

# Oligopolistisk dominans efter EF fusionsforordningen<sup>1</sup>

Af advokat MARC HANSEN, advokat KAREN DYEKJÆR-HANSEN og advokat-fuldmægtig LARS HENNEBERG

## 1. Baggrund og problem

Med sin beslutning i *Nestlé/Perrier*-sagen<sup>2</sup> fra juli 1992 anvendte EF-Kommissionen for første gang begrebet "oligopolistisk dominans" i forbindelse med fusionsforordningen.<sup>3</sup> Kommissionen fandt således, at forordningen i artikel 2, stk. 3 indeholder hjemmel til at erklære virksomhedssammenslutninger, der skaber eller styrker en kollektiv dominerende stilling med den virkning, at konkurrencen på markedet begrænses mærkbart, for uforenelige med det fælles marked.<sup>4</sup> Beslutningen markerer en ændring i forhold til Kommissionens hidtidige praksis, hvor den modvejende styrke fra andre udbydere i et snævert oligopol er blevet anset som tilstrækkelig grund til at afstå fra at statuere markedsdominans.<sup>5</sup>

Formålet med denne artikel er at give en kort redegørelse for spørgsmålet, om hvorvidt artikel 2, stk. 3 i fusionsforordningen finder anvendelse på sammenslutninger, der resulterer i en kollektiv dominerende stilling på et oligopolistisk marked samt hvilke kriterier, der i bekræftende fald kan opstilles for en sådan anvendelse. Spørgsmålet har væsentlig betydning, da det åbner for en udvidet adgang for Kommissionen til at nægte godkendelse af anmeldte fusioner. For at besvare det rejste spørgsmål søges begrebet "oligopolistisk dominans" først defineret ud fra en økonomisk synsvinkel under punkt 2 nedenfor. Herefter analyseres under punkt 3 en række afgørelser, hvor Kommissionen og Domstolen har anvendt artiklerne 85 og 86 på en kollektiv dominerende stilling. Dernæst følger under punkt 4 en analyse af det juridiske

<sup>1</sup> Denne artikel er en forkortet og omredigeret udgave af Winckler & Hansen, *Collective Dominance under the EC Merger Control Regulation*, 30 *Common Market Law Review* 787-828 (1993). — Artiklen blev optaget til publikation i SvJT i efteråret 1993 og er således ført ajour til juli 1993.

<sup>2</sup> *Nestlé/Perrier*; Sag IV/M 190, Beslutning af 22. juli 1992, EFT 1992 L 356/1. Sagen er beskrevet i *XXII Konkurrenceberetning*, punkterne 245 og 257.

<sup>3</sup> Rådsforordning 4064/89 om Kontrol med Virksomhedssammenslutninger.

<sup>4</sup> Fusionsforordningens artikel 2, stk. 3 er sålydende: "Sammenslutninger, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence på markedet hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del deraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet."

<sup>5</sup> *Alcatel/AEG Kabel*, Sag IV/M 165, Beslutning af 18. december 1991, punkt 9.

grundlag for at anvende begrebet oligopolistisk dominans i forbindelse med fusionsforordningen. Endelig søges under punkt 5 og 6 på baggrund af en undersøgelse af beslutningen i *Nestlé/Perrier* og andre sager opstillet en række praktiske kriterier for en sådan anvendelse.

## 2. Begrebet oligopolistisk dominans — hvad er det konkurrencemæssige problem ?

Medens det forekommer umiddelbart forståeligt, at Kommissionen søger at forhindre enkeltvirksomheders dominans, kræver det en nærmere analyse af oligopoler og af virksomhedernes konkurrencemæssige adfærd heri at forstå, hvorfor Kommissionen finder det nødvendigt at gribe ind overfor sammenslutninger på oligopolistiske markeder. "Oligopolistisk dominans" ses ikke defineret i den økonomiske teori men dækker over et begreb, som er udviklet på baggrund af en praktisk analyse af virksomheders adfærd på oligopolistiske markeder, hvor et begrænset antal udbydere er i stand til at udøve en fælles markedsstyrke. Scherer<sup>6</sup> beskriver det konkurrencemæssige problem ved at henvise til teorien om oligopolistisk interdependens. Han fastslår herved, at en høj markedsconcentration som regel vil medføre en gensidig afhængighed med hensyn til virksomhedernes prisfastsættelse, og at de pågældende virksomheder næppe kan undgå at erkende dette.

Når bestemte markedsbetingelser er tilstede kan oligopolistisk interdependens resultere i fastsættelsen af overpriser uden at der kan påvises en formaliseret samordning. Dette fænomen kaldes i den økonomiske litteratur for stiltiende samordning ("tacit collusion"). Ikke blot prisfastsættelsen men også andre konkurrenceparametre så som produktudvikling, produktkvalitet og service kan blive påvirket af interdependens. Det er dog ikke givet, at konkurrencen altid begrænses på et oligopolistisk marked og nogle oligopoler vil være præget af en meget aktiv konkurrence. Hvorvidt et givet oligopol fremkalder en kooperativ markedsadfærd eller ej, vil derfor afhænge af en analyse af oligopolets natur, herunder af markedsstrukturen og virksomhedernes adfærd på markedet.

Flere økonomer har forsøgt at definere de faktorer, som bestemmer, om der på et givet marked er risiko for en stiltiende samordning af priserne. Posner<sup>7</sup> har anført, at det er nødvendigt at gå bagom markedsandelene og inddrage andre sider af markedsstrukturen, som kan have betydning for, om en samordnet prisfast-

<sup>6</sup> Scherer og Ross; *Industrial Market Structure and Economic Performance* (1990), 3. udgave, s. 226.

<sup>7</sup> Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws*, 21 *Stanford Law Review* (1969), s. 1603.

sættelse vil være sandsynlig. En af disse faktorer er det absolutte antal af udbydere. En anden relevant faktor er graden af koncentration på markedets efterspørgselside. Jo større koncentrationen på efterspørgselsiden er, desto mindre er sandsynligheden for en samordning. En tredje faktor er produktets homogenitet. En fjerde er traditionen for samordning på markedet. Hertil kommer andre faktorer, som kan indicere, om et marked er konkurrencepræget. Blandt disse faktorer nævnes adgangsbarrierer og rentabilitetsbetragtninger.

Når det gælder de relevante midler til at undgå konkurrencebegrænsende adfærd på et oligopolistisk marked, hersker der betragtelig uenighed blandt økonomerne. Nogle økonomer mener, at fænomenet bør imødegås gennem en regulering af virksomhedernes adfærd på markedet, medens andre er af den opfattelse, at det bedst imødegås gennem en forebyggende kontrol med markedsstrukturen.<sup>8</sup>

### **3. Anvendelse af artiklerne 85 og 86 på en kollektiv dominerende stilling**

Inden Kommissionens anvendelse af begrebet oligopolistisk dominans i forbindelse med fusionsforordningens artikel 2, stk. 3 analyseres, vil det være hensigtsmæssigt at gennemgå de tilfælde, hvor Kommissionen i forbindelse med anvendelsen af artiklerne 85 og 86 har fundet, at en række udbydere på et marked tilsammen besad en dominerende stilling.

I Kommissionens praksis findes den første henvisning til begrebet kollektiv dominans i *sukker*-sagerne fra 1973. Her fandt Kommissionen, at to sukkerproducenter tilsammen besad en dominerende stilling på markedet, eftersom de havde koordineret deres markedsføringsaktiviteter.<sup>9</sup> Adfærden legitimerede således konstateringen af en dominans.

I *Hoffmann-La Roche*-sagen<sup>10</sup> fra 1979 fandt Domstolen imidlertid, at de involverede virksomheders parallelle markedsadfærd ikke i sig selv kunne bevirke, at virksomhederne tilsammen besad en dominerende stilling efter artikel 86. Den fastslog, at begrebet dominerende stilling må holdes adskilt fra den parallelitet i virksomhedernes adfærd, der naturligt forekommer på et oligopolistisk marked. *Hoffmann-La Roche-dommen* synes med disse præmisser at indskrænke anvendelsesområdet for artikel 86 til kun at omfatte enkeltvirksomheders dominans, hvilket må ses som den

<sup>8</sup> Posner, se ovenfor note 7, s. 1601.

<sup>9</sup> Suiker Unie; EFT 1973 L 140/17-48, s. 38.

<sup>10</sup> Hoffmann-La Roche; Domss. 1979 s. 461, præmis 39. Se også i denne sammenhæng Dom af 31. marts 1993 i *Ahlstrøm mod Kommissionen* præmis 126 [endnu ikke trykt].

væsentligste årsag til, at Kommissionen ikke efter denne dom anvendte artikel 86 på en kollektiv dominerende stilling før i 1989, hvor den traf beslutning i *Planglas-sagen*.<sup>11</sup>

I *Planglas-sagen* fandt Kommissionen, at tre store glasproducenter, der tilsammen havde en markedsandel på 80%, besad en kollektiv dominerende stilling på markedet, fordi de åbenlyst havde samordnet deres markedsføringsaktiviteter i en sådan grad, at de på markedet fremstod som een enkelt udbyder. Denne argumentation tyder på, at Kommissionen i højere grad har støttet sin beslutning på den formaliserede samordning end på markedsstrukturen som sådan.

Den britiske regering, der intervererede i den efterfølgende sag ved Første Instans Retten, hævdede, at Kommissionen havde anvendt artikel 86 urigtigt ved at identificere en kollektiv dominerende stilling på baggrund af det selvsamme faktum, som havde begrundet en overtrædelse af artikel 85. Den gjorde herved gældende, at det kun var i helt specielle situationer, at flere virksomheder i fællesskab kunne besidde en dominerende stilling i den i artikel 86 angivne forstand. Hertil måtte kræves, at de involverede virksomheder var at anse som een økonomisk enhed, indenfor hvilken de ikke nød nogen egentlig selvstændighed.

Første Instans Retten gav kun Kommissionen delvis medhold og fastslog, at der i princippet intet er til hinder for, at flere uafhængige virksomheder tilsammen kan besidde en dominerende stilling på et marked, hvis der mellem disse virksomheder er knyttet juridiske eller økonomiske bånd. Dette kan f. eks. være tilfældet, hvor virksomhederne gennem aftaler eller licenser besidder et fælles teknologisk forspring, som tillader dem at handle uafhængigt af deres konkurrenter.<sup>12</sup>

Retten har ikke med *Planglas-sagen* anerkendt, at den blotte tilstedeværelse af en parallel adfærd ("conscious parallelism") mellem virksomheder på et oligopolistisk marked kan føre til kollektiv dominans. Hertil må yderligere kræves en vis kvalificerende adfærd fra de involverede virksomheders side i form af etablering af stærke juridiske eller økonomiske bånd mellem virksomhederne. Medens Retten således har anerkendt, at en dominerende stilling principielt kan involvere flere virksomheder, har den opstillet så restriktive kriterier for anvendelsen af denne mulighed, at det samlede anvendelsesområde for artikel 86 ikke udvides bemærkelsesværdigt herved. Det fremgår især ikke klart, om en anvendelse af artikel 86 på en kollektiv dominerende

<sup>11</sup> *Planglas-sagen*; EFT 1989 L 33/44-73.

<sup>12</sup> Sagerne T-68, T-77 og T-78/89, Dom af 10. marts 1992.

stilling forudsætter tilstedeværelsen af en oligopolistisk markedsstruktur.

De kriterier, som Retten i *Planglas*-sagen har opstillet for anvendelsen af begrebet kollektiv dominans til *ex post facto* regulering af virksomhedernes adfærd er derfor ikke nødvendigvis egnede som kriterier, når begrebet skal anvendes til forudgående kontrol med sammenslutninger på et oligopolistisk marked.

#### **4. Det retlige grundlag for at anvende begrebet oligopolistisk dominans i forbindelse med fusionskontrol**

Det er fra flere sider gjort gældende, at fusionsforordningens artikel 2, stk. 3 ikke finder anvendelse på en kollektiv dominerende stilling, allerede fordi der ikke i bestemmelsen kan findes udtrykkelige holdepunkter herfor. Eftersom artikel 2, stk. 3 afspejler den traditionelle forståelse af begrebet markedsdominans, og under henvisning til at fusionsforordningen er udstedt med hjemmel i traktatens artikel 87, kan det hævdes, at fusionsforordningen ikke forhindrer sammenslutninger, som alene fører til en forøget koncentration på et oligopolistisk marked. Også Domstolens tidligere afgørelser og en ordfortolkning af artikel 2, stk. 3 hævdes at begrænse rækkevidden af bestemmelsen til kun at omfatte skabelse eller styrkelse af en enkelt virksomheds dominerende stilling, dvs. af virksomhedens evne til at optræde uafhængigt af konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugere.<sup>13</sup> Eftersom et oligopolistisk marked i princippet er kendetegnet ved en udtalt interdependens mellem virksomhederne på markedet, vil en begrænset forøgelse af koncentrationsgraden (f. eks. gennem opkøb af en mindre virksomhed) på et sådan marked i teorien ikke kunne føre til, at en enkelt virksomheds dominerende stilling skabes eller styrkes (idet ingen virksomhed kan optræde uafhængigt). Endelig er det til støtte for det ovennævnte synspunkt blevet fremført, at traktatens artikel 86 udtrykkeligt omfatter misbrug foretaget af "en eller flere virksomheder", medens artikel 2, stk. 3 i fusionsforordningen ikke indeholder en tilsvarende formulering.

Et fra det ovenfor anførte afvigende synspunkt er, at den hjemmel som Rådet har valgt til udstedelse af fusionsforordningen, dvs. delvis hjemmel i EØF-traktatens artikel 235, tillader, at begrebet "dominerende stilling" gives et andet indhold efter fusionsforordningen end efter artikel 86. Også den i artikel 2, stk. 3 indeholdte formulering "som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde" hævdes at tillade Kommissionen at udvikle et

<sup>13</sup> United Brands, Domss. 1978, s. 207.

helt nyt dominansbegreb baseret på en strukturel og fremadrettet analyse. Den forhenværende kommissær med ansvar for konkurrencepolitikken, Sir Leon Brittan, har således udtalt,<sup>14</sup> at Kommissionen under visse nærmere omstændigheder må forventes at ville anlægge en anden synsvinkel til fastlæggelse af begrebet "dominerende stilling" end den, der kendes fra artikel 86. Domstolen har i artikel 86-sager traditionelt defineret en dominerende stilling som evnen til optræde uden særlig hensyntagen til konkurrenter, hvilket ikke er ganske det samme som "at hæmme konkurrencen på afgørende måde" Det må derfor, ifølge Sir Leon Brittan, forventes, at en ny praksis vil udvikle sig.

Medens Kommissionen i flere beslutninger samt i *XXI Beretning om Konkurrencepolitikken*<sup>15</sup> har berørt spørgsmålet om oligopolistisk dominans, havde den indtil *Nestlé/Perrier* omhyggeligt undgået at tage stilling til, om en kollektiv dominerende stilling direkte kunne anfægtes gennem fusionsforordningen. Først i *Nestlé/Perrier* tilsluttede Kommissionen sig den ovenfor refererede mere udvidende fortolkning af artikel 2, stk. 3:

[En] sondring mellem en enkelt virksomheds dominans og oligopolistisk dominans er uden større betydning for spørgsmålet om, hvorvidt fusionsforordningen finder anvendelse eller ej, eftersom begge former for dominans under visse strukturelle markedsvilkår kan hæmme den effektive konkurrence betydeligt. [— —]

I henhold til EØF-Traktatens artikel 3, litra f, skal der "gennemføres en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes". [— — ]Begrænsninger af den effektive konkurrence, der er ulovlige, hvis de skyldes, at en virksomhed indtager en dominerende stilling, kan ikke gøres lovlige ved, at en dominerende stilling indtages af mere end én virksomhed. Fører en fusion f. eks. til, at to eller tre virksomheder kommer til at indtage en overlegen position på markedet og sandsynligvis vil anvende alt for høje priser, ville der være tale om en kollektiv overlegenhed på markedet, hvilket er en situation, som fusionsforordningen har til formål at forebygge ved at opretholde konkurrenceprægede markedsstrukturer.[— —]

Da bestemmelsen i artikel 2, stk. 3, ikke udtrykkeligt udelukker situationer, hvor der foreligger oligopolistisk dominans, kan lovgiverne ikke antages at have haft til hensigt at gøre det tilladt for to eller flere virksomheder, der tilsammen er i stand til i betydelig grad at handle uafhængigt på markedet, at begrænse konkurrencen. Dette ville være et smuthul i det overordnede traktatfæstede mål.<sup>16</sup>

Som omtalt ovenfor under punkt 1 kan Kommissionens holdning i *Nestlé/Perrier* forsvares ud fra en økonomisk synsvinkel. Også det forhold, at flere medlemsstaters nationale lovgivning om fusions-

<sup>14</sup> Sir Leon Brittan; *The Law and Policy of Merger Control in the EEC*; (1990) 15 *European Law Review*, s. 354.

<sup>15</sup> *XXI Konkurrenceberetning*, Bilag III, s. 395.

<sup>16</sup> *Nestlé/Perrier*; se ovenfor note 1, punkterne 112–114.

kontrol (især Tysklands) muliggør anfægtelse af en kollektiv dominerende stilling, synes at tale for en udvidende fortolkning af artikel 2, stk. 3, da der ellers vil opstå en uforklarlig og upraktisk asymmetri. Tilbage står imidlertid det helt fundamentale spørgsmål, om Kommissionens standpunkt er juridisk holdbart efter ordlyden af artikel 2, stk. 3.

Desværre er det ofte svært at bestemme "lovgivers hensigt" bag fællesskabets retsakter. Forskellene mellem de udkast til en fusionsforordning, som blev offentliggjort i 1988 og 1989 kan dog give et fingerpeg.<sup>17</sup> Forordningens grundlæggende koncept er mellem disse udkast blevet ændret fra bevarelse af effektiv konkurrence til en kombination af bevarelse af effektiv konkurrence og hindring af markedsdominans. Dette lader formode, at man i forbindelse med vedtagelsen af fusionsforordningen i 1989 sigtede mod at fastholde et fra traktatens artikler 85 og 86 kendt koncept.<sup>18</sup> Der er herudover indikation for, at de nationale repræsentanter, der deltog i konciperingen af fusionsforordningen, rent faktisk drøftede spørgsmålet om oligopoler ved flere lejligheder men til sidst besluttede ikke at regulere dette spørgsmål i forordningen. Det forhold, at artikel 235 inddrages som hjemmelsgrundlag for forordningen, synes heller ikke at være til hinder for en snæver traditionel fortolkning af artikel 2, stk. 3. Artikel 235 er nødvendig som hjemmelsgrundlag allerede fordi, artikel 86 alene omfatter *misbrug* af en dominerende stilling men ikke *skabelsen* af en sådan stilling.

Som udtalelsen fra Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser i *Nestlé/Perrier-sagen* antyder,<sup>19</sup> står spørgsmålet derfor stadig åbent for debat. Flertallet i udvalget var ganske vist enig i Kommissionens synspunkt og antog således, at fusionsforordningen finder anvendelse på en kollektiv dominerende stilling. Et mindretal henviste imidlertid til *Planglas-sagen* og fandt, at forordningen ikke finder anvendelse på tilfælde af kollektiv dominans, medmindre der påvises økonomiske bånd mellem de involverede virksomheder. Et andet mindretal afviste helt at lade forordningen finde anvendelse på en kollektiv dominerende stilling. Når det erindres, at mange af udvalgets medlemmer er de samme som de, der deltog i udformningen og dermed formuleringen af fusionsforordningens artikel 2, stk. 3, er denne uenighed interessant. Diskussioner om rækkevidden af artikel 2, stk. 3 vil utvivlsomt fortsætte indtil spørgsmålet er afgjort af Domstolen.

<sup>17</sup> EFT 1988 C 130/4 (artikel 2, stk. 4) ; EFT 1989 C 22/14 (artikel 2, stk. 3).

<sup>18</sup> Sammenlign i denne sammenhæng *XXII Konkurrenceberetning*, punkt 245.

<sup>19</sup> Udtalelse fra Det Rådgivende Udvalg; offentliggjort i EFT 1992 C 319/3.

### 5. Nestlé/Perrier-beslutningen

I *Nestlé/Perrier* har Kommissionen for første og hidtil eneste gang anvendt teorien om oligopolistisk dominans i forbindelse med fusionsforordningen. Beslutningen<sup>20</sup> vedrører Nestlés overtagelse af den franske mineralvandsproducent, Source Perrier SA. Nestlé havde med støtte fra den franske fødevarerkoncern BSN opnået kontrol med Perrier gennem opkøb af aktier. Kommissionen fremsatte i forbindelse med overtagelsen en række klagepunkter i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c i fusionsforordningen, hvori den staterede at opkøbet ville føre til en duopolistisk dominans på det franske marked for mineralvand og at denne dominans ville begrænse konkurrencen på markedet mærkbart. Nestlé indvilligede efterfølgende i at sælge visse af de overtagne aktiver og aktiviteter fra, hvilket Kommissionen fandt tilstrækkeligt for i sin beslutning at kunne erklære overtagelsen for forenelig med det fælles marked.

Kommissionens undersøgelse af det franske marked for mineralvand viste, at dette var stærkt koncentreret, og at de involverede virksomheder tilsammen besad en markedsandel på 82,3 %. Hertil kom, at den indbyrdes fordeling af markedsandelene mellem virksomhederne havde været relativt stabil i en periode på 5 år. Kommissionen fandt ikke, at denne stabilitet på markedet kunne forklares ved det forhold, at Nestlé og BSN skulle have udnyttet deres kapacitet fuldt ud og således ikke være i stand til at udvide deres markedsandele på det stærkt ekspanderende marked. Den synes heller ikke at have tillagt det meget vægtige argument, at efterspørgselssiden på markedet var stærkt koncentreret, nogen betydning.

I sin vurdering af, om overtagelsen indebar en styrkelse af en kollektiv dominerende stilling, tog Kommissionen udgangspunkt i såvel markedets struktur som i de involverede virksomheders adfærd på dette marked. Kommissionen inddrog herved bl. a. virksomhedernes *markedsandele*, deres *produktionskapacitet*, deres *markedsadfærd* samt deres *omkostningsstrukturer* i vurderingen. Hertil kom undersøgelser af konkurrencen fra *mindre markedsdeltagere*, efterspørgselssidens *køberstyrke*, eksistensen af en *potentiell konkurrence* på markedet samt *adgangsbarrierer*. En nærmere gennemgang af de i vurderingen inddragne faktorer følger nedenfor under punkt 6.

Beslutningen i *Nestlé/Perrier*-sagen bekræfter, at Kommissionen er rede til både at regulere markedets struktur og de involverede

<sup>20</sup> Se Note 2 ovenfor; se også *XXII Konkurrenceberetning*, punkt 257, for en mere fuldstændig beskrivelse af sagen.

virksomheders adfærd, når det gælder om at sikre, at konkurrencen ikke begrænses som følge af virksomhedssammenslutninger på oligopolistiske markeder. For at opnå Kommissionens samtykke til den planlagte overtagelse måtte Nestlé således indvillige i at give afkald på en produktionskapacitet svarende til ikke mindre end 3 000 millioner liter pr. år og desuden sælge adskillige aktiviteter fra. Yderligere måtte Nestlé påtage sig en positiv forpligtelse til hverken direkte eller indirekte at lade oplysninger om omsætning komme til andre producenters kundskab.

## **6. Kriterier for anvendelsen af begrebet oligopolistisk dominans i forbindelse med fusionsforordningen**

Gennemgangen ovenfor viser, at en anvendelse af begrebet "oligopolistisk dominans" i forbindelse med fusionsforordningens artikel 2, stk. 3 vel kan synes velbegrundet ud fra en økonomisk synsvinkel men samtidig, at det er tvivlsomt om der kan findes støtte herfor i fusionsforordningens ordlyd og EF-retternes praksis, specielt de restriktive betingelser opstillet i *Planglas*-sagen. Kommissionen har ladet forstå, at den ved anvendelsen af begrebet vil bruge en slags "sandsynlighedsprøve" eller "lethedsprøve", dvs. om den nye markedsstruktur vil gøre det lettere for virksomhederne stiltiende at samordne deres aktiviteter på markedet. Den har imidlertid ikke klarlagt, hvilke kriterier der skal indgå i en sådan prøve, hvorfor disse må forsøges udledt af Nestlé/Perrier-beslutningen og en række andre beslutninger af nyere dato. I det følgende nævnes de mulige kriterier, der efter Kommissionens nye praksis vil kunne indgå i vurderingen.

Den første gruppe af kriterier, der kan opstilles, vedrører markedets struktur. Blandt disse kriterier skal nævnes: (a) *Graden af koncentration og antallet af konkurrenter*. Som i andre sammenhænge vil Kommissionen begynde med en analyse antallet af konkurrenter og markedets koncentrationsgrad. Markedsandelene giver et fingerpeg om markedets struktur og udgør således et praktisk udgangspunkt for en analyse af fusionens virkninger.<sup>21</sup> Det er imidlertid klart, at Kommissionen ikke på forhånd vil lægge sig fast på nogen bestemt grad af koncentration som forudsætning for en yderligere undersøgelse af markedet ud fra mere kvalitative kriterier. (b) *Produktmarkedets natur*. Kommissionens beslutninger i *Nestlé/Perrier* og *Thorn EMI/Virgin* viser, at sandsynligheden for, at artikel 2, stk. 3 vil blive anvendt på et oligopol, er størst, når det drejer sig om homogene produkter samt om produkter med en lav

<sup>21</sup> Nestlé/Perrier, se ovenfor note 2, punkterne 118-120.

priselasticitet.<sup>22</sup> (c) *Symmetri i de førende virksomheders stilling på markedet.* Kommissionen har i *Nestlé/Perrier* fremhævet, at symmetri i virksomhedernes stilling på markedet kan indicere, at markedet tenderer mod stiltiende samordning. Jo større virksomheders gensidige afhængighed er, desto stærkere er incitamentet til at maksimere indtjeningen ved ikke at konkurrere indbyrdes.<sup>23</sup> (d) *Den begrænsende effekt fra andre udbydere.* I *Nestlé/Perrier* lagde Kommissionen vægt på de øvrige producenters manglende evne til imødegå BSN's og Nestlé's betydelige markedsstyrke. En sådan manglende evne gør sig særligt gældende, hvor de øvrige producenter er små og spredte og således ikke har styrke til at udfordre de store producenter.<sup>24</sup> (e) *Adgangsbarrierer.* Kommissionen undersøgte i *Nestlé/Perrier*-sagen, om der forefandt nogen potentiel konkurrence på markedet. Den søgte herved at klarlægge om, det var sandsynligt, at andre udbydere ville være i stand til at trænge ind på markedet med et udbud og til en pris, der effektivt kunne forhindre, at de etablerede virksomheder hævede priserne eller opretholdt overpriser.<sup>25</sup> Blandt de adgangsbarrierer som bestemmer om en potentiel konkurrence forefindes på et marked er (1) offentlig regulering (2) risikofaktorer, dvs. omkostninger ved etablering og drift sammenholdt med den rådige efterspørgsel (3) kommercielle, tekniske eller markedsføringsmæssige barrierer og (4) kapitalbehov. (f) *Udgangsbarrierer.* Det forhold, at medlemmer af et oligopol ikke er i stand til at omstille deres produktion til andre produkter, gør en stiltiende samordning mere sandsynlig. (g) *Markedets teknologiske modenhed og stabilitet.* I *Nestlé/Perrier* fandt Kommissionen, at en stiltiende samordning lettere kunne forekomme på et stabilt produktmarked, der er kendetegnet ved en vis teknologisk modenhed. Dette kan sammenholdes med, at Kommissionen i andre beslutninger som f. eks. *Rhone Poulenc/SNIA*<sup>26</sup> og *Thorn EMI/Virgin* udtrykkeligt har begrundet sin godkendelse af oligopoldannelser med en hurtig teknologiudvikling på markedet. (h) *Efterspørgselssidens styrke som modvejende faktor.* Kommissionens analyse af efterspørgselssidens modvejende styrke er meget restriktiv, og der forlanges således som i *Alcatel/AEG Kabel* en ganske betydelig køberstyrke, før Kommissionen vil tillægge momentet betydning.<sup>27</sup> (i) *Økonomiske eller ledelsesmæssige bånd.* I *Nestlé/Perrier* fandt Kommissionen, at incitamentet til en stiltiende samordning blev

<sup>22</sup> Nestlé/Perrier, se ovenfor note 2, punkt 122 og 124; Thorn EMI/Virgin, Sag IV/M202, Beslutning af 27. april 1992, punkt 29.

<sup>23</sup> Nestlé/Perrier, se ovenfor note 2, punkt 123.

<sup>24</sup> Nestlé/Perrier, se ovenfor note 2, punkt 129.

<sup>25</sup> Nestlé/Perrier, se ovenfor note 2, punkt 91.

<sup>26</sup> Rhone Poulenc/SNIA, Sag IV/M206, Beslutning af 10. august 1992.

<sup>27</sup> Alcatel/AEG Kabel; Sag IV/M165; Beslutning af 18. december 1991, punkt 25.

forstærket af det forhold, at begge de involverede virksomheder var aktive på markedet for fødevarer i bredere forstand og rent faktisk samarbejdede på flere områder inden for dette marked. Et sådan samarbejde ville indebære en risiko for afsmitning på markedet for mineralvand.<sup>28</sup> (j) *Licitationsmarkeder*. I flere sager synes Kommissionen at være af den opfattelse, at en effektiv konkurrence har bedre vilkår på licitationsmarkeder. Dette var bl. a. tilfældet i *Alcatel/AEG*, hvor det offentlige køberstyrke førte til den konklusion, at konkurrencen på markedet ville blive opretholdt trods af sammenslutningerne.

Den anden gruppe af kriterier, der kan opstilles, vedrører virksomhedernes adfærd. Blandt disse kriterier skal nævnes: (a) *Svækket priskonkurrence*. Kommissionen synes at lægge stor vægt på virksomhedernes tidligere tendens til stiltiende samordning af priserne, når den skal afgøre om en sammenslutning vil resultere i en kollektiv dominerende stilling eller ej. Dette bekræftes i *Nestlé/Perrier*, hvor Kommissionen fandt, at markedet allerede var stærkt koncentreret og priskonkurrencen væsentligt svækket som følge heraf.<sup>29</sup> (b) *Andre konkurrenceparametre end prisen*. Kommissionen kan også inddrage andre konkurrenceparametre end prisen i bedømmelsen af, om et marked vil tendere mod stiltiende samordning. I *DuPont/ICI* fandt Kommissionen således, at markedet var karakteriseret ved en udtalt konkurrence på produktudvikling og produktkvalitet og godkendte sammenslutningen på den betingelse, at der blev skabt en ny konkurrent med en stor udviklingskapacitet.<sup>30</sup> (c) *Fælles optræden mod forsøg på indtrængen på markedet*. I *Nestlé/Perrier* fandt Kommissionen tegn på, at Nestlé og BSN i fællesskab havde forsøgt at imødegå tilbud på Perrier fra andre interesserede. Den anså dette træk som en indikation på, at markedet var modent for stiltiende samordning.

## 7. Perspektiver for en fremtidig anvendelse af konceptet om oligopolistisk dominans

Som det vil fremgå af det ovenstående, tillægger Kommissionen formentlig kvalitative kriterier en stor betydning, når det skal afgøres, om en sammenslutning vil resultere i en kollektiv dominerende stilling. Denne tendens er uheldig, da den medfører en betragtelig usikkerhed om retsstillingen. Tendensen kan dog forklares ud fra det forhold, at fusionsforordningen endnu er relativt

<sup>28</sup> Nestlé/Perrier, se ovenfor note 2, punkt 123.

<sup>29</sup> Nestlé/Perrier, se ovenfor note 2, punkt 118 og 122.

<sup>30</sup> DuPont/ICI, Sag IV/M214, Beslutning af 30. september 1992, EFT 1993, L 7/13-24.

ny, og at konceptet om oligopolistisk dominans langt fra er færdigudviklet.

Manglen på klare og entydige kriterier for fusionsforordningens anvendelse på en kollektiv dominerende stilling volder således en del vanskeligheder. Det ligger fast, at Kommissionen for sit vedkommende søger at udvikle et nyt koncept, der adskiller sig ikke blot fra det kendte koncept om enkeltvirksomheders markedsdominans efter artikel 86 men også fra det meget begrænsede koncept om kollektiv dominans, som Første Instans Retten opstillede i *Planglas-sagen*. Beslutningen i *Nestlé/Perrier* var således baseret på en helt ny doktrin, som oven i købet blev anvendt uden forvarsel.

Der er langt fra det kollektive misbrug af markedsstyrke, som blev sanktioneret i *Planglas-sagen* til den parallelle adfærd mellem virksomhederne, som ved forhåndskontrol søges undgået med beslutningen i *Nestlé/Perrier*. Eftersom der imidlertid nu foreligger en klar beslutning, som viser, at Kommissionen har til hensigt anvende fusionsforordningen til at kontrollere markedsstrukturerne på de oligopolistiske markeder, synes det af hensyn til retssikkerheden påtrængende nødvendigt, at Kommissionen selv opstiller klare retningslinier for en sådan anvendelse.