UNIVERSITETET I BERGEN
DET JURIDISKE FAKULTET

NOTAT

Til

fakultetsstyret

J.nr. 2010/12363
Saksnr

Sak nr. 25/11
Styremøte 22.03.11

PH.D.-GRADEN -
INNSTILLING FRA SAKKYNDIG KOMITÉ OG OPPNEVNING AV OPPONENTER

Cand. jur Ronny Gjendemsjø søkte ved brev datert 27.10.10 om å få avhandlingen "Oligopolproblemet – Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol " vurdert for ph.d.-graden. Ved brev av 11.11.10 oppnevnte dekanen følgende sakkyndige komité:

- Professor Tore Lunde, Universitetet i Bergen (leder)
- Professor Ulla Neergaard, Københavns Universitet
- Førsteamanuensis Lars Henriksson, Handelshögskolan i Stockholm.

Komiteen har levert sin innstilling, datert 18.02.11. Komiteen konkluderer enstemmig med at avhandlingen er funnet verdig for å bli forsvart for ph.d-graden.

Ronny Gjendemsjø har fulgt fakultetets forskerutdanningsprogram i samsvar med gjeldende forskrifter. Han har ingen merknader til innstillingen og søknaden legges med dette fram for styret med følgende forslag til

vedtak:

1. I samsvar med enstemmig innstilling fra den sakkyndige komité finnes Ronny Gjendemsjøs avhandling "Oligopolproblemet – Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol " verdig til å forsvares for ph.d.-graden.

2. Som opponenter oppnevnes:

   - Professor Ulla Neergaard som førsteopponent
   - Førsteamanuensis Lars Henriksson som annenopponent.

Asbjørn Strandbakken
Asbjørn Strandbakken
dekan

Eivind Buanes
Eivind Buanes
fakultetsdirektør

08.03.11 MM
Vedlegg: Innstillingen

Det juridiske fakultet
Universitetet i Bergen
Postboks 7806

5020 BERGEN

BEDØMMELSE AV RONNY GJENDEMSJØS DOKTORAVHANDLING "OLIGOPOLPROBLEMET. OM ANVENDELSEN AV TFEU ARTIKKEL 101 OG 102 PÅ KOORDINERTE PRISER I ET OLIGOPOL"

1 Innledning

Stipendiat Ronny Gjendemsjø søkte 27. oktober 2010 Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen om å få bedømt for ph.d.-graden avhandlingen "Oligopolproblemet. Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol". Dekanus ved Det juridiske fakultet har oppnevnt følgende sakkyndige komité til å bedømme avhandlingen, prøveforelesning og forsvaret av avhandlingen.

- Professor dr. jur. Tore Lunde, Universitetet i Bergen, Bergen (leder)
- Professor ph.d.Ulla Neergaard, Københavns Universitet, København
- Professor jur. dr./civ. ek. Lars Henriksson, Handelshögskolan i Stockholm

Med dette avgir komiteen sin bedømmelse av avhandlingen. Bedømmelsen er avgitt på grunnlag av skriftlig utveksling av synspunkter mellom bedømmelseskomiteens medlemmer, og er undertegnet ved sirkulasjon.

2 Bedømmelseskriterier

Det fremgår av reglement for graden philosophiae doctor (ph.d.) ved Universitetet i Bergen § 5 at avhandlingen skal være et "selvstendig vitenskapelig arbeid av internasjonal standard og på et høyt nivå når det gjelder problemformuleringer, begrepsmessige presisering, metodisk, teoretisk og empirisk grunnlag, dokumentasjon og framstillingsform". Den "skal kunne bidra til å utvikle ny faglig kunnskap og ligge på et faglig nivå som tilsier at den vil kunne publiseres som en del av fagets vitenskaplige litteratur".

Disse kravene er noe utdypet i retningslinjer om nivået for juridiske doktorgrader, som ble vedtatt av styret for Det juridiske fakultet i Bergen 4. september 2007 og dekanus for Det juridiske fakultet i Oslo 6. september 2007. Det er i disse retningslinjene fremholdt at "doktorgraden er den høyeste akademiske grad, og utgjør et av de viktigste grunnlag for tilsetting i høyere vitenskaplige stillinger". Avhandlingen "skal vise at doktoranden har evne til rettsvitenskapelig forskning på det nivå som kreves i en universitetsstilling". Det er samtidig fremholdt at det ikke kan forventes at stipendiatene under doktorgradsutdannelsen frembringer den bredde og dybde i rettsvitenskapelig produksjon som kreves for professorkompetanse, og at en ph.d.-avhandling må bedømmes som resultat av arbeid utført innenfor de tidsrammer som følger av ph.d.-reglementet, dvs. en normert tid på tre år inklusive en opplæringsdel som har et omfang tilsvarende ett semesters fulltidsarbeid.

Komiteen har ved bedømmelsen lagt til grunn de kvalitetskriteriene som følger av disse dokumentene.

3 *Ronny Gjendemsjøs avhandling*

Avhandlingen, som er på 477 sider pluss registre, er inndelt i fire deler og består av totalt 15 kapitler.

I del I, kapittel 1, presenteres emnet og opplegget for avhandlingen. Hovedtemaet for avhandlingen er hvorvidt EU-konkurransereglene forbyr koordinerte høye priser i et oligopol, når koordineringen ikke er en følge av samarbeid mellom foretakene. Dette *oligopolproblemet* – som er temaet for avhandlingen – karakteriseres ved at konkurransen i oligopolmarkeder ofte er begrenset, samtidig som det er usikkert hvorvidt *stilltiende koordinering* av atferd mellom foretakene i et oligopolmarked omfattes av TFEU artikkel 101 og 102.

I tillegg omhandler avhandlingen anvendelsen av konkurransereglene på såkalt *tilretteleggende atferd*. Med dette siktes det til atferd fra foretakene som legger til rette for at de kan koordinere atferden. Usikkerheten som knytter seg til om stilltiende koordinering kan rammes av artikkel 101 og 102, gjør at det i praksis ofte fokuseres på å regulere tilretteleggende atferd. Forfatteren redegjør nærmere for hvilke elementer i artikkel 101 og 102 som gjør det tvilsomt om stilltiende koordinering omfattes av EU-konkurranserettens forbudsregler (avsnittene 1.2.1 og 1.2.2). Utfordringen ved anvendelse av artikkel 101 på stilltiende koordinering er at det er tvilsomt om foretakenes atferd oppfyller de to alternative vilkårene "avtale" eller "samordnet praksis", særlig fordi disse vilkårene synes å kreve en form for kontakt mellom foretakene, og at en stilltiende koordinering neppe innebærer noen klar kontakt. Med dette utgangspunktet er noen av de sentrale spørsmålene i avhandlingen både om stilltiende koordinering *er* omfattet av disse vilkårene, og om de *bør* være omfattet av dem. Forfatteren redegjør nærmere for hva som kan være stilltiende koordinering, og andre former for koordinering, hvor særlig mangelen på kontakt eller kommunikasjon skiller stilltiende koordinering fra avtalt koordinering. Forfatteren peker på at stilltiende koordinering er en form for parallell atferd, men at sistnevnte omfatter mer enn stilltiende koordinering fordi også andre former for koordinering vil føre til parallell atferd.

Når det gjelder artikkel 102 er avhandlingens innfallsvinkel at det er usikkert om foretakene i et oligopol faktisk oppfyller kravene til en kollektivt dominerende stilling. Et av det sentrale temaene gjelder derfor dette spørsmålet. Siden hovedårsaken til denne usikkerheten springer ut av at det i rettspraksis tilsynelatende gjelder et krav om økonomiske bånd mellom foretakene for at de skal være kollektivt dominerende, og hvorvidt et slikt vilkår i tilfelle innebærer at det må foreligge et samarbeid eller strukturelle forbindelser mellom foretakene, er ett av spørsmålene som drøftes i avhandlingen om foretakene i et oligopol kan være kollektivt dominerende, uten at de samarbeider med hverandre, og uten at det er strukturelle forbindelser mellom dem. For det tilfelle denne problemstillingen besvares bekreftende, må det også drøftes om stilltiende koordinering kan og bør være et misbruk av den kollektivt dominerende stillingen.

Avhandlingen avgrenses mot fusjonskontrollregelverket, fordi dette kun kan anvendes for å hindre at et marked blir til et oligopol. Videre avgrenses det mot ekskluderende misbruk, fordi slike misbrukshandlinger i liten grad reiser særlige spørsmål i forhold til oligopoler.

I kapittel 2 behandles enkelte metodespørsmål som hevdes å være relevante eller spesielle for drøftelsene i avhandlingen, og det tilkjennegis at drøftelsene i avhandlingen er basert på en alminnelig anerkjent bruk av rettskildene i EU-retten. Forfatteren tilkjennegir at drøftelsene, utover de rent rettsdogmatiske tilnærminger, også vil omfatte normative elementer og rettspolitiske drøftelser av hvorvidt reglene som behandles, bør omfatte koordinerte priser i et oligopol. Forfatteren understreker her at karakteren av slike rettspolitiske drøftelser vil variere avhengig av hvor avklart rettstilstanden kan sies å være under de ulike spørsmål som drøftes. I metodekapittelet drøftes videre bruken av økonomisk teori, og forholdet mellom EØS-retten og norsk konkurranserett.

Forfatteren viser til at økonomisk teori spiller tre roller i avhandlingen. Den første er å fungere som en redegjørelse for den faktiske situasjonen – oligopolet – som er utgangspunktet for avhandlingen. For det andre bidrar økonomisk teori med momenter og argumenter til vurderingene av hvorvidt det ulike vilkårene i reglene er oppfylt. Den tredje funksjonen er at økonomisk teori benyttes i analysen av hvorvidt reglene bør omfatte stilltiende koordinering og tilretteleggende atferd, i forbindelse med formålsbetraktninger, hva enten disse inngår i drøftelser av gjeldende rett eller i mer rettspolitiske drøftelser. Forfatteren presiserer imidlertid at det ikke er tale om å foreta økonomiske vurderinger eller analyser for å avgjøre om reglene bør omfatte stilltiende koordinering eller tilretteleggende atferd, og at det hovedsakelig er konklusjonene fra den økonomiske teorien om at konkurransen ofte vil være begrenset på oligopolmarkeder under nærmere bestemte forhold, som blir brukt som argument i drøftelsene.

I kapittel 3 presenteres økonomisk teori om oligopoler, og det vises hvordan og hvorfor konkurransen ofte er begrenset på oligopolmarkeder, og hvordan oligopolmarkeder skiller seg fra markeder med aggressiv konkurranse, og monopolmarkeder. Fremstillingen er begrenset til utsnitt fra grunnleggende konkurranseøkonomisk teori, basert på sentrale framstillinger av emnet.

I del II – Samarbeid og dominans – drøfter forfatteren etter et kort innledende kapittel 4 de sentrale spørsmålene om hvorvidt stilltiende koordinering og tilretteleggende atferd i et oligopol kan oppfylle samarbeidskriteriet i TFEU artikkel 101 (kapittel 5), og om foretakene i et oligopol kan oppfylle dominansvilkåret i TFEU artikkel 102 (kapittel 6). Svaret på disse spørsmålene er avgjørende for om stilltiende koordinering eller tilretteleggende atferd kan være ulovlig, og drøftelsen i del II er slik sett en vurdering av om stilltiende koordinering og tilretteleggende atferd i det hele tatt kvalifiserer for en konkurransebegrensnings- eller misbruksvurdering, som er temaet i del III.

For å kunne ta stilling til disse spørsmålene, drøfter forfatteren først (kapittel 5) hva som ligger i samarbeidskriteriet, som er ett av tre kriterier som må være oppfylt for at 101 skal være overtrådt. Formålet med samarbeidskriteriet er å fange opp ulike former for koordinert atferd. Forfatteren avgrenser drøftelsen til to av de tre alternative vilkårene i samarbeidsvilkåret; avtale og samordnet praksis, som kvalifikasjonsvilkår i artikkel 101. Komiteen er enig i at det fremstår som hensiktsmessig å avgrense mot det tredje vilkåret, "vedtagelse indenfor sammeslutninger af virksomheder", ettersom dette temaet ikke kan ses å ha spesielle interesse for oligopoler.

Drøftelsen i kapittel 5 er lagt opp slik at forfatteren først drøfter hva som er innholdet i avtalekriteriet (avsnitt 5.3), herunder den nedre grensen for kriteriet, for derigjennom å finne ut om dette kan omfatte stilltiende koordinering og tilretteleggende atferd.

Forfatteren konkluderer (s. 94) med at avtalevilkåret krever en uttrykt felles vilje, og at det ikke er tilstrekkelig å slutte fra foretakenes markedsatferd at de har en felles vilje. Videre konkluderes det (s. 95) med at stilltiende koordinering ikke kan oppfylle avtalevilkåret, fordi dette inneholder et krav om kontakt eller kommunikasjon som er uttrykk for en felles vilje, eller i alle fall tilbud om en bestemt atferd. Forfatteren avviser at en oligopolists prissetting isolert sett kan ha karakter av kontakt eller kommunikasjon som er tilstrekkelig til å oppfylle avtalekriteriet.

Deretter drøftes innholdet i "samordnet praksis" (avsnitt 5.4) med sikte på å avkrefte eller bekrefte om dette vilkåret kan omfatte stilltiende koordinering og tilretteleggende atferd. Et av formålene med den generelle drøftelsen av de ulike kriteriene i vilkåret om samordnet praksis er å trekke grensen mellom de kriteriene som må henføres under samarbeidskriteriet, og de kriteriene som hører hjemme i konkurransebegrensningsvurderingen (jf. s. 74).

Forfatteren drøfter vilkårene for samordnet praksis og innholdet i disse vilkårene (s. 96–145), og påviser at det 1) må foreligge en direkte eller indirekte kontakt mellom foretakene, 2) at denne kontakten har som formål eller virkning å påvirke en konkurrent gjennom å redusere usikkerheten om fremtidig atferd, 3) at denne usikkerhetsreduksjonen har som formål eller virkning å påvirke konkurransebetingelsene, og 4) et årsakskrav i form av at denne samordningen må føre til en praksis eller atferd, men at en slik påvirkning i praksis blir presumert.

Det første vilkåret – kontaktkriteriet, dvs. vilkåret om direkte eller indirekte kontakt mellom foretakene – drøftes nærmere i avsnitt 5.4.2, og det diskuteres her hvorvidt kontaktkriteriet inneholder et krav om at foretakene gjennom *aktiv* handling tilgjengeliggjør eller tilegner seg informasjon, i den forstand at det ikke er tilstrekkelig med den informasjon som foretakene på et gjennomsiktlig oligopolmarked vil kunne få bare ved å møtes på/opptre i markedet. Forfatteren oppstiller en hypotese om at det kreves noe mer, og tester hypotesen mot praksis fra EU-domstolen. Det drøftes (s. 105–110) bl.a. om uttalelser om at uavhengighetskravet ikke er til hinder for rasjonell tilpasning til konkurrenters atferd, kan begrunne et krav om aktiv handling. Forfatteren konkluderer med at det i kontaktkravet ligger et krav om aktiv handling for å tilegne seg informasjon, eller for å avsløre informasjon til konkurrenter. Dette danner grunnlag for konklusjonen om at stilltiende koordinering i et oligopol ikke er en samordnet praksis, fordi det ikke tilfredsstiller vilkåret om kontakt mellom foretakene. Deretter drøftes om kontaktkravet må begrenses ytterligere, og forfatteren konkluderer med at det må trekkes en grense mot forretningsmessig berettiget atferd. Under spørsmålet om en atferd er berettiget i forretningsmessige behov, peker forfatteren på at det bør vurderes om atferden er nødvendig for og proporsjonal i forhold til det aktuelle forretningsmessige behovet. En annen problemstilling som tas opp, er om kontaktkriteriet inneholder et krav om gjensidig kontakt. Forfatteren stiller seg avvisende til et slikt krav, som hevdes å mangle en god begrunnelse, og det fremheves at det sentrale er hvorvidt usikkerheten reduseres.

Etter å ha klarlagt vilkårene og innholdet i samarbeidskriteriet gjennom drøftelsene av "avtale" og "samordnet praksis", drøfter forfatteren i avsnitt 5.4.6 (s. 145–160) grensen mellom samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet. Forfatteren finner her at vilkåret om usikkerhetsreduksjon formelt sett er en del av samarbeidskriteriet, men samtidig

også en del av konkurransebegrensningsvurderingen (s. 160). Forfatteren argumenterer imidlertid for at det ikke bør foretas en slik oppdeling som formelt framstår som den riktige, fordi en slik oppdeling vil vanskeliggjøre anvendelsen av artikkel 101, og at vurderingen av usikkerhetsreduksjonen derfor bør henføres til konkurransebegrensningskriteriet. Forfatteren legger derfor til grunn, også anvendt senere i avhandlingen, at samarbeidskriteriet derfor i praksis bare vil omfatte kontaktkriteriet.

I avsnitt 5.5 drøftes spørsmålet om ulike former for tilretteleggende atferd som kan begrense konkurransen på oligopolmarkedet, kan være avtale eller samordnet praksis, med fokus på informasjonsutveksling og prisannonsering. Forfatteren konkluderer med at tilretteleggende atferd i form av informasjonsutveksling normalt vil oppfylle kontaktkravet og være en samordnet praksis, mens det for prisannonsering vil bero på hvorvidt annonseringen kan legitimeres i forretningsmessige behov. Andre former for tilretteleggende atferd som prisklausuler og prissystemer antas som utgangspunkt ikke å oppfylle kontaktkravet, med unntak for at offentliggjøring av innholdet i slike klausuler eller systemer vil kunne anses som kontakt.

Avsnitt 5.6 inneholder en rettspolitisk drøftelse, i forlengelsen av konklusjonene om at samarbeidskriteriet ikke omfatter stilltiende koordinering. Spørsmålet i dette avsnittet er om det er grunnlag for å utvide samarbeidskriteriet til å omfatte stilltiende koordinering. Forfatteren argumenterer for at verken grensen mot ensidig atferd eller argumentet om rasjonell atferd tilsier at samarbeidskriteriet avgrenses mot stilltiende koordinering. Kravet om at foretakene uavhengig skal bestemme sin atferd taler derimot etter forfatterens vurdering for en slik avgrensning, ut fra den begrunnelse at det ikke skjer en reduksjon av foretakenes uavhengighet når de stilltiende koordinerer sin atferd. Konklusjonen er derfor at samarbeidskriteriet heller ikke bør omfatte stilltiende koordinering.

Kapittel 6 er viet dominansvilkåret i TFEU artikkel 102. Hovedspørsmålet i kapittel 6 er om foretakene i et oligopol kan være i en dominerende stilling.

Forfatteren gir først en presentasjon av rettspraksis om kollektiv dominans og de vilkår som i rettspraksis har vært oppstilt for at det kan anses å foreligge en kollektivt dominerende stilling, ved analyser av en rekke sentrale dommer fra EU-domstolen og Retten (avsnitt 6.2). Gjennom disse analysene påvises det at rettspraksis om kollektiv dominans etterlater seg flere spørsmål når det gjelder hva som er vilkårene for kollektiv dominans. Forfatteren slår fast at det som er klart, er at det gjelder et vilkår om at foretakene må kunne opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere, og at det er vilkår om at foretakene må kunne opptre likt på en eller annen måte. Derimot er det uklart om det i dette ligger et vilkår om å kunne føre samme markedspolitiske linje, eller et vilkår om å fremstå eller opptre som en enhet, og om det er et vilkår om at det må foreligge økonomiske bånd mellom foretakene.

Forfatteren drøfter også hvorvidt rettspraksis om kollektiv dominans og fusjonskontroll kan bidra til å kaste lys over vilkårene for kollektiv dominans, og konkluderer (s. 211) med at denne rettspraksis er relevant.

Vilkåret om å kunne følge samme markedsstrategi eller om å fremstå eller opptre som en enhet drøftes i avsnitt 6.3, med inngående drøftelser av sentrale rettsavgjørelser fra EU-domstolen og Retten, hvor særlig *Airtours* og *Impala* spiller en sentral rolle. Forfatteren hevder at det ikke er nødvendig å påvise at de såkalte *Airtours*-kravene er oppfylt direkte, og at markedsforholdene gjør stilltiende koordinering mulig. Forfatteren argumenterer for at

Airtours-kravene kun vil være momenter i vurderingen av om foretakene kan følge samme markedsstrategi og opptre uavhengig. Det anføres at en kollektivt dominerende stilling kan påvises/bevises ved å se på foretakenes faktiske atferd, dersom markedsforholdene ikke trekker i motsatt retning, og at Airtours-kravene derfor kan bevises gjennom foretakenes atferd og andre faktiske omstendigheter. Omstendighetene som lettest vil vise at dette vilkåret er oppfylt, er parallell opptreden, mangel på intern konkurranse og høye priser.

I avsnitt 6.4 diskuteres spørsmålet om hvorvidt økonomiske bånd er et vilkår for kollektiv dominans. Forfatteren finner at rettspraksis etterlater seg et nokså uklart bilde av om det gjelder et slikt vilkår, og går derfor videre inn på en rettspolitisk drøftelse av om det er grunnlag for å legge vekt på om økonomiske bånd *bør* være en forutsetning for at det skal foreligge en kollektivt dominerende stilling etter TFEU artikkel 102. Forfatteren gir en overbevisende drøftelse og begrunnelse for at det ikke bør gjelde et slikt krav, men peker samtidig på at usikkerheten i rettspraksis innebærer en risiko for at EU-domstolen i fremtidige saker vil kunne komme til at det gjelder et vilkår om økonomiske bånd for at kollektiv dominans foreligger. Forfatteren hevder imidlertid at et eventuelt slikt vilkår vil være uten betydning, fordi det vil omfatte alle forhold som gjør at foretakene kan følge samme markedsstrategi.

I avsnitt 6.5 behandles kravet om å kunne opptre uavhengig, og det slås fast at det ikke hersker noen tvil om at foretakene i et oligopol rettslig sett kan oppfylle uavhengighetskravet. Innholdsmessig ligger det i dette fravær av fare for at nåværende og potensielle konkurrenter, og forbrukere, kan true en koordinert atferd (s. 265). Dette må vurderes basert på en undersøkelse av forholdene i markedet, hvor forholdet mellom de samlede markedsandelene til foretakene i oligopolet og markedsandelene til øvrige foretak spiller størst rolle. Dessuten vil det måtte tas hensyn til øvrige konkurrenters ekspansjonsmuligheter, eller om de på andre måter kan utgjøre en trussel mot oligopolets felles markedsstrategi, samt stabiliteten i markedsandelene, og hvilket konkurransepress som har vært utøvd mot de øvrige foretakene. I forlengelsen av drøftelsen av uavhengighetskravet drøftes det i avsnitt 6.5.3 hvorvidt presumsjonen for dominans ved markedsandeler over 50 % som gjelder for individuell dominans, kan overføres til vurderingen av et oligopols eventuelle kollektivt dominerende stilling. Forfatteren argumenterer plausibelt for at det er lite hensiktsmessig å oppstille en slik presumsjon, og anfører at det vil være mer presist å ta utgangspunkt i at høye markedsandeler er et moment som taler for at det foreligger kollektivt dominerende stilling, men at dette må vurderes i sammenheng med andre momenter (s. 275).

I avsnitt 6.6 gis en oppsummering og sammenligning av vilkårene for kollektiv dominans i artikkel 102 og samarbeidskriteriet i artikkel 101. Deretter foretas det i avsnitt 6.7 en nærmere presentasjon av hvordan den konkrete vurderingen av om foretakene i et oligopol er i en kollektivt dominerende stilling, skal foretas. Vurderingstemaet er hvorvidt foretakene "kan følge samme markedsstrategi" og om de kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere. Her drøftes en rekke momenter og variabler, som parallell atferd og intern konkurranse, prisnivå, konsentrasjonsgrad, markedsandeler og ekstern konkurranse, gjennomsiktighet, gjengjeldelseshandlinger, symmetri, produkthomogenitet, etterspørselselastisitet og kjøpermakt, samt rettslige og strukturelle bånd. Forfatteren får derved fram kompleksiteten i dominansvurderingen, og den relativisering som må foretas alt etter i hvilken grad de ulike momenter gjør seg gjeldende, og med hvilken styrke og retning.

Kapittel 7 inneholder en kort sammenfattende oppsummering drøftelsene i del II.

I del III, kapitlene 8–13, behandles konkurranse- og misbruksvurderingen, hvor hovedspørsmålet er om stilltiende koordinering og tilretteleggende atferd oppfyller konkurransebegrensningskriteriet i artikkel 101 og misbruksvilkåret i artikkel 102.

Kapittel 8 inneholder en kort presentasjon av temaet og opplegget for drøftelsene i del III. Kapittel 9 presenterer konkurransebegrensningskriteriet og misbruksvilkåret. Forfatteren gir først en generell presentasjon av misbruksbegrepet (avsnitt 9.1.2), før det foretas en nærmere analyse av rettspraksis om misbruk av kollektivt dominerende stilling. Riktignok omhandler ingen av dommene stilletiende koordinering eller tilretteleggende atferd, men de gjøres likevel til gjenstand for analyse, med sikte på å vurdere om misbruksvilkåret kollektiv dominans er annerledes enn ved individuell dominans, og hvorvidt dommene kan bidra til løsningen av spørsmålet om stilltiende koordinering i et oligopol kan være et misbruk av en kollektivt dominerende stilling. Forfatteren finner holdepunkter for at misbruksbegrepet er det samme uavhengig av om den dominerende stillingen er kollektiv eller individuell, og videre at også kollektivt dominerende foretak har en særlig forpliktelse for restkonkurransen, tilsvarende som individuelt dominerende foretak har det (s. 329). Forfatteren konkretiserer ulike former for atferd som har blitt vurdert som misbruk av en kollektivt dominerende stilling (avsnitt 9.1.3.3). Avslutningsvis om misbruksvilkåret drøftes om det er tenkelig med forbud mot *individuelt* misbruk av en kollektivt dominerende stilling, dvs. om den kollektivt dominerende stillingen kan misbrukes av bare ett av foretakene i oligopolet. Forfatteren konkluderer med at det i visse tilfeller vil kunne være behov for et forbud mot et individuelt misbruk av en kollektivt dominerende stilling, og at det finnes et visst rettskildemessig grunnlag som gir støtte for en slik rettsanvendelse.

Avsnitt 9.2 gir en relativt kortfattet og tradisjonell presentasjon av konkurransebegrensningskriteriet i artikkel 101, men hvor forfatterens behandling av *T-Mobile* mot slutten av avsnitt 9.2.4 bidrar til en viktig nyansering av emnet. Til slutt gis det i avsnitt 9.2.5 en kort og tradisjonell presentasjon av unntakene i artikkel 101 tredje ledd.

Kapittel 10 drøfter spørsmålet om hvorvidt det er et misbruk av en kollektivt dominerende stilling når foretakene i et oligopol stilltiende koordinerer sine priser. Drøftelsen tar utgangspunkt i at koordinert prissetting har fellesstrekk med et individuelt foretaks bruk av urimelig høye priser. Forfatteren finner i avsnitt 10.2 at det i utgangspunktet ikke er noen grunn til å behandle et koordinert høyt prisnivå annerledes enn et høyt prisnivå fra en individuelt dominerende aktør, og at forbudet mot urimelig høye priser i artikkel 102 derfor i utgangspunktet rammer stilltiende koordinerte priser i et oligopol. Det foretas ingen inngående avklaring av hva som kan anses som en urimelig høy pris. I avsnitt 10.3 peker forfatteren på at stilltiende koordinerte priser i et oligopol, i tillegg til å rammes av forbudet mot urimelig høye priser, også vil kunne anses som en form for intern konkurransebegrensning.

I de påfølgende avsnittene i 10.4–10.8 tar forfatteren opp til drøftelse argumenter fra ulike teoretikere som hevder at stilltiende koordinering av ulike grunner ikke er, og heller ikke bør være, et misbruk av en kollektivt dominerende stilling. Forfatteren argumenterer i avsnittene 10.4 og 10.5 mot argumenter i teorien om at stilltiende koordinering er en lovlig intelligent tilpasning til konkurrentenes atferd, eller en rasjonell forretningsmessig atferd. Videre argumenteres det i avsnitt 10.6 mot de synspunktene som har vært gjort gjeldende i teorien om at det vil føre til en svekket forutberegnelighet dersom stilltiende koordinering anses som misbruk. Forfatteren synes dermed å tilkjennegi at rettssikkerheten til foretakene er tilstrekkelig ivaretatt under de løsninger som forfatteren argumenterer for. I avsnitt 10.7

tilbakeviser forfatteren at bevisproblemer er tilstrekkelige argumenter mot at stilltiende koordinerte og høye priser er misbruk av en kollektivt dominerende stilling. Forfatteren synes derimot å være på linje med oppfatninger blant sentrale teoretikere når det legges til grunn at risikoen for feilaktige inngrep og feilaktige frikjennelser (hhv type I og II-feil) tilsier at det bare gripes inn mot stilltiende koordinerte priser på svært konsentrerte markeder som er modne og ikke preget av teknologisk utvikling, og med høye etableringshindringer. Til slutt argumenterer forfatteren i avsnitt 10.8 mot oppfatningene i teorien om at mangelen på effektive sanksjoner taler for at stilltiende koordinering ikke bør være forbudt, og hvor det som ledd i denne argumentasjonen foreslås sanksjonsformer som etter forfatterens vurdering vil være tilstrekkelig effektive. Avsnitt 10.9 gir en kort oppsummering av drøftelsene og konklusjonene i kapittel 10, og hvor hovedkonklusjonen er at en stilltiende koordinering som fører til urimelig høye priser, er et misbruk av en kollektivt dominerende stilling, på svært konsentrerte og modne markeder, med etableringshindringer eller langvarig koordinert atferd.

Kapittel 11 går nærmere inn på hvordan vurderingen av om stilltiende koordinering er et misbruk av en kollektivt dominerende stilling, skal foretas. Vurderingstemaet her er om foretakene tar koordinerte og urimelige priser. Forfatteren drøfter hvilken rolle de ulike momentene vil spille i misbruksvurderingen, og hva slags minstekrav som må stilles til de enkelte momentene eller omstendighetene. En utfordring i dette avsnittet er at en del av de momenter som behandles, ikke bare har betydning i misbruksvurderingen, men også for spørsmålet om foretakene i et oligopol *er* i en kollektivt dominerende stilling. Forfatteren evner å håndtere denne utfordringen på en ryddig måte. Det påvises at parallell atferd og høye priser er to minstekrav som må foreligge for at det skal anses å foreligge et misbruk i form av stilltiende koordinering. Videre påvises det at langvarigheten og stabiliteten av den parallelle atferd er sentrale momenter som gir støtte for en konklusjon om høye priser.

Når det gjelder momentene markedets konsentrasjonsgrad, markedsandeler og ekstern konkurranse (avsnitt 11.3), peker forfatteren på at disse momentene hovedsakelig er avgjørende for om foretakene kan opptre uavhengig, og at de ikke spiller noen sentral rolle i vurderingen av om det foreligger misbruk. Ett unntak her gjelder imidlertid prinsippet om at det kun bør gripes inn mot stilltiende koordinering på de mest konsentrerte markeder. Forfatteren argumenterer her for at de samlede markedsandeler i oligopolet som et minimum bør være på rundt 70 % før det vurderes inngrep mot stilltiende koordinering. Forfatteren peker på at det vanskelig kan oppstilles noen eksakt grense for hvilket antall aktører det kan/skal gripes inn mot. Oligopoler med to til tre aktører bør etter forfatterens oppfatning være i faresonen i tilfelle koordinert prissetting. På markeder med flere aktører bør det etter forfatterens vurdering utvises forsiktighet med å slå ned på stilltiende koordinering, hensett til det enkelte foretaks lave markedsandeler. Forfatteren utelukker imidlertid ikke at markeder med opp til 5-6 foretak kan omfattes, særlig dersom det foreligger langvarig stilltiende koordinering.

Størst oppmerksomhet i kapittel 11 får momentet høy pris (avsnitt 11.4). Her drøftes hvordan pris og fortjeneste påvirker misbruksvurderingen. Det sentrale spørsmålet er hvorvidt prisene er urimelig høye, som er et meget innfløkt og ganske omfattende spørsmål. Forfatterens tilnærming til spørsmålet via rettspraksis om høy pris ved individuell dominans synes hensiktsmessig. Forfatteren presenterer og problematiserer her de to modellene for måling av prisnivået som har vært angitt i rettspraksis; produksjonskostnadsmetoden og markedssammenligningsmetoden, og peker på metodenes sterke og svake sider. Forfatteren utvikler ikke egne eller nye metodiske løsninger her, men understreker at flest mulig metoder bør anvendes før man konkluderer met at prisen er urimelig høy.

I avsnitt 11.6 gis en kort vurdering av forholdet til konkurransebegrensningsvurderingen etter artikkel 101. Spørsmålet som reises her er hvordan den foregående vurderingen av om det forekommer et utnyttende misbruk i form av koordinerte høye priser, ville ha blitt dersom den stilltiende koordineringen hadde oppfylt kravet om kontakt i vilkåret om samordnet praksis. Forfatteren hevder at vurderingen i utgangspunktet ville ha blitt den samme, og argumenterer for at markedskonsentrasjonen også ville ha spilt en sentral rolle i en vurdering av stilltiende koordinering som konkurransebegrensende atferd etter TFEU artikkel 101.

Kapittel 12 omhandler konkurransebegrensende tilretteleggende atferd. Utgangspunktet for drøftelsen i dette kapittelet er det standpunkt som har vært inntatt i teorien om at vanskelighetene med å påvise og sanksjonere høye priser i oligopoler tilsier at man i stedet bør fokusere på atferd som legger til rette for stilltiende koordinering, for å unngå koordinering av atferden på oligopolmarkeder. Synspunktet er at forbud mot og sanksjonering av tilretteleggende atferd kan redusere risikoen for stilltiende koordinering, ved at det gripes inn overfor atferd som gjør stilltiende koordinering mulig eller enklere enn det ellers ville ha vært. Vurderingstemaet i kapittel 12 er derfor om og i tilfelle under hvilke vilkår de ulike formene for tilretteleggende atferd kan anses som konkurransebegrensende etter artikkel 101, eller som et misbruk etter artikkel 102.

Før denne vurderingen finner forfatteren det nødvendig å ta stilling til om tilretteleggende atferd i seg selv kan være et misbruk, uten at det påvises et markedsresultat som innebærer en utnytting. En nødvendig avklaring før drøftelsen av dette spørsmålet er hvilket virkningskrav som gjelder i vurderingen av tilretteleggende atferd som misbruk. Forfatteren drøfter dette i avsnitt 12.2.2, og diskuterer her om det kreves en faktisk inntruffet virkning, eller om egnethet eller et formål om konkurransebegrensning er tilstrekkelig. Forfatteren argumenterer for at egnethetskravet bør anvendes på tilretteleggende atferd, dersom tilretteleggende atferd anses som et misbruk av en dominerende stilling som en atferdsnorm, og ikke som et markedsresultat slik som ved utnyttende misbruk for øvrig (avsnitt 12.2.2). I avsnitt 12.2.3 drøftes hvorvidt tilretteleggende atferd er et selvstendig misbruk av en kollektivt dominerende stilling, uten at det påvises et bestemt markedsresultat, og det konkluderes bekreftende på spørsmålet. I avsnitt 12.2.4 tar forfatteren opp spørsmålet om den tilretteleggende atferden både kan være grunnlaget for den kollektivt dominerende stilling, og samtidig utgjøre et misbruk av denne stillingen, finner at det vil kunne være tilfelle.

I avsnitt 12.3 drøftes nærmere innholdet i misbruks- eller konkurransebegrensningsvurderingen i relasjon til tilretteleggende atferd. Formålet med dette avsnittet er å vise hvordan vurderingen av om det foreligger en konkurransebegrensende tilretteleggende atferd skal foretas. Målsettingen er at forfatteren på den måten ønsker å vise når tilretteleggende atferd vil oppfylle konkurransebegrensningsvilkåret i artikkel 101, og misbruksvilkåret i artikkel 102. I de påfølgende avsnitt foretas det en relativt krevende parallellbehandling av artikkel 101 og 102. En vesentlig del av drøftelsene her knytter seg til informasjonsutveksling, herunder prisannonsering. Forfatteren påviser, basert på rettspraksis om informasjonsutveksling i relasjon til artikkel 101, at det avgjørende er om atferden reduserer usikkerheten mellom foretakene om deres nåværende og fremtidige markedsatferd, og konkluderer også med at vurderingen må være den samme når tilretteleggende atferd vurderes etter artikkel 102. Tilfeller som kanskje ikke oppfyller vilkåret om samordnet praksis i 101, som for eksempel visse former for prisannonsering, vil etter forfatterens analyser kunne være misbruk etter artikkel 102. Også prisingssystemer og prisklausuler vil kunne omfattes av

misbruksvilkåret, dersom markedsforholdene innebærer at slike klausuler legger til rette for stilltiende koordinering.

Forfatteren påviser for øvrig at det sjelden vil være aktuelt å frita konkurransebegrensende tilretteleggende atferd fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, etter artikkel 101 tredje ledd, eller etter læren om objektiv begrunnet atferd (avsnitt 12.3.5).

Kapittel 13 gir en kort oppsummering av konkurransebegrensnings- og misbruksvurderingen.

I del IV fremkommer forfatteren i kapittel 14 med et forslag til en mer helhetlig oligopoltest, samt avsluttende merknader i kap. 15.

Forfatteren foreslår i kapittel 14 en annerledes og mer helhetlig test av om det forekommer stilltiende koordinering på oligopolmarkeder, som skiller seg fra den fremgangsmåten som artikkel 102 legger opp til, og som i stor grad bygger på forfatterens drøftelser og funn tidligere i avhandlingen. Forfatterens begrunnelse for dette forslaget er at den strukturen som følger av artikkel 102, ikke passer godt på oligopolproblemet, og at det blir kunstig å opprettholde et skarpt skille mellom dominansvurderingen og misbruksvurderingen. Årsaken til dette er at flere av de relevante momentene i vurderingen av om foretakene er dominerende, og om de har misbrukt denne vurderingen, er sentrale i begge disse vurderingene. I den testen som foreslås, og som hevdes å være bedre egnet til å undersøke om foretakene stilltiende koordinerer sin atferd, opprettholdes det ikke noe skille mellom spørsmålet om foretakene *kan* følge samme markedsstrategi og opptre uavhengig, og spørsmålet om foretakene *har* fulgt samme markedsstrategi og opptrådt uavhengig.

Et av formålene med å foreslå en annen test med en annen struktur er å unngå dobbeltbehandling av de momentene som i dag er relevante både for spørsmålet om kollektiv dominans og misbruksvilkåret. Testen vil være fokusert på om det forekommer en stilltiende koordinering i markedet, og det er det reelle problemet som står i sentrum av testen, ikke innholdet i de gjeldende konkurransereglene og deres struktur og vilkår. Det første elementet i testen er foretakenes atferd, og hvorvidt det forekommer parallell atferd. Det neste elementet, dersom det er konstatert parallell atferd, og denne ikke skyldes avtaler eller annen samordning omfattet av artikkel 101, er en undersøkelse av markedskonsentrasjonen. For det tredje må det foretas undersøkelser av andre markedsforhold, som dels er minimumskrav, og dels momenter, i vurderingen av om det foreligger grunnlag for å gripe inn mot en stilltiende koordinering. For det fjerde krever testen at det må påvises at prisnivået er urimelig høyt. Den viktigste forskjellen fra tradisjonell vurdering av om stilltiende koordinering er et misbruk av en kollektivt dominerende stilling ligger i strukturen eller fremgangsmåten ved vurderingen. En annen forskjell ligger i at testen hevdes å være mer fokusert på momenter relatert til foretakenes atferd, enn hva som er tilfelle ved vurderingen av kollektiv dominans i rettspraksis. Forfatteren gjør gjeldende at artikkel 102 gir tilstrekkelig hjemmel til en slik alternativ test.

De viktigste hovedfunnet i avhandlingen er at TFEU artikkel 101 og 102 vil kunne ramme priskoordinering i et oligopol, basert på en rekke delfunn i avhandlingen, hvor de viktigste er at:

- stilltiende koordinering og tilretteleggende atferd ikke kan oppfylle samarbeidskriteriet i TFEU artikkel 101, fordi verken avtalevilkåret eller vilkåret om samordnet praksis er oppfylt.

- samarbeidskriteriet ikke bør utvides til å omfatte stilltiende koordinering.
- vilkåret om avtale krever en form for kommunikasjon av et tilbud og en aksept.
- vilkåret om samordnet praksis og kravet om kontakt som dette inneholder krever en aktiv handling fra foretakenes side, i form av tilgjengeliggjøring eller tilegnelse av informasjon, uten at denne handlingen kan legitimeres i et berettiget forretningsmessig behov.
- kravet om usikkerhetsreduksjon bør vurderes i forbindelse med konkurransebegrensningskriteriet, selv om det formelt også er et element i vilkåret samordnet praksis.
- foretakene i et oligopol er i en kollektivt dominerende stilling når det kan følge samme markedsstrategi og opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og forbrukerne.
- kollektiv dominans ikke forutsetter økonomiske bånd mellom foretakene, i betydningen samarbeid eller strukturelle bånd.
- det ikke er nødvendig å påvise at de såkalte Airtours-kriteriene er oppfylt, dersom dette kan utledes av foretakenes atferd og prisnivået.
- stilltiende koordinering og tilretteleggende atferd kan være misbruk av en kollektivt dominerende stilling, og at stilltiende koordinerte og urimelig høye priser er et misbruk av en kollektivt dominerende stilling.

4 Vurdering

Emnet for Ronny Gjendemsjøs avhandling har bare i begrenset grad vært gjenstand for rettsvitenskaplige analyser av tilsvarende omfang i Europa. Temaet er både teoretisk interessant og praktisk aktuelt, også utover selve avhandlingens tema, idet flere av de problemstillingene som drøftes i avhandlingen gjelder sentrale konkurranserettslige emner som vil kunne være av betydning i andre sammenhenger. Det er store, sentrale og viktige spørsmål som tas opp til diskusjon, og emnet er etter bedømmelseskomiteens oppfatning godt egnet som tema for en ph.d.-avhandling.

En generell innvending som kan reises, er at det er tale om en konvensjonell avhandling innenfor EU-konkurranseretten, hvor alle de vanlige premissene tas for gitt og ikke utfordres eller overveies. Styrken ved avhandlingen er imidlertid at den innenfor denne rammen demonstrerer et utmerket juridisk håndverk, og avhandlingen er gjennomgående logisk og systematisk strukturert, problematiserende og velskrevet, og tilkjennegir til tider en god analytisk og kritisk sans.

Avgrensningene mot fusjonskontrollregelverket, og mot ekskluderende misbruk, framstår som velbegrunnet. Forfatteren tilkjennegir en metodisk bevissthet, men avhandlingen gir ikke, og pretenderer heller ikke å gi, bidrag til nye metodiske instrumenter. Avhandlingen er basert på en realistisk og rimelig forsvarlig kopling mellom økonomisk teori og konkurranserettslige argumenter. Avhandlingen holder i ulike deler et relativt høyt abstraksjonsnivå.

Det er stort sett lett å følge forfatterens resonnementer. De ulike temaene som tas opp til drøftelse, og forutsetningene for drøftelsene, presenteres og klargjøres på en tydelig måte i forkant av drøftelsene, og forfatterens egne og selvstendige resonnementer og standpunkter kommer klart og tydelig frem. Forfatteren gir også en rekke løpende oppsummeringer av funn og delkonklusjoner, som anses nødvendige for etterfølgende drøftelser.

Komiteen finner det prisverdig at forfatteren har gått løs på avtalekriteriet, og avhandlingen kaster på dette punkt lys over ett av de grunnleggende kriteriene i konkurranseretten. Komiteen stiller seg imidlertid noe tvilende til hvorvidt tilbud/aksept-modellen som presenteres i 5.3.1 (s. 78), bidrar til nevneverdig klargjøring av avtalekriteriets nedre grense. Avhandlingen synes på dette punkt i det alt vesentlige å støtte seg på Odudus arbeid, og komiteen ville sett det som ønskelig om avhandlingen hadde foretatt en mer grundig og kritisk diskusjon av denne modellen.

Komiteen gir honnør for at forfatteren i avsnitt 5.6 tar opp til kritisk rettspolitisk diskusjon hvorvidt EU-domstolen *bør* endre kurs ved anvendelsen av samarbeidskriteriet. Dette dokumenter god evne til selvstendig kritisk rettsvitenskaplig analyse.

I avhandlingen analyseres det på et fortjenestefullt vis at stilltiende koordinering ikke kan anses å oppfylle avtalekriteriet etter gjeldende rett, slik praksis er utviklet gjennom EU-domstolens avgjørelser. Argumentasjonen i denne del er overbevisende og holder en svært god kvalitet, og fører fram til klare standpunkter. Dette medfører at diskusjonen om hvorvidt stilltiende koordinering er ulovlig, hadde tjent på en problematisering av de fra et konsumentsynspunkt avgjørende forskjeller mellom stilltiende eller åpen koordinering, og samvirke i mer eller mindre formell mening.

Komiteen er av den oppfatning at spørsmålet om hvorvidt artikkel 101 er anvendelig på stilltiende koordinasjon, krever en omfattende diskusjon om hva som savnes i forhold til gjeldende rett, noe som potensielt sett eksempelvis ville ha vært at avtalekriteriet hittil har vært opprettholdt for snevert i rettspraksis og/eller at reglene om samordnet praksis ikke fanger opp slik atferd på markedet, som tross alt er konkurranseskadelig. Dette krever i sin tur at det fra et økonomisk synspunkt gjøres klart hvor grensen skal trekkes mellom på den ene siden rasjonell markedsatferd på et oligopolmarked, som karakteriseres som beste mulige konkurranse gitt forutsetningene, og på den andre siden en slik grad av samvirke mellom aktørene at den må betraktes som en ulovlig samordning. Slik det fremholdes i avhandlingen er dette en svært vanskelig grensedragning, men spørsmålet må ikke desto mindre behandles i detalj dersom det skal argumenteres for hvorvidt det foreligger behov for endring av praksis eller ikke. Komiteen er av den oppfatning at diskusjonen i denne del kunne ha vært utviklet mer inngående eksempelvis i forhold til de spillteoretiske resonnementene som føres i kapittel 3, hvilket ville ha kunnet underbygget ytterligere de velbegrunnede konklusjonene som presenteres i avsnitt 5.7.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt stilltiende koordinering kan betraktes som kollektiv dominans (kapittel 6), fortoner dette seg etter komiteens syn allerede i utgangspunktet å være enda vanskeligere å besvare. Dersom stilltiende koordinering ikke kan oppfylle kravet til samordnet praksis etter artikkel 101, synes det å være desto vanskeligere å skulle anse dette som et uttrykk for at uavhengige foretak like fullt skal anses å opptre som en enhet på markedet. Det må dessuten understrekes at artikkel 101 og 102 er kompletterende regler som adresserer ulike situasjoner, noe som kunne ha vært utviklet mer inngående.

Vurderingstemaet og målsetningen med analysen blir derved ikke den samme, ettersom analysen i alt vesentlig går ut på å fastslå hvorvidt misbruk foreligger i henhold til forbudsbestemmelsen. I den henseende er det overordnede spørsmålet om to eller flere foretak har gjort seg skyldige i misbruk av sin kollektive stilling i form av for eksempel ekskluderende eller utnyttende misbruk. At stilltiende koordinering skulle være en form for kollektiv dominans er, etter komiteens vurdering, mindre overbevisende. I avhandlingen

gjøres det imidlertid en svært god rettsdogmatisk analyse av hva som er kollektiv dominans, og en av avhandlingens klart største fortjenester er i denne del, slik som for artikkel 101, en klargjøring av grensen for samvirkningsformer og kollektiv dominans. I avhandlingen testes disse grenser, og analysen holder en meget god kvalitet.

Komiteen ser det likevel slik at det kan stilles spørsmål ved konklusjonen, hvor det synes å bli gjort gjeldende at det vil være forbundet med mindre vanskeligheter å fastslå kollektiv dominans enn å oppfylle avtalekriteriet i artikkel 101. I alle fall synes det å mangle tilstrekkelig sterk støtte for et slikt standpunkt i rettskildene.

I kapittel 9 behandles ulike former for misbruk fra dominerende foretak. Etter komiteens vurdering føres det her en interessant diskusjon om hvorvidt et foretaks atferd eller misbruk kan gi grunnlag for ansvar for andre foretak som tilhører den kollektivt dominerende stillingen.

Komiteen finner forfatterens argumentasjon i avsnittene 10.4–10.8 interessant, og mener at disse er gode eksempler og dokumentasjon på forfatterens evne til å foreta velgrunnede og kritiske rettsvitenskaplige analyser, som imøtegår etablerte teoretikere på området. Avhandlingen er på dette punkt et nyskapende bidrag til diskusjonen i teorien, hvor det har gjort seg gjeldende en skepsis mot å la stilltiende koordinering være et misbruk av en kollektivt dominerende stilling. Komiteen deler imidlertid ikke de konklusjoner som anføres i kapittel 10 verken på økonomisk eller rettsvitenskaplig grunnlag. Det savnes i alt vesentlig grunn for å påstå at stilltiende koordinering er et misbruk av kollektiv dominans dersom koordinasjonen leder fram til for høye priser. Innenfor de økonomiske vitenskapene, men også i den rettsvitenskaplige diskusjonen som føres under den senere delen av 2000-talet, står det klart at det er svært vanskelig å anse høye priser i seg selv som urimelige. Dette kan føre til alvorlige sirkelresonnement, som i ytterste fall kunne lede til å anse dominans som ulovlig i seg selv. Komiteen oppfatter imidlertid avhandlingens konklusjoner her slik at misbruk skulle kunne foreligge ved kollektiv dominans hvis kriteriene for *excessive pricing* er oppfylte, slik som de formuleres i *United Brands*. Avhandlingen hadde imidlertid tjent på en tydeliggjøring på dette punkt. De innvendinger som her er nevnt oppveies imidlertid av de positive bidrag som avhandlingen gir i andre henseender.

Komiteen peker videre på at drøftelsen av urimelig høy pris i 11.4 med fordel kunne ha vært bygget mer ut, særlig mht å klargjøre grunnlaget for hva som er urimelig pris. Ett særskilt viktig problem å ta hensyn til er det faktum at EU-domstolen ikke i noe enkelt tilfelle har måttet ta hensyn til misbruk av rent utnyttende karakter i form av ren overprising – uten at det samtidig har vært spørsmål om noen annen form for misbruk, eksempelvis hindring av samhandelen. I teoretisk henseende er likevel diskusjonen svært interessant, skjønt den er forbundet med store praktiske vanskeligheter å anvende for så vel konkurransemyndigher som foretak.

Komiteen stiller spørsmål ved om avhandlingen burde ha gått nærmere inn på rettssikkerhetsaspekter sett fra foretakenes perspektiv, og om argumentasjonen vurdert fra et mer overordnet perspektiv kan oppfattes som litt skjev i konkurransemyndighetenes favør. Forfatteren er inne på slike spørsmål i 10.6 knyttet til forutberegnelighet, men det ville formentlig ha vært en styrke for avhandlingen om rettssikkerhetsaspektet hadde blitt løftet opp på et mer overordnet nivå. Dette reiser dessuten spørsmål om regelutformingens kvalitet mer allment. Konkurransereglenes nåværende utforming kan betraktes som en avveining mellom på den ene siden kravet om forutberegnelighet og gjennomsiktighet, og på den andre

siden interessen i at forbudsreglene skal treffe så mange ulike typer skadelig markedsatferd som mulig, dvs. effektivitetshensyn. I den grad forbudsreglenes anvendelsesområde i noen utstrekning burde utvides, enten gjennom tolkning/anvendelse, eller gjennom endring av det materielle innhold, oppstår det et krav på tydelighet om hvordan forandringen bør gjennomføres. I ethvert fall bør det identifiseres klare brister i den nåværende lovgivningen som i økonomisk-juridisk henseende tilsier at reglene eller anvendelsen av dem gir grunn til feil av type II, samt hvordan feil av type I kan unngås.

Komiteen stiller spørsmål ved hensiktsmessigheten av å behandle både konkurransebegrensningsvilkåret i artikkel 101 og misbruksvilkåret i 102 parallelt, i avsnitt 12.3. Avsnitt 12.3.4 blir etter komiteens oppfatning for generelt om konkurransebegrensningskriteriet, og bidrar ikke til ny kunnskap eller avklaring av spesielle utfordringer som gjør seg gjeldende i oligopoler.

Komiteen finner det interessant at avhandlingen munner ut i et forsøk på re-formulere løsninger og en alternativ oligopoltest, noe som både gir de rettspolitiske drøftelsene større legitimitet, samtidig som forfatteren her trekker inn og anvender drøftelser og funn fra avhandlingen. Det ville i denne sammenheng ha vært opplysende om avhandlingen hadde anvendt en konkret rettstvist som eksempel, for å teste om utfallet ville ha blitt annerledes under anvendelsen av den alternative oligopoltesten.

Avhandlingen er etter komiteens vurdering et svært viktig og velkomment tilskudd til den konkurranserettslige forskningen.

Komiteen konkluderer med at avhandlingen viser at forfatteren har evne til selvstendig rettsvitenskapelig forsking på det nivå som kreves for universitetsstillinger, og at avhandlingen gir et viktig og nyskapende bidrag til rettslitteraturen på området. Avhandlingen er derfor utvilsomt verdig til å forsvares for ph.d.-graden i rettsvitenskap.

Innstillingen er enstemmig.

Konklusjon:

Ronny Gjendemsjøs avhandling "Oligopolproblemet. Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol" er utvilsomt verdig til å forsvares for ph.d.-graden.

Bergen/København/Stockholm, 18. februar 2011

Tore Lunde

Ulla Neergaard

Lars Henriksson

siden interessen i at forbudsreglene skal treffe så mange ulike typer skadelig markedsatferd som mulig, dvs. effektivitetshensyn. I den grad forbudsreglenes anvendelsesområde i noen utstrekning burde utvides, enten gjennom tolkning/anvendelse, eller gjennom endring av det materielle innhold, oppstår det et krav på tydelighet om hvordan forandringen bør gjennomføres. I ethvert fall bør det identifiseres klare brister i den nåværende lovgivningen som i økonomisk-juridisk henseende tilsier at reglene eller anvendelsen av dem gir grunn til feil av type II, samt hvordan feil av type I kan unngås.

Komiteen stiller spørsmål ved hensiktsmessigheten av å behandle både konkurransebegrensningsvilkåret i artikkel 101 og misbruksvilkåret i 102 parallelt, i avsnitt 12.3. Avsnitt 12.3.4 blir etter komiteens oppfatning for generelt om konkurransebegrensningskriteriet, og bidrar ikke til ny kunnskap eller avklaring av spesielle utfordringer som gjør seg gjeldende i oligopoler.

Komiteen finner det interessant at avhandlingen munner ut i et forsøk på re-formulere løsninger og en alternativ oligopoltest, noe som både gir de rettspolitiske drøftelsene større legitimitet, samtidig som forfatteren her trekker inn og anvender drøftelser og funn fra avhandlingen. Det ville i denne sammenheng ha vært opplysende om avhandlingen hadde anvendt en konkret rettstvist som eksempel, for å teste om utfallet ville ha blitt annerledes under anvendelsen av den alternative oligopoltesten.

Avhandlingen er etter komiteens vurdering et svært viktig og velkomment tilskudd til den konkurranserettslige forskningen.

Komiteen konkluderer med at avhandlingen viser at forfatteren har evne til selvstendig rettsvitenskapelig forsking på det nivå som kreves for universitetsstillinger, og at avhandlingen gir et viktig og nyskapende bidrag til rettslitteraturen på området. Avhandlingen er derfor utvilsomt verdig til å forsvares for ph.d.-graden i rettsvitenskap.

Innstillingen er enstemmig.

Konklusjon:

Ronny Gjendemsjøs avhandling "Oligopolproblemet. Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol" er utvilsomt verdig til å forsvares for ph.d.-graden.

Bergen/København/Stockholm, 18. februar 2011

Lars Henriksson

Ulla Neergaard

Tore Lunde

siden interessen i at forbudsreglene skal treffe så mange ulike typer skadelig markedsatferd som mulig, dvs. effektivitetshensyn. I den grad forbudsreglenes anvendelsesområde i noen utstrekning burde utvides, enten gjennom tolkning/anvendelse, eller gjennom endring av det materielle innhold, oppstår det et krav på tydelighet om hvordan forandringen bør gjennomføres. I ethvert fall bør det identifiseres klare brister i den nåværende lovgivningen som i økonomisk-juridisk henseende tilsier at reglene eller anvendelsen av dem gir grunn til feil av type II, samt hvordan feil av type I kan unngås.

Komiteen stiller spørsmål ved hensiktsmessigheten av å behandle både konkurransebegrensningsvilkåret i artikkel 101 og misbruksvilkåret i 102 parallelt, i avsnitt 12.3. Avsnitt 12.3.4 blir etter komiteens oppfatning for generelt om konkurransebegrensningskriteriet, og bidrar ikke til ny kunnskap eller avklaring av spesielle utfordringer som gjør seg gjeldende i oligopoler.

Komiteen finner det interessant at avhandlingen munner ut i et forsøk på re-formulere løsninger og en alternativ oligopoltest, noe som både gir de rettspolitiske drøftelsene større legitimitet, samtidig som forfatteren her trekker inn og anvender drøftelser og funn fra avhandlingen. Det ville i denne sammenheng ha vært opplysende om avhandlingen hadde anvendt en konkret rettstvist som eksempel, for å teste om utfallet ville ha blitt annerledes under anvendelsen av den alternative oligopoltesten.

Avhandlingen er etter komiteens vurdering et svært viktig og velkomment tilskudd til den konkurranserettslige forskningen.

Komiteen konkluderer med at avhandlingen viser at forfatteren har evne til selvstendig rettsvitenskapelig forsking på det nivå som kreves for universitetsstillinger, og at avhandlingen gir et viktig og nyskapende bidrag til rettslitteraturen på området. Avhandlingen er derfor utvilsomt verdig til å forsvares for ph.d.-graden i rettsvitenskap.

Innstillingen er enstemmig.

Konklusjon:

Ronny Gjendemsjøs avhandling "Oligopolproblemet. Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol" er utvilsomt verdig til å forsvares for ph.d.-graden.

Bergen/København/Stockholm, 18. februar 2011

Tore Lunde | Ulla Neergaard | Lars Henriksson