. 657.

¹⁶² Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 73.

¹⁶³ Se kapittel 4.10.

¹⁶⁴ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 31.

¹⁶⁵ Gassler (2021) s. 188.

formålsvurderingen i øvrig rettspraksis om informasjonsutveksling, kan det likevel ikke utledes generelt fra dommen at det er avgjørende for formålsvurderingen at det relevante markedet er høyt konsentrert.¹⁶⁶

På den annen side kan premissene tas til inntekt for at EU-domstolen har en mer økonomisk tilnærming til formålsvurderingen enn tidligere. Det virker som at de nevnte markedsforholdene medførte at én enkelt utveksling av fremtidige intensjoner førte til en så stor gjennomsiktighet i markedet at konkurransen om å anskaffe tjenestene til videreforhandlerne ble eliminert.¹⁶⁷ Samarbeidet relaterte seg også til informasjonsutveksling rundt produksjonskostnader, som er en faktor ved fastsettelsen av endelige priser. Selv om saken ikke direkte gjaldt fremtidige priser, var nok koblingen til den endelige prisfastsettelsen også et viktig moment i EU-domstolens bedømmelse av saken. Dette kan også ses i lys av EU-domstolens uttalelse om at formålet med informasjonsutvekslingen var å erstatte "practical co-operation" for "the risks of competition".¹⁶⁸ Med andre ord var det eneste plausible formålet med samarbeidet å begrense konkurransen.¹⁶⁹ På bakgrunn av dette har det også vært hevdet at man i større grad bør se dommen ut fra et kartellperspektiv.¹⁷⁰

4.5 EU-kommisjonens horisontale retningslinjer

Noen år etter *T-Mobile*-saken kom Kommisjonen med sine horisontale retningslinjer, som blant annet hadde til hensikt å sammenfatte de generelle prinsippene for vurderingen av informasjonsutveksling som konkurransebegrensning etter TEUV artikkel 101. Hele kapittel to i retningslinjene brukes derfor til å utpensle innholdet i den konkurranserettslige vurderingen av informasjonsutveksling. Som redegjort for tidligere, innleder Kommisjonen kapitlet med å fremheve at den primære konkurranserettslige bekymringen i relasjon til informasjonsutveksling er at det kan øke gjennomsiktigheten i markedet på en kunstig måte, og dermed tilrettelegge for at foretak koordinerer markedsatferden sin.¹⁷¹ Dette kan resultere i begrensninger i konkurransen på markedet.

¹⁶⁶ González (2012) s. 48.

¹⁶⁷ Wagner-von Papp (2012) s. 22.

¹⁶⁸ Sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 26.

¹⁶⁹ Ibáñez Colomo og Lamadrid (2017) s. 26.

¹⁷⁰ Gassler (2021) s. 189.

¹⁷¹ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 65.

Kommisjonen viser i retningslinjene til at det særlig er informasjonsutveksling om foretaks individualiserte intensjoner rundt fremtidige priser eller mengder som kan lede til konkurransebegrensninger.¹⁷² Slike informasjonsutvekslinger vil gjøre det enklere for konkurrenter å i fellesskap legge seg på et høyere prisnivå, uten å risikere tap av markedsandeler eller å sette i gang en priskrig i prisjusteringsperioden. Samtidig er det lite sannsynlig at konkurrenter vil bruke denne typen informasjonsutveksling på måter som fremmer konkurranse. På bakgrunn av dette skriver Kommisjonen eksplisitt at utvekslinger mellom konkurrenter av individualiserte data om framtidige priser eller mengder skal betraktes som formålsrestriksjoner.¹⁷³ Det legges til at der slike informasjonsutvekslinger foretas privat skal de normalt anses og bøtelegges som karteller, ettersom de generelt sett vil ha som formål å samordne priser eller mengder. Kommisjonen tydeliggjorde dermed allerede i 2011 at det er visse typer informasjonsutvekslinger som utgjør klare formålsovertredelser. Det virker som at Kommisjonens synspunkter i stor grad er blitt tilsluttet i juridisk teori.¹⁷⁴

4.6 E-Book

En sak som virker å være i tråd med det som følger av Kommisjonens horisontale retningslinjer er *E-Book*-saken, som angikk et Kommissjonsvedtak om avhjelpende tiltak etter artikkel 9 i Rådsforordning 1/2003.¹⁷⁵ Vedtak om avhjelpende tiltak går ut på at foretak under etterforskning av Kommisjonen kan forplikte seg rettslig til å gjennomføre visse avhjelpende tiltak som imøtekommer Kommisjonens innvendinger mot atferden.¹⁷⁶ Bakgrunnen for dette Kommissjonsvedtaket var en påstått ulovlig informasjonsutveksling mellom fem store bokforlag.

Kommisjonen åpnet sak mot disse fem bokforlagene og Apple i desember 2011. På denne tiden var Amazon den største nettbutikken for e-bøker gjennom tjenesten Kindle, og Apple var i ferd med å lansere sin egen tjeneste, iBookstore.¹⁷⁷ Apple hadde kontaktet hver av forlagene for å fortelle om sin intensjon om å starte e-bok-salg gjennom iBookstore, og i

¹⁷² Ibid avsnitt 73.

¹⁷³ Ibid avsnitt 74.

¹⁷⁴ Se eksempelvis Whish og Bailey (2018) s. 554, og Jones og Sufrin (2016) s. 683.

¹⁷⁵ Sak COMP/AT.39847 *E-Books*. Originaltittel på Rådsforordningen er *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*.

¹⁷⁶ Whish og Bailey (2018) s. 264.

¹⁷⁷ Sak COMP/AT.39847 *E-Books* avsnitt 28-29.

denne forbindelse hadde forlagene også tatt kontakt med hverandre. Apple vurderte å gå inn i markedet med engrosmodell, slik som Amazon. Forlagene mente imidlertid at Apple burde anvende en agenturmodell, slik at utsalgsprisen på e-bøker kunne settes høyere enn Amazon sine.

Under en agenturmodell kunne forlagene selv fastsette prisen på e-bøker, som Apple ville få en andel av. Dette skilte seg fra engrosmodellen, som innebar at en e-bok-detaljist betalte en gitt pris for en e-bok og deretter satte utsalgsprisen selv.¹⁷⁸ For å eliminere konkurranse rundt utsalgspriser med Amazon, valgte derfor Apple en agenturmodell.¹⁷⁹ Deretter gikk Apple og forlagene inn i avtaleforhandlinger, hvor forlagene var i direkte kontakt med hverandre og utvekslet informasjon rundt fremtidig markedsatferd, herunder fremtidige priser.¹⁸⁰ Forlagene signerte etter hvert agenturavtaler med Apple i USA, Storbritannia, Frankrike og Tyskland. Intensjonen var å lansere iBookstore i de øvrige EØS-landene kort tid etter dette.¹⁸¹

I sin foreløpige vurdering fant Kommisjonen det bevist at det hadde vært informasjonsutvekslinger mellom partene, både mellom Apple og forlagene, og mellom forlagene utenfor forhandlingene med Apple.¹⁸² Kommisjonen mente at forlagene og Apple tok sikte på å i fellesskap bytte fra salg av e-bøker gjennom en engrosmodell til en agenturmodell med hovedsakelig de samme prisvilkårene på globalt nivå, og dermed hadde deltatt i samordnet opptreden.¹⁸³ Dette ble også sett på som en formålsovertredelse, ettersom informasjonsutvekslingen tok sikte på priskoordinering, herunder øke utsalgsprisene for e-bøker i EØS og hindre fremveksten av lavere utsalgspriser.¹⁸⁴

For å unngå at Kommisjonen fattet vedtak om brudd på TEUV artikkel 101 og ileggelse av sanksjoner, kom forlagene og Apple med en rekke avhjelpende tiltak. Partene forpliktet seg til å avslutte alle agenturavtalene, avstå fra å inngå agenturavtaler i fem år, og ikke inngå avtaleklausuler om maks utsalgspris og kommisjonsnivå. Tiltakene ble samlet sett ansett tilstrekkelige til å gjenopprette usikkerheten i markedet rundt forlagene og detaljistenes fremtidige markedsstrategi.

¹⁷⁸ Ibid avsnitt 20.

¹⁷⁹ Ibid avsnitt 30.

¹⁸⁰ Ibid avsnitt 34.

¹⁸¹ Ibid avsnitt 45.

¹⁸² Gassler (2021) s. 196.

¹⁸³ Sak COMP/AT.39847 *E-Books* avsnitt 86.

¹⁸⁴ Ibid avsnitt 88.

Apple og forlagene sto i et vertikalt forhold til hverandre, som foretak i ulike omsetningsledd i markedet. Kommisjonen mente at dette vertikale samarbeidet med Apple igangsatte informasjonsutvekslingen mellom forlagene, og det var forlagenes horisontale samarbeid som var hovedfokuset i Kommisjonens vurdering.¹⁸⁵ Det sentrale poenget i relasjon til oppgavens problemstilling er at Kommisjonen mente at forlagenes utveksling av informasjon rundt fremtidig prisatferd, i form av fastsettelse av utsalgspriser, var en formålsovertredelse.¹⁸⁶ Selv om saken munnet ut i et vedtak om avhjelpende tiltak, og ikke et vedtak om overtredelse av TEUV artikkel 101, er synet som Kommisjonen gir uttrykk for dermed på linje med de horisontale retningslinjene.

4.7 Dole

Etter *T-Mobile*-saken og Kommisjonens horisontale retningslinjer, kan *Dole*-saken og *Del Monte*-saken ses på som det neste store steget i utviklingen av formålsvurderingen ved informasjonsutveksling.¹⁸⁷ Disse sakene kalles ofte for "Bananas"-sakene, ettersom begge omhandlet en Kommisjonsavgjørelse som bøtela flere bananprodusenter og -importører for å over en treårs-periode ha utvekslet informasjon av betydning for prising av bananer markedsført i Nord-Europa.¹⁸⁸

Banimporten i Nord-Europa var organisert gjennom ukentlige bananleveranser fra Latin-Amerika. Én gang i uken fastsatte de største importørene tilbudspriser for sine bananmerker. De faktiske prisene som detaljistene og distributørene betalte gjenspeilte imidlertid ikke alltid tilbudsprisen, som følge av forhandlinger og leveringsavtaler med forhåndsbestemte prisformler.¹⁸⁹ Tilbudsprisene utgjorde likevel tydelige signaler for den tiltenkte utviklingen av de faktiske prisene.

Kommisjonen fant at flere av bananprodusenter og -importører over telefon hadde utvekslet informasjon relatert til fastsettelsen av tilbudspriser og som dermed var av betydning for den endelige prisfastsettelsen. De hadde også delt tilbudsprisene når disse hadde blitt fastsatt. Kommisjonen hevdet at den førstnevnte informasjonsutvekslingen skulle redusere usikkerhet

¹⁸⁵ Gassler (2021) s. 196.

¹⁸⁶ Sak COMP/AT.39847 *E-Books* avsnitt 38.

¹⁸⁷ Henholdsvis sak T-588/08 *Dole* og sak C-286/13 P *Dole*, og sak T-587/08 *Del Monte* og sak C-293/13 P *Del Monte*.

¹⁸⁸ Sak C-286/13 *Dole* avsnitt 7 og sak T-587/08 *Del Monte* avsnitt 10.

¹⁸⁹ Sak T-588/08 *Dole* avsnitt 11-14.

rundt fastsettelsen av tilbudspriser, mens utveksling av selve tilbudsprisene åpnet for overvåkning av hverandres prisavgjørelser. Den konkluderte derfor med at informasjonsutvekslingen hadde et konkurransebegrensende formål.¹⁹⁰ Fokuset videre i delkapittelet vil være på *Dole*-saken, da denne saken har de mest interessante uttalelsene i relasjon til informasjonsutveksling som formålsrestriksjon.

I *Dole*-saken ble Kommissjonsavgjørelsen opprettholdt av både Underretten og EU-domstolen, og EU-domstolen sluttet seg i helhet til Underrettens synspunkter.¹⁹¹ Den fant det bevist at informasjon hadde blitt utvekslet, at informasjonen kunne gi «signals, trends or indications» for utviklingen av bananprisene, at informasjonsutvekslingen hadde skapt kunstige konkurransevilkår i markedet, og at det ikke var nødvendig med direkte sammenheng mellom informasjonsutvekslingen og prisene som forbrukerne betalte.¹⁹² Domstolen mente på denne bakgrunn at informasjonsutvekslingen måtte anses som en formålsovertredelse, og betegnet det ulovlige samarbeidet som et kartell.

Med henvisning til *Thyssen Stahl*-saken og *T-Mobile*-saken uttaler EU-domstolen at

"the exchange of information between competitors is liable to be incompatible with the competition rules 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".¹⁹³

Tilsvarende som i *T-Mobile*-saken, virker dette vurderingstemaet å knytte seg til vilkåret om samordnet opptreden. Med hensyn til formålsvurderingen fremhever EU-domstolen, også med utgangspunkt i *T-Mobile*-saken, 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".¹⁹⁴ (min kursivering)

¹⁹⁰ Ibid avsnitt 15-21 og 54.

¹⁹¹ Sak T-588/08 *Dole* og sak C-286/13 P *Dole*.

¹⁹² Sak C-286/13 *Dole* avsnitt 129-134.

¹⁹³ Ibid avsnitt 121, jf. sak C-194/99 P *Thyssen Stahl* avsnitt 86 og sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 35.

¹⁹⁴ Sak C-286/13 *Dole* avsnitt 122.

Følgelig gjentar EU-domstolen i stor grad det som følger av *T-Mobile*-saken. En sentral forskjell er imidlertid at *T-Mobile*-saken kun var en prejudisiell avgjørelse, mens EU-domstolen avgjorde realitetene i *Dole*-saken. Uttalelsene i *Dole*-saken har dermed høyere rettskildemessig vekt.

Argumentasjonen til EU-domstolen i *Dole*-saken er, i likhet med *T-Mobile*-saken, blitt kritisert for å ha en for bred og konkret tilnærming til formålsanalysen. Begge dommene tilsier at formålsregelen kan anvendes på utveksling av mer generell markedsinformasjon som er egnet til å påvirke fremtidige priser, og at det er mindre viktig hvor nær informasjonen er til de endelige prisene.¹⁹⁵ Også i *Dole*-saken var den aktuelle informasjonen nokså løst knyttet til den endelige prisfastsettelsen, og utgjorde kun et signal i en fastsettelse der flere faktorer spilte inn. Utvekslingen bar dessuten preg av å være "bransjeprat". Slik sett kan det hevdes at informasjonsutvekslingen ikke var egnet til å redusere usikkerheten i markedet nok til å berettigg klassifiseringen som formålsovertredelse, særlig i lys av den høye terskelen for å innfri formålsvilkåret.¹⁹⁶

En forskjell fra *T-Mobile*-saken er likevel at informasjonen i *Dole*-saken hadde større betydning for fastsettelsen av fremtidige priser, og informasjonsutvekslingen dermed var likere en typisk priskoordinering.¹⁹⁷ Dommen kan følgelig sies å være mer i tråd med Kommisjonens retningslinjer, hvor informasjonsutveksling rundt fremtidige priser utpekes som en klar formålsovertredelse.¹⁹⁸ Dette er naturlig ettersom *Dole*-saken ble avsagt i etterkant av retningslinjene, i motsetning til *T-Mobile*-saken. Særlig i lys av utkast til nye retningslinjer, kan det også hende at både *Dole*-saken og *T-Mobile*-saken må betraktes som del av en tendens i retning av en noe bredere formålskategori for informasjonsutveksling enn det som tidligere har vært lagt til grunn av Kommisjonen og juridisk teori.¹⁹⁹

4.8 Forex

Av nyere Kommisjonspraksis rundt informasjonsutveksling finner man to forlikssaker, hvor fem banker ble bøtelagt for å ha deltatt i to karteller om valutahandel, også kalt Forex.²⁰⁰ Den

¹⁹⁵ Gassler (2021) s. 192.

¹⁹⁶ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 49.

¹⁹⁷ Jones og Sufrin (2016) s. 683.

¹⁹⁸ Se kapittel 4.5.

¹⁹⁹ Se kapittel 4.10 og 4.11.

²⁰⁰ Pressemelding fra EU-kommisjonen i sak AT.40135.

første saken gjaldt regelmessig utveksling av forretningssensitiv informasjon mellom fem banker i tre private chatterom i perioden mellom desember 2007 og juni 2013. Dette er kalt *Forex-Three Way Banana Split*-saken.²⁰¹ Også den andre saken, *Forex-Essex-Express*-saken, omhandlet utveksling av forretningssensitiv informasjon mellom fem banker, men da på to private chatterom mellom desember 2009 og juli 2012.²⁰² Foreløpig er kun sammendrag av Kommisjonsavgjørelsene og pressemeldinger blitt offentliggjort. Frem til de fullstendige avgjørelsene blir offentlig tilgjengelig, må det tas utgangspunkt i disse.

I begge sakene ble informasjonsutvekslingen ansett som en formålsrestriksjon, og pressemeldingene omtaler disse om "karteller".²⁰³ Bankenes utveksling av nåværende og fremtidige handelsaktivitet på chatterommene gjorde at bankene kunne holde seg oppdatert på sine konkurrenters posisjonering, intensjoner og begrensninger på markedet for valutahandel.²⁰⁴ Ettersom bankene ikke hadde noe system for kontroll eller sanksjonering av hverandre, slik som i typiske karteller, mente Kommisjonen at det var tale om en løsere form for kartellvirksomhet. Informasjonsutvekslingen ga en "tacit underlying understanding" mellom bankene som var egnet til å påvirke hvordan de forholdt seg til pris og risikostyring, som er de to viktigste konkurranseparameterne innen valutahandel.²⁰⁵ Informasjonen relaterte seg til spesifikke transaksjoner og banker, og var dermed svært konkret og individualisert. Utvekslingene skjedde privat, og flere av de involverte bankfolkene kjente hverandre. Disse momentene var avgjørende for Kommisjonens syn om at informasjonsutvekslingen tilrettela for at bankene kunne koordinere sin markedsatferd på en konkurranseskadelig måte.²⁰⁶

Avgjørelsene viser at Kommisjonen tydeligere enn tidligere klassifiserer informasjonsutveksling rundt fremtidig atferd som karteller, herunder som samarbeid som fullstendig mangler effektivitetsgevinster.²⁰⁷ Dette kan tilsi at enhver slik informasjonsutveksling kan utgjøre et kartell, hvilket også finner støtte i utkast til nye horisontale retningslinjer.²⁰⁸

²⁰¹ Sammendrag av sak AT.40135 *Forex-Three Way Banana Split* avsnitt 12-13.

²⁰² Sammendrag av sak AT.40135 *Forex-Essex-Express* avsnitt 12-13.

²⁰³ Sammendrag av sak AT.40135 *Forex-Three Way Banana Split* avsnitt 1 og sammendrag av sak AT.40135 *Forex-Essex-Express* avsnitt 1.

²⁰⁴ Begge sammendragenenes avsnitt 13-14.

²⁰⁵ Ibid avsnitt 13.

²⁰⁶ Ibid avsnitt 14.

²⁰⁷ Gassler (2021) s. 198 og utkast til nye horisontale retningslinjer avsnitt 450.

²⁰⁸ Gassler (2021) s. 198.

Til forskjell fra sakene som er gjennomgått tidligere, antyder sammendragene dessuten at Kommisjonen i disse avgjørelsene trekker et slags skille mellom utvekslinger av fortidig og fremtidig informasjon.²⁰⁹ Dette kan indikere at Kommisjonen mener at disse to typene informasjonsutveksling begrenser konkurransen på ulike måter. Akkurat hvilken betydning dette hadde for formålsvurderingen er likevel usikkert. Det fremkommer ikke klart av sammendragene hvorvidt utvekslingen av fortidig informasjon ble ansett som en formålsovertredelse fordi det ble vurdert sammen med utvekslingen av fremtidig informasjon, eller om det utgjorde en formålsovertredelse i seg selv. Svaret på dette vil trolig gis når de endelige avgjørelsene tilgjengeliggjøres. Dersom Kommisjonen ikke vurderte det slik at informasjonsutvekslingen av fortidig informasjon ble konsumert av utvekslingen av fremtidig informasjon, kan det tyde på at Kommisjonen legger til grunn en bredere formålskategori enn tidligere praksis og de horisontale retningslinjene. Imidlertid vil betydningen av dette svekkes i lys av at det er tale om forlikssaker og at det ikke er gitt at domstolene ville hatt det samme synet dersom sakene hadde gjennomgått en domstolsbehandling.

4.9 Forlagssaken

4.9.1 Saksforhold

Det finnes også en nyere norsk avgjørelse som angår informasjonsutveksling som formålsovertredelse. Forlagssaken gjaldt spørsmålet om et samarbeid mellom fire bokforlag om hvordan de skulle forholde seg overfor en distributør hadde til formål å begrense konkurransen etter konkurranseloven § 10.²¹⁰ De fire forlagene var Cappelen Damm AS, Gyldendal Norsk Forlag AS, H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS og Schibsted Forlag AS.²¹¹ Saken omhandlet altså flere av de samme aktørene som den pågående Bokbase-saken, og det var også her tale om illeggelse av betydelige overtredelsesgebyrer etter konkurranseloven § 29.²¹² Bakgrunnen var at Konkurransetilsynet fant det bevist at forlagene kollektivt hadde boikottet Interpress som distributør og i den forbindelse utvekslet konkurransesensitiv informasjon, hvilket hadde konkurransebegrensende formål. Høyesterett kom til samme konklusjon i sin behandling av saken.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ HR-2021-1086-A avsnitt 2.

²¹¹ Ibid avsnitt 3.

²¹² Se kapittel 1.2.

Innledningsvis i sine premisser uttaler Høyesterett at forlagenes handlinger må bedømmes som ett sammenhengende forhold, der en innledende informasjonsutveksling rundt distribusjonsstrategi resulterte i en avtale om kollektiv boikott.²¹³ Saken gjaldt altså ikke informasjonsutveksling som en selvstendig overtredelse, men som del av et større ulovlig samarbeid etter konkurranseloven § 10. I premissene går Høyesterett imidlertid inn i en lengre drøftelse av EU-praksis om informasjonsutveksling som formålsrestriksjon. Dette gjør at dommen likevel kan ses på som et interessant tolkningsbidrag ved utpenslingen av formålsregelen for informasjonsutveksling, særlig i lys av at den er avsagt relativt nylig. Videre vil det derfor foretas en grundig behandling av de delene av dommen som omhandler informasjonsutveksling.

4.9.2 Høyesteretts vurdering av forlagenes informasjonsutveksling som formålsovertredelse

Høyesterett tilslutter seg i stor grad lagmannsrettens vurdering av informasjonsutvekslingen som formålsovertredelse. Også Høyesterett mener opplysningene mellom forlagene utgjorde "markedssensitiv, 'strategisk' informasjon som hadde betydning for konkurranseatferden" og at det dermed var tale om "informasjon som 'formindsker eller fjerner usikkerhetsgraden vedrørende det relevante markeds funksjon.'"²¹⁴ Videre sier Høyesterett seg enig i lagmannsrettens syn om at "samarbeid som kan fjerne usikkerhet om fremtidig markedsopptreden, må antas å ha et konkurransebegrensende formål", og at ut fra dette kan "også samarbeid som ikke gjelder pris og mengde (...) utgjøre en formålsrestriksjon."²¹⁵

I denne forbindelse gjengir Høyesterett lagmannsrettens slutning ut fra *Dole*-saken, om at det var tale om informasjon som "formindsker eller fjerner usikkerhetsgraden vedrørende det relevante markeds funksjon", før den selv trekker frem uttalelser fra *T-Mobile*-saken om at

"en aftale om udveksling af oplysninger mellem konkurrenter kan være i strid med konkurrencereglerne, såfremt den formindsker eller fjerner usikkerhetsgraden vedrørende det relevante markeds funksjon og følgelig begrænser konkurransen mellem virksomhederne."²¹⁶

²¹³ HR-2021-1086-A avsnitt 61.

²¹⁴ Ibid avsnitt 69, jf. sak C-286/13 *Dole* avsnitt 121.

²¹⁵ HR-2021-1086-A avsnitt 71.

²¹⁶ Ibid avsnitt 69 og 74, jf. henholdsvis sak C-286/13 *Dole* avsnitt 121 og sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 35.

I denne forbindelse unnlater Høyesterett å vise til at EU-domstolen med begge disse uttalelsene synes å sikte til vilkåret om samordnet opptreden.²¹⁷ En slik presisering ville vært naturlig, ettersom Høyesterett i dette tilfellet foretar en formålsvurdering, ikke en vurdering av samarbeidsvilkåret. Her burde Høyesterett heller vist til utsagnene i *Dole*-saken og *T-Mobile*-saken som faktisk relaterer seg spesifikt til formålsvurderingen, herunder 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."²¹⁸ (min kursivering)

Riktignok kommer Høyesterett litt senere i premissene til uttalelsen fra *T-Mobile*-saken, hvor den skriver at "utveksling av opplysninger mellom konkurrenter som kan fjerne betydelig usikkerhet om tidspunktet for, omfanget av og fremgangsmåten i forbindelse med forhold i markedet, kan 'antages at have et konkurrencebegrænsende formål'".²¹⁹ Selv om Høyesterett er inne på tidsaspektets betydning med denne uttalelsen og ved gjengivelsen av lagmannsrettens synspunkter i avsnitt 71, burde Høyesterett tydeliggjort i enda større grad at det kun er bestemte typer informasjonsutvekslinger om fremtidig markedsatferd som eksplisitt er blitt angitt av EU-domstolen som formålsovertredelser. Når Høyesterett ikke gjør dette, kan det nesten virke som at den tar *T-Mobile*-saken til inntekt for at enhver informasjonsutveksling mellom konkurrenter som er egnet til å redusere usikkerhet i markedet har til formål å begrense konkurransen. Hvis man tolker Høyesterett på denne måten legges det opp til en videre formålskategori for informasjonsutvekslinger enn det som følger av EU-rettspraksis, som gjennomgående legger opp til at det kreves et ytterligere kvalifiserende element for å oppfylle formålsvilkåret.

Selv om det ikke fremgår eksplisitt, gjaldt imidlertid informasjonsutvekslingen i saken fremtidige forhold, ettersom utvekslingen mellom forlagene ble ansett for å ha indirekte betydning for hvilke mengder forlagene ville forsyne markedet med.²²⁰ Det gjør at Høyesteretts manglende presiseringer rundt tidsaspektet for informasjonen muligens ikke fikk så store utslag for den konkrete bedømmelsen.

²¹⁷ Se kapittel 4.4.2 og 4.7.

²¹⁸ Sak C-286/13 *Dole* avsnitt 122 og sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 41.

²¹⁹ HR-2021-1086-A avsnitt 76, jf. sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 41.

²²⁰ HR-2021-1086-A avsnitt 78.

Videre klargjør Høyesterett at informasjonsutveksling om mengder er i kjernen av informasjonsutveksling som formålsovertredelse, og fremhever dermed viktigheten av informasjonens art i formålsvurderingen.²²¹ Likevel hadde forlagene kun delt informasjon som indirekte hadde konsekvenser for mengdene de kunne forsyne markedet med. Høyesteretts vurdering var at dette måtte likestilles med informasjon som har direkte betydning for mengder. Det finnes imidlertid svært mange faktorer som kan påvirke produksjonsmengder, og Høyesterett gir heller ingen nærmere forklaring for akkurat hvordan informasjonen hadde betydning for forlagenes mengder. Samtidig kan man se det slik at både *T-Mobile*-saken og *Dole*-saken indirekte omhandlet priser. Dermed er det ikke sikkert at Høyesterett på dette punktet er så i utakt med EU-retten, særlig med tanke på utkastet til nye horisontale retningslinjer.²²² Det er likevel problematisk at Høyesterett nærmest virker å slutte kontant fra at informasjonsutvekslingen indirekte dreide seg om mengder til at den reduserte usikkerhet i markedet på en slik måte at den hadde konkurransebegrensende formål. Argumentasjonen til Høyesterett fremstår dermed som ganske kategorisk.

Høyesterett foretar heller ikke en særlig møysommelig vurdering av om informasjonsutveksling ut fra konteksten var så konkurranseskadelig at konstateringen av konkurransebegrensende formål kunne opprettholdes.²²³ Domstolen går blant annet ikke inn på hvorvidt lagmannsretten anla riktig terskel for kontekstvurderingen, herunder hvorvidt lagmannsretten i for stor grad nærmet seg en virkningsvurdering og vektla konkrete virkninger fremfor å vurdere om konteksten reiste tvil om informasjonsutvekslingen var en formålsrestriksjon.²²⁴ Dersom man ser det slik at informasjonsutvekslingen ikke lå i kjerneområdet for formålskategorien, eller at Høyesterett legger til grunn en feilaktig forståelse av innholdet i vurderingen av samarbeidets art og innhold, utgjorde kontekstvurderingen ikke den reelle kvalifiseringen av klassifiseringen som formålsovertredelse som den er ment å være. Konsekvensen kan være at Høyesterett til en viss grad visker ut skillelinjene mellom formåls- og virkningsvurderingene.

4.9.3 Mulig sammenblanding med samarbeidsvilkåret

²²¹ Ibid.

²²² Se kapittel 4.10.

²²³ HR-2021-1086-A avsnitt 83.

²²⁴ Hjelmeng og Østerud (2021) s. 14-19.

Uttalelsene som peker i retning av at det er tilstrekkelig med reduksjon av usikkerhet for at informasjonsutveksling kan kategoriseres som en formålsovertredelse indikerer at Høyesterett blander sammen innholdet i vurderingen av henholdsvis samarbeidsvilkåret og formålsvurderingen. Dette fremkommer særlig tydelig når førstvoterende, som nevnt, i formålsvurderingen viser til uttalelser fra *Dole-* og *T-Mobile-*saken som nettopp relaterer seg til vurderingstemaet for vilkåret om samordnet opptreden i saker om informasjonsutveksling.²²⁵ Høyesterett foretar også en slutning om at forlagenes informasjonsutveksling rundt hvordan de ville forholde seg til distributøren fjernet den usikkerhet forlagene måtte ha om markedets funksjon i den nye situasjonen. Denne usikkerheten ble erstattet av samarbeid, hvilket "etter sin art er klassifisert som en formålsrestriksjon."²²⁶

I tillegg til i *Dole-* og *T-Mobile-*saken, har EU-domstolen ved flere anledninger lagt til grunn at det foreligger samordnet opptreden dersom konkurrenter utveksler strategisk informasjon som reduserer usikkerhet i markedet.²²⁷ Tilsvarende følger av Kommisjonens horisontale retningslinjer.²²⁸ At Høyesteretts utpensling av innholdet i formålsvurderingen minner om dette vurderingstemaet for vilkåret om samordnet opptreden, er problematisk i lys av at terskelen for formålsvilkåret skal være høy.²²⁹ EU-rettskilder viser gjennomgående at det kreves mer enn reduksjon av usikkerhet i markedet for at informasjonsutveksling skal kunne klassifiseres som en formålsrestriksjon, i form av at reduksjonen av usikkerhet må kunne tilrettelegge for at konkurrenter kan koordinere sin markedsatferd på en tilstrekkelig konkurranseskadelig måte.

4.9.4 Sakens betydning for formålsvurderingen ved informasjonsutveksling

Oppsummert fremstår det som at Høyesterett utleder formålsregelen på en noe uriktig og ufullstendig måte, med den konsekvens at det legges nokså vide føringer for formålsvurderingen ved informasjonsutveksling. Høyesteretts formålsvurdering er særlig preget av at den legger til grunn en ganske formell klassifisering av informasjonsutveksling som formålsovertredelse, som ikke virker å i særlig grad knytte seg til de nærmere

²²⁵ Sak C-286/13 P *Dole* avsnitt 120 og 121 og sak C-8/08 *T-Mobile* avsnitt 35.

²²⁶ HR-2021-1086-A avsnitt 77.

²²⁷ Se eksempelvis forente saker 40/73 mfl. *Suiker Unie* avsnitt 174.

²²⁸ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 61.

²²⁹ Sak C-67/13 P *CB* avsnitt 58.

omstendighetene i saken. Høyesteretts tilnærming kan dermed kritiseres for å være for formalistisk og unyansert. I dommen oppstilles det uklare grenser både mellom formåls- og virkningsvilkåret, og mellom samarbeidsvilkåret og formålsvilkåret.²³⁰ Fremgangsmåten fremstår heller ikke i tråd med oppfatningen i EU-rettspraksis om at formålsvilkåret skal fortolkes restriktivt. Dette svekker dommens rettskildemessige verdi.

Saken må også ses i lys av at samordningen mellom forlagene ble ansett som en "kollektiv boikott", som er en samarbeidsform som ifølge Høyesterett "nødvendigvis" omfattes av formålsvilkåret dersom det rammer en kunde. Det fremkommer ikke klart hvorvidt Høyesterett vurderte informasjonsutveksling og kollektiv boikott som to separate samarbeidskategorier som hver for seg utgjorde en formålsrestriksjon.²³¹ Premissene kan også forstås slik at informasjonsutvekslingen ledet opp til den kollektive boikotten, slik at det i realiteten bare var tale om én samarbeidsform der kollektiv boikott er navnet på resultatet. Dommen er i alle tilfeller tydelig preget av at Høyesterett vurderer elementet om kollektiv boikott, i tillegg til informasjonsutveksling. Også dette tilsier at dommen ikke bør tillegges så stor vekt i spørsmålet om når informasjonsutveksling har et konkurransebegrensende formål.

4.10 Utkast til nye horisontale retningslinjer

EU-kommisjonen kom 1. mars 2022 med utkast til endringer i de horisontale retningslinjene, som vil tre i kraft 1. januar 2023. Selv om sluttarbeidet ikke er fullført og den endelige versjonen av de nye retningslinjene ikke enda foreligger, gir utkastet et inntrykk av Kommisjonens syn på utviklingen av reglene om informasjonsutveksling som formålsovertredelse. Sammenlignet med retningslinjene fra 2011 virker det som at Kommisjonen nå har et litt annet syn på hvilke typer informasjonsutveksling som har konkurransebegrensende formål.

Informasjonsutveksling behandles i kapittel 6 i de nye retningslinjene. Her uttaler Kommisjonen at informasjonsutveksling har et konkurransebegrensende formål

"[w]hen the information is commercially sensitive and the exchange is capable of removing uncertainty between participants as regards the timing, extent and

²³⁰ Hjelmeng og Østerud (2021) s. 14-19.

²³¹ HR-2021-1086-A avsnitt 79.

details of the modifications to be adopted by the undertakings concerned in their conduct on the market."²³²

Deretter skriver Kommisjonen at formålsvurderingen må foretas i lys av informasjonsutvekslingens art, innhold og kontekst. Vurderingstemaet er hentet fra blant annet *T-Mobile* og *Dole*, og viser blant annet at et bestemmende element i vurderingen er hvorvidt informasjonsutvekslingen gjelder konkurrenters fremtidige og individualiserte markedsatferd. Dette vurderingstemaet fremkommer ikke like tydelig av retningslinjene fra 2011, hvilket kan henge sammen med at praksis i etterkant av 2011 i større grad har omfavnet dette som vurderingstema for vurderingen av når informasjonsutveksling har til formål å begrense konkurransen.

En likhet med retningslinjene fra 2011 er at Kommisjonen konkretiserer hvilke typer informasjonsutvekslinger som den anser som klare formålsovertredelser:

"An information exchange constitutes a cartel if it is an agreement or concerted practice between two or more competitors aimed at coordinating their competitive behaviour on the market or influencing the relevant parameters of competition through practices such as, but not limited to, the fixing or coordination of purchase or selling prices or other trading conditions, including in relation to intellectual property rights, the allocation of production or sales quotas, the sharing of markets and customers, including bid-rigging, restrictions of imports or exports or anti-competitive actions against other competitors."²³³

Kommisjonen skriver at informasjonsutveksling utgjør en formålsrestriksjon, og endatil et kartell, dersom informasjonsutvekslingen tar sikte på å samordne markedsatferd eller påvirke sentrale konkurranseparametere på markedet gjennom blant annet koordinering av priser og andre salgsvilkår. Gjennom formuleringene "but not limited to" og "other trading conditions" fremkommer det at den etterfølgende opplistingen ikke er uttømmende. Utdraget viser dermed at Kommisjonen nå anlegger en bredere formålskategori for informasjonsutveksling enn i retningslinjene fra 2011, og utvider området for hvilke informasjonsutvekslinger som regnes som karteller.²³⁴ Selv om informasjonsutveksling som tilrettelegger for priskoordinering

²³² Utkast til nye horisontale retningslinjer avsnitt 448.

²³³ Ibid avsnitt 450.

²³⁴ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 72-74 sml. utkast til nye horisontale retningslinjer avsnitt 448-450.

særlig fremheves, fokuserer Kommisjonen ikke lengre kun på utveksling av individualiserte intensjoner rundt fremtidige priser og mengder. Med hensyn til kartellbegrepet foretas det heller ikke en tydelig distinksjon mellom privat og offentlig informasjonsutveksling. Sammenfattet tilsier utkastet at informasjonsutveksling rundt en rekke andre viktige konkurranseparametere enn priser og mengder kan regnes som åpenbare formålsovertredelser, herunder karteller. Det er imidlertid viktig å poengtere at arbeidet med de nye retningslinjene ikke er ferdig, slik at innholdet fremdeles kan endre seg. Den rettskildemessige vekten er dermed begrenset. Likevel gir dette en tydelig indikasjon på hva Kommisjonen mener er den gjeldende normen for formålsvurderingen ved informasjonsutveksling.

4.11 Oppsummering av rettstilstanden

I 2011 var Kommisjonens oppfatning at privat og individualisert informasjonsutveksling om fremtidige priser og mengder lå i kjernen av informasjonsutveksling som formålsovertredelse.²³⁵ Synet støttes av at erfaring og teori tilsier at denne type informasjonsutveksling er særlig egnet til å fjerne strategisk usikkerhet og dermed øke gjennomsliktigheten i markedet, hvilket medfører stor fare for at foretak ikke selvstendig avgjør sin markedsstrategi.²³⁶ Sannsynligheten er da stor for at informasjonsutvekslingen vil begrense konkurransen gjennom å tilrettelegge for at konkurrenter koordinerer mot en konkurranseskadelig likevekt. Risikoen for feil som medfølger formålsregelen vil i slike tilfeller ikke være så betydelig at det trumfer hensynet til en effektiv og kostnadsbesparende håndhevelse av konkurransereglene. Dette tilsier at det er forsvarlig og hensiktsmessig å anvende presumsjonen om konkurransebegrensende virkning på informasjonsutveksling mellom konkurrenter rundt fremtidige priser og mengder. Det virker også som at rettskildene over har en omforent oppfatning om at denne type informasjonsutveksling som utgangspunkt må anses som samarbeid med konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10.

Praksis og utkastet til nye horisontale retningslinjer tilsier imidlertid at flere typer informasjonsutvekslinger på tilsvarende måte kan betraktes nærmest automatisk som formålsrestriksjoner. I utkastet til nye horisontale retningslinjer foretas det i utgangspunktet ingen klare avgrensninger med hensyn til hvilke konkurranseparametere informasjonsutvekslingen må gjelde for å kunne utgjøre en formålsovertredelse (og kartell),

²³⁵ Kommisjonens horisontale retningslinjer avsnitt 73.

²³⁶ Ibid avsnitt 86.

bortsett fra at konkurranseparameterne må være "relevant" for konkurransen i markedet.²³⁷

All praksisen som er gjennomgått i delkapitlene over omhandlet informasjon som i større eller mindre grad knyttet seg til fremtidige priser og mengder, men de trekker også i retning av at formålskategorien ikke nødvendigvis begrenser seg til informasjonsutveksling som har disse karakteristikene direkte. Det gjelder særlig *T-Mobile*-saken, *Dole*-saken, de nyere *Forex*-sakene og forlagssaken. Kildene hinter også mot at tidsaspekt og offentlighet ikke er av like avgjørende betydning i formålsvurderingen som før.

Samlet sett tilsier kapittelets analyse av rettskildebildet at synet på hvilke typer informasjonsutvekslinger som har konkurransebegrensende formål er utvidet sammenlignet med Kommisjonens retningslinjer fra 2011. Som neste delkapittel vil redegjøre for, kan man likevel stille spørsmål om bruk av presumsjonen om konkurransebegrensende virkning kan forsvares for denne utvidede gruppen av informasjonsutvekslinger.

²³⁷ Utkast til nye horisontale retningslinjer avsnitt 450.

5 Rettspolitiske betraktninger

Det kan stilles spørsmål ved om formålsregelens presumsjon om konkurransebegrensende virkning bør anvendes på den videre formålskategorien for informasjonsutvekslinger som rettskildene kan tas til inntekt for, eller om presumsjonen bør forbeholdes den tradisjonelle kjernen i form av fremtidig informasjonsutveksling rundt pris og mengder.

Dette spørsmålet er betimelig å stille i lys av de betraktningene som ble gjort i kapittel 1 og 3 rundt informasjonsutvekslingers natur. Informasjonsutveksling som atferd er ofte flytende i form og innhold, hvilket generelt sett gjør det vanskelig å foreta en konkurranserettslig vurdering av informasjonsutveksling og spesielt utfordrende å operere med en formålsregel på dette området. Hovedproblemet med å forstørre formålskategorien for informasjonsutveksling er at man samtidig utvider området for presumsjonen om konkurransebegrensende virkning. Dette fører igjen til at det vil være enda flere typer informasjonsutvekslinger som foretak vil ha problemer med å motbevise at er konkurranseskadelige. Selv om dette gjør det enklere for konkurransemyndighetene å håndheve konkurranseloven § 10, vil den økte bruken av formålsregelen samtidig medføre større risiko for feil.

Som tidligere nevnt, er det særlig risikoen for "falsk positive"-feil som er blitt vurdert som problematisk i konkurransen, ettersom slike feil kan gi negative ringvirkninger for både konkurransen og samfunnet som helhet. Det er av denne grunn lettere å rettferdiggjøre presumsjoner som fører til flere "falske negative".²³⁸ Når flere typer informasjonsutvekslinger anses klart innenfor formålskategorien forhøyes særlig sjansen for "falsk positive"-feil. Dette har igjen sammenheng med at informasjonsutveksling er en mangfoldig gruppe som i varierende grad vil påvirke konkurransen, hvilket formålsregelen er dårlig egnet til å fange opp. Selv om informasjonsutvekslinger rundt andre konkurranseparametere enn fremtidige priser og mengder under visse omstendigheter også kan tilrettelegge for at konkurrenter koordinerer sin markedsatferd på en konkurranseskadelig måte, er det som regel vanskelig å skille ut slike utvekslinger som formålsovertredelser kun basert på informasjonsutvekslingens art og innhold.²³⁹ Grunnen er at slike informasjonsutvekslinger i varierende grad er egnet til å også ha effektivitetsgevinster som berettiger atferden.

²³⁸ OECD (2017) s. 11.

²³⁹ González (2012) s. 56.

Det finnes likevel mekanismer i konkurranseloven § 10 som minimerer risikoen for at informasjonsutveksling mellom foretak feilaktig regnes for å ha konkurransebegrensende formål. Dette gjelder for det første unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd, selv om det i praksis har vist seg vanskelig å vinne frem med at unntaket skal komme til anvendelse. En annen sikkerhetsventil er formålsregelens kontekstvurdering, som også kan filtrere ut informasjonsutvekslinger som ikke er egnet til å påvirke konkurransen tilstrekkelig negativt til å berettiggeliggjøre formålsovertredelse. Som tidligere nevnt, tyder rettspraksis på at prøvingsintensiteten i kontekstvurderingen er relativt ut fra hvor tydelig samarbeidets art og innhold tilsier at det foreligger en formålsovertredelse. I mer uklare tilfeller må formålsvurderingen i større grad gjøres i lys av konteksten, mens ved åpenbare formålsrestriksjoner basert på art og innhold spiller kontekstvurderingen liten rolle i formålsvurderingen og skal kun fange opp de sjeldne tilfellene der samarbeidet av ulike grunner ikke kan virke konkurransebegrensende.

Kontekstvurderingen kan dermed være et verktøy for å håndtere en bredere formålskategori for informasjonsutvekslinger. Dersom man legger til grunn at kun informasjonsutveksling rundt fremtidige priser og mengder utgjør åpenbare formålsovertredelser, kan man se det slik at andre typer informasjonsutvekslinger i større grad må vurderes i lys av den rettslige og økonomiske konteksten for å avgjøre om de har et konkurransebegrensende formål.²⁴⁰ Likevel vil dette ikke bøte særlig på problematikken, ettersom kontekstvurderingen uansett må begrenses til det som er strengt nødvendig for å etablere en formålsrestriksjon, i tillegg til at skillet mot virkningsvurderingen setter begrensninger. Det virker dessuten ikke som at kontekstvurderingen i saker om informasjonsutveksling og utkastet til nye retningslinjer på denne måten faktisk har blitt variert ut fra informasjonsutvekslingens art og innhold.

Følgelig er det rom for å argumentere for at karakteristikene som anses for å kvalifisere en informasjonsutveksling som formålsovertredelse favner for bredt, med den konsekvens at formålsregelen ikke i tilstrekkelig grad hensyntar foretakenes forutberegnelighet og rettssikkerhet. Grunnlaget for den gjeldende normen bygger hovedsakelig på en noe sprikende praksis og utkast til nye horisontale retningslinjer, og har dermed ikke særlig solid rettskildemessig forankring. Av denne grunn vil nok debatten rundt formålsregelen for

²⁴⁰ Ibid s. 35.

informasjonsutveksling fortsette frem til Høyesterett eller EU-domstolen tydelig avklarer hva som er gjeldende rett på dette området.

Litteraturliste

Lover, forskrifter og forarbeider

| | |
|---------------------------------|--|
| Konkurranseloven | Lov 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) |
| Forskrift om overtredelsesgebyr | FOR-2013-12-11-1465 Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (Forskrift om overtredelsesgebyr) |
| Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) | Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) |
| Prop. 60 L (2017-2018) | Prop. 60 L (2017-2018) Endringer i alkoholloven, atomenergiloven, folkehelseloven, legemiddelloven, lov om medisinsk utstyr, strålevernloven og tobakksskadeloven mv. (overtredelsesgebyr mv.) |

Traktater, konvensjoner og multilaterale avtaler

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

| | |
|-------------|---|
| EMK | Den europeiske menneskerettskonvensjon, engelsk tittel: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. november 1950, trådte i kraft 3. september 1953, vedtatt som norsk lov ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 (trådte i kraft samme dag) |
| EØS-avtalen | Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde, engelsk tittel: Agreement on the European Economic Area (EEA), vedtatt 2. mai 1992, trådte i kraft 1. januar 1994, vedtatt som norsk lov ved EØS-loven av 27. november 1992 (som også trådte i kraft 1. januar 1994) |
| ODA | Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, engelsk tittel: Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and a court of justice, vedtatt 2. mai 1992, trådte i kraft 1. januar 1994 |

Avgjørelser fra EU-domstolen

| | |
|---|---------------|
| Sak C-56/65 <i>STM</i> | EU:C:1966:38 |
| Forente saker 56 og 58-64 <i>Consten and Grundig</i> | EU:C:1966:41 |
| Forente saker C-40/73 mfl. <i>Suiker Unie</i> | EU:C:1975:174 |
| Forente saker C-89/85 mfl. <i>Woodpulp</i> | EU:C:1988:447 |
| Sak C-49/92 P <i>Anic</i> | EU:C:1999:356 |

| | |
|--|----------------|
| Sak C-194/99 P <i>Thyssen Stahl</i> | EU:C:2003:527 |
| Sak C-359/01 P <i>British Sugar</i> | EU:C:2004:255 |
| Sak C-238/05 <i>Asnef-Equifax</i> | EU:C:2006:734 |
| Sak C-8/08 <i>T-Mobile</i> | EU:C:2009:343 |
| Forente saker C-501/06 P mfl. <i>GlaxoSmithKline</i> | EU:C:2009:610 |
| Sak C-286/13 P <i>Dole</i> | EU:C:2015:184 |
| Sak C-293/13 P <i>Del Monte</i> | EU:C:2015:416 |
| Sak C-67/13 P <i>CB</i> | EU:C:2014:2204 |
| Sak C-373/14 P <i>Toshiba</i> | EU:C:2016:26 |
| Sak C-74/14 <i>Eturas</i> | EU:C:2016:42 |
| Sak C-228/18 <i>Budapest Bank</i> | EU:C:2020:265 |
| Sak C-307/18 <i>Generics</i> | EU:C:2020:52 |
| Sak C-591/16 P <i>Lundbeck</i> | EU:C:2021:243 |

Avgjørelser fra Underretten

| | |
|--|---------------|
| Forente saker T-374/94 mfl. <i>European Night Services</i> | EU:T:1998:198 |
| Sak T-202/98 <i>Tate & Lyle</i> | EU:T:2001:185 |
| Sak T-587/08 <i>Del Monte</i> | EU:T:2013:129 |
| Sak T-588/08 <i>Dole</i> | EU:T:2013:188 |

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-03/16 *Ski Taxi* *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS v Staten v/Konkurransetilsynet*, svar nr. 5, dom 22. desember 2016

Avgjørelser, pressemeldinger og sammendrag fra EU-kommisjonen

Sak IV/31.128, *Fatty Acids* OJ [1987] L 3/17

Sak COMP/AT.39847 *E-Books* OJ [2013] C 378/25

Pressemelding fra EU-kommisjonen i sak AT.40135 av IP/19/2568, 16. mai 2019, tilgjengelig på https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_2568

Sammendrag av sak AT.40135 *Forex-Three Way Banana Split* OJ [2019] C 226/5, tilgjengelig på <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020AT40135%2805%29>

Sammendrag av sak AT.40135 *Forex-Essex-Express* OJ [2019] C 219/8, tilgjengelig på [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52020AT40135\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52020AT40135(02))

Øvrige EU- og EØS-rettslige kilder

Kommisjonens horisontale retningslinjer *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* [2011] OJ C 11/1

| | |
|---|---|
| ESAs horisontale retningslinjer | <i>Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler EØS-tillegg 2013 nr. 69</i> |
| Utkast til nye horisontale retningslinjer | <i>Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements [2022] C(2022) 1159 final</i> |
| Rådsforordning 1/2003 | <i>Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty</i> |
| GA Kokotts forslag i sak C-8/08 <i>T-Mobile</i> | EU:C:2009:110 |
| GA Bobeks forslag i sak C-228/18 <i>Budapest Bank</i> | EU:C:2019:678 |
| GA Wahls forslag i sak C-67/13 P <i>CB</i> | EU:C:2014:1958 |

Avgjørelser fra Høyesterett

HR-2021-1086-A

HR-2017-1229-A *Ski Taxi*

LB-2018-161470

Litteratur

Bennett og Collins (2010) Bennett, Matthew og Philip Collins, "The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad and

- the Ugly", *European Competition Journal*, august 2010, s. 311-337
- Foros og Hjelmeng (2021) Foros, Øystein og Erling Hjelmeng, "Prissignalisering og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid", *Tidsskrift for forretningsjus* 2021/2, 2021, vol. 27, s. 183-210
- Gassler (2021) Gassler, Martin, *Information Exchange Between Competitors in EU Competition Law*, Wolters Kluwer, 2021
- Gjendemsjø (2011) Gjendemsjø, Ronny, *Oligopolproblemet - Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol*, avhandling for graden philosophiae (ph.d.), Universitetet i Bergen, 2011
- González (2012) González, Angela Ortega, "Object Analysis in Information Exchange Among Competitors", *Global Antitrust Review*, 2012, vol. 5, tilgjengelig på http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2012/GAR-2012_1_Angela-Ortega-Gonzalez2.pdf (lest 16. januar 2022)
- Hjelmeng og Østerud (2021) Hjelmeng, Erling Johan og Eirik Østerud, "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*, 2021, vol. 23, hefte 3, s. 14-19
- Ibáñez Colomo og Lamadrid (2017) Ibáñez Colomo, Pablo og Alfonso Lamadrid, "On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know" i Gerard, D., Merola, M.

- og Meyring, B. (red.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, 2017
- Jones (2010) Jones, Alison, "Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article 101(1)", *European Competition Journal*, 2010, vol. 6, nr. 3, s. 649
- Jones og Sufrin (2016) Jones, Alison og Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 6. utgave, Oxford University Press, 2016
- Kolstad og Ryssdal (2007) Kolstad, Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng, *Norsk konkurranserett, Bind I - Atferdsregler og strukturkontroll*, 1. utgave, Universitetsforlaget, 2007
- 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, nr. 1, s. 30–32
- OECD (2017) OECD, "Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law", DAF/COMP(2017)9, 2017, tilgjengelig på [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)9/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)9/en/pdf) (lest 6. april 2022)
- OECD (2019) OECD, "Hub-and-spoke arrangements – Note by the European Union", DAF/COMP/WD(2019)89, 2019, tilgjengelig på [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)89/en/pdf) (lest 6. april 2022)

- Sejersted et al. (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2011
- Wagner-von Papp (2013) Wagner-von Papp, Florian, "Information Exchange Agreements", kapittel 3 i Ioannis Lianos & Damien Geradin (red.), *Handbook on EU Competition Law - Substantive Aspects*, Edward Elgar Publishing, 2013, postet 4. mars 2012, sist redigert 8. oktober 2013, tilgjengelig på <https://ssrn.com/abstract=2015674> (lest 30. mars 2022)
- Whish og Bailey (2018) Whish, Richard og David Bailey, *Competition Law*, 9. utgave, Oxford University Press, 2018

Nettartikler

- Konkurransetilsynet (2020) Konkurransetilsynet, "Varsler 502 millioner i gebyrer til fem aktører i bokmarkedet", konkurransetilsynet.no, 24. september 2020, tilgjengelig på <https://konkurransetilsynet.no/varsler-502-millioner-i-gebyrer-til-fem-aktorer-i-bokmarkedet/> (lest 20. januar 2022)