

Drivstoffmarkedet – veiledning om anvendelse av konkurranseloven § 10 ved informasjonsutveksling

1. Bakgrunn og formål

- (1) Konkurransetilsynet har på bakgrunn av henvendelser fra aktører i drivstoffmarkedet funnet det hensiktsmessig å komme med en generell uttalelse om når informasjonsutveksling kan være i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10. Det vises i denne sammenheng også til møter med A/S Norske Shell, Statoil Fuel & Retail Norge AS, Esso Norge AS og Uno-X Gruppen AS hvor det ble nærmere redegjort for forhold knyttet til prisopplysning.
- (2) Med informasjonsutveksling menes i denne veilederen typisk utveksling av priser og kvantum, men også annen type informasjonsutveksling kan være i strid med konkurranseloven § 10.
- (3) Det understrekes innledningsvis at konkurranseloven er basert på et forbudsprinsipp, noe som innebærer at markedsaktørene har et selvstendig ansvar for å innrette sin virksomhet i samsvar med lovens regler. Konkurransetilsynet har ikke adgang til å gi noen form for forhåndsgodkjenning i enkeltsaker, og tilsynet vil derfor være svært forsiktig med å komme med uttalelser som gir uttrykk for en bestemt anvendelse av loven i en konkret sak.

2. Nærmere om konkurranseloven § 10

- (4) Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

«Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*



Kongen kan ved forskrift fastsette regler for hva som skal gå inn under tredje ledd (gruppefritak). Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd.»

- (5) For at utveksling av informasjon mellom foretak skal rammes av § 10 første ledd må fire vilkår være oppfylt.
- (6) For det første må samarbeidet skje mellom uavhengige foretak (foretakskriteriet). Dette vilkåret forutsettes oppfylt i det følgende og vil ikke bli særskilt omtalt. For det andre må det foreligge en "avtale", "samordnet opptreden" eller "beslutning truffet av [en] sammenslutning[...] av foretak" (samarbeidskriteriet). Samarbeidskriteriet vil bli nærmere redegjort for under punkt 2.1. For det tredje må samarbeidet ha "til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen" (konkurransbegrensningskriteriet). I punkt 2.2. omtales dette vilkåret nærmere. For det fjerde må konkurransen begrenses merkbart (merkbarhetskriteriet), jf. punkt 2.4.

2.1. Samarbeidskriteriet

- (7) Samarbeid kan i henhold til konkurranseloven § 10 første ledd skje gjennom en "avtale", "samordnet opptreden" eller "beslutning truffet av [en] sammenslutning [er] [...] av foretak".
- (8) Vilkårene er alternative og uttrykket "samordnet opptreden" angir den nedre terskelen for når samarbeidskriteriet er oppfylt.
- (9) Med "samordnet opptreden" menes i henhold til fast praksis fra EU-domstolen en form for koordinering mellom virksomheter, hvor disse ikke går så langt som til å inngå en avtale, men likevel erstatter konkurranserisikoen med et innbyrdes praktisk samarbeid. I Suiker Unie la EU-domstolen følgende til grunn:
*"The concept of a «concerted practice» refers to a form of coordination between undertakings, which, without having been taken to the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes for the risk of competition, practical cooperation between them, which leads to conditions of competition which do not correspond to the normal condition of the market, having regard to the nature of the products, the importance and number of undertakings as well as the size and nature of the said market.»*¹
- (10) Dette er i samsvar med prinsippet om at ethvert foretak skal fastsette sin markedsadferd på selvstendig grunnlag.² Konkurransereglene forbyr således ikke foretak ensidig å tilpasse seg konkurrentenes eksisterende eller forventede markedsadferd. Reglene er imidlertid til hinder for enhver form for direkte eller indirekte kontakt mellom konkurrenter som har til formål eller virkning å begrense konkurransen, se punkt 2.2 nedenfor.
- (11) Ovennevnte innebærer også at informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan utgjøre en samordnet opptreden i § 10s forstand.³ I sak C-8/08 *T-Mobile* uttrykte EU-domstolen dette slik:

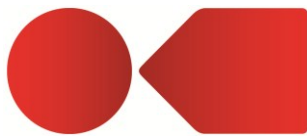
*"It follows that the exchange of information between competitors is liable to be incompatible with the competition rules if it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question, with the result that competition between undertakings is restricted [...]."*⁴

¹ Se blant annet forente saker 40/73 m.fl. *Suiker Unie*, Sml. 1975 side 1663, premiss 26 og sak C-49/92 P *Anic Participazioni SpA mot Kommisjonen*, Sml. 1999 side I-4125, premiss 115.

² Se sak C-49/92 P *Anic Participazioni SpA mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-4125, premiss 117.

³ Se blant annet forente saker 40/73 *Suiker Unie m.fl.*, Sml. 1975 s. 1663, premiss 173 flg.

⁴ Se EU-domstolens sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Sml. 2000 s. I-4529, premiss 35.



- (12) Tilsvarende er lagt til grunn i EU-Kommisjonens nye horisontale retningslinjer.⁵
- (13) Videre vil kravet til samordnet opptreden kunne være oppfylt selv om bare ett foretak røper strategisk markedsinformasjon til sine konkurrenter. Dette gjelder i tilfeller der mottakeren har bedt om den aktuelle informasjonen eller har akseptert den. Dette fremkommer blant annet i sak T-25/95 *Cimenteries* hvor Retten uttaler:
- "In that connection, the Court points out that the concept of concerted practice does in fact imply the existence of reciprocal contacts (Opinion of Advocate General Darmon in Woodpulp II, cited at paragraph 697 above, points 170 to 175). That condition is met where one competitor discloses its future intentions or conduct on the market to another when the latter requests it or, at the very least, accepts it".*⁶
- (14) Dette er også lagt til grunn i Konkurransetilsynet praksis.⁷
- (15) EU-kommisjonen har i de horisontale retningslinjene uttalt at det foreligger en aksept fra den som mottar informasjonen, dersom mottakeren ikke protesterer og gir klart uttrykk for at det ikke er ønskelig å motta slik informasjon. I de horisontale retningslinjene fremkommer:
- "When a company receives strategic data from a competitor (be it in a meeting, by mail or electronically), it will be presumed to have accepted the information and adapted its market conduct accordingly unless it responds with a clear statement that it does not wish to receive such data."*⁸
- (16) Det følger videre av begrepet samordnet opptreden at det må foreligge årsakssammenheng mellom samordningen og den aktuelle opptreden på markedet. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser slått fast, som en generell rettssetning, at det foreligger en presumsjon for at en aktør som mottar strategisk markedsinformasjon og fortsatt er aktiv på det relevante markedet har hensyntatt informasjonen ved fastsettingen av egen markedsopptreden.⁹
- (17) Det er i slike tilfeller ikke nødvendig å dokumentere årsakssammenheng mellom samordningen og partenes senere markedsopptreden.¹⁰
- (18) Det er videre uten betydning hvorvidt partene lyktes i å koordinere sin adferd. Dette ble blant annet lagt til grunn av EU-domstolen i *Hüls AG*. Domstolen uttalte her:
- "Secondly, contrary to Hüls's argument, a concerted practice as defined above is caught by Article 81(1) EC, even in the absence of anti-competitive effects on the market".*¹¹
- (19) Et særlig spørsmål er hvorvidt ensidig offentlig kunngjøring av strategisk informasjon, for eksempel gjennom en avis, vil utgjøre samordnet opptreden i § 10s forstand. Som utgangspunkt vil slik offentlig kunngjøring ikke være en samordnet opptreden, forutsatt at kunngjøringen ikke også er en invitasjon til et samarbeid. Det kan derimot ikke utelukkes at vilkåret er oppfylt i en konkret sak, og i Kommisjonens horisontale retningslinjer punkt 63 nevnes "offentlig signalisering", som et eksempel på en slik situasjon.

2.2 Konkurransbegrensningskriteriet

- (20) Konkurranseloven § 10 første ledd omfatter samarbeid med konkurransebegrensende «formål eller virkning». Vilkårene er alternative.¹²

⁵ Kommisjonens *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* 2011/C 11/01 (de horisontale retningslinjer) punkt 60 og 63.

⁶ Sak T-25/95 *Cimenteries m.fl. mot Kommisjonen* Sml. 2000 s. II-491, premiss 1849.

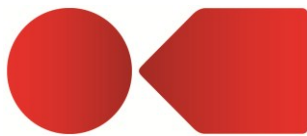
⁷ Se vedtak av 30. juni 2011 (V2011-11).

⁸ De horisontale retningslinjer, punkt 62.

⁹ Sak 199/92 P, *Hüls AG mot Kommisjonen*, Sml.1999 s. I-4287, premiss 162.

¹⁰ Se EU-domstolens sak C-8/08 *T-Mobile m.fl.*, Sml. 2000 s. I-4529, premissene 61 og 62.

¹¹ Sak C-199/92 P *Hüls AG mot Kommisjonen*, Sml.1999 s. I-4287 premiss 163.



- (21) Samarbeid som har til "*formål*" å begrense konkurransen er forbudt i seg selv, og det er ikke nødvendig å påvise noen faktisk eller potensiell konkurranseskadelig virkning i det relevante markedet.¹³ Det er tilstrekkelig at samarbeidet er *egnet til* å ha en negativ virkning på konkurransen, jf. *T-Mobile* premiss 30 og 31. Tilsvarende er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1556 premiss 64-65.
- (22) Det bemerkes at *formål* etter konkurranseloven § 10 er et objektivt begrep. Partenes subjektive hensikt er således ikke avgjørende for om formålskriteriet er oppfylt.¹⁴
- (23) Det følger av EU-domstolens praksis at utveksling av informasjon om sentrale konkurranseparametere som for eksempel *fremtidig pris og kvantum* normalt vil ha et konkurransebegrensende formål. Utveksling av informasjon om fremtidige tiltenkte handlinger er således som hovedregel forbudt. Bakgrunnen for dette er at konkurranserisikoen lett elimineres hvis faktiske eller potensielle konkurrenter avslører/formidler hvordan de har tenkt å innrette seg i fremtiden. Utveksling av slike opplysninger vil typisk gi foretakene muligheter til å oppnå en høyere pris uten at de risikerer å tape markedsandeler eller utløse en priskrig.
- (24) Informasjonsutveksling kan videre legge til rette for et stilltiende samarbeid mellom konkurrenter og/eller virke som en mekanisme for å opprettholde et kartell.
- (25) Dersom informasjonsutvekslingen etter en objektiv vurdering ikke har til formål å begrense konkurransen, vil det måtte vurderes hvorvidt den aktuelle informasjonsutvekslingen faktisk eller potensielt har konkurransebegrensende virkninger. I en slik vurdering er særlig to forhold relevante å vurdere: (i) det aktuelle markedets struktur, og (ii) informasjonens innhold/karakter.
- (26) Når det gjelder markedets struktur er det i praksis særlig lagt vekt på antallet aktører, om aktørene er relativt like i størrelse, om det foreligger etableringshindringer, om noen har kjøpermakt, om etterspørselen er stabil og om produktene er homogene. Dette fordi samordning mellom konkurrenter lettere vil kunne skje i markeder som er tilstrekkelig gjennomsiktede, konsentrerte, ukompliserte, stabile og symmetriske.¹⁵
- (27) Vedrørende informasjonens egnethet er det i praksis lagt vekt på dets alder og aktualitet, om utvekslingen skjer regelmessig, om informasjonen er av god kvalitet, individuell eller aggregert, om den er detaljert, om utvekslingen er obligatorisk og hvorvidt forbrukerne er gitt tilgang opplysningene.
- (28) Et foretak vil som hovedregel ikke opptre i strid med konkurranseloven § 10 dersom foretaket informerer sine kunder om *gjeldende utsalgpris*. Bensinstasjoner kan derfor, på forespørsel fra kunder, lovlig opplyse om gjeldende pumpepris. Dette gjelder enten kunden får informasjonen per telefon, ved oppmøte hos selger, eller at opplysningene gis til kunden på annen måte.
- (29) Utveksling av *historiske data* (eldre enn 1 år) vil i samsvar med EU/EØS-retten normalt være tillatt, men det kan tenkes unntak avhengig av for eksempel kvalitet og detaljgrad. Som illustrasjon vises i denne sammenheng til AC Nielsen-saken.¹⁶ I Konkurransetilsynets brev til AC Nielsen 17. april 2007 er det blant annet beskrevet nærmere hvordan opplysningenes detaljnivå og tidspunktet for utgivelse har betydning for hvorvidt informasjonsutvekslingen er konkurransebegrensende.

¹² Se EU-domstolens sak 56/65, *Société Technique Minière*, Sml. 1966 s. 337.

¹³ Se for eksempel sak T-62/98 *Volkswagen AG*, Samling 2000 side 11-2707, premiss 178.

¹⁴ EU-domstolens sak C-8/08 *T-Mobile mil*, Samling 2000 side 1-4529, premiss 27 flg. og Rt. 2011 s. 1393 premiss 64-65.

¹⁵ De horisontale retningslinjer punkt 77.

¹⁶ En kopi av brevet er vedlagt ved oversendelse av veiledningen til aktører i drivstoffmarkedet.

- (30) AC Nielsen-saken viser også at informasjonsutveksling kan skje på flere ulike måter enn ved direkte kontakt mellom konkurrentene. I den aktuelle saken skjedde informasjonsutvekslingen gjennom en tredjepart. Informasjon kan også utveksles gjennom for eksempel bransjeforeninger, leverandører eller forhandlere.¹⁷

2.3 Merkbarhetskriteriet

- (31) For at informasjonsutveksling skal rammes av konkurranseloven § 10, må utvekslingen videre være egnet til å begrense konkurransen *merkbart*. Hvorvidt merkbarhetskriteriet er oppfylt, beror på en helhetsvurdering der blant annet aktørenes størrelse, markedsforholdene og den aktuelle konkurransebegrensningens karakter er sentrale momenter.
- (32) Kravet om at konkurransen må begrenses merkbart innebærer en avgrensning mot restriksjoner med en ubetydelig virkning.
- (33) Som det fremgår ovenfor vil informasjonsutveksling undertiden kunne utgjøre en formålsovertredelse. I disse tilfellene skal det i samsvar med rettspraksis og teori svært lite til for at merkbarhetskravet er oppfylt.
- (34) Overtredelsens art og skadepotensiale tilsier at merkbarhetskravet normalt vil være oppfylt for samarbeid som har til formål å begrense konkurransen, uten at det må foretas noen nærmere vurdering av faktisk eller potensielle skadevirkninger. Det vises i denne sammenheng til *Brasseries Nationale*¹⁸ hvor Retten uttaler:
- "In that regard, it suffices to recall that undertakings which conclude an agreement whose purpose is to restrict competition cannot, in principle, avoid the application of Article 81(1) EC by claiming that their agreement should not have an appreciable effect on competition."*¹⁹
- (35) I tillegg bemerkes at EFTAs overvåkingsorgans kunngjøring om avtaler av mindre betydning, ikke kommer til anvendelse på alvorlige konkurransebegrensninger, jf. artikkel 11 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 7.

2.4 Konkurranseloven § 10 tredje ledd

- (36) Aktiviteter som er i strid med konkurranseloven § 10 første ledd, kan på nærmere bestemte vilkår likevel være tillatt etter § 10 tredje ledd.²⁰ Informasjonsutveksling om fremtidige individualiserte priser vil normalt ikke oppfylle vilkårene for unntak etter § 10 tredje ledd. Utveksling av andre typer opplysninger kan imidlertid etter en konkret vurdering oppfylle vilkårene for unntak.

¹⁷ De horisontale retningslinjer, punkt 55.

¹⁸ Jf. Sak T-49/00.

¹⁹ Jf. premiss 140.

²⁰ Se Konkurransetilsynets faktaark om § 10 tredje ledd:

http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%c2%a710_UNNTAK.PDF