

**SAMSPILLET MELLEM FUSIONER
OG
TACIT COLLUSION
(OG BESLÆGTEDE BEGREBER)
PÅ VVS- OG ELMARKEDET**

**THE INTERACTION BETWEEN MERGERS AND TACIT COLLUSION
(AND COMPARABLE CONCEPTS) IN THE PLUMBING AND ELECTRICAL MARKET**

CBS



COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL
HANDELSHØJSKOLEN

Forfatter:

Vibe Dannaar Blum

CPR-nr.:

Afleveringsdato:

1. juni 2016

Vejledere:

Jens Fejø (jur.)

Peter Mouritzen (øko.)

Antal anslag/sider:

176.636 anslag/75 sider

EXECUTIVE SUMMARY

The overall objective of this thesis has been to analyze the interaction between mergers and tacit collusion/collective dominance in the plumbing and electrical market.

In order to be able to answer the question of why the concepts of tacit collusion and collective dominance is relevant to merger control the thesis has performed various analyses.

The economic analysis has shown that collusion – tacit as well as explicit – is harmful, because it allows firms to exercise market power which they would not be able to otherwise, restrict competition, raise prices and reduce welfare. Many market factors affect collusion: The size and symmetry of market shares, entry barriers and multi-market contact, just to name a few. Some of these hinder collusion, others facilitate it. All these factors impact merger control, since it should make an assessment based on these.

An essential part of merger control is assessing whether the *Airtours* conditions are fulfilled. The conditions say that in order to be able to reach a mutual understanding to restrict competition, the market needs to be sufficiently transparent. Further, transparency helps to ensure that this behavior can be monitored effectively. There must also be a scope for credible punishment mechanism to undermine the well-recognized incentive to cheat. Further, such an exercise has little point if entry barriers are low and other firms could come into the market rapidly if prices were to rise.

In the law analysis the concept of collective dominance was dealt with. Since it is a relatively new concept and has been formed in case law in recent years, the concept was not well-defined, but with the three conditions that has to be fulfilled in order for collective dominance/tacit collusion to be sustained the *Airtours* case remedied this.

Initially defining the concepts of tacit collusion, concerted practices and collective dominance was time consuming and concluded that the economic term tacit collusion corresponds best to collective dominance.

Case law of the Court of Justice, the General Court, EU Commission and the Danish competition authority showed that the assessment is highly economic and combines law and economics.

The plumbing and electrical market has served as a good practical view to the theories with a prohibition as well as an approval of a merger decision.

INDHOLDSFORTEGNELSE

EXECUTIVE SUMMARY	1
KAPITEL 1: INDLEDNING	4
1.1 PROBLEMFORMULERING	4
1.2 PROBLEMFELT	4
1.3 AFGRÆNSNING	6
1.4 JURIDISK OG ØKONOMISK METODE	6
1.5 BEGREBSAFKLARING	8
KAPITEL 2: ØKONOMISK ANALYSE	13
2.1 FUSIONER OG ØKONOMISK TEORI – OVERORDNET	13
2.2 BETYDNINGEN AF MARKEDSANDELE	14
2.2.1 MARKEDSANDELE	14
2.2.2 KONCENTRATIONSGRADEN	16
2.3 HVORFOR ER COLLUSION SKADELIGT?	18
2.3.1 RELEVANTE MARKEDSFAKTORER VEDR. COLLUSION	19
2.3.1.1 GRUNDLÆGGENDE TEORI OM COLLUSION	20
2.3.1.1.1 NASH-LIGEVEGT	20
2.3.1.1.2 BERTRAND-KONKURRENCE	21
2.3.1.2 GRUNDLÆGGENDE STRUKTURELLE VARIABLER	22
2.3.1.2.1 ANTALLET AF KONKURRENTER	22
2.3.1.2.2 MARKEDSANDELENE'S STØRRELSE – ER DE SYMMETRISKE?	24
2.3.1.2.3 ADGANGSBARRIERER FREMMER COLLUSION	25
2.3.1.2.4 HYPPIGE TRANSAKTIONER FREMMER COLLUSION	26
2.3.1.2.5 GENNEMSIGTIGHED PÅ MARKEDET FREMMER COLLUSION	27
2.3.1.3 KARAKTERISTIKA FOR EFTERSPØRGSELSSIDEN	28
2.3.1.3.1 STIGENDE EFTERSPØRGSEL FREMMER COLLUSION	28
2.3.1.3.2 KONJUNKTUR- OG EFTERSPØRGSELSUDSVING HINDRER COLLUSION	29
2.3.1.4 KARAKTERISTIKA FOR UDBUDSSIDEN	31
2.3.1.4.1 COLLUSION ER SVÆRERE AT UDØVE PÅ INNOVATIVE MARKEDER	31
2.3.1.4.2 MANGLENDE OMKOSTNINGSSYMMETRI HINDRER COLLUSION	33
2.3.1.4.3 ASYMMETRISKE KAPACITETSBEGRÆNSNINGER HINDRER COLLUSION	35
2.3.1.4.4 PRODUKTDIFFERENTIERING HINDRER COLLUSION	36
2.3.1.4.5 KONTAKT ML. VIRKSOMHEDERNE PÅ FLERE MARKEDER FREMMER COLLUSION	37
2.3.1.5 ANDRE MARKEDSFAKTORER	39
2.3.1.5.1 LAV EFTERSPØRGSELSELASTICITET FREMMER COLLUSION	39
2.3.1.5.2 STRUKTURELLE FORBINDELSER FREMMER COLLUSION	40
2.3.1.5.3 KOOPERATIVER OG ANDRE KONTRAKTMÆSSIGE AFTALER FREMMER COLLUSION	41
2.3.2 KONSEKVENSER FOR FUSIONSKONTROLLEN	42
2.3.2.1 FUSIONERS INDVIRKNING PÅ BRANCHEKARAKTERISTIKA	43
2.3.2.2 BRANCHEKARAKTERISTIKAS KONSEKVENSER FOR FUSIONSKONTROLLEN	45
2.4 AIRTOURS-BETINGELSER	46
2.4.1 GENNEMSIGTIGHED PÅ MARKEDET	47
2.4.1.1 2008: GENNEMSIGTIGHED PÅ VVS- OG EL-MARKEDET	47
2.4.1.2 2015: GENNEMSIGTIGHED PÅ VVS- OG EL-MARKEDET	49
2.4.2 TROVÆRDIGE GENGÆLDELSESMEKANISMER	49
2.4.2.1 2008: TROVÆRDIGE GENGÆLDELSESMEKANISMER PÅ VVS- OG EL-MARKEDET	49
2.4.2.2 2015: TROVÆRDIGE GENGÆLDELSESMEKANISMER PÅ VVS- OG EL-MARKEDET	50
2.4.3 INGEN MODVÆGTE	50

2.4.3.1	2008: INGEN MODVÆGTE PÅ VVS- OG EL-MARKEDET	51
2.4.3.2	2015: INGEN MODVÆGTE PÅ VVS- OG EL-MARKEDET	51
2.5	DELKONKLUSION	52
KAPITEL 3: JURIDISK ANALYSE		53
3.1	RETSGRUNDLAG	53
3.1.1	EU-FUSIONSKONTROL MED FOKUS PÅ KOLLEKTIV DOMINANS	53
3.1.2	DANSK FUSIONSKONTROL MED FOKUS PÅ KOLLEKTIV DOMINANS	53
3.2	RETSPRAKSIS	54
3.2.1	EU-DOMSTOLENS PRAKSIS OM KOLLEKTIV DOMINANS	55
3.2.1.1	HISTORISK GENNEMGANG AF DOMME VEDR. KOLLEKTIV DOMINANS	55
3.2.1.2	AIRTOURS-DOMMEN OG KOLLEKTIV DOMINANS	59
3.2.1.3	SCHNEIDER ELECTRIC MOD KOMMISSIONEN – PRØVELSE AF AFVIST FUSION	64
3.2.2	EU-KOMMISSIONENS PRAKSIS	65
2.2.2.1.	GOLDMAN SACHS/CINVEN/AHLSSELL COMP/M.4050 (2005)	65
2.2.2.2.	CORDES & GRAEFE/POMPAC/COMAFRANC COMP/M.7107 (2013)	66
3.2.2.1	METSO/AKER KVÆRNER COMP/M.4187 (2006)	67
3.2.2.2	ABF/GBI BUSINESS COMP/M.4980 (2008)	69
3.2.2.3	SCHNEIDER ELECTRIC COMP/M.2283 (2002)	72
3.2.3	KONKURRENCERÅDETS PRAKSIS	73
3.2.3.1	AFG. AF 14. MAJ 2008: LEMVIGH-MÜLLERS OVERTAGELSE AF BRDR. A & O JOHANSEN	73
3.2.3.2	AFG. AF 26. AUGUST 2015: BRDR. A & O JOHANSENS ERHVERVELSE AF BILLIGVVS	75
3.3	DELKONKLUSION	76
KAPITEL 4: KONKLUSION		77
LITTERATURLISTE		77
RETSKILDER		78
RETSAKTER		78
EU-KOMMISSIONENS UDGIVELSER/SOFT LAW		78
BØGER		78
ARTIKLER		79
HJEMMESIDER		79
DOMS- OG AFGØRELSESLISTE		80
EU-DOMME		80
EU-KOMMISSIONENS AFGØRELSE		81
KONKURRENCERÅDETS AFGØRELSE		81

KAPITEL 1: INDLEDNING

1.1 PROBLEMFORMULERING

Det overordnede spørgsmål, der ønskes belyst i nærværende afhandling, er følgende:

Hvorfor er risikoen for *tacit collusion*, samordnet praksis og kollektiv dominans – som kan føre til misbrug af dominerende stilling – relevant i forbindelse med fusionskontrol?

Følgende underspørgsmål skal hjælpe til at besvare det overordnede spørgsmål:

- **Hvad er teorien bag *tacit collusion*?**
- **Hvilke markedsfaktorer påvirker mulighederne for *tacit collusion*?**
- **Hvordan anvendes teorien i praksis med udgangspunkt i VVS- og elmarkedet?**
- **Hvilke risici vil føre til forbud af en planlagt fusion ifølge retspraksis?**

Udgangspunktet for behandlingen af emnet er den afviste VVS- og el-fusion mellem *Lemvigh-Müller* og *AO Johansen* i 2008, den godkendte fusion mellem *AO Johansen* og *BilligVVS* i 2015, *Airtours*-betingelserne samt betydelige bidrag fra EU-fusionskontrollen.

1.2 PROBLEMFELT

Som udgangspunkt kan virksomheder frit fusionere, hvis de ønsker det, men i visse tilfælde – når de deltagende parter omsætning overstiger tærskelværdierne/omsætningsgrænserne¹ – vil en fusionskontrol skulle finde sted forinden. Konkurrenceretten sætter nogle begrænsninger, hvis den fusionerede virksomhed opnår en dominerende stilling på markedet efter fusionen.

For i praksis at kunne føre tilsyn med fusioner indførtes for 15 år siden en fusionskontrol i Danmark med lov nr. 416 af 31. maj 2000 om ændring af Konkurrenceloven. De danske regler følger EU-reguleringen i kraft af EU-medlemsskabet, men den danske fusionskontrol blev først indført 10 år efter EU's fusionskontrol.²

Fusionskontrollen opstiller en række kriterier for, hvornår en fusion skal anmeldes til konkurrencemyndigheden – i Danmark Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – hvornår nærmere undersøgelser er nødvendige, og hvornår en forestående fusion skal forbydes, hvis det vurderes, at fusionen vil begrænse konkurrencen.

¹ Jf. KRL § 12, stk. 1 samt Fusionsforordningens art. 1, stk. 2 og 3 for fusioner med fællesskabsdimension

² EU indførte med virkning fra 21. september 1990 fusionskontrol, jf. Rfo nr. 4064/89 af 21. december 1989

Inden for konkurrenceretten er hovedformålet at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for både virksomheder og forbrugere, jf. Konkurrencelovens (herefter KRL) § 1. Det følger af KRL § 6, at virksomheder ikke lovligt kan indgå aftaler, der begrænser konkurrencen; det være sig eksplicit i form af et hardcore kartel og/eller implicit uden en egentlig aftale herom. Alle former for aftaler om priser, produktionsmængde m.v. er forbudt i henhold til KRL § 6 og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) artikel 101.

VVS- og el-markedet i Danmark består af relativt få aktører, hvilket øger risikoen for *tacit collusion* og kollektiv dominans. At tage udgangspunkt i dette marked er derfor nærliggende og relevant for denne afhandling.

I 2008 blev en fusion mellem *J. F. Lemvigh-Müller Holding A/S* (herefter *Lemvigh-Müller*) og *Brdr. A & O Johansen A/S* (herefter *AO Johansen*)³ som den første og hidtil eneste i Danmark forbudt af Konkurrencerådet blandt andet med den begrundelse, at der ville opstå øget risiko for *tacit collusion*, hvis markedet gik fra at have 4 til 3 aktører. Til sammenligning er 24 fusioner blevet forbudt af EU-Kommissionen siden fusionskontrollens indførelse.⁴

Forbuddet fik megen mediebevågenhed, og der blev spekuleret i, hvad årsagen var til, at parterne og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke kunne forhandle sig frem til en aftale om vilkår/tilsagn, så fusionen kunne godkendes – hvilket hidtil havde kunnet lade sig gøre i lignende sager.⁵ Flere udefrakommende faktorer gjorde sig imidlertid gældende i kølvandet på den afviste fusion – faldende aktiekurser, boligmarkedets begyndende nedtur og *AO Johansens* netop præsenterede underskud – hvilket muligvis forårsagede, at *Lemvigh-Müller* fortrød sit bud. Hvorom alting er, så de to VVS- og el-virksomheder sig nødsagede til at opgive fusionen for bestandigt.

Et interessant spørgsmål i denne forbindelse er, hvad der gjorde sig gældende på VVS- og el-markedet, som bidrog til at overbevise Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, at fusionen ville begrænse konkurrencen på markedet grundet risikoen for kollektiv dominans/*tacit collusion*? I forlængelse heraf, er det relevant at undersøge, om der sidenhen har været gjort forsøg på at

³ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: *Lemvigh-Müllers* overtagelse af *Brdr. A & O Johansen*

⁴ EU-Kommissionens statistik om fusioner i perioden 21.9.1990-29.02.2016 <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

⁵ Se bl.a. ”Forbud mod fusion for første gang i Danmark”(Berlinske Business, Investor 15. maj 2008) og ”Sejrsstemning i en tabertid”(Penge & Privatøkonomi, Investering, Aktiefokus 14. februar 2012)

fusionere på VVS- og el-markedet? Har noget ændret sig, således at andre fusioner inden for branchen efterfølgende er blevet godkendt?

1.3 AFGRÆNSNING

Den positive afgrænsningsmetode vælges, således at afgrænsningen opremser, hvad der behandles, ikke hvad der ikke behandles.

I afhandlingen behandles reglerne for kollektiv dominans samt de økonomiske følger af *tacit collusion* i relation til VVS- og el-markedet. Der fokuseres hermed udelukkende på horisontale fusioner, idet hovedparten af alle fusioner foregår på det horisontale niveau, hvilket i øvrigt også giver de umiddelbart største konkurrencemæssige problemer i kraft af virksomhedernes tidligere status som konkurrenter.

Der henvises til EU-Domstolen under henholdsvis betegnelsen *Retten* (General Court) og *EU-Domstolen* (Court of Justice), som angiver hvilken instans, der har afgjort den pågældende sag.

1.4 JURIDISK OG ØKONOMISK METODE

I afhandlingen anvendes den retsdogmatiske metode til at udlede gældende ret. Den retsdogmatiske metode fortolker, systematiserer og udleder gældende ret på baggrund af de relevante retskilder.

Gældende ret kan inddeles i følgende retskildehierarki, hvad angår EU-retten:

1.	2.	3.	4.
Primærretten/Traktaterne	Bindende sekundær-regulering	Domspraksis	Soft law
↓	↓	↓	↓
Art. 101 og 102 TEUF	Fusionsforordningen	Praksis, EU-Domstolen og EU-Kommissionen	Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner ⁶

⁶ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03).

For de danske bestemmelser gælder følgende retskildehierarki:

1.	2.	3.	4.
Retsgrundlag ↓	Retspraksis ↓	Retssædvaner ↓	Forholdets natur ↓
Konkurrenceloven	Konkurrencerådets praksis	Ej relevant	Ej relevant

Eftersom EU-retten har forrang for de danske bestemmelser – som i øvrigt er EU-konforme – vil EU-retsgrundlag og -retspraksis blive gennemgået først, og i umiddelbar forlængelse heraf vil dansk retsgrundlag og retspraksis følge.

Afhandlingen vil redegøre for og analysere gældende ret om kollektiv dominans, og beslægtede begreber såsom samordnet praksis vil blive inddraget i begrænset omfang. Til dette formål anvendes artikel 101 og 102 TEUF, Fusionsforordningen⁷, Konkurrenceloven, retspraksis i form af afgørelser fra EU-Kommissionen og Konkurrencerådet, økonomisk teori og relevant litteratur.

Da de juridiske og økonomiske dele af afhandlingen er dybt integrerede, er en skelnen herimellem vanskelig at foretage. Økonomien baseres på en analytisk tilgang, og afhandlingen beskriver og analyserer de problemstillinger, der opstår i forbindelse med *tacit collusion*. Til dette formål anvendes en positiv analyse, der tager udgangspunkt i den industriøkonomiske teori samt spilteorien som støtte for industriøkonomien.

Kombinationen af jura og økonomi er altid interessant og udbytterig, men den er især relevant inden for konkurrenceretten, idet økonomiske ræsonnementer ligger bag reguleringen, og indflydelsen af økonomiske aspekter i reguleringen er fortsat stigende. Afhandlingen er således i høj grad en kombination af disse områder, dog er kapitel 2 overvejende økonomisk, mens kapitel 3 er overvejende juridisk. Integrationen vil finde sted, hvor det findes naturligt i de to kapitler.

Kollektiv dominans vil blive defineret ud fra europæisk retspraksis, da begrebet er udledt heraf, og rækkevidden vil forsøges fastlagt gennem analyse.

⁷ Rådets forordning (EF) Nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser («EF-fusionsforordningen»)

1.5 BEGREBSAFKLARING

Begreberne stiltiende koordineret adfærd (*tacit collusion*), kollektiv dominans og samordnet praksis bruges om omtrent samme typer af situationer, men begreberne betyder langt fra det samme. *Tacit collusion* kommer fra den økonomiske begrebsverden, hvorimod kollektiv dominans og samordnet praksis er juridiske begreber. Det er således nødvendigt at finde frem til en afklaring af begreberne allerede i indledningen af afhandlingen.

Stiltiende koordineret adfærd er den danske oversættelse af det økonomiske begreb *tacit collusion*, og eftersom den danske oversættelse ikke umiddelbart har vundet indpas i litteraturen, vælges *tacit collusion* – som desuden er kortere og mere mundret – igennem hele afhandlingen.

I forsøget på at finde frem til en klar definition på *tacit collusion*, således at der ikke hersker nogen tvivl under læsningen af afhandlingen, udledes derfor følgende:

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens definition på *tacit collusion* er:

*”Resultatet er, at få, store virksomheder i vidt omfang agerer samlet på markedet på en måde, som har stor lighed med adfærden hos en monopolist. Dermed begrænses den effektive konkurrence betydeligt til skade for forbrugerne. Denne type adfærd kaldes ofte stiltiende koordineret adfærd og opstår uden nogen former for aftaler eller kontakt i øvrigt mellem virksomhederne på markedet. Koordineret adfærd opstår alene, fordi de få, store virksomheder er gensidigt afhængige, og fordi de hver især maksimerer deres indtjening ved at tage højde for de andre virksomheders reaktioner.”*⁸

Definitionen kan med fordel forkortes og omskrives til følgende:

***Tacit collusion* er situationen, hvor få, store virksomheder agerer samlet på markedet på en måde, som ligner en monopolists adfærd. *Tacit collusion* opstår uden aftaler eller anden kontakt mellem virksomhederne. Virksomhederne er gensidigt afhængige, og de maksimerer hver især deres indtjening ved at tage højde for de andre virksomheders reaktioner.**

Samordnet praksis, som er det juridiske begreb, jf. artikel 101 TEUF, defineres bl.a. på følgende måder i litteraturen:

*”... enhver direkte eller indirekte kontakt mellem erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuel eller mulig konkurrents markedsadfærd eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man selv vil følge.”*⁹

⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ”Lemvig-Müllers overtagelse af A. O. Johansen”, Rådsmødet den 14. maj 2008, nr. 11+12

⁹ KOKTVEDGAARD, M., 2003. *Lærebog i konkurrenceret*. 5. udgave. Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet. s. 83

”Betegnelse i konkurrenceretten for to eller flere virksomheders indbyrdes tilpasning af adfærd, som sker med det formål at begrænse konkurrencen, uden at der foreligger en egentlig aftale herom.”¹⁰

Ovenstående definitioner kan sammenskrives til følgende:

Samordnet praksis er situationen, hvor virksomheder tilpasser deres adfærd med det formål at begrænse konkurrencen; dette gøres stiltiende, uden en reel aftale herom.

Imidlertid anvendes i retspraksis adskillige andre begreber med omtrent samme betydning, hvorfor de også fortjener at blive defineret.

Begreberne **kollektiv dominans** og **kollektivt dominerende stilling** bruges vilkårligt og må betragtes som et samlet begreb; virksomhederne udøver tilsammen kollektiv dominans, når de misbruger deres kollektivt dominerende stillinger. Begrebet fremgår ikke direkte af traktaterne, men artikel 102 TEUF bruger udtrykket ’en eller flere virksomheders misbrug’, hvorefter kan udledes det kollektive element.

Indtil *Frankrig mod Kommissionen-dommen (Kali und Salz)*¹¹ i 1998 herskede der stor usikkerhed om begrebets forekomst og berettigelse i forbindelse med fusionskontrol, men det blev med denne dom slået fast, at begrebet kollektivt dominerende stilling falder indenfor Fusionsforordningens anvendelsesområde,¹² hvilket efterfølgende blev bekræftet i *Gencor-dommen*.¹³

I *Irish Sugar-dommen*¹⁴ opretholdt EU-Domstolen Rettens dom, der bl.a. angik kollektiv dominans. Man undrede sig dengang over, hvorfor det var nødvendigt at udvikle et begreb som kollektiv

¹⁰ EYBEN, B.V., 2008. *Juridisk Ordbog*. 13. udgave

¹¹ **Sag C-68/94 og C-30/95 Frankrig mod Kommissionen (Kali und Salz).** **Parter:** Frankrig mod EU-Kommissionen. **Fakta:** Kali und Salz AG og Mitteldeutsche Kali AG var begge producenter af kalisalt (salt med indhold af kalium) samt produkter, der fremstilles af kalisalt. EU-Kommissionen modtog en anmeldelse af en planlagt fusion mellem dem den 14. juli 1993. EU-Kommissionen indledte en detaljeret undersøgelse og fandt, at en fusion ville skabe kollektiv dominans – med den fusionerede enhed på den ene side og Société Commerciale des Potasses et de l’Azote (herefter SCPA) på den anden side. Beslutningen blev indbragt for EU-Domstolen af Frankrig og for Retten af SCPA og én af konkurrenterne. Hele sagen overgik til bedømmelse ved EU-Domstolen. Det vigtige i relation til emnet for afhandlingen er spørgsmålet om annullere den del af betragtningen, hvorvidt Fusionsforordningen omfatter situationer, hvor en fusion vil skabe et oligopolistisk marked med risiko for kollektiv dominans. Dette blev behandlet i præmisserne 165 og 166. **Afgørelse:** EU-Kommissionens beslutning blev annulleret i sin helhed, da det ikke var muligt at adskille betingelserne for fusionen fra selve tilladelsen til fusionen.

¹² Sag C-68/94 og C-30/95 Frankrig mod Kommissionen (Kali und Salz), præmis 178

¹³ **Sag T-102/96 Gencor.** Efterprøvelse af kommissionsafgørelse. **Parter:** Gencor mod EU-Kommissionen. **Fakta:** Gencor (sydafrikansk) og Lonrho (britisk) ønskede at fusionere de dele af deres virksomheder, der drev handel med platin og rhodium i det allerede eksisterende selskab Impala Patinum Holdings (herefter Impala). Impala, der var aktionær i 2 andre virksomheder på markedet, ville herefter få enekontrol over virksomhederne. Anglo American Corporation of South Africa var aktionær i virksomheden Amplats, der ville være Impalas største konkurrent. De sydafrikanske konkurrencevirksomheder godkendte fusionen, men det gjorde EU-Kommissionen ikke med henvisning til, at fusionen ville skabe en kollektivt dominerende stilling for Amplats og Impala på verdensmarkedet for platin og rhodium. **Afgørelse:** ”Kommissionen har således hverken foretaget en urigtig retsanvendelse eller et åbenbart urigtigt skøn ved at afvise de tilsagn, Gencor og Lonrho tilbød med henblik på at fjerne de konkurrencemæssige problemer, fusionen gav anledning til.” (præmis 328) Gencor fik dermed ikke medhold.

¹⁴ **Sag C-497/99 Irish Sugar.** **Parter:** Irish Sugar plc mod EU-Kommissionen. **Fakta:** Irish Sugar, den eneste sukkerrørsforarbejder og samtidigt den største sukkerleverandør i Irland, blev sammen med dens distributør, Sugar Distributors Ltd, af EU-Kommissionen

dominans, når begrebet samordnet praksis knyttet til artikel 101 TEUF allerede eksisterede; samordnet praksis kunne vel med fordel bruges i forbindelse med misbrug i henhold til artikel 102 TEUF også?

Denne kritik tog EU-domstolen stilling til i *Compagnie Maritime Belge Transports*-dommen.¹⁵ Heraf kan udledes, at de elementer, der definerer en kollektivt dominerende stilling, er: (1) Flere økonomiske enheder, som juridisk er uafhængige af hinanden, og som økonomisk set fremtræder eller handler som en kollektiv enhed, (2) der skal foregå økonomisk samarbejde og bestå økonomiske relationer, og (3) der skal mellem de berørte virksomheder bestå et sådant økonomisk samarbejde, at de kan handle i fællesskab uafhængigt af deres konkurrenter, deres kunder og forbrugerne.¹⁶

Imidlertid er der tale om en gråzone, eftersom EU-Domstolen har nævnt, at samordnet praksis kan lede til, at der opstår en kollektivt dominerende stilling på et marked.¹⁷ De to begreber er således ikke lette at holde adskilte fra hinanden, og grænsen, mellem hvornår der foreligger samordning, og hvornår der foreligger kollektiv dominans, er hverken entydigt fastlagt i retspraksis eller i andre retskilder. Imidlertid er dette også tilfældet for anvendelsen af artikel 101 og 102 TEUF, omend i mindre grad: En dom for overtrædelse af artikel 101 TEUF i form af konkurrencebegrænsende aftaler udelukker ikke en efterfølgende dom for misbrug af dominerende stilling efter artikel 102 TEUF. I nogle sager anvendes begge artikler sågar på samme tid.

I *Compagnie Maritime Belge Transports*-dommen kom EU-Domstolen med sin hidtil mest præcise definition på begrebet **kollektiv dominans**:

fundet skyldig i overtrædelse af bl.a. artikel 102 TEUF. EU-Kommissionens beslutning blev indbragt for Retten, som i det store og hele fastholdt denne. *Irish Sugar* appellerede til EU-Domstolen. **Afgørelse:** EU-Domstolen stadfæstede Rettens dom uden nævneværdige tilføjelser.

¹⁵ **Sag C-395/96 og C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl. Parter:*** *Compagnie Maritime Belge Transport m.fl.* mod EU-Kommissionen. **Fakta:** CEWAL, sammenslutningen af søtransportvirksomheder, anlagde annulationssøgsmål ved Retten for at få EU-Kommissionens beslutning om overtrædelse af bl.a. artikel 102 TEUF ophævet. Det drejede sig om en geografisk opdeling af markedet for trafikken mellem Nordeuropa og Vestafrica gennem en gensidig forpligtelse til at afstå fra at konkurrere med de andre linjekonferencer samt foranstaltninger, der skulle holde et konkurrerende rederi ude af de pågældende markeder. Retten afsagde kendelse til fordel for EU-Kommissionen, hvorefter flere af sagsøgerne ankede sagen til EU-Domstolen. Det vigtige i dommene er afgrænsningen mellem artikel 101 og 102 TEUF, og så blev den til dato mest præcise definition på kollektiv dominans givet i præmis 36. **Afgørelse:** ”Retten findes således at have begået en retlig fejl ved at fastslå, at EU-Kommissionen var berettiget til at pålægge CEWALs medlemmer individuelle bøder, der var udmålt på grundlag af en vurdering af deres deltagelse i den omhandlede adfærd, selv om meddelelsen af klagepunkter kun var stilet til CEWAL.” (præmis 146). Appellanterne får altså medhold og deres individuelle bøder annulleres.

¹⁶ Fejøl & Ølykke, 2014, s. 319

¹⁷ Fejøl & Ølykke, 2014, s. 319

”Heraf følger, at udtrykket ’flere virksomheder’ i traktatens artikel 102¹⁸ indebærer, at en eller flere økonomiske enheder, som juridisk er uafhængige af hinanden, kan indtage en dominerende stilling, såfremt de økonomisk set fremtræder eller handler samlet på et givent marked som en kollektiv enhed. Udtrykket ’kollektiv dominerende stilling’, som anvendes nedenfor i nærværende dom, skal forstås på denne måde.”¹⁹

I *Airtours*-dommen²⁰ videreudviklede EU-domstolen sit syn på kollektiv dominans, men først i *Bertelsmann(IMPALA)*-dommen²¹, appelsagen for *SONY/BMG*-afgørelsen²², blev det slået fast, at begrebets funktion er at udfylde det hul, hvor samordnet praksis ikke kan anvendes på grund af manglende beviser herfor. Det er nærliggende at antage, at man ikke ønsker, at der i EU-retten skal være smuthuller for virksomhederne, således at det er umuligt at standse de dominerende virksomheder udelukkende på baggrund af, at man ikke har tilstrækkelige beviser for samordnet praksis efter artikel 101 TEUF; man kan blot observere virkningerne på markedet. Blandt de faktorer, der lægges til grund, når kollektiv dominans skal identificeres, er strukturen på markedet, dets karakter af et oligopol, samt dets klassiske karakteristika, som f.eks. gennemsigtighed, i samspil med de øvrige kriterier etableret i *Compagnie Maritime Belge Transports*-dommen.²³²⁴

Afledt af ovenstående kan det således diskuteres, hvorvidt det økonomisk begreb *tacit collusion* nærmere modsvarer kollektiv dominans end samordnet praksis. At virksomheder *”handler samlet på et givent marked som en kollektiv enhed”* må siges at svare til at *”agere samlet på markedet på en måde som ligner en monopolists adfærd”*, men det stiltiende element mangler i kollektiv dominans-begrebet. Der tages slet ikke stilling hertil, men dette er ikke ensbetydende med, at

¹⁸ I den daværende traktat var det artikel 86

¹⁹ Sag C-395/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl.*, præmis 36

²⁰ **Sag T-342/99 Airtours.** Annullationsøgsmål. **Parter:** *Airtours plc* mod EU-Kommissionen. **Fakta:** EU-Kommission forbød i 1999 den anmeldte fusion mellem *Airtours* og *First Choice* med henvisning til, at gennemførelsen af den planlagte fusion ville resultere i skabelsen af en dominerende stilling på det britiske marked for kortdistance-pakkerejser, hvilket ville hæmme konkurrencen på det indre marked. De fremsatte tilsagn var ikke tilstrækkelige/afgivet for sent til at blive taget i betragtning. **Afgørelse:** Retten underkendte EU-Kommissionens beslutning, dvs. at beslutningen blev annulleret og fusionen blev gennemført

²¹ **Sag C-413/06 Bertelsmann.** **Parter:** *Bertelsmann (BMG)* og *Sony Corporation of America* (*Sony Music Entertainment*) mod *Independent Music Publishers and Label Association (Impala)*. **Fakta:** *Impala* er en international sammenslutning undergivet belgisk ret, der repræsenterer 2500 uafhængige musikproduktionsselskaber. En fusion mellem *Bertelsmann* og *Sony* blev anmeldt den 9. januar 2004. EU-Kommissionen fremsendte spørgeskemaer til markedets erhvervsdrivende, og *Impala* redegjorde for, hvorfor fusionen skulle erklæres uforenelig med fællesmarkedet (pga. øget koncentration). EU-Kommissionen endte med at godkende fusionen uden tilsagn, efter at parterne havde forelagt yderligere betragtelige økonomiske beviser. *Impala* anlagde sag med påstand om annullation. Retten gav medhold i 2 af de 5 anbringender og annullerede EU-Kommissionens afgørelse. **Afgørelse:** EU-Domstolen fandt, at Retten havde begået retlige fejl ved at tilsidesætte de principper, der gælder for dens undersøgelse af fremførte argumenter ifm. markedets gennemsigtighed, samt at Retten i øvrigt også havde begået fejl ifm. åbenbart urigtige skøn. Appellanterne (*BMG* og *Sony*) fik medhold i deres appel af Rettens dom, og sagen blev hjemvist til Retten (som kun havde taget stilling til 2 ud af 5 af *Impalas* anbringender)

²² **COMP/M.3333 Sony/BMG.** **Parter:** *Bertelsmann (BMG)* og *Sony (Sony Music Entertainment)* **Fakta:** En fusion mellem *Bertelsmann* og *Sony* blev anmeldt den 9. januar 2004. EU-Kommissionen fremsendte spørgeskemaer til markedets erhvervsdrivende, og *Impala* redegjorde for, hvorfor fusionen skulle erklæres uforenelig med fællesmarkedet (pga. øget koncentration). **Afgørelse:** EU-Kommissionen endte med at godkende fusionen uden tilsagn, efter at parterne havde forelagt yderligere betragtelige økonomiske beviser.

²³ Sag C-395/96 og C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl.*

²⁴ Fejø & Ølykke, 2014, s. 324

adfærden ikke kan ”opstå uden aftaler eller øvrig kontakt mellem virksomhederne”. Det kan hermed konkluderes, at kollektiv dominans og *tacit collusion* er hinandens modsvarende begreber inden for henholdsvis den juridiske begrebsverden og økonomisk teori.

Koordineret adfærd bruges af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som en kortere udgave af ’stiltiende koordineret adfærd’, hvilket som sagt er den danske oversættelse af *tacit collusion*.

Koordinerede virkninger er det begreb, der anvendes i ”Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03). Heri gives ingen klar definition på begrebet, men det gør til gengæld Bertelsen, Plum & Kofmann (2013):

*”Koordinerede virkninger relaterer sig til en situation, hvor profitabiliteten ved en given handling efter fusionen, fx at hæve priserne eller reducere udbuddet, afhænger af, at de andre virksomheder på markedet indgår i det, som i økonomisk teori kaldes en stiltiende koordinering. Denne koordinering kunne bestå i, at de andre virksomheder vælger at følge en prisstigning. (I fodnoten:) Modsæt samordnet praksis er der i forbindelse med koordinerede virkninger ikke tale om, at der foreligger nogen aftale mellem markedets aktører om at følge en given adfærd. Ved koordinerede virkninger er det derimod markedets struktur, der gør, at virksomhederne kan have en fælles interesse i at følge en given adfærd.”*²⁵

Denne definition minder påfaldende meget om ovenstående for *tacit collusion*. Forskellen er blot, at der her er tale om virkninger på markedet – om situationen på markedet – mens der ved *tacit collusion* er tale om adfærd.

Begrebet **ensidige virkninger** er det modsatte af koordinerede virkninger og defineres af samme forfattere således:

*”Ensidede virkninger relaterer sig til en situation, hvor den fusionerede virksomhed i kraft af fusionen får mulighed for at opføre sig uafhængigt af andre virksomheder på markedet. Et eksempel kan være, at den fusionerede virksomhed på egen hånd og på profitabel vis kan vælge at hæve priserne eller reducere sit udbud.”*²⁶

I nærværende afhandling bør det således være klart, hvilket begreb der skal anvendes, når der er tale om henholdsvis den overvejende økonomiske og den overvejende juridiske del. Derimod vil de to begreber interagere med hinanden i de integrerede afsnit, som findes løbende igennem afhandlingen. Ved i denne forbindelse at have ovenstående begrebsafklaring in mente kan forvirringen forhåbentligt mindskes.

²⁵ Bertelsen, Plum et al. 2013, s. 114

²⁶ Bertelsen, Plum et al. 2013, s. 113-114

KAPITEL 2: ØKONOMISK ANALYSE

I dette kapitel foretages en økonomisk analyse af samspillet mellem fusioner og *tacit collusion*, der skal afdække de økonomiske argumenter, som følger af risikoen for *tacit collusion*, og som i yderste konsekvens kan sætte en stopper for en forestående fusion, hvilket var tilfældet for *Lemvigh-Müller* og *AO Johansen* i 2008²⁷. Derimod faldt vurderingen anderledes ud, da fusionen mellem *AO Johansen* og *Billig VVS*²⁸ blev godkendt syv år senere.

2.1 FUSIONER OG ØKONOMISK TEORI – OVERORDNET

Indledningsvist gives her en kort overordnet gennemgang af teorien bag de økonomiske effekter af fusioner.

Det er alment kendt, at ensidige virkninger²⁹ bevirker, at priserne på et marked vil stige efter en gennemført fusion, når der er tale om virksomheder på samme horisontale marked; jo færre aktører på markedet, desto mindre konkurrence, hvilket med stor sandsynlighed vil lede til højere priser. Der er derfor grund til at foretage en sondring mellem vertikale og horisontale fusioner, da effekterne heraf er vidt forskellige. Det er dog ikke sikkert, at *tacit collusion* altid vil finde sted som følge af ensidige virkninger; dette kræver koordinerede virkninger.

Som udgangspunkt er vertikale fusioner efficiente og gavnlige for samfundet, for hvilket der findes solide, økonomiske argumenter. Med horisontale fusioner er det lige omvendt, da de som regel hæmmer konkurrencen på markedet, i og med at fusionen resulterer i færre aktører, og at fusionsparterne oftest er direkte konkurrenter før fusionen. Til trods for disse konkurrencemæssige ulemper ender stort set alle horisontale fusioner alligevel med at blive godkendt, fordi de økonomiske fordele – i form af lavere omkostninger for virksomhederne og deraf lavere priser til forbrugerne – i langt de fleste tilfælde opvejer de konkurrencemæssige ulemper.

Når der er tale om vertikale fusioner, er fusionsparterne ikke konkurrenter, men derimod på forskellige niveauer i omsætningskæden, hvilket bevirker, at risikoen for at konkurrencen på markedet hæmmes ved en vertikal fusion er betydeligt mindre. Denne forskel er medvirkende årsag til, at EU-Kommissionen har udarbejdet særlige retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner³⁰; Fusionsforordningen foretager nemlig ikke denne sondring.

²⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: *Lemvigh-Müllers* overtagelse af *Brdr. A & O Johansen* (se under 3.2.3.1)

²⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: *Brdr. A & O Johansen A/S'* erhvervelse af *BilligVVS ApS* (se under 3.2.3.2)

²⁹ Se definition under 1.5 Begrebsafklaring

³⁰ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser

Langt de fleste anmeldte fusioner bliver godkendt af konkurrencemyndigheden; nogle bliver godkendt uden videre (uden tilsagn), andre bliver godkendt med tilsagn.³¹ Siden fusionskontrollen blev indført i år 2000, har antallet af behandlede fusioner ligget stabilt på ca. 10-15 fusioner årligt, hvoraf 1-2 pr. år er blevet godkendt med tilsagn, og kun en enkelt er blevet forbudt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i hele perioden.³² Imidlertid sås en stigning i mængden i 2015, hvor 41 fusionssager blev behandlet; alle blev godkendt, 2 med tilsagn.³³ EU-Kommissionen har til sammenligning behandlet 6.125 fusionssager fra år 1990 til februar 2016 og forbudt 24 af disse.³⁴

En sidste økonomisk betragtning, der er værd at have in mente i forbindelse med *tacit collusion*, er, at fristelsen i forhold til at ville afvige fra en stiltiende aftale altid vil være til stede, hvorfor det ikke skal kunne betale sig at afvige fra den koordinerede adfærd. Kendetegnende for *tacit collusion* er, at parterne ikke taler med hinanden; der er ingen direkte kommunikation. Til gengæld er der en fælles forståelse. Typisk vil det ikke være ulovligt efter Konkurrenceloven at agere på en sådan måde, imidlertid er *tacit collusion* et vigtigt element i forbindelse med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens og EU-Kommissionens behandling af fusioner, hvilket også vil fremgå af den juridiske fremstilling i næstfølgende kapitel.

2.2 BETYDNINGEN AF MARKEDSANDELE

Markedsandele hører egentlig hjemme under de ensidige virkninger³⁵, men har alligevel betydning for den samlede vurdering af en fusion. Koncentrationsgraden på et marked bygger på markedsandele og vil derfor blive behandlet i forlængelse af markedsandelene.

2.2.1 MARKEDSANDELE

De enkelte virksomheders markedsandele spiller en væsentlig rolle ved vurderingen af, om fusionen kan hæmme den effektive konkurrence, imidlertid er de dog ikke eneafgørende. Efter at SIEC-testen³⁶ blev indført som supplement til Dominans-testen³⁷ i EU-konkurrenceretten, inddrages andre elementer end udelukkende dominans i vurderingen af, hvorvidt den fusionerede virksomhed opnår

(2004/C 31/03)

³¹ Ifølge KRL § 12 e kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen knytte vilkår eller udstede påbud til godkendelsen af en fusion. I KRL § 12 e, stk. 3 gives en ikke udtømmende liste over eksempler herpå (f.eks. at afhænde dele af en virksomhed).

³² Bertelsen, Plum et al., 2013, s. 15

³³ <http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Pressemeddelelser/2016/20160331-2015-var-rekordaar-for-fusioner?tc=E538038EB1E04A96B9964BE4C0F85F46>

³⁴ <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

³⁵ Se mere om ensidige virkninger under 1.5 Begrebsafklaring

³⁶ SIEC-testen = Significant Impediment to Effective Competition. Fokuserer på fusionens effekt på eksisterende konkurrencemæssige begrænsninger, jf. Retningslinjernes præmis 1 + 4

³⁷ Dominans-testen: Markedsdefinition ses som en umiddelbar indikation på konkurrencebegrænsende virkninger

markedsmagt/dominans – alligevel må markedsandelene siges at være den klart væsentligste faktor for vurderingen.³⁸

Det er kompliceret at fastlægge generelle regler for, hvor stort et niveau markedsandelen skal have, for at der kan være tale om markedsmagt. EU-Kommissionen har dog været i stand til at udarbejde retningslinjer herom på baggrund af retspraksis.³⁹ Ifølge disse retningslinjer er der tale om meget store markedsandele, hvis disse er 50 % eller mere, hvilket i sig selv kan være tegn på en dominerende stilling på markedet. EU-Kommissionen har i flere tilfælde anset fusioner, som bevirkede, at virksomhederne opnåede markedsandele på mellem 40 og 50 %, for at skabe eller styrke en dominerende stilling, i nogle tilfælde endda markedsandele under 40 %.

Det fremgår tillige af Retningslinjerne⁴⁰, at fusioner med kombinerede markedsandele på mindre end 25 % næppe vil hæmme konkurrencen betydeligt og desuden vil være usandsynlige i praksis. Hovedreglen er derfor, at markedsandele på 40 % og derover vil være problematiske. En markedsandel på over 40 % skaber en formodning for en dominerende stilling, mens det kan udgøre et bevis i sig selv, hvis markedsandelen er på 50 % eller derover.

Yderligere er det væsentligt at undersøge, hvor meget parternes kombinerede markedsandel øges, og hvor stor forøgelsen er. Hvis ændringen i markedsandelen er relativt lille, er det normalt ikke problematisk, selvom markedsandelen i forvejen er meget høj.⁴¹

Det er ekstremt vigtigt at få estimeret markedsdefinitionerne korrekt, for hvis parterne indledningsvist har fået estimeret en høj samlet markedsandel (dvs. >40-50 %), er der tale om en vanskelig fusionssag, som ikke kan forventes at blive godkendt uden videre. Jo mere snævert markedet defineres, desto højere vil markedsandelene være.⁴² Markedsandele beregnes på basis af volumen eller værdi, og det er forskelligt fra branche til branche, hvad der er kutyme; det er sjældent, at begge tal forefindes. På VVS- og el-markedet er kutymen, at markedsandelene opgøres på basis af volumen.⁴³

³⁸ Bertelsen, Plum et al., 2013, s. 115

³⁹ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03), pkt. 17

⁴⁰ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03), pkt. 18

⁴¹ Bertelsen, Plum et al., 2013, s. 116

⁴² Bertelsen, Plum et al., 2013, s. 118

⁴³ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 726

Totalmarkedet bruges i beregningen af markedsandele og skal beregnes så objektivt som muligt. Parterne er vidende om deres eget salg, men de kender ikke konkurrenternes og dermed heller ikke størrelsen på totalmarkedet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen hælder mere til at anvende offentliggjorte hovedmarkedstal fra Danmarks Statistik end til at stole på parternes egne estimater.⁴⁴

2.2.2 KONCENTRATIONSGRADEN

Ved vurderingen af den fusionerede virksomheds markedsstyrke hænger koncentrationsgraden uløseligt sammen med markedsandelene. HHI (Herfindahl-Hirschman-Index) bruges til at beregne koncentrationsgraden på et marked og beregnes som summen af de kvadrerede markedsandele for de virksomheder, der er aktive på det relevante marked.

Af EU-Kommissionens retningslinjers pkt. 19-21 fremgår det, at følgende HHI-niveauer er gældende:

HHI-niveau	Konkurrencemæssige problemer?
HHI<1000	Usandsynligt. Vil normalt ikke kræve indgående undersøgelse
HHI=1000-2000 og delta <250 eller HHI>2000 og delta <150	Usandsynligt, medmindre der foreligger særlige omstændigheder
HHI over disse niveauer	Sandsynlighed for konkurrencemæssige problemer. Kræver indgående undersøgelse

Særlige omstændigheder kan ifølge retningslinjerne⁴⁵ omfatte en eller flere af følgende faktorer: (ej udtømmende)

- En fusion involverer en potentiel ny virksomhed på markedet eller en virksomhed, der for nyligt er kommet ind på markedet, og som har en beskedent markedsandel
- En eller flere af fusionsparterne er særdeles innovative, uden at det giver sig udslag i markedsandelene (se under 2.3.1.4.1)
- Der er betydeligt krydsejerskab blandt markedsdeltagerne (se under 2.3.1.5.2)
- En af fusionsparterne er en *maverick*-virksomhed, som med stor sandsynlighed vil ødelægge en koordineret adfærd

⁴⁴ Bertelsen, Plum et al., 2013, s. 119

⁴⁵ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03), pkt. 20 a-f

- e) Der er tegn på tidligere eller eksisterende koordinering eller praksis, der letter koordinering på markedet
- f) En af fusionsparterne har en markedsandel på mindst 50 % inden fusionen

Såfremt en eller flere af disse faktorer gør sig gældende for fusionen, skal konkurrencemyndigheden foretage indgående undersøgelser af de konkurrencemæssige forhold, selvom HHI-niveauet ligger inden for de tilladte værdier. Niveauerne skal blot anvendes som en indledende indikation på, at der ingen konkurrencemæssige problemer er i forbindelse med en anmeldt fusion. I retningslinjerne formuleres det således: *”Hver af disse HHI-niveauer kan sammen med de relevante deltaværdier anvendes som et indledende tegn på, at der ikke er tale om konkurrencemæssige problemer. De giver dog ikke anledning til en formodning om, hvorvidt der foreligger sådanne problemer eller ej”*⁴⁶. Der er altså blot tale om en indikation – ikke en formodning, og vurderingen kan således ikke udelukkende baseres på HHI-niveauet.

I 2008 havde VVS-markedet et HHI-niveau på henholdsvis [2250-2450] før og [2700-2900] efter fusionen; en stigning på [300-400]. For el-markedet var HHI-niveauet henholdsvis [3750-3950] og [4100-4300] efter fusionen; også her konstateredes en stigning på [300-400].

CR3-indekset bruges til at finde de kombinerede markedsandele for de 3 største konkurrenter på et marked. CR3 ville stige fra henholdsvis [75-80]% til [85-90]% for VVS-markedet (+5-10%), og fra [90-95]% og [95-100]% for el-markedet (+0-5%).⁴⁷ For VVS-markedet bestod CR3 af *Brdr. Dahl, Lemvig-Müller/AO Johansen* og *Sanistål*, og for el-markedet af henholdsvis *Lemvig-Müller/AO Johansen, Solar* og *Otra*.

Både HHI- og CR3-indekset viste således, at der var en meget høj koncentration på begge markeder, og at fusionen ville øge denne koncentration yderligere. El-markedet ville endda slet ingen konkurrenter have uden for CR3, eftersom de 3 største aktører ville have en samlet markedsandel på 95-100 %. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indledte derfor en dybdegående undersøgelse, der ledte til det endegyldige forbud.

⁴⁶ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03), pkt. 21

⁴⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 511 og 679

I 2015 ville HHI-indekset på VVS- og el-markedet kun stige marginalt fra [2110-2325] til [2115-2330], og deltaet ville således være [<30], hvilket medførte, at det forekom usandsynligt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at fusionen ville påvirke den effektive konkurrence, når HHI var over 2000 og delta under 150. *BilligVVS'* markedsandel [<5]% og *AO Johansens* var [15-25]%, hvilket vil sige, at den kombinerede markedsandel kun ville stige marginalt med maksimalt 5%.

Dette betragtes som ubetydeligt.⁴⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen godkendte blandt andet som følge heraf fusionen mellem *AO Johansen* og *BilligVVS*.

2.3 HVORFOR ER COLLUSION SKADELIGT?

Før de relevante markedsfaktorer og konsekvenser for fusionskontrollen behandles, er det væsentligt at fastslå, hvorfor *collusion*⁴⁹ er skadeligt.

Collusion – såvel *tacit/implicit* som *eksplicit* – giver virksomheder mulighed for at udøve en markedsmagt, som de ellers ikke ville være i stand til, begrænse konkurrencen kunstigt samt hæve priserne og dermed sænke velfærden.⁵⁰ Prisen kommer herved tæt på monopolprisen, hvilket giver et velfærdstab/dødvægtstab.

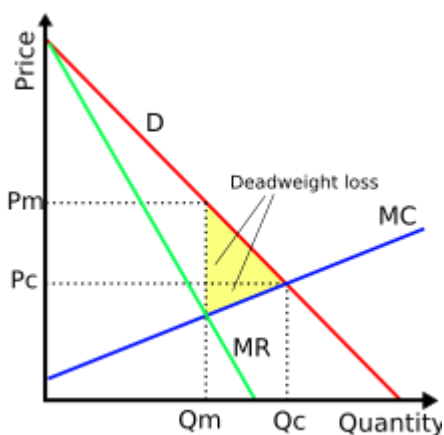


Fig. 1⁵¹

⁴⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: Brdr. A & O Johansen A/S' erhvervelse af BilligVVS ApS, s. 12

⁴⁹ Det engelske ord *collusion* vælges fremfor 'kartelsamarbejde' eller 'ulovlig samordning', da det dækker bedre og bredere.

⁵⁰ Motta, 2004, s. 137

⁵¹ Figur lånt fra <http://micro.econproph.net/part-iii/unit-9-monopoly-2/>

Markedsmagt defineres som virksomheders evne til at hæve priserne til over det konkurrencedygtige niveau på en profitabel måde.⁵²

$$\text{Markedsmagt} = P - MC$$

Markedsmagt beregnes som prisen fratrukket marginalomkostningerne, da virksomheder som minimum bør tage en pris, der svarer til marginalomkostningerne for at kunne overleve.

Markedsmagten er derfor dét, der kræves over marginalomkostningerne. Alle virksomheder har en grad af markedsmagt, da de ellers ikke ville være i stand til at få dækket deres faste omkostninger; monopolisten er i sin egenskab af eneste aktør på markedet i besiddelse af den højest mulige markedsmagt.

EU-konkurrencerettens begreb 'markedsdominans' har ikke et tilsvarende begreb inden for den økonomiske teori, men kan tolkes som en situation, hvor en virksomhed har en stor grad af markedsmagt, som gør den i stand til at kræve priser, som er tæt nok på, hvad en monopolist ville kræve.⁵³ Markedsdominans kan således forstås som det, at virksomheden får en så stor markedsmagt, at den bliver dominerende og minder om et monopol.

Opsummerende kan siges, at *collusion* gør virksomhederne i stand til at hæve priserne (eller opdele markedet eller begrænse produktionen) i kraft af den fælles markedsmagt, hvilket er skadeligt for velfærden og forbrugerne. Dog er risikoen, for at én af deltagerne afviger fra den eksplicitte eller implicitte aftale, altid til stede. Det er derfor ikke altid realistisk, at *collusion* vil finde sted på et marked; nedenfor gennemgås, hvilke faktorer fusionskontrollen skal være opmærksom på ved undersøgelserne for *tacit collusion*.

2.3.1 RELEVANTE MARKEDSFAKTORER VEDR. COLLUSION

I dette afsnit følger en gennemgang af de markedsfaktorer, der er relevante for, hvorvidt *collusion* er profitabelt. Det bygger på rapporten "*The Economics of Tacit Collusion*"⁵⁴ udarbejdet af Ivaldi *et al.* for EU-Kommissionen i 2003. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rapport i forbindelse med

⁵² Motta, 2004, s. 40f

⁵³ Motta, 2004, s. 41

⁵⁴ IVALDI, M., JULLIEN, B., REY, P., SEABRIGHT, P. & TIROLE, J., 2003. *The Economics of Tacit Collusion*. DG Competition, European Commission.

2008-afgørelsen⁵⁵ bygger i øvrigt også på den pågældende rapporters resultater og henviser hertil. Først behandles de grundlæggende strukturelle variabler, der skal være til stede for at *collusion* kan finde sted, herefter karakteristika for henholdsvis efterspørgsels- og udbudssiden og til sidst andre markedsfaktorer af betydning.

2.3.1.1 Grundlæggende teori om collusion

Indledningsvist er det nødvendigt at redegøre for, hvorfor (*tacit*) *collusion* er så svært at opretholde; hvad er grunden til, at virksomhederne ikke blot overholder deres aftaler, når det er mest fordelagtigt for dem? Spilteorien⁵⁶ kan give os svaret herpå med analysen af samspillet mellem rationelle agenter (personer/virksomheder), der opfører sig strategisk.

2.3.1.1.1 Nash-ligevægt

Når to virksomheder aftaler at udøve *collusion*, aftaler de samtidigt at ignorere Nash-ligevægten; de lover hinanden, at de ikke vil afvige fra det aftalte. Nash-ligevægten forudsætter, at et spils udfald (ligevægten) er givet ved et sæt handlinger, således at hver handling er den bedste reaktion på de andre spilleres handlinger for hver spiller. Tilsvarende repræsenterer hvert sæt af handlinger en Nash-ligevægt, hvis ingen af spillerne har noget incitament til at afvige fra sin handling givet alle de andre spilleres handlinger.⁵⁷

Spiller 2		
Spiller 1	2, 2	9, 1
	1, 9	4, 4

Figur 2

Virksomhederne aftaler at udøve *collusion*, hvilket giver dem et payoff på (4, 4), imidlertid vil de ende i Nash-ligevægten (2, 2), eftersom både Spiller 1 og 2 ved at afvige fra det aftalte har udsigt til et payoff på 9 i stedet for 4 og derfor vil afvige fra det aftalte.

Nash-ligevægten bevirker altså, at det er overordentligt svært/umuligt at opretholde *tacit collusion*, medmindre *collusion*-payoff er større, end hvad spillerne kan opnå ved at afvige fra det aftalte.

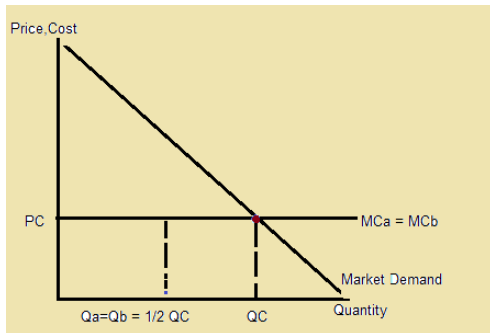
⁵⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen

⁵⁶ Spilteori (Game theory): "A formal way to analyze interaction among a group of rational agents who behave strategically" (Dutta, 1999, s. 4)

⁵⁷ Dutta, 1999, s. 543

2.3.1.1.2 Bertrand-konkurrence

Bertrand-konkurrence, også kaldet priskonkurrence, er, når virksomhederne konkurrerer på pris og sætter prisen simultant. Modellen bruges til at beskrive virksomheder, der opererer under duopol, men prissætter som under fuldkommen konkurrence.



Figur 3

Vi antager, at to virksomheder i et duopol producerer et homogent produkt; forbrugerne er indifferente i forhold til, hvilken producent de køber produktet af. Er virksomhedernes priser forskellige, får virksomheden med den laveste pris således hele efterspørgslen. Hvis virksomhederne derimod sætter prisen til det samme, deler de hele markedet ligeligt mellem sig.

$$MC = 0 \rightarrow P_1 = MC = 0 = P_2 \rightarrow \pi_1 = \pi_2 = 0$$

Marginalomkostningerne er lig med nul under Bertrand-konkurrence, hvilket medfører, at prisen også er lig nul, og virksomhederne vil ingen profit få.

Ved *collusion* sættes prisen til monopolprisen P_C og monopolprofitten til π^C , som skal tilbagediskonteres med δ : ("..." = etc. +1)

$$\frac{1}{2}\pi^C + \frac{1}{2}\pi^C\delta + \frac{1}{2}\pi^C\delta^2 + \dots = \frac{1}{2}\frac{\pi^C}{(1-\delta)}$$

Ved at afvige vil den underbydende virksomhed få hele monopolprofitten:

$$\pi^C + \delta \times 0 + \delta^2 \times 0 + \dots = \pi^C$$

2.3.1.2 Grundlæggende strukturelle variabler

Ifølge Ivaldi et al. er disse grundlæggende strukturelle variabler relevante for *collusion*: Antallet af konkurrenter på markedet, markedsandelens størrelse, hvorvidt der er adgangsbARRIERER på markedet, om der er hyppige transaktioner og om markedet er gennemsigtigt – disse vil blive gennemgået nedenfor.

2.3.1.2.1 Antallet af konkurrenter

*“Collusion is more difficult when there are more competitors”*⁵⁸

Antallet af konkurrenter på et marked er en vigtig faktor, eftersom det helt åbenlyst er sværere at samarbejde og koordinere, jo flere man er på et marked; *tacit collusion* besværliggør blot dette yderligere. En anden grund til, at det er svært at udøve *collusion* sammen med mange konkurrenter, er, at profitten skal deles mellem flere, hvilket gør, at hver enkelt deltager får en mindre del af profitten. Dette bevirker, at det bliver mere profitabelt at snyde de andre ved at kræve en lavere pris end den aftalte. Derudover vil det langsigtede udbytte af at udøve *collusion* blive reduceret – igen på grund af den mindre del af profitten fra *collusion* til hver enkelt virksomhed.

Ved *collusion* vil virksomhederne hver især tjene:

$$\frac{\pi^C}{n} + \delta \frac{\pi^C}{n} + \delta^2 \frac{\pi^C}{n} + \dots = \frac{\pi^C}{n} (1 + \delta + \delta^2 + \dots)$$

Hvis en af virksomhederne underbyder de andre, vil denne få hele *collusive*-profitten π^C , men dette vil udløse en priskrig. Virksomhederne vil derfor være villige til at holde sig til den aftalte pris, hvis denne profit er større eller lig med hele *collusive*-profitten π^C :

$$\frac{\pi^C}{n} (1 + \delta + \delta^2 + \dots) \geq \pi^C + \delta \times 0$$

Såfremt følgende gør sig gældende:

$$\delta \geq \delta^*(n) \equiv 1 - \frac{1}{n}$$

⁵⁸ Ivaldi et al. 2003, s. 13

Virksomhederne skal altså lægge tilstrækkelig vægt på fremtidig profit for at *collusion* kan opretholdes; ellers vil venstre side af ligningen ikke være større end højre. Diskonteringsfaktoren⁵⁹ δ skal være større eller lig med 1 minus 1 over antallet af virksomheder n , hvilket vil sige, at jo flere virksomheder der er på markedet, desto større skal diskonteringsfaktoren være, og desto sværere er det at opretholde *collusion*. Hvis vi går fra 3 til 2 aktører på markedet – som i tilfældet med *Lemvigh-Müller* og *AO Johansen*, og diskonteringsfaktoren antages at være 0,6 – falder tærskelværdien fra $1/3 = 0,67$ til $1/2 = 0,5$, hvilket betyder, at de to tilbageværende aktører vil være i stand til at udøve *collusion*, eftersom 0,5 er mindre end 0,6. Dette kunne ikke lade sig gøre/betale sig, da der var 3 aktører på markedet, hvor tærskelværdien lige akkurat var større end diskonteringsfaktoren.

I 2008 var der 4 store aktører på VVS-markedet, mens el-markedet bestod af 3 aktører, hvilket betød, at der efter fusionen kun ville være henholdsvis 2 og 1 seriøs(e) konkurrent(er) til *Lemvigh-Müller*. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderede, at antallet af konkurrenter var et af de primære argumenter for, hvorfor konkurrencen blev hæmmet betydeligt.⁶⁰ Den øgede gennemsigtighed, den øgede symmetri og de øgede adgangsbarrierer udgjorde de andre primære årsager – disse gennemgås nedenfor.

I 2015 havde *AO Johansen* og *BilligVVS*⁶¹ 4 store landsdækkende konkurrenter, hvilket ikke kan siges at være alarmerende. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undlod således også at kommentere på denne faktor og gik direkte videre til at vurdere koncentrationsgraden.

⁵⁹ Diskonteringsfaktoren er et matematisk udtryk for det afkastkrav, som investor stiller til en virksomheds fremtidige pengestrømme. Tallet anvendes til at beregne, hvor meget værdi investor er villig til at betale eller give afkald på nu for at opnå en værdi i fremtiden. Diskonteringsfaktoren bruges således til at finde nutidsværdien for ikke blot én, men en hel række af fremtidige værdiskabelser i virksomheden år for år i form af cash-flows. Diskonteringsfaktoren er forskellig fra investor til investor. Nogen forlanger meget stort fremtidig kompensation/risikopræmie for sit pengeafkald i dag, mens andre er mindre usikre på fremtiden og derfor kræver mindre kompensation. Diskonteringsfaktoren er derfor et psykologisk bestemt parameter. (<http://npinvestor.dk/indhold/diskonteringsfaktor>)

⁶⁰ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: *Lemvigh-Müllers* overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 109 + 116

⁶¹ Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: Brdr. A & O Johansen A/S' erhvervelse af *BilligVVS ApS*, s. 12

2.3.1.2.2 Markedsandelens størrelse – er de symmetriske?

Det formodes at have betydning, hvorvidt markedsandelene er symmetriske eller ej; at det fremmer *collusion*, hvis de er af omtrent samme størrelse. Hvis en virksomheds markedsandel er betydeligt mindre end konkurrenternes, har pågældende virksomhed en stor fordel ved at afvige fra koordineringen, og den har samtidigt ikke så meget at tabe ved gengældelsesmekanismerne.⁶²

Imidlertid har markedsandelens størrelse oftest en naturlig forklaring: Når de er asymmetriske, bør man formode, at virksomhederne har forskellige marginalomkostninger og/eller leverer differentierede varer. Spørgsmålet er herefter, hvilken effekt disse mere omfattende asymmetrier har på pris, produktsortiment eller kvalitet. *Ivaldi et al.* udtrykker det således: “*While it may not constitute the main relevant factor for a correct analysis of an industry, market share asymmetry may reflect more profound and relevant asymmetries that tend to make collusion more difficult to sustain.*”⁶³

$$\delta \geq \delta^*(s) \equiv 1 - s$$

Tærskelværdien stiger, og *collusion* bliver dermed sværere at udøve, i takt med at virksomheden med den mindste markedsandel taber markedsandele, hvilket vil sige, når de to virksomheders markedsandele blive mere asymmetriske. Hvis vi antager, at markedsandelen s falder fra $1/3$ (0,33) til $1/5$ (0,2), vil tærskelværdien således stige fra 0,67 til 0,8.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderede i 2008, at de to største aktører, *Lemvigh-Müller/AO Johansen* og *Brødrene Dahl A/S* (herefter *Brdr. Dahl*) ville blive mere symmetriske efter fusionen, hvilket var en af de primære årsager til, at konkurrencen vurderedes til at blive hæmmet.⁶⁴

I 2015-afgørelsen var der tale om *AO Johansens* opkøb af *BilligVVS* – en lille aktør på markedet med en markedsandel på mindre end 5 %. Symmetrien på markedet blev derfor ikke påvirket nævneværdigt, hvilket Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undlod at tage direkte stilling til i afgørelsen.⁶⁵

⁶² Se mere om troværdige gengældelsesmekanismer under 2.3.2

⁶³ Ivaldi et al., 2003, s. 16

⁶⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 109 + 116

⁶⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: Brdr. A & O Johansen A/S' erhvervelse af BilligVVS ApS, s. 12

2.3.1.2.3 Adgangsbarrierer fremmer *collusion*

*“Collusion cannot be sustained in the absence of entry barriers and it is more difficult to sustain, the lower the entry barriers.”*⁶⁶

Det bør være ret åbenlyst, at *collusion* er svært at opretholde, når der er lave adgangsbarrierer på et marked. For det første vil sandsynligheden for indtræden fra nye aktører være større, hvis der ingen adgangsbarrierer er. Dette er begrundet i, at ethvert forsøg på at opretholde prisen over det konkurrencedygtige niveau vil udløse mere indtræden på grund af de manglende adgangsbarrierer samt de indtrædende virksomheders udsigt til at kunne vinde kunderne.

For det andet har virksomhederne mindre at tabe ved gengældelse i fremtiden, hvis indtræden på markedet under alle omstændigheder vil ske. Gengældelsen vil have mindre betydning for virksomhederne, eftersom indtræden formøbler profitten uden at tage hensyn til de eksisterende virksomheders tidligere adfærd. Virksomhederne vil derfor anse det som værende mere fristende end tidligere at underbyde de koordinerede priser, og evnen til at koordinere bliver således mindre i takt med at sandsynligheden for indtræden stiger.

$$\delta \geq \delta^*(\mu) \equiv \frac{1}{2 - \mu}$$

Den kritiske tærskelværdi for diskonteringsfaktoren, δ^* , stiger nu med sandsynligheden for indtræden, μ : Jo større sandsynligheden for indtræden, desto sværere er det at opretholde *collusion*.

I 2008 vurderedes adgangsbarriererne til at være høje på grund af store etableringsomkostninger til indkøb af sortiment, lager- og distributionssystemer samt opbygning af net af salgssteder. Såfremt fusionen gennemførtes, ville en væsentlig opkøbsmulighed forsvinde, hvilket ville gøre indtræden på markedet endnu sværere.⁶⁷

Adgangsbarriererne blev ikke nævnt i 2015-afgørelsen. Etableringsomkostningerne må vurderes til at have været tilsvarende høje som i 2008, imidlertid var der i 2008 flere konkurrenter, som kunne fungere som opkøbsmuligheder.

⁶⁶ Ivaldi et al., 2003, s. 19

⁶⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, s.210 Tabel 7.1.2.1.1

2.3.1.2.4 Hyppige transaktioner fremmer *collusion*

“*Frequent interaction and frequent price adjustments facilitate collusion.*”⁶⁸

Muligheden for at udøve *collusion* er bedre, når de samme virksomheder konkurrerer igen og igen. Forbundet hermed er det faktum, at virksomheder vil have nemmere ved at opretholde *collusion*, når de har hyppige transaktioner med hinanden, da de kan reagere hurtigere på en afvigelse fra en deltagers side. Gengældelsesmekanismerne kan således træde hurtigere i kraft, jo mere virksomhederne interagerer med hinanden.

Tacit collusion kan kun finde sted, hvis virksomhederne har en forventning om at interagere i fremtiden. På samme måde er *collusion* usandsynlig, hvis virksomhederne kun har sjældne transaktioner, eftersom de kortsigtede gevinster ved at underbyde den koordinerede pris, først vil kunne straffes i en fjern fremtid. Gengældelsesmekanismerne vil således slet ikke kunne fungere uden hyppige transaktioner.

Det samme gør sig gældende i forhold til, hvor hyppigt prisjusteringer finder sted: Når priser bliver justeret hyppigt, vil gengældelsen træde i kraft hurtigere, og en virksomhed, der har snydt, vil ikke være i stand til at udnytte prisstigningen over en lige så lang periode som før. Begge faktorer hindrer *collusion*. Det vigtige her er således ikke, om virksomhederne har jævnlige eller ikke-hyppige transaktioner/salg, men derimod hvor tit de kan justere deres priser; jo oftere priserne bliver justeret, desto nemmere er det at opretholde *collusion*.

Collusion kan opretholdes, hvis:

$$\frac{\pi^C}{2}(1 + \delta^T + \delta^{2T} + \dots) \geq \pi^C + \delta^T \times 0,$$

såfremt følgende gør sig gældende:

$$\delta \geq \delta^*(T) \equiv \frac{1}{2^{1/T}}$$

Virksomhederne konkurrerer kun hver T . periode, hvilket vil sige at de kun konkurrerer i periode 1, $T+1$, $2T+1$ osv. Hyppigere transaktioner betyder færre venteperioder, T . Den kritiske tærskelværdi

⁶⁸ Ivaldi et al., 2003, s. 22

stiger med *T*, hvilket betyder, at når virksomhederne interagerer sjældnere, er den forventede omkostning til fremtidig gengældelse mindre, og *collusion* er dermed vanskeligere at opretholde.

I 2008-afgørelsen fandt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at grossisterne havde faste samhandelsforhold med hovedparten af kunderne. Den store andel af mindre VVS-installatører blandt kunderne brugte i høj grad små hyppige ordrer med dag-til-dag levering. Fusionen forventedes ikke at have nogen indvirkning på dette forhold.⁶⁹

Dette forhold blev ikke behandlet i 2015-afgørelsen, men det må formodes, at det samme gjorde sig gældende her.

2.3.1.2.5 Gennemsigtighed på markedet fremmer *collusion*

*“The lack of transparency on prices and sales does not necessarily prevent collusion completely, but makes it both more difficult to sustain and more limited in scope.”*⁷⁰

De førmtalte prisjusteringer giver virksomhederne mulighed for hurtigt at hævne sig, når en af deltagerne prøver at underbyde dem, imidlertid skal de først opdage afvigelsen. *Collusion* er således svært at opretholde, hvis individuelle priser ikke kan observeres uden videre og ikke kan udledes af tilgængelige markedsdata; hvilket betyder, at lav gennemsigtighed hindrer *collusion*.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderede i 2008, at grossisternes listepreiser var alment kendte af markedets aktører, ligeså var brugen af høje rabatter, som blev anvendt af alle. Gennem forhandlinger med kunderne fik grossisterne løbende information om rabatniveauet hos deres konkurrenter. Derudover publicerede Rørforeningen diverse omsætningstal på sin hjemmeside hver 2. måned. Efter fusionen ville 1 af de 4 store aktører forsvinde, og det ville dermed blive nemmere for *Brdr. Dahl* og *Lemvigh-Müller* at holde øje med hinanden og *Sanistål A/S* (herefter *Sanistål*).⁷¹

Gennemsigtighed på markedet blev heller ikke nævnt i 2015-afgørelsen, men det vurderes, at den er uændret siden 2008, da Rørforeningens omsætningstal stadig bliver offentliggjort og de høje rabatter stadig er en del af branchekutymen.

⁶⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, s. 211 Tabel 7.1.2.1.1

⁷⁰ Ivaldi et al., 2003, s. 22 – Citat fra Green & Porter (1984) og Abreu et al. (1985)

⁷¹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, s. 210 Tabel 7.1.2.1.1

2.3.1.3 Karakteristika for efterspørgselssiden

2.3.1.3.1 Stigende efterspørgsel fremmer *collusion*

“For a fixed number of market participants, collusion is easier to sustain in growing markets, where today’s profits are small compared with tomorrow’s ones.”⁷²

Stigende efterspørgsel fremmer *collusion*, hvilket omvendt betyder, at det er sværere at opretholde *collusion*, hvis efterspørgslen er faldende, da den fremtidige profit (med eller uden gengældelse) vil være minimal under alle omstændigheder. I yderste konsekvens, hvor markedet er ved at kollapse, er fremtiden næsten ikkeeksisterende, og der er derfor ingen mulighed for at foranledige virksomhederne til at overholde den koordinerede adfærd.

Collusion kan opretholdes, hvis:

$$\frac{\pi^C}{2} + \delta(1+g)\frac{\pi^C}{2} + \delta^2(1+g)^2\frac{\pi^C}{2} + \dots \geq \pi^C + (1+g) \times 0,$$

såfremt følgende gør sig gældende:

$$\delta \geq \delta^*(g) \equiv \frac{1}{2(1+g)}$$

Efterspørgslen stiger jævnt med tempo, g , dvs. at i periode $t = 0, 1, 2, \dots$ er efterspørgslen lig med $(1+g)^t D(p)$, hvor $D(p)$ er grundlinjen for efterspørgselsfunktionen. Markedet stiger således på en effektiv måde, når g er positiv og falder, når g er negativ. Hvis virksomhederne bliver enige om en koordineret pris p^C , får hver enkelt virksomhed en profit givet ved $(1+g)^t \pi^C/2$, med $\pi^C = (p^C - c)D(p^C)$ i hver periode, t .

Alligevel er det således, at stigende efterspørgsel i praksis bliver tolket som en faktor, der hindrer *collusion*. En mulig forklaring på denne åbenlyse diskrepans er, at antallet af markedsaktører oftest bliver antaget til at være uændret til trods for markedsvæksten, selvom indtrængen i realiteten kan være nemmere på markeder med vækst. Udsigten til den fremtidige indtræden hindrer således evnen til at udøve *collusion*, og markedsvækst kan da forbindes med karakteristika, der hindrer *collusion*. Det kan imidlertid være brugbart at skille effekten af markedsvækst fra effekten af indtrængen samt andre faktorer for at kunne vurdere deres relative styrker. På markeder med lave adgangsbarrierer er

⁷² Ivaldi et al. 2003, s. 27

det sandsynligt, at markedsvækst kan bevirke indtrængen, og den overordnede effekt kan sagtens være skadende for *collusion*, men på markeder med høje adgangsbarrierer kan den iboende effekt af markedsvækst sejre og fremme *collusion*.

I 2008 havde efterspørgslen målt på omsætningen i VVS- og elbranchen været jævnt stigende de 4-5 foregående år; på nær i 2006, som var et særligt godt år for byggebranchen generelt.⁷³ Den stigende efterspørgsel har således været medvirkende årsag til, at det har været nemt at opretholde *tacit collusion*.

Efterspørgslen er ikke nævnt i 2015-afgørelsen, men eftersom byggebranchen har været i fremgang siden 2008⁷⁴, vurderes denne faktor at være uændret.

2.3.1.3.2 Konjunktur- og efterspørgselsudsving hindrer *collusion*

*“Demand fluctuations hinder collusion, and more so when fluctuations are deterministic (as in the case of seasonal cycles) rather than random.”*⁷⁵

På de fleste markeder svinger efterspørgslen i takt med de overordnede økonomiske konjunkturer, men det er ikke nødvendigvis tilstrækkeligt til at svække risikoen for *tacit collusion*, selvom efterspørgslen er faldende i perioder.⁷⁶ Når et marked er på sit højeste med høj efterspørgsel, vil den kortsigtede gevinst ved at afvige være maksimal, mens den potentielle omkostning ved at gengælde vil være på sit minimum. Det er derfor sværere at opretholde *collusion* under sådanne omstændigheder.

Forudsættes det eksempelvis, at der er periodevise udsving i efterspørgslen på et marked, er virksomhederne velvidende om, at de går en usikker fremtid i møde, og at udsigten er den samme for hver periode; sandsynligheden for at drage fordel af et godt efterspørgselschok⁷⁷ er den samme for hver periode, og sandsynligheden for de dårlige efterspørgselschoks ligeså. Dette bevirker, at faren for gengældelse er lige stor i hver periode over tid.

⁷³ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, s. 211-212 Tabel 7.1.2.1.1

⁷⁴ <http://www.dst.dk/da/Statistik/NytHtml?cid=20508>

⁷⁵ Ivaldi et al., 2003, s. 32

⁷⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 923

⁷⁷ Et efterspørgselschok er en pludselig begivenhed, der får efterspørgslen til at stige eller falde midlertidigt.

I en periode med højere efterspørgsel end gennemsnittet vil de kortsigtede fordele imidlertid være højere end gennemsnittet. Virksomhederne må derfor lave en afvejning mellem en højere-end-gennemsnittet fordel ved at afvige på den ene side og et konstant (og derfor gennemsnitligt) gengældelsesniveau på den anden side. Det er tydeligvis mere fristende at afvige i perioder med højere efterspørgsel, hvorfor *collusion* er sværere at opretholde med efterspørgselsudsving end uden, da både kortsigtede fordele fra afvigelser og sandsynligheden for gengældelse vil ligge på et kontinuerligt gennemsnitligt niveau.

Vi antager nu, at lav efterspørgsel er givet ved $(1 - \epsilon)D(p)$, og høj efterspørgsel er givet ved $(1 + \epsilon)D(p)$ med samme sandsynlighed. Gennemsnitligt er den forventede efterspørgsel således det samme som den foregående periode. Ved at opretholde den koordinerede pris p^C får hver virksomhed derfor denne forventede diskonterede profit V :

$$V = \frac{\pi^C}{2} (1 + \delta + \dots) = \frac{1}{1 - \delta} \frac{\pi^C}{2}$$

Collusion kan opretholdes, når de kortsigtede gevinster ved at stjæle konkurrentens markedsandel og profit er lavere end omkostningen til fremtidige priskrige, der formøbler det forventede afkast δV , mens de kortsigtede gevinster fra at afvige er tydeligt højere, når efterspørgslen er høj $((1 + \epsilon) \pi^C / 2$ i stedet for $(1 - \epsilon) \pi^C / 2$).

Collusion kan derfor opretholdes, hvis den kan opretholdes, når efterspørgslen er høj på det aktuelle tidspunkt:

$$\delta V = \frac{\delta}{1 - \delta} \frac{\pi^C}{2} \geq (1 + \epsilon) \frac{\pi^C}{2}$$

Såfremt følgende gør sig gældende:

$$\delta \geq \delta^*(\epsilon) = \frac{1 + \epsilon}{2 + \epsilon}$$

Tærskelværdien δ^* stiger med størrelsen på efterspørgselsudsvingene angivet som ϵ . I takt med at udsvingene tager til i størrelse bliver det stadigt sværere at opretholde *collusion*, i det mindste på de stadier, hvor efterspørgslen er særligt høj.

Det samme gør sig gældende for udsving, som er begrundet i f.eks. sæson- eller konjunkturmæssige forhold. Også her er det mere fristende at underbyde rivaler, når efterspørgslen er høj, imidlertid vil den forventede omkostning ved fremtidige priskrige være lav, når cyklussen er på sit højeste, eftersom gengældelse først vil indtræffe på et senere tidspunkt, nemlig i en periode med lav efterspørgsel.

Byggebranchen er generelt meget konjunkturfølsom, og efterspørgslen afhænger i nogen grad af konjunkturudsving. I 2008 havde omsætningen dog kun været faldende i et enkelt tilfælde i løbet af de foregående 25 år, hvilket var umiddelbart efter kartoffelkuren i slutningen af 1980'erne. Efterfølgende havde konjunkturmæssige udsving blot medført, at omsætningen forblev status quo eller steg.⁷⁸ Det var ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at konjunktur- og efterspørgselsudsvingsfaktoren ville blive påvirket af fusionen i 2008.⁷⁹

2015-afgørelsen berørte ikke konjunktur- og efterspørgselsudsving. Nærværende afhandling vurderer på baggrund af dette samt ovenstående gennemgang ikke, at der er sket ændringer i forhold til denne faktor i den mellemliggende periode.

2.3.1.4 Karakteristika for udbudssiden

2.3.1.4.1 Collusion er sværere at udøve på innovative markeder

“The more likely innovation is, the more difficult it is to sustain collusion.”⁸⁰

Det er sværere at opretholde priskoordinering på markeder med innovation. Årsagen hertil er, at innovation, især den gennemgribende slags, kan give en eksisterende virksomhed en betydelig fordel i forhold til dens konkurrenter. Denne fordel reducerer både værdien af fremtidig *collusion* og omfanget af den skade, som konkurrenterne vil være i stand til at forvolde. Dette gælder ligeledes, når innovationen kommer fra en *outsider*, da gengældelsesmekanismerne bliver stadig mindre effektive, når en innovatør træder ind på markedet; det være sig en eksisterende eller en *outsider*/indtrænger.

⁷⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1048

⁷⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, s. 211-212 Tabel 7.1.2.1.1

⁸⁰ Ivaldi et al. 2003, s. 35

Sagt med andre ord vil en relativt lav grad af innovation – forstået på den måde, at innovation sker gradvist, kontinuerligt og ikke i store spring – øge stabiliteten af *collusion*, da det er mere usandsynligt, at potentielle konkurrenter via innovation pludselig kan vinde store markedsandele.⁸¹ Samtidigt gør en høj grad af innovation fremtidige gevinster mere usikre, hvilket øger incitamenterne for gengældelse.⁸² Konkurrencemyndighederne er dermed i langt mindre grad bekymrede for *collusion* på innovative markeder.

Collusion kan opretholdes, hvis $V^C \geq V^D$, som kan koges ned til:⁸³

$$\delta \geq \delta^*(p) \frac{1}{2(1-p)}$$

Den diskonterede profit ved koordinering V^C skal være større eller lig med den afvigende (deviation = D) virksomheds diskonterede profit V^D . Ovenstående er sværere at efterkomme, når sandsynligheden for innovation stiger.

VVS- og el-branchen var i 2008 præget af lav innovation, og der var ingen større spring i grossisternes udvikling af nye serviceydelser. En grossist (evt. udefrakommende) kunne dermed ikke vinde større markedsandele fra de øvrige grossister via innovation.⁸⁴

Konkurrence og Forbrugerstyrelsens markedsundersøgelse viste, at der ikke inden for de sidste 5 år havde været større teknologiske fremskridt i grossisternes serviceydelser, og at de elektroniske bestillingssystemer havde en vis betydning for salg af VVS-materiel, men var ikke lige så udbredte som på el-markedet. Bestillingssystemerne havde været anvendt siden starten af 1990'erne, og der var således tale om et marked med beskeden innovation med løbende gradvise fremskridt, der ikke ville kunne virke destabiliserende for evt. *tacit collusion* på markedet.⁸⁵

Innovation er ikke behandlet i 2015-afgørelsen, men denne faktor har ganske givet heller ikke ændret sig i perioden mellem afgørelserne.

⁸¹ BilligVVS var allerede dengang på markedet og havde været det siden år 2000, dog med en meget lille markedsandel.

⁸² Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 933

⁸³ Se den lange udredning i *Ivaldi et al* s. 34

⁸⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, s. 212 Tabel 7.1.2.1.1

⁸⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 970-972

2.3.1.4.2 Manglende omkostningssymmetri hindrer *collusion*

*“Compared to the case of symmetric cost structure, there is less scope for collusion with an asymmetric cost structure, and the most effective collusive conducts will involve asymmetric market shares, reflecting firm’s costs.”*⁸⁶

Hvis virksomheder har forskellige omkostningsstrukturer, kan det have flere konsekvenser:

For det første kan det være svært at blive enige om en fælles prispolitik; virksomheder med lave marginalomkostninger vil insistere på at tage lavere priser end de andre. Virksomhederne vil ikke kunne finde et fokuspunkt for prispolitikken, hvilket vil vanskeliggøre koordinering, især *tacit collusion*, eftersom det er endnu vigtigere at have et fokuspunkt, når man ikke koordinerer eksplicit.

For det andet: Selvom virksomhederne bliver enige om en given koordineret pris, vil virksomheder med lave omkostninger (igen) være sværere at straffe, dels fordi de måske vil få mere ud af at underbyde deres konkurrenter, og dels fordi de har mindre at frygte ved en potentiel gengældelse fra virksomheder med højere omkostninger.

En virksomhed med lave omkostninger har derudover mindre at frygte ved en priskrig, eftersom den vil kunne sætte prisen lige under de andre virksomheders omkostninger. Generelt set vil gengældelsen være mindre effektiv, når den bliver udført af en ineffektiv virksomhed, da den ineffektives evne til at konkurrere med den effektive er begrænset. Den ineffektive virksomhed vil ikke være i stand til at forårsage et betydeligt profittab hos den effektive virksomhed uden at pålægge sig selv en endnu større byrde. Dette betyder, at de gengældelsesmekanismer, som den ineffektive virksomhed rationelt er villig til at påbegynde, vil pålægge en minimal straf på den effektive virksomhed. Incitamentet for virksomheden med de lave omkostninger til at afvige fra den koordinerede adfærd er derfor større, end hvis den var oppe imod en virksomhed med lige så lave omkostninger som den selv.

Vi antager, at virksomhederne forlanger at have lige store markedsandele. Kundens reservationspris noteres som r . c_H er de høje omkostninger og c_L de lave. Virksomheden med de høje omkostninger vil dermed være villig til at opretholde *collusion*, hvis:

$$(r - c_H) \frac{D}{2} (1 + \delta + \dots) \geq (r - c_H) D,$$

⁸⁶ Ivaldi et al., 2003, s. 39

såfremt følgende er gældende:

$$\delta \geq \frac{1}{2}$$

Mens virksomheden med de lave omkostninger kun vil være villig til at gøre det, hvis:

$$(r - c_L) \frac{D}{2} (1 + \delta + \dots) \geq (r - c_L)D + \delta(c_H - c_L)D(1 + \delta + \dots)$$

Denne forudsætning er tydeligvis mere stringent, eftersom gengældelsesmekanismen straffer virksomheden med de lave omkostninger mindre. Især virksomheden med de lave omkostninger vil aldrig gå med til ligelig fordeling af markedet, hvis $c_H - c_L > (r - c_L)/2$, eftersom denne vil vinde mere ved en priskrig. Vi vil derfor fokusere på situationen, hvor omkostningsfordelen er moderat og benævne det $\gamma = 2(c_H - c_L)/(r - c_L)$, som antages at være mindre end 1. Virksomheden med de lave omkostningers forudsætning for ikke at afvige bestemmer dermed diskonteringsfaktorens tærskelværdi, og *collusion* kan ikke opretholdes under denne tærskelværdi:

$$\delta \geq \delta^*(\gamma) = \frac{1}{2 - \gamma}$$

Tærskelværdien er sammenfaldende med standardtærskelværdien (1/2), når to virksomheder har samme omkostninger, og den stiger med størrelsen på omkostningsforskellen, målt ved γ , hvoraf kan udledes, at manglende omkostningssymmetri hindrer *collusion*.

For at sikre at virksomheden med de lave omkostninger holder sig til den koordinerede adfærd, kan virksomhederne dele *collusion*-overskuddet ulige mellem sig og dermed vælge at give en større del af overskuddet til virksomheden med de lave omkostninger. Eftersom incitamenterne til at afvige afhænger af størrelsen på *collusion*-overskuddet, vil virksomheder, der har mindre at frygte i forhold til gengældelse, netop få mindre kortsigtede gevinster ud af at afvige ved at underbyde de andre sammenlignet med det potentielle tab forårsaget af gengældelse.

Det kan tænkes, at de øvrige virksomheder stiltiende vil aftale at tildele en større del af markedet til virksomheden med de lave omkostninger. Alt imens dette hjælper med at opretholde *collusion*, giver det imidlertid ikke de samme muligheder for *collusion*, som hvis omkostningsstrukturen var symmetrisk. Dette giver virksomhederne med de lave omkostninger incitament til at holde sig til

collusion, men det påvirker samtidigt høj-omkostnings-virksomhedernes incitamenter. Dette er ensbetydende med, at der er en grænse for, hvor meget markedsandelene kan omfordeles.

I 2008 konkluderede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der på VVS- og el-markedet var en relativt ensartet service. Den klart største omkostningspost var varekøb, som var nogenlunde ens målt i procent af omsætning for alle større aktører (72-76 %). Det samme gjaldt udgifter til løn samt omsætning pr. ansat. Omkostningssymmetrien vurderedes at blive større mellem de to største aktører som følge af fusionen, da *AO Johansen* elimineredes og den fusionerede enhed og *Brdr. Dahl* blev næsten lige store.⁸⁷

Omkostningssymmetri nævnes ikke i afgørelsen fra 2015, men det må forventes at have været uændret.

2.3.1.4.3 Asymmetriske kapacitetsbegrænsninger hindrer *collusion*

Kapacitetsbegrænsninger kan potentielt påvirke opretholdelsen af *collusion* på to måder:⁸⁸ (1) En virksomhed med kapacitetsbegrænsninger har mindre at vinde ved at underbyde konkurrenterne, og (2) kapacitetsbegrænsninger indskrænker virksomhedernes gengældelsesmagt. Umiddelbart lader det derfor til, at kapacitetsbegrænsninger har en tvetydig effekt på *collusion*, eftersom de reducerer både incitamenterne til at afvige og evnen til at straffe sådanne afvigelser.

Selve effekten af kapacitetsasymmetrier er langt mindre tvetydig: Vi antager, at alle virksomheder har samme kapacitetsbegrænsning, men pludselig øger én virksomhed sin kapacitet på bekostning af de andres, hvilket både øger virksomhedens incitament til at underbyde de andre og indskrænker de andre virksomheders gengældelsesmagt. Alt i alt hindrer introduktionen af en sådan asymmetri altså *collusion*.

Vi antager nu, at to virksomheder vender tilbage til almindelig priskonkurrence efter en afvigelse. Profitterne er således proportionelle med produktionskapaciteterne. Eftersom de kortsigtede gevinster ved at underbyde konkurrenten også er proportionel med kapaciteten, medfører det, at selve den overordnede diskonterede profit ved at afvige også er proportionel med kapaciteten. Den bedste måde, at undgå at begge virksomheder afviger, er derfor at fordele markedsandelene, som i sig selv er proportionelle med produktionskapaciteterne: $\alpha_i = K_i / (K_L + K_S)$.

⁸⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, s. 211 Tabel 7.1.2.1.1 + præmis 966

⁸⁸ Ivaldi et al., 2003, s. 41ff

De to virksomheders incitamentsbetingelser er da sammenfaldende og bestemmer den kritiske tærskelværdi for diskonteringsfaktoren:

$$\delta \geq \delta^*(K_L + K_S) = \frac{K_L}{K_L + K_S} = \frac{1}{1 + \lambda}$$

$\lambda = K_S/K_L$ repræsenterer den relative størrelse på den lille virksomhed, sammenlignet med den store. Tærskelværdien er sammenfaldende med standarden (1/2), når virksomhederne er symmetriske (dvs. $K_L = K_S$, og dermed er $\lambda = 1$) og stiger med asymmetrien i produktionskapaciteten: Jo mindre den lille virksomheds relative størrelse er, desto højere er den kritiske tærskelværdi δ^* .

I 2008 pegede Konkurrence og Forbrugerstyrelsens markedsundersøgelser på kapacitetsbegrænsninger hos især de små grossister – i hvert fald på kort sigt – hvilket udmøntede sig i, at de små grossister ikke kunne øge deres salg i et omfang, der ville udgøre et væsentligt konkurrencemæssigt pres på de store grossister.⁸⁹ Disse kapacitetsbegrænsninger var således med til at fremme *collusion*.

2015-afgørelsen: Kapacitetsbegrænsninger er ikke nævnt og antages at være uændrede.

2.3.1.4.4 Produktdifferentiering hindrer *collusion*

*”When firms are differentiated by levels of quality, collusion is more difficult, the larger the competitive advantage of the high-quality firm.”*⁹⁰

I det foregående er det antaget, at alle produkter er homogene, men i praksis prøver virksomheder oftest at differentiere deres produkter, hvilket de kan gøre på forskellig vis. Én mulighed er at udvikle et bedre produkt end konkurrenternes, også kaldet vertikal integration: Virksomhederne befinder sig da i en asymmetrisk situation, som minder om analysen af de asymmetriske produktionsomkostninger under 2.2.1.4.2. En virksomhed, hvis produkt er af bedre kvalitet, er i omtrent samme situation som en virksomhed, der tilbyder den samme kvalitet som de andre, men til en lavere pris. Denne virksomhed vil have mere at vinde ved at snyde de andre (som fortsat udøver *collusion*) og har tillige mindre at frygte ved en eventuel gengældelse fra de andre.

⁸⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, s. 250 Tabel 7.1.3.1.1

⁹⁰ Ivaldi et al., 2003, s. 46

En helt anden slags produktdifferentiering består i at tilbyde forskellige kvaliteter/brands, muligvis til sammenlignelige priser, men målrettet forskellige kundetyper; også kaldet horisontal differentiering. Denne form for differentiering har til hensigt at opdele kunderne og vinde markedsmagt over særlige kundesegmenter ved at skabe kundeloyalitet. En kunde vil være tilbageholdende i forhold til at udskifte sit yndlingsmærke, selvom der er en fordel at hente ved at skifte til et andet mærke i form af et lille prisfald.

Denne segmenteringsstrategi påvirker rækkevidden af *collusion* på to måder: (1) Den begrænser den kortsigtede gevinst ved at underbyde konkurrenterne, eftersom det bliver sværere at tiltrække disses kunder, og (2) den begrænser omfanget af priskrige, og dermed også virksomheders evne til at straffe en potentiel afvigelse.

“Overall, the impact of horizontal differentiation appears quite ambiguous.”⁹¹

Lemvigh-Müller og AO Johansen var i 2008 uenige i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af, at VVS- og el-artikler i meget høj grad var homogene produkter.⁹² Imidlertid lykkedes det ikke fusionsparterne at overbevise styrelsen, som var fast besluttet på, at VVS- og el-markedet ikke var kendetegnet ved produktdifferentiering, som ellers ville have hindret *collusion*.

2015-afgørelsen tager ikke stilling til produktdifferentiering, men markedet vurderes ikke at have ændret sig i den mellemliggende periode.

2.3.1.4.5 Kontakt mellem virksomhederne på flere markeder fremmer *collusion*

“Overall, multi-market contacts facilitates collusion.”⁹³

Det er alment kendt, at virksomheder har lettere ved at opretholde *collusion*, når de opererer på flere forskellige markeder. For det første øges kontakthypigheden mellem virksomhederne herved, og for det andet opblødes de asymmetrier, der kan opstå på de individuelle markeder. Eksempelvis kan en af virksomhederne have en konkurrencemæssig fordel på ét marked, mens konkurrenten kan have sin egen konkurrencemæssige fordel på et andet marked. Selvom en analyse på markedsniveau

⁹¹ Ivaldi et al., 2003, s. 47

⁹² Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 833+834

⁹³ Ivaldi et al., 2003, s. 50

vil foreslå, at det er svært at opretholde *collusion*, vil kontakten mellem virksomhederne på flere markeder genoprette en overordnet symmetri, som fremmer *collusion*. En tredje og sidste effekt er, at kontakten mellem virksomhederne på flere markeder kan give dem mulighed for at opretholde *collusion* på markeder, hvor branchekarakteristikaene i sig selv ikke taler for brugen af *collusion*.

Vi antager, at to virksomheder er i en duopol-situation på et marked og har endnu en konkurrent på et andet marked. De ønsker at opretholde den samme koordinerede profit π^C på de to markeder. Ifølge den ovenstående analyse kan de opretholde *collusion* på det første marked, hvis diskonteringsfaktoren er højere end $1/2$, men kan ikke udøve *collusion* på det andet marked, hvis diskonteringsfaktoren er mindre end $2/3$. Men alligevel kan de faktisk opretholde *collusion* på begge markeder ved at give en højere markedsandel til konkurrenten på det andet marked for at lokke denne til at deltage i *collusion*.

Virksomhederne skal efterlade en markedsandel $\alpha = 1 - \delta$ til konkurrenten på det andet marked og vil således dele den resterende brøkdel δ af markedet. De vil holde sig til *collusion*, så længe at:

$$\left(\frac{1}{2}\pi^C + \frac{\delta}{2}\pi^C\right)(1 + \delta + \delta^2 + \dots) \geq \pi^C + \pi^C + \delta \times 0$$

Såfremt dette er gældende:

$$\delta \geq \frac{3}{5}$$

Denne tærskelværdi er højere end $1/2$, men lavere end $2/3$, hvilket betyder, at når virksomhederne har en diskonteringsfaktor mellem $5/12$ og $2/3$, kan de opretholde *collusion* på begge markeder, selvom de ikke kunne opretholde *collusion* på det andet marked, hvis de udelukkende var til stede på dette marked. Intuitivt eksisterer der uudnyttet potentiale i nogen grad i forhold til opretholdelse af *collusion* på det første marked, som virksomhederne kan bruge til at fremme *collusion* på det andet marked.

Aktørerne⁹⁴ på VVS- og el-markedet havde allerede kontakt på flere markeder før den planlagte fusion i 2008. Efter fusionen ville de fortsat komme til at mødes på samme markeder, dog med et styrket *Lemvigh-Müller* på både VVS- og el-siden.⁹⁵ Risikoen for *collusion* ville således forblive uændret, hvis ikke den ligefrem ville blive fremmet.

Denne faktor nævnes ikke i 2015-afgørelsen.

2.3.1.5 Andre markedsfaktorer

I fusionssager gransker konkurrencemyndighederne yderligere følgende faktorer:⁹⁶

Efterspørgselselasticitet, købermagt, strukturelle forbindelser, kooperativer og andre kontraktmæssige aftaler, forekomsten af en *maverick*-virksomhed⁹⁷ og netværkseffekter. De relevante for VVS- og el-markedet vil blive gennemgået umiddelbart nedenfor.

2.3.1.5.1 Lav efterspørgselselasticitet fremmer *collusion*

Det antages ofte, at lav efterspørgselselasticitet øger risikoen for *collusion*, eftersom *collusion* kan være mere indbringende, når efterspørgselselasticiteten er lav.

Under fuldkommen konkurrence med to virksomheder på markedet vil den konkurrencedygtige pris være lig med marginalomkostningerne, $p^c = c$, og der vil derfor ikke være nogen profit, $\pi = 0$. De to virksomheder kan imidlertid opretholde enhver koordineret pris over marginalomkostningerne, $p^c > c$, og de kan dele den tilsvarende profit $\pi^c = (p^c - c)D(p^c)$, hvis de kortsigtede gevinster fra at afvige bliver opvejet af omkostningen til en fremtidig priskrig, hvis $\delta \geq \delta^* \equiv \frac{1}{2}$.

Hvis virksomhederne har en diskonteringsfaktor på lavere end $\frac{1}{2}$, vil *collusion* ikke kunne opretholdes, og uanset hvilken form efterspørgslen har, vil den eneste ligevægt give den konkurrencedygtige pris, $p^c = c$. Dette gælder også omvendt: Hvis diskonteringsfaktoren δ overstiger $\frac{1}{2}$, kan virksomhederne opretholde enhver koordineret pris, endda monopolprisen, uanset hvordan efterspørgselsfunktionen er udformet.

*"Therefore, for a given market size, the firms have more to gain from sustaining the monopoly price when demand elasticity is low."*⁹⁸

⁹⁴ AO Johansen, Lemvigh-Müller, Brdr. Dahl og Sanistål

⁹⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, s. 211 Tabel 7.1.2.1.1

⁹⁶ Ivaldi et al., 2003, s. 50ff

⁹⁷ En *maverick*-virksomhed ønsker ikke at være en del af den koordinerede strategi/samarbejdet og opfører sig aggressivt. Den er typisk væsentligt forskellig fra konkurrenterne (Motta 2004) s. 143

⁹⁸ Ivaldi et al., 2003, s. 52

Efterspørgselselasticitet udgør således en relevant faktor, selvom den er anderledes end de andre faktorer gennemgået ovenfor. Forbrugerne har grund til langt større bekymring for *collusion*, når efterspørgslen er uelastisk, end når den er elastisk. Dette er for det første begrundet i, at sandsynligheden for en stor indbringende prisstigning over det normale niveau falder, når efterspørgslen bliver mindre elastisk, og for det andet er det begrundet i, at forbrugerne lider mere skade af en given prisstigning, når der findes få alternativer.

I afgørelsen fra 2008 var et af argumenterne, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lagde særligt vægt på i forhold til afgrænsningen af det relevante produktmarked, herunder hvorvidt direkte salg skulle indgå heri, at efterspørgselselasticiteten skulle være meget høj for VVS-markedet og relativt høj for el-markedet for at det ikke kunne svare sig at hæve priserne, hvilket markedsundersøgelserne ikke underbyggede som værende tilfældet.⁹⁹

2015-afgørelsen omtaler ikke efterspørgselselasticitet, men som for mange af de andre faktorer, antages denne at være uændret i den mellemliggende periode.

2.3.1.5.2 Strukturelle forbindelser fremmer *collusion*

Strukturelle forbindelser på et marked kan fremme *collusion*, f.eks. bevirker krydsejerskab¹⁰⁰, at gevinsten ved at underbyde de andre virksomheder reduceres. *Joint venture*-aftaler kan gøre omfanget af gengældelse større – en virksomhed kan f.eks. straffe en afvigende partner ved at investere mindre i dennes foretagende. Det er derfor mere sandsynligt, at *collusion* forekommer på markeder, hvor konkurrenterne er forbundne via strukturelle forbindelser.

Vi antager, at to virksomheder kan opretholde enhver koordineret pris $p^C > c$ og dermed dele den resterende profit $\pi^C = (p^C - c)D(p^C)$, hvis de kortsigtede gevinster ved at afvige bliver opvejet af en fremtidig priskrig, dvs. hvis:

$$\frac{\pi^C}{2}(1 + \delta + \delta^2 + \dots) \geq \pi^C + \delta \times 0$$

eller

$$\delta \geq \delta^* \equiv \frac{1}{2}$$

⁹⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 448+629

¹⁰⁰ Krydsejerskab er en metode til at styrke forretningsforbindelser ved at eje aktier i konkurrerende virksomheder.

Den kritiske tærskelværdi for *collusion* afhænger ikke af efterspørgselskarakteristika fra forbrugerne, dvs. at efterspørgselsfunktionen $D(\cdot)$ ikke bidrager til at bestemme tærskelværdien. Hvis virksomhedernes diskonteringsfaktor er mindre end $1/2$, vil ingen *collusion* kunne opretholdes, og uanset formen på efterspørgselsfunktionen vil den eneste ligevægt være ved den konkurrencedygtige pris $p^c = c$. Omvendt kan virksomheden opretholde enhver koordineret pris – også monopolprisen – hvis virksomhedens diskonteringsfaktor overstiger $1/2$, uanset formen på efterspørgselsfunktion.

Således har efterspørgselselasticiteten ingen betydning for opretholdelsen af *collusion*, da efterspørgselselasticitet påvirker både de kortsigtede gevinster fra at underbyde konkurrenter og de langsigtede omkostninger ved forøget fremtidig *collusion*.

I 2008 eksisterede der en strukturel forbindelse mellem *AO Johansen* og *Sanistål*, der påvirkede *Saniståls* incitament til at konkurrere med *AO Johansen*. Hvis fusionen gennemførtes, ville den strukturelle forbindelse ophøre, da *Lemvigh-Müller* ville opkøbe *Saniståls* aktier i *AO Johansen*.¹⁰¹

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen overvejede også i 2015, hvorvidt det havde betydning for konkurrencen, at der var en strukturel forbindelse mellem *AO Johansen* og konkurrenterne *Sanistål* og *Lemvigh-Müller*, som havde aktieandele i *AO Johansen*. En aktiebesiddelse af en størrelsesorden som *Saniståls* kunne påvirke de to virksomheders incitament til at konkurrere, men til trods for at *Sanistål* havde den største aktieandel, havde denne dog ikke kontrollerende indflydelse i *AO Johansen*, og hverken *Sanistål* eller *Lemvigh-Müller* ville få større ejerandele i forbindelse med fusionen. På denne baggrund forekom det usandsynligt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der ville opstå koordinerede virkninger som følge af fusionen.¹⁰²

2.3.1.5.3 Kooperativer og andre kontraktmæssige aftaler fremmer *collusion*

Selv uden strukturelle forbindelser kan simple samarbejdsaftaler bidrage til at fremme *collusion*. På samme som *joint ventures* kan disse samarbejdsaftaler f.eks. forstørre rækkevidden af gengældelsesmekanismerne og dermed forstærke evnen til at straffe afvigende partnere. Virksomhederne kan ændre deres kontraktmæssige aftaler – enten indbyrdes eller med tredjeparter – for at fremme *collusion*.

¹⁰¹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: *Lemvigh-Müllers* overtagelse af *Brdr. A & O Johansen*, s. 250 Tabel 7.1.3.1.1

¹⁰² Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: *Brdr. A & O Johansen A/S' erhvervelse af BilligVVS ApS*, s. 12 5.1 ad i)

I 2008-afgørelsen er indkøbssamarbejde,¹⁰³ samarbejdsaftaler med distributører,¹⁰⁴ samhandelsforhold¹⁰⁵ og samhandelskontrakter¹⁰⁶ behandlet, hvorimod 2015-afgørelsen ikke kommer ind herpå i.

Foruden forekomsten af efterspørgselselasticitet, strukturelle forbindelser og kontraktmæssige aftaler, kan følgende andre forhold påvirke profitabiliteten af *collusion*:

- købermagt
- forekomsten af en *maverick*-virksomhed
- netværkseffekter

Disse markedsfaktorer er ikke kendetegnende for VVS- og el-markedet, hvorfor de ikke vil blive belyst i nærværende afhandling.

2.3.2 KONSEKVENSER FOR FUSIONSKONTROLLEN¹⁰⁷

Som ovenstående har vist, fremmer nogle markedskaraktistika *collusion*, mens andre hindrer *collusion*. Det er derfor vanskeligt at forudsige sandsynligheden for *collusion* udelukkende på baggrund af disse modstridende karakteristika. Ydermere kan den samme markedssituation fremkalde mange forskellige ligevægtstilstande, for selvom virksomheder *kan* opretholde *collusion*, betyder det ikke, at de rent faktisk har held til at gøre det. Virksomhederne kan f.eks. konkurrere i hver enkelt periode, som var det den sidste, selvom der findes en anden ligevægt, hvor de ville kunne opretholde monopolprisen i hver eneste periode. Det er derfor ikke muligt udelukkende at sætte sin lid til teoretisk analyse i forhold til at fastlægge, hvorvidt *collusion* faktisk finder sted.

I en *ex post*-konkurrencemyndighedskontekst kan analyse af branchehistorik være behjælpelig med at besvare dette spørgsmål. Derimod er det ikke en mulighed, når det kommer til fusionskontrol, eftersom konkurrencemyndighederne her skal evaluere *ex ante* og finde frem til branchens fremtidige udvikling; historikken kan derfor kun give begrænset information herom.

I stedet for forgæves at forsøge at finde svar på, om *collusion* rent faktisk vil blive udøvet *ex post*, kan konkurrencemyndighederne stille spørgsmålet: Vil fusionen skabe en situation, hvor *collusion*

¹⁰³ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 224+226

¹⁰⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 287

¹⁰⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 167

¹⁰⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 418+1069

¹⁰⁷ Ivaldi et al., 2003, s. 63

bliver mere sandsynlig – det vil sige, at det vil være betydeligt nemmere at opretholde *collusion* i fusions-situationen *ex post*?

En fusion har ofte indvirkning på mange af de faktorer, der er relevante i forhold til opretholdelsen af *collusion*, og den kan påvirke faktorerne på måder, som sædvanligvis udligner hinanden. Eksempelvis mindsker en fusion antallet af konkurrenter, hvilket almindeligvis fremmer *collusion*, men fusionen kan også gøre de tilbageblivende konkurrenter mere asymmetriske, hvilket plejer at hindre *collusion*.

Det kan være en ekstremt svær vurdering af muligvis modstridende effekter at finde frem til fusionens indvirkning på *collusion*. Ideelt set kan dette gøres ved at bygge en metamodel over alle relevante karakteristika. Imidlertid viser ovenstående, at en sådan model sandsynligvis vil være umulig at håndtere og derfor ret uanvendelig. Det er dermed nødvendigt at identificere de mest relevante karakteristika for hver enkelt branche og lave en prioritering af disse.

2.3.2.1 Fusioners indvirkning på branchekarakteristika¹⁰⁸

Ovenfor under 2.3.1 er gennemgået relevante faktorer for *collusion*; nu vil fusioners indvirkning på disse branchekarakteristika blive behandlet, og under 2.3.2.2 følger deres konsekvenser for fusionskontrollen.

Antallet af deltagere: En fusion, der eliminerer én af de væsentligste konkurrenter på et marked, fremmer *collusion*.

Adgangsbarrierer: Man skal være mere bekymret for *collusion* på markeder med høje adgangsbarrierer. For det første vil en fusion, der vil hæve adgangsbarriererne (f.eks. ved at forene to potentielle konkurrerende teknologier) have tilbøjelighed til at fremme *collusion*, og for det andet skal fusionskontrollen kun have fokus på *collusion*, når det drejer sig om markeder, der er præget af betydelige adgangsbarrierer efter fusionen (*ex post*).

Hyppigheden af transaktioner: *Collusion* er nemmere at udøve, når virksomheder interagerer hyppigere. Denne faktor er ikke nær så sandsynlig, hvad angår direkte påvirkning af en fusion som andre af faktorerne, imidlertid er den relevant i forhold til at vurdere, hvorvidt *collusion* overhovedet er noget at skulle være bekymret for.

¹⁰⁸ Ivaldi et al., 2003, s. 65

Gennemsigtighed på markedet: *Collusion* er lettere at praktisere, når virksomheder kan observere hinandens priser og mængder. Denne faktor kan derfor fastlægge, om *collusion* er noget at skulle bekymre sig for. Imidlertid kan nogle fusioner også have en direkte indvirkning på gennemsigtigheden på markedet. F.eks. kan en vertikal fusion mellem en producent og en distributør give producenten nemmere adgang til konkurrenternes marketingstrategier.

Efterspørgselskarakteristika: *Collusion* er nemmere at udøve på stigende og/eller stabile markeder end på faldende markeder og/eller markeder med udsving. Disse faktorer er nyttige i forhold til at vurdere, hvor stor risikoen for *collusion* er, men det er næppe sandsynligt, at efterspørgslen vil blive direkte påvirket af en fusion.

Innovation: *Collusion* er nemmere at opretholde på fuldt udviklede markeder, hvor innovation spiller en mindre rolle end på innovationsdrevne markeder. Dette er en vigtig faktor i forhold til vurderingen af, hvorvidt *collusion* er et alvorligt problem. Derudover kan en fusion, der forbedrer den nye samlede enheds R&D-potentiale, bidrage til at gøre *collusion* sværere at opretholde.

Symmetri: Det er lettere at koordinere blandt ligemænd, hvilket vil sige blandt virksomheder med ens omkostningsstrukturer, produktionskapaciteter eller produktudvalg. Denne faktor vil typisk blive påvirket af en fusion. Fusioner, der genopretter symmetrien, kan fremme *collusion*, hvorimod de, der skaber eller forværre allerede eksisterende asymmetri, sandsynligvis vil hindre *collusion* – alt andet lige.

Produkthomogenitet: Denne faktor har en mere tvetydig indvirkning på sandsynligheden for *collusion*, eftersom den påvirker både incitamenterne til at underbyde konkurrenterne og deres evne til at gengælde. Det modsatte af produkthomogenitet – produktdifferentiering – kan til gengæld have en indvirkning herpå, da denne bidrager til at skabe asymmetri mellem virksomhederne (f.eks. når de tilbyder varer eller tjenesteydelser af forskellig kvalitet). Homogenitet kan ydermere gøre markedet mere gennemsigtigt. Alt i alt kan denne faktor, som nødvendigvis vil blive påvirket af fusioner, være brugbar i forhold til at vurdere troværdigheden af *collusion*.

Kontakt på flere markeder: *Collusion* er nemmere at opnå, når de samme konkurrenter opererer på flere markeder. Kontakt på flere markeder er derfor relevant i forhold til at vurdere troværdigheden af *collusion*. Derudover kan en fusion øge antallet af markeder, hvorpå de samme virksomheder konkurrerer, betydeligt, hvilket kan øge risikoen for *collusion*.

Efterspørgselselasticitet og købermagt: Disse faktorer reducerer profitabiliteten af *collusion*, samtidig med at de giver store købere mere frihed til at afvige fra koordineringen. Dette er mest relevant i forhold til at vurdere, hvorvidt *collusion* overhovedet er relevant i fusionskontrollen, selvom fusioner på købersiden også kan have en direkte indvirkning.

Andre faktorer: Det kan også være væsentligt at undersøge, om der eksisterer strukturelle forbindelser, samarbejdsaftaler eller en *maverick*-virksomhed. En fusion, der vil skabe sådanne forbindelser eller fjerne en *maverick*, vil højst sandsynligt fremme *collusion*. En særlig organisering af markedet (f.eks. på *bidding markets*) skal også tages i betragtning for at vurdere troværdigheden af *collusion*.

2.3.2.2 Branchekarakteristikas konsekvenser for fusionskontrollen¹⁰⁹

Her følger en gennemgang af de netop gennemgåede branchekarakteristikas konsekvenser for fusionskontrollen.

For det første har nogle af faktorerne/branchekarakteristikaene – som eventuelt bliver påvirket af fusionen – en afgørende indvirkning på virksomhedernes evne til at opretholde *tacit collusion*. Det gælder for så vidt adgangsbarriererne, hyppigheden af transaktioner og omfanget af innovation. Rækkevidden af *collusion* er tydeligvis minimal i mangel af adgangsbarrierer og regelmæssig interaktion, samt hvis der er tale om innovationsdrevne markeder, hvilket betyder, at såfremt en branche udviser et af disse karakteristika, er der således ikke væsentlig grund til at bekymre sig om *collusion*.

For det andet er nogle faktorer både relevante for og (sandsynligvis) direkte påvirkede af fusioner. Disse faktorer omfatter naturligvis antallet af aktører på markedet, men også graden af symmetri blandt aktørerne. En fusion reducerer antallet af aktører, idet en konkurrent elimineres, og fusionen vil derfor være tilbøjelig til at fremme *collusion*. Denne effekt er med stor sandsynlighed højere, jo mindre antallet af allerede tilbageværende aktører er. Intuitivt giver det sig selv, at det har større indvirkning at gå fra 4 til 3 aktører end fra 6 til 5.¹¹⁰

For det tredje er der faktorer, der – måske i mindre omfang – kan have betydning for opretholdelsen af *collusion*, som muligvis vil blive påvirket af en fusion. Blandt disse forekommer graden af gennemsigtighed på markedet at være den væsentligste faktor. Andre faktorer er

¹⁰⁹ Ivaldi et al., 2003, s. 63ff

¹¹⁰ Se mere om antallet af konkurrenter under 2.2.1.1.1

produktdifferentiering, efterspørgselskarakteristika og kontakt på flere markeder. Disse dimensioner er relevante i forhold til at vurdere troværdigheden af *collusion*, især når faktorerne fra de to første grupper ikke er tilstrækkelige til at give en klar vurdering.

Ovenstående giver således et grundlag for at prioritere de relevante faktorer, men det er ikke ensbetydende med, at den strukturelle analyse bør springes over. I stedet for at lave en ren tjekliste med relevante faktorer, virker det bestemt mere hensigtsmæssigt at udvikle en klar opfattelse af, hvorfor hver enkelt dimension er relevant, såvel som hvorfor de hver især påvirker *collusion* på markedet – og bliver påvirket af en fusion. Dette hjælper ikke blot til at prioritere faktorerne, men letter også den overordnede vurdering, når så mange faktorer er i spil og skubber i forskellige retninger. Dette giver en analytisk struktur, som kan hjælpe til at vurdere, hvorvidt disse modstridende faktorer påvirker effektiviteten af gengældelsesmekanismerne, og således også hvordan muligheden for gengældelse bliver modificeret af fusionen.

Ydermere er det væsentligt at kigge på samspillet mellem faktorerne; som anført tidligere under 2.3.1.3.1 afhænger effekten af stigningen i efterspørgslen af adgangsbarriererne. Hvis adgangsbarriererne er så høje, at indtrængen med stor sandsynlighed vil indtræde, vil en stigning i efterspørgslen fremme *collusion*. Hvis adgangsbarriererne omvendt er moderate, kan en stigning i efterspørgslen være tilstrækkelig til at opveje dem og stimulere indtrængen, hvilket til gengæld vil hindre *collusion*. På samme måde kan produktdifferentiering påvirke gennemsigtigheden på markedet, idet denne har indflydelse på, hvad virksomhederne kan udlede fra tilgængelige data. I begge tilfælde er det således vigtigt at foretage en samlet og grundig vurdering af faktorerne.

Som supplement til ovenstående faktorer bruger fusionskontrollen *Airtours*-betingelserne til at undersøge, om *tacit collusion* overhovedet kan finde sted på et marked; disse gennemgås umiddelbart nedenfor.

2.4 AIRTOURS-BETINGELSER

For at *tacit collusion* kan opstå og opretholdes forudsætter *Airtours*-betingelserne, at følgende 3 kendetegn ved det specifikke marked er til stede:

1. Gennemsigtighed på markedet
2. Troværdige gengældelsesmekanismer
3. Ingen modvægte/reaktioner fra konkurrenter og kunder

Disse betingelser blev udledt i *Airtours*-sagen¹¹¹ i 1999 og er sidenhen blevet anvendt af konkurrencemyndigheder og domstole i udpræget grad ved vurderingen af risikoen for *tacit collusion*. Nogle af begreberne er berørt ovenfor under 2.2.1, men uddybes her i sammenhæng med de resterende *Airtours*-betingelser. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har tydeligvis bygget sin analyse på disse betingelser, hvilket vil fremgå i forlængelse af hver enkelt betingelse, hvor VVS- og el-markedet analyseres for henholdsvis år 2008 og 2015 på baggrund af styrelsens praksis.

2.4.1 GENNEMSIGTIGHED PÅ MARKEDET

Den første *Airtours*-betingelse angiver, at der skal være gennemsigtighed på et marked for at *tacit collusion* kan opstå og opretholdes, hvilket har betydning for, hvorvidt parterne har mulighed for at etablere koordineringsbetingelser og kontrollere eventuelle afvigelser herfra.¹¹² Jo mere gennemsigtigt et marked er, desto nemmere er det at finde et niveau at koordinere ud fra. Dette er for eksempel tilfældet på markeder med offentligt tilgængelige prislister eller opdeling af kunderne.¹¹³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretager jævnligt markedsundersøgelser af udvalgte markeder, hvori blandt andet graden af gennemsigtighed på markedet undersøges, herunder hvorvidt konkurrenterne har kendskab til hinandens ageren på markedet.¹¹⁴

Virksomhedernes markedsandele har også betydning for gennemsigtigheden. Således blev koncentrationen på markedet – antallet af virksomheder ganget med deres markedsandele – brugt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som argument for, at gennemsigtigheden blev øget ved færre aktører på markedet.¹¹⁵ Betydningen af markedsandele og koncentration er gennemgået ovenfor under 2.2.

2.4.1.1 2008: Gennemsigtighed på VVS- og el-markedet

I 2008 var VVS- og el-markedet præget af høj koncentration og en tæt vedvarende kontakt mellem kunder og grossister, hvilket blev påpeget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i afgørelsen fra 2008.¹¹⁶ Styrelsen vurderede, at gennemsigtigheden i forhold til priser, rabatter og kundegrundlag

¹¹¹ Sag T-342/99 – *Airtours*. Se domsresumé i fodnote 20 og juridisk analyse af dommen under 3.2.1.2

¹¹² Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 47

¹¹³ Bertelsen, Plum et al., 2013, s. 143

¹¹⁴ Et eksempel herpå er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse: "Velfungerende markeder – til fremme af vækst og velfærd" (2002)

¹¹⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 59

¹¹⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen (se under 3.2.3.1)

var betydelig, og at denne gennemsigtighed ville stige yderligere som følge af fusionen mellem *Lemvigh-Müller* og *AO Johansen*, hvis kombinerede markedsandel var på 37-47 %.¹¹⁷

Et af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens argumenter for at forbyde fusionen var, at antallet af konkurrenter ville blive reduceret, således at det blev lettere at overvåge hinanden.¹¹⁸ Ifølge Albæk, Møllgaard og Overgaard¹¹⁹ findes der – så vidt vides – ikke en model i litteraturen, der sammenkæder graden af markedsconcentration med gennemsigtigheden på markedet. Forfatterne betragter det som et åbenlyst emne for fremtidig forskning. Eftersom der også blev lagt vægt på andre faktorer end markedsconcentrationen ved vurderingen af, hvorvidt betingelsen om gennemsigtighed var overholdt, ser nærværende afhandling det ikke som problematisk, at dette argument blev inddraget.

Hvad angår VVS-markedet blev der lagt vægt på, at grossisternes listepreiser var alment kendte, at de havde et godt kendskab til hinandens rabatter, at de faste samhandelsforhold med små, hyppige ordrer gav en tæt og vedvarende kontakt mellem grossisterne, som gjorde det let at opdage, hvis konkurrenterne forsøgte at vinde markedsandele ved at afvige fra den koordinerede adfærd, at de havde et detaljeret kendskab til hinandens omsætning og markedsandele, at Rørforeningen¹²⁰ udsendte omsætningstal på månedsbasis, at der efter fusionen kun var 3 konkurrenter, som skulle holde øje med hinanden, og til sidst at efterspørgslen var tilstrækkelig stabil til, at koordineringen ikke blev destabiliseret.¹²¹

Med hensyn til el-markedet blev der lagt vægt på, at grossisterne relativt nemt kunne få kendskab til hinandens listepreiser, at de havde et godt kendskab til hinandens rabatter, at de – ligesom på VVS-markedet – havde faste samhandelsforhold med små, hyppige ordrer, at de tætte og løbende kundeforhold gjorde det muligt for grossisterne at afdække baggrunden for væsentlige ændringer i markedet, at der efter fusionen kun var 2 store konkurrenter, som skulle holde øje med hinanden, og til sidst at efterspørgslen – også her – var tilstrækkelig stabil til, at koordineringen ikke blev destabiliseret.¹²²

Den første *Airtours*-betingelse blev således vurderet til at være opfyldt.

¹¹⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: *Lemvigh-Müllers* overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1165

¹¹⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: *Lemvigh-Müllers* overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1259 pkt. 5

¹¹⁹ ALBÆK, S., MØLLGAARD, PETER & OVERGAARD, PER BALTZER, 2010. Transparency and Coordinated Effects in European Merger Control. *Journal of Competition Law & Economics*, 6(4), s. 839-851

¹²⁰ Rørforeningen er brancheforeningen for VVS-branchen

¹²¹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: *Lemvigh-Müllers* overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1072

¹²² Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: *Lemvigh-Müllers* overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1259

2.4.1.2 2015: Gennemsigtighed på VVS- og el-markedet

Gennemsigtighed blev ikke nævnt i afgørelsen fra 2015, imidlertid blev der lavet en overordnet vurdering af risikoen for koordinerede virkninger: *”For så vidt angår risikoen for koordinerede virkninger vurderer styrelsen, som følge af det marginale overlap, der findes mellem AO’s og Billig VVS’ aktiviteter, at risikoen for koordinerede virkninger er yderst begrænset.”*¹²³

2.4.2 TROVÆRDIGE GENGÆLDELSESMEKANISMER

Den anden *Airtours*-betingelse vedrører mulighederne for troværdig gengældelse i tilfælde af eventuelle afvigelser fra koordineringsbetingelserne. Der skal således være mulighed for at straffe en virksomhed, der afviger fra udøvelsen af *tacit collusion* på en måde, som afvigeren kan mærke tilstrækkeligt, uden at det gør alt for ondt på de virksomheder, der udfører gengældelsen. Samtidigt skal gengældelsen kunne finde sted forholdsvis hurtigt.

Konkurrencemyndigheden er ikke nødvendigvis nødsaget til at godtgøre, at der er organiseret en egentlig straffemekanisme, derimod skal det under alle omstændigheder godtgøres, at der er tilstrækkelige afskrækkelsesfaktorer til, at hver deltager i koordineringen ikke ser nogen fordel i at afvige fra den fælles adfærd på bekostning af de øvrige aktører.¹²⁴

Ifølge EU-Kommissionens Retningslinjer for vurderingen af horisontale fusioner¹²⁵ er det nemmere at gøre brug af troværdige gengældelsesmekanismer, hvis markedet er præget af høj gennemsigtighed, består af hyppige transaktioner, og der er kontakt på flere markeder, således at gengældelsen kan finde sted på et andet marked, end hvor afvigelsen er sket. Disse karakteristika muliggør således, at gengældelsesmekanismer kan iværksættes, hvis der sker afvigelser fra koordineringen.

2.4.2.1 2008: Troværdige gengældelsesmekanismer på VVS- og el-markedet

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse i 2008¹²⁶ lagde vægt på, at det ville være muligt at reagere relativt hurtigt med en gengældelse på grund af graden af gennemsigtighed på VVS- og el-markedet samt den tætte og hyppige kontakt til kunderne.¹²⁷

¹²³ Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: Brdr. A & O Johansen A/S’ erhvervelse af BilligVVS ApS, s. 12, 5.1 ad i)

¹²⁴ Sag T-342/99 – *Airtours*, præmis 195

¹²⁵ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03), præmisserne 53+55

¹²⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen

¹²⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 63-69

I vurderingen af VVS-markedet blev det fremhævet, at afvigelser fra en koordineret prispolitik ville kunne opdages hurtigt, at gengældelse i form af prisnedsættelser over for konkurrenternes kunder kunne iværksættes nemt og hurtigt, at der var gode muligheder for at målrette gengældelsen mod konkurrentens større kunder eller lokalområder, hvor konkurrenten stod stærkt, at symmetrien mellem de to største grossister efter fusionen gjorde gengældelsen mere effektiv og troværdig, og til sidst at der var mulighed for at straffe på flere markeder.¹²⁸

I forhold til el-markedet blev der lagt vægt på, at afvigelser fra en koordineret prispolitik ville kunne opdages hurtigt, at gengældelse i form af prisnedsættelser over for konkurrenternes kunder kunne iværksættes nemt og hurtigt, at der – som på VVS-markedet – var gode muligheder for at målrette gengældelsen mod konkurrentens større kunder eller lokalområder, hvor konkurrenten stod stærkt, samt at der var symmetri på markedet og mulighed for at straffe på flere markeder.¹²⁹

Den anden *Airtours*-betingelse vedrørende gengældelsesmekanismer blev således også anset som værende opfyldt.

2.4.2.2 2015: Troværdige gengældelsesmekanismer på VVS- og el-markedet

Troværdige gengældelsesmekanismer blev ikke nævnt i 2015-afgørelsen. Se under 2.3.1.1, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens overordnede vurdering var, at der ikke eksisterede nogen risiko for koordinerede virkninger.

2.4.3 INGEN MODVÆGTE

Den tredje og sidste *Airtours*-betingelse angiver, at sandsynligheden for, at *tacit collusion* vil opstå som følge af en fusion, er betydelig, hvis der ikke eksisterer modvægte eller reaktioner fra konkurrenter/kunder. Dette er selvsagt forudsat, at de første to betingelser ligeledes er opfyldt. 'Ingen modvægte'-betingelsen kan således også udtrykkes ved, at der ikke findes potentielle konkurrenter, stærke kunder eller myndigheder, som kan hindre koordineringen, hvilket muliggør den fortsatte koordinering.

EU-Kommissionen har anført nogle karakteristika for 'ingen modvægte'-betingelsen i Retningslinjerne¹³⁰ og nævner kapacitetsbegrænsninger, høje adgangsbarrierer og fraværet af stærke kunder som eksempler på sådanne.

¹²⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1104

¹²⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1289

¹³⁰ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03), pkt. 56 og 57

2.4.3.1 2008: Ingen modvægte på VVS- og el-markedet

I 2008 vurderede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke, at der fandtes stærke modvægte fra leverandører, kunder, konkurrenter eller potentielle konkurrenter på VVS- og el-markedet.¹³¹ De høje adgangsbarrierer, det faktum at størstedelen af kunderne var små, de manglende muligheder for kapacitetsforøgelse blandt mindre grossister, og dét, at der ingen egentlig *maverick* var, blev anført som de væsentligste karakteristika for VVS-markedet.¹³²

For el-markedets vedkommende blev der lagt vægt på, at adgangsbarriererne var høje, at konkurrencepresset fra udlandet ikke kunne forventes at være væsentligt, at størstedelen af kunderne var små og uden købermagt, at kunderne ville få færre grossister at vælge imellem, at det indbyrdes styrkeforhold blev ændret til grossisternes fordel, at den direkte handel fra producenterne ikke kunne lægge et væsentligt konkurrencepres på grossisterne, og til sidst at der – heller ikke her – eksisterede en egentlig *maverick* på markedet.¹³³

Den sidste *Airtours*-betingelse var således også opfyldt i forhold til *Lemvigh-Müller/AO Johansen*-fusionen.

2.4.3.2 2015: Ingen modvægte på VVS- og el-markedet

'Ingen modvægte'-betingelsen blev ikke nævnt i 2015-afgørelsen. Se under 2.4.1.1, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens overordnede vurdering var, at der ikke eksisterede nogen risiko for koordinerede virkninger.

¹³¹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1141

¹³² Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1141.

¹³³ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, præmis 1328 og 1329

2.5 DELKONKLUSION

Ovenstående kapitel skulle give svar på den overordnede problemstilling samt de økonomiske underspørgsmål:

Hvorfor er risikoen for tacit collusion, samordnet praksis og kollektiv dominans – som kan føre til misbrug af dominerende stilling – relevant i forbindelse med fusionskontrol?

Hvad er teorien bag tacit collusion? Hvilke markedsfaktorer påvirker mulighederne for tacit collusion?

På baggrund af ovenstående kapitel kan det konkluderes, at *tacit collusion* er relevant i forbindelse med fusionskontrol af flere årsager. En række markedsfaktorer påvirker, hvorvidt det er muligt at opretholde *tacit collusion*. Nogle hindrer *collusion*, andre fremmer *collusion*. Hvis antallet af konkurrenter er lille, markedsandelene er symmetriske, der er høje adgangsbarrierer, hyppige transaktioner og høj gennemsigtighed på markedet, vil muligheden for eksistensen af *tacit collusion* være stor.

Stigende efterspørgsel er en fremmende faktor, mens udsving i konjunkturer eller efterspørgsel er en hindrende faktor. Innovation, omkostningssymmetri, asymmetriske kapacitetsbegrænsninger og produktdifferentiering på markedet hindrer *collusion*, men hvis virksomhederne er i kontakt med hinanden på flere markeder er det nemmere for dem at udøve *collusion*. Til sidst vil en lav efterspørgselselastisitet, strukturelle forbindelser eller kontraktmæssige aftaler mellem virksomhederne også være fremmende for *collusion*.

Airtours-betingelserne, som blev analyseret med udgangspunkt i VVS- og el-markedet, er også af stor betydning for fusionskontrollen. VVS- og el-markedet var i høj grad præget af gennemsigtighed, troværdige gengældelsesmekanismer og at der ingen modvægte i form af konkurrenter eller kunder eksisterede i 2008, mens det forholdt sig anderledes i 2015.

Alle disse faktorer har konsekvenser for fusionskontrollen, og der skal foretages en helhedsvurdering i forhold til den specifikke fusion. Det kan således konkluderes, at *tacit collusion* omfatter adskillige faktorer, som fusionskontrollen skal inddrage for at finde frem til, hvorvidt en planlagt fusion vil begrænse konkurrencen på det pågældende marked.

KAPITEL 3: JURIDISK ANALYSE

3.1 RETSGRUNDLAG

3.1.1 EU-FUSIONSKONTROL MED FOKUS PÅ KOLLEKTIV DOMINANS

Før år 1990 var EU-Kommissionen tvunget til at sætte sin lid til artikel 101 og 102 TEUF, når en virksomhed skulle forhindres i at overtage en anden. Artikel 101 TEUF omhandler forbud mod karteller, og artikel 102 TEUF omhandler forbud mod misbrug af dominerende stilling, hvilket ikke er optimalt i forhold til fusionskontrol, som foregår *ex ante*.

I 1989 vedtog Det Europæiske Råd Fusionsforordningen, som trådte i kraft året efter. Den blev sidenhen ændret i 1997. Den nugældende Fusionsforordning er fra 2004. Ifølge artikel 2, stk. 3 skal fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf betydeligt, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, erklæres uforenelige med fællesmarkedet. Denne artikel knytter sig således mest til artikel 102 TEUF, da det er skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, der er i fokus.

Fusioner med fællesskabsdimension skal anmeldes til EU-Kommissionen før gennemførelse og må først effektueres, når fusionskontrollens undersøgelser har fundet sted. Disse undersøgelser består blandt andet i at vurdere risikoen for kollektiv dominans og *tacit collusion*, hvor både juridiske og økonomiske værktøjer tages i brug.

Overordnet set er de danske regler en næsten ordret gengivelse af EU's regler om fusionskontrol i Fusionsforordningen.¹³⁴ I lovforslagets bemærkninger til fusionskontrollen fremgår det adskillige steder¹³⁵, at EU's praksis på området skal danne baggrund for fortolkningen af de danske regler.

3.1.2 DANSK FUSIONSKONTROL MED FOKUS PÅ KOLLEKTIV DOMINANS

Den danske fusionskontrol reguleres i KRL §§ 12-12 g, hvorefter en fusion skal anmeldes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senest en uge efter fusionsaftalens indgåelse, såfremt de deltagende virksomheders omsætning overskrider tærskelværdierne/omsætningsgrænserne.¹³⁶ Konkurrencerådet tager herefter stilling til, om fusionen skal godkendes eller forbydes.

¹³⁴ Rådets forordning (EF) Nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser («EF-fusionsforordningen»)

¹³⁵ Jf. eksempelvis indledningen til bemærkningerne om fusionskontrol i lovforslag L 172

¹³⁶ Tærskelværdierne/omsætningsgrænserne findes i KRL § 12, stk. 1

Dette sker efter en prøvelse af, hvorvidt den anmeldte fusion skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence begrænses betydeligt. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udfører denne prøvelse. Fusionen må ikke gennemføres, før en godkendelse foreligger.

Som nævnt i begrebsafklaringen under 1.5 er kollektiv dominans indirekte reguleret i artikel 102 TEUF, hvorefter det er forbudt for en eller flere virksomheder at misbruge en dominerende stilling, hvilket svarer til KRL § 11. Det interessante i forhold til fusioner er således ikke, at adfærden kan være forbudt og udløse en bøde, men derimod at en fusion, der hverken skaber eller styrker en dominerende stilling i *sig selv* alligevel kan blive forbudt eller pålagt restriktioner, såfremt det vurderes, at de fusionerede virksomheder sammen med andre virksomheder kollektivt skaber eller styrker en dominerende stilling. Det er derfor ikke tilstrækkeligt udelukkende at vurdere de fusionerede virksomheders forhold – derimod skal eventuelle aftaler, kollektiv dominans og de generelle markedsforhold også inddrages i vurderingen af, hvorvidt der skabes eller styrkes en dominerende stilling.

Udøvelsen af fusionskontrollen giver således konkurrencemyndighederne mulighed for at vurdere de samfundsmæssige effekter af en øget markedsconcentration grundet de færre aktører på markedet, inden koncentrationen bliver en realitet via fusionen. Konkurrencemyndighederne har dermed mulighed for at påvirke de strukturelle forhold på markedet *ex ante*, hvor de tidligere var nødsagede til at kontrollere de fusionerede virksomheders markedsadfærd, efter at fusionen var gennemført.

3.2 RETSPRAKSIS

EU-Kommissionen har afsagt adskillige afgørelser, hvor anmeldte fusioner er blevet forbudt; et udvalg af disse vil blive inddraget i analysen. EU-Domstolen har ubegrænset adgang til at prøve EU-Kommissionens afgørelser i medfør af såvel Fusionsforordningens artikel 16 som artikel 263 TEUF, og EU-Domstolen har vist sig effektiv ved prøvelsen af EU-Kommissionens afgørelser og villig til at annullere afgørelserne om nødvendigt.¹³⁷

Dansk retspraksis på området er meget sparsom, eftersom Konkurrencerådet hidtil kun er afsagt en enkelt afgørelse,¹³⁸ der pålagde forbud mod fusion, og eftersom denne ikke blev anket til Konkurrenceankenævnet, jf. KRL § 19, har hverken ankenævnet eller domstolene haft lejlighed til

¹³⁷ Jones & Sufrin, 2014, s. 1253

¹³⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen

at prøve en fusionssag. Konkurrencerådets afgørelser må i øvrigt udelukkende indbringes for Konkurrenceankenævnet og kan først indbringes for domstolene, når Konkurrenceankenævnets afgørelse foreligger, jf. KRL § 20; medmindre der er tale om en erstatningssag, som anlægges ved domstolene indledningsvist. Hvis sagen først har været forelagt Konkurrencerådet, skal den ankes hos Konkurrenceankenævnet, før den kan indbringes for domstolene.

3.2.1 EU-DOMSTOLENS PRAKSIS OM KOLLEKTIV DOMINANS

3.2.1.1 Historisk gennemgang af domme vedr. kollektiv dominans

Indledningsvist følger her en historisk kortfattet gennemgang af de vigtigste domme (herunder enkelte EU-Kommissions-afgørelser¹³⁹), der omhandler kollektiv dominans, og som har bidraget til at indføre, udvikle og definere begrebet. Rækkefølgen er kronologisk efter datoen for doms-/afgørelsesafsigselsen.

Første gang begrebet kollektiv dominans anvendes i forbindelse med artikel 102 TEUF var i *Planglas*-dommen¹⁴⁰ afsagt i 1992.¹⁴¹ Det er banebrydende, at Retten anerkender, at artikel 102 TEUF også omfatter oligopol-situationer, selvom dette kun sker i form af et *obiter dictum*.¹⁴² Retten opstiller ingen retningslinjer for begrebet, hvilket giver anledning til mange ubesvarede spørgsmål og flere efterfølgende sager ved domstolene.

I EU-Kommissions-afgørelsen *Nestlé/Perrier*¹⁴³ også fra 1992 lægger EU-Kommissionen i særlig grad vægt på, at der eksisterer strukturelle forbindelser mellem virksomhederne, og at disse forbindelser skal svækkes, for at fusionen kan godkendes. Dette gøres ved at *Nestlé* frasælger visse kilder og mærker.

¹³⁹ Jf. artikel 288 TEUF. Tidligere kaldtes disse beslutninger, men siden Lissabon-traktaten har de heddet afgørelser, og denne betegnelse vil således blive brugt igennem hele afhandlingen.

¹⁴⁰ **Sag T-68/89, T-77/89 og T-78/89 Planglas (også kaldet Flat Glass).** Annullationssøgsmål. **Parter:** SIV m.fl. mod EU-Kommissionen. **Fakta:** Tre italienske producenter af planglas. Kommissionsbeslutningen omhandler i store træk parternes overtrædelse af konkurrencereglerne, producenterens dominerende stilling på det italienske marked for planglas og at producenterne har både direkte kontrol med den indenlandske efterspørgsel og indirekte kontrol med udbuddet fra producenter. De har hermed mulighed for at optræde uafhængigt på markedet. Retten slog fast, at begrebet 'virksomhed' har samme betydning i henholdsvis artikel 101 og 102 TEUF. **Afgørelse:** Retten underkendte EU-Kommissionens beslutning med henvisning til en mangelfuld analyse.

¹⁴¹ Sag T-68/89, T-77/89 og T-78/89 *Planglas*, præmis 33

¹⁴² *Obiter dictum:* En dommers udtalelse under sagen af hans opfattelse vedrørende et retsspørgsmål, som ikke er nødvendig for afgørelsen af den pågældende sag, og derfor heller ikke er bindende for dommerne i andre sager (Juridisk Ordbog)

¹⁴³ **COMP/M.190 (1992) Nestlé/Perrier.** **Parter:** Nestlé og Perrier. **Fakta:** Nestlé, Perrier og BSN var de tre største leverandører af kilde- og mineralvand i Frankrig. Nestlé ønskede at fusionere med Perrier, mod at denne solgte ét af sine varemærker (*Volvic*) fra til BSN. De tre havde tilsammen 82 % af det franske marked. **Afgørelse:** Efter at Nestlé havde foreslået visse ændringer ved fusionens gennemførelse, godkendte EU-Kommissionen fusionen med forbehold, der bl.a. omhandlede Nestlés salg af visse kilder og mærker, samt en forpligtelse til ikke at forsøge at overtage de nysolgte kilder inden for en årrække.

I 1994 fastslår EU-Domstolen i *Almelo*-dommen,¹⁴⁴ at tilstedeværelsen af snævre bånd mellem virksomhederne er et krav for at kollektiv dominans kan eksistere.¹⁴⁵

Med *Centro Servizi Spediporto*-dommen¹⁴⁶ fra 1995 opstår spørgsmålet om, hvorvidt man skal se på båndene virksomhederne imellem eller på deres adfærd – er det båndende eller adfærden der skal lægges vægt på?

I *Compagnie Maritime Belge Transports*-dommen¹⁴⁷ fra 2000 bliver betingelserne¹⁴⁸ for at anvende artikel 102 TEUF på en situation med kollektiv dominans slået fast.¹⁴⁹

Kali und Salz-dommen¹⁵⁰ fra 1998 omhandler spørgsmålet om, hvorvidt Fusionsforordningen omfatter situationer, hvor en fusion vil skabe et oligopolistisk marked med risiko for kollektiv dominans – hvorvidt kollektiv dominans kan benyttes i forbindelse med Fusionsforordningen. Dette blev bekræftet ved fortolkning af Fusionsforordningens formål, som er at sikre konkurrencen på fællesmarkedet.¹⁵¹ Dette formål vil gå tabt, hvis ikke en fusion, der skaber kollektiv dominans, kan hindres.¹⁵²

¹⁴⁴ **Sag C-393/92 Almelo.** Præjudicielt spørgsmål **Fakta:** Hollandske distributører af elektricitet havde anlagt national retssag mod en forsyningsvirksomhed af elektricitet. Da sagen indeholdt fortolkning af EU-retten forelagde den nationale domstol et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen. **Afgørelse:** EU-Domstolen påpeger, at for at kollektiv dominans kan statueres, kræves det, at de pågældende virksomheder, her elforsyningsvirksomhederne, har et så snævert samarbejde, at de kan føre samme markedspolitiske linje. EU-Domstolen overlod det til den forelæggende ret at afgøre, hvor der bestod ”tilstrækkelig snævre bånd til, at der foreligger en kollektivt dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet.” (præmis 43)

¹⁴⁵ Sag C-393/92 *Almelo*, præmis 43

¹⁴⁶ **Sag C-96/94 Centro Servizi Spediporto.** Præjudicielt spørgsmål. **Fakta:** Italiensk lov fastlagde, at tariffer for virksomheder inden for vejgodstransport skulle godkendes af offentlige myndigheder. EU-Domstolen bliver ved et præjudicielt spørgsmål bl.a. bedt om at tage stilling til, hvorvidt artikel 101 og 102 TEUF er til hinder for de italienske regler. **Afgørelse:** Da de italienske regler ikke kan antages at skabe en situation, hvor virksomhederne vil blive i stand til at kunne følge samme markedspolitiske linje og dermed undgå at konkurrere indbyrdes, kan de italienske regler selv sagt ikke skabe et marked med kollektiv dominans, hvorfor EU-Domstolen finder, at de italienske regler ikke er i strid med artikel 102 (præmis 34+35).

¹⁴⁷ Sag C-395/96 og C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl.* – se domsresumé i fodnote 15

¹⁴⁸ Disse betingelser er allerede gennemgået under 1.4

¹⁴⁹ Sag C-395/96 og C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl.*, præmis 45

¹⁵⁰ Sag C-68/94 og C-30/95 *Frankrig mod Kommissionen (Kali und Salz)* - se domsresumé i fodnote 11

¹⁵¹ Sag C-68/94 og C-30/95 *Frankrig mod Kommissionen (Kali und Salz)*, præmis 168

¹⁵² Sag C-68/94 og C-30/95 *Frankrig mod Kommissionen (Kali und Salz)*, præmis 171

Med afgørelsen *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*¹⁵³ også fra 1998 viser EU-Kommissionen, at undersøgelsen for kollektiv dominans både omhandler båndene (de strukturelle og økonomiske forbindelser)¹⁵⁴ mellem virksomhederne og disses adfærd på markedet.¹⁵⁵ Således kom svaret på det spørgsmål, som havde stået ubesvaret hen i 3 år siden *Centro Servizi Spediport*-dommen.

Gencor-dommen¹⁵⁶ afsagt i 1999 omhandler undersøgelsen af de økonomiske bånd og peger i retning af, at hverken båndene eller kollektiv dominans er fastlagt i snævre rammer, men at der snarere er tale om en helhedsvurdering af virksomhederne og markedet.

Samme år påberåber parterne sig i *Irish Sugar*-dommen,¹⁵⁷ at kollektiv dominans er et nyt begreb, hvorfor EU-Kommissionen burde have taget hensyn til dette ved bødefastsættelsen. Retten undlader at tage stilling til, hvorvidt der er tale om et nyt begreb, idet den blot anfører, at de to virksomheder var klar over, at deres virksomheder var økonomisk forbundne og havde mulighed for at koordinere deres adfærd på markedet.¹⁵⁸

I *Wouters*-dommen¹⁵⁹ fra 2002 henviser EU-Domstolen til tidligere praksis, herunder *Compagnie Maritime Belge Transports*¹⁶⁰ og *Kali und Salz*¹⁶¹, hvilket skaber den fornødne sammenhæng og kontinuitet i praksis.

Ligeledes i 2002 fastslås *Airtours*-betingelserne i *Airtours*-dommen.¹⁶² Disse betingelser er en videreførelse af kriterierne i *Gencor*-dommen.¹⁶³ Dommen kom ikke som nogen overraskelse, eftersom der allerede eksisterede en nogenlunde fælles opfattelse af begrebet, dog var der ikke

¹⁵³ **COMP/M.1016 Price Waterhouse/Coopers & Lybrandt. Fakta:** På verdensplan var der seks store revisionsfirmaer, kaldet The Big 6. To af dem, *Price Waterhouse* og *Coopers & Lybrandt* ønskede at fusionere og anmeldte fusionen til EU-Kommissionen. **Afgørelse:** EU-Kommissionen vurderede ikke, at der ville være en risiko for, at parterne ville forsøge at skabe kollektivt dominerende stillinger på de enkelte markeder, da det ville være utænkeligt, at de ville kunne anlægge en parallel adfærd med deres største konkurrent på hvert marked. Problemet ville bestå i, at konkurrenterne næppe ville anse de fordele, som de ville kunne opnå på nogle markeder, for tilstrækkelige, når de på andre markeder selv ville møde kollektiv dominans fra de andre konstellation, som parterne ville kunne indgå i.

¹⁵⁴ COMP/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers & Lybrandt*, præmis 101

¹⁵⁵ COMP/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers & Lybrandt*, præmis 118

¹⁵⁶ Sag T-102/96 *Gencor* - se domsresumé i fodnote 13

¹⁵⁷ Sag T-288/97 *Irish Sugar* - se domsresumé af appelsagen i fodnote 14

¹⁵⁸ Sag T-288/97 *Irish Sugar*, præmis 293

¹⁵⁹ **Sag C-309/99 Wouters.** Præjudicielt spørgsmål. **Fakta:** Hollandske advokater m.fl. havde anlagt sag til prøvelse af Distriktsretten i Amsterdams afgørelse om ikke at ophæve afgørelser truffet af Det Nederlandske Advokatsamfund angående forbud mod, at advokater udøvede advokatvirksomhed i samarbejde med revisorer, kaldet integrerede samarbejder. **Afgørelse:** Da branchen er kendetegnet ved mangel på strukturelle bånd, lav koncentration og skarp konkurrence advokaterne imellem, anså EU-Domstolen ikke advokatvirksomhederne for at indtage en kollektivt dominerende stilling på markedet i kraft af deres medlemskab af Advokatsamfundet (præmis 114)

¹⁶⁰ Sag C-395/96 og C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl.*

¹⁶¹ Sag C-68/94 og C-30/95 *Frankrig mod Kommissionen (Kali und Salz)*

¹⁶² Sag T-342/99 *Airtours* - se domsresumé i fodnote 20

¹⁶³ Sag T-102/96 *Gencor*, præmis 206 og 225

fuldstændig enighed om kriterierne for tilstedeværelsen af kollektiv dominans,¹⁶⁴ hvilket *Airtours*-betingelserne skabte den længeventede klarhed om. *Airtours*-dommen gennemgås selvstændigt umiddelbart nedenfor under 3.2.1.2.

I 2008 afsiges dom i *Bertelsmann (IMPALA)*-sagen¹⁶⁵; 4 år efter at fusionen mellem parterne var blevet anmeldt til EU-Kommissionen. EU-Domstolen understreger, at det i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt der foreligger en kollektivt dominerende stilling, er påkrævet, at *Airtours*-betingelserne er opfyldt, men at dette i givet fald kan fastslås indirekte på grundlag af en flerhed af, eventuelt meget forskelligartede indikationer og beviser, der vedrører de tegn, udtryk og omstændigheder, som er kendetegnende for tilstedeværelsen af en kollektivt dominerende stilling.¹⁶⁶

Spørgsmålet er herefter, om EU-Kommissionens afgørelse¹⁶⁷ var tilstrækkeligt begrundet. Retten havde tidligere fundet, at den del af afgørelsen, der omhandlede gennemsigthed på markedet, var utilstrækkeligt begrundet,¹⁶⁸ og at der var uoverensstemmelse mellem de argumenter, der blev påberåbt i Retten og dem, der blev fremført i selve afgørelsen. Retten havde yderligere påpeget, at på trods af de mange kilder til gennemsigthed, havde EU-Kommissionen alligevel draget den konklusion, at der på grund af de konstaterbare mangler på faktisk gennemsigthed ikke bestod en kollektivt dominerende stilling.¹⁶⁹ Bevismaterialet kunne, således som der blev henvist til det i EU-Kommissions-afgørelsen, ikke underbygge de konklusioner, der blev draget af det.¹⁷⁰ Retten havde hermed annulleret afgørelsen.

EU-Domstolen annullerer Rettens dom i appelsagen (og hjemviser sagen til fornyet behandling af Retten), men underkender ikke ovenstående udsagn; tværtimod støtter EU-Domstolen Retten: ”*Den omstændighed, at der søges efter en kollektiv dominerende stilling på grundlag af en række sædvanlige forhold, der betragtes som indicier for, at der findes eller sandsynligvis findes en stiltiende koordinering mellem konkurrenterne, kan der således ikke i sig selv rejse tvivl ved. Som det imidlertid fremgår af denne doms præmis 125, skal denne undersøgelse foretages med*

¹⁶⁴ MONTI, G., 2001. The Scope of Collective Dominance under article 82 EC. *Common Market Law Review*, **38**, s. 131-157

¹⁶⁵ Sag C-413/06 *Bertelsmann* – se domsresumé i fodnote 21

¹⁶⁶ Sag C-413/06 *Bertelsmann*, præmis 251

¹⁶⁷ COMP/M.3333 *Sony/BMG* – se resumé af afgørelsen i fodnote 22

¹⁶⁸ Sag T-464/04 *Impala*, præmis 325

¹⁶⁹ Sag T-464/04 *Impala*, præmis 364

¹⁷⁰ Sag T-464/04 *Impala*, præmis 377

forsigtighed og særligt inden for rammerne af en fremgangsmåde, som bygger på undersøgelsen af eventuelle plausible koordineringsstrategier.”¹⁷¹

Med *Bertelsmann(Impala)*-dommen synes det klart, at en udelukkende mekanisk anvendelse af *Airtours*-betingelserne i forhold til at bestemme sandsynligheden for *tacit collusion* ikke accepteres; konkurrencemyndighederne skal tage sagens specifikke omstændigheder med i deres betragtninger, når de anvender betingelserne. Fejøl & Ølykke omtaler det som en ’maskinagtig tilgang til begrebet’¹⁷², hvis det modsatte er tilfældet, og en sådan tilgang skal naturligvis undgås.

Efter denne historiske gennemgang af begrebet kollektiv dominans vil *Airtours*-dommen¹⁷³ og *Schneider Electric*-dommen¹⁷⁴ blive behandlet; *Airtours*-dommen på grund af dens kæmpe indflydelse på kollektiv dominans-begrebet, og *Schneider Electric*-dommen som et eksempel på en af de domme, der kom lige i kølvandet af *Airtours*-dommen og fulgte samme fremgangsmåde i samme hårde tone.

3.2.1.2 *Airtours*-dommen og kollektiv dominans

Airtours-dommen¹⁷⁵ er særdeles væsentlig, når det kommer til vurderingen af risikoen for kollektiv dominans/*tacit collusion*, eftersom betingelserne, der bruges til at statuere kollektiv dominans, blev fastslået af Retten i netop denne dom. Indtil *Airtours/First Choice*-afgørelsen¹⁷⁶ havde EU-Kommissionen aldrig forbudt en fusion som følge af risikoen for kollektiv dominans mellem mere end to virksomheder.¹⁷⁷

Som det blev gennemgået i afsnit 2.4, forudsætter *Airtours*-betingelserne, at følgende 3 kendetegn er til stede på det specifikke marked, for at kollektiv dominans/*tacit collusion* kan opstå og opretholdes:

1. Gennemsigtighed på markedet
2. Troværdige gengældelsesmekanismer
3. Ingen modvægte/reaktioner fra konkurrenter og kunder

¹⁷¹ Sag C-413/06 *Bertelsmann*, præmis 129

¹⁷² Fejøl & Ølykke, 2014, s. 320

¹⁷³ Sag T-342/99 *Airtours*

¹⁷⁴ Sag T-310/02 *Schneider Electric*.

¹⁷⁵ Sag T-342/99 *Airtours* – se domsresumé i fodnote 20

¹⁷⁶ COMP/M.1524 *Airtours/First Choice*

¹⁷⁷ *Implications of the Airtours Case*, Maya Barr, Steptoe & Johnson, Brussels, 2002, s. 2

Den økonomiske del behandlede naturligt nok ikke selve dommens indhold, da VVS- og el-markedet blev brugt som reference, ikke *Airtours*. Her følger en analyse af *Airtours*-betingelserne, som de blev anvendt for første gang:

Hvad angår den første betingelse om gennemsigthed – det vil sige den enkelte virksomheds mulighed for at skaffe sig kendskab til de andre aktørers adfærd – anførte Retten, at skabelsen af kollektiv dominans vanskeliggøres af udsving i efterspørgslen.¹⁷⁸ Herved forstås, at rejsebranchen konstant tilpasser sig kundernes behov og ønsker med hensyn til rejsemål m.v. Indledningsvist blev det undersøgt, om udsvinget skyldtes ændret efterspørgsel på rejsemål og afrejselufthavne eller en kombination af disse. EU-Kommissionen var enig i rejsebranchens anbringender om, at markedet var præget af store udsving og ændringer i kundernes rejseønsker. Kutymen i rejsebranchen er, at planlægning sker 18 måneder forud, hvilket talte yderligere imod at antage, at de tilbageværende aktører ville kunne være kollektivt dominerende. Kapaciteten fastlægges i planlægningsfasen med bestilling af fly, flysæder, hoteller m.v., og eftersom denne fase foregår så længe før rejsekatalogerne kommer på gaden, har konkurrenterne særdeles svært ved at skaffe sig kendskab til hinandens ageren, før katalogerne foreligger.¹⁷⁹ Markedet blev dermed ikke anset som værende gennemsigtigt, og den første betingelse var ikke opfyldt.

Med hensyn til den anden betingelse – troværdige gengældelsesmekanismer – anførte Retten, at den lange planlægningsperiode gjorde det yderst vanskeligt at indføre straffeforanstaltninger overfor deltagerne i oligopolet, såfremt én af disse afveg fra den fælles markedsstrategi. Vanskeligheden bestod i, at foranstaltningerne ikke kunne indføres med den fornødne hurtighed og effekt grundet den lange planlægningsfase. Foranstaltningerne kunne bestå i, at de resterende virksomheder øgede deres kapacitet for dermed at overstrømme markedet med rejser, men eftersom hoteller og fly blev bestilt 18 måneder forud, var det kun muligt at øge kapaciteten en smule, hvilket ikke ville have den fornødne effekt. Desuden ville en afvigelse fra den fælles adfærd være ekstremt svær at opdage, da en kapacitetsøgning ikke nødvendigvis ville blive opdaget med det samme.¹⁸⁰ Retten fandt det således ikke sandsynliggjort, at troværdige gengældelsesmekanismer kunne indføres uden videre, og den anden betingelse var dermed heller ikke opfyldt.

For så vidt angår den tredje betingelse – ingen modvægte/reaktioner fra konkurrenter og kunder – fastslog Retten, at fusionen ikke ville gøre de små rejsearrangører afhængige af de store arrangører

¹⁷⁸ Sag T-342/99 *Airtours*, præmis 139. Se under 2.2.1.3.2

¹⁷⁹ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 146

¹⁸⁰ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 197+198

angående flysæder, da de små alternativt ville kunne købe sæder direkte fra ruteflyselskaberne.¹⁸¹ Manglende adgangsbarrierer ville gøre det muligt for potentielle konkurrenter at komme ind på markedet.¹⁸² Forbrugernes reaktion er ligeledes en del af den tredje betingelse i forhold til at statuere kollektiv dominans, og Retten fandt ikke, at markedet var præget af decideret købermagt; købere af ferierejser lægger mere vægt på rejsedestination og prisen end på rejsearrangøren, hvilket betød, at de store selskaber ikke kunne fastholde kunderne og dermed deres markedsandele, såfremt køberne, som i det konkrete tilfælde, ville have adgang til et billigere alternativ.¹⁸³ EU-Kommissionen havde i sin vurdering undervurderet de små rejsearrangørers, konkurrenternes og forbrugernes forudsigelige reaktioner, da disse ville agere som en modvægt, der hindrede skabelsen af en kollektivt dominerende stilling.

Ingen af de tre betingelser var således opfyldt.

EU-Kommissionen havde ved fusionskontrollen lagt vægt på, at der blev skabt en kollektivt dominerende stilling, og at der derfor ikke var tale om en styrkelse af en sådan. Retten kaldte afgørelsen ufuldstændig: *"Beslutningen¹⁸⁴ er særlig ufuldstændig hvad angår kvalifikationen af den konkurrencesituation, der fandtes på anmeldelsestidspunktet. Det er ikke desto mindre ubestridt, at Kommissionen konkluderede, at gennemførelsen af den planlagte transaktion vil resultere i skabelse — og ikke styrkelse — af en dominerende stilling på markedet (beslutningens betragtning 194)..."*¹⁸⁵ Ifølge Fusionsforordningens artikel 2, stk. 3 skal en fusion forbydes, hvis den skaber eller styrker en kollektivt dominerende stilling, mens det efter artikel 102 TEUF blot er *misbruket*, der forbydes. Dette betyder, at der stilles langt højere krav til virksomheder, der ønsker at ekspandere via en fusion end til virksomheder, der vokser på almindelig vis uden at fusionere.

EU-Kommissionens fremtidsanalyse i forbindelse med fusionskontrollen må ikke udelukkende betragte den kollektivt dominerende stilling statisk på f.eks. tidspunktet for transaktionens gennemførelse og for de indførte ændringer i konkurrencestrukturen, men den skal ligeledes bedømmes dynamisk. Yderligere skal det bedømmes, hvorvidt den af fusionen forårsagede kollektive dominans kan opretholdes på længere sigt.¹⁸⁶

¹⁸¹ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 247

¹⁸² Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 269

¹⁸³ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 274

¹⁸⁴ Beslutninger benævnes nu afgørelser (som tidligere nævnt)

¹⁸⁵ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 75

¹⁸⁶ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 192

Fremtidsanalysen forudsætter således en omhyggelig undersøgelse. Det fremgik allerede af *Kali & Salz-dommen*¹⁸⁷, at der påhviler EU-Kommissionen en stor bevisbyrde, når en fusion findes at burde forbydes som følge af skabelsen af en situation med kollektiv dominans. Beviset kan f.eks. bestå i, at der mangler effektiv konkurrence mellem de erhvervsdrivende, og at der intet større konkurrencepres findes på markedet.¹⁸⁸

Retten anførte ydermere, at såfremt det hidtidige konkurrenceniveau på et marked ikke ændres væsentligt, skal en fusion godkendes, da konkurrencen dermed ikke hæmmes.¹⁸⁹ Graden af konkurrence på markedet på fusionens anmeldelsestidspunkt er således en afgørende faktor ved bestemmelsen af, om der eventuelt skabes en situation med kollektiv dominans.¹⁹⁰

Airtours-dommen bærer i høj grad præg af, at Retten i overvejende grad fandt, at EU-Kommissionens undersøgelse var mangelfuld, hvilket resulterede i, at hovedparten af EU-Kommissionens argumenter, for at fusionen ville skabe kollektiv dominans, blev afvist: Den forsigtighed, der herskede på markedet med hensyn til udbuddet, stammede fra en krise i 1995 og var ikke tegn på kollektiv dominans¹⁹¹, EU-Kommissionen havde ikke undersøgt, om sammenfaldet mellem de institutionelle investorer i de forskellige rejseselskaber rent faktisk havde ført til, at disse udnyttede deres repræsentation blandt aktionærerne, hvilket derfor ikke kunne ses som et tegn på kollektiv dominans,¹⁹² og som et sidste eksempel anså EU-Kommissionen opkøb af konkurrenter som værende et forsøg på at skabe kollektiv dominans, mens Retten så det som et tegn på effektiv konkurrence på markedet – altså et bevis *imod* kollektiv dominans.¹⁹³

I konklusionen gav Retten ydermere helt eksplicit udtryk for, at den fandt, at EU-Kommissionen havde foretaget en utilfredsstillende undersøgelse: *"På baggrund af ovenstående skal det konkluderes, at beslutningen, hvis analyse langt fra bygger på vægtige beviser, er behæftet med en række fejlvurderinger vedrørende forhold, der er af betydning for vurderingen af en eventuel skabelse af en kollektiv dominerende stilling. Det følger heraf, at Kommissionen har forbudt transaktionen uden i tilstrækkeligt omfang at have godtgjort, at fusionen medfører en kollektiv*

¹⁸⁷ Sag C-68/94 og C-30/95 *Frankrig* mod Kommissionen (*Kali und Salz*). Se domsresumé i [fodnote 12](#)

¹⁸⁸ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 63

¹⁸⁹ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 58

¹⁹⁰ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 82

¹⁹¹ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 89

¹⁹² Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 91

¹⁹³ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 113

dominerende stilling for de tre store rejsearrangører, som herefter findes, der kan udgøre en mærkbar hindring for den effektive konkurrence på det pågældende marked.”¹⁹⁴

År 2002 havde været et travlt år for EU-Kommissionen, hvad angik fusionssager, og intet mindre end 3 fusioner blev forbudt i perioden juni-oktober 2002¹⁹⁵: *Airtours/First Choice*¹⁹⁶, *Schneider Electric*¹⁹⁷ og *Tetra Laval*.¹⁹⁸ I alle 3 fusionssager fandt Retten, at EU-Kommissionen havde udvist alvorlige mangler i analyserne og udtrykte sin misbilligelse med en stadigt skarpere tone.

Rettens indsigelser var bemærkelsesværdigt ens i alle sagerne: I *Airtours*-sagen fastslog Retten, at EU-Kommissionens afgørelse om forbud var særligt ufuldstændig i sin beskrivelse af konkurrencesituationen, og at den foretog fejlurderinger i analysen heraf.¹⁹⁹ I *Schneider-Legrand*-sagen fandt Retten, at EU-Kommissionen havde begået adskillige fejl i analysen af koncentrationens betydning, og at den havde undladt at tilvejebringe overbevisende bevismateriale til støtte for de primære forudsætninger: ”Retten anser det for utvivlsomt, at de fejl, undladelser og modsigelser i Kommissionens analyse af den anmeldte fusions virkninger, som er konstateret ovenfor, er af grov karakter.”²⁰⁰ Kun 3 dage efter denne sag annullerede Retten EU-Kommissionens forbud mod den planlagte fusion mellem *Tetra Laval* og *Sidel* på grund af åbenlyse fejlurderinger og manglende tungtvejende bevismateriale.²⁰¹

Daværende konkurrencekommissær Mario Monti udtalte samme dag, som *Airtours*-dommen blev afsagt: “*I intend to propose guidelines on the assessment of market power in merger control before the end of the year. The Court judgement on Airtours/First Choice will be a useful guidance for this purpose. The intention is to provide businesses and their lawyers with a clear understanding as to how the Commission assesses the impact of mergers on competition, based on its own extensive experience and on the Court rulings.*”²⁰² Retningslinjerne blev udstedt den 5. februar 2004 – knap 2 år efter *Airtours*-dommen – og *Airtours*-betingelserne er inkorporeret i afsnittet Koordinerede virkninger.²⁰³

¹⁹⁴ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 294

¹⁹⁵ Witt, 2012, s. 219

¹⁹⁶ COMP/M.1524 *Airtours/First Choice*

¹⁹⁷ COMP/M.2283 *Schneider/Legrand* og sag T-48/03 *Schneider Electric*. Analyseres kort umiddelbart nedenfor under 3.2.1.3

¹⁹⁸ COMP/M.2416 *Tetra Laval/Sidel* og C-12/03 *Tetra Laval BV* mod Kommissionen

¹⁹⁹ Sag T-342/99 *Airtours*. Præmis 75 og 120

²⁰⁰ Sag T-48/03 *Schneider Electric*. Præmis 404

²⁰¹ T-5/02 *Tetra Laval* mod Kommissionen. EU-Kommissionens fejl nævnes i adskillige præmisser, bl.a. i præmis 174-175

²⁰² EU-KOMMISSIONEN and MONTI, M., 6. juni 2002. Statement by Competition Commissioner Mario Monti on Court Judgement on *Airtours*. IP/02/829,

²⁰³ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03), præmis 39-57

3.2.1.3 *Schneider Electric mod Kommissionen – prøvelse af afvist fusion*

Denne dom er udvalgt med henblik på at illustrere, hvordan prøvelsen af en afvist fusion forløber. Det har ikke været muligt at finde en prøvelse, der direkte tager stilling til kollektiv dominans m.v., men *Schneider Electric*-dommen²⁰⁴ er dog inden for el-området og har derfor relevans for VVS- og el-markedet og denne afhandling. EU-Kommissionens afgørelse behandles nedenfor under 3.2.2.3.

Retten påpegede, at EU-Kommissionen skulle have redegjort for sine klagepunkter i tilstrækkeligt klare vendinger, således at parterne kunne have imødegået de fremsatte klagepunkter, før EU-Kommissionens endelige afgørelse.²⁰⁵

Derudover gjorde Retten opmærksom på, at det er endnu vigtigere at give parterne mulighed for at komme med tilsagn i fusionssager end ved konkurrencebegrænsende handlinger i henhold til artikel 101 og 102 TEUF: *"Dette gælder så meget desto mere, som der i den foreliggende sag ikke er tale om, at Kommissionen har truffet en beslutning i henhold til artikel 81 EF og 82 EF om at pålægge sanktioner for konkurrencebegrænsende handlinger, der allerede er begået, og som de forfulgte virksomheder ikke kunne være uvidende om. Kommissionen har fastslået, at en fusion, som påvirker konkurrencestrukturen på de nationale sektormarkeder, som er opregnet i betragtning 782 og 783, er uforenelig med det fælles marked."*²⁰⁶

EU-Kommissionen var forpligtet til at præcisere de konkurrenceproblemer, som den anmeldte fusion gav anledning til – og dette skulle EU-Kommissionen gøre på en meget klarere måde end den havde gjort, således at parterne havde mulighed for at fremsætte forslag til afståelse af aktiver rettidigt og dermed gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet.²⁰⁷

Retten fastslog ligeledes, at konkurrencemæssige overlapninger kun kan opstå indenfor samme land: *"En konkurrencemæssig overlapning kan imidlertid kun opstå inden for et og samme nationale sektormarked, og adskiller sig derved fra den situation, hvor to virksomheder hver især*

²⁰⁴ **Sag T-310/01 *Schneider Electric*.** Annulationssag. **Parter:** *Schneider Electric SA* mod Kommissionen. **Fakta:** *Schneider Electric SA* og *Legrand SA*, to selskaber inden for sektoren for produkter til elektricitetsforsyning med hjemsted i Frankrig, anmeldte den 16. februar 2001 Schneiders projekt om at afgive et offentligt ombytningstilbud på alle Legrands aktier til EU-Kommissionen. EU-Kommissionen forbød fusionen, Schneider anlagde annulationssag med ønske om hasteprocedure, hvilket først blev afvist af Retten pga. sagens karakter, men senere medgivet. **Afgørelse:** Pga. sagsbehandlingsfejl blev EU-Kommissionens afgørelse annulleret.

²⁰⁵ Sag T-310/01 *Schneider Electric*, præmis 440

²⁰⁶ Sag T-310/01 *Schneider Electric*, præmis 441

²⁰⁷ Sag T-310/01 *Schneider Electric*, præmis 444

*indtager dominerende stillinger, som støtter hinanden, i det samme land, på to særskilte, men forbundne markeder.*²⁰⁸

Retten fandt ikke, at Schneider havde fået lejlighed til at fremsætte forslag til afståelse af aktiver på hverken hensigtsmæssig eller rettidig vis og heller ikke i tilstrækkeligt omfang til, at konkurrenceproblemerne kunne være løst.²⁰⁹

Schneider fik således på grund af sagsbehandlingsfejl medhold i sit anbringende om, at EU-Kommissionens afgørelse skulle annulleres. Annullationen skete, uden at der blev taget stilling til *Schneiders* resterende anbringender om bl.a. forslag til afståelse af aktiver.²¹⁰

Denne dom kan ses som et eksempel på, at Retten langt fra altid er tilfreds med EU-Kommissionens arbejde. Denne dom er afsagt nogle få måneder efter *Airtours*-dommen og førte således Rettens hårde linje overfor EU-Kommissionen videre.

3.2.2 EU-KOMMISSIONENS PRAKSIS

Indledningsvist følger her en kort gennemgang af 2 godkendte fusionssager. Herefter følger en gennemgang af en række fusionssager, der er godkendt med tilsagn.

3.2.2.1 *Goldman Sachs/Cinven/Ahlsell COMP/M.4050 (2005)*

Her foreligger en fusion med fællesskabsdimension, jf. Fusionsforordningens artikel 6, stk.1, litra b.

Parterne var *Goldman Sachs*, en amerikansk investeringsbank etableret i 1869²¹¹, *Cinven*, en europæisk kapitalfond etableret i 1977²¹², og *Ahlsell*, en svensk grossist og detaildistributør af installationsprodukter etableret i 1877, som var førende i Norden.²¹³ *Goldman Sachs* og *Cinven* ansøgte om fælles virksomhedsovertagelse af *Ahlsell* ved aktieopkøb.

Goldman Sachs var allerede i besiddelse af kontrollen over adskillige virksomheder, der var aktive på flere markeder, herunder *Prysmian*, som fremstiller energi- og telekabler. *Cinven* har blandt andet kontrollen over *Frans Bonhomme*, som distribuerer plastikrørledninger og -beslag i Frankrig. *Ahlsell* er grossist og detaildistributør af installationsprodukter i Norden og i Rusland i mindre

²⁰⁸ Sag T-310/01 *Schneider Electric*, præmis 452

²⁰⁹ Sag T-310/01 *Schneider Electric*, præmis 458

²¹⁰ Sag T-310/01 *Schneider Electric*, præmis 462 + 463

²¹¹ <http://www.goldmansachs.com/who-we-are/at-a-glance/index.html>

²¹² <http://www.cinven.com/aboutus/>

²¹³ <http://ahlsell.com/en/About-Ahlsell/>

omfang. I juli 2005 overtog *Ahlsell* kontrollen over norske *Nexans Distribusjon*, den største konkurrent til *Prysmian* på det europæiske marked for energikabler.

I afgørelsen nævner EU-Kommissionen hverken *tacit collusion*, kollektiv dominans eller andre beslægtede begreber, men foretager til gengæld en vurdering af konkurrencen og de horisontale overlaps: ”*Cinven har kontrollen over Frans Bonhomme, der er aktiv inden for distribution af installationsprodukter i Frankrig. Målvirksomheden Ahlsell er aktiv inden for engros- og detaildistribution af installationsprodukter, men kun i Skandinavien. Som en konsekvens af at Frans Bonhomme og Ahlsell opererer på forskellige geografiske markeder, er der ingen horisontale overlapninger mellem parternes aktiviteter i forhold til den nuværende koncentration.*”²¹⁴

Fusionen blev godkendt, jf. Fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra b.

3.2.2.2 *Cordes & Graefe/Pompac/Comafranc COMP/M.7107 (2013)*

Her foreligger ligeledes en fusion med fællesskabsdimension, jf. Fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra b.

Parterne var *Cordes & Graefe*, en tysk grossist etableret i 1921²¹⁵, *Pompac*, datterselskab til *Comafranc* oprettet i 1947²¹⁶, og *Comafranc*, fransk forhandler af badeværelsesudstyr, varme og ventilation, som blev etableret i 1948.²¹⁷ Parterne opererede således alle på markedet for engrosbyggematerialer og detailsalg af byggematerialer til professionelle, såsom håndværkere og ingeniører. *Cordes & Graefe* ansøgte om enekontrol over *Pompac & Comafranc* ved aktieopkøb. *Cordes & Graefe* fokuserede udelukkende på det tyske marked, mens *Pompac* og *Comafranc* fokuserede på det franske.

Heller ikke i denne fusionssag undersøger EU-kommissionen for kollektiv dominans eller beslægtede begreber. Det vurderes blot, at eftersom virksomhederne opererer på hvert sit geografiske marked, er der begrænsede horisontale overlapninger.²¹⁸

²¹⁴ COMP/M.4050 – Goldman Sachs/Cinven/Ahlsell, præmis 14+15 (forfatterens oversættelse)

²¹⁵ <http://www.gc-gruppe.de/de/unternehmen/cordes-graefe-bremen>

²¹⁶ <http://www.pompac.fr/qui-sommes-nous/>

²¹⁷ <http://www.comafranc.fr/>

²¹⁸ COMP/M.7107 - Cordes & Graefe/Pompac/Comafranc, præmis 14

Fusionen blev godkendt og erklæret forenelig med det indre marked, jf. Fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra b med henvisning til, at det konkurrencemæssige pres udøvet af parterne på hinandens forretningsområder inden for engros-VVS-salg, varme- og aircondition-produkter til professionelle var forsvindende lille. Fusionen ville derfor ikke ændre konkurrencesituationen i en mærkbar grad og gav således ikke grund til konkurrencemæssige bekymringer.²¹⁹

Opsummerende kan det konkluderes, at hverken *tacit collusion*, kollektiv dominans eller beslægtede begreber er en del af analysen i ovenstående afgørelser fra EU-Kommissionen. Afgørelserne anses dog alligevel som relevante for nærværende afhandling i medfør af deres fællestræk med de danske afgørelser fra VVS- og el-markedet.

Næste skridt er herefter at gennemgå udvalgte fusioner, der er godkendt med tilsagn i henhold til Fusionsforordningens artikel 8, stk. 2 med fokus på *tacit collusion* og *collective dominance*. Dette skal gøres uden hensyntagen til, hvilken branche der er tale om; på engelsk, da afgørelserne udelukkende er tilgængelige på engelsk. Den specifikke søgning gav 47 resultater, hvoraf 6 både har relevans for VVS- og el-markedet samt fokus på *tacit collusion*/kollektiv dominans. Disse indskrænkes yderligere til 2: *Metso/Aker Kværner* og *ABF/GBI Business*.

3.2.2.3 *Metso/Aker Kværner COMP/M.4187 (2006)*

I henhold til Fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b anmeldte den finske virksomhed *Metso Corporation Oy* (herefter *Metso*) enekontrol over den norske virksomhed *Aker Kværner ASA's* (herefter *Kværner*) pulp- og strømvirksomhed ved aktieopkøb og køb af aktiver.

EU-Kommissionen indledte undersøgelser, jf. Fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c, og et par måneder efter afgav *Metso* nye tilsagn for at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet. Disse tilsagn blev justeret i den efterfølgende måned. EU-Kommissionen konkluderede herefter, at de afgivne tilsagn fra *Metso* fjernede den alvorlige tvivl i forhold til den anmeldte fusions forenelighed med fællesmarkedet. Fusionen blev derfor erklæret forenelig med fællesmarkedet, jf.

Fusionsforordningens artikel 8, stk. 2 og 10, stk. 2.

²¹⁹ COMP/M.7107 – Cordes & Graefe/Pompac/Comafranc, præmis 22

I den forholdsvis omfattende afgørelse på 85 sider berørte EU-Kommissionen *tacit collusion* i afsnittet *coordinated effects*.²²⁰ For det første påpegede EU-Kommissionen, at der ville blive skabt to førende leverandører, *Metso/Kværner* og *Andritz*, og at deres nærmeste konkurrent, canadiskbaserede *GL&V*, var langt mindre, hvilket rejste spørgsmålet om, hvorvidt fusionen ville gøre det muligt for *Metso/Kværner* og *Andritz* stiltiende at koordinere deres adfærd, selv uden nogen form for samordnet praksis eller aftale i artikel 101 TEUF's forstand, eller om den ville fremme en sådan koordinering yderligere, hvis den allerede fandt sted.²²¹

EU-Kommissionen argumenterede for, at markedet var forholdsvis gennemsigtigt, set i lyset af at fortrinsvist to konkurrenter ville være aktive på de berørte markeder, og kun et begrænset antal pulpmøller bliver bygget/moderniseret hvert år. En reducere af de primære leverandører fra 3 til 2 ville gøre markedet mere symmetrisk og derfor fremme *tacit collusion* ved f.eks. at lade nye mølleprojekter gå på skift mellem de to primære konkurrenter.²²²

Imidlertid afslørede EU-Kommissionens undersøgelser ingen konkrete indikationer på, at fusionen med stor sandsynlighed ville skabe eller styrke sandsynligheden og incitamenterne for, at *Metso/Kværner* og *Andrit* stiltiende ville koordinere deres konkurrencebegrænsende adfærd.²²³

For det første fandt man ingen indikationer på en allerede eksisterende *tacit collusion* blandt de primære aktører på markedet. Ingen af de adspurgte kunder gav anledning til en begrundet bekymring i den henseende, og den asymmetriske markedsstruktur, der herskede før fusionen med forekomsten af en mindre fjerde aktør (*GL&V*), gjorde det yderst svært for leverandørerne stiltiende at blive enige om betingelserne for koordineringen.²²⁴

For det andet angik gennemsigtheden på markedet kun projekter – ikke priser – da kunder holder projektpreiser fortroligt, hvorfor de ikke er tilgængelige for leverandører. Derudover viste EU-Kommissionens tilbudsanalyse, at der kun var et begrænset antal projekter pr. år, især på markedet for møller, som er uhomogent, uforudsigeligt og variabelt i forhold til såvel størrelse som valg af tidspunkt. Dette skabte en klar hæmsko for konkurrenter i forhold til at dele bud, eftersom det var for risikabelt for alle leverandører at gå glip af en kontrakt.²²⁵

²²⁰ COMP/M.4187 – *Metso/Aker Kværner*, præmis 111-119

²²¹ COMP/M.4187 – *Metso/Aker Kværner*, præmis 111

²²² COMP/M.4187 – *Metso/Aker Kværner*, præmis 112

²²³ COMP/M.4187 – *Metso/Aker Kværner*, præmis 113

²²⁴ COMP/M.4187 – *Metso/Aker Kværner*, præmis 114

²²⁵ COMP/M.4187 – *Metso/Aker Kværner*, præmis 115

Dernæst fandtes ingen strukturelle forbindelser mellem *Metso* og *Andritz*, som kunne bruges til at fremme koordinering.²²⁶

Det faktum, at udstyr til pulpmøller ikke kan anses som værende et homogent produkt, mindskede risikoen for koordinerede virkninger yderligere, eftersom udstyret sædvanligvis er tilpasset den individuelle kundes særlige behov. Afhængigt af kundernes særlige krav vil leveringen af pulpmølleudstyr involvere ingeniørrådgivning, montering, testservices eller supplerende garantier for særlige funktioner.²²⁷

Afslutningsvist anførtes det, at pulpproducenter er sofistikerede kunder med en stor viden om industrien, egne ingeniørkapaciteter og langvarig erfaring med tilbud. De er meget pris- og kvalitetsfølsomme. Derfor syntes det sandsynligt, at kunderne ville være i stand til at opdage en koordineret adfærd og provokere dem til at reagere på behørig vis, hvilket ville gøre et koordineret slutresultat uholdbart på langt sigt. Det blev også understreget, at ingen kunder havde rejst begrundet bekymring om risikoen for *tacit collusion* i markedsundersøgelsen.²²⁸

Til trods for de konkurrencemæssige bekymringer med hensyn til mulige koordinerede effekter forårsaget af den anmeldte fusion, vurderede EU-Kommissionen, at sådanne bekymringer ville blive fjernet i kraft af de afgivne tilsagn, hvilket ville gøre *GL&V* til den tredjestørste aktør på markedet for pulpudstyr og derved genskabe en markedsstruktur, der svarede til den, der herskede før fusionen.²²⁹

Fusionen blev herefter godkendt med tilsagn, jf. Fusionsforordningens artikel 8, stk. 2 og artikel 10, stk. 2.

3.2.2.4 ABF/GBI Business COMP/M.4980 (2008)

Afgørelsen vedrører et opkøb af *GBI Holding B.V.* (herefter *GBI*) og aktiver ejet af flere *GBI*'s datterselskaber (målaktiverne er herefter omtalt som *GBI Business*) foretaget af *Associated British Foods plc* (herefter *ABF*), jf. Fusionsforordningens artikel 4.

ABF er en international fødevarer-, ingrediens- og detailvirksomhed med aktiviteter i Europa, Nordamerika, Australien og New Zealand. *ABF*'s aktiviteter omfatter produktion og salg af gær og

²²⁶ COMP/M.4187 – Metso/Aker Kværner, præmis 116

²²⁷ COMP/M.4187 – Metso/Aker Kværner, præmis 117

²²⁸ COMP/M.4187 – Metso/Aker Kværner, præmis 118

²²⁹ COMP/M.4187 – Metso/Aker Kværner, præmis 119

er styret gennem *AB Mauri-afdelingen*, som har produktionsanlæg over hele verden. På tidspunktet for anmeldelsen havde *ABF* 5 fabrikker i EU (England, Irland, Tyskland, Spanien og Portugal). *ABF's* tyske gærproduktionsanlæg hjemmehørende i Nürnberg blev solgt den 31. marts 2008 i medfør af godkendelsesbetingelserne udstedt af den tyske konkurrencemyndighed (*Bundeskartellamt*), *ABF* ejer også to bageringrediensfabrikker i England (*Cereform Ltd*).

GBI Business's kerneaktivitet er produktion og salg af forskellige typer gær, herunder friskt gær (i flydende og almindelig (sammenpresset) form) og tørgær til håndværks-, industri- og hjemmebagere. *GBI Business* har hverken produktionsanlæg i Spanien, Portugal eller Frankrig, og den totale mængde gær, som sættes i handlen i den region, kommer enten fra *GBI Business's* italienske fabrik *Casteggio* eller fra en fabrik i Tyskland drevet af *JV Uniferm GmbH & Co KG*, hvori den har en aktieandel på 50 %. *GBI Business* bliver solgt af den hollandske private equity-virksomhed *Gilde Buy-Out Partners*, som kontrollerer det ultimativt.

Under Fase I afgav anmelderen *ABF* foreløbige tilsagn med det formål at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet, jf. Fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c, jf. artikel 6, stk. 2. På baggrund af adskillige betænkeligheder fremhævet i markedsundersøgelsen blev det konkluderet, at fusionen rejste alvorlig tvivl i forhold til dens forenelighed med fællesmarkedet. Procedure i medfør af Fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c blev herefter indledt.

Under Fase II afgav *ABF* reviderede tilsagn, der én gang for alle fjernede enhver alvorlig tvivl i forhold til foreneligheden af den anmeldte fusion med fællesmarkedet. Fusionen blev derfor erklæret forenelig med fællesmarkedet, jf. Fusionsforordningens artikel 8, stk. 2 og artikel 10, stk. 2.

Såvel risikoen for *tacit collusion* (benævnt *tacit coordination*) som koordinerede virkninger er i fokus gennem hele afgørelsen. Her følger nogle udvalgte præmisser refereret på dansk:

EU-Kommissionen fandt, at bevismaterialet afdækket i markedsundersøgelsen gav stærke indikationer på, at elimineringen af *GBI* som uafhængig aktør og fremkomsten af den kvasi-

duopolistiske markedsstruktur med to store producenter af gær med overvejende sandsynlighed ville give anledning til koordinerede virkninger i Spanien og Portugal.²³⁰

Angående den manglende gennemsigtighed i forhold til priser og salgstal anførte EU-Kommissionen, at denne ikke nødvendigvis ville hindre *tacit collusion*, men derimod ville gøre det både sværere at opretholde *tacit collusion* og mere begrænset i omfang.²³¹

EU-Kommissionen fandt, at der var en omfattende kontakt mellem virksomhederne på flere markeder; markedsforholdene bidrog til koordinering på det spanske marked og kunne også fremme koordineringen i Portugal – og omvendt. *Lesaffre* havde ganske vist ekstrakapacitet i Spanien tæt på den portugisiske grænse, men denne ekstrakapacitet svarede til en signifikant del af hele det portugisiske marked for gær. Imidlertid blev *Lesaffre* stort set ikke konfronteret med nogle adgangs- eller ekspansionsbarrierer, da den allerede var etableret og tilstede i Portugal. Selvom *Lesaffre* nød godt af en vis grad af *tacit collusion* i Spanien, var der en risiko for, at indsatsen med at udvide i Portugal kunne lede til hårdere konkurrence i Spanien. At det portugisiske marked var forholdsvis lille sammenlignet med det spanske understregede blot dette og gjorde det spanske marked endnu vigtigere for *Lesaffre*.²³²

I Retningslinjernes²³³ præmis 40 hedder det om koordinering: ”Koordinering kan antage flere forskellige former. På nogle markeder er det mest sandsynligt, at koordineringen vil tage sigte på at holde priserne over konkurrenceniveauet. På andre markeder kan koordineringen tage sigte på at begrænse produktionen eller ny kapacitet på markedet. Virksomhedernes koordinering kan også bestå i opdeling af markedet, f.eks. efter geografisk område eller efter andre kundekarakteristika eller ved indbyrdes fordeling af kontrakter i forbindelse med licitationer.”²³⁴

Markedsundersøgelsen afslørede, at det spanske gærmarked allerede udviste nogen grad af *tacit collusion*, idet *ABF*, *GBI* og *Lesaffre* havde indflydelse på priser og/eller salgsniveauet i individuelle regioner blandt andet gennem eksklusive relationer til distributører.²³⁵

²³⁰ COMP/M.4980 – ABF/GBI Business, præmis 139

²³¹ COMP/M.4980 – ABF/GBI Business, præmis 192

²³² COMP/M.4980 – ABF/GBI Business, præmis 205

²³³ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03)

²³⁴ COMP/M.4980 – ABF/GBI Business, præmis 206. Hele præmis 40 er citeret.

²³⁵ COMP/M.4980 – ABF/GBI Business, præmis 207

3.2.2.5 *Schneider Electric COMP/M.2283 (2002)*

Som den sidste af EU-Kommissionens afgørelser analyseres *Schneider Electric*-afgørelsen.²³⁶

Rettens prøvelse af afgørelsen er behandlet ovenfor under 3.2.1.3.

Her er tale om en fusion, hvor virksomheden *Schneider Electric* (herefter *Schneider*) – et fransk aktieselskab, som er moderselskab i en koncern, der driver virksomhed med fremstilling og salg af produkter og systemer inden for elforsyning, kontrol og styring af industrimaskiner og automation – vil få kontrol med hele virksomheden *Legrand* – et fransk aktieselskab, som er moderselskab i en koncern, der har specialiseret sig i fremstilling og salg af elektrisk materiel til lavspænding ved et offentligt ombytningsstilbud, hvorved *Schneider* opnår enekontrol over *Legrand*, jf. Fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b. Begge selskaber opererer på verdensplan.

EU-Kommissionen konkluderede, at den anmeldte fusion ville *skabe* en dominerende stilling, som bevirkede, at den effektive konkurrence blev hæmmet betydeligt på adskillige markeder, herunder markederne for hovedafbrydere, fejlstrømsafbrydere og huse til gruppetavler i Danmark, Spanien, Italien og Portugal. Desuden ville fusionen *styrke* en dominerende stilling på et næsten lige så stort antal markeder i Frankrig, herunder markedet for stikkontakter og afbrydere.²³⁷

Parterne fremsatte tilsagn, men disse var ikke tilstrækkelige. Herom udtalte EU-Kommissionen, at parternes alternative forslag til tilsagn kun i begrænset omfang ville løse de problemer, der var forbundet med det oprindelige forslag. De kunne således ikke umiddelbart accepteres.²³⁸

Således på grundlag af artikel 8, stk. 3 i Fusionsforordningen erklærede EU-Kommissionen den planlagte fusion mellem *Schneider* og *Legrand* uforenelig med fællesmarkedet. Fusionen ville henholdsvis skabe og styrke en dominerende stilling, hvilket ville have medført en betydelig svækkelse af den effektive konkurrence på elektronikmarkeder i Danmark, Italien, Spanien, Frankrig, UK, Portugal og Grækenland.

²³⁶ COMP/M.2283 – *Schneider Electric*

²³⁷ COMP/M.2283 – *Schneider Electric*, præmis 782f

²³⁸ COMP/M.2283 – *Schneider Electric*, præmis 850

3.2.3 KONKURRENCERÅDETS PRAKSIS

Umiddelbart nedenfor gennemgås først retspraksis fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor *tacit collusion* har været i fokus.

3.2.3.1 Afgørelsen af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen

Afgørelsen²³⁹ suppleres af en rapport på mere end 350 sider med en dybdegående analyse af bl.a. markedsforhold, konkurrenter og koordinerede effekter som følge af fusionen. Rapporten er fuldt tilgængelig for offentligheden, dog er fortrolige oplysninger samt udspecificering af omsætningstal m.v. udeladt i den offentliggjorte version.

Der er tale om en fusion uden fællesskabsdimension, som således skal anmeldes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. KRL § 12 b. Parterne var *J. F. Lemvigh-Müller Holding A/S*, den største stål- og teknikgrossist i Danmark grundlagt i 1846²⁴⁰, og *Brdr. A & O Johansen A/S*, en af de førende grossister i byggebranchen med 100 års jubilæum i 2014.²⁴¹ Begge virksomheder er teknikgrossister på markederne for salg af VVS²⁴²/VA²⁴³-artikler, el-artikler samt VVT²⁴⁴-artikler til professionelle kunder. *Lemvigh-Müller* er endvidere også grossist på markedet for salg af stål og metaller til professionelle kunder.

Fusionen mellem *Lemvigh Müller* og *AO Johansen* berørte primært markedet for salg af VVS-/VA-artikler til professionelle kunder og markedet for salg af el-artikler til professionelle kunder (herefter VVS- og el-markedet). *Lemvigh-Müller* havde i 2006 en årlig omsætning på ca. 7 mia. kr. og havde knap 1.900 medarbejdere. *AO Johansen* havde samme år en årlig omsætning på ca. 2,7 mia. kr. og havde ca. 850 medarbejdere.

Indledningsvist gives et overblik over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens begrundelser for at forbyde fusionen med fokus på kollektiv dominans/*tacit collusion*.

Gennem hele afgørelsen tager Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen løbende stilling til risikoen for koordineret adfærd – betegnet *tacit collusion* i denne afhandling. Samordnet praksis nævnes blot et

²³⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen

²⁴⁰ <https://www.lemu.dk/da/om-os>

²⁴¹ <https://ao.dk/om-ao/>

²⁴² VVS er en forkortelse for varme, ventilation og sanitetsteknik

²⁴³ VA er en forkortelse for vand- og afløbsprodukter

²⁴⁴ VVT er en forkortelse for værktøj, værktøjsmaskiner og teknik

par gange med henvisning til *Airtours*-dommen,²⁴⁵ mens begrebet kollektiv dominans anvendes i forbindelse med citater fra domspraksis. Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ligger samme vurdering til grund for kollektiv dominans som for koordinerede virkninger og koordineret adfærd,²⁴⁶ der anvendes i Retningslinjerne for vurdering af horisontale fusioner.²⁴⁷ Kollektiv dominans bliver således sidestillet med *tacit collusion* af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvilket stemmer godt overens med afhandlingens fortolkning ovenfor under 1.5.

Afgørelsen er bygget op omkring *Airtours*-betingelserne, og følgende 3 kendetegn skal være til stede på markedet, for at *tacit collusion* kan opstå og opretholdes over tid: (som allerede omtalt i afsnit 2.4 og 3.2.1.2)²⁴⁸

- 1) Gennemsigtighed på markedet
- 2) Troværdige gengældelsesmekanismer
- 3) Ingen modvægte/reaktioner fra konkurrenter og kunder

Det erindres fra afsnit 2.4, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen førte bevis for, at alle tre betingelser var opfyldt for både VVS- og el-markedet.²⁴⁹ Betingelserne vil derfor ikke blive behandlet yderligere her.

Samordnet praksis berøres kun flygtigt i afgørelsen, men nævnes dog i slutningen af præmis 773 modsætningsvist i et citat fra *Airtours*-dommens præmis 61: ”... *En koordinering af markedsadfærden blandt virksomhederne sker stiltiende og forudsætter ikke indgåelse af en aftale herom, jf. i den forbindelse Airtours, præmis 61:* ”... - medfører, at hvert medlem af det dominerende oligopol (under hensyntagen til fælles interesser) finder det muligt, økonomisk rationelt og således hensigtsmæssigt varigt at vedtage samme adfærd på markedet med det formål at sælge til højere priser, end en fri konkurrence ville begrunde, uden at skulle indgå en aftale eller benytte en **samordnet praksis** i artikel 81 EF’s²⁵⁰ forstand. ”” Begrebet samordnet praksis, jf. artikel 101 TEUF, bruges således til at fastslå, at *tacit collusion* er noget andet end samordnet praksis; det er ikke nødvendigt, at der foreligger en aftale om koordineringen eller en samordnet praksis, for at der er tale om *tacit collusion*.

²⁴⁵ Sag T-342/99 *Airtours*. Se domsresumé i fodnote 11

²⁴⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af A & O Johansen, præmis 773

²⁴⁷ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03)

²⁴⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af A & O Johansen, præmis 17 samt *Airtours*-betingelserne i *Airtours*-dommens præmis 62

²⁴⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: Lemvig-Müllers overtagelse af A & O Johansen, præmis 1331ff

²⁵⁰ Nu artikel 101 TEUF

Fusionen mellem *Lemvigh-Müller* og *AO Johansen* blev forbudt bl.a. med henvisning til, at sandsynligheden – for at de tilbageværende store grossister ville hæve priserne og konkurrere mindre aggressivt om hinandens kunder efter fusionen – var stor og en del større, end hvis fusionen blev forbudt. Den samlede konklusion lød som følger: ”*Det er derfor Konkurrencestyrelsens vurdering, at fusionen i form af J F Lemvigh-Müller Holding A/S’ køb af samtlige stamaktier samt en andel præferenceaktier i Brdr. A & O Johansen A/S skal forbydes, da den hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 2*”²⁵¹

Såfremt fusionen blev gennemført, ville konkurrencen altså blive begrænset så betydeligt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke så anden udvej end at forbyde fusionen.

3.2.3.2 Afgørelsen af 26. august 2015: Brdr. A & O Johansen A/S’ erhvervelse af BilligVVS ApS

I denne afgørelse²⁵² er der tale om en fusion uden fællesskabsdimension, hvilket betyder, at den skulle anmeldes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. KRL § 12 b. Parterne var *Brdr. A & O Johansen A/S* – som også var part i afgørelsen ovenfor – og *BilligVVS ApS*, som er markedsleder på salg af VVS-produkter på internettet og har eksisteret siden år 2000.²⁵³

AO Johansen skulle erhverve anparterne i *BilligVVS* af *BilligVVS*’ nuværende ejere gennem en anpartsoverdragelse. Fusionen omfattede erhvervelse af anparterne i *BilligVVS* og dermed indirekte også de tre datterselskaber *BilligVVS AS*, *VVSochBAD Sverige AB* og *Selskabet af 19/09-2014 A/S*. Efter fusionen ville *AO Johansen* eje 100 % af anparterne i *BilligVVS* og derved opnå enekontrol, jf. KRL § 12 a, stk. 1, nr. 2.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderede, at risikoen for koordinerede virkninger var yderst begrænset, eftersom *AO Johansens* og *BilligVVS*’ aktiviteter kun overlappede hinanden marginalt.²⁵⁴ De strukturelle forbindelser på markedet blev også taget op til overvejelse, idet det vurderedes, at den største aktieandel i *AO Johansen* ejedes af *Sanistål A/S* (herefter *Sanistål*), imidlertid havde denne ikke kontrollerende indflydelse i *AO Johansen*, og hverken *Sanistål* eller

²⁵¹ Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008: *Lemvigh-Müllers* overtagelse af *A & O Johansen*, præmis 1752

²⁵² Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: *Brdr. A & O Johansen A/S’* erhvervelse af *BilligVVS ApS*

²⁵³ <http://www.billigvvs.dk/info/om.html>

²⁵⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: *Brdr. A & O Johansen A/S’* erhvervelse af *BilligVVS ApS*, s. 12

*Lemvig-Müller fik større ejerandele efter med fusionen. Det forekom derfor usandsynligt, at der ville opstå koordinerede virkninger som følge af fusionen.*²⁵⁵

Fusionen blev således godkendt:

*”På baggrund af de foreliggende oplysninger samt styrelsens egen markedsundersøgelse, er det samlet set Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at fusionen ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt. Fusionen skal derfor godkendes, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 1 og 2.”*²⁵⁶

3.3 DELKONKLUSION

Ovenstående kapitel skulle give svar på den overordnede problemstilling samt det juridiske underspørgsmål:

Hvorfor er risikoen for kollektiv dominans – som kan føre til misbrug af dominerende stilling – relevant i forbindelse med fusionskontrol?

Hvilke risici vil føre til forbud af en planlagt fusion ifølge retspraksis?

Risikoen for kollektiv dominans er relevant for fusionskontrollen, da fusioner, der må antages at kunne skabe et marked, der vil være disponeret for kollektiv dominans, skal forbydes. En planlagt fusion kan således forbydes, selvom det ikke kan påvises, at de tilbageværende aktører har til hensigt at misbruge den eventuelt kollektivt dominerende stilling.

Den bevismæssige forskel mellem Fusionsforordningen og artikel 102 TEUF er vigtig. Fordelen ved Fusionsforordningen er, at man kan hindre, at der opstår en situation, der med tiden vil kunne rammes af artikel 102 TEUF. Eftersom det er langt sværere at påvise både kollektiv dominans og misbrug end udelukkende at påvise kollektiv dominans, er det langt nemmere at forhindre en fusion, end senere at skulle indlede en procedure for overtrædelse af artikel 102 TEUF. Reglerne om fusionskontrol har derfor en præventiv virkning.

²⁵⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: Brdr. A & O Johansen A/S’ erhvervelse af BilligVVS ApS, s. 12

²⁵⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015: Brdr. A & O Johansen A/S’ erhvervelse af BilligVVS ApS, s. 15 (6. Konklusion)

KAPITEL 4: KONKLUSION

Tacit collusion er relevant i forbindelse med fusionskontrol af flere årsager. En række markedsfaktorer påvirker, hvorvidt det er muligt at opretholde *tacit collusion*. Nogle hindrer *collusion*, andre fremmer *collusion*. Hvis antallet af konkurrenter er lille, markedsandelene er symmetriske, der er høje adgangsbarrierer, hyppige transaktioner og høj gennemsigtighed på markedet, vil muligheden for eksistensen af *tacit collusion* være stor.

Airtours-betingelserne er også af stor betydning for fusionskontrollen. Disse var opfyldt på VVS- og el-markedet i 2008, hvor fusionen mellem *Lemvig-Müller* og *AO Johansen* blev forbudt, mens betingelserne ikke var opfyldt i 2015, således at *AO Johansen* kunne overtage *BilligVVS*.

Risikoen for kollektiv dominans er ligeledes relevant for fusionskontrollen, da fusioner, der må antages at kunne skabe et marked, der vil være disponeret for kollektiv dominans, skal forbydes. En planlagt fusion kan således forbydes, selvom konkurrencemyndigheden ikke kan påvise, at de tilbageværende aktører har til hensigt at misbruge den eventuelt kollektivt dominerende stilling.

Den bevismæssige forskel mellem Fusionsforordningen og artikel 102 TEUF er vigtig. Fordelen ved Fusionsforordningen er, at man kan hindre, at der opstår en situation, der med tiden vil kunne rammes af artikel 102 TEUF. Eftersom det er langt sværere at påvise både kollektiv dominans og misbrug end udelukkende at påvise kollektiv dominans, er det langt nemmere at forhindre en fusion, end senere at skulle indlede en procedure for overtrædelse af artikel 102 TEUF. Reglerne om fusionskontrol har derfor en præventiv virkning.

Markedsfaktorerne har alle konsekvenser for fusionskontrollen, og der skal foretages en helhedsvurdering i forhold til den specifikke fusion. Det kan således konkluderes, at *tacit collusion* omfatter adskillige faktorer, som fusionskontrollen skal inddrage for at finde frem til, hvorvidt en planlagt fusion vil begrænse konkurrencen på det pågældende marked.

LITTERATURLISTE

RETSKILDER

Retsakter

Traktat om den europæiske unions funktionsmåde, TEUF (C 326/50).

Rådets forordning nr. 4064/89 af 21. december 1989 med de ændringer, der følger af Rådets forordning nr. 1310/97 af 30. juni 1997

Rådets forordning nr. 139/04 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«)

Konkurrenceloven, LBK nr. 700 af 18. juni 2013, med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 1371 af 16. december 2014 og § 3 i lov nr. 741 af 1. juni 2015.

EU-Kommissionens udgivelser/soft law

Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03).

The Economics of Tacit Collusion. 2003. EU-Kommissionen, DG Competition. Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., & Tirole, J.

EU-Kommissionens statistik om fusioner i perioden 21.9.1990-29.02.2016,
<http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

BØGER

Bertelsen, E., Plum, J. M., & Kofmann, M. 2013. *Dansk fusionskontrol*. København: Karnov Group Denmark A/S. 2. udgave

Eyben, B. v. 2008. *Juridisk ordbog*. København: Forlaget Thomson. 13. udgave

Fejøl, J., & Ølykke, G. S. 2014. *EU-konkurrenceret: Almindelig del*. København: Jurist- og Økonomforbundet. 5. udgave

Jones, A. & Sufrin, B. 2014. *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press. 5. udgave

Koktvedgaard, M. 2003. *Lærebog i konkurrenceret*. København: Jurist- og Økonomforbundet. 5. udgave

Motta, M. 2004. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.

ARTIKLER

2015 var rekordår for fusioner. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Pressemeddelelse af 31. marts 2016. <http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Pressemeddelelser/2016/20160331-2015-var-rekordaar-for-fusioner?tc=E538038EB1E04A96B9964BE4C0F85F46>

Forbud mod fusion for første gang i Danmark. Berlinske Business, Investor 15. maj 2008

From Airtours to Ryanair: Is the more economic approach to EU merger law really about more economics? Witt, Anne C., 2012, Common Market Law Review, 49, s. 217-246.

Implications of the Airtours Case. Maya Barr, Steptoe & Johnson, Brussels, 2002, Lex Mundi Regional Conference, 23-25 August 2002,

Sejrsstemning i en tabertid. Penge & Privatøkonomi, Investering, Aktiefokus 14. februar 2012

Transparency and Coordinated Effects in European Merger Control. Albæk, S., & Møllgaard, Peter & Overgaard, Per Baltzer. 2010. Journal of Competition Law & Economics, 6(4), 839-851.

HJEMMESIDER

www.ahlsell.com/en/About-Ahlsell/

www.ao.dk/om-ao/

www.cinven.com/aboutus/

<http://www.dst.dk/da/Statistik/NytHtml?cid=20508>

www.comafranc.fr/

www.gc-gruppe.de/de/unternehmen/cordes-graefe-bremen

www.goldmansachs.com/who-we-are/at-a-glance/index.html

www.lemu.dk/da/om-os

www.pompac.fr/qui-sommes-nous/

DOMS- OG AFGØRELSESLISTE

EU-DOMME

Airtours, sag T-342/99, Airtours plc mod Kommissionen, Rettens dom (5. udvidede afdeling) af 6. juni 2002

Almelo, sag C-393/92, Gemeente Almelo m.fl. mod Energiebedrijf IJsselmij NV (præjudicielt spørgsmål), Domstolens dom af 27. april 1994

Bertelsmann, sag C-413/06, Bertelsmann AG og Sony Corporation of America mod Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Domstolens dom (Store afdeling) af 10. juli 2008

Centro Servizi Spediporto, sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto Sri mod Spedizioni Marittima del Golfo Sri (præjudicielt spørgsmål), Domstolens dom (6. afdeling) af 5. oktober 1995

Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl., forenede sager C-395/96 og C-396/96, Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie Maritime Belge SA og Dafra-Lines A/S (appel), Domstolens dom (5. afdeling) af 16. marts 2000

Gencor, sag T-102/96, Gencor Ltd mod Kommissionen, Rettens dom (5. udvidede afdeling) af 25. marts 1999

Impala, sag T-464/04, Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) mod Kommissionen, Rettens dom (3. afdeling) af 13. juli 2006

Irish Sugar, sag T-228/97, Irish Sugar plc mod Kommissionen, Rettens dom (3. afdeling) af 7. oktober 1999

Irish Sugar, sag C-497/99, Irish Sugar plc og Kommissionen (appel), Domstolens dom (5. afdeling) af 10. juli 2001

Kali und Salz, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Domstolens dom af 31. marts 1998

Planglas, forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA og PPG Vernante Pennitalia SpA mod Kommissionen, Rettens dom (1. afdeling) af 10. marts 1992

Schneider Electric, sag T-310/01, Schneider Electric SA mod Kommissionen, Rettens dom (1. afdeling) af 22. oktober 2002

Tetra Laval, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Domstolens dom (Store afdeling) af 15. februar 2005

Wouters, sag C-309/99, J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh og Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mod Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (præjudicielt spørgsmål), Domstolens dom af 19. februar 2002

EU-KOMMISSIONENS AFGØRELSE

ABF/GBI Business, sag COMP/M.4980, EU-Kommissionens afgørelse af 23. september 2008

Goldman Sachs/Cinven/Ahlsell, sag COMP/M.4050, EU-Kommissionens afgørelse af 6. januar 2006

Metso/Aker Kværner, sag COMP/M.4187, EU-Kommissionens afgørelse af 12. december 2006

Nestlé/Perrier, sag COMP/M.190, EU-Kommissionens afgørelse af 22. juli 1992

Price Waterhouse/Coopers & Lybrandt, sag COMP/M.1016, EU-Kommissionens afgørelse af 20. maj 1998

Sony/BMG, sag COMP/M.3333, EU-Kommissionens afgørelse af 19. juli 2004

KONKURRENCERÅDETS AFGØRELSE

Brdr. A & O Johansen A/S' erhvervelse af BilligVVS ApS, Konkurrencerådets afgørelse af 26. august 2015

Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008