



**DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT**

Advokatfirmaet Thommessen AS
Postboks 1484 Vika
0116 Oslo

Deres ref

Vår ref

Dato
20.01.17

Vedtak – klage på Konkurransetilsynets vedtak V2016-6 – foretakssammenslutning mellom Umoe Restaurants AS og Dolly Dimple's Norge AS

1. INNLEDNING

I melding om foretakssammenslutning av 5. april 2016 redegjøres det for avtale inngått mellom Umoe Restaurants AS (Umoe Restaurants) og Dolly Dimple's Norge AS (Dolly Dimple's) 30. mars 2016 om Umoe Restaurants' kjøp av aksjer i Dolly Dimple's. Transaksjonen skal gjennomføres ved at Umoe Restaurants Umoe etablerer et nytt datterselskap, Peppes Pizza Holding AS (PP Holding). Umoe Restaurants overfører aksjene i datterselskapet Peppes Pizza AS (Peppes Pizza) til PP Holding. Aksjene i Dolly Dimple's vil deretter overføres til Peppes Pizza, som etter transaksjonen vil inneha 100 prosent av aksjene i Dolly Dimple's. Norgesgruppen Servicehandel AS (NGS) vil motta 9,9 prosent av aksjene i henholdsvis PP Holding og Peppes Pizza som vederlag.

Konkurransetilsynet varslet 14. juli 2016 at det kunne bli aktuelt å gripe inn mot foretakssammenslutningen. Partene ga sine merknader til varselet 4. august 2016. Partene har fremlagt forslag til avhjelpende tiltak. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil de foreslåtte tiltakene ikke avbøte de konkurransemessige virkningene som foretakssammenslutningen vil medføre og tilsynet fattet derfor 15. september 2016 med hjemmel i konkurranseloven § 16 følgende vedtak:

"Foretakssammenslutningen mellom Umoe Restaurants AS og Dolly Dimple's Norge AS forbys."

Ved brev til Konkurransetilsynet av 6. oktober 2016 påklaget Umoe Restaurants v/Kvale Advokatfirma innen fristen på 15 virkedager vedtaket til Nærings- og fiskeridepartementet (NFD). Dolly Dimple's har ikke klaget, men har sluttet seg til klagers anførsler.

Postadresse
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo
postmottak@nfd.dep.no

Besøksadresse
Grubbegata 1
www.nfd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org.nr.
912 660 680

Konkurransopolitisk
avdeling

Saksbehandler
Vibeke Andersen
22240895

Konkurransetilsynet har vurdert klagen, men kommet til at den ikke kan føre fram og at det derfor ikke er grunnlag for å oppheve eller endre vedtaket. Klagen ble derfor oversendt departementet ved tilsynets brev av 27. oktober 2016, mottatt av departementet samme dag. Etter konkurranseloven § 20 a første ledd skal departementet treffe vedtak i klagesaken innen 60 virkedager. Dette medfører at departementet skal treffe vedtak i klagesaken innen 20. januar 2017.

2. OVERSIKT OVER HOVEDPUNKTENE I KLAGEN

2.1 Konkurransetilsynets vedtak

Konkurransetilsynet forbød i vedtak V2016-6 foretakssammenslutningen mellom Umoe Restaurants AS og Dolly Dimple's Norge AS fordi den etter tilsynets vurdering ville føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen nasjonalt og i 20 lokale markeder for take-away og 10 lokale markeder for restauranter.

Partenes restauranter inngår etter tilsynets vurdering i kategorien uformelle spisesteder som avgrenses mot formelle spisesteder og hurtigmatrestauranter. Markedet for take-away/hjemlevering avgrenses mot hurtigmat og kjøp fra kiosk, dagligvare og bensinstasjoner.

Tilsynet finner det ikke nødvendig å ta stilling til om det er et eget marked for pizzarestauranter, da det etter tilsynets mening ikke har avgjørende betydning for konklusjonen i saken.

Tilsvarende har tilsynet ikke funnet det nødvendig å ta stilling til om salg av pizza gjennom take-away/hjemlevering utgjør et eget relevant produktmarked. Når det gjelder det relevante geografiske markedet legger Konkurransetilsynet til grunn at markedene for restaurant og take-away/ hjemlevering både har en nasjonal og en lokal dimensjon. Tilsynet finner at partene har betydelige geografiske overlapp i begge markeder.

Konkurransetilsynet legger i vurderingen av om foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen stor vekt på vurdering av konkurransenærheten mellom partene. Bakgrunnen for dette er at tilsynet legger til grunn at aktørene i denne saken tilbyr differensierte produkter og at foretakssammenslutningen dermed kan bidra til å fjerne konkurransepresstet mellom de to kjedene og således gi dem økt markedsrett. Partenes og andre aktørers markedsandeler vektlegges i mindre grad da tilsynet finner at andelene ikke gir et godt bilde av konkurransepresstet partene opplever i markedet.

For å avgjøre hvor nære konkurrenter partene er og hvilke konsekvenser en sammenslåing av partene derfor vil kunne få, har tilsynet gjennomført forbrukerundersøkelser blant et utvalg av partenes kunder. Disse har blant annet gitt grunnlag for å beregne diversjonsrater som brukes til å vurdere konkurransenærhet mellom aktørene i markedet. Konkurransetilsynet har også beregnet partenes insentiver til å utøve markedsrett som følge av foretakssammenslutningen.

Tilsynet har på bakgrunn av sine vurderinger funnet at partene er nære konkurrenter både nasjonalt og lokalt.

Konkurransetilsynet legger videre til grunn at klager ikke har dokumentert effektivitetsgevinster ved foretakssammenslutningen som kan oppveie det samfunnsøkonomiske tapet som følger av konkurransebegrensningen. Tilsynet fant heller ikke at de avhjelpende tiltakene som partene fremmet, kunne avveie dette tapet.

2.2 Sammendrag av klagen

Umoe Restaurants anfører innledningsvis at foretakssammenslutningen ikke vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, for take-away og restauranter hverken nasjonalt eller lokalt, slik Konkurransetilsynet legger til grunn i det påklagde vedtaket.

Etter klagers mening legger Konkurransetilsynet til grunn et for snevert produktmarked. Tilsynet har heller ikke argumentert for at inngrepsvilkårene vil være oppfylt dersom et bredere produktmarked legges til grunn. Det anføres videre at kundene orienterer seg i et totalmarked for spisesteder, mens tilsynet tilsynelatende har lagt til grunn et marked for kjeder som tilbyr et bredt utvalg av pizza. Videre anfører klager at partene konkurrerer lokalt og at det ikke er grunnlag for å avgrense markedet nasjonalt eller regionalt. Klager anfører også at tilsynet i sine beregninger har overvurdert det lokale prispresset og dermed også det nasjonale prispresset.

Når det gjelder Konkurransetilsynets konkrete vurderinger av de ulike lokale markedene, anfører klager at partene i stor grad er geografisk komplementære, og klager er således uenig i tilsynets vurdering av at det foreligger stor grad av geografisk overlapp. Klager anfører videre at de lokale markedene gjennomgående er preget av sterk konkurranse.

Klager anfører også at markedet er svært lite konsentrert og at det ikke er grunnlag for å hevde at partene er så nære konkurrenter at det gir grunnlag for å utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen. Det er en lav andel kjeder i markedet og Konkurransetilsynet har feilaktig sett bort fra markedsandeler og markedskonsentrasjon i markedet. Det anføres videre at tilsynet ikke i tilstrekkelig grad har vektlagt konkurransepresset fra andre aktører enn partene, og at dette presset er tilstrekkelig til å hindre at partene kan utøve markedsrett etter oppkjøpet. Videre har tilsynet ikke i tilstrekkelig grad tatt hensyn til at mange av partenes utsalgssteder er franchisedrevne i vurderingen av Peppes Pizzas insentiver og muligheter til å øke prisene.

Klager anfører at partene således opererer i et fragmentert marked med lave etableringsbarrierer, og partene er uenige i tilsynets konklusjoner og vurderinger og mener at tilsynets kvantitative analyser ikke er korrekte og dessuten ikke er tilstrekkelig robuste.

Når det gjelder forbrukerundersøkelsene Konkurransetilsynet har gjennomført, anfører klager at disse har betydelige feil og mangler, og uansett er lite representative, og at resultatene derfor ikke kan overføres til markeder hvor det ikke er gjennomført undersøkelser.

Klager anfører også at de i tilstrekkelig grad har redegjort for og sannsynliggjort de anførte kostnadsbesparelsene knyttet til foretakssammenslutningen.

Avslutningsvis anfører klager at Konkurransetilsynet har begått saksbehandlingsfeil som medfører at vedtaket er ugyldig etter forvaltningsloven § 41.

3. UTGANGSPUNKT FOR DEPARTEMENTETS VURDERING

3.1 Rettslig grunnlag for departementets vedtakskompetanse

Etter konkurranseloven § 16 skal Konkurransetilsynet "gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål".

Departementet kan som klageinstans prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter jf. forvaltningsloven § 34. Departementet vil ta utgangspunkt i klagers anførsler til vedtaket, men kan også vurdere forhold som ikke berøres av klager.

I vurderingen av de konkurransemessige virkningene av en foretakssammenslutning tar departementet utgangspunkt i konkurransesituasjonen i de relevante markedene som berøres av

foretakssammenslutningen. Med dette som utgangspunkt, vurderer departementet det hypotetiske utfallet av en foretakssammenslutning sammenliknet med om denne ikke hadde funnet sted. Normalt vil konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen være det beste anslaget på hvordan markedet vil utvikle seg dersom foretakssammenslutningen ikke hadde funnet sted, og det er dette som legges til grunn i denne saken.

4. OM MARKEDET OG PARTENE I FORETAKSSAMMENSLUTNINGEN

4.1 Partene i foretakssammenslutningen og deres virksomhet

4.1.1 Umoe Restaurants AS

Umoe Restaurants er en ledende serveringskjede i Skandinavia med nærmere 350 restauranter og kaféer i Skandinavia. Umoe Restaurant-konsernet hadde en omsetning på omlag tre milliarder kroner i 2015. Hovedkontoret ligger på Lysaker og konsernet har nærmere 4000 ansatte¹. Umoe Restaurants har følgende datterselskaper; Peppes Pizza, King Food AS², American Bistro Scandinavia AS³, Blender AS⁴, Umoe Restaurants Group Coffee AS⁵, Westend Bakeri AS⁶. Virksomheten omfatter en rekke ulike serveringskjeder i Norge; Burger King, TGI Fridays, Peppes Pizza, Starbucks, samt en rekke mindre konsepter som er samlet under restaurantaktøren Blender.

Selskapet Peppes Pizza driver Peppes Pizza-kjeden. Selskapet åpnet sin første restaurant i 1970 og har ifølge meldingen i dag 76 utsalgssteder fordelt over landet, hvorav ■ er egneide og ■ er franchisedrevne⁷. Kjeden driver restaurantvirksomhet med salg av blant annet pizza, salater og sandwicher, og tilbyr take-away og hjemlevering av mat. Av Peppes Pizzas 76 utsalgssteder tilbyr ■ take-away og ■ hjemlevering⁸. Tabellen under viser en oversikt over Peppes Pizza sine utsalgssteder. Et kryss i de tre siste kolonnene i tabellen indikerer hvorvidt utsalgssteder tilbyr restaurantbespisning, hjemlevering og take-away.

¹ På side 14 i klagen fra Umoe Restaurant ved Kvale Advokatkontor DA.

² Franchisetaker for Burger King i Skandinavia.

³ Eier og drifter av TGI Fridays-restaurantene i Skandinavia.

⁴ Serveringsaktør for trafikkknutepunkter og kjøpesentre, som blant annet har restaurantkonseptet Little Eatly i porteføljen.

⁵ Hovedsamarbeidspartner i Skandinavia med Starbucks Coffee Company

⁶ Selskapet selger i første og fremst frossen pizzadeig til restaurantkunder, herunder til hovedkunden Peppes Pizza.

⁷ Tilsynet la til grunn 78 utsalgssteder. Etter den tid har to utsalgssteder blitt nedlagt jf. e-post fra Thommessen den 16. januar.2017.

⁸ Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Kvale Advokatfirma 28. april 2016, vedlegg med utsalgsstedenes omsetning i 2015. I etterkant har to utsalgssteder blitt lagt ned.

Tabell 1: Oversikt over Peppes utsalgsteder⁹

Fylke	Utsalgsted	Nr	F/E	R	H	TA
Akershus	Peppes Pizza Sandvika Storsenter I	1				
	Peppes Pizza Sandvika Storsenter II	2				
	Peppes Pizza Kolsås	3				
	Peppes Pizza Jessheim,	4				
	Peppes Pizza Strømmen	5				
	Peppes Pizza Metro	6				
	Peppes Pizza Lørenskog	7				
	Peppes Pizza Lillestrøm	8				
	Peppes Pizza Drøbak	9				
	Peppes Pizza Asker	10				
	Peppes Pizza Ski Jodam	11				
	Peppes Pizza Ski varehus	12				
	Peppes Pizza Lysaker	13				
	Peppes Pizza Gardemoen	14				
Aust-Agder	Peppes Pizza Arendal	15				
Buskerud	Peppes Pizza Kongsberg	16				
	Peppes Pizza Geilo	17				
	Peppes Pizza Hemsedal	18				
	Peppes Pizza Hønefoss	19				
	Peppes Pizza Drammen	20				
Finnmark	Peppes Pizza Hammerfest	21				
	Peppes Pizza Alta	22				
Hedmark	Peppes Pizza Hamar	23				
	Peppes Pizza Trysil	24				
Hordaland	Peppes Pizza Sotra	26				
	Peppes Pizza Åsane	27				
	Peppes Pizza Nesttun	28				
	Peppes Pizza Vannkanten	29				
	Peppes Pizza Ole Bull	30				
	Peppes Pizza Danmarks plass	31				
	Peppes Pizza Zachariasbryggen	32				
	Peppes Pizza Voss	33				
	Peppes Pizza Husnes	34				
	Peppes Pizza Os	35				
Møre og Romsdal	Peppes Pizza Moa	36				
Nordland	Peppes Pizza Harstad	37				
	Peppes Pizza Narvik	38				
	Peppes Pizza Lofoten	39				
	Peppes Pizza Bodø	40				

⁹ F/E indikere hvorvidt utsalgstedet er franchise eller egeleid. R, H og TA står for henholdsvis restaurant, hjemlevering og take-away.

	Peppes Pizza Mo i Rana	41
Oppland	Peppes Pizza Beitostølen	42
	Peppes Pizza Lillehammer	43
	Peppes Pizza Gjøvik	44
Oslo	Peppes Pizza Aker Brygge	45
	Peppes Pizza Stortingsgaten	46
	Peppes Pizza Oslo S	47
	Peppes Pizza Drammensveien	48
	Peppes Pizza Karl Johansgt.	49
	Peppes Pizza Tåsen	50
	Peppes Pizza Løren	51
	Peppes Pizza Nydalen	52
	Peppes Pizza Ensjø	53
	Peppes Pizza Lambertseter	54
	Peppes Pizza Skøyen	55
	Peppes Pizza Ammerud	56
	Peppes Pizza Hauketo	57
	Peppes Pizza Røa	58
Sogn og Fjordane	Peppes Pizza Førde	59
Sør-Trøndelag	Peppes Pizza Falkenborgveien	60
	Peppes Pizza Kjøpmannsgt.	61
	Peppes Pizza Heimdal	62
Telemark	Peppes Pizza Skien	63
Troms	Peppes Pizza Tromsø	64
	Peppes Pizza Finnsnes	65
Vestfold	Peppes Pizza Larvik	66
	Peppes Pizza Tønsberg	67
	Peppes Pizza Horten	68
	Peppes Pizza Sandefjord	69
Vest-Agder	Peppes Pizza Kristiansand	70
Østfold	Peppes Pizza Sarpsborg	71
	Peppes Pizza Askim	72
	Peppes Pizza Moss	73
	Peppes Pizza Fredrikstad I	74
	Peppes Pizza Fredrikstad II	75
	Peppes Pizza Rygge	76

Peppes Pizza presenterer seg selv som den største restaurantkjeden i Skandinavia og opplyser at "uformell atmosfære, hyggelige omgivelser og en amerikansk pizzameny er grunnsteiner i Peppes".¹⁰ Kjeden har omlag 2 000 ansatte inkludert ansatte i de franchisedrevne utsalgsstedene. Omsetningen for egneide og franchisedrevne utsalgssteder i Peppes Pizza var

¹⁰ Nettsidene til Peppes Pizza, www.peppes.no

henholdsvis ■■■ millioner kroner og ■■■ millioner kroner i 2015.¹¹ Selskapets driftsinntekter i 2015 var ■■■ millioner kroner.

4.1.2 Dolly Dimple's AS

Dolly Dimple's er eid av Norgesgruppen Servicehandel AS (NGS) og ble grunnlagt i 1986. Hovedkontoret ligger i Norgesgruppen ASAs lokaler i Oslo. Norgesgruppen Servicehandel driver for øvrig eierskap, utvikling og drift av ulike konsepter i markedet for lettvinne måltids- og drikkeløsninger, gjennom kjedene Deli de Luca, Tiger, Mix, Dolly Dimple's, Jafs og Kaffe-brenneriet. NGS eier også 50 prosent av restaurantkjeden Big Horn.

Dolly Dimple's har 41 utsalgssteder fordelt over store deler av landet, hvorav ■■ er egneide og ■■ er franchisedrevne. I tabellen under finnes en oversikt over alle utsalgsstedene. Et kryss i de tre siste kolonnene i tabellen indikerer hvorvidt utsalgssteder tilbyr restaurantbespisning, hjemlevering og take-away. Av Dolly Dimple's 41 utsalgssteder tilbyr ■■■ take-away, mens ■■ tilbyr hjemlevering.¹²

Dolly Dimple's har til sammen 615 ansatte, inkludert de ansatte i de franchisedrevne utsalgsstedene. Kjeden opererer i restaurantmarkedet med salg av pizza, salater og småretter, og tilbyr kundene take-away og hjemlevering. Restaurantene til Dolly Dimple's hadde i 2015 en samlet omsetning på ■■■ millioner kroner.¹³ Dolly omtaler seg som "blant Norges største restaurantkjeder".¹⁴ I samme kilde kommer det frem at det er viktig for Dolly Dimple's at kunden skal få den beste pizzaopplevelsen hver gang.

Tabell 2: Oversikt over alle Dolly Dimple's utsalgssteder¹⁵

Fylke	Utsalgssted	Antall	F/E	R	H	TA
Vest-Agder	Dolly Dimple's Fiskebrygga	1				
	Dolly Dimple's Sørlandsparken	2				
Akershus	Dolly Dimple's Sandvika	3				
	Dolly Dimple's Strømmen	4				
	Dolly Dimple's Jessheim	5				
	Dolly Dimple's Vestby	6				
Buskerud	Dolly Dimple's Kongsberg	7				
Hedmark	Dolly Dimple's Hamar	8				
Hordaland	Dolly Dimple's Sartor	9				
	Dolly Dimple's Åsane	10				
	Dolly Dimple's Minde	11				
	Dolly Dimple's Lagunen	12				
	Dolly Dimple's Kokstad	13				

¹¹ Melding side 7.

¹² Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Advokatfirma Ræder 28. april 2016, vedlegg med utsalgsstedenes omsetning i 2015.

¹³ Melding side 8.

¹⁴ Nettsidene til Dolly Dimple's, www.dolly.no

¹⁵ F/E indikere hvorvidt utsalgsstedet er franchise eller egneid. R, H og TA står for henholdsvis restaurant, hjemlevering og take-away.

	Dolly Dimple's Vestkanten	14
	Dolly Dimple's Askøy	15
	Dolly Dimple's Sandviken	16
	Dolly Dimple's Torgallmenningen	17
Møre og Romsdal	Dolly Dimple's Stormoa	18
Nordland	Dolly Dimple's Kanebogen	19
Oslo	Dolly Dimple's NAF huset	20
	Dolly Dimple's Ullevål stadion	21
	Dolly Dimple's Torshov	22
	Dolly Dimple's Tveita	23
	Dolly Dimple's Lambertseter	24
Rogaland	Dolly Dimple's Haugesund	25
	Dolly Dimple's Sandnes	26
	Dolly Dimple's Kvadrat	27
	Dolly Dimple's Forus	28
	Dolly Dimple's Torget	29
	Dolly Dimple's Kilden	30
	Dolly Dimple's Sola	31
	Dolly Dimple's Bryne	32
	Dolly Dimple's Madla	33
	Dolly Dimple's Oasen	34
Sogn og Fjordane	Dolly Dimple's Førde	35
	Dolly Dimple's Sogndalsenteret	36
Sør-Trøndelag	Dolly Dimple's Lade	37
	Dolly Dimple's Moholt	38
	Dolly Dimple's Lerkendal	39
Troms	Dolly Dimple's Jekta	40
Østfold	Dolly Dimple's Sarpsborg	41

4.2 Generelt om serveringsmarkedet og andre restaurantkjeder

Ifølge Statistisk sentralbyrå finnes det 7 227 bedrifter innenfor restaurantvirksomhet i Norge. Tallene omfatter alle bedrifter som serverer komplette måltider, med unntak av cateringvirksomhet og kantiner. Næringen sysselsetter 53 791 personer og omsetter for om lag 34 milliarder kroner¹⁶.

Partene anfører at det var en nettotilvekst av restauranter på ni prosent i perioden 2011 til 2014,¹⁷ mens det har vært en stagnerende utvikling i kategorien pizza¹⁸. Det anføres også at det

¹⁶ Nettsidene til SSB, www.ssb.no, NACE 56.1. Tallene er for 2014.

¹⁷ Tilsvaret side 36.

¹⁸ Referat fra møte med Peppes Pizza 26. mai 2016, side 4 og referat fra møte med Dolly Dimple's 26. mai 2016, side 3, samt interne dokumenter fra partene (bl.a. internt dokument fra Peppes Pizza nr. 2042, side 2 og internt

er vekst i det generelle markedet for levering/take-away av ulike typer mat med unntak av pizzamarkedet hvor veksten stagnerer.¹⁹ Denne utviklingen tilsier at det i dag er mer konkurranse om kundene i markedet for pizza enn tidligere.

Melder har tatt utgangspunkt i at Peppes Pizza og Dolly Dimple's opererer i et marked for "uformelle spisesteder". Uformelle spisesteder er etter Konkurransetilsynets oppfatning restauranter som serverer mat til en moderat pris i en uformell atmosfære. I et internt dokument anslår Dolly Dimple's at uformelle spisesteder utgjør █ milliarder kroner av restaurantnæringens totale omsetning på om lag █ milliarder kroner.²⁰

Både Peppes Pizza og Dolly Dimple's har landsdekkende nettverk av utsalgssteder og det er flere overlapp mellom kjedene. Gitt Konkurransetilsynets markedsavgrensning i take-away-segmentet, har Konkurransetilsynet beregnet at 47 prosent av utsalgsstedene til Peppes Pizza hadde et Dolly Dimple's-utsalgssted innenfor en kjøretid på fem minutter. Tilsvarende tall for Dolly Dimple's-restaurantene var 68 prosent. For hjemlevering viser Konkurransetilsynets beregninger at 56 prosent av utsalgsstedene til Peppes Pizza har et Dolly Dimple's-utsalgssted som tilbyr hjemlevering innenfor en kjøretid på ti minutter. Tilsvarende tall for Dolly var 86 prosent. For ytterligere detaljer om den geografiske markedsavgrensningen vises det til kapittel 6.

4.2.1 Pizzabakeren

Pizzabakeren er en franchisebasert kjede som drives av Pizzabakeren Invest AS. Kjeden startet opp i 2003, og har i dag 134 utsalgssteder fordelt på alle landets fylker. Pizzabakeren hadde en totalomsetning på █ millioner kroner i 2015. Take-away og hjemlevering utgjør henholdsvis █ og █ av omsetningen mens restaurantdrift utgjør den resterende andelen.²¹ Pizzabakeren er ifølge deres nettsider den raskest voksende pizzakjeden i landet, og deres ambisjon er å bli ledende på take-away-pizza i Norden. Deres meny inneholder kun pizza. Pizzabakeren tilbyr pizza gjennom take-away og hjemlevering, men tester også ut restaurantkonseptet med en test-restaurant i Stavanger hvor de også har alkoholserving og en del andre produkter på menyen²².

4.2.2 Domino's Pizza

Domino's Pizza ("Domino's") er en amerikansk internasjonal franchisebasert pizzakjede som er ansett å være verdens nest største pizzakjede. Pizza Pizza Norway AS har lisens for Domino's i Norge, og hadde en omsetning på █ millioner kroner i 2015. Omsetningen fordelte seg hovedsakelig mellom take-away og levering med henholdsvis █% til take-away og █% til levering²³. Domino's startet opp i Norge med to utsalgssteder i 2014 og har i dag ti utsalgssteder

dokument fra Dolly Dimple's nr. 1.37, side 1 og 2, og Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Kvale Advokatfirma 18. mai 2016, side 1).

¹⁹ Referat fra møte med Peppes Pizza 26. mai 2016, side 4 og referat fra møte med Dolly Dimple's 26. mai 2016, side 3, samt interne dokumenter fra partene, blant annet internt dokument fra Peppes Pizza nr. 2042, side 2, internt dokument fra Peppes Pizza nr. 1016, side 8 og internt dokument fra Dolly Dimple's nr. 1.37, side 1.

²⁰ Internt dokument fra Dolly Dimple's nr. 1.37, side 1.

²¹ Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Pizzabakeren 8. mai 2016, spørsmål 2.

²² Referat fra telefonmøte med Pizzabakeren 12. mai 2016, side 3.

²³ Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Domino's 18. mai 2016.

på Østlandet som alle er egneide. Planen er å [REDACTED]²⁴. Domino's meny består i hovedsak av pizza, i tillegg til noen mindre sideretter og desserter.

4.2.3 Egon

Egon-kjeden eies og drives av Norrein AS. Kjeden ble etablert i 1984, og har 37 restauranter i 13 fylker²⁵. Egon omsatte for [REDACTED] millioner kroner i restaurant og [REDACTED] millioner gjennom take-away i 2015.²⁶ Ifølge Egons selv er Egon den restauranten med størst omsetning og flest gjester i alle norske byer hvor kjeden er tilstede. Egon markedsfører seg ikke som pizzarestaurant og menyen på Egons nettsider inneholder alt fra pizza, hamburgere, salater til hovedretter av kjøtt og fisk m.m. Egon tilbyr take-away men ikke hjemlevering.

4.2.4 Olivia

Olivia AS ("Olivia") åpnet sin første restaurant i 2006, og eier og driver i dag tre restauranter i Oslo. Olivia hadde en omsetning på [REDACTED] millioner kroner i 2015.²⁷ I 2015 ble kjeden solgt til oppkjøpsfondet Herkules, som har uttalt at det vil komme mellom 10 og 20 nye Olivia-restauranter i flere norske byer de neste årene.²⁸ Ifølge Olivias nettsider er deres ambisjon å by på de beste smakene fra Italia. Her tilbys "steinovnsbakt, tynn, krispy pizza, klassiske pastaretter og antipasti". Menyene inneholder også salater, supper, fiske- og kjøttrretter. Olivia har en [REDACTED] av omsetningen knyttet til take-away og tilbyr ikke hjemlevering.

4.2.5 Andre restaurant- og take-away/hjemleveringsaktører

I tillegg til ovennevnte aktører hevder partene at de møter konkurranse fra andre nasjonale restaurantkjeder utover pizzakjeder, samt fra andre take-away- og hjemleveringsaktører.²⁹ Det anføres også at partene møter konkurranse fra en rekke lokale aktører.

Andre restaurantkjeder

Av øvrige restaurantkjeder som partene anfører som konkurrenter fremheves Big Horn AS (Big Horn), TGI Friday's, O'Learys, Pizzanini, Flamenco Pizza, Spice og Pizza & Kina Expressen.

Big Horn har 25 restauranter over store deler av landet. NGS eier 50 prosent av Big Horn. Big Horn omtaler seg selv som Norges ledende varemerke innen biffrestauranter og har ikke pizza på menyen. De tilbyr heller ikke take-away eller hjemlevering.

TGI Friday's er som nevnt i kapittel 4.1.1 en del av Umoe Restaurants, og har fire restauranter i Oslo. O'Learys er [REDACTED]. Kjeden har 12 restauranter, hvorav seks ligger på flyplasser. TGI Friday's og O'Learys tilbyr amerikanskinspirert mat, men har ikke pizza på menyen.

²⁴ Referat fra telefonmøte med Domino's 13. mai 2016, side 2.

²⁵ Nettsiden til Egon, www.egon.no.

²⁶ Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Egon 29. april 2016.

²⁷ Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Olivia 5. juli 2016, side 2.

²⁸ Kom frem i Dagens Næringsliv, 22. desember 2015.

²⁹ Meldingen side 12, 13, 26.

Pizzanini er en mindre pizzarestaurantkjede med fem restauranter på Bekkestua, Hamar, i Fredrikstad, Horten og Sarpsborg, men ikke i Oslo. Kjeden startet opp i 1972. På menyen finnes et utvalg av amerikansk og italiensk pizza, i tillegg til blant annet pasta, hamburgere og biff. Pizzanini tilbyr take-away og hjemlevering fra de fleste restaurantene.³⁰

Flamenco Pizza er en aktør som baserer seg på take-away og hjemlevering med fire utsalgssteder i Oslo-området. Menyene deres inneholder et bredt utvalg av amerikansk og italiensk pizza, i tillegg til blant annet hamburgere, grillretter og salater.

Pizza & Kina Expressen er en ren take-away- og hjemleveringsaktør som har åtte utsalgssteder i Stor-Oslo. Menyene er omfattende og består blant annet av pizza og kinaretter samt orientalske og meksikanske retter, pasta, salater og hamburgere.

Spice er en annen ren take-away- og hjemleveringsaktør som leverer i Oslo og deler av Akershus. Menyene består av blant annet hamburgere, grillretter, tex-mex, pasta og pizza (både italiensk og amerikansk). [REDACTED]

³¹.

Lokale frittstående aktører

Det finnes et stort antall frittstående restauranter omkring i Norge som opererer innenfor alle eller noen av de tre segmentene; restaurantservering, take-away eller hjemlevering. Disse kan enten ha en bestemt profil (f.eks. pizzarestaurant, kinarestaurant eller sushirestaurant) eller en mer ubestemt profil med ulikt prisnivå. Av lokale aktører som er nevnt i meldingen, synes det å være få som tilbyr både restaurantservering, take-away og hjemlevering.

Hurtigmatkjeder

Partene tilbyr bespisning innenfor ulike restaurantkonsepter, henholdsvis tradisjonelle restauranter med mange sitteplasser og alkoholservering, samt mer enkle spisesteder på kjøpesenter som omtales som "ekspress-konseptet". Som følge av dette anfører partene at partenes spisesteder som faller inn under "ekspress-konseptet" konkurrerer med andre hurtigmatkjeder.

I meldingen anfører partene at Subway, McDonald's, Burger King og Big Bite er konkurrenter i enkelte lokalkjeder. Felles for slike aktører er at de tilbyr mat raskt og til en rimelig pris, og at kunden gjerne har det travelt og ikke er ute etter en restaurantopplevelse. Maten kan som regel spises i utsalgsstedet eller tas med, men disse kjedene tilbyr ikke hjemlevering. Dolly Dimple's har på spørsmål fra Konkurransetilsynet navngitt [REDACTED] blant sine fem næreste konkurrenter på nasjonalt nivå³².

5. INNSYN I KONKURRANSETILSYNETS VARSEL – MULIGHETENE FOR KONTRADIKSJON

5.1 Klagers anførsler

Klager anfører at partenes mulighet til kontradiksjon er blitt skadelidende da en betydelig mengde opplysninger har blitt unntatt partsoffentlighet i tilsynets varsel om forbud mot foretakssammenslutningen mellom Umoe Restaurants og Dolly Dimple's av 14. juli 2016

³⁰ Nettsidene til Pizzanini, www.pizzanini.no.

³¹ Meldingen side 13 og svar på pålegg om å gi opplysninger fra Kvale Advokatfirma 28. april 2016.

³² Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Advokatfirma Ræder av 28. april 2016.

("varselet"). I tillegg ble enkelte saksopplysninger gjort kjent for partene først etter at vedtaket var truffet. Dette har etter klagers mening medført at partene ikke har hatt anledning til å imøtegå Konkurransetilsynets vurderinger, og at vedtaket derfor må være ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41.

Klager viser til at Konkurransetilsynet har en lovpålagt plikt til å ivareta partenes rett til kontradiksjon under alle ledd i saksbehandlingen, jf. forvaltningsloven §§ 18 og 19. Ifølge klager har Konkurransetilsynet en klar plikt til aktivt å påse at klagers rett til kontradiksjon ivaretas under hele saksbehandlingen. I tillegg har Konkurransetilsynet plikt til å påse at saken er tilstrekkelig opplyst før det treffes vedtak. Partsinnsyn må således ses i sammenheng med forvaltningsloven § 17 tredje ledd, jf. første ledd som sier at partene har rett til "gjøres kjent med opplysninger av vesentlig betydning som det forutsettes at de har grunnlag og interesse for å uttale seg om [...]". Bestemmelsen skal sikre at hensynet til kontradiksjon ivaretas og at partene selv skal kunne bidra til sakens opplysning. Tilsvarende plikt har også blitt lagt til grunn av EU-domstolen, jf. uttalelse i C-204/00- Aalborg Portland and Others v Commission.

Klager skriver at Konkurransetilsynet har unntatt viktige saksopplysninger som klager hele tiden har hatt krav på innsyn i og som har hatt stor betydning for klagers forståelse av tilsynets vurdering av konkurransesituasjonen i de ulike lokalmarkedene. Dette medfører at Konkurransetilsynet har truffet sitt vedtak uten at partene har hatt tilstrekkelig anledning "til å bygge sitt forsvar og imøtegå Konkurransetilsynets vurderinger, [...]" Rettsvirkningene av dette må være ugyldighet.

5.2 Konkurransetilsynets kommentarer til klagen

Konkurransetilsynet kommenterer klagers anførsler om saksbehandlingsfeil i oversendelsesbrevet til departementet. Tilsynet skriver der at unntak fra partsinnsyn ble gjort for opplysninger som tilsynet anså som forretningshemmeligheter, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Etter Konkurransetilsynets vurdering er disse opplysningene verken enkeltvis eller samlet av en slik art eller omfang at partenes rett til kontradiksjon ikke ble tilstrekkelig ivaretatt gjennom varselet. Partene har i tillegg fått løpende innsyn i sakslogg og dokumenter i saken og vært orientert om utviklingen i saken gjennom møter med tilsynet. Konkurransetilsynets vurdering er derfor at tilsynets saksbehandling ikke har vært til hinder for partenes muligheter for kontradiksjon. Vedtaket kan derfor ikke anses å være ugyldig jf. forvaltningsloven § 41.

5.3 Departementets vurdering

5.3.1 Innledning

Både Umoe og Dolly Dimple's har klaget til departementet over manglende partsinnsyn i Konkurransetilsynets varsel mens foretakssammenslutningen var til behandling i tilsynet. Disse klagenes behandles i et separat klagevedtak.

Anførselen om manglende partsinnsyn er i klagen over tilsynets vedtak hevdet å utgjøre en saksbehandlingsfeil som må føre til ugyldighet etter forvaltningsloven § 41. Denne anførselen behandles av departementet i det følgende.

Under behandlingen av klagen over forbud mot foretakssammenslutningen har departementet gitt partenes advokater og rådgivere innsyn i hoveddelen av opplysningene som er omfattet av klagen, etter at hver av partene har gitt samtykke til en slik fremgangsmåte. Hver av partene har på denne måten under departementets saksbehandling fått delvis utvidet innsyn i den annen parts forretningshemmeligheter, men uten at opplysningene er spredt til ansatte i selskapene.

5.3.2 Rettslig utgangspunkt

Virkingen av feil ved saksbehandlingen følger av forvaltningsloven § 41. Ifølge bestemmelsen vil et vedtak være gyldig på tross av saksbehandlingsfeil, dersom det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Motsetningsvis vil et vedtak være ugyldig dersom det er grunn til å tro at feilen har hatt innvirkning på innholdet i vedtaket.

For å avgjøre om det foreligger en saksbehandlingsfeil på grunn av manglende innsyn i opplysninger i varselet, må det vurderes om det var anledning til å unnta opplysningene fra partsinnsyn og om det i så fall likevel skulle vært gitt innsyn etter en avveining av partenes behov for kontradiksjon mot hensynene som taler for hemmelighold.

Utgangspunktet i forvaltningsloven er at partene skal ha innsyn i alle dokumenter i saken jf. forvaltningsloven § 18 første ledd. Dette gjelder uavhengig av om opplysningene er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 jf. § 13b første ledd nr. 1. Begrensninger i retten til partsinnsyn følger av forvaltningsloven §§ 18 – 19.

Den aktuelle unntakshjemmelen i denne saken er forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Bestemmelsen gir adgang til å unnta fra partsinnsyn opplysninger om "tekniske innretninger, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin næringsvirksomhet."

5.3.3 Departementets vurdering

For å avgjøre om det er blitt begått en saksbehandlingsfeil i Konkurransetilsynets behandling av denne saken, må det avgjøres om tilsynet hadde anledning til å unnta de aktuelle opplysningene fra partsinnsyn

Klager anfører at opplysningene ikke er forretningshemmeligheter fordi de er hentet fra Peppes Pizzas egne interne dokumenter. Det samme gjelder tilsynets beregninger av diversjon fra Peppes Pizza til Dolly Dimple's og beregnet GUPPI for Peppes Pizza i ulike lokale markeder, navn på Peppes Pizzas konkurrenter, samt enkelte øvrige opplysninger det vises til i klagen. Bakgrunnen er at opplysninger innhentet fra klager ikke kan være forretningshemmeligheter i forhold til klager. Når det gjelder diversjonsberegninger og GUPPI, gjelder til dels det samme argumentet for så vidt opplysningene er innhentet fra Peppes Pizza og deres kunder. Når det gjelder Peppes Pizzas nærmeste konkurrenter, kan disse ikke være forretningshemmeligheter for Peppes Pizza.

Departementet har kommet til at de opplysninger Konkurransetilsynet har unntatt parts-offentlighet er forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 19 første ledd b. Det er ikke unntatt opplysninger som i sin helhet er hentet fra klager. Deler av opplysningene som er unntatt fra Peppes' innsyn er for eksempel Dolly Dimple's vurderinger om og reaksjon på konkurransepress fra andre aktører. I flere tilfeller behandler tilsynet vurderinger fra flere aktører eller som omhandler flere aktører samlet på en slik måte at informasjon om den enkelte ikke lett kan skilles ut og gjøres tilgjengelig for vedkommende uten at også andre parters sensitive informasjon blir kjent. Opplysningene som er unntatt fra Umoe, gjelder Dolly Dimple's og andre aktørers strategier og vurderinger av egen og andres konkurransesituasjon og hvordan de møter konkurransen fra andre aktører. Dette er svært sensitiv informasjon som i utgangspunktet kan unntas fra partsinnsyn etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at opplysninger om en aktørs marginer og diversjonsrater er sensitiv informasjon som etter sin art typisk vil falle inn under unntaket for forretningshemmeligheter. Dette er informasjon som vil kunne utnyttes i strategiplanlegging og markedstilpasninger til skade for den informasjonen gjelder.

Når det gjelder øvrige opplysninger som er unntatt, slik som navn på konkurrenter, fremtidige etableringsplaner etc., er departementet også enig med tilsynet i at dette er forretningshemmeligheter som kan benyttes i strategiplanlegging og markedstilpasning til skade for den opplysningene angår og at det derfor i utgangspunktet er anledning til å unnta disse opplysningene fra partsinnsyn etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b jf. § 13 første ledd nr. 2.

Det følger av forvaltningsloven at i tilfeller hvor det er anledning til å unnta opplysninger fra innsyn, skal forvaltningen likevel vurdere å gi helt eller delvis innsyn. Merinnsyn bør gis dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak. Departementet må her ta hensyn til at et inngrep mot en foretakssammenslutning er et alvorlig inngrep overfor avtalepartene og at hensynet til kontradiksjon derfor er viktig.

Når det gjelder opplysningene om andre enn partene i foretakssammenslutningen, er departementet enige i at det etter en avveining ikke burde gis innsyn i disse. Hensynet til de opplysningene gjelder, veid opp mot kontradiksjonsmulighetene for klager, tilsier ikke at det bør gis innsyn. Disse opplysningene kan ikke ses å være av særlig viktighet for mulighetene til kontradiksjon. Hensynet til kontradiksjon blir her tilstrekkelig ivarettatt gjennom øvrige opplysninger i varselet. Det samme gjelder opplysningene om andre aktørers etableringsplaner.

Når det gjelder opplysninger om diversjon, kritisk diversjon og GUPPI, er dette informasjon som er svært sentrale i Konkurransetilsynets vedtak. Konkurransetilsynet ga her klager innsyn i egne marginer, egne diversjoner (diversjon fra Peppes Pizza til Dolly Dimple's og andre aktører) og kritisk diversjon fra Dolly Dimple's til Peppes Pizza. Det som er unntatt, er beregninger som ville gi klager innsyn i Dolly Dimple's marginer og diversjonsrater. Konkurransetilsynet ga imidlertid tilbud om at disse opplysningene kunne gjøres kjent for partenes advokater og andre tredjepersoner mot at de avgir taushetsklæringer. Etter departementets vurdering har heller ikke kunnskap om de enkelte tall for diversjon, kritisk diversjon og GUPPI noen avgjørende betydning for partenes mulighet for kontradiksjon, da det likevel fremgår klart av varselet hva Konkurransetilsynet har lagt vekt på og hvilke vurderinger som er gjort i vedtaket. Departementet mener derfor at Konkurransetilsynet har foretatt en forsvarlig avveining etter forvaltningsloven § 18 annet ledd.

Etter departementets vurdering foreligger det derfor ikke saksbehandlingsfeil hos Konkurransetilsynet som kan ha påvirket vedtaket til skade for partene.

Overfor departementet har imidlertid partene gitt samtykke til gjensidig utveksling av store deler av de unntatte opplysninger på nærmere angitte vilkår. Innsyn ble gitt ved at partenes advokater gjennomgikk varselet i departementets lokaler. I de dokumentene som det ble gitt innsyn i, var forretningshemmeligheter som angikk andre enn partene, samt forretningshemmeligheter som partene fremdeles uttrykkelig ønsket unntatt fra den annen part sladdet. Partenes advokater ble ved dette gitt fullt innsyn i diversjonsrater, kritisk diversjon og GUPPI-beregninger.

Etter dette har klager gjennom saksbehandlingen for departementet fått innsyn i den forespurte informasjonen, og har derigjennom fått anledning til å kommentere disse. Partene har etter dette ikke kommet med nye anførsler i tilknytning til den sladdede informasjonen etter at innsyn ble gitt. De har heller ikke bedt om at innsyn skal gis til en utvidet krets. Dette underbygger departementets vurdering ovenfor, om at manglende innsyn ikke kan ha hatt betydning for partenes muligheter til kontradiksjon eller for saksutfallet som sådan.

6. MARKEDSAVGRENSNING

6.1 Klagers anførsler

6.1.1 Produktmarked

Til støtte for klagen fremsetter Umoe Restaurants fire hovedanførsler knyttet til Konkurransetilsynets avgrensning av produktmarkedet. Klager anfører for det første at tilsynet legger til grunn et for snevert produktmarked, og at tilsynet ikke har dokumentert at inngrepsvilkårene også vil være oppfylt dersom et bredere produktmarked legges til grunn. Klager anfører videre at Konkurransetilsynets manglende konklusjon i avgrensningen av produktmarkedet utgjør en rettsanvendelsesfeil som har virket inn på vedtaket. Klager anfører også at tilsynet ser bort fra avgrensningen av produktmarkedet i konkurranseanalysen, noe som medfører at tilsynet ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til konkurransepresset øvrige aktører utøver på partene i de ulike lokale markedene. Endelig anføres det at Konkurransetilsynet har avgrenset produktmarkedet for snevert fordi tilbudssubstitusjon fra restaurant til take-away ikke er tilstrekkelig hensyntatt. Etter klagers syn er det tilbudssubstitusjon fra restaurant til hjemlevering. Ifølge klager vil dette kun kreve mindre investeringer. Det vises i den forbindelse til svært lave etablerings- og byttekostnader og en markedsutvikling med nye leveringsplattformer og distribusjonsledd mellom kunde og restaurant, herunder Foodora og Just Eat.

6.1.2 Geografisk marked

Umoe Restaurants anfører at det ikke er grunnlag for å avgrense markedet verken nasjonalt eller regionalt, og fremholder at restaurantbesøk og etterspørsel av take-away/hjemlevering etter sin art er lokal. Klager begrunner dette med at transportkostnadene alene tilsier at markedet ikke kan ha en slik utstrekning. Klager anfører videre at kjøretidene som Konkurransetilsynet har lagt til grunn kun vil danne et utgangspunkt for de konkrete avgrensningene av de lokale markedene. Det vises i den forbindelse til at markedenes geografiske utstrekning vil variere mellom ulike lokale områder. Ifølge klager vil blant annet forbrukere i rurale og mindre tettbygde strøk normalt være villig til å kjøre lengre enn kunder i bysentrum, og de vil også ofte være nødt til det. Klager anfører også at det for hjemlevering er kunstig å avgrense det geografiske markedet til mindre enn hele byen. Det vises i den forbindelse til at alle utsalgssteder i byer som tilbyr hjemlevering av pizza tilbyr hjemlevering over hele byen. Ved å begrense markedet for hjemlevering på denne måten i Oslo og andre større byer, blir det reelle tilbudet av hjemlevering av pizza kategorisk undervurdert.

6.2 Konkurransetilsynets vurdering

6.2.1 Produktmarked

Konkurransetilsynet bemerker at markedsavgrensningen ikke er et mål i seg selv, men et middel for å trekke opp rammene for analysen av foretakssammenslutningers virkninger på konkurransen, jf. vedtaket avsnitt 93. Tilsynet viser til at hovedformålet med avgrensningen er på en systematisk måte å identifisere umiddelbare begrensninger i den konkurransemessige handlefriheten de fusjonerende virksomhetene står overfor, jf. vedtaket avsnitt 92. Tilsynet understreker imidlertid at det ikke er en mekanisk sammenheng mellom avgrensningen av et marked og utfallet av tilsynets analyser av de konkurransebegrensende virkningene av en foretakssammenslutning.

Konkurransetilsynet har i vedtaket lagt til grunn at aktørene i denne saken tilbyr differensierte produkter. Konkurransetilsynet vil derfor i vurdering av om foretakssammenslutningen fører til

eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen hovedsakelig legge vekt på konkurransenærhet mellom partene. Det fremgår av vedtaket at konkurransepresset mellom partene påvirkes av hvor substituerbare produktene i markedet er. Jo mer substituerbare partenes produkter er, jo sterkere er konkurransepresset de fusjonerende virksomhetene utøver på hverandre før foretakssammenslutningen, og desto mer sannsynlig er det at de fusjonerende virksomhetene vil øke prisene etter foretakssammenslutningen. Konkurransepresset de øvrige aktørene i markedet utøver på partene har i utgangspunktet liten betydning for om partene kan utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen. Tilsynet bemerker derfor at det ikke er behov for å endelig ta stilling til hvilke differensierte produkter som inngår i det relevante produktmarkedet. I vurderingen av om foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen vektlegger tilsynet konkurransenærhet mellom partene, samt konkurransepress fra andre aktører, både kjeder og enkeltstående.

For å vurdere konkurransepresset mellom partene har Konkurransetilsynet i denne saken foretatt en omfattende kvalitativ vurdering basert på blant annet svarbrev fra konkurrenter, gjennomgang av partenes interne dokumenter og vurderinger av produktlikhet langs sentrale konkurranseparametere. Tilsynet har også beregnet diversjonsrater med utgangspunkt i forbrukerundersøkelser. Det vises til at denne tilnærmingen for å vurdere konkurransepresset partene utøver på hverandre er i tråd med praksis fra Kommisjonen. Etter tilsynets oppfatning gir partenes markedsandeler både nasjonalt og i lokale markeder svært begrenset informasjon om konkurransepresset partene utøver på hverandre.

Formålet med markedsavgrensningen er ifølge tilsynet å trekke opp rammene for konkurranseanalysen – vurderingen av om foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, jf. konkurranseloven § 16 første ledd. Tilsynet har i samsvar med langvarig og konsekvent praksis tatt utgangspunkt i partenes virksomhet ved avgrensningen av produktmarkedet. Tilsynet viser til at partene er nasjonale kjeder med overlappende virksomheter innen salg av pizza i tre ulike salgskanaler: uformelle spisesteder ("restauranter"), take-away og hjemlevering. Utgangspunktet for vurderingen er derfor slik tilsynet ser det om kjeder som selger pizza innen hver av disse salgskanalene, utgjør egne produktmarkeder. Tilsynet har deretter vurdert ulike utvidelser av produktmarkedet basert på informasjon oppgitt i svarbrev fra partene, partenes interne dokumenter, samt forbrukerundersøkelsene som ble gjennomført i sakens anledning.

Konkurransetilsynet har videre vurdert om partenes pizzarestauranter er i samme marked som andre uformelle og formelle spisesteder. Det fremgår av vedtaket i avsnitt 145 - 147 at tilsynet har kommet til at formelle spisesteder og hurtigmatrestauranter ikke inngår i det samme relevante produktmarkedet som uformelle spisesteder. Videre finner tilsynet visse indikasjoner på at det kan foreligge et eget produktmarked for utsalgssteder som er en del av en kjede. I den sammenheng vises det til at kjeder kan ha stordriftsfordeler som vil kunne redusere de gjennomsnittlige kostnadene. Videre viser tilsynets forbrukerundersøkelser at en stor del av diversjonen fra partenes utsalgssteder både innenfor restaurant og take-away går til kjeder. Konkurransetilsynet finner det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til om det finnes et eget marked for kjederestauranter, da dette ikke vil ha betydning for konklusjonen i saken. Bakgrunnen for dette er som nevnt at tilsynet i sin vurdering av om foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, i stor grad vil legge vekt på konkurransenærhet mellom aktører, og da særlig konkurransenærhet mellom partene.

Tilsynet finner videre at pizzarestauranter og andre restauranter som tilbyr et bredt utvalg av pizza, trolig utgjør et eget relevant produktmarked. Tilsynet viser i den forbindelse blant annet til at forbrukerundersøkelsen viser at pizzarestauranter og restauranter som tilbyr et bredt utvalg

av pizza får høyere diversjon enn andre restauranter. Av de grunner som allerede nevnt, finner tilsynet det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til om det finnes et eget marked for pizzarestauranter, eller om det relevante markedet også inneholder andre uformelle spisesteder, ettersom det ikke har betydning for konklusjonen i saken. Tilsynet foretar likevel en bred konkurranseanalyse og vurderer konkurransepress både fra aktører som i hovedsak selger pizza og fra øvrige aktører. Videre finner tilsynet at det foreligger et eget relevant produktmarked for omsetning av matretter gjennom take-away/hjemlevering, men finner det heller ikke nødvendig å ta endelig stilling til om salg av pizza gjennom take-away/hjemlevering utgjør et eget marked.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er partene tilstrekkelig nære konkurrenter til at klager får insentiver til å øke de kvalitetsjusterte prisene sine, og at motvirkende faktorer som nyetablering, potensiell konkurranse og kjøpermakt ikke vil være tilstrekkelig til å hindre partene i å utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen. Foretakssammenslutningen vil således føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, og inngrepsvilkårene i konkurranseloven § 16 er etter tilsynets oppfatning oppfylt.

Endelig finner Konkurransetilsynet det sannsynlig at det ikke er tilstrekkelig tilbudssubstitusjon til at uformelle spisesteder vil inngå i produktmarkedet for take-away/hjemlevering. I den forbindelse viser tilsynet blant annet til at det for restauranter som tilbyr pizza, kan være noen kostnader forbundet med å utvide tilbudet til også å omfatte take-away og hjemlevering. Det vil videre kunne være strategiske årsaker til at restauranter ikke ønsker å tilby take-away/hjemlevering. Konkurransetilsynet er likevel til dels enig med partene i at mange uformelle restauranter, herunder alle partenes restauranter, tilbyr take-away og at dette kan tale for at det kan foreligge tilbudssubstitusjon. Tilsynet er også enig i at det for en del egnede restauranter vil være mindre ressurskrevende å utvide driften til også å omfatte take-away. Konkurransetilsynet har imidlertid tatt hensyn til konkurransepresset fra andre aktører som allerede er innen take-away eller hjemlevering i konkurranseanalysen. Tilsynet finner det videre ikke sannsynlig at aktører som i dag kun driver med restaurantdrift, vil utøve et sterkt konkurransepress på aktører innen take-away/hjemlevering. Aktører som ikke tilbyr take-away i dag, har typisk ikke beliggenhet eller meny som er særlig gunstig for take-away. Tilsynet finner det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til om restauranter gjennom tilbudssubstitusjon inngår i take-away/hjemleveringsmarkedet, da dette ikke vil ha betydning for konklusjonen i saken.

6.2.2 Geografisk marked

Konkurransetilsynet gjentar at markedsavgrensningen ikke er et mål i seg selv, men kun et middel for å trekke opp rammene for analysen av foretakssammenslutningers virkninger på konkurransen. Konkurransetilsynet viser til at det relevante markedet avgrenses med utgangspunkt i etterspørernes substitusjonsmuligheter. Normalt er transportkostnaden den faktoren som har størst betydning for markedets geografiske utstrekning. Forbrukernes substitusjonsmuligheter er utgangspunktet for Konkurransetilsynets vurdering av produktmarkedenes geografiske utstrekning. Reisetid og transportkostnader gjør at de fleste forbrukere legger restaurantbesøk til spisesteder i nærområdet. Videre vil også kunder som ønsker take-away og hjemlevering foretrekke utsalgssteder som ligger nært bosted eller arbeid. En vurdering basert på etterspørselssubstitusjon tilsier derfor lokale markeder.

Konkurransetilsynet har i vedtaket *ikke* avgrenset et eget nasjonalt marked, men lagt til grunn at produktmarkedene, både markedene for restaurant og take-away/hjemlevering, har en nasjonal og en lokal dimensjon. Bakgrunnen for dette er at flere av de sentrale konkurranseparameterne fastsettes både lokalt og nasjonalt.

Konkurransetilsynet legger til grunn relevante geografiske markeder for restaurantsegmentet basert på en kjøretid på fem minutter, og for take-away og hjemleveringssegmentet basert på en kjøretid på henholdsvis fem og ti minutter. Tilsynet baserer dette på resultater fra forbrukerundersøkelsene, høringssvar, interne dokumenter og leveringstider. Tilsynet bemerker at det ikke er nødvendig å vurdere om markedene er snevrere ettersom det ikke har avgjørende betydning for konklusjonen i saken. Tilsynet vil kunne vurdere konkurransepress fra uformelle spisesteder og take-away og hjemleveringssteder også utenfor de angitte kjøretidene i konkurranseanalysen.

Tilsynet legger videre til grunn at hjemleveringskunder trolig vil ha preferanser for å få levert mat fra utsalgssteder som er nære leveringsstedet. Dette blant annet som følge av tiden det tar å få levert maten.

6.3 Departementets vurdering

6.3.1 Produktmarked

Departementet er enig med tilsynet i at markedsavgrensningen ikke er et mål i seg selv, men et middel for å trekke opp rammene for vurderingene av om foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Det vises i den forbindelse til at tilsynets overordnede tilnærming er i tråd med EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante markedet.³³ Det fremgår av EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring punkt 2 at:

" Markedsavgrensning benyttes som et middel til å trekke opp grensene for konkurransen mellom foretak, og tjener til å fastlegge rammene for Overvåkningsorganets anvendelse av konkurransepolitikken. Hovedformålet med markedsavgrensningen er på en systematisk måte å identifisere de begrensninger i den konkurransemessige handlefrihet som de berørte foretak står overfor. Formålet med å avgrense et marked både som produktmarked og som geografisk marked, er å identifisere hvilke faktiske konkurrenter som er i stand til å begrense de berørte foretakenes markedsatferd og hindre dem i å opptre uavhengig av et effektivt konkurransetrykk. Det er ut fra denne synsvinkel at en markedsavgrensning gjør det mulig bl.a. å beregne markedsandeler, som kan gi nyttig informasjon om markedsinnflytelse med sikte på å vurdere dominans eller anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53."

Departementet viser videre til at avgrensningen av det relevante produktmarkedet foretas som hovedregel ut fra en vurdering av om kundene anser produktene som innbyrdes substituerbare, jf. EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring punkt 15. En rekke momenter fremheves som relevante ved vurderingen av om to produkter er substituerbare på etterspørselssiden. Særlig fremheves opplysninger om substitusjon i den senere tid, synspunkter fra kunder og konkurrenter, forbrukerpreferanser, hindringer for og omkostninger ved kanalisering av etterspørselen til substituerbare produkter, samt prisdifferensiering, jf. kunngjøringen punkt 37. flg. Substitusjon på tilbudssiden kan også tas i betraktning ved markedsavgrensningen dersom den har de samme umiddelbare og direkte virkninger som etterspørselssubstitusjon. Dette forutsetter at leverandørene som svar på små og varige endringer i relative priser, kan omstille produksjonen til de produktene det gjelder og tilby dem på kort sikt uten at det medfører

³³ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) – EFT L 200, 16. juli 1998, side 46 og EØS-tillegget til EF-tidende No 28, 16. juli 1998, side 3.

betydelige kostnader eller vesentlig risiko. Slike umiddelbare og direkte virkninger tilsvarer virkningene av etterspørselssubstitusjon, jf. kunngjøringen punkt 20 flg.

Departementet bemerker i likhet med tilsynet at det i markeder med differensierte produkter skal legges betydelig vekt på konkurransenærhet mellom partene i vurderingen av om foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, jf. konkurranseloven § 16 første ledd. Det er fordi en viktig, og ofte den viktigste, konkurranse-skade i slike fusjoner er knyttet til den isolerte virkningen av at partene slår seg sammen, i motsetning til konsentrasjon i et marked med homogene produkter hvor den største skaderisiko er endret prisadferd hos alle aktørene som følge av konsentrasjon. Departementet viser i den forbindelse til kapittel 9.3.3 nedenfor, hvor departementet har forklart og begrunnet vektleggingen av konkurransenærhet mellom de fusjonerende virksomhetene i konkurranseanalysen. Departementet vil her kort gjenta at konkurransepresset de øvrige aktørene i markedet utøver på partene i utgangspunktet har liten betydning for om partene kan utøve markedsrett etter foretakssammenslutningene.³⁴ Etter departementets syn gir partenes markedsandeler både nasjonalt og i lokale markeder svært begrenset informasjon om konkurransepresset partene utøver på hverandre. Se i den forbindelse også departementets nærmere vurdering i kapittel 9.2.3. I markeder med differensierte produkter er det viktigere for å vurdere virkningen av en foretakssammenslutning å finne ut hvilke produkter som er nære substitutter og derigjennom hvor nære konkurrenter partene er. Det er etter departementets syn derfor ikke nødvendig å avgrense hvert enkelt lokalk marked.

Departementet finner det derfor ikke nødvendig å trekke endelige konklusjoner om hvilke differensierte produkter som utgjør det relevante produktmarkedet i et gitt område. Endelig avgrensning av produktmarkedet anses ikke nødvendig for konkurranseanalysen. I markeder med differensierte produkter vil uansett en markedsavgrensning bli unøyaktig, av den enkle grunn at differensieringen leder til at ulike aktører konkurrerer med hverandre med ulik intensitet. En endelig markedsavgrensning vil derfor overvurdere konkurranseintensiteten mellom aktører som faller innenfor, og undervurdere muligheten for konkurranse fra aktører som faller utenfor det definerte markedet.

Departementet finner derfor heller ikke grunn til å foreta en selvstendig og endelig avgrensning av de relevante produktmarkedene som berøres av foretakssammenslutningen mellom Peppes Pizza og Dolly Dimple's.

Departementet bemerker videre at Konkurransetilsynets tilnærming om ikke å ta endelig stilling til om et marked skal avgrenses snevrere, er i tråd med de britiske konkurransemyndighetenes retningslinjer for foretakssammenslutninger og praksis både fra Konkurransetilsynet og britiske konkurransemyndigheter. I den sammenheng vises det til retningslinjene kapittel 5.2.4 hvor det fremgår at:

"Reflecting the different functions of the two Authorities, the OFT will usually make an initial assessment of the boundaries of the relevant market but may not reach a conclusion, while the CC will usually reach a conclusion on the relevant market in cases referred to it."

Departementet viser også til at britiske konkurransemyndigheter (OFT) i saken Home Retail Group plc – Focus (DIY) Ltd fra 2008 uttalte følgende om behovet for markedsavgrensning i fusjonssaker i avsnitt 30:

³⁴ Se for eksempel Thomas Buettner, *Closeness of Competition from an Economic Perspective*, Journal of European Competition Law & Practice, juli 2016.

"At the same time, as OFT Guidance states, market definition need not to be determinative in merger control, and frequently is not, especially when the merging parties' products are differentiated."

Et annet eksempel til illustrasjon er Konkurransetilsynets vedtak V2016-3 AT Skog SA – NEG Skog AS, hvor det i avsnitt 134 uttales at:

"Konkurransetilsynet finner det ikke nødvendig å ta endelig stilling til om markedet for salg av henholdsvis sagtømmer og massevirke bør inndeles ytterligere med hensyn til tresort og kvalitet, ettersom det ikke har betydning for tilsynets konklusjoner i saken."

På denne bakgrunn er departementet derfor ikke enig med klager i at tilsynets manglende konklusjon i avgrensningen av produktmarkedet utgjør en rettsanvendelsesfeil som medfører at vedtaket må anses ugyldig.

Departementet er videre av den oppfatning at det er en bred avgrensning av produktmarkeder for omsetning gjennom henholdsvis restauranter og take-away/hjemlevering som utgjør rammeverket for konkurranseanalysen i tilsynets vedtak. Departementet viser i den forbindelse til at tilsynet har tatt hensyn til forhold som tilsier at konkurransepress fra enkelte aktører er viktigere enn fra andre, herunder segmentering innenfor det relevante markedet, samt vurdering av konkurransepress fra aktører utenfor det relevante markedet. Departementet bemerker at denne tilnærmingen er i tråd med praksis fra andre konkurransemyndigheter. I de britiske konkurransemyndighetenes retningslinjer for foretakssammenslutninger kapittel 5.2.2 fremgår det at:

"Market definition is a useful tool, but not an end in itself and identifying the relevant market involves an element of judgement. The boundaries of the market do not determine the outcome of the Authorities' analysis of the competitive effects of the merger in any mechanistic way. In assessing whether a merger may give rise to an SLC the Authorities may take into account constraints outside the relevant market, segmentation within the relevant market, or other ways in which some constraints are more important than others."

Departementet viser videre til at Konkurransetilsynet har foretatt en bred gjennomgang av konkurransepresset partene utøver på hverandre, samt konkurransepresset øvrige aktører utøver på partene, både i de overordnede vurderingene og i de konkrete vurderingene av konkurransen i de lokale områdene. Dette innebærer også en omfattende og detaljert vurdering av konkurransepresset fra aktører som ikke tilbyr pizza, og fra aktører som ikke er en del av en kjede. Departementet er derfor uenig med klager i at tilsynet i vedtaket ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til konkurransepresset øvrige aktører utøver på partene i de ulike lokale markedene.

Departementet er derfor heller ikke enig med klager i at det legges til grunn en for snever markedsavgrensning i vedtaket.

Når det gjelder anførselen om at det er tilbudssubstitusjon mellom restaurant og take-away/hjemlevering, er departementet i det vesentlige enig i Konkurransetilsynets vurdering, og slutter seg til denne.

Departementet har på denne bakgrunn kommet til at Umoe Restaurants' anførsler knyttet til avgrensningen av produktmarkedet er ubegrunnet og at klagen på dette punktet ikke kan føre frem.

6.3.2 Geografisk marked

Departementet bemerker i likhet med Konkurransetilsynet at avgrensningen av det geografiske markedet kun benyttes for å trekke opp rammen for konkurranseanalysen. Departementet viser

også til at det i tilsynets vedtak fremkommer tydelig at det ikke avgrenses et nasjonalt (eller regionalt) marked, men at det kun legges til grunn at markedet har en nasjonal og lokal dimensjon, noe som følgelig er tatt hensyn til i konkurranseanalysen. Denne tilnærmingen er etter departementets syn i tråd med praksis både fra Konkurransetilsynet og britiske konkurransemyndigheter. Konkurransetilsynet uttalte for eksempel i saken V2015-24 Coop Norge Handel AS – ICA Norge AS avsnitt 87 at:

"Oppsummert er det Konkurransetilsynets vurdering at markedet for dagligvarer solgt gjennom dagligvarebutikker har både en nasjonal og lokal dimensjon."

Også de britiske konkurransemyndighetene har tilsvarende i flere saker lagt til grunn at det relevante geografiske markedet har både en nasjonal og lokal dimensjon.³⁵

Beliggenhet er et sentralt konkurranseparameter for å vurdere konkurransenærhet mellom partene. Konkurransen mellom partene skjer derfor lokalt, der kundene foretar sine kjøpsbeslutninger, samtidig som partene fastsetter viktige konkurranseparametere sentralt, og driver en kjedevirksomhet med nasjonal utbredelse. Departementet legger derfor i likhet med tilsynet til grunn at markedet har en lokal og en nasjonal dimensjon.

Departementet konkluderer med at Konkurransetilsynets avgrensning av kjøretider er et godt utgangspunkt for konkurranseanalysen i de enkelte lokale markedene og legger disse til grunn for egne vurderinger. Departementet bemerker at tilsynet i konkurranseanalysen også ser på konkurransepress fra uformelle spisesteder og take-away og hjemleveringssteder utenfor de angitte kjøretidene.

Departementet har på denne bakgrunn kommet til at Umoe Restaurants' anførsler knyttet til avgrensningen av det geografiske markedet er ubegrunnet og at klagen på dette punktet ikke kan føre frem.

7. ALTERNATIVSITUASJONEN

Konkurransetilsynet anfører i sitt vedtak i kapittel 6 at det normalt vil legge til grunn konkurranse situasjonen slik den var før foretakssammenslutningen som det beste anslaget på hvordan denne ville utvikle seg dersom foretakssammenslutningen ikke hadde funnet sted.³⁶ Dette er også i samsvar med Kommisjonens praksis og retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger.³⁷

Partene opplyste tilsynet om at [redacted] utsalgssteder ville bli lagt ned innen ett år, herunder [redacted]. I vurderingen la Konkurransetilsynet til grunn at alternativsituasjonen var som situasjonen før foretakssammenslutningen, men med unntak for disse [redacted] utsalgsstedene. I etterkant av dette har ytterligere [redacted] av [redacted] utsalgssteder blitt nedlagt, herunder [redacted].

³⁵ Se de britiske konkurransemyndighetenes sak Anticipated combination of Pure Gym Limited and The Gym Limited avsnitt 57 og CMAs vedtak i fusjonen mellom Ladbrokes og Coral, side 10.

³⁶ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009 på klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22, punkt 7.1. Tilsvarende også punkt 7.5.

³⁷ Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger (2004/C 31/03), avsnitt 9.

I e-post av 4. januar 2017 opplyste klager om at ytterligere utsalgssteder er besluttet nedlagt i løpet av 2017, se tabell under. Samtidig skal det åpnes et nytt franchisedrevet utsalgsted i [REDACTED].

Tabell 3: Oversikt over utsalgsteder som er besluttet lagt ned i 2017

Oversikten over utsalgsstedene som er besluttet nedlagt i 2017 ble forelagt departementet sent i klageprosessen. Etter departementets oppfatning er det ikke tilstrekkelig dokumentert overfor departementet at de ville skjedd uavhengig av foretakssammenslutningen. Videre mener departementet at det kan være usikkerhet knyttet til noen av nedleggelsene siden de ligger noe fram i tid.³⁸ Det kan dermed forekomme endringer i disse beslutningene. Departementet viser i denne sammenheng til at [REDACTED]

Departementet finner på denne bakgrunn ikke grunn til å legge vekt på klagers tilleggsopplysninger i vurderingen av alternativsituasjonen. Selv om departementet skulle ha vektlagt disse opplysningene, og lagt til grunn en annen alternativsituasjon enn situasjon før foretakssammenslutningen ville det uansett ikke hatt betydning for departementets konklusjon i saken.

8. KONKURRANSETILSYNETS FORBRUKERUNDERSØKELSER OG PRISPRESSANALYSER

8.1 Innledning

En vesentlig del av klagen og saksbehandlingen har dreid seg om klagerne kritikk av Konkurransetilsynets undersøkelser av diversjon mellom partenes restauranter, og beregning av hvilket insentiv til prisøkning denne diversjonen leder til. Denne problemstillingen har nær sammenheng med både markedsavgrensningen, jf. kapittel 6 ovenfor, og konkurranseanalysen, jf. kapittel 9 nedenfor, men behandles likevel i et eget kapittel her.

8.2 Klagers anførsler

Til støtte for klagen anfører Umoe Restaurants overordnet at Konkurransetilsynets kvantitative analyser ikke er tilstrekkelig representative, robuste og korrekte.³⁹ Videre fremsettes til sammen åtte hovedanførsler knyttet til Konkurransetilsynets beregninger av lokal diversjon for salgskanalene restaurant, take-away og hjemlevering.

Klager anfører for det første at analysene av diversjon er beheftet med betydelige feil og svakheter, og avdekker dessuten stor heterogenitet, og derfor ikke kan vektlegges i saken.⁴⁰ Det

³⁸ [REDACTED].

³⁹ Klagens kapittel 2, side 5.

⁴⁰ Klagens kapittel 2, hovedanførsel IV.

vises til at forbrukerundersøkelsene er basert på lite representative kundeutvalg, samt et lite representativt utvalg av partenes totale omsetning og utsalgssteder. Når det gjelder direkteintervjuene rettet mot partenes restaurantvirksomhet påpekes at disse undersøkelsene omfatter kun fem av totalt 123 restauranter i bare tre overlappområder gitt ved Bergen, Kristiansand og Ålesund. Diversjonsspørsmålet i direkteintervjuene har en svarprosent på knappe to prosent av totalt antall spurte. Webundersøkelsene rettet mot partenes take-away- og hjemleveringsvirksomhet omfatter på sin side 12 av til sammen 122 utsalgssteder, samt bare seks av 20 overlappsmarkeder hvor tilsynet mener det er grunnlag for å gripe inn. Flere av de gjennomførte webundersøkelsene har så lav svarprosent at Konkurransetilsynet har valgt å se bort fra dem. Klager påpeker videre at også for webundersøkelsene er svarprosenten på diversjonsspørsmålet gjennomgående lav. Sett fra partenes ståsted fremstår forbrukerundersøkelsenes resultater som lite robuste og representative. Stor variasjon i resultater mellom ulike lokale områder og begrenset datagrunnlag gjør så det ikke kan trekkes generelle konklusjoner på basis av forbrukerundersøkelsene.⁴¹

For det andre anfører klager at diversjonsrateundersøkelser generelt er lite egnet i det markedet partene opererer i fordi kundene i disse markedene ikke har noen klar formening om sitt andrevalg ved valg av restaurant.⁴² I respondentenes svar på diversjonsspørsmålet fremgår følgelig ikke respondentenes faktiske andrevalg på beslutningstidspunktet, men i stedet det alternative respondentene har lengst fremme i hukommelsen på selve intervjutidspunktet. Siden restauranter med sterke merkenavn da vil ha høyere sannsynlighet for å bli oppgitt som andrevalg er det grunn til å tro at forbrukerundersøkelsene til Konkurransetilsynet kan ha overvurdert diversjonen mellom partene.⁴³ Videre påpekes ved Oslo Economics at respondentenes svar på hypotetiske spørsmål ikke nødvendigvis reflekterer det respondentene faktisk ville ha gjort i en reell situasjon.⁴⁴ Oslo Economics viser i den forbindelse til andre alternative metoder enn spørreundersøkelser som Konkurransetilsynet kunne anvendt for å belyse diversjon mellom partene.

For det tredje anfører klager at det er sprik mellom resultatene fra henholdsvis direkteintervjuene og webundersøkelsene for segmentet restaurant, spesielt for analysene av Kristiansand. De beregnede vektete diversjonsratene mellom partene i webundersøkelsen er betydelig lavere enn inntektsdiversjonsratene beregnet på basis av resultatene fra direkteintervjuene. Dette tilsier etter partenes syn at ingen av de to undersøkelsene kan tillegges vekt av betydning.⁴⁵

Videre anfører partene at bruk av inntektsdiversjonsrater innebærer større grad av usikkerhet. Én enkelt kundes kjøp kan påvirke resultatene fra direkteintervjuene rettet mot partenes restaurantvirksomhet.⁴⁶ Dette illustreres eksempelvis i direkteintervjuene for Kristiansand hvor

⁴¹ Klagens kapittel 7.3.4.1, side 34.

⁴² Klagens kapittel 2, hovedanførsel IV der det vises til rapporten fra Fred Selnes: "*Foretakssammenslutningen mellom Umoe Restaurants AS og Dolly Dimple's Norge AS – Vurdering og merknader til Konkurransetilsynets kundeundersøkelse.*"

⁴³ Se rapporten fra Oslo Economics: "*Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6*", side 14.

⁴⁴ Se rapporten fra Oslo Economics: "*Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6*", side 14.

⁴⁵ Klagens kapittel 7.3.4.1, side 36.

⁴⁶ Klagens kapittel 7.3.4.1, side 36

inntektsdiversjon fra Peppes Pizzas restaurantvirksomhet er høyest til [REDACTED], mens kunde-diversjonen er høyest til [REDACTED]. Videre viser Oslo Economics⁴⁷ til at ved å ta ut én ekstrem-observasjon, så reduseres beregnet inntektsdiversjon fra Dolly Dimple's til Peppes Pizza med fem prosentpoeng, mens tilsvarende kundediversjonsrate reduserer med ett prosentpoeng. Sett fra partenes ståsted tilsier ovennevnte at Konkurransetilsynet burde være ytterst varsom med å tillegge direkteundersøkelsen for Kristiansand vekt.

For det femte anfører klager at det må utvises varsomhet med å tillegge webundersøkelsene for mye vekt, jf. at intervjuobjektene bl.a. er blitt forelagt konkurrentlister med oversikt over alternative utsalgssteder. Dette kan tenkes å ha påvirket respondentens svar på diversjons-spørsmålet. Videre påpeker partene ved Oslo Economics at konkurrentlistene respondentene ble forelagt i forbindelse med gjennomføringen av webundersøkelsene ikke er fullstendige.⁴⁸ Dette vil også kunne gi opphav til skjevhet i de beregnede diversjonsratene.

Klager anfører også at det ikke er tilfeldig hvem som står med telefonnummer på partenes kundelister. Dersom disse kundene har relativt høy preferanse for (partenes) pizzaprodukt, vil beregnet diversjon basert på webundersøkelsene (mellom partene) bli skjeve (overvurdert).⁴⁹

For det syvende anfører klager ved Oslo Economics⁵⁰ at Konkurransetilsynet ikke kan se bort fra den statistiske usikkerheten knyttet til sine beregnede diversjonsrater, og at tilsynet i liten grad i vedtaket drøfter usikkerheten knyttet til de beregnede diversjonsratene. Klager viser i denne forbindelse til britiske konkurransemyndigheters retningslinjer, der det fremgår at det er god praksis å synliggjøre statistisk usikkerhet knyttet til sentrale estimater ved hjelp av konfidensintervall.⁵¹

For det åttende anføres ved Oslo Economics at intervjuerne i forbindelse med gjennomføringen av direkteintervjuene kan ha påvirket respondentenes svar. At respondentene blir stilt spørsmål relatert til restaurantbesøk eller take-away/hjemlevering i forkant av diversjonsspørsmålet mener Oslo Economics kan medføre at respondentene er mer tilbøyelig til å velge pizza som svaralternativ.

Når det gjelder Konkurransetilsynets prispressanalyser og beregninger av kritiske diversjonsrater og marginer, fremsetter Umoe Restaurants til sammen fire hovedanførsler til støtte for sin klage.

For det første anfører klager at Konkurransetilsynet har overvurdert partenes insentiver til å heve prisene som følge av foretakssammenslutningen i lokalmarkeder.⁵² Dette skyldes først og fremst at partene fastsetter priser og en rekke andre konkurranseparametere nasjonalt på basis av de gjennomsnittlige konkurranseforholdene partene står overfor. I overlappsmarkeder hvor konkurransen er relativt hard nettopp fordi partene konkurrerer mot hverandre, vil partenes

⁴⁷ Se rapporten fra Oslo Economics: "*Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6*", side 16.

⁴⁸ Se rapporten fra Oslo Economics: "*Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6*", side 15.

⁴⁹ Klagens kapittel 7.3.4.1.1, side 37 og rapporten fra Oslo Economics: "*Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6*", kapittel 2.

⁵⁰ Se rapporten fra Oslo Economics: "*Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6*", side 16 – 19.

⁵¹ Se avsnitt 3.62 i Competition Commission, 2011. "*Good practice in the design and presentation of consumer survey evidence in merger inquiries.*"

⁵² Klagens kapittel 6.3.4.1.1.

nasjonale priser trolig være høyere enn de lokale profittmaksimerende prisene partene ville ha fastsett med lokal prising. Klager anfører at dette i så fall betyr at det isolert sett vil være lønnsomt å sette prisen ned i overlappsmarkedene. En prisreduksjon gir opphav til økt omsatt mengde, og verdien av den økte omsetningen vil i overlappsmarkedene overstige den negative effekten som følge av lavere marginer.

Tilsvarende anfører klager at i lokale markeder hvor partene ikke rivaliserer seg imellom, så vil trolig de nasjonale prisene være lavere enn de lokale profittmaksimerende prisene partene ville fastsatt med lokal prising. I så fall betyr dette at det isolert sett vil være lønnsomt å sette prisen opp i markedene hvor partene ikke rivaliserer seg imellom. En prisøkning gir opphav til økte marginer, og den positive effekten som følge av høyere marginer vil i markedene uten overlapp overstige den negative effekten som følge av redusert omsatt mengde.

Høyere priser i overlappsmarkedene enn det som er optimalt, gitt konkurranseforholdene, leder til at Konkurransetilsynet overvurderer det lokale prispresset i lokale overlappsmarkeder. Videre understreker klager at de lokale prispressberegningene ikke sier noe om hvor mye det vil være lønnsomt å øke pris etter foretakssammenslutningen.

For det andre anfører klager at Konkurransetilsynet trolig har overvurdert også det samlede prispresset på partenes nasjonale priser.⁵³ Dels skyldes dette at det lokale prispresset i overlappsmarkedene er overvurdert. Videre kommer en betydelig del av partenes omsetning fra byområder der konkurransen slik partene ser det, må forventes å bli lite påvirket av transaksjonen. Det samme gjelder for markedene uten overlapp partene imellom. Klager anfører at dette trekker i retning av at områdene der konkurransen eventuelt kan svekkes som følge av transaksjonen trolig tillegges liten vekt av partene når de nasjonale prisene fastsettes. Følgelig er det liten grunn til å tro at de nasjonale prisene vil øke merkbart selv om transaksjonen isolert sett skulle gitt insentiver til å heve prisen i noen lokalk markeder. Selv i de overlappsmarkedene der Konkurransetilsynet identifiserer et stort prispress vil ikke prisene øke mer enn det nasjonalprisene eventuelt skulle øke – og nasjonalprisene er det sett fra partenes ståsted ingen grunn til å tro at vil øke merkbart. Av ovennevnte grunner anfører klager at Konkurransetilsynet trolig har overvurdert både det lokale og nasjonale prispresset.

Når de gjelder Konkurransetilsynets beregninger og bruk av kritiske diversjonsrater for markeder der det ikke er gjennomført undersøkelser, anfører klager at denne metoden implisitt innebærer en "kvantifisering" av en vurdering som i sin helhet kun er "kvalitativ" og fullstendig basert på en ekstrapolering av resultater fra et fåtall markeder med svært heterogen diversjon. Konsekvensen av ovenstående er at Konkurransetilsynets inngrep i markeder hvor det ikke er foretatt forbrukerundersøkelser alene vil hvile på tilsynets kvalitative vurderinger av konkurransenærhet, snarere enn den presenterte tilsynelatende kvantitative analysen. I tillegg kommer at Konkurransetilsynets kvalitative analyser i denne saken, sett fra klagers ståsted, under ingen omstendighet kan sannsynliggjøre diversjon mellom partene på de nivåer som tilsynets kritiske diversjonsrater tilsier.

Endelig anfører klager at Konkurransetilsynet har overvurdert partenes marginer fordi tidshorisonten for marginalkostnadsberegningene på tre måneder er for kort. Klager understreker at tidshorisonten for marginalkostnadsberegningen bør tilsvare tidshorisonten for partenes prisingsbeslutning lik seks til 12 måneder. Innenfor et slikt tidsintervall er det etter klagers oppfatning rimelig å legge til grunn at alle personalkostnader varierer med volum. Større deler av andre kostnadsposter som husleie, strøm etc. vil ventelig også kunne vurderes som variable i et slikt tidsperspektiv. Klager viser til at ved å anta at arbeidsinnsats i sin helhet er en variabel

⁵³ Klagens kapittel 6.3.4.1.1.

innsatsfaktor, så reduseres partenes beregnede marginer med ti prosent. Klager bemerker at en slik markant marginreduksjon vil ha betydelig effekt på Konkurransetilsynets beregning av kritisk diversjon i hvert marked.

8.3 Konkurransetilsynets vurdering

8.3.1 Konkurransetilsynets vurdering av klagers hovedanførsler knyttet til forbrukerundersøkelsene

Konkurransetilsynets vurderinger av klagers anførsler knyttet til forbrukerundersøkelsene fremgår i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak, samt i oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016 (oversendelsesbrevet), kapittel 3.8 og 3.12.1.2.

I vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak fremgår i avsnitt 55–60 tilsynets vurderinger av klagers anførsler knyttet til troverdigheten ved respondentenes svar på forbrukerundersøkelsenes diversjonsspørsmål. Konkurransetilsynet viser for det første til at tilsynet har gjennomført forbrukerundersøkelser med sikte på å belyse diversjon i flere ulike fusjonssaker. Eksempelvis ble liknende spørreundersøkelser utført og vektlagt i vurderingen av foretakssammenslutninger i treningssentermarkedet, hagesentermarkedet og dagligvaremarkedet.⁵⁴ Også britiske konkurransemyndigheter har lagt betydelig vekt på resultater fra forbrukerundersøkelser i sine vurderinger av en rekke ulike foretakssammenslutninger, herunder i markeder for treningssenter, puber, glidemiddel, kino og tipping.⁵⁵ Konkurransetilsynet kan ikke se at valg av spisested eller valg av take-away- eller hjemleveringstilbyder skiller seg vesentlig fra valg kundene er blitt spurt om i andre liknende forbrukerundersøkelser nevnt ovenfor.

Videre viser Konkurransetilsynet til at i direkteintervjuene har respondentene på diversjonsspørsmålet kort tid i forveien tatt et valg om hvor de skal spise. Respondentene som besvarer diversjonsspørsmålet i webundersøkelsene for take-away og hjemlevering, har på sin side tatt et valg knyttet til kjøp av take-away/hjemlevering i løpet av de siste tre månedene. Av webundersøkelsen for take-away fremgår at 29 prosent av respondentene har bestilt take-away to ganger i løpet av de siste tre månedene, 12 prosent har bestilt tre ganger og ni prosent flere enn tre ganger. For webundersøkelsene rettet mot hjemlevering er tilsvarende andeler lik henholdsvis 35 prosent, 14 prosent og syv prosent. Dessuten er andelen som svarte "Vet ikke" etter Konkurransetilsynets oppfatning relativt lav i samtlige gjennomførte forbrukerundersøkelser.⁵⁶ Sett fra Konkurransetilsynets ståsted indikerer det ovennevnte at respondentene har beslutningsprosessen relativt nært i minne, og derfor husker de ulike alternativene de vurderte på beslutningstidspunktet når de svarer på selve diversjonsspørsmålet.

⁵⁴ V2013-12 Altor Fund III (via ELIXIA Holding IV AS/TryghetsGruppen smba – ELIXIA Holding III AS/Health & Fitness Nordic AS, V2012-18 Plantasjen Norge AS/Oddernes Gartneri AS, V2015-24 Coop Norge Handel AS/Ica Norge AS.

⁵⁵ Competition Commissions sak Green King plc – Spirit Pub Company plc (2015), Reckitt Benckiser Group plc – K-Y Brand (Johnson-Johnson) (2015), Cineworld Group plc – City Screen Limited (2013), og Ladbrokes plc – Coral (2016).

⁵⁶ I direkteintervjuene var andelen som svarte "Vet ikke" på diversjonsspørsmålet 20 prosent, mens det i webundersøkelsene for take-away og hjemlevering var henholdsvis åtte og ni prosent som svarte "Vet ikke", jf. avsnitt 60 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak.

I avsnitt 64 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak fremgår at tilsynet mener anførselen fra klager om gjennomgående lave svarandeler på forbrukerundersøkelsenes diversjonsspørsmål ikke er relevant i vurderingen av forbrukerundersøkelsenes responsrater. Antallet respondenter er ulikt i de forskjellige forbrukerundersøkelsene Konkurransetilsynet har gjennomført, og det varierer hvor mange respondenter som har besvart de ulike spørsmålene i en gitt undersøkelse.⁵⁷ Responsratene til webundersøkelsene varierer mellom 13 prosent og 15 prosent. Det ble ikke registrert responsrater i gjennomføringen av direkteintervjuene, men etter tilsynets oppfatning er normalt responsratene for direkteintervjuer betydelig høyere enn for webundersøkelser.

Det anføres i Selnes' rapport at målemetoden i forbrukerundersøkelsene vil kunne overdrive diversjonen til pizza som følge av at respondentene ikke evner å tenke helt tilbake til starten av beslutningsprosessen.⁵⁸ Konkurransetilsynet bemerker til dette at tilsynet ved utformingen av forbrukerundersøkelsene har forsøkt å minimere mulig vinklingskjevhet mot andre typer mat enn pizza.⁵⁹ Av spørsmålsordlyden i diversjonsspørsmålet fremgår at respondenten skal tenke tilbake til det tidspunktet da respondenten besluttet å besøke restauranten eller bestille take-away/hjemlevering. Spørsmål om reisetid, viktigheten av ulike valgkriterier ved valg av utsalgssted osv., ble stilt i forkant av selve diversjonsspørsmålet med sikte på å hjelpe respondentene til å tenke tilbake til selve beslutningstidspunktet. Konkurransetilsynet vurderer på bakgrunn av det forannevnte at utfordringer knyttet til vinklingskjevhet kun i liten grad har påvirket respondentenes svar på diversjonsspørsmålet i de gjennomførte forbrukerundersøkelsene, og at disse undersøkelsene således er egnet til å belyse diversjon mellom ulike aktører.

Sett fra Konkurransetilsynets ståsted er det heller ikke grunn til å tro at diversjon til aktører med sterke merkevarer systematisk overvurderes i de forbrukerundersøkelsene tilsynet har gjennomført i foreliggende sak.⁶⁰

Basert på det ovenstående er det Konkurransetilsynets oppfatning at spørreundersøkelser er en velegnet metode for å kartlegge forbrukernes preferanser i markedene som berøres i foreliggende sak, og at diversjonsratene beregnet på basis av resultatene fra forbrukerundersøkelsene gir verdifull informasjon om hvor nære konkurrenter ulike aktører er.

Populasjonen for Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser er partenes restaurant-, take-away- og hjemleveringskunder. I oversendelsesbrevets kapittel 3.7 fremgår at tilsynet ved både utarbeidelse og gjennomføring av forbrukerundersøkelsene har fulgt prinsippene i egen veileder som gjelder for analyser som fremlegges for tilsynet,⁶¹ samt retningslinjene til EU-kommisjonen og de britiske konkurransemyndighetene nevnt av klager.⁶²

⁵⁷ Dette avviker fra responsrate fordi noen respondenters svar medfører at de ikke får videre spørsmål med hensikt. Eksempelvis vil respondenter som svarer at de ikke hadde innflytelse på beslutningen om å spise restauranten eller bestille take-away/hjemlevering ikke få ytterligere spørsmål. I tillegg varierer andelen som har svart "Vet ikke" på diversjonsspørsmålet mellom de ulike forbrukerundersøkelsene.

⁵⁸ Tilsvaret, bilag 1. "Vurdering av og merknader til Konkurransetilsynets kundeundersøkelse" av professor Frode Selnes, Handelshøyskolen BI, side 8 – 9.

⁵⁹ Se vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak og avsnitt 19 – 22, samt avsnitt 52 – 54.

⁶⁰ Se vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak og avsnitt 65 – 71.

⁶¹ Se "Veiledning for utarbeidelse av økonomiske analyser som fremlegges for Konkurransetilsynet", kapittel 2 og 3.4.

⁶² Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 12.

For å sikre god nok representativitet foretok Konkurransetilsynet utvelgelsen av partenes restauranter for direkteintervjuene på grunnlag av kriteriene omsetning og beliggenhet. I utvelgelsen av utsalgssteder for webundersøkelsene ble i tillegg omfanget av tilgjengelige mobilnummer via partenes kundelister i ulike inngrepsområder vektlagt.

Anførselen fra partene om at utvalget av respondenter i Konkurransetilsynets webundersøkelser er skjevt grunnet overvekt av kunder som har preferanse for pizza, bygger etter tilsynets oppfatning på en antakelse om at partenes kundelister består av kunder som i større grad bestiller pizza enn det som er representativt for hele markedet. I så fall vil de beregnede diversjonene bli overdrevne. I oversendelsesbrevets kapittel 3.7 viser Konkurransetilsynet til at de kundelistene som er brukt i forbindelse med webundersøkelsene består av mobilnummer til kunder som har forhåndsbestilt take-away eller hjemlevering fra partene. Listene er følgelig en oversikt over historiske bestillinger, og ikke medlemslister i en kundeklubb eller liknende bestående av kunder som kan antas å ha sterkere preferanser for partenes hovedprodukt enn gjennomsnittskunden. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er således webundersøkelsenes utvalg, basert på partenes kundelister, ikke overrepresentert av bestemte kundetyper med sterkere preferanse for pizza.

I denne saken har Konkurransetilsynet i liten grad gjennomført tester av utvalgene av respondenter ettersom spesifikke karakteristikk for partenes kundepopulasjon ikke er kjent. Konkurransetilsynet har på den annen side ingen indikasjoner på at utvalget av respondenter i undersøkelsene avviker fra partenes kundemasse, eller konkrete anførsler fra partene knyttet til hvilke type respondenter som skulle være under- eller overrepresentert, eller anførsler knyttet til hvordan et eventuelt skjevt utvalg vil påvirke resultatene.⁶³

Konkurransetilsynet kan basert på det ovenstående ikke se at diversjonsrateberegningene er overdrevet som følge av skjevheter i utvalgene av respondenter for henholdsvis direkteintervjuene rettet mot restaurantvirksomhet og webundersøkelsene rettet mot take-away og hjemlevering.

I avsnitt 44–45 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak redegjør tilsynet for svakheter ved utvalget av respondenter for webundersøkelsen rettet mot restaurantvirksomhet, da dette er take-away- og hjemleveringskunder som spørres om restaurantbesøk. Denne undersøkelsen er derfor tillagt liten vekt i tilsynets vurderinger i vedtaket.

Basert på det ovenstående er det Konkurransetilsynets vurdering at utvalgene av respondenter for forbrukerundersøkelsene er representative, og at undersøkelsene som er gjennomført i denne saken ikke bryter med retningslinjene klager viser til.

Klager anfører at det er gjennomført forbrukerundersøkelser i et fåtall markeder. Til dette påpeker Konkurransetilsynet i oversendelsesbrevet at direkteintervjuene omfatter tre av de ti områdene der Konkurransetilsynet for segmentet restaurant finner at foretakssammenlutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen.⁶⁴ Samtlige av partenes fem utvalgte restauranter har en årlig omsetning på [redacted], og utsalgsstedenes samlede restaurantomsetning utgjør [redacted] av partenes totale restaurantomsetning i de ti inngrepsområdene.

⁶³ Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 12.

⁶⁴ Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 13.

Av de 24 gjennomførte webundersøkelsene for take-away og hjemlevering er det 18 undersøkelser som har mer enn 50 svar på diversjonsspørsmålet og tillegges vekt i Konkurransetilsynets vurderinger. For segmentene take-away og hjemlevering finner Konkurransetilsynet at foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i til sammen 20 områder. Webundersøkelsene rettet mot segmentet take-away omfatter fem av de 20 inngrepsområdene nevnt over, mens webundersøkelsene for hjemlevering omfatter fire inngrepsområder.

Klager anfører at store variasjoner i resultatene fra forbrukerundersøkelsene mellom ulike områder tilsier at resultatene ikke kan overføres til områder der det ikke er gjennomført undersøkelser. Konkurransetilsynet er som det fremgår av avsnitt 73 – 76 i vedtakets vedlegg 1, enig i at det er variasjon i diversjonsratene mellom partene i ulike områder og at ikke samtlige resultater fra forbrukerundersøkelsene kan generaliseres til å gjelde i alle andre lokale markeder. Tilsynet peker i denne forbindelse på at selv om diversjonen mellom partene varierer, så er variasjonene på tvers av områder i hovedsak i overenstemmelse med hva man skulle forvente gitt partenes lokasjoner. Konkurransetilsynet har videre ingen indikasjoner på at konkurranseforholdene i områdene der det er gjennomført undersøkelser er systematisk annerledes enn konkurranseforholdene i andre inngrepsområder, og høy diversjon partene imellom i storbyene er en sterk indikator på høy diversjon mellom partene i områder der det også er færre alternative tilbydere. Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan resultatene fra de gjennomførte forbrukerundersøkelsene derfor ha overføringsverdi til markeder med karakteristika som likner markeder der det er gjennomført undersøkelser.⁶⁵

Konkurransetilsynet viser videre til at tilsynet så vel som britiske konkurransemyndigheter av praktiske hensyn tidligere har gjennomført forbrukerundersøkelser kun i et utvalg av markedene hvor partene har overlappende virksomhet, og så vektlagt resultatene i vurderingen av andre marked. Tilsynet kan basert på det ovenstående ikke se at klagers generelle anførsel om at forbrukerundersøkelsenes resultater ikke kan overføres til andre inngrepsmarkeder kan føre frem.

Klager mener det foreligger problemer med undersøkelsenes representativitet pga. lav svarandel på diversjonsspørsmålet. Konkurransetilsynet bemerker til dette i oversendelsesbrevets kapittel 3.7 at tilsynet har beregnet 95 prosent konfidensintervall for sine anslag på diversjon mellom partene. I de konkrete vurderingene har tilsynet hensyntatt antall svar og usikkerheten i diversjonsanslagene, og vektlagt resultater tilsvarende. Siden anslagene på diversjon partene imellom gjennomgående er høye blir selv den nedre grensen i 95 prosent konfidensintervallene forholdsvis høy i alle undersøkelsene der tilsynet mener resultatene fra diversjonsrateundersøkelsene indikerer at partene er nære konkurrenter.

Klager anfører at lav svarprosent kombinert med bruken av inntektsdiversjonsrater medfører at én enkelt kundes kjøp påvirker resultatene. Videre peker partene ved Oslo Economics på at det i flere områder ikke er statistisk grunnlag for å slå fast at diversjonsratene partene imellom er høyere enn 20 prosent.⁶⁶

⁶⁵ Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 14

⁶⁶ Se rapporten fra Oslo Economics: "Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6", side 17.

Til dette viser Konkurransetilsynet i oversendelsesbrevet⁶⁷ for det første til at de verdivektede diversjonsratene (inntektsdiversjonsratene) og de uvektede kundediversjonsratene beregnet på basis av resultatene fra direkteintervjuene er forholdsvis like. Følgelig er det de samme aktørene som får høy diversjon både når en legger til grunn beregnede inntektsdiversjonsrater og kundediversjonsrater. For det andre påpeker tilsynet at ettersom de beregnede diversjonsratene partene imellom er høye, er selv den nedre grensen i de tilhørende 95 prosent konfidensintervallene forholdsvis høy i alle forbrukerundersøkelsene. Videre kan ikke Konkurransetilsynet se at en må kunne si med 95 prosent sikkerhet at diversjonen partene imellom overstiger 20 prosent for å vektlegge størrelsen på de anslåtte diversjonsratene.⁶⁸ De sanne diversjonsratene kan være høyere eller lavere enn de anslåtte inntektsdiversjonsratene som ligger midt i de respektive konfidensintervallene, men punktestimaterne er slik Konkurransetilsynet ser det den beste tilnærmingen til de sanne diversjonsratene. Konkurransetilsynet viser i denne sammenheng også til at beregnede diversjonsrater og kvalitative vurderinger av konkurransenærhet trekker i samme retning. Sett fra tilsynets ståsted er ikke usikkerheten i de verdivektede kundediversjonsratene av en slik størrelse at en utelukkende bør benytte kundediversjonsrater i analysene av markedssegmentet restaurant.

I oversendelsesbrevets kapittel 3.12.1.2 fremgår Konkurransetilsynets vurderinger av klagers anførsler ved Oslo Economics knyttet til alternative metoder Konkurransetilsynet kunne anvendt for å avdekke diversjon mellom partene, at merkevare er mindre viktig i vurderingen av konkurransenærhet mellom partene, at intervjuerne ved gjennomføring av direkteundersøkelsene kan ha påvirket valg av respondenter, troverdigheten i respondentenes svar på diversjonsspørsmålet, at spørsmålsstillinger og rekkefølgen til spørsmålene kan ha gitt opphav til skjevheter i beregnede diversjoner og betydningen av mangelfulle konkurrentlister brukt i Konkurransetilsynets webundersøkelser.

Til det første påpeker Konkurransetilsynet at bruken av "conjoint"-undersøkelser og diskret valg-metoder i fusjonssaker fremdeles er på eksperimentstadiet og ikke er tilstrekkelig utprøvd til at det foreligger generell veiledning og beste praksis. Konkurransetilsynet vurderer at det vil være vanskelig å benytte ovennevnte metoder innenfor fastsatte tidsfrister i konkurranseloven § 16. Forbrukerundersøkelser liknende dem tilsynet har utført i foreliggende sak er imidlertid utført og vektlagt av både Konkurransetilsynet, Kommisjonen og britiske konkurransemyndigheter i en rekke tidligere saker.⁶⁹

Til det andre fastholder Konkurransetilsynet vurderingen av at diversjon anses som et bedre mål på konkurransenærhet enn svarene respondentene har oppgitt på spørsmål om rangering av valgkriterier som merkevare. Forbrukerundersøkelsene viser at en stor del av diversjonen går til andre aktører (inkl. partene) som er en del av en kjede.

Hva gjelder anførselen knyttet til at intervjuerne ved gjennomføringen av direkteintervjuene har påvirket utvalget av respondenter påpeker Konkurransetilsynet at det var servitørene som identifiserte respondentene, og ikke intervjuerne. I intervjuguiden presiseres at servitørene skulle benytte "neste-tilgjengelige-kunde-prinsippet" for utvelgelse av respondenter.⁷⁰ Følgelig

⁶⁷ Se oversendelsen av UMOE Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 14.

⁶⁸ Se rapporten fra Oslo Economics: "*Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6*", side 18 – 19.

⁶⁹ Se fotnotene 51 og 52 over. Videre vises til Kommisjonssak COMP/M. 6992 – Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland.

⁷⁰ Se avsnitt 24 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak.

er det liten grunn til å tro at intervjuerne har påvirket respondentenes svar på selve diversjonsspørsmålet i direkteintervjuene.

Klager ved Oslo Economics stiller også spørsmål ved troverdigheten til respondentenes svar på diversjonsspørsmålet i Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser. Respondentenes svar på hypotetiske svar trenger ikke nødvendigvis reflektere det respondenten faktisk ville gjort i en reell situasjon. At beslutningstidspunktet ligger lenger tilbake i tid i webundersøkelsene kan også ha innvirkning på svarene og føre til at svarene kan avvike fra det reelle andrevalget. Til dette viser Konkurransetilsynet til sin vurdering i avsnitt 19 – 22 i vedtakets vedlegg 1 om at tilsynets utforming av forbrukerundersøkelsene medfører at nevnte form for vinklings skjevhet i liten grad påvirker respondentenes svar.

Oslo Economics anfører at spørsmålsstillingen Konkurransetilsynet har benyttet i direkteintervjuene kan gi opphav til blokkerings effekter ved at mindre kjente aktører kunne blitt valgt oftere dersom respondentene hadde blitt forelagt en konkurrentliste. At respondentene blir stilt spørsmål relatert til restaurantbesøket eller take-away/hjemlevering i forkant av diversjonsspørsmålet mener Oslo Economics kan medføre at respondentene er mer tilbøyelig til å velge pizza som svaralternativ.

I vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak fremgår i avsnitt 65 – 71 tilsynets vurdering av nevnte anførsel. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil ikke spørsmålsstillingen brukt i forbrukerundersøkelsene favoriserer kjente aktører som Dolly Dimple's og Peppes Pizza. Betydningen av merkevarer er slik tilsynet ser det relevant både når kunder tar faktiske valg om hvor de vil spise/bestille take-away eller hjemlevering, og når respondenter i en forbrukerundersøkelse svarer på hypotetiske spørsmål.

Sett fra tilsynets ståsted er det ikke grunn til å tro at diversjon til aktører med sterke merkenavn alltid overvurderes i forbrukerundersøkelser. Det kan argumenteres for at respondenter som baserer seg på minnebasert kjennskap når de tar faktiske valg, vil kunne velge alternativer de normalt ikke ville vurdert i forbrukerundersøkelser der de blir forelagt konkurrentlister. Sterke merkevarer kan medføre at når kunder tar faktiske valg oppstår det såkalte "blokkerings effekter" for kunder som benytter minnebaserte beslutninger. Dette betyr at sterke merkevarer blir oftere valgt, mens mindre kjente aktører blir mentalt blokkert ute.

Blokkerings effekter motvirkes i forbrukerundersøkelser gjennom bruk av konkurrentlister som forelegges respondentene når de skal besvare diversjonsspørsmålet. Dersom en andel av kundene gjør faktiske valg basert på minnebasert kjennskap, vil diversjonen til sterke merkevarer således kunne bli undervurdert i forbrukerundersøkelser hvor respondentene får velge fra en konkurrentliste. Denne effekten gjør seg gjeldende for webundersøkelsene tilsynet har gjennomført i sakens anledning.

Tilsvarende kan det argumenteres for at respondenter som baserer seg på stimulusbasert kjennskap når de tar faktiske valg, i større grad vil velge merkevarer i forbrukerundersøkelser som ikke benytter konkurrentlister. Dermed overvurderes diversjonen til sterke merkevarer. Dette er en mindre relevant problemstilling i de tilfeller hvor respondenten kort tid i forveien har foretatt faktiske valg og derfor har beslutningsprosess og de ulike alternativene som ble vurdert forholdsvis klart for seg. Følgelig er det slik tilsynet vurderer det liten grunn til å anta at resultatene fra direkteintervjuene har gitt opphav til betydelig overvurdering av diversjonen partene imellom.

Det er uvisst i hvilken grad partenes kunder baserer sine valg på minnebasert eller stimulusbasert kjennskap. I den grad partenes kunder foretar faktiske valg basert på minnebasert kjennskap, kan det argumenteres for at webundersøkelsene vil gi opphav til undervurderte

diversjonsrater partene imellom. Konkurransetilsynet kan følgelig ikke se at klagers anførsel om at diversjon til aktører med sterke merkevarer er overdrevet kan føre frem. Sett fra tilsynets ståsted er det i stedet grunn til å tro at diversjonen til partene er undervurdert i webundersøkelsene.

Anførselen om at respondenter heller mot å velge pizza grunnet spørsmålsrekkefølgen i forbrukerundersøkelsene imøtegås av Konkurransetilsynet ved igjen å vise til at tilsynets utforming av forbrukerundersøkelsene medfører at nevnte form for vinklingskjevhet i liten grad har påvirket respondentenes svar på diversjonsspørsmålet.

Når det gjelder anførselen om konkurrentlister anvendt i webundersøkelsene, bemerker Konkurransetilsynet at partene ble gitt anledning til å gi innspill til oversiktene over aktuelle aktører anvendt i forbindelse med webundersøkelsene rettet mot segmentene take-away og hjemlevering. Dolly Dimple's hadde ingen tillegg til Konkurransetilsynets lister. Tilleggene fra Peppes Pizza omfattet for noen områder mer enn ti aktører. Av praktiske grunner kunne ikke konkurrentlistene overstige ti aktører. Konkurransetilsynet endret på konkurrentlistene gjennom å inkludere de aktørene Peppes Pizza anså som de mest relevante blant de ti aktørene på oversiktene. Konkurransetilsynet er derfor av den oppfatning at listene med ti aktører i tilstrekkelig grad gir et bilde av de viktigste lokale alternativene.⁷¹

Basert på det ovennevnte er det Konkurransetilsynets vurdering at anførselene knyttet til forbrukerundersøkelsene ikke kan føre frem. Tilsynet fastholder at resultatene fra forbrukerundersøkelsene er en viktig del av vurderingen av konkurransenærhet mellom partene og mellom partene og andre aktører. Videre poengterer tilsynet at resultatene fra forbrukerundersøkelsene kun er en del av tilsynets samlede vurdering og må sees i sammenheng med ulike kvalitative vurderinger.

Konkurransetilsynet kan videre ikke se at klagers anførsler knyttet til forbrukerundersøkelsene belyser nye forhold som gir grunn til å foreta ytterligere undersøkelser i saken anledning, jf. forvaltningsloven § 33 annet ledd.

8.3.2 Konkurransetilsynets vurdering av klagers hovedanførsler knyttet til prispressanalyser og beregninger av marginer

Konkurransetilsynets vurderinger av klagers anførsler knyttet til marginer og prispress fremgår i oversendelsesbrevets kapittel 3.8 og 3.12.3. I klagers første hovedanførsel rettet mot tilsynets beregning av prispress hevder klager at tilsynet i sitt vedtak har overvurdert det lokale prispresset fordi formelen tilsynet anvender til å beregne lokalt prispress forutsetter at partene tilpasser sine priser optimalt i et hvert lokalmarked.⁷² Med nasjonal prising vil derimot partenes nasjonale priser være basert på de gjennomsnittlige konkurranseforholdene. I overlappsmarkeder hvor partene konkurrerer med hverandre vil nasjonal pris overstige de optimale lokale prisene. Dermed vil også partenes marginer i overlappsmarkedene overstige de lokale optimale marginene. På bakgrunn av at GUPPI-formelen tilsynet har benyttet ikke tar

⁷¹ Peppes Pizza har oppgitt til Konkurransetilsynet at de involverte restaurantenes daglige ledere i de lokale områdene ble involvert i arbeidet med å utarbeide tillegg til tilsynets konkurrentlister.

⁷² Formelen Konkurransetilsynet har benyttet for å beregne prispress for en av fusjonspartenes utsalgssteder og dets restaurantvirksomhet i et lokalt marked er $GUPPI_1 = [m_2 * D_{12} * (p_2/p_1)]$. Her symboliserer m_2 den variable pris-kostnadsmarginen for utsalgssted 2 (tilhørende den andre fusjonsparten), D_{12} diversjonsraten fra (den ene fusjonspartens) restaurant 1 til (den andre fusjonspartens) restaurant 2 og p_1 og p_2 prisnivå i henholdsvis restaurant 1 og restaurant 2, jf. fotnote 506 på side 103 i Konkurransetilsynets vedtak.

hensyn til den lokale mistilpasningen, hevder partene at tilsynets prispressanalyser overvurderer prispresset i de lokale markedene.⁷³

Sett fra Konkurransetilsynets ståsted vil prispresset foretakssammenslutningen gir opphav til avhenge av partenes faktiske marginer beregnet ut fra regnskapsdata i de ulike markedene før foretakssammenslutningen, og ikke av hva marginene ville vært dersom partene før foretakssammenslutningen hadde fastsatt alle konkurranseparametere lokalt.

Prispresset som oppstår som følge av gjenvinning av tidligere tapte kunder i hvert lokale marked kan enten tas ut ved å øke de lokale kvalitetsjusterte prisene, ved en økning i de nasjonale kvalitetsjusterte prisene, eller en kombinasjon av disse. Konkurransetilsynet understreker i oversendelsesbrevets kapittel 3.8 at de lokale GUPPI-beregningene foretatt i vedtaket ikke gir en nøyaktig prediksjon på hvor stor den lokale økningen i kvalitetsjusterte priser vil bli, men at tilsynets beregninger gir et godt anslag på det samlede prispresset som oppstår som følge av at Peppes Pizza og Dolly Dimple's utsalgssteder i et gitt område får samme eier.

I klagers andre hovedanførsel fremgår at Konkurransetilsynet trolig har overvurdert også det samlede nasjonale prispresset. Til dette viser Konkurransetilsynet for det første til de 20 overlappsmarkedene der tilsynet finner at foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen.⁷⁴ I disse overlappsmarkedene vurderer tilsynet at det vil oppstå et betydelig prispress som følge av at partene er nære konkurrenter og har høye marginer. For det andre viser Konkurransetilsynet til andre overlappsmarkeder der tilsynet ikke anser at konkurransen vil bli vesentlig begrenset, men hvor foretakssammenslutningen allikevel vil medføre prispress. Samlet sett fastholder tilsynet at den aggregerte reduksjonen av konkurransen på lokalt nivå vil medføre en begrensning av konkurransen også på nasjonalt nivå.

Klager anfører at Konkurransetilsynet har overvurdert partenes marginer fordi tidshorisonten for marginalkostnadsberegningene på tre måneder er for kort. I oversendelsesbrevets kapittel 3.12.3 fremgår Konkurransetilsynets vurderinger av relevant tidshorisont for marginberegningen og hvilke kostnader partene faktisk ser hen til når de fastsetter sine priser.

I den konkrete vurderingen av tidshorisont har Konkurransetilsynet vurdert endringer i sentrale konkurranseparametere som pris, produktvalg, kvalitet og service, jf. avsnitt 810 i tilsynets vedtak. Begge parter benytter markedsføringstiltak, rabatter og tilbud. Beslutningen om iverksettelse av disse tiltakene kan skje på kort sikt. Sett i sammenheng med øvrige pris- og menyendringer som hos begge partene skjer to ganger i året er det Konkurransetilsynets vurdering at en tidshorisont på tre måneder er en korrekt konservativ tilnærming i denne saken.

⁷³ Klager anfører at når partenes nasjonale priser overstiger deres optimale lokale priser vil det faktiske prispresset for en av partenes utsalgssteder og dets restaurantvirksomhet i et lokalt overlappsmarked tilsvare $GUPPI_i^L = [m_2 \cdot D_{12} \cdot (p_2/p_1)] + (\varepsilon_{11}^{-1} - m_1)$. Her symboliserer igjen m_2 den variable pris-kostnadsmarginen for restaurant 2, D_{12} diversjonsraten fra restaurant 1 til restaurant 2 og p_1 og p_2 prisnivå i henholdsvis restaurant 1 og restaurant 2. Videre symboliserer m_1 den variable pris-kostnadsmarginen for utsalgssted 1 og ε_{11}^{-1} den inverse av den lokale egenpriselasititeten for restaurantvirksomheten til utsalgssted 1. Egenpriselasititeten ε_{11} angir i prosent hvor mye salgsvolumet til restaurant 1 reduseres når prisen p_1 økes med én prosent. I overlappsmarkeder der nasjonal pris overstiger den optimale lokale prisen vil den inverse av egenpriselasititeten til restaurant 1 være mindre enn restaurantens margin. Dermed vil også $GUPPI_i^L$ være mindre enn $GUPPI_i$ i hvert overlappsmarked, jf. rapporten fra Oslo Economics: "Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6", side 21 – 23.

⁷⁴ Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 16.

Videre er det tilsynets oppfatning at aktørene ikke ser hen til andre kostnader enn råvarekostnaden ved den faktiske prisfastsettelsen. Dette indikerer at det vil være relevant å se hen til partenes bruttomarginer i selve marginberegningen slik praksis fra Kommisjonen tilsier.⁷⁵ I denne saken har derimot Konkurransetilsynet lagt til grunn at også andre kostnader vurderes som variable. Konkurransetilsynet fastholder derfor at valgte tilnærming, sett i sammenheng med den fastsatte tidshorisonten på tre måneder, er å anse som en konservativ tilnærming.

8.4 Departementets vurdering

8.4.1 Departementets vurdering av klagers hovedanførsler knyttet til forbrukerundersøkelsene

Til støtte for klagen har Umoe Restaurants som nevnt over fremsatt åtte hovedanførsler knyttet til Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser og beregning av lokal diversjon partene imellom.

Den første hovedanførselen peker bl.a. på at Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser er basert på lite representative utvalg av utsalgssteder, omsetning og kunder. Videre anføres at analysene av diversjon er beheftet med betydelige feil og svakheter. Sett fra klagers ståsted tilsier dette at det ikke kan trekkes generelle konklusjoner på basis av forbrukerundersøkelsene.

For at resultatene fra Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser skal gi robuste anslag på diversjon mellom partene i inngrepsmarkeder må utvalgene av både utsalgssteder og kunder være tilstrekkelig representative.

Departementet bemerker at det relevante vurderingstemaet hva gjelder utvalg dreier seg om i hvilken grad tilsynets utvalg er tilstrekkelig representative for partenes samlede omsetning, totalt antall utsalgssteder og kundemasse i relevante overlappsområder, og ikke nasjonalt.

Direkteintervjuene dekker tre av de ti inngrepsmarkedene Konkurransetilsynet har identifisert for segmentet restaurant. Partene har totalt 29 utsalgssteder i disse ti inngrepsmarkedene,⁷⁶ hvorav fem utsalgssteder omfattes av direkteintervjuene. Den samlede restaurantomsetningen til de fem utvalgte utsalgsstedene utgjør nesten ■ prosent av partenes totale restaurantomsetning i de ti ovennevnte inngrepsmarkedene.⁷⁷

Webundersøkelsene for segmentene take-away og hjemlevering dekker henholdsvis fem og fire områder av de til sammen 20 inngrepsmarkedene tilsynet har identifisert for disse to

⁷⁵ COMP/M.6497 – Hutchinson 3G Austria/Orange Austria, Annex II, punkt 1.

⁷⁶ Se vedlegg 1 til brev fra klager datert 25. november 2016, "Klage over tilsynets forbudsvedtak i sak V-2016-6 Peppes UMOES RESTAURANTS AS - Dolly Dimple's Norge AS – Forretningsmessig rasjonale og faktumoversikt". Regnearket i vedlegg 1 viser partenes utsalgssteder i de 20 inngrepsområdene hvor Konkurransetilsynet finner at foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen.

⁷⁷ Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 13. I avsnitt 9 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak fremgår videre at den samlede restaurantvirksomheten til de fem utvalgte utsalgsstedene som inngår i direkteintervjuene utgjør nesten ■ prosent av partenes totale restaurantomsetning i de til sammen ti inngrepsmarkedene Konkurransetilsynet har identifisert for segmentet restaurant i foreliggende sak.

segmentene.⁷⁸ Partene har totalt 64 utsalgssteder med take-away- og hjemleveringsvirksomhet i de 20 inngrepsområdene. Webundersøkelsene for take-away omfatter åtte av disse 64 utsalgsstedene, mens webundersøkelsene for hjemlevering omfatter seks utsalgssteder. Den samlede take-away- og hjemleveringsomsetningen til de åtte utsalgsstedene som inngår i tilsynets to webundersøkelser for take-away og hjemlevering (og hvor det er inngrepsgrunnlag), utgjør henholdsvis [redacted] av partenes totale take-away- og hjemleveringsomsetning i de 20 nevnte inngrepsområdene.⁷⁹

For å sikre at utvalget av kunder var tilstrekkelig representativt, baserte tilsynet utvelgelsen av utsalgssteder for direkteintervjuene på kriteriene omsetning og beliggenhet. I utvelgelsen av utsalgssteder for webundersøkelsene ble i tillegg omfanget av tilgjengelige mobilnummer via partenes kundelister i ulike områder vektlagt. Konkurransetilsynet finner at respondentene i de fire forbrukerundersøkelsene er nokså jevnt fordelt i alderen 17 – 55 år, og at dette ikke avviker vesentlig fra partenes faktiske kundefordeling med hensyn til alder.⁸⁰ Ut over dette har Konkurransetilsynet i liten grad kunnet gjennomføre tester av utvalgene av respondenter, ettersom spesifikke karakteristikk for partenes kundepopulasjon ikke er kjent.⁸¹

Basert på det ovenstående er forbrukerundersøkelsene etter departementets mening representative i foreliggende sak, og utvalget reflekterer de markedsforhold som partene baserer sine anførsler på; særlig ved at markedene som er valgt, har en rekke alternative aktører. Departementet har ikke funnet indikasjoner på at utvalgene av respondenter i tilsynets forbrukerundersøkelser avviker fra partenes kundemasser i nevnte inngrepsområder. Videre slutter departementet seg til Konkurransetilsynets vurderinger av betydningen av den store heterogeniteten i de beregnede diversjonsratene på tvers av områder.⁸²

Departementet kan følgelig ikke se at klagers første hovedanførsel mot Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser kan føre frem.

I klagers andre hovedanførsel fremgår bl.a. at partene mener diversjonsrateundersøkelser generelt er lite egnet i det markedet partene opererer i.

Spørsmålet om spørreundersøkelser er et egnet metodeverktøy til å belyse forbrukerpreferanser og derigjennom diversjon og konkurransenærhet mellom aktører i et marked, må etter departementets syn vurderes fra sak til sak. Et sentralt spørsmål i forbrukerundersøkelsene er hva kundene ville gjort dersom de fikk vite at den aktuelle restauranten/kjeden var permanent stengt.⁸³ Denne spørsmålsformuleringen benyttes til å utlede respondentenes andrevalg, som i

⁷⁸ I avsnitt 1163 i Konkurransetilsynets vedtak fremgår at tilsynet etter en nærmere vurdering ikke finner grunnlag for å gripe inn i restaurant- og take-awaymarkedet på Sjølyst/Skøyen i Oslo.

⁷⁹ Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 13.

⁸⁰ Se avsnitt 24 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak.

⁸¹ Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 15.

⁸² Se avsnitt 73 – 76 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak.

⁸³ Respondentene ble stilt følgende diversjonsspørsmål i direkteintervjuene: "Tenk tilbake til det tidspunktet da du bestemte deg for å besøke dette spisestedet. Dersom du visste at [...] var permanent stengt, hva ville du da ha gjort?" Tilsvarende formulering ble benyttet i de tre webundersøkelsene. Se for øvrig spørreskjemaer i vedlegg 2 til Konkurransetilsynets vedtak.

sin tur gir grunnlag for å beregne lokale kundediversjonsrater mellom partene, så vel som til en rekke kjeder og enkeltstående aktører med og uten pizza.

Når det gjelder direkteintervjuene Konkurransetilsynet har gjennomført i denne saken for restaurantsegmentet, så har respondentene kort tid i forveien foretatt et valg av spisested. Respondentene i webundersøkelsene rettet mot take-away- og hjemleveringssegmentet har på sin side foretatt valg av tilbyder i løpet av de siste tre månedene. Av webundersøkelsene for take-away fremgår for eksempel at 29 prosent av respondentene har bestilt take-away to ganger i løpet av de tre siste månedene, 12 prosent har bestilt tre ganger og ni prosent mer enn tre ganger.⁸⁴ På lik linje med Konkurransetilsynet mener departementet at andelen som svarte "Vet ikke" på forbrukerundersøkelsenes diversjonsspørsmål er relativt lav i samtlige gjennomførte forbrukerundersøkelser.⁸⁵

Basert på det ovenstående mener departementet at det ikke er urimelig å legge til grunn at respondentene i Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser hadde forutgående beslutningsprosesser nært nok i minne da de besvarte diversjonsspørsmålet, og at respondentene da de svarte på diversjonsspørsmålet faktisk husket de ulike alternativene de vurderte på selve beslutningstidspunktet.

På lik linje med Konkurransetilsynet kan heller ikke departementet se at klagers anførsel om gjennomgående lave svarandeler på forbrukerundersøkelsenes diversjonsspørsmål er relevant i vurderingen av forbrukerundersøkelsenes responsrater.⁸⁶ Videre slutter departementet seg til Konkurransetilsynets vurdering av at tilsynets utforming av spørreskjema tilsier at utfordringer knyttet til ulike former for vinklingsskjevheter kun i liten grad har påvirket respondentenes svar på diversjonsspørsmålet i de gjennomførte forbrukerundersøkelsene.⁸⁷

Etter departementets oppfatning er spørreundersøkelser en egnet metode for å kartlegge forbrukernes preferanser i markedene som berøres av foreliggende foretakssammenslutning. Diversjon beregnet på basis av resultatene fra Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser gir slik departementet ser det verdifull informasjon om, men selvfølgelig ikke ugjendrivelige bevis for, hvor nære konkurrenter ulike aktører er også i andre områder hvor tilsynet ikke har foretatt forbrukerundersøkelser. Sett fra departementets ståsted kan følgelig heller ikke klagers andre hovedanførsel rettet mot Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser føre frem.

Den tredje hovedanførselen til Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser omfatter sprik i resultatene fra henholdsvis direkteintervjuene og webundersøkelsene for segmentet *restaurant*, og spesielt for byområdet Kristiansand. De vektete kundediversjonsratene mellom partene i webundersøkelsen er for Kristiansand betydelig lavere enn inntektsdiversjonsratene beregnet

⁸⁴ Se avsnitt 58 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak.

⁸⁵ I direkteintervjuene var andelen som svarte "Vet ikke" på diversjonsspørsmålet 20 prosent, mens det i webundersøkelsene for take-away og hjemlevering var henholdsvis åtte og ni prosent som svarte "Vet ikke", jf. avsnitt 60 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak.

⁸⁶ Se avsnitt 64 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak.

⁸⁷ Se vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak og avsnitt 19 – 22 og avsnitt 52 – 54 som omhandler vinklingsskjevhet grunnet at respondenter ikke evner å tenke tilbake til starten av selve beslutningsprosessen, samt avsnitt 65 – 71 som omtaler vinklingsskjevhet med opphav i sterke merkevarer. Se også oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 24 som omtaler skjevhet grunnet at respondentenes svar på diversjonsspørsmålet i forbrukerundersøkelsene nødvendigvis ikke samsvarer med hva respondentene faktisk ville valgt.

på basis av resultatene fra direkteintervjuene. Dette tilsier etter klagers syn at ingen av de to undersøkelsene kan tillegges vekt av betydning.

Departementet anser på lik linje med partene og Konkurransetilsynet at det er svakheter knyttet til både utvalg av respondenter og selve spørresituasjonen for webundersøkelsene rettet mot segmentet restaurant. På lik linje med Konkurransetilsynet fester departementet derfor større lit til resultatene fra direkteintervjuene som tillegges relativt mye mer vekt i denne saken enn resultatene fra webundersøkelsene for restaurantsegmentet.⁸⁸

Departementet viser videre til det faktum at uavhengig av om man legger til grunn direkteintervjuenes inntektsdiversjonsrater eller kundediversjonsrater, så er det de samme aktørene som får høy diversjon innenfor restaurantsegmentet i alle de tre byområdene Bergen, Kristiansand og Ålesund. Siden inntekts- og kundediversjonsanslagene mellom partene er høye blir også den nedre grensen i diversjonsanslagenes 95 prosent konfidensintervaller høye.

Resultatene fra direkteintervjuene foretatt i Kristiansand indikerer at partene er nære konkurrenter i dette byområdet. Diversjonen fra Peppes Pizzas restaurantvirksomhet til Dolly Dimple's tilsvarer [redacted], mens diversjonen fra Dolly Dimple's restaurantvirksomhet til Peppes Pizza er på [redacted].⁸⁹ Diversjonen fra partene til andre aktører enn Egon i Kristiansand er gjennomgående lavere enn diversjonen partene imellom. Høy diversjon mellom partene i storbyer som Kristiansand er slik departementet vurderer det en sterk indikator på høy diversjon partene imellom også i områder der det er færre alternative tilbydere. Basert på det ovenstående er departementet derfor uenig med klager i at Konkurransetilsynet ikke kan tillegge resultatene fra direkteintervjuene foretatt i Kristiansand vekt av betydning.

Klagers fjerde hovedanførsel omfatter Konkurransetilsynets bruk av verdiveide diversjonsrater (inntektsdiversjonsrater) for segmentet restaurant. Som det fremgår av rapporten til Oslo Economics er den statistiske usikkerheten knyttet til beregnede inntektsdiversjonsrater beheftet med større usikkerhet enn kundediversjonsrater.⁹⁰ En mer konservativ tilnærming fra Konkurransetilsynets side ville slik klager vurderer det vært å legge til grunn de beregnede kundediversjonsratene i sine analyser av konkurransenærhet mellom aktører i restaurantmarkeder.

Departementet er enig med partene i at Konkurransetilsynet i sitt vedtak i større grad burde presisert og drøftet hvordan bruken av inntektsdiversjon gir opphav til større usikkerhet, og hvordan dette innvirker på tilsynets påfølgende analyser av konkurransenærhet mellom aktører i lokale restaurantmarkeder.

På den annen side fremgår det tydelig i Konkurransetilsynets vedtak at tilsynet i sine konkrete vurderinger tar hensyn til antall svar, usikkerheten i diversjonsanslag osv. og vektlegger resultater tilsvarende. Videre vil departementet i denne sammenheng påpeke at tilsynets diversjonsrateberegninger viser at de beregnede inntektsdiversjonsratene og kundediversjonsratene er forholdsvis like.⁹¹ Det er de samme aktørene som får høy diversjon både ved beregning av inntektsdiversjon og kundediversjon. Ettersom de beregnede inntektsdiversjonene mellom

⁸⁸ Se avsnitt (44) – (45) i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak.

⁸⁹ Anslagene oppgitt her er beregnede totalinntektsdiversjonsrater mellom partene. De korresponderende kundediversjonsratene utgjør henholdsvis [redacted].

⁹⁰ Se rapporten fra Oslo Economics: "Umoë Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6", side 16.

⁹¹ Se partsoffentlige resultatfiler, rådata og skript som ble oversendt til klager den 27. juli 2016.

partene er høye, blir også den nedre grensen i inntektsdiversjonsratenes 95 prosent konfidensintervaller høye. Den økte usikkerheten som inntektsdiversjonsratene er beheftet med har i foreliggende sak liten betydning for vurderinger av konkurransenærhet mellom partene. Denne vurderingen støttes også av en kvalitativ bevisvurdering som nokså entydig trekker i samme retning. På bakgrunn av det ovennevnte kan departementet ikke se at klagers fjerde hovedanførsel rettet mot Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser kan føre frem.

Klagers femte og sjette hovedanførsler til Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser er knyttet til tilsynets webundersøkelser og bruken av henholdsvis konkurrentlister og oversikter over partenes lister bestående av mobilnummer til kunder som har forhåndsbestilt take-away og hjemlevering. Sistnevnte kundeoversikter ble i tillegg til omsetning og beliggenhet anvendt som kriterium for valg av partenes utsalgssteder.

Det vises i denne forbindelse til Konkurransetilsynets vurderinger av ovennevnte.⁹² På lik linje med Konkurransetilsynet kan heller ikke departementet se at klagers femte og sjette hovedanførsel til tilsynets forbrukerundersøkelser kan føre frem.

Klagers syvende hovedanførsel dreier seg om Konkurransetilsynet i sitt vedtak i tilstrekkelig grad har drøftet usikkerheten knyttet til de beregnede diversjonsratene tilsynet anvender i sine analyser av konkurransenærhet mellom aktører.

Departementet er enig med partene i at Konkurransetilsynet i vedtaket i større grad burde ha synliggjort de beregnede diversjonsratenes 95 prosent konfidensintervall, samt drøftet implikasjonene av konfidensintervallenes spenn for påfølgende analyser av konkurransenærhet. Dette impliserer derimot ikke at departementet i foreliggende sak mener en må kunne si med 95 prosent sikkerhet at diversjonen mellom partene overstiger 20 prosent før en kan vektlegge størrelsen på de anslåtte diversjonsratene. Videre slutter departementet seg til Konkurransetilsynets vurdering om at diversjonsanslagene som ligger midt i sine respektive konfidensintervall er den beste tilnærmingen til de sanne diversjonsratene. Departementet tilføyer også i denne sammenheng at diversjonsratene mellom partene i ulike områder og ulike markedssegment gjennomgående er høye i foreliggende sak, og at diversjonsratene og kvalitative vurderinger av konkurransenærhet trekker i samme retning.

Klagers åttende hovedanførsel rettet mot Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser er knyttet til intervjuernes rolle i forbindelse med gjennomføringen av direkteintervjuene. Det vises i denne forbindelse til Konkurransetilsynets vurderinger av ovennevnte.⁹³ På lik linje med Konkurransetilsynet kan heller ikke departementet se at klagers åttende hovedanførsel rettet mot tilsynets forbrukerundersøkelser kan føre frem.

Basert på det ovenstående er det departementets syn at de åtte hovedanførselene til klager rettet mot Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser i all hovedsak ikke kan føre frem. Etter departementets samlede vurdering utgjør resultatene fra tilsynets forbrukerundersøkelser en viktig del av vurderingen av konkurransenærhet mellom partene og andre aktører som må sees i sammenheng med tilsynets kvalitative vurderinger av konkurransenærhet.

⁹² Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 25 – 12.

⁹³ Se oversendelsen av Umoe Restaurant AS' klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016, side 25.

8.4.2 Departementets vurdering av klagers hovedanførsler knyttet til Konkurransetilsynets prispressanalyser og beregninger av kritiske diversjonsrater og marginer

Departementet vil i det følgende kort redegjøre for sine vurderinger knyttet til klagers hovedanførsler rettet mot tilsynets prispressberegninger. For det første er departementet enig med Konkurransetilsynet i at prispresset foretakssammenslutningen gir opphav til lokalt så vel som nasjonalt avhenger av partenes faktiske marginer beregnet ut fra regnskapsdata i de ulike markedene før foretakssammenslutningen, og ikke av hva marginene ville vært dersom partene før foretakssammenslutningen hadde fastsatt alle konkurranseparametere lokalt.

Videre vil departementet bemerke at klagers første hovedanførsel er korrekt dersom en legger til grunn nasjonal prisfastsettelse og antar at partenes lokale utsalgssteder ikke kan påvirke andre konkurranseparametere som kvalitet, produktvalg og servicenivå. Med disse forutsetningene vil Konkurransetilsynets GUPPI-formel⁹⁴ overdrive det faktiske prispresset foretakssammenslutningen gir opphav til i hvert enkelt overlappsmarked.⁹⁵ Dermed blir også tilsynets kritiske diversjoner⁹⁶ partene imellom for lave.

For det tredje er departementet uenig med klager i at forannevnte overvurdering av lokalt prispress også medfører at det samlede nasjonale prispresset anslås for høyt. Med antakelsene over kan det vises at hvert enkelt overlappsmarkeds bidrag til det samlede nasjonale prispresset er gitt ved Konkurransetilsynets GUPPI-formel. Det samlede nasjonale prispresset, som med ovennevnte antakelser utelukkende har sitt opphav i partenes overlappsmarkeder, vil spre seg utover samtlige markeder partene operer i.

For det fjerde viser Konkurransetilsynets kvalitative vurderinger knyttet til relevante markeders geografiske utstrekning at flere sentrale konkurranseparametere som pris, produktvalg, kvalitet og servicenivå fastsettes både nasjonalt og lokalt.⁹⁷ Jo større mulighet partenes utsalgssteder har til å justere forannevnte konkurranseparametere lokalt, desto mindre skjevhet vil tilsynets lokale prispressberegninger og derigjennom de kritiske diversjonsratene være beheftet med.⁹⁸

⁹⁴ Konkurransetilsynets formel for prispress for en av partenes restaurantvirksomhet til den andre partens restaurantvirksomhet i et lokalt overlappsmarked tilsvarende: $GUPPI_l = [m_2 \cdot D_{12} \cdot (p_2/p_1)]$, jf. fotnote 72 ovenfor.

⁹⁵ Når partenes eneste strategiske tilpasningsvariabel er de kvalitetsjusterte nasjonale prisene p_1 og p_2 vil det faktiske prispresset i et gitt overlappsmarked være gitt ved $GUPPI_l^L = [m_2 \cdot D_{12} \cdot (p_2/p_1)] + (\varepsilon_{11}^{-1} - m_1)$ som er mindre enn $GUPPI_{ls} = [m_2 \cdot D_{12} \cdot (p_2/p_1)]$, jf. fotnote 73 ovenfor.

⁹⁶ Kritisk diversjon angir hvor høy diversjonen partene imellom må være for at prispresset beregnet ved GUPPI skal tilsvare 10 prosent. Ved å snu på Konkurransetilsynets GUPPI-formel finner vi at uttrykket for kritisk diversjon for den ene partens restaurant 1 til den andre fusjonspartens restaurant 2 er: $D_{12}^K = [10\% \cdot (p_1/p_2) \cdot (1/m_2)]$ som er mindre enn den faktiske kritiske diversjonsraten: $D_{12}^{LK} = [(10\% - (\varepsilon_{11}^{-1} - m_1)) \cdot ((p_1/p_2) \cdot (1/m_2))]$.

⁹⁷ Se Konkurransetilsynets vedtak og avsnitt 176 for segmentet restaurant, samt avsnitt 201 for segmentene take-away og hjemlevering.

⁹⁸ La den kvalitetsjusterte utsalgsprisen p_i til en av partenes utsalgssteder i et gitt område være en lineær funksjon av den kvalitetsjusterte nasjonale prisen p^N og lokalt fastsatt produktvalg, kvalitet og servicenivå. En lokal endring i nasjonalt fastsatt produktvalg, kvalitet og servicenivå antas for de lokale kundenes del å være ekvivalent med en endring i nasjonal kvalitetsjustert pris gitt ved den nominelle parameteren k_i , slik at $p_i = (p^N - k_i)$. Den nasjonale prisen p^N fastsettes sentralt, mens partenes utsalgssteder fastsetter kvalitetsparameterne k_i og derigjennom de lokale kvalitetsjusterte prisene p_i lokalt. De strategiske tilpasningsvariablene til partene og deres utsalgssteder er følgelig nasjonal pris, samt forannevnte kvalitetsparametere k_i . De lokale etterspørslene rettet mot partenes utsalgssteder er funksjoner av de kvalitetsjusterte prisene p_i . I optimum vil vi for hvert markedssegment ha at partenes lokale utsalgssteder og deres grenseelastisiteter samsvarer med utsalgsstedenes marginalkostnader som antas å stige med omsatt mengde grunnet den lokale tilpasningen av produktvalg, kvalitet og servicenivå.

For det femte vil departementet peke på at Konkurransetilsynets prispressanalyser ikke fanger opp effekten av potensiell konkurranse partene imellom. Bortfall av potensiell konkurranse mellom partene vil gi opphav til ytterligere prispress som følge av foretakssammenslutningen som for dette tilfellet har sitt opphav i markedene uten overlapp. Departementet har i foreliggende sak ikke grunnlag for å kvantifisere nærmere hvor mye partenes insentiver til å utøve markedsrett øker som følge av bortfallet av det potensielle konkurranstrykket partene utøver på hverandre i markeder uten overlapp.

Når det gjelder partenes tredje hovedanførsel knyttet til Konkurransetilsynets beregninger og bruk av kritiske diversjonsrater vil departementet starte med å vise til sin samlede vurdering av resultatene fra tilsynets forbrukerundersøkelser. Sett fra departementets ståsted utgjør resultatene fra tilsynets forbrukerundersøkelser en viktig del av vurderingen av konkurranse-nærhet mellom partene og andre aktører som må sees i sammenheng med tilsynets kvalitative vurderinger av konkurransenærhet.

I denne saken trekker de kvalitative og kvantitative vurderingene i samme retning. Konkurransetilsynet viser til at partene i restaurantmarkedet har sammenfallende produktutvalg, servicenivå og prisnivå.⁹⁹ Sett fra tilsynets ståsted tilsier dette at partenes restauranter er nære substitutter for kundene. Jo nærmere substitutter partenes utsalgssteder er sett fra kundenes ståsted, desto nærmere konkurrenter er partene. Videre finner tilsynet at partene har sterke merkenavn og gode forutsetninger for å opprettholde og videreutvikle sine merkevarer. Forholdsvis like merkevarerassosiasjoner kan slik tilsynet ser det indikere at partene er nære konkurrenter. Det faktum at partene overvåker hverandre, samt responderer og tilpasser seg til hverandre, er ytterligere indikasjoner på at partene er nære konkurrenter.

I direkteintervjuene for segmentet restaurant er diversjonen høy [redacted] til den andre av partenes nærmeste utsalgssteder i samtlige fem restauranter der det ble utført intervjuer. Av webundersøkelsene rettet mot segmentene take-away og hjemlevering fremgår at diversjonen mellom partene ligger i intervallet [redacted] for førstnevnte segment og mellom [redacted] i hjemleveringsundersøkelsen. I begge undersøkelsene er diversjonen høyest mellom partene i samtlige områder, med unntak av take-away i Trondheim.¹⁰⁰

Basert på det ovenstående er departementet uenig med klager i at inngrep i markeder hvor det ikke er foretatt forbrukerundersøkelser alene vil hvile på kvalitative vurderinger av konkurransenærhet. Sett fra departementets ståsted gir resultatene fra forbrukerundersøkelsene verdiful informasjon om konkurransenærhet partene imellom som har overføringsverdi også til markeder hvor det ikke er foretatt undersøkelser. Følgelig vil ikke inngrep i markeder hvor det ikke er foretatt undersøkelser utelukkende være basert på kvalitative vurderinger slik klager hevder.

Konkurransetilsynets GUPPI-formel gir et korrekt anslag på faktisk lokalt prispress innenfor rammene av ovennevnte modell fordi partenes utsalgssteder nå er tilpasset optimalt i hvert eneste lokalk marked. I overlappsmarkedene der partenes utsalgssteder står overfor relativt hard rivalisering om de lokale kundene vil de optimale kvalitetsparameterne være positive hvilket innebærer at partenes utsalgssteder i overlappsmarkedene opererer med kvalitetsjusterte priser som er lavere enn partenes nasjonale kvalitetsjusterte priser. I markeder uten overlapp har vi motsatt resultat. Modelleringen i denne fotnoten som er parallell med analysen som legger til grunn lokal prising bygger på artikkelen til Robert Willig, "Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing Pressure, Product Quality, and Other Extensions", *Review of Industrial Organization* (2011) 39: 19-38.

⁹⁹ Se avsnitt 289 i Konkurransetilsynets vedtak.

¹⁰⁰ Se avsnitt 74 – 76 i vedlegg 1 til Konkurransetilsynets vedtak.

Som det fremgår over, er departementet derimot enig med klager i at Konkurransetilsynets beregninger av kritiske diversjonsrater er beheftet med en viss skjevhet. Videre fremgår over at jo mer innflytelse partenes utsalgssteder har over fastsettelsen av konkurranseparametere som pris, kvalitet, produktutvalg og servicenivå, desto mindre overvurderes det lokale prispresset i overlappsmarkeder ved bruk av Konkurransetilsynets GUPPI-formel, og desto mindre blir dermed undervurderingen av de kritiske diversjonsratene.

Av kapittel 7.5.7 i Konkurransetilsynets vedtak fremgår at tilsynet i sine beregninger av prispress og kritiske diversjonsrater ikke har funnet grunnlag for å legge til grunn et annet prisforhold enn én til én. Sett fra departementets ståsted bidrar dette ytterligere til skjevheter i tilsynets beregnede kritiske diversjonsrater.¹⁰¹ Departementet har derfor i foreliggende sak valgt å ikke vektlegge tilsynets kritiske diversjonsrater i sine egne vurderinger av konkurransenærhet mellom partene i lokale markeder.

For øvrig slutter departementet seg til Konkurransetilsynets vurderinger av klagers anførsler knyttet til tilsynets beregninger av variable pris-kostnadsmarginer som fremgår i tilsynets vedtak, samt i oversendelsesbrevet.¹⁰² Partenes utsalgssteder har slik departementet ser det en viss mulighet til å påvirke sentrale konkurranseparametere som kvalitet, servicenivå og pris innenfor en tidshorisont på inntil tre måneder. Derfor finner departementet at Konkurransetilsynets tidshorisont på tre måneder for beregning av partenes marginer er rimelig å legge til grunn.

Basert på det ovenstående er det departementets syn at hovedanførselene til klager rettet mot Konkurransetilsynets prispress- og marginberegninger i all hovedsak ikke kan føre frem.

Endelig vil departementet kort bemerke til klagers sjokkanalyse¹⁰³ gjennomført i markeder for take-away, at resultatene fra denne analysen samsvarer godt med Konkurransetilsynets kvalitative vurderinger og resultatene fra tilsynets forbrukerundersøkelser. I avsnittene 631 og 647 i Konkurransetilsynets vedtak fremgår at Konkurransetilsynet etter en samlet vurdering finner at for segmentet *take-away* så er Pizzabakeren i utgangspunktet en nær konkurrent til partene og at Domino's er en noe nær konkurrent.

¹⁰¹ Uttrykket for det totale prispresset foretakssammenslutningen gir opphav til for en av partenes restaurantvirksomhet i et overlappsmarked er $GUPPI_{1s}^L = [(m_{2R} \cdot D_{12}^R \cdot (p_2/p_1) + (m_{2T} \cdot D_{12}^T \cdot (t_2/p_1) + (m_{2H} \cdot D_{12}^H \cdot (h_2/p_1)) + (\epsilon_{11}^{-1} - m_{1R})]$. Her symboliserer m_{1R} pris-kostnadsmarginen til utsalgsted 1s restaurantvirksomhet, mens m_{2R} , m_{2T} og m_{2H} angir de variable pris-kostnadsmarginene til den andre fusjonspartens restaurant-, take-away- og hjemleveringsvirksomhet ved utsalgsted 2. Diversjonen fra restaurant 1 til den andre partens restaurant-, take-away- og hjemleveringsvirksomhet er gitt ved D_{12}^R , D_{12}^T og D_{12}^H . Restaurantprisene til de to utsalgsstedene tilsvare som før p_1 og p_2 , mens utsalgsted 2s take-away- og hjemleveringspris er gitt ved henholdsvis t_2 og h_2 . Konkurransetilsynet har ikke funnet grunnlag for å legge til grunn et annet prisforhold enn én til én i denne saken. Dersom en antar at utsalgsted 2s marginer er like på tvers av de tre segmentene kommer man frem til formelen Konkurransetilsynet anvender for å beregne det totale prispresset for en av partenes restaurantvirksomhet lik: $GUPPI_{1s} = [m_2 \cdot (D_{12}^R + D_{12}^T + D_{12}^H)] = [m_2 \cdot TD_{12}]$. Summen av de tre diversjonsratene angir totaldiversjonen (TD_{12}) fra utsalgsted 1s restaurantvirksomhet til den andre partens restaurant-, take-away- og hjemleveringsvirksomhet. Igjen har vi at Konkurransetilsynets uttrykk for kritisk totaldiversjon som tilsvare $TD_{12}^K = [10\% \cdot (1/m_2)]$ er mindre enn faktisk kritisk totaldiversjon lik $TD_{12}^{LK} = [(10\% - (\epsilon_{11}^{-1} - m_{1R})) \cdot (1/m_2)]$.

¹⁰² Se kapittel 7.5.6.2 i Konkurransetilsynets vedtak, samt kapittel 3.12.3 i oversendelsen av Umoe Restaurant AS sin klage på vedtak V2016-6 til departementet av 27. oktober 2016.

¹⁰³ Se kapittel 4 i rapporten fra Oslo Economics: "Umoe Restaurant sitt oppkjøp av Dolly Dimple's – Kommentarer vedr. Konkurransetilsynets vedtak V2016-6".

9. KONKURRANSEBEGRENSENDE VIRKNINGER

9.1 Rettslig utgangspunkt

Konkurransetilsynet skal gripe inn mot foretakssammenslutninger som "vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål", jf. konkurranse-loven § 16 første ledd, jf. § 1. Departementet vil i det følgende vurdere om foretakssammenslutningen mellom Umoe Restaurants og Dolly Dimple's vil føre til eller forsterke en slik konkurransebegrensning. Dersom konkurransen er eller blir vesentlig begrenset, vil de involverte foretak kunne utøve markedsrett.

En aktør med markedsrett kan i større eller mindre grad opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og leverandører. Markedsrett kan komme til uttrykk gjennom høyere priser, eventuelt i kombinasjon med høyere kostnader, men kan også gi utslag i dårligere service, kvalitet og produktutvalg, og begrenset produktutvikling. Utøvelse av markedsrett leder til en sløsing i samfunnsøkonomisk forstand, idet markedstilpasningen gir en samlet ressursbruk som er mindre effektiv enn den ville ha vært med virksom konkurranse.

Det er flere forhold som er relevante i vurderingen av graden av konkurranseintensitet i et marked, og dermed for aktørenes muligheter til å utøve markedsrett. Sentrale momenter er produktenes substituerbarhet, konkurrenters responsmuligheter, etableringsmuligheter og derigjennom graden av potensiell konkurranse, og kjøperrett. Disse faktorene virker sammen og påvirker graden av konkurranse.

Markedsandeler brukes til å beregne konsentrasjonen i markedet. En høy markedskonsentrasjon vil normalt være en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for å fastslå at konkurransen er begrenset. Beskrivelsen av konsentrasjonen i markedet er derfor et utgangspunkt for en nærmere analyse av de konkurransemessige virkningene av foretakssammenslutningen.

Dersom konkurransen er vesentlig begrenset allerede før foretakssammenslutningen, er det tilstrekkelig at foretakssammenslutningen vil forsterke den vesentlige konkurransebegrensningen. Det følger av forarbeidene til konkurranse-loven at det i tilfeller hvor konkurransen allerede før foretakssammenslutningen er vesentlig begrenset, ikke stilles noe minimumskrav til hvor mye ervervet må forsterke denne begrensningen.¹⁰⁴

9.2 Markedsandeler og konsentrasjon

9.2.1 Klagers anførsler

Umoe Restaurants er kritisk til at Konkurransetilsynets ikke har beregnet og vektlagt partenes markedsandeler i vurderingen av om foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen. Klager anfører for det første at det relevante markedet er svært lite konsentrert med mange aktører. Klager viser i den forbindelse til at partenes markedsandeler er under ■ prosent i de fleste berørte lokale markedene, og at de er under ■ prosent selv i det mest konsentrerte markedet. Klager peker videre på at Konkurransetilsynet i vedtaket ser bort fra partenes begrensede markedsandeler og lav markedskonsentrasjon, og at tilsynet ikke har beregnet markedsandeler lokalt. Etter klagers syn innebærer dette at tilsynet ikke har gjennomført en fullstendig konkurranseanalyse. Klager viser her til Konkurransetilsynets praksis og Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger. Det påpekes at verken tilsynet eller andre konkurransemyndigheter har grepet inn i saker der partene har hatt begrensede markedsandeler eller markedet har vært lite konsentrert. Klager er

¹⁰⁴ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 229 første spalte.

videre av den oppfatning at det foreligger en rettslig presumsjon for at horisontale foretakssammenslutninger ikke vil føre til konkurransebegrensende virkninger dersom aktørene har en samlet markedsandel under 25 prosent, jf. Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger avsnitt 18.

9.2.2 Konkurransetilsynets vurdering

Konkurransetilsynet legger i vedtaket til grunn at aktørene i disse markedene tilbyr differensierte produkter, og har derfor hovedsakelig lagt vekt på konkurransepresset mellom partene i vurderingen av om foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, jf. konkurranseloven § 16 første ledd.

Konkurransetilsynet bemerker at i markeder med differensierte produkter vil konkurranse-nærhet mellom de fusjonerende partene ha større betydning for foretakssammenslutningers konkurransebegrensende virkninger enn partenes markedsandeler. Tilsynet vil i slike markeder derfor normalt legge større vekt på om partene er nære konkurrenter enn på partenes markedsandeler. I hvilken grad markedsandeler skal vektlegges, må vurderes konkret i hver enkelt sak, og vil typisk avhenge av om markedsandeler gir nyttig informasjon om konkurransepresset aktørene øver på hverandre.

For å vurdere konkurransepresset mellom partene har tilsynet foretatt en omfattende kvalitativ vurdering, basert på blant annet informasjon fra partenes interne dokumenter, som viser at de fusjonerende partene er nære konkurrenter. Forbrukerundersøkelsene utført i sakens anledning viser også at diversjon til ulike aktører i svært liten grad skjer i henhold til markedsandeler basert på et relevant marked der alle uformelle spisesteder inngår. Diversjonen mellom partene er høy selv om det er en rekke andre uformelle spisesteder i det aktuelle området. Også andre momenter beskrevet i vedtaket kapittel 7.3 og 7.4 indikerer at partene er nære konkurrenter og at de fleste andre uformelle spisesteder ikke er nære konkurrenter til partene. Partenes markedsandeler, beregnet ut fra et marked bestående av uformelle spisesteder mer generelt, gir derfor ifølge tilsynet en svært begrenset informasjon om hvor nære konkurrenter partene er. Konkret informasjon om substitusjonen mellom partene, samt hvilke aktører partene hensyntar i fastsettelsen av priser og øvrige konkurranseparametere, vil etter Konkurransetilsynets vurdering gi et mer korrekt bilde av konkurransepresset aktørene utøver på hverandre enn aktørenes markedsandeler. Konkurransetilsynet understreker derfor at det i denne saken i liten grad legger vekt på partenes markedsandeler.

Konkurransetilsynet bemerker videre at det ikke finnes noen rettslig presumsjon for at markedsandeler under en viss terskel medfører at en foretakssammenslutning ikke vil føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning. Tilsynet viser i den forbindelse til Kommisjonens avgjørelse i saken COMP/M.6497 Hutchinson 3G Austria/Orange Austria avsnitt 92, hvor det fremgår at markedsandeler under 25 prosent kun skal benyttes som et utgangspunkt eller indisium for vurderingen av om foretakssammenslutningen vil føre til konkurransebegrensende virkninger.

9.2.3 Departementets vurdering

Problemstillingen her er om markedsandeler og konsentrasjon skulle vært kalkulert og vektlagt sterkere i Konkurransetilsynets vedtak. Departementet er enig med Konkurransetilsynet at det i markeder med differensierte produkter som i vår sak normalt skal legges stor vekt på om partene er nære konkurrenter, i vurderingen av om foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen.

Departementet viser til at markedsandeler kan gi en nyttig første indikasjon på markedsstrukturen og den konkurransemessige betydningen av de fusjonerende virksomhetene og deres konkurrenter. Markedsandeler, eller andre mål på konsentrasjonen i markedet, vil imidlertid ikke alltid reflektere konkurranseintensiteten mellom aktørene. Årsaken til dette er at markedsandeler kan over- eller underestimere hvor nære konkurrenter aktørene i markedet er. Konkurransetilsynets vedtak V2015-24 Coop Norges Handel AS – Ica Norge AS avsnitt kan tjene som illustrasjon. I avsnitt 163 uttales det at:

"I markeder med differensierte produkter vil ikke markedsandeler eller andre mål på konsentrasjon i markedet nødvendigvis reflektere konkurranseintensiteten mellom aktørene. Årsaken er at markedsandeler kan over- eller underestimere hvor nære konkurrenter aktørene i markedet er. Konkurransetilsynet vil derfor legge betydelig større vekt på hvor nære konkurrenter partene er enn på konsentrasjon i de lokale markedene."

Departementet legger derfor i likhet med tilsynet til grunn at partenes markedsandeler gir svært begrenset informasjon om hvor nære konkurrenter partene er.

Departementet finner det følgelig ikke nødvendig å beregne markedsandeler for hvert enkelt lokalt marked i denne saken. Departementet viser i denne sammenheng også til Kommisjonenes retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger, hvor det fremgår at det ikke er nødvendig å vise at partene har høye markedsandeler for å sannsynliggjøre at det foreligger inngrepsgrunnlag. Det fremgår av retningslinjene avsnitt 26 at:

"A number of factors, which taken separately are not necessarily decisive, may influence whether significant non-coordinated effects are likely to result from a merger. Not all of these factors need to be present for such effects to be likely. Nor should this be considered an exhaustive list."

Det fremgår videre av retningslinjene avsnitt 27 at:

"Although market shares and additions of market shares only provide first indications of market power and increases in market power, they are normally important factors in the assessment".

Det følger av dette at høye markedsandeler vil kunne påvirke vurderingen av om ikke-koordinerte virkninger vil oppstå som en følge av foretakssammenslutningen, men at det ikke er en nødvendig betingelse. Dette fremgår også av avgjørelsen i sak COMP/M.6497 Hutchinson 3G Austria/Orange Austria, hvor Kommisjonen i avsnitt 94 uttalte følgende:

"The Commission considers that the case at hand can be qualified as a case leading to significant non-coordinated effects notwithstanding the absence of the creation or strengthening of dominance."

Kommisjonen har også i en rekke andre saker identifisert konkurranseproblemer selv om de fusjonerende partene har hatt lave markedsandeler.¹⁰⁵ Departementet viser videre til at en slik tilnærming også er forenlig med tidligere praksis fra Konkurransetilsynet i denne type markeder.¹⁰⁶ På denne bakgrunn er departementet uenig med klager i at det ikke foretas en fullstendig konkurranseanalyse i vedtaket ved at tilsynet ikke har beregnet markedsandeler i de ulike lokale markeder.

¹⁰⁵ Se bl.a. sakene M.5549 EDF/Segebel, M.3916 T-Mobile/teleMobile Austria/Tele.ring, M.5224 EDF/British Energy og M.5355 BASF/CIBA.

¹⁰⁶ Se bla. Konkurransetilsynets vedtak V2012-11 A-pressen AS – Mecom Europe AS avsnitt 145 - 146.

Videre er det departementets oppfatning at klagers anvendelse av markedsandeler i markedet for uformelle spisesteder er lite hensiktsmessig. Departementet bemerker at det ved beregning av markedsandeler, eksempelvis som en del av en innledende screening, er korrekt å legge til grunn en konservativ tilnærming ved å definere et snevert marked. Dette for å unngå såkalt "binary fallacy", det vil si antakelsen om at alle aktører i markedet utøver konkurransepress på hverandre i henhold til deres markedsandeler, og at aktører utenfor markedet ikke utøver noe konkurransepress. Denne tilnærmingen er også i samsvar med praksis fra andre konkurransemyndigheter, og departementet viser i den forbindelse blant annet til de britiske konkurransemyndighetenes retningslinjer for foretakssammenslutninger. Det fremgår av retningslinjene kapittel 5.2.3 at:

"The relevant market may not be the narrowest market that meets the hypothetical monopolist test. However, to the extent that they use them, the Authorities will not normally have regard to market share and concentration thresholds calculated on anything than the narrowest market that satisfies the hypothetical monopolist test (see paragraph 5.3.5)."

I retningslinjene kapittel 5.3.1 og 5.3.2 heter det videre at:

"As part of their assessment of the effects of a merger on competition, the Authorities may use market shares and measures of concentration, assessed on the relevant market or some other market (in particular the narrowest market that satisfies the hypothetical monopolist test). Where such measures are considered for the purpose of applying thresholds, the narrowest market defined by the hypothetical monopolist test must be employed (see paragraph 5.3.5).

When interpreting information on market shares and concentration the Authorities may have regard to the following factors:

- *The extent to which products are differentiated (i.e. similar but not perfect substitutes for one another) and some products are closer competitors to each other than to other terms of, for example, branding, quality, characteristics or geographical location."*

Poengene over gjentas deretter i retningslinjene kapittel 5.3.5:

"However, to the extent that the OFT uses and relies on them, it does not do so mechanistically and will normally not have regard to market share and concentration thresholds on anything other than the narrowest market that satisfies the hypothetical monopolist test."

Etter departementets syn er det heller ikke korrekt at det foreligger en rettslig presumsjon for at foretakssammenslutninger hvor partene har en markedsandel under 25 prosent ikke vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger avsnitt 18 kan ikke tas til inntekt for en slik rettslig presumsjon. Som tilsynet har påpekt i vedtaket, synes dette også å være Kommisjonens oppfatning under EU-retten. Kommisjonen uttaler følgende i saken COMP/M.6497 Hutchinson 3G Austria/Orange Austria avsnitt 92:

"The Commission disagrees that any legal presumption exists for mergers based on allegedly low market shares. The "legal presumption" of the Merger Regulation cited by the Notifying Party is in fact no more than "an indication" that the undertakings concerned may not be liable to impede effective competition if their market shares do not exceed 25 % either in the internal market or in a substantial part of it. The Merger Regulation does not contain any legally binding rule that concentrations leading to a combined market share of under 25 % should be cleared as a matter of principle."

Departementet har på denne bakgrunn kommet til at så lenge saken gjelder et marked med et differensiert tilbud overfor kundene, er det lite relevant å vektlegge markedsandeler og

konsentrasjon. Det sentrale vurderingstema er om partene er nære konkurrenter forut for transaksjonen, og det er dette som er hovedtema i Konkurransetilsynets vedtak.

Departementet vil også påpeke at en foretakssammenslutning mellom Peppes Pizza og Dolly Dimple's vil etablere en av landets største restaurantkjeder. Partene vil få opp mot 120 utsalgssteder, med tilstedeværelse i de fleste attraktive markeder for denne typen virksomhet i Norge. Uavhengig av hvilken markedsandel som legges til grunn mener departementet at den fusjonerte enheten vil bli en betydelig aktør.

9.3 Konkurransenærhet

9.3.1 Klagers anførsler

Umoe Restaurants fremsetter i hovedsak tre anførsler knyttet til Konkurransetilsynets kvalitative vurdering av konkurransenærhet. For det første anfører klager at konkurransenærhet mellom partene ikke er tilstrekkelig for å begrunne at inngrepsvilkårene er oppfylt. Klager anfører også at konkurransepresset fra andre aktører er så sterkt at partene ikke kan utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen. Videre anføres det at tilsynets vurderinger av konkurransenærhet er subjektive og i liten grad dokumentert.

9.3.2 Konkurransetilsynets vurdering

Konkurransetilsynet har i vedtaket lagt stor vekt på konkurransenærhet mellom partene i vurderingen av om foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen. Konkurransetilsynet legger til grunn at partene har en produktlikhet langs sentrale konkurranseparametere som tilsier at de er nære substitutter for kundene.

Konkurransetilsynet viser til at markedsaktørene i denne saken tilbyr differensierte produkter. I markeder med differensierte produkter har graden av substitusjon stor betydning for hvor sterkt konkurransepress markedsaktørene utøver på hverandre. Jo mer substituerbare partenes produkter er, desto sterkere er konkurransepresset de fusjonerende virksomhetene utøver på hverandre før foretakssammenslutningen, og desto mer sannsynlig er det at de fusjonerende virksomhetene vil øke prisene etter foretakssammenslutningen. I markeder med høy grad av produkt differensiering vil Konkurransetilsynet derfor legge stor vekt på hvor nære konkurrenter partene er. Konkurransetilsynet bemerker at partene ikke trenger å være hverandres nærmeste konkurrenter for at foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen.

Konkurransetilsynet understreker at det er konkurransenærhet mellom partene som har klart størst betydning for insentivene til å utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen, og at dette ikke er direkte avhengig av konkurransenærhet med andre aktører. Tilsynet viser likevel til at insentivene til å utøve markedsrett kan påvirkes av hvordan konkurrentene vil respondere på en prisøkning. Konkurransetilsynet bemerker imidlertid at det i markeder med differensierte produkter er generelt akseptert i økonomisk teori at den profittmaksimerende responsen fra konkurrentene på en prisøkning fra den fusjonerte enheten vil være selv å øke prisene, jf. vedtaket kapittel 7.3.4. Årsaken til at konkurrentene også øker sine priser forklares med at en del kunder vil flytte sine innkjøp til de konkurrerende aktørene ved prisøkningen. Konkurrentene opplever økt etterspørsel og får dermed insentiver til selv å øke prisene. Konkurransetilsynet bemerker at de øvrige aktørene i markedet utøver på partene har derfor ifølge tilsynet i utgangspunktet liten betydning for om partene kan utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynet bemerker at konkurransepresset fra andre aktører vil imidlertid indirekte ha betydning fordi diversjonen mellom partene blir lavere jo mer diversjon som går til andre aktører.

Konkurransetilsynets kvalitative vurdering av konkurransenærhet mellom partene tar utgangspunkt i relevante konkurranseparametere og beskrivelse av faktiske forhold knyttet til disse. Tilsynets vurdering bygger i stor grad på partenes interne dokumenter, samt annen informasjon om partenes virksomhet. Etter en konkret helhetsvurdering kommer tilsynet til at Peppes Pizza og Dolly Dimple's er nære konkurrenter. Forbrukerundersøkelsene som er gjennomført i saken, understøtter tilsynets kvalitative vurdering av konkurransenærhet ved at de gjennomgående viser høy diversjon mellom partene.

På denne bakgrunn er det tilsynets oppfatning at konkurransenærheten mellom partene er tilstrekkelig til at partene får mulighet og insentiv til å utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen. Dette gjelder uavhengig av at andre konkurrenter også får høy diversjon i enkelte områder.

9.3.3 Departementets vurdering

Retningslinjer og praksis

Departementet viser for det første til at tilsynets tilnærming ovenfor er i tråd med Kommisjonen og de britiske og amerikanske retningslinjene for foretakssammenslutninger. Det fremgår uttrykkelig av Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger¹⁰⁷ at konkurransenærhet mellom de fusjonerende partene står sentralt i vurderingen av ikke-koordinerte virkninger i markeder med differensierte produkter. I retningslinjenes avsnitt 24 heter det at:

"A merger may significantly impede effective competition in a market by removing important competitive constraints on one or more sellers, who consequently have increased market power. The most direct effect of the merger will be the loss of competition between the merging firms. For example, if prior to the merger one of the merging firms had raised its price, it would have lost some sales to the other merging firm. The merger removes this particular constraint. Non-merging firms in the same market can also benefit from the reduction of competitive pressure that results from the merger, since the merging firms' price increase may switch some demand to the rival firms, which, in turn, may find it profitable to increase their prices. The reduction in these competitive constraints could lead to significant price increases in the relevant market."

Det følger videre av retningslinjene avsnitt 28 at:

"Products may be differentiated within a relevant market such that some products are closer substitutes than others. The higher the degree of substitutability between the merging firms' products, the more likely it is that the merging firms will raise prices significantly. For example, a merger between two producers offering products which a substantial number of customers regard as their first and second choices could generate a significant price increase. Thus, the fact that rivalry between the parties has been an important source of competition on the market may be a central factor in the analysis. High pre-merger margins may also make significant price increases more likely. The merging firms' incentive to raise prices is more likely to be constrained when rival firms produce close substitutes to the products of the merging firms than when they offer less close substitutes. It is therefore less likely that a merger will significantly impede effective competition, in particular through the creation or strengthening of a dominant

¹⁰⁷ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, (2004/C 31/03).

position, when there is a high degree of substitutability between the products of the merging firms and those supplied by rival producers."

De britiske konkurransemyndighetenes retningslinjer for foretakssammenslutninger¹⁰⁸ legger tilsvarende vekt på konkurransenærhet mellom partene i vurderingen av ikke-koordinerte virkninger i markeder med differensierte produkter. I retningslinjene punkt 5.4.6 fremgår det at:

"Where products are differentiated, for example by branding or quality, unilateral effects are more likely where the merger firms' products compete closely. To assess whether the merger results in unilateral effects, the Authorities may analyse the change in the pricing incentives of the merger firms created by bringing their differentiated products under common ownership or control."

I retningslinjene punkt 5.4.7 heter det videre at:

"Unilateral effects may arise because a price increase becomes less costly when the products of the two firms are brought under common ownership or control. Without the merger, it is costly for one of the merger firms to raise its prices because it will lose the profit on diverted sales as a result. The cost is composed of two elements:

(a) the profit on lost sales from customers who switch to the products of the other merger firm; and

(b) the profit on lost sales from customers who switch to the products of firms other than the other merger firm."

I retningslinjene punkt 5.4.8 fremgår det også at:

"After the merger it is no longer as costly for the merged firm to raise the price of any of the products: it will recoup the profit on recaptured sales from those customers who would have switched to the products of the other merger firm."

Også de amerikanske retningslinjene for horisontale foretakssammenslutninger¹⁰⁹ legger stor vekt på konkurransenærhet mellom de fusjonerende partene i vurderingen av ikke-koordinerte virkninger i markeder med differensierte produkter. I retningslinjenes kapittel 6.1 fremgår det at:

"A merger between firms selling differentiated products may diminish competition by enabling the merged firm to profit by unilaterally raising the price of one or both products above the pre-merger level. Some of the sales lost due to the price rise will merely be diverted to the product of the merger partner and, depending on relative margins, capturing such sales loss through merger may make the price increase profitable even though it would not have been profitable prior to the merger.

The extent of direct competition between the products sold by the merging parties is central to the evaluation of unilateral price effects. Unilateral price effects are greater, the more the buyers of products sold by one merging firm consider products sold by the other merging firm to be their next choice."

Gjennomgangen over viser at det både i Kommisjonens og i de britiske og amerikanske konkurransemyndighetenes retningslinjer legges betydelig vekt på konkurransenærhet mellom

¹⁰⁸ *Merger Assessment Guidelines*, utarbeidet av OFT og CC.

¹⁰⁹ *Horizontal Merger Guidelines*, utarbeidet av U.S Department of Justice and the Federal Trade Commission.

de fusjonerende virksomhetene i vurderingen av ikke-koordinerte virkninger i markeder med høy grad av produkt differensiering. Begrunnelsen for dette er tilnærmet lik i alle de tre retningslinjene, og sammenfaller i stor grad med Konkurransetilsynets redegjørelse i vedtaket for vektleggingen av konkurransenærhet mellom partene i vurderingen av om foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, jf. konkurranseloven § 16 første ledd. Departementet vil i det følgende utdype begrunnelsen for denne vektleggingen av konkurransenærhet mellom partene i markeder med differensierte produkter og betydningen dette har for om partene kan utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen.

Konkurransbegrensende virkninger kan oppstå når konkurransen mellom de fusjonerende virksomhetene opphører. Departementet viser til at dersom en av partene hadde økt prisene sine før foretakssammenslutningen, ville den ha tapt noe av omsetningen sin til den andre parten. Etter foretakssammenslutningen forsvinner dette konkurransepresset ved at den tapte omsetningen til den andre parten gjenvinnes, og den fusjonerte enheten kan få økt markedsrett og insentiver til å øke prisene.

I markeder med differensierte produkter, vil noen produkter være nære substitutter og konkurrere hardt med hverandre, mens andre produkter vil være mindre nære substitutter og følgelig konkurrere mindre hardt. Konkurransepresset mellom partene påvirkes følgelig av hvor substituerbare produktene i markedet er. I markeder med differensierte produkter vil konkurransepresset de fusjonerende virksomhetene utøver på hverandre før foretakssammenslutningen være sterkere jo nærmere konkurrenter de er, og desto nærmere konkurrenter partene er, jo mer sannsynlig er det at den fusjonerende virksomheten vil øke prisene etter foretakssammenslutningen. Departementet bemerker at noe av det tapte salget som følge av prisøkninger, vil kunne gjenvinnes av partene etter foretakssammenslutningen. Av den grunn kan prisøkninger som ikke var lønnsomme forut for foretakssammenslutningen være lønnsomme å gjennomføre etter foretakssammenslutningen. Endringen i markedsrett kommer av gjenvinning av tapte kunder og tapt omsetning ved prisøkninger. Dette er bakgrunnen for at tilsynet i vedtaket hovedsakelig legger vekt på konkurransepresset mellom partene i vurderingen av om foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen. Departementet er enig i at dette er en riktig tilnærming i denne saken.

Det følger av dette at jo flere kunder som vil gå fra den ene parten til den andre ved en eventuell prisøkning før foretakssammenslutningen, desto større vil bortfallet av konkurranse mellom partene bli etter foretakssammenslutningen. En foretakssammenslutning mellom nære konkurrenter vil føre til større prisøkninger enn en foretakssammenslutning mellom mindre nære konkurrenter. Graden av konkurransenærhet, eller substitusjon mellom partenes produkter, er derfor den sentrale faktoren når man skal vurdere ikke-koordinerte virkninger av foretakssammenslutningen. Dersom partene før foretakssammenslutningen øvde et sterkt konkurransepress på hverandre og derfor hadde lav lønnsomhet, vil foretakssammenslutningen forventes å kunne gi partene betydelig insentiver til å utøve markedsrett. Konkurransenærhet mellom partene har derfor stor betydning for økning i markedsrett.

Om den fusjonerte enheten får høye markedsandeler eller ikke, har etter departementets syn mindre betydning, jf. vurderingen av markedsandeler i kapittel 9.2.3. Det er konkurransenærhet og diversjon mellom partene som er avgjørende for om partene kan utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen i markeder med differensierte produkter. Departementet bemerker at konkurransepresset de øvrige aktørene i markedet utøver på partene derfor også har mindre

betydning for om partene kan utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen¹¹⁰. I de amerikanske retningslinjene for horisontale foretakssammenslutninger kapittel 6.1 kommer dette til uttrykk på følgende måte:

"Diversion ratios between products sold by merging firms and those sold by non-merging firms have at most secondary predictive value".

Når partene øker prisene sine, vil som nevnt etterspørselen til konkurrerende aktører øke. Som Konkurransetilsynet beskriver i vedtaket, er det generelt akseptert i økonomisk teori at økt etterspørsel vil føre til at partenes konkurrenter vil respondere med å øke prisene sine heller enn å redusere dem.

At konkurrentene til de fusjonerende virksomhetene kan dra fordeler av en foretakssammenslutning er også fremhevet i Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger avsnitt 24. Avgjørelsen i COMP/M. 6497 Hutchinson 3G Austria/Orange Austria kan tjene som illustrasjon. I denne saken uttaler Kommisjonen følgende i avsnitt 367:

"Since the products are endogenously differentiated in terms of their market positioning, generally accepted and robust economic theory demonstrates that the profit-maximising response of competitors to a price increase would be to increase prices themselves."

Departementet viser videre til at denne tilnærming også er i tråd med tidligere praksis fra Konkurransetilsynet og Kommisjonen. Både Konkurransetilsynet og Kommisjonen har i flere tidligere saker lagt stor vekt på konkurransenærhet mellom partene i vurderingen av om en foretakssammenslutning vil føre til konkurransebegrensende virkninger i markeder med differensierte produkter.¹¹¹ Det fremgår blant annet av Konkurransetilsynets vedtak V2015-24 Coop Norge Handel AS – Ica Norge AS, avsnitt 162, at:

"Aktørene i dagligvaremarkedet tilbyr differensierte produkter, jf. avsnitt (166), og det er mer sannsynlig at foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen dersom Coop og Ica er nære konkurrenter. For å vurdere hvorvidt foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i lokale markeder er det derfor nødvendig å vurdere hvor nære konkurrenter Coop og Ica er i hvert lokale marked som berøres".

Departementet er etter dette enig med tilsynet i at det konkurransepresset de øvrige aktørene i markedet utøver på partene, i utgangspunktet har liten betydning for om partene kan utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen. Konkurransepresset andre aktører utøver på partene har likevel indirekte betydning på den måten at jo nære konkurrenter andre aktører er til partene, desto større er diversjon til disse aktørene, og desto mindre blir diversjonen mellom partene.

Konkret vurdering av konkurransenærhet

Departementet er som påpekt ovenfor enig i Konkurransetilsynets vektlegging av konkurransenærhet mellom partene i vurderingen av om inngrepsvilkåret anses oppfylt. Spørsmålet her er derfor om Peppes Pizza og Dolly Dimple's faktisk er så nære konkurrenter som

¹¹⁰ Se for eksempel Thomas Buettner, *Closeness of Competition from an Economic Perspective*, Journal of European Competition Law & Practice, juli 2016.

¹¹¹ Se for eksempel Konkurransetilsynets vedtak V2015-24 Coop Norges Handel AS – Ica Norge AS, avsnitt (162) og vedtak V2012-11 A-pressen – Edda Media AS, Kommisjonens sak COMP/M.6497 Hutchinson 3G Austria/Orange Austria og COMP/M5658 Unilever/Sarah Lee, avsnitt (158).

Konkurransetilsynet har lagt til grunn, og om dette i så fall har den konkurransebegrensende virkning som tilsynet har funnet, eller om partene utsettes for sterk konkurranse fra andre, slik klager anfører.

Departementet understreker at serveringsbransjen består av produkt- og tjenesteleverandører som er sterkt diversifisert, langs flere akser. Det mest åpenbare er den store produktvariasjonen innen serveringsbransjen, der innhold, smak, kvalitet, og tilbehør varierer betydelig. For eksempel kan produktet pizza finnes med sterk variasjon i utforming, innhold og kvalitet på tvers av ulike typer serveringssteder. I tillegg er som kjent pizza bare en type matrett i et samlet restaurantmarked med mange andre alternativ. Tilbyderne er videre også geografisk diversifisert, og beliggenhet er en faktor som kan gi store forskjeller på omsetning og lønnsomhet for to ellers like tilbud. Videre varierer tilbyderne med hensyn til distribusjonsform, der restaurant, hjemlevering, take-away, og hurtigmat over disk, innebærer svært ulike tilbud for både kunde og leverandør. Forskjellene representerer derfor en betydelig variasjon i tilbyderens forretningsmodell, og verdi for kunden. En pizza på formell restaurant kan oppleves svært annerledes enn en pizza på en hurtigmatrestaurant, både knyttet til kvalitet og hvilken opplevelse kunden tilbys forøvrig.

Gjennom etablering av en kjent merkevare, kan restauranter, i eller utenfor kjede, bygge kundelojalitet og øke kundens betalingsvilje, sammenlignet med andre aktører som tilbyr et ellers likt produkt. Merkevaren i seg selv vil her vise kunden at han får omlag det samme tilbudet hver gang. Denne effekten av en enhetlig og sterk merkevare er annerledes for en kjede enn for enkeltstående restaurantbedrifter, selv om de også meget vel kan ha en sterk merkevare. En større merkevarebasert kjede tilbyr kunden en relativt lik opplevelse og nytte på ulike steder, mens en formell restaurant eller en enkeltstående aktør søker å tilby noe som er unikt for denne. Kunden vil kunne anta at kjeden tilbyr det samme også i en restaurant han aldri har besøkt før, og merkevareprofilen kjeden har bygget opp, er vesentlig for å kommunisere dette til kunden.

Det sentrale for denne saken, er at de fusjonerende partene er svært like på alle de nevnte parameterne. Konkurransetilsynet gir i vedtakets kapittel 7.3 - 7.5 en omfattende kvalitativ analyse av konkurransenærhet mellom partene, i henholdsvis restaurantmarkedet, hjemlevering/take-away og i lokale markeder. I denne sammenheng er det tilstrekkelig for departementet å vise til at partene innbyrdes har relativt like produkter, en betydelig geografisk overlapp, og begge tilbyr produktene levert gjennom restaurant, herunder enkelte ekspressavdelinger, hjemlevering og take-away. De har også en svært lik forretningsmodell, der kjededrift, merkevarebygging og kundemålgrupper er relativt like. Partene har imidlertid et ulikt geografisk tyngdepunkt, og de har en litt ulik strategisk posisjonering, ved at Peppes Pizza ønsker at kjedens restauranter skal oppfattes som et [redacted], mens Dolly Dimple's beveger seg mer i retning av det de kaller [redacted], se tilsynets vedtak punkt 273 - 282.

Departementet viser i denne forbindelse også til den nærmere vurderingen av Konkurransetilsynets kvantitative analyser, herunder tilsynets forbrukerundersøkelser i kapittel 8 ovenfor. Det fremgår også av denne vurderingen at partene er nære konkurrenter og at de fleste andre aktørene ikke er nære konkurrenter til partene. Dette understøttes av gjennomførte forbrukerundersøkelser, som viser høy diversjon mellom partene, selv om det finnes en rekke andre konkurrerende aktører tilstede i de lokale områdene som tilsynet har analysert.

Når det gjelder anførselen om at Konkurransetilsynets kvalitative vurderinger er subjektive og i liten grad bygger på etterprøvable dokumentasjon eller empiri, viser departementet til at tilsynet har foretatt en omfattende kvalitativ vurdering for å vurdere konkurransepresset mellom

partene, jf. vedtaket kapittel 7.3.2 og 7.4.2. Basert på blant annet svarbrev fra konkurrenter, partenes interne dokumenter og vurdering av produktlikhet langs sentrale konkurranseparametere, herunder produktvalg, servicenivå, pris og geografisk beliggenhet, har tilsynet konkludert med at partene er nære konkurrenter. Tilsynet har også beregnet diversjonsrater med utgangspunkt i forbrukerundersøkelser som understøtter de kvalitative vurderingene av konkurransenærhet mellom partene, jf. vedtaket kapittel 7.3.2.3.7 og 7.4.2.3.6. Endelig har tilsynet vurdert motvirkende faktorer som nyetablering, potensiell konkurranse eller kjøpermakt som kan hindre partene i å utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen.

I den konkrete vurderingen av om det foreligger inngrepsgrunnlag i de lokale områdene hvor partene har overlapp, har tilsynet blant annet vurdert om det er andre konkurrenter som er så nære konkurrenter til Peppes Pizza og/eller Dolly Dimple's at det er sannsynlig at diversjonen mellom partene er lavere enn kritisk diversjon, jf. vedtaket avsnitt 799. Her vil departementet for det første vise til den grundige gjennomgangen av øvrige aktører i markedet, i vedtakets kapittel 7.3.3. Her beskrives kjeder som Egon, Olivia, og en rekke andre. I gjennomgangen av de lokale markedene i kapittel 7.5, finner tilsynet det samme på lokalt nivå; enkelte aktører gir et visst konkurransepress på partene, men dette endrer ikke på det grunnleggende forhold at partene er hverandres nærmeste konkurrenter, både nasjonalt og i en rekke lokale markeder. Konkurransetilsynet konkluderer med at ingen andre aktører er like nære konkurrenter til partene som partene er til hverandre, selv om kjeden Egon og enkelte lokale aktører anses å kunne gi et visst konkurransepress på en sammenslått enhet. Departementet vil også i denne forbindelse påpeke at forbrukerundersøkelsene gjennomgående viser høy diversjon mellom partene, til tross for at det finnes en rekke andre aktører i markedet, og at diversjonsratene og kvalitative vurderingene trekker i samme retning i foreliggende sak. I tillegg vil departementet understreke at selv om klager har kommet med omfattende argumentasjon knyttet til betydningen av konkurransepress fra andre aktører, har klager tilsynelatende ingen innvendinger mot tilsynets vurdering av de enkelte andre aktørenes egenskaper. Departementet legger derfor til grunn at de ulike aktørene som kan gi et visst konkurransepress etter en foretakssammenslutning, ikke vil være tilstrekkelig nære og effektive konkurrenter til å eliminere det incentiv til å øke partenes kvalitetsjusterte priser, som foretakssammenslutningen gir grunnlag for.

Departementet legger etter dette til grunn at Konkurransetilsynets vurderinger av konkurransenærhet er riktige og godt begrunnet i både kvalitative og kvantitative beviser i saken. Departementet kan heller ikke se at konkurransepresset fra andre aktører er så sterkt at partene ikke får insentiver til å øke prisene etter foretakssammenslutningen.

Departementet mener etter dette at partene er så nære konkurrenter at foretakssammenslutningen mellom dem gir grunnlag for utøvelse av markedsrett. Foretakssammenslutningen skaper derfor en vesentlig begrensning av konkurransen i henholdsvis restaurantmarkedet, take-away/hjemlevering og i lokale markeder, jf. konkurranseloven § 16.

9.4 Etableringshindre og potensiell konkurranse

9.4.1 Innledning

Etableringshindringer omfatter de forhold og betingelser en bedrift står overfor når den vurderer å etablere seg i et marked. Etableringshindringer avgjør den potensielle konkurransen fra aktører som ikke er etablert i det relevante markedet. Eksempler på etableringshindringer er offentlige reguleringer, irreversible investeringer og stordriftsfordeler.

Høye etableringshindringer tilsier at etablerte aktører i mindre grad må ta hensyn til at nye aktører kan etablere seg i markedet ved for eksempel en prisøkning. Lave etableringshindringer tilsier i motsetning at etablerte aktører vil være forsiktige med å øke prisene da det kan tiltrekke nye konkurrenter. For at en etablering skal avhjelpe en vesentlig konkurransebegrensning må den være sannsynlig, effektiv og tidsnært.

En potensiell konkurrent er et foretak som ikke deltar i det relevante markedet for øyeblikket, men som er i stand til eller kan forventes å gjøre det i nær fremtid. Potensiell konkurranse forutsetter at tilbydere, som reaksjon på en liten og varig prisøkning, evner å omstille virksomheten og markedsføre produktene i løpet av forholdsvis kort tid, uten at det medfører betydelige tilleggskostnader eller risiko.

9.4.2 Klagers anførsler

Klager anfører at tilsynets konklusjon, om at potensiell konkurranse fra både etablerte aktører som Egon og Olivia og andre aktører ikke er sannsynlig, tidsnær eller effektiv, er basert på flere grunnleggende feilslutninger. Partene mener de møter potensiell konkurranse fra enhver lokal aktør som ønsker å etablere en eller flere uformelle spisesteder eller pizzarestauranter.

Partene mener det enkelt kan startes opp nye restauranter uten nevneverdige krav til kapital, utdanning, nettverk, bransjekunnskap mv. Det hevdes å være lave etableringshindringer i bespisningsmarkedet som bidrar til at det er sannsynlig at partene må ta hensyn til muligheten for nyetableringer når pris, service, kvalitet og andre konkurranseparametere settes for kjedens restauranter i lokalmarkedene. Det er lave exitbarrierer og etableringer krever i svært liten grad større ikke-reversible investeringer. Derfor er det rimelig å forvente betydelig markedsdynamikk. Det hevdes videre at kundene har ingen eller svært lav lojalitet i restaurantmarkedet hvilket ytterligere bidrar til at partene møter sterk potensiell konkurranse. Videre vil muligheten for bruk av et franchise-konsept begrense investeringer og risiko for utvidelse og ekspansjon av en kjede. For hvert overlappsmarked anfører klager at det er lave etableringshindringer og betydelig potensiell konkurranse og viser til nyetableringer den siste tiden.

Klager viser også til en utredning om norsk serveringsnæring utført for Nærings- og fiskeridepartementet i 2014 hvor næringen analyseres både med tanke på økonomi, struktur og regelverk. Utredningen konkluderer med at det er lave etableringsbarrierer i den norske serveringsbransjen¹¹².

Det hevdes videre at kundene har ingen eller svært lav lojalitet i restaurantmarkedet hvilket ytterligere muliggjør potensiell konkurranse.

Klager mener også at tilsynet stiller for strenge krav til etablering når det oppstilles som krav at det må etableres en nasjonal kjede for at etablering skal være tilstrekkelig disiplinerende.

Tilsynet gjør feil når de avviser konkurransepress fra lokale/uavhengige aktører ved å vise til at gjennomsnittsdiversjonen til disse aktørene var lav i forbrukerundersøkelsene og at det derfor må etableres en rekke lokale aktører for at de skal utøve et tilstrekkelig konkurransepress. Det anføres at snittdiversjonen sier svært lite om det samlede konkurransepresset fra uavhengige aktører ettersom det er et betydelig antall aktører som ikke er en del av en kjede.

Klager anfører at Konkurransetilsynets vedtak ikke i tilstrekkelig grad vurderer de mulighetene eksisterende alternative "low-cost-fast-food"-serveringsstedene har til å legge om sin drift til å

¹¹² På side 58 i nevnte rapport fremgår det at: "Serveringsnæringen har relativt lave etableringsbarrierer og lave kapitalkostnader."

servere pizza. En slik omlegging av driften ble senest gjort på take-away-stedet "Hai 2 Go"¹¹³ på Hamar sommeren 2016.

9.4.3 Konkurransetilsynets vurdering

Markedet for uformelle spisesteder

I vurderingen av nyetablering i restaurantmarkedet har Konkurransetilsynet lagt vekt på etablering av både enkeltstående aktører og kjeder samt potensiell konkurranse.

For å etablere en restaurant er det blant annet behov for egnede lokaler med god beliggenhet, personale, konkurransedyktige avtaler med leverandører samt kapital til å dekke av husleie eller kjøp av lokale, innredning, lønn og markedsføring. Tilsynet er enig i at det har vært flere nyetableringer de siste årene, både fra enkeltstående aktører og kjeder, hvilket indikerer at etablering er sannsynlig¹¹⁴. Samtidig påpeker Konkurransetilsynet at det også har vært en del uttrede fra restaurantmarkedet, særlig som følge av konkurs¹¹⁵. Dette indikerer at det er utfordrende å oppnå lønnsom drift.

Tilsynet legger vekt på at etablering av en pizzarestaurant vil være mer konkurransefremmende enn etablering av en restaurant som ikke har pizza som hovedprodukt. Av nyetableringene partene har opplyst om er det kun et mindre antall av aktørene som har pizza som en vesentlig del av produkttilbudet.

Resultatene fra forbrukerundersøkelsene til tilsynet viser at diversjonen til enkeltstående aktører er lav.¹¹⁶ Dette indikerer at det må etableres en rekke enkeltstående restauranter for at etablering skal virke tilstrekkelig disiplinerende på partene. Tilsynet finner at det er lite sannsynlig at det vil etableres tilstrekkelig mange aktører i så mange lokale markeder at det vil ha virkning på Peppes Pizzas markedsrett nasjonalt. Tilsvarende finner tilsynet at det vil være vanskelig å tidsnært bygge en merkevare som kan utøve et effektiv konkurransepress på partene. Dette er i samsvar med Kommisjonens retningslinjer¹¹⁷ for horisontale fusjoner samt praksis fra EU-domstolen¹¹⁸ og Fornyings- og administrasjonsdepartementet¹¹⁹.

På denne bakgrunn kommer Konkurransetilsynet frem til at etablering av et tilstrekkelig antall enkeltstående restauranter og en restaurantkjede ikke er sannsynlig, tidsnær og effektiv. Videre konkluderer tilsynet med at potensiell konkurranse som følge av omlegging av driften til eksisterende aktører ikke er sannsynlig innenfor rimelig tid. Dette vil kreve både kapital, nye lokaler, endringer i strategi og merkevarebygging som tar tid å gjennomføre.

Konkurransetilsynet konkluderer med at etablering og potensielle konkurransen ikke vil hindre det fusjonert selskapet i utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen.

¹¹³ <http://www.h-a.no/nyheter/erstatter-sushi-med-pizza>.

¹¹⁴ Det varierer fra 2 nyetablering i et lokalmarkedet til 22 jf. svar på pålegg om opplysninger fra Kvale Advokatfirma 20. juni 2016, bilag 2. Melders oversikt ikke er uttømmende.

¹¹⁵ Tall fra SSB viser at det i 2015 totalt ble åpnet konkurs i 334 serveringsvirksomheter.

¹¹⁶ Et fåtall av de enkeltstående aktører som får over ■ prosent diversjon og kun to aktører får over ■ prosent diversjon.

¹¹⁷ Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger, punkt 71 c.

¹¹⁸ Sak 26/76 United Brands v. Kommisjonen (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR 429, avsnitt 91 til 94.

¹¹⁹ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009, Opplysningen Mobil AS - Aspiro Søk AS side 42.

Markedet for take-away/hjemlevering

Etablering i take-away-markedet vil på samme måte som restaurantmarkedet kreve egnede lokaler med god beliggenhet i tilstrekkelig antall markeder, personale, konkurransedyktige avtaler med leverandører samt kapital til dekking av husleie/ kjøp av lokale, innredning, lønn og markedsføring. I tillegg kommer transportmidler ved etablering i markedet for hjemlevering. En oversikt fra melder viser at antallet etableringer av enkeltstående utsalgsteder som tilbyr take-away og hjemlevering varierer fra ingen til seks etableringer i løpet av de siste tre årene¹²⁰. Etablering må være sannsynlig i et tilstrekkelig antall av de berørte lokale markedene, samt være effektiv og tidsnær for at den skal kunne hindre utøvelse av markedsrett etter foretaks-sammenslutningen. En nyetablering med et differensiert tilbud og konsept er ikke nødvendigvis tilstrekkelig effektiv til å hindre utøvelse av markedsrett etter foretakssammenslutningen.

Tilsynet finner at eksisterende enkeltstående aktører ikke er nære konkurrenter til partene. Formidlingstjenestene¹²¹ anses ikke å gjøre etablering i take-away-markedet mer sannsynlig, tidsnær og effektiv for enkeltstående aktører på grunn av manglende merkevare og begrenset geografisk utstrekning.

Etablering av en kjede i take-away-markedet vil krever de sammen momentene som en enkeltstående aktør, men i større skala.

Selv om det stilles færre krav til et take-away lokale enn ved restaurantdrift legger tilsynet til grunn at det kan ta tid å få på plass egnede lokaler for en kjede jf. opplysninger fra aktørene¹²². Planleggingsprosessen ved etablering av en ny kjede, forhandlinger i forkant av inngåelse av leiekontrakter, merkevare og innredning av lokaler krever ytterligere tid. Dette utgjør en etableringshindring ved etablering av en ny kjede i take-away-markedet. Etter en samlet vurdering legger Konkurransetilsynet til grunn at både etablering av nye enkeltstående utsalgsteder i et tilstrekkelig antall og etablering av en ny kjede i take-away-markedet ikke er sannsynlig, effektiv og tidsnær til å hindre utøvelse av markedsrett etter foretakssammenslutningen.

Pizzabakeren og Domino's har begge uttalt at de har planer om ekspansjon til nye geografiske markeder¹²³. Sammenlignet med restaurantmarkedet har eksisterende kjeder større ekspansjonsplaner i take-away-markedet de neste årene. Ekspansjon kan imidlertid være tidkrevende også for en veletablert aktører jf. opplysninger fra Peppes Pizza om deres utsalgsted på [REDACTED].

Konkurransetilsynets legger imidlertid vekt på at Pizzabakeren har en noe svakere merkevare enn partene samt et noe differensiert konsept. Ytterligere geografisk ekspansjon fra Pizzabakeren vil etter Konkurransetilsynets vurdering derfor ikke være tilstrekkelig effektiv til at partene hindres i å utnytte markedsrett etter foretakssammenslutningen. Tilgang til lokaler og tilgang til franchisetakere vil etter Konkurransetilsynets vurdering være mer krevende for Domino's sammenlignet med Pizzabakeren da Domino's er en mindre aktør i det norske markedet. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil ikke Domino's tidsnært kunne bli en effektiv konkurrent til partene. Basert på dette konkluderer Konkurransetilsynet med at det til

¹²⁰ Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Advokatfirma Kvale 22. juni 2016, vedlegg. Det presiseres at melder oversikt ikke er uttømmende.

¹²¹ Et eksempel på en slik formidlingstjeneste er Roomservice og Foodora.

¹²² E-post fra Advokatfirma Kvale 18. mai 2016, vedlegg benevnt "Investeringsforespørsel [REDACTED]", side 3.

¹²³ Referat fra telefonmøte med Pizzabakeren 12. mai 2016, side 2 og referat fra telefonmøte med Domino's 13. mai 2016, side 1.

en viss grad eksisterer potensiell konkurranse i take-away markedet gjennom videre ekspansjon fra eksisterende aktører, men at den potensielle konkurransen ikke er tilstrekkelig til å hindre Peppes Pizza i utøve markedsrett etter foretakssammenslutningen.

9.4.4 Departementets vurdering

Departementet er enig i at partene møter konkurranse fra en rekke uavhengige aktører i partenes respektive lokalområder. Det sentrale vurderingsmomentet er imidlertid konkurransenærhet, og departementet vurderer, i likhet med Konkurransetilsynet, om etableringshindrene er så lave at etablering vil kunne disiplinere en sammenslått enhet. For at dette skal være tilfelle, må etablering være sannsynlig, tidsnær og effektiv.

I utredning om norsk serveringsnæring utført av Damvad på vegne av NFD konkluderes det med at det er lave etableringsbarrierer i norsk serveringsbransje. Departementet bemerker imidlertid at det sentrale vurderingstemaet i denne saken ikke er etableringshindre for serveringssteder generelt, men for kjeder som kan disiplinere partene etter en foretakssammenslutning. Departementet vil understreke at det åpenbart er betydelige forskjeller mellom å etablere en enkeltstående restaurant, slik klager har fokusert på, og etablering av en kjede av restauranter, eller vesentlig omprofilering av en eksisterende, som er det som skal til for i tilstrekkelig grad å redusere incentivet til prisøkninger i denne saken. Tilsvarende er det klart at etablering og videre ekspansjon av eksisterende kjedeaktører innen take-away/hjemlevering er noe mer sannsynlig enn etablering av en ny kjede som har både restaurant, hjemlevering og take-away.

For at potensiell konkurranse skal ha den virkningen klager anfører, må sannsynlighetsvurderingen knyttes til en aktør som raskt kan bli en effektiv konkurrent. Det må med andre ord kunne antas som sannsynlig at en mindre og varig prisøkning fra Peppes Pizza og Dolly Dimple's vil møtes med etablering av en aktør som vil kunne gi kundene et vare- og tjenestetilbud som sikrer en tilstrekkelig diversjon til den nye aktøren i forhold til diversjonen mellom partene forut for foretakssammenslutningen. Dette regner departementet som svært lite sannsynlig, og viser til Konkurransetilsynets begrunnelse i vedtakets kapittel 7.3.5 og 7.4.5.

Det bemerkes for øvrig at partenes påstander om at det enkelt kan etableres en restaurant står i kontrast til opplysninger fra flere av markedsaktørene. Tilgangen på egnede lokaler antas å være særlig utfordrende. Det er derfor departementets oppfatning at partens opplysninger på dette punktet ikke stemmer overens med andre aktørers vurdering. Videre viser data fra SSB at det også har vært en del uttreden fra restaurantmarkedet. Dette indikerer at det er utfordrende å etablere lønnsom drift. Dette taler for at det er krevende å etablere seg som en effektiv konkurrent. På denne bakgrunn konkluderes det med at det ikke kan karakteriseres som enkelt å etablere en restaurant og at det vil ta tid.

Når det gjelder kundelojalitet viser resultatene fra forbrukerundersøkelsene at partenes kunder er lojale overfor etablerte merkevarer ettersom den største diversjonen i hovedsak går til etablerte og anerkjente merkevarer. Dette tyder på at kunder i bespisningsmarkedet har en lojalitet og preferanse overfor merkevare. Departementet er derfor av den oppfatning at partenes anførsel på dette punktet ikke er i tråd med resultatene fra spørreundersøkelsene og legger således til grunn at merkebevissthet og kundelojalitet er en viktig faktor i bespisningsmarkedet, som dermed utgjør et etableringshinder.

9.5 Betydningen av markedets utvikling

9.5.1 Klagers anførsler

Klager har også anført at når pizzasegmentet og partenes omsetning i dette er stagnerende, mens restaurantmarkedet er i vekst, så viser det at konkurransepresset mot partene er hardt.¹²⁴

9.5.2 Konkurransetilsynets vurdering

Konkurransetilsynet har ikke adressert dette temaet direkte.

9.5.3 Departementets vurdering

Departementet vil påpeke at det er prinsipielt viktig å skille mellom om markedet er i vekst, stagnasjon eller nedgang, og spørsmålet om rivalisering mellom aktørene som er i markedet. Forutsatt en riktig avgrensning av et relevant marked, vil aktørene innenfor markedet ikke møte konkurranse fra aktører utenfor. I denne saken, som gjelder differensierte produktmarkeder, vil det være en mer glidende overgang mellom nære og fjerne konkurrenter.

Dette er imidlertid ikke til hinder for at endrede forbrukerpreferanser, teknologisk utvikling, eller andre trender, leder til endring i etterspørselen etter produktene i det relevante markedet eller til de nære konkurrentene. Slike trendskifter vil også påvirke konkurranseintensiteten mellom tilbyderne som er etablert i markedet, og de vil påvirke hvor attraktivt det vil være for nye aktører å etablere seg i markedet. Generelt er det slik at rivaliseringen mellom et gitt antall konkurrerende tilbydere vil være svakere i et marked i vekst, enn i et marked i nedgang. Stagnerende markeder har gjerne hardere priskonkurranse, alt annet likt, enn markeder i vekst.¹²⁵ Virkningen blir at et marked som får flere kunder og/eller opplever økt betalingsvilje, vil være mer attraktivt for etablering, eller for investering i økt kapasitet for de eksisterende tilbyderne.¹²⁶ Når markeder derimot er i nedgang, vil rivaliseringen bli hard, etablering av nye aktører blir mindre sannsynlig, og om rivaliseringen blir hard nok, vil eksisterende aktører etterhvert vurdere å trekke seg ut av markedet. Departementet legger til grunn at om pizza-segmentet er i stagnasjon, vil virkningen dermed normalt være at konkurransen mellom de etablerte kjedene hardner til. Konkurranseskaden av en sammenslåing av to nære konkurrenter blir følgelig sterkere enn om markedet hadde vært i vekst.

Partenes poeng er imidlertid ikke nødvendigvis at selve markedet stagnerer, de vektlegger først og fremst at de selv har stagnert, og at foretakssammenslutningen er et trekk for å stoppe og motvirke stagnasjonen ved å skape inntektssynergier gjennom en fornying av kjedekonseptene.¹²⁷ Uten å gå grundigere inn på om denne påstanden om stagnasjon faktisk er korrekt, er det for departementet tilstrekkelig å vise til at så lenge partene er nære konkurrenter, vil foretakssammenslutningen lede til at stagnasjonen – uavhengig av om den rammer hele markedet eller bare disse foretakene – kan møtes med koordinering mellom de fusjonerende partenes virksomheter istedenfor med konkurranse. Alt annet likt mener departementet at

¹²⁴ Referat fra møte med Peppes Pizza 26. mai 2016, side 4 og referat fra møte med Dolly Dimple's 26. mai 2016, side 3, samt interne dokumenter fra partene, blant annet internt dokument fra Peppes Pizza nr. 2042, side 2 og internt dokument fra Dolly Dimple's nr. 1.37, side 1 og 2, og Svar på pålegg om å gi opplysninger fra Kvale Advokatfirma 18. mai 2016, side 1.

¹²⁵ Besanko m.fl. *Economics of Strategy* (Wiley, 6. utg. 2013) s. 261.

¹²⁶ Lien og Jacobsen, *Ekspansjon og konsernstrategi* (Gyldendal 2015) s. 71-75.

¹²⁷ Brev fra Umoe restaurants 25/11-2016 punkt 2.

virkingen av dette vil være mer alvorlig når markedet eller partene i foretakssammenslutningen er i stagnasjon, enn om situasjonen var annerledes. Istedenfor å konkurrere hardere for å holde på kundene, kan de etter en sammenslåing øke eller holde prisene høyere enn de ville gjort i konkurranse med hverandre. De kan også videreutvikle hver av de to kjedene uten å måtte vurdere strategisk respons fra den andre kjeden.

Departementet legger etter dette til grunn at uansett om pizza-markedet er stagnerende, eller det bare er partene som taper omsetning, så vil det forhold at partene er sine nærmeste konkurrenter i et marked med differensierte produkter, lede til at virkingen av foretakssammenslutningen er mer alvorlig, enn om utviklingen hadde gått motsatt vei.

9.6 Betydningen av kjededrift og bortfall av potensiell konkurranse

9.6.1 Klagers anførsler

Et sentralt tema i saken er forholdet mellom lokale og nasjonale virkninger av foretakssammenslutningen. Klager har som påpekt blant annet under kapittel 6 om markedsavgrensning ovenfor, kritisert vedtaket for å være utydelig på dette temaet, og for nærmest å ha definert kjedebaserte pizzarestauranter som et eget marked, avsondret fra andre pizzarestauranter. Den samme kritikken gjenfinnes i partenes anførsler knyttet til de lokale markedene, der de kritiserer tilsynet for å vurdere konkurransepress fra frittstående lokale restauranter som mindre disiplinerte for en sammenslått enhet, enn konkurranse fra en nasjonal kjede.

9.6.2 Konkurransetilsynets vurdering

Konkurransetilsynet har i saken tatt utgangspunkt i at konkurranseskaden ved foretakssammenslutningen oppstår gjennom til sammen 20 markeder hvor partene har overlappende virksomhet, og at det er dette som skaper insentiv for partene til å øke de kvalitetsjusterte prisene etter foretakssammenslutningen, se for eksempel kapittel 7.3.7 og 7.4.6 i tilsynets vedtak og oppsummeringen av gjennomgang av de berørte lokale markedene i vedtakets kapittel 7.5.10. Ved vurderingen av konkurranseforholdene i de ulike berørte markedene, legger Konkurransetilsynet en viss vekt på om andre lokale aktører er del av en kjede eller ikke. Et eksempel er vurderingen av etableringshindringer og potensiell konkurranse på Jessheim i kapittel 7.5.9.17.1.2, og et annet er gjennomgangen av situasjonen i Førde, i vedtakets kapittel 7.5.9.21.1. De lokale analysene er basert på den generelle gjennomgangen av betydningen av kjedetilknypning og merkevarestyrke i kapittel 7.3.2.3.5, der tilsynet konkluderer med at partene er store nasjonale kjeder med sterke merkevarer, og at dette etter tilsynets vurdering bidrar til større grad av likhet og konkurransenærhet mellom partene.

9.6.3 Departementets vurdering

Departementet viser til at store deler av Konkurransetilsynets vedtak og klagers anførsler gjelder detaljerte analyser av lokale markeder som berøres i saken. Tilsynet konkluderer som kjent med at partene er hverandres nærmeste konkurrenter, ikke bare som nasjonale kjeder,¹²⁸ men også i en rekke lokalmarkeder.¹²⁹

Departementet har ovenfor konkludert med at formålet med å avgrense det relevante markedet i denne saken er å kartlegge grad av konkurransenærhet mellom ulike aktører, herunder partene, heller enn å trekke en klar og distinkt grense for hvilke serveringstilbud som ligger hhv.

¹²⁸ Henvising til tilsynets vedtak

¹²⁹ Henvising til tilsynets behandling og oversikt over berørte lokalmarkeder ovenfor her.

innenfor og utenfor det relevante markedet. Dette er riktig tilnærming i en sak som gjelder et marked med differensierte produkter. Departementet er i hovedsak enig i tilsynets analyse av de berørte lokalkjeder, som vist i punkt 9.8 nedenfor.

Departementet vil imidlertid understreke at virkningen av å slå sammen to restaurantkjeder, må ta utgangspunkt i at kjededrift er en forretningsmodell, som skiller seg fra enkeltstående restauranter, og også fra foretak som driver flere innbyrdes ulike serveringssteder. Gjennom kjededrift søker foretakene både å effektivisere drift, gjennom å benytte like driftsløsninger i flere lokale enheter for på den måten å ta ut stordrifts- og samdriftsfordeler nasjonalt, og å øke kundenes betalingsvilje og lojalitet, gjennom å bygge en kjent og enhetlig merkevare for virksomheten. Strategien kan understøttes gjennom enhetlig profilering av kjeden gjennom nasjonale markedsføringstiltak og kampanjer, jf. kapittel 9.3.3 ovenfor.

Et foretak som har valgt kjededrift som forretningsmodell, vil normalt være særskilt opptatt av konkurransepress fra andre kjeder med like produkter og lik forretningsstrategi. Konkurranse fra en annen kjede som er nær konkurrent mange steder, er åpenbart viktigere for en slik virksomhet, enn konkurranse fra en enkelt frittstående restaurant i ett av de lokalkjedene kjeden er etablert i. Dersom en konkurrerende kjede lykkes med produktutvikling, implementering av ny teknologi, endring i prisstrategi, eller utvikling av markedsføringstiltak, vil en konkurrerende kjede settes under langt hardere kommersielt press enn om slik utvikling skjer hos en enkeltstående aktør, eller hos en kjede som er en fjernere konkurrent. Et vellykket grep fra en fjern konkurrent kan kopieres og gjøres til et fortrinn, mens et vellykket grep fra en nær konkurrent leder til at konkurrenten får fortrinnet først. Derfor er det logisk, som Konkurransetilsynet har påvist i vedtaket, at partene i denne foretakssammenslutningen først og fremst er opptatt av hverandre og andre kjeder som er litt fjernere konkurrenter, i sine interne strategiske dokumenter. Partene er som påvist, nære konkurrenter, ikke bare fordi de tilbyr innbyrdes like produkter med høy grad av substituerbarhet sett fra forbrukernes ståsted, men også fordi de har innbyrdes lik forretningsmodell og overvåker, samt reagerer på endringer i hverandres konkurransestrategier.

Dette har imidlertid etter departementets vurdering en viktig implikasjon for hvordan konkurransemyndighetene bør analysere skadevirkningene av en foretakssammenslutning mellom to kjeder som er nære konkurrenter. Selv om departementet er enig med tilnærmingen både Konkurransetilsynet og partene tar, om at det er de lokale virkningene som er sakens kjerne, er det ikke dermed sagt at foretakssammenslutningen ikke har virkninger også utover de lokalkjedene der begge partene er etablert.

For det første legger departementet til grunn at der en av partene har funnet et lokalt marked som er attraktivt, vil etablering fra den annen kjede fremstå som en reell trussel. Når en kjederestaurant har etablert seg i et attraktivt område av en storby, vil den konkurrerende kjedens strategiske trekk mht. etablering, flytting, eller utvidelse av restauranter, være en konstant trussel. På tilsvarende måte vil konkurrerende kjeder konkurrere om å være først ute med etablering i nye markeder som utvikler seg over tid.

Dette leder til styrket mulighet for økning av kvalitetsjusterte priser også i markeder uten overlapp før foretakssammenslutningen. Forskjellen på insentivet til prisøkning i og utenfor markeder med lokalt overlapp, blir dermed mindre enn om markedene uten overlapp hadde vært helt skjermet for potensiell etablering fra den andre kjeden. Slik blir potensiell konkurranse etter departementets vurdering en disiplinerende faktor på partene også utenfor overlappsmarkedene, forut for foretakssammenslutningen. Denne virkningen elimineres, om partene får slå seg sammen. Prispresset som oppstår som følge av gjenvinning av tidligere tapte kunder i hvert lokale overlappsmarked og som følge av bortfall av potensiell konkurranse

mellom partene i markeder uten overlapp, kan enten tas ut ved å øke de kvalitetsjusterte prisene i de lokale markedene, ved en økning i de nasjonale kvalitetsjusterte prisene, eller en kombinasjon av disse.

En nærmere kvantifisering av virkningen som følge av bortfall av potensielt konkurransetrykk partene imellom i markedene uten overlapp, har departementet ikke grunnlag for i saken. Likevel er det sentralt å understreke at bortfall av potensiell konkurranse mellom de to kjedene påvirker departementets analyse av saken på flere plan. For det første, leder dette som antydning til at der Konkurransetilsynet og partene har identifisert et insentiv til prisøkning hovedsakelig i markeder med lokalt overlapp, mener departementet som nevnt at det samme insentivet i noen grad vil materialisere seg både i markeder uten overlapp, og i markeder hvor de konkrete markedsforholdene gjør at partene møter sterkere konkurranse enn andre steder.

Dette betyr for det andre at den detaljerte analysen av de enkelte markeder med lokalt overlapp, får mindre betydning for departementets konklusjon, enn for Konkurransetilsynets. Dette behandles nærmere under vurderingen av de lokale virkningene av foretakssammenslutningen, i punkt 9.8 nedenfor. I tillegg får betydningen av konkurranse fra andre kjeder, og bortfallet av potensiell konkurranse mellom de involverte kjedene etter en foretakssammenslutning, at en i anslaget over samfunnsøkonomisk skadevirkning, jf. kapittel 9 nedenfor, ikke kan begrense seg til å vurdere prispress i overlappsmarkeder, men også må ta hensyn til en viss prisvirkning utenfor disse.

9.7 Betydningen av franchisedrift

9.7.1 Klagers anførsler

Klager viser til at en rekke av partenes spisesteder er franchisedrevet. Det er overlapp mellom partene i kun 20 lokale markeder. På flere av stedene med overlapp har en eller begge parter franchisedrevne enheter. Dette virker inn både på partenes muligheter og insentiver til å øke prisene i disse områdene.

Konkurransetilsynet legger i vedtaket vekt på at transaksjonen vil gi det nye foretaket insentiver til å øke prisene, uten å ta hensyn til om det er egeneide eller franchisedrevne enheter i de ulike lokalmarkedene. Franchisegiver har imidlertid ingen adgang eller mulighet til å pålegge en franchisetaker å øke prisene, jf. konkurranseloven § 10. Når det gjelder franchisedrevne restauranter, er partenes innflytelse på disse avdelingenes prisfastsettelse begrenset til fastsettelse av nasjonale, veiledende priser/maksimalpriser. Franchisetaker avgjør selv hvilke priser han ønsker å ta. De vil i sin vurdering av eventuelle prisøkninger ikke ta hensyn til om deler av deres tapte fortjeneste vil kunne gjenvinnes av det nye selskapet eller ikke.

Videre har eierstrukturen betydning for hvilke insentiver man har til å øke prisene. I beregning av GUPPI, legger tilsynet til grunn at Peppes Pizza og Dolly Dimple's har 1-til-1 inntektseffekt av diversjon til partenes restauranter, uavhengig av om det er tale om egeneide eller franchisedrevne restauranter. Tilsynets analyse bygger her på et premiss om at det er likegyldig for Peppes Pizza om en kunde besøker en egeid eller franchisedrevet restaurant. Dette er ikke korrekt. Når en kunde spiser på et franchisedrevet sted, vil Peppes Pizza kun få en mindre andel av omsetningen som sin inntekt ettersom franchisetakerne betaler et begrenset omsetningsbasert beløp til kjedekontoret i hhv. Peppes Pizza og Dolly Dimple's, mens resultatet (bunnlinjen) i sin helhet tilfaller franchisetaker. Peppes Pizza og Dolly Dimple's har således ikke samme inntektseffekt av økt omsetning i de franchisedrevne restaurantene.

Klager viser videre til at for en franchisedrevet restaurant er det omsetningen som bestemmer franchisegivernes inntjening. I en egeid restaurant bestemmes inntjeningen for partene av

bunnlinjen. For en franchisedrevet restaurant vil en prisøkning normalt gi en negativ inntektseffekt for franchisegiver. Motsatt må en prisreduksjon forventes å øke omsetningen, dette vil gi en inntektsøkning for franchisegiver. Litt forenklet vil en franchisegiver ha et insentiv til å sette prisene lavest mulig, mens en franchisetaker vil ønske å finne det prisnivået som maksimerer restaurantens bunnlinje. For egneide restauranter har partene samme prisinsentiver som de en franchisetaker har. Peppes Pizza og Dolly Dimple's har således ingen insentiver for å arbeide for prisøkninger i franchisedrevne restauranter. Det har de heller ikke i områder med både egneide og franchisedrevne restauranter. Der vil redusert omsetning i egneide restauranter ikke kompenseres av diversjon til franchisedrevne restauranter der det alt vesentligste av profitten ved økt omsetning går til franchisetakeren. Redusert omsetning i egneide restauranter som følge av økte priser, vil følgelig ikke gjenvinnes for Peppes Pizza eller Dolly Dimple's i de områdene hvor kundene da går til franchisedrevne restauranter. Det alt vesentligste av profitten ved økt omsetning vil her gå til franchisetakeren, sammenlignet med der diversjonen skjer til egneide restauranter.

Det er således bare i områder hvor partene bare har egneide restauranter at diversjonseffekt tilfaller partene. Det blir dermed ikke riktig å beregne GUPPI/kritisk diversjon basert på bruttomarginer når det er tale om franchiserestauranter. I markeder hvor det kun er franchisedrevne enheter fjernes etter partenes oppfatning ethvert grunnlag for inngrep. I markeder hvor det både er egneide og franchisedrevne restauranter svekkes betydningen av GUPPI betydelig, og det må foretas en konkret vurdering av markedssituasjonen. Tilsynet legger blant annet til grunn at foretakssammenslutningen vil gi foretaket etter fusjonen insentiver til å endre franchiseavtalene med franchisetakerne for å fordele økt profitt mellom franchisetaker og franchisegiver. En slik endring av franchiseavtalene vil være en avtale mellom foretak som må vurderes etter konkurranseloven § 10. Foretakssammenslutningen innebærer ingen presumpsjon for at foretaket etter fusjonen i fremtiden vil opptre i strid med denne bestemmelsen.

9.7.2 Konkurransetilsynets vurdering

Vedtaket¹³⁰ legger til grunn at det fremgår av franchiseavtalene Konkurransetilsynet har fått oversendt at partene har høy grad av påvirkning på alle sentrale konkurranseparametere, herunder menyer, produkter, åpningstider, lokalenes utforming inkludert inventar og utstyr, lokal og nasjonal markedsføring og priser. Blant annet er det Peppes Pizza og Dolly Dimple's som bestemmer produktutvalget og produserer menyer som franchisetakerne skal benytte.

Prisene er ifølge partene veiledende maksimalpriser, men Dolly Dimple's har oppgitt at

Peppes Pizza oppgir at franchisetakere

. Gjennom franchiseavtalen

til Dolly Dimple's plikter franchisetaker

Gjennom franchiseavtalen til Peppes Pizza fremkommer det at franchisetakerens virksomhet skal

Etter Konkurransetilsynets oppfatning har både Peppes Pizza og Dolly Dimple's, gjennom franchiseavtalene og tilhørende manualer, håndbøker, anvisninger og lignende, flere muligheter

¹³⁰ Kapittel 7.5.9.2.2

til å direkte og/eller indirekte sette priser og andre sentrale konkurranseparametere i det enkelte franchisedrevne utsalgssted. Både Dolly Dimple's og Peppes Pizza har betydelig grad av innflytelse på kostnadene til restaurantene, herunder blant annet innkjøpskostnadene. Franchisetakere i begge selskapene plikter å kjøpe inn råvarer og ferdigvarer fra henholdsvis Dolly Dimple's og Peppes Pizza eller fra leverandører disse har inngått avtaler med. I franchiseavtalen til Peppes Pizza fremgår det i tillegg at [REDACTED]

[REDACTED]. Franchisetakerne hos Dolly Dimple's og Peppes Pizza har videre ulike finansielle forpliktelser overfor franchisegiver. Peppes Pizzas franchisetakere er forpliktet gjennom franchiseavtalen til blant annet å [REDACTED]

Dolly Dimple's franchisetakere [REDACTED]

Konkurransetilsynet finner derfor at innenfor rammene av avtalene som regulerer forholdet mellom franchisegiver og franchisetakerne har franchisegiver mulighet til å hente ut økt profitt fra franchisetaker. De mulighetene Konkurransetilsynet har pekt på ovenfor for å gjenvinne profitt hos franchisetakerne, er ikke nødvendigvis uttømmende. Peppes Pizzas erverv av Dolly Dimple's innebærer en varig strukturendring. Partene argumenterer for at samarbeidsavtaler mellom nære forretningstakere, franchisegiver og franchisetaker, medfører at konkurransebegrensende virkninger av ervervet vil svekkes eller falle helt bort. Etter Konkurransetilsynets oppfatning har Peppes Pizza og Dolly Dimple's blant annet ut fra konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen, tilpasset hvilke av deres restauranter som skal være franchisedrevne og hvilke som skal være egeneide, samt vilkårene i franchiseavtalene som er inngått med franchisetakerne. Etter foretakssammenslutningen vil dette kunne endres. Konkurransetilsynet vil i denne sammenheng peke på at franchisetaker og franchisegiver etter foretakssammenslutningen i fellesskap samlet sett kan oppnå en høyere profitt ved å begrense konkurransen mellom utsalgsstedene i det aktuelle lokale markedet. Franchisegiver vil dermed ha mulighet til å tilby franchisetaker en revidert kontrakt, der endringer i kontraktene ikke vil føre til en reduksjon av profitt for den enkelte franchisetaker sammenlignet med deres inntjening før foretakssammenslutningen. Endringene av avtalen vil være et virkemiddel for å fordele økt profitt mellom franchisetaker og franchisegiver, som øker franchisetakers overskudd samtidig som franchisegiver vil kunne hente inn det vesentligste av den økte profitten som vil oppstå ved en ny optimal markedstilpassning. Konkurransetilsynet finner det sannsynlig at franchisetaker og franchisegiver vil kunne justere sine samarbeidsavtaler slik at de i fellesskap kan hente ut hele effekten av den økte markedsmakten ervervet har medført. Konkurransetilsynet finner på denne bakgrunn at Peppes Pizza som franchisegiver har insentiver til å øke de kvalitetsjusterte prisene, uavhengig av om restaurantene er franchisedrevne eller egeneide.

Etter en samlet vurdering finner Konkurransetilsynet at melder både har muligheter og insentiver til å øke de kvalitetsjusterte utsalgsprisene hos franchisetakerne, enten ved å justere sentrale konkurranseparametere lokalt eller nasjonalt. De benyttede GUPPI-beregningene, som ikke skiller mellom egeneide og franchisedrevne restauranter, gir følgelig etter tilsynets vurdering en riktig indikasjon på partenes samlede insentiver til å utøve markedsmakt som følge av foretakssammenslutningen. Melders anførsler om at det ikke er inngrepsgrunnlag i markeder

hvor det kun er franchisedrevne restauranter, eller at GUPPI-beregningene i markeder hvor en både har franchisedrevne og egneide restauranter svekkes, kan dermed ikke tas til følge.

I oversendelsen av klagen kommenterer Konkurransetilsynet klagers anførsler om at tilsynet legger til grunn at foretakssammenslutningen vil gi Peppes Pizza insentiver til å foreta en endring av franchiseavtalen som må vurderes etter konkurranseloven § 10. Etter tilsynets oppfatning har Peppes Pizza flere muligheter til direkte og/eller indirekte å sette priser og andre sentrale konkurranseparametere i det enkelte franchisedrevne utsalgssted, uten at konkurranseloven § 10 i tilstrekkelig grad vil kunne forhindre dette.

Etter tilsynets oppfatning kan klager innenfor rammene som regulerer forholdet mellom franchisegiver og franchisetakerne hente ut økt profitt fra franchisetaker. Tilsynet finner det også sannsynlig at franchisetaker og franchisegiver vil kunne justere sine samarbeidsavtaler slik at de i fellesskap kan hente ut hele effekten av den økte markedsmakten ervervet har medført. Etter tilsynets oppfatning vil klager dermed ha insentiver til å øke de kvalitetsjusterte prisene, uavhengig av om utsalgsstedene er franchisedrevne eller egneide. Konkurransetilsynet kan for øvrig ikke se at Umoe Restaurants anførsler knyttet til franchisedrevne utsalgssteder belyser nye forhold som gir grunn til å foreta ytterligere undersøkelser.

9.7.3 Departementets vurdering

Franchisekontraktene handler om vilkårene for at franchisetaker kan benytte franchisegivers forretningskonsept, oppskrifter, knowhow og merkevare. Konkurransetilsynet har sammenfattet viktige elementer i kontraktene som gir franchisegiver stor innflytelse over franchisetakernes virksomhet, herunder prisveiledning gjennom menyer med avvikskostnader for franchisetaker. Spesielt ser departementet at franchisegiver ensidig rår over merkekonseptene og utviklingen av dem, herunder også andre fellestiltak i kjeden. Departementet legger til grunn som et sentralt premiss, at noe av formålet med en franchisemodell for kjeder som Peppes Pizza og Dolly Dimple's, er å sikre en effektiv driftsform, der potensialet for interessemotsetning mellom franchisegiver og franchisetaker reduseres mest mulig.

Når det gjelder virkningene av foretakssammenslutningen, gir denne som påvist under kapittel 9.3 ovenfor, et insentiv til økte kvalitetsjusterte priser. Partene anfører at denne virkningen delvis elimineres ved at begge kjeder har et betydelig antall franchisedrevne restauranter.

Departementet forstår klagers innvendinger slik at man betrakter franchisetakerne som selvstendige enheter som får ny eier. Franchisetakerne vil fortsatt ha sine kontrakter og forpliktelser, og er fortsatt inter-merke konkurrenter med andre detaljister i den nye sammenslåtte virksomheten.

Departementet ser at konkurranselovens § 10 kan være til hinder for at franchisegiver kan instruere franchisetaker om å øke prisene, uten at departementet har hatt grunnlag for å gjøre noen rettslig vurdering av dette forholdet. Det er imidlertid klart at kjeden kan tillate de samme maksimalpriser for franchisetakere som for egneide restauranter, og således gi rom for prisøkning når markedsmakten øker. For franchisetakerne kan de kvalitetsjusterte prisene dessuten påvirkes ved en rekke indirekte ensidige tiltak fra franchisegivers side, for eksempel gjennom utvikling av konseptene. Franchisetakerne kan dessuten vanskelig ha verken rett eller insentiver til å motsette seg lønnsom utvikling av konseptene, heller ikke når dette oppstår som følge av økt markedsmakt etter en fusjon. Partene har gitt uttrykk for at de vil optimalisere konseptene for å realisere inntektssynergier, og dette vil formodentlig ha som virkning at franchisetakere får de samme endrede insentiver som kjeden får på egneide restauranter.

Gjennom for eksempel å diversifisere kjedekonseptene kunne det nye foretaket etter en foretakssammenslutning ensidig påvirke konkurranseintensiteten mellom lokale restauranter, uten hinder av § 10.

Departementet er enig i partenes observasjon av at franchisegivers inntektsstrøm fra egne og franchisedrevne restauranter er ulik. Det er imidlertid vanskelig å se at dette i praksis vil gi noe utslag på franchisegivers ønske om å sette kvalitetsjusterte priser på et nivå som reflekterer den endring i markedsrett som fusjonen vil gi. Skulle en eller flere franchisetakere velge en sub-optimal prising, må man anta at franchisegiver over tid vil kunne påvirke dette slik at økningen i markedsrett resulterer i økt samlet verdikaping for hele kjeden. Til dette bemerker departementet videre at på samme måte som begrenset konkurranse gir økt markedsrett overfor kundene, vil sammenslåingen også gi franchisegiver styrket kjedemekt overfor både franchisetakere og andre vare- og tjenesteleverandører. Kjeden vil etter departementets vurdering ha insentiver til å hente ut verdien av økt markedsrett overfor kundene, og de vil gjennom styrket forhandlingsrett overfor franchisetakerne også gjennom dette styrke muligheten til å hente ut verdien av økt markedsrett.

Departementet antar imidlertid at innslaget av franchisedrevne restauranter kan gi franchisegiver enkelte ekstra omstillingskostnader knyttet til gjennomføringen, og at konkurransekaden derfor kan komme senere og muligens blir noe mindre enn dersom partene bare hadde hatt egneide utvalg. Departementet kan imidlertid ikke se at dette gir slike utslag at det kan endre konklusjonen i saken.

Departementet kan etter dette ikke se at det forhold at begge parter i foretakssammenslutningen har en betydelig andel franchisedrevne restauranter, i nevneverdig grad svekker muligheten til å utøve økt markedsrett etter foretakssammenslutningen, eller insentivet til å gjøre det.

9.8 Konkurransesvirkninger i lokale markeder

9.8.1 Innledning

Konkurransetilsynet har i sitt vedtak identifisert lokale markeder hvor det er overlapp mellom partene i foretakssammenslutningen og vurdert konkurranseforholdene i disse markedene. Som utgangspunkt for den geografiske utstrekningen av de lokale restaurantmarkedene har Konkurransetilsynet benyttet en kjøretid på fem minutter. Tilsvarende er det i take-away-markedet tatt utgangspunkt i en kjøretid på henholdsvis fem og ti minutter for segmentene take-away og hjemlevering. Ettersom det kan tenkes at to utsalgssteder som ligger mer enn fem minutter kjøretid fra hverandre (ti minutter for hjemlevering) kan konkurrere om kunder som er lokalisert mellom utsalgsstedene, har tilsynet i konkurranseanalysen benyttet en kjøretid på ti minutter (20 minutter for hjemlevering).

Hvert enkelt av de 20 markedene er gjennomgått i detalj av både tilsynet, klager og departementet. Departementet har valgt å gi en felles behandling av de lokale konkurransevirkingene. Bakgrunnen for det er at de fleste anførselene fra klager på dette punktet er gjort gjeldende for alle lokalmarkeder. Videre er tilsynets tilnærming lik og mange av vurderingene til hvert lokalmarked de samme.

9.8.2 Klagers anførsler

Klager er uenig i at foretakssammenslutningen vil føre til noen vesentlig konkurransebegrensning i de ulike overlappsmarkedene som tilsynet har identifisert. Klager viser til at partene i stor grad er geografisk komplementære, og at dette er en viktig motivasjon for å i det hele tatt gjennomføre foretakssammenslutningen. Klager mener at overlappsmarkedene

gjennomgående er preget av sterk konkurranse. Dette er begrunnet i en rekke anførsler rettet mot Konkurransetilsynets vurdering av faktum, analyser og kvalitativ og kvantitativ metode.

Aktører, etablering, markedsandeler og markedsavgrensning

Klager deler lokalmarkedene inn i tre kategorier: Storbyer, kjøpesentre og mindre byer/tettsteder. For alle de 20 lokalområdene har klager identifisert en rekke aktører som tilsynet ikke har omtalt spesifikt. Dette utvidede aktørbildet, sammen med lave etableringshindringer og mange nyetableringer, viser etter klagers oppfatning at Konkurransetilsynets vedtak bygger på feil faktum samt at det ikke er grunnlag for å hevde at partene er så nære konkurrenter at det er fare for at de kvalitetsjusterte prisene vil øke. Klager anfører at dette gjelder både for restaurantmarkedet og take-away-markedet. Flere av aktørene som er utelatt fra Konkurransetilsynets vedtak, har pizza på menyen. Videre anføres det at tilsynet de facto definerer et relevant marked for pizza, noe klager mener det ikke er grunnlag for, da pizzaspisesteder i realiteten konkurrerer med spisesteder som serverer andre typer mat enn pizza. Klager anfører også at det ikke kan sies å være et eget marked for kjederestauranter, noe klager også mener tilsynet legger til grunn.

I flere av lokalmarkedene hvor det etter tilsynets oppfatning er inngrepsgrunnlag viser klager til at partene har hatt lave markedsandeler i 2014 og 2015, og at det derfor ikke er grunnlag for å konkludere med at Peppes Pizza vil kunne utøve markedsrett etter foretakssammenlutningen.

Klager bemerker også at tilsynet ikke har vært konsistent når de har foretatt markedsavgrensningen, da tilsynet har inkludert utsalgssteder som ligger lengre fra hverandre enn det tilsynet har definert som det geografiske markedet for take-away. Tilsynet har heller ikke vært konsistent i behandlingen av konkurrerende kjeder. I tillegg anføres det at det bør ses bort ifra markedssegmenter som utgjør en ubetydelig del av omsetningen.

Avgrensning mot hurtigmataktører

Klager anfører at det er en glidende overgang mellom uformelle spisesteder og hurtigmatsteder, og at det derfor ikke er riktig å avgrense mot hurtigmataktører. Dette gjør seg særlig gjeldende når en eller begge parter i det aktuelle lokalområdet er lokalisert på et kjøpesenter hvor det er et "hurtigmatkonsept". I slike tilfeller må det legges til grunn at partene konkurrerer mot andre hurtigmataktører. Det anføres videre at i de tilfeller hvor begge parter er til stede i lokalmarkedet, men hvor en er plassert på et kjøpesenter og tilhører hurtigmatkonseptet, så er partene representert med forskjellige konsepter og således ikke hverandres nærmeste konkurrenter. Dette forsterkes ytterligere av at i disse tilfellene vil partene ha redusert overlapp som følge av ulik åpningstid da utsalgssteder lokalisert på et senter hovedsakelig må følge senterets åpningstider.

Metode og diversjon

Klager anfører at det ikke er grunnlag for å avvise lokale aktører på bakgrunn av tilsynets betraktninger i et nasjonalt marked. Tilsynets generelle avvisning av lokale aktører kan derfor ikke føre frem siden undersøkelsene til tilsynet viser diversjon til en rekke lokale aktører, inkludert aktører som ikke tilbyr pizza.

Der det ikke er utført spørreundersøkelser, anfører klager at vurderingen av konkurransenærhet ikke er basert på kvantitative metoder, kun på kvalitative vurderinger. Dermed er inngrepsgrunnlaget svakt fundert og ikke tilstrekkelig sannsynliggjort. Videre bemerker klager at det er store variasjoner i diversjonen mellom ulike områder og resultatene fra ett område kan derfor

ikke gjøres gjeldende for et område hvor det ikke er utført egne spørreundersøkelser. Når markedscharakteristikkene (f.eks. som følge av lokalisering i kjøpesenter og tilhørende avvik i åpningstider) er ulike forsterkes disse virkningene ytterligere.

Klager anfører at de er fratatt mulighet til å utøve til kontradiksjon da tilsynets beregning av GUPPI er sladdet. Videre anføres det at forbrukerundersøkelsen er beheftet med vesentlige svakheter og at den derfor ikke kan tillegges vekt. For flere av lokalområdene hvor det er foretatt forbrukerundersøkelser mener klager at resultatene fra undersøkelsene for hjemlevering er lite representative på grunn av få respondenter (dette er bl.a. anført for Kristiansand og Sotra).

Der forbrukerundersøkelsene viser tilnærmet like høy diversjon fra en av partene til en frittstående aktører, som diversjonen mellom partene, anfører klager at det ikke er grunnlag for å hevde at partene er hverandres nærmeste konkurrenter.

Franchise

For alle utsalgsstedene som er franchisedrevet anfører klager at disse utsalgsstedene ikke vil ha de samme insentivene til å heve prisene som egneide restauranter.

Inntektseffekt

I følge klager vil Peppes ha meget begrenset inntektseffekt av eventuell diversjon fra Dolly til Peppes, og derfor ikke ha insentiver til å øke prisene hos Dolly. Tilsynets konklusjon holder derfor ikke mål.

9.8.3 Konkurransetilsynets vedtak

Etter konkurranseanalysen av partens lokalmarkeder har tilsynet identifisert 20 overlappsområder hvor tilsynet mener at foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i enten restaurantmarkedet, take-away-markedet eller begge. Tilsynet finner at det er inngrepsgrunnlag i alle de 20 lokale take-away-markeder og 10 lokale restaurantmarkeder. Dette er basert på at Konkurransetilsynet mener at Peppes Pizza og Dolly Dimple's nære konkurrenter og for det meste sine nærmeste konkurrenter. I noen markeder er det gjennomført forbrukerundersøkelser, mens i andre markedet er det gjort kvalitative vurderinger. Ettersom partene vurderes som nære konkurrenter mener Konkurransetilsynet dette gir Peppes Pizza insentiver til å utøve markedsrett og derfor vil være tilbøyelig til å øke de kvalitetsjusterte prisene etter foretakssammenslutningen. Tilsynet konkluderer derfor med at foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i alle overlappsområdene.

En oversikt over de 20 overlappsområdene følger under. Et kryss i tabellens to siste kolonner tilsier at tilsynet fatt inngrepsgrunnlag i henholdsvis restaurantmarkedet eller take-away-markedet. For ytterlige detaljer vises det til kapitlene 7.5.9.3 til 7.5.10 i tilsynets vedtak.

Tabell 4: Oversikt over overlappsområdene¹³¹

#	O.M.	Område	F/E	I.R.	I.TA.
1	Jessheim	Dolly Dimple's Jessheim Peppes Pizza Jessheim,			
2	Sandvika	Dolly Dimple's Sandvika			

¹³¹ O.M og F/E indikere henholdsvis overlappsområdes nummer og hvorvidt utsalgsstedet er franchise eller egneid. I.R. og I. TA står for henholdsvis inngrep i restaurantmarkedet og inngrep i take-away-markedet.

		Peppes Pizza Sandvika Storsenter I Peppes Pizza Sandvika Storsenter II Peppes Pizza Kolsås
3	Strømmen	Dolly Dimple's Strømmen Peppes Pizza Strømmen Peppes Pizza Metro Peppes Pizza Lørenskog Peppes Pizza Lillestrøm
4	Kongsberg	Dolly Dimple's Kongsberg Peppes Pizza Kongsberg
5	Hamar	Dolly Dimple's Hamar Peppes Pizza Hamar
6	Bergen sentrum	Dolly Dimple's Sandviken Dolly Dimple's Torgallmenningen Dolly Dimple's Minde Peppes Pizza Ole Bull Peppes Pizza Danmarks plass
7	Bergen sør	Peppes Pizza Zachariasbryggen Dolly Dimple's Minde Dolly Dimple's Lagunen Dolly Dimple's Kokstad Peppes Pizza Nesttun
8	Bergen vest	Dolly Dimple's Askøy Dolly Dimple's Vestkanten Peppes Pizza Vannkanten
9	Sotra	Dolly Dimple's Sartor Peppes Pizza Sotra
10	Åsane	Dolly Dimple's Åsane Peppes Pizza Åsane
11	Moa	Dolly Dimple's Stormoa Peppes Pizza Moa
12	Oslo sentrum	Dolly Dimple's NAF huset Peppes Pizza Aker Brygge Peppes Pizza Stortingsgaten Peppes Pizza Oslo S Peppes Pizza Drammensveien Peppes Pizza Karl Johansgt.
13	Oslo Nord	Dolly Dimple's Ullvål stadion Dolly Dimple's Torshov Peppes Pizza Tåsen Peppes Pizza Løren Peppes Pizza Nydalen
14	Oslo øst	Dolly Dimple's Tveita Dolly Dimple's Lambertseter

		Peppes Pizza Ensjø Peppes Pizza Lambertseter
15	Harstad	Dolly Dimple's Kanebogen Peppes Pizza Harstad
16	Førde	Dolly Dimple's Førde Peppes Pizza Førde
17	Trondheim	Dolly Dimple's Lade Dolly Dimple's Moholt Dolly Dimple's Lerkendal Peppes Pizza Falkenborgveien Peppes Pizza Kjøpmannsgt.
18	Tromsø	Dolly Dimple's Jekta Peppes Pizza Tromsø
19	Kristiansand	Dolly Dimple's Fiskebrygga Peppes Pizza Kristiansand
20	Sarpsborg	Dolly Dimple's Sarpsborg Peppes Pizza Sarpsborg

9.8.4 Departementets vurdering

Innledning

Spørsmålet her er, slik departementet ser på saken, om det forholdet at partene anses som nære konkurrenter jf. departementets konklusjon i kapittel 9.3.3, blir tilbakevist av klagers anførsler mot Konkurransetilsynets vurdering av de berørte lokale markedene.

Aktører, markedsandeler og markedsavgrensning

Departementet er enig med klager i at det finnes en rekke aktører, særlig i markeder som omfatter storbyer. Konkurransetilsynet har i sin vurdering av lokalmarkedene kartlagt hvilke nære konkurrenter som er tilstede, samt undersøkt om det finnes lokale aktører som skulle tilsi en konkurransesituasjon som avviker fra det generelle bildet. Konkurransetilsynet har også i sin vurdering lagt til grunn de aktørene partene har oppgitt som sine nærmeste konkurrenter. Departementet mener, i likhet med tilsynet, at konkurransenærhet mellom partene er det sentrale vurderingstemaet. Antall aktører og markedsandeler i lokale markeder gir begrenset informasjon om konkurransenærhet, og et fullstendig aktørbilde i hvert lokalmarked vil ikke ha avgjørende betydning for vurderingen av konkurransevirkninger.

Dette betyr imidlertid ikke at departementet ikke anerkjenner at frittstående lokale aktører utøver konkurransepress på partene. Dette konkurransepresset anses derimot som klart mer begrenset enn konkurransen mellom partene. Samlet diversjon til disse aktørene er også lav i de fleste lokalmarkedene som er vurdert. Frittstående aktører anses således som fjernere konkurrenter som i mindre grad disiplinerer partenes atferd. I enkelte lokalområder viser riktignok resultatene fra spørreundersøkelsene at diversjonen til uavhengige lokale aktører er høy, noe som tyder på at enkeltstående restauranter kan være nære konkurrenter i noen tilfeller og dermed utgjøre en disiplinerende faktor. Disse aktørene kan imidlertid ikke etablere et koordinert konkurransepress mot partene slik partene kan ovenfor hverandre forut for foretakssammenslutningen. Lokale aktører kan ha sterk merkevare lokalt, men være helt

ukjente for tilreisende. Og selv lokalt, vil en kjede ha betydelige stordriftsfordeler i merkevarebygging, konsept- og produktutvikling, som vil styrke kundelojalitet og redusere kundenes prisbevissthet. Når det gjelder klagers anførsel i forhold til markedsandeler vises det til departementets vurdering i kapittel 9.3.2 hvor det framgår at foretakssammenslutningen vil etablere en av landets største restaurantkjeder med opp mot 120 utsalgssteder, med tilstedeværelse i de fleste attraktive markeder for denne typen virksomhet i Norge. Den fusjonerte enheten vil bli en betydelig aktør uavhengig av hvilken markedsandel som legges til grunn.

Departementet mener tilsynet har lagt til grunn en konsistent logikk for å avgrense den geografiske utstrekningen av lokalmarkedene der det er tatt hensyn til at to utsalgssteder som ligger utenfor den geografiske utstrekningen også kan være konkurrenter jf. vedtakets pkt. 847. Se for øvrig kapittel 6 for departementets vurderinger med hensyn til markedsavgrensning.

For ytterligere detaljer om markedsavgrensning og konkurransenærhet vises det til kapittel 9.3.

Når det gjelder anførselen om geografisk komplementaritet er departementet, i likhet med Konkurransetilsynet, uenig i at partenes utsalgssteder i stor utstrekning er geografisk komplementære. Dette er i realiteten begrenset til en liten andel av partenes utsalgssteder. Det vises for øvrig til oversikten over partenes utsalgssteder i kapittel 4.1.1 og 4.1.2, tabell 1 og 2.

Etablering og potensiell konkurranse

For samtlige overlappsmarkeder har klager anført at det er lave etableringsbarrierer og betydelig potensiell konkurranse. Departementet er enig med klager at det er lave etableringshindringer for å etablere en restaurant/utsalgssted i et lokalmarked. Som nevnt i kapittel 9.4 er den relevante vurderingen om etableringen vil være sannsynlig, effektiv og tidsnær. Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at etablering av en lokal enkeltstående restaurant/utsalgssted ikke vil være effektivt med hensyn til å disiplinere partenes markedsatferd. For departementets vurdering knyttet til etableringshindringer og potensiell konkurranse vises det til kapittel 9.4.

Franchise

Departementets vurdering av betydningen av om en restaurant/utsalgssted er franchisedrevet er behandlet i kapittel 9.7. Det vises derfor til kapittel 9.7 for vurderingen av dette spørsmålet.

Avgrensning mot hurtigmataktører

I de overlappmarkedene hvor en av partene er lokalisert på et kjøpesenter mens den andre er lokalisert utenfor er departementet enig i at partene kan stå overfor et ulikt konkurransepress fra andre serveringssteder inne på kjøpesenteret, enn fra aktører som ligger utenfor. Departementet vil imidlertid påpeke at Konkurransetilsynets forbrukerundersøkelser fra disse lokale områdene likevel viser høy diversjon mellom partene. Som klager har påpekt er det flere lokale områder hvor det ikke er foretatt undersøkelser og hvor en eller begge av partene ikke anser den andre som en nær konkurrent. Departementet er enig med klager i at dette er en svakhet ved tilsynets vedtak. Departementet er likevel av den oppfatning at dette ikke betyr at partene ikke er nære konkurrenter eller hverandres nærmeste konkurrenter, selv om konkrete forhold kunne indikere at de er fjernere konkurrenter på enkelte steder enn de er på andre. Det vises til kapittel 9.3, der departementet understreker betydningen av at partene er nære konkurrenter, og begrunner dette med at de to kjedene er like på langt flere punkter enn at de selger pizza i en rekke lokalmarkeder der begge er tilstede. Dette grunnleggende forholdet endres ikke ved at en kan påvise konkurransepress fra enkeltstående lokale aktører, eller forskjeller i etterspørselsmønstre innenfor og utenfor kjøpesentre.

Metode og diversjon

Departementet mener at kvalitative vurderinger har stor betydning og relevans når konkurranse-nærhet mellom to parter skal vurderes. Ideelt burde dette vært støttet opp av kvantitative vurderinger i alle markeder. Tilsynets tilnærming, der det gjøres et begrenset utvalg forbrukerundersøkelser, er en vanlig framgangsmåte. Dette har bl.a. bakgrunn i tids- og ressursmessige begrensninger. Departementet vil imidlertid påpeke betydningen av at det tas hensyn både til særegenheter ved ulike lokale forhold, og betydning av partenes nasjonale kjededrift og merkevarestrategi. Departementet ser at tilsynets vedtak kunne gått nærmere inn på disse forholdene, men det ville ikke påvirket tilsynets konklusjon i saken.

I forbrukerundersøkelser som er utført av tilsynet kommer det i hovedsak frem at det er høy diversjon mellom partene sammenlignet med andre aktører. For svært mange steder viser resultatene at det er høyest diversjon mellom partene. Der det ikke er utført forbrukerundersøkelser mener departementet det er relevant å vise til resultatene fra forbrukerundersøkelser i andre områder. Dette gjelder særlig siden undersøkelsene er gjennomført også på steder med mange andre lokale konkurrenter. Undersøkelsene tar derfor høyde for partenes hovedpoeng og blir mer representative for andre steder. I etterkant av klagen har begge parter også fått innsikt i GUPPI beregningene.

På denne bakgrunn mener departementet, i likhet med Konkurransetilsynet, at partene er nære konkurrenter også når lokale forhold i de ulike overlappmarkedene tas i betraktning.

For ytterlige detaljer om diversjon og prispressvurderinger se kapittel 8.4.2. Se for øvrig også departements vurderinger rundt kjededrift i kapittel 9.6.

10. SAMFUNNSØKONOMISKE VIRKNINGER

10.1 Generelt om vurderingen av samfunnsøkonomiske virkninger

Det følger av ordlyden i konkurranseloven § 16 første ledd at Konkurransetilsynet skal gripe inn mot en foretakssammenslutning hvis ervervet fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen "i strid med lovens formål". Konkurranselovens formål er etter § 1 å "*fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser*". Det skal etter annet ledd "*tas særlig hensyn til forbrukernes interesser*".

Departementet har tolket henvisningen til lovens formålsbestemmelse, og da særlig § 1 første ledd, slik at loven krever at foretakssammenslutningens fordeler og ulemper måles og avveies etter en totalvelferdsstandard, jf. daværende Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 6. februar 2006 i klage fra Prior Norge BA. Dette betyr at man veier samfunnsøkonomiske skadevirkninger ved redusert konkurranse opp mot samfunnsøkonomiske gevinster (f.eks. effektivitetsgevinster) som realiseres ved foretakssammenslutningen. Loven forutsetter etter sin ordlyd at tap som oppstår som følge av en konkurransebegrensende foretakssammenslutning kan oppveies av de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene foretakssammenslutningen leder til. Dersom gevinstene overstiger tapet, er foretakssammenslutningen ikke lenger i strid med lovens formål, og det er ikke hjemmel for inngrep etter § 16.

Nåværende bestemmelse skiller seg på dette punktet fra praksis i EU, som i stedet for å basere seg på en totalvelferdsstandard legger til grunn en konsumentvelferdsstandard. Det ble ved lovendring 1.juli 2016 vedtatt at den norske inngrepshjemmelen skal harmoniseres med EU

standarden.¹³² Endringen i § 16 kommer likevel ikke til anvendelse i denne saken da den bare gjelder meldinger som mottas etter 1. juli 2016.¹³³ I denne saken mottok Konkurransetilsynet melding 5. april 2016.

Inngrepshjemmelen i konkurranseloven § 16 legger etter dette opp til en todelt vurdering. Det må først vurderes om ervervet fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, og dernest om dette leder til et samfunnsøkonomisk tap. Hvis dette er tilfellet, vurderes det om ervervet medfører samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som kan oppveie tapet konkurransebegrensningen leder til. For å bli lagt vekt på i denne vurderingen, følger det av teori og praksis at effektivitetsgevinstene må være samfunnsøkonomisk relevante og ervervsspesifikke.¹³⁴ Dette innebærer for det første et krav om årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og den påberopte gevinsten. Videre må gevinsten lede til et samfunnsøkonomisk overskudd. Ikke alle bedriftsøkonomiske gevinster vil i denne sammenheng også utgjøre samfunnsøkonomiske gevinster. Gevinster som innebærer en redusert kostnad for partene, men som utliknes av en tilsvarende kostnadsøkning for andre, for eksempel kunder eller leverandører, vil ikke være en samfunnsøkonomisk gevinst.¹³⁵

En påberopt effektivitetsgevinst vil på denne bakgrunn kun være relevant for saken dersom den direkte skyldes foretakssammenslutningen og ikke kan realiseres i tilsvarende omfang gjennom mindre konkurranseskadelige alternativer, f.eks. samarbeidsavtaler.¹³⁶ Videre må det kunne påvises at det er sannsynlig at effektivitetsgevinsten kan realiseres.¹³⁷

Departementet har i vurderingen av kravene som stilles til de samfunnsøkonomiske tap og gevinster lagt vekt på bestemmelsen i § 1 annet ledd, som krever at det skal tas særlig hensyn til forbrukernes interesser ved rettsanvendelsen. I utgangspunktet er det rimelig å legge til grunn at redusert konkurranse er til skade for kundene. Det følger imidlertid av bestemmelsens første ledd i sammenheng med § 16 at loven tillater foretakssammenslutninger til skade for kundene, dersom konsentrasjonen likevel gir et positivt samfunnsøkonomisk resultat.¹³⁸

Forbrukernes interesser ivaretas ved at effektivitetsforsvaret er et strengt vilkår og blir underlagt en streng vurdering av departementet, jf. Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets vedtak 28. desember 2012 i klage fra Plantasjen Norge AS. Den strenge tilnærmingen støttes etter departementets vurdering også av at kontrollen med foretakssammenslutninger er rettsanvendelse basert på et fremtidig faktum, der man nødvendigvis står overfor en usikkerhet som ikke helt ut kan avklares gjennom en nærmere saksutredning. Det er i forbrukernes

¹³² Se Prop. 37 L (2015-2016) *Endringer i konkurranseloven*, kapitlene 7.1 og 7.2, som gir en nærmere forklaring på forskjellen mellom de to inngrepshjemlene

¹³³ Forskrift om overgangsbestemmelser til lov 15. april 2016 nr. 2 om endringer i konkurranseloven § 1

¹³⁴ Se blant annet "Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer" av Harald Evensen og Eivind Sæveraas med videre henvisninger. Se også Europakommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger (2004/C 31/03), avsnitt 76-88.

¹³⁵ Se blant annet "Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer" av Harald Evensen og Eivind Sæveraas, side 565

¹³⁶ Se også Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 85

¹³⁷ Se også Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 86

¹³⁸ Se Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets vedtak den 28. desember 2012 etter klage fra Plantasjen Norge AS.

interesse at denne usikkerheten bidrar til strenge krav for å godta at effektivitetsgevinster oppveier samfunnsøkonomiske skadevirkninger.

I praksis har denne strenge tilnærmingen blitt omtalt som et dokumentasjonskrav. Som lagt til grunn i departementets vedtak 28. desember 2012 i klage fra Plantasjen Norge AS kan det være uheldig å omtale den strenge prøvingen av effektivitetsgevinster som et krav til dokumentasjon, da det kan skape usikkerhet om det er et strengere krav til å dokumentere effektivitetsgevinster enn skadevirkninger. Det som ligger til grunn for vurderingen av de påberopte effektivitetsgevinstene er en alminnelig sannsynlighetsvurdering som følger vanlige forvaltningsrettslige beviskrav.

Da de fleste av opplysningene som kan sette departementet i stand til å vurdere om foretakssammenslutningen vil lede til effektivitetsgevinster som oppveier skadevirkningene er i de fusjonerende parters besittelse, er det opp til partene å påvise at effektivitetsgevinstene er ervervsspesifikke og sannsynligvis vil bli realisert.¹³⁹ Det stilles imidlertid etter departementets vurdering ikke krav etter § 16 jf. § 1 om at de samfunnsøkonomiske virkningene må kvantifiseres.¹⁴⁰ Realiteten er at de sjelden kan kvantifiseres på en troverdig og sikker måte, verken når det gjelder skadevirkninger eller effektivitetsgevinster. Rettsanvendelsen blir dermed et konkret skjønn over usikre fremtidige virkninger, der skadevirkningene gjennomgående er lettere å bevise enn gevinstene. Da lovens krav er at forbrukernes interesser skal ivaretas ved praktiseringen av loven, må denne usikkerheten nødvendigvis trekke i forbrukernes favør og heller tale for et inngrep enn mot.

10.2 Klagers anførsler

10.2.1 Samfunnsøkonomisk tap

Klager har ikke i klagen kommet med direkte anførsler knyttet til det samfunnsøkonomiske tapet. Klager er imidlertid uenig med Konkurransetilsynet om at foretakssammenslutningen vil føre til en konkurransebegrensning i de relevante markedene. Departementet legger således til grunn at klager er uenig i Konkurransetilsynets vurderinger og konklusjoner knyttet til samfunnsøkonomisk tap.

10.2.2 Samfunnsøkonomiske gevinster

Generelt

Opplysninger om samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster framkommer i meldingen til Konkurransetilsynet om foretakssammenslutningen av 5. april 2016. Klager har også oversendt mer informasjon om effektivitetsgevinster i brev av 31. mai 2016 og 13. juni 2016 til Konkurransetilsynet, etter forespørsel fra tilsynet. Klager har også i brev til departementet av 25. november 2016 og 4. januar 2017 kommet med ytterligere opplysninger/konkretiseringer av de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene, etter forespørsel fra departementet av 22. desember 2016. Klagers anførsler som er gjengitt nedenfor er hentet fra disse kildene, samt klagen på Konkurransetilsynets vedtak V2016-06 av 6. oktober 2016.

¹³⁹ Se Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets vedtak den 5. oktober 2006 etter klage fra Prior Norge BA og Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 85-87.

¹⁴⁰ Se Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets vedtak den 28. desember 2012 etter klage fra Plantasjen Norge AS. Se også Kommisjonens retningslinjer, avsnitt 86.

Klager har anført at foretakssammenslutningen vil medføre årlige effektivitetsgevinster på minst [redacted] kr. fra første hele år. Besparelsene er knyttet til reduserte kostnader innen overhead, konserntjenester, andre driftskostnader, salgskontor og leasing av biler. Videre anfører det at de påberopte effektivitetsgevinstene er ervervsspesifikke, og at de ikke vil kunne realiseres uten foretakssammenslutningen. Klager viser til at effektivitetsgevinstene er basert på at de to kjedene har en rekke overlappende funksjoner og at den fusjonerte enheten kan betjenes av et felles hovedkontor med felles IT-, økonomi- og lønnsystem mv. samt felles vare- og tjenesteleveranser. Disse gevinstene kan ikke realiseres dersom man opprettholder to restaurantkonsepter hvor begge har egen administrasjon, egne systemer og egen drift.

Klager anfører videre at det må tillegges betydelig vekt i vurderingen av effektivitetsgevinstene at partene i forkant av transaksjonen foretok grundige vurderinger av kostnadsbesparelsene ved fusjonen, og at beregningene av disse var helt avgjørende for verdisetningen av Dolly Dimple's og for at Umoe Restaurants valgte å gjennomføre transaksjonen.

De påberopte kostnadsbesparelsene er oppsummeres i følgende tabell:¹⁴¹

Tabell 5: Påberopte kostnadsbesparelser i mill. kr.

Synergier	2016	2017	2018	2019
Overhead	■	■	■	■
Konserntjenester	■	■	■	■
Andre driftskostnader	■	■	■	■
Salgskontor	■	■	■	■
Leasing (biler)	■	■	■	■
Total	■	■	■	■

Klager er uenig i den vurderingen Konkurransetilsynet har gjort av de påberopte samfunns-økonomiske effektivitetsgevinstene, både knyttet til om effektivitetsgevinstene er sannsynliggjort og redegjort for og om de kan legges til grunn. Klager anfører også at Konkurransetilsynet stiller strenge krav til klager om å redegjøre for, og dokumentere enhver effektivitetsgevinst, mens tilsynet på sin side ikke oppstiller tilsvarende krav til sine egne vurderinger av effektivitetsgevinstene.

Effektivitetsgevinster knyttet til optimalisering av konsepter

I brev av 25. november 2016 til departementet anfører klager at det vil oppstå effektivitetsgevinster som følge av at foretakssammenslutningen fordi den vil gjøre det mulig å lage konsepter som bedre dekker kundenes behov. Dette vil gjelde både på steder hvor partene begge er tilstede og i de områdene hvor det ikke er noen overlappende virksomhet. Som eksempel nevner partene at de vil kunne [redacted]

¹⁴¹ Jf. tabell nr. 9 i Konkurransetilsynets vedtak, avsnitt 1559.

Effektivitetsgevinster knyttet til overhead

Klager anfører at det er effektivitetsgevinster knyttet til overhead på [redacted] kr. Partene i foretakssammenslutningen har i dag til sammen [redacted] årsverk ved de to hovedkontorene.¹⁴² I forbindelse med sammenslåingen av disse to hovedkontorene legges det opp til en bemanning på [redacted] årsverk, det vil si [redacted] årsverk mer enn hva Peppes Pizza har på sitt hovedkontor i dag. En reduksjon på [redacted] årsverk gir ifølge klager en besparelse på [redacted] kr. De [redacted] ekstra årsverkene skyldes at [redacted]

[redacted]. De øvrige funksjonene knyttet til administrasjon, ledelse, markedsavdeling mv. anfører klager at det [redacted]

Årsaken til at det er tilstrekkelig med en økning på [redacted] årsverk er ifølge klager mer effektiv utnyttelse av [redacted], og det ikke er behov for doble funksjoner knyttet til ledelse, økonomi, HR mv. Klager anfører at det ligger betydelige synergier i å optimalisere driftsorganisasjonen og gjøre tilgjengelig ressurser, løsninger og materiale for flere enheter – [redacted]. Dette gjør f.eks. at [redacted].

Klager anfører videre at dagens driftsorganisasjon [redacted]. Siden partene først og fremst er geografisk komplementære vil en geografisk optimalisering av driftsorganisasjonen medføre at [redacted].

Klager anfører i bilag til klagen av 6. oktober 2016 om effektivitetsgevinster at Umoe Restaurants på grunnlag av sin erfaring fra dagens drift av Peppes Pizza og en rekke andre spisekonsepter er nærmest til å foreta en kvalifisert vurdering av hvilket bemanningsbehov man har for [redacted] til å forvalte restaurantenhetene på en god og effektiv måte. Klager anfører videre at [redacted].

Til slutt anfører klager at tilsynet motsier seg selv i avsnitt (1569) og (1571) i vedtaket siden tilsynet på den ene side finner at den planlagte organiseringen framstår som fornuftig, samtidig som tilsynet har synspunkter knyttet til om det vil være tilstrekkelig bemanning.

Effektivitetsgevinster knyttet til konserntjenester

Klager har oppgitt at kostnadsbesparelser knyttet til konserntjenester på til sammen [redacted] kr per år er fordelt på følgende poster: reduserte husleieutgifter ([redacted] kr), IT/telefonibesparelser ([redacted] kr) og andre driftskostnader ([redacted] kr).

Dolly Dimple's leier i dag lokaler til sitt hovedkontor på Skøyen i Oslo av Norgesgruppen ASA. Klager anfører at disse vil bortfalle som følge av foretakssammenslutningen, og at [redacted]. Husleiebesparelsen i tillegg til en andel av [redacted]

¹⁴² Peppes Pizza har [redacted] årsverk og Dolly Dimple's har [redacted] årsverk på sine respektive hovedkontorer.

huseiers felleskostnader utgjør en kostnadsbesparelse på [redacted] kr.¹⁴³ Spesifikasjon på disse kostnadene ble, etter forespørsel fra departementet, oversendt departementet 4. januar 2017. Klager anfører at kontorlokalene til Dolly Dimple's har en alternativ anvendelse [redacted] og at den anførte gevinsten dermed må anses som sannsynliggjort. Videre anfører klager at økningen på [redacted] årsverk i administrasjonen til Peppes Pizza vil ikke kreve [redacted].

Klager oppgir også at siden de kontorfasiliteter som Dolly Dimple's disponerer på Skøyen ikke blir en del av den fusjonerte enheten, bortfaller store deler av kostnadene knyttet til mobil-utgifter og IT-systemer som tidligere ble levert til Dolly Dimple's av [redacted].

Med andre driftskostnader menes her administrative driftskostnader, herunder kostnader knyttet til oppfølging av lokaler, personer, kontorrekvisita mv. Disse besparelsene vil oppstå som følge av at Umoe Restaurants kan gjennomføre de samme tjenestene som [redacted] har fakturert Dolly Dimple's for, [redacted].

Effektivitetsgevinster knyttet til andre driftskostnader

Klager anfører at de vil ha en kostnadsbesparelse knyttet til andre driftskostnader på [redacted] kr. Disse kostnadene er fordelt på IT-system ([redacted] kr.), konsulentbruk ([redacted] kr.) og regnskapshonorar ([redacted] kr.). Klager har i brev av 4. januar 2017 konkretisert disse opplysningene til departementet.

Klager oppgir at Umoe Restaurants benytter i dag ett system (kassasystem mm.) som det vil være relativt enkelt å inkludere Dolly Dimple's i. Det vil ikke tilkomme noen merkostnader knyttet til [redacted].

[redacted] Overgang fra to systemer til ett vil gi kostnadsbesparelser.

Dolly Dimple's benytter konsulentbistand, herunder tjenester fra [redacted], knyttet til IT. Disse tjenestene omhandler utvikling, samt løpende kostnader til drift, vedlikehold og videreutvikling. Disse kostnadene vil bortfalle når avtalen bortfaller.

En overføring av Dolly Dimple's enheter til Umoe Restaurants' IT-plattform vil [redacted].

Dolly Dimple's har også hatt konsulentkostnader relatert til regnskapstjenester. Klager anfører at [redacted]. Det påberopes en kostnadsbesparelse knyttet til regnskapshonorar som er en stordriftsfordel ved å ha flere enheter i samme selskap.

Effektivitetsgevinster knyttet til etablering av felles salgskontor

Som følge av transaksjonen anfører klager at det er kostnadsbesparelser knyttet til overgang fra to salgskontorer til ett. Husleieutgiftene knyttet til Dolly Dimple's salgskontor vil bortfalle. I tillegg vil det å gå fra to salgskontorer istedenfor ett gi en besparelse knyttet til andre driftskostnader. Til sammen vil dette gi en besparelse på ca. [redacted] kr. Klager har i brev til Konkurransetilsynet av 13. juni 2016 anført at Peppes Pizza [redacted].

¹⁴³ Dette er tall som ble oppgitt av klager til Konkurransetilsynet. I spesifikasjonen for kostnadene knyttet til Dolly Dimple's hovedkontor som klager oversendte departementet 4. januar 2017 er framgår det at disse kostnadene vil være ca. [redacted] kr i 2017.

[REDACTED] . I samme brev er det anført at det mest sannsynlig vil kunne [REDACTED], men at klager har valgt å legge en konservativ vurdering til grunn og derfor ikke innberegnet noen synergier på dette punktet.

I brev av 4. januar 2017 har klager opplyst om at det er besluttet å [REDACTED]. Bakgrunnen for dette er bl.a. [REDACTED].

[REDACTED] . Klager anfører at [REDACTED]. Klager understreker at husleiereduksjonen utgjør [REDACTED] av de totale besparelsene knyttet til salgskontoret, og at hoveddelen av effektivitetsgevinstene realiseres som følge av stordriftsfordeler og økt effektivitet ved bruk av et større salgskontor.

Effektivitetsgevinster leasing av biler

Klager anfører at foretakssammenslutningen vil gi en kostnadsbesparelse på [REDACTED] kr som følge av at Dolly Dimple's sine biler trer inn i Peppes Pizzas avtale med [REDACTED].

I brev av 13. juni 2016 til Konkurransetilsynet viser klager til at Peppes Pizzas leasingavtale [REDACTED].

10.2.3 Samfunnsøkonomiske omstillingskostnader

Klager har anslått omstillingskostnadene knyttet til bl.a. nedbemanning, forhandling om sluttpakker for ansatte, nedleggelse av salgskontor, terminering av IT-kontrakter og av leasingavtaler for biler til samlet å utgjøre en engangssum på [REDACTED] kr. Klager anfører at disse kostnadene er beregnet av partene i foretakssammenslutningen etter en svært grundig gjennomgang av to parter som har inngående kunnskap til det aktuelle markedet. Videre har Dolly Dimple's erfaring med slike prosesser siden Dolly Dimple's har redusert antallet restauranter betraktelig de siste årene. Omstillingskostnadene i oppsummeres i tabellen under.

Tabell 6: Oversikts omstillingskostnader i mill. kr.

Område	Omstillingskostnader (MNOK)
Sluttpakker – administrasjon	[REDACTED]
Salgskontor (sluttpakker og husleie)	[REDACTED]
IT-integrasjon	[REDACTED]
Sum	[REDACTED]

10.3 Konkurransetilsynets vurderinger

Omtalen av Konkurransetilsynets vedtak under bygger på tilsynets vedtak V2016-06 kapittel 8 og Konkurransetilsynets oversendelse av klagen på vedtaket av 27. oktober 2016 kapittel 3.10.

¹⁴⁴ I noen sammenhenger omtaler klager salgskontor som callsenter, f.eks. i brev til departementet av 4. januar 2017. Departementet benytter omtalen salgskontor.

10.3.1 Samfunnsøkonomisk tap som følge av foretakssammenslutningen

Konkurransetilsynet anfører at siden foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i restaurantmarkedet og take-away-markedet på nasjonalt nivå, samt i henholdsvis 10 og 20 lokale områder, er det forventet at ressursbruken blir mindre effektiv som følge av dette, noe som utgjør et samfunnsøkonomisk tap. Tilsynet anfører videre at det samfunnsøkonomiske tapet kan oppstå som følge av flere forhold. Utøvelse av markedsrett vil kunne komme til uttrykk gjennom høyere priser eventuelt i kombinasjon med høyere kostnader, færre valgmuligheter for forbrukeren, lavere kvalitet, smalere produktutvalg, redusert servicenivå og redusert produktutvikling. Dette innebærer en sløsing i samfunnsøkonomisk forstand fordi markedstilpasningen gir en samlet ressursbruk som er mindre effektiv enn den ville ha vært med virksom konkurranse.

Økte priser

Gjennom foretakssammenslutningen får Peppes Pizza kontroll over en nær konkurrent i de relevante markedene. Gjennom dette fjernes et betydelig konkurransepress og den sammenslåtte enheten får økt markedsrett, noe som gir insentiver til å øke prisene etter foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynets beregninger av prispress indikerer også dette. Tilsynet finner derfor at foretakssammenslutningen kan føre til prisøkninger til forbrukerne ved at Peppes Pizza øker de nasjonale maksimalprisene i de relevante markedene. Tilsynet legger også til grunn at foretakssammenslutningen vil gi partenes konkurrenter insentiver til å øke sine priser. Dette fordi partene opererer i et marked med differensierte produkter.

Redusert produktutvalg, service og kvalitet

Et redusert konkurranstrykk i de relevante markedene kan føre til at insentivene for den sammenslåtte enheten til å konkurrere på produktutvalg, kvalitet og service reduseres. Med redusert kvalitet mener tilsynet eksempelvis redusert kvalitet på råvarer, mindre porsjoner, redusert renhold mv. Redusert service kan komme til uttrykk gjennom redusert bemanning, økt ventetid, kortere åpningstider og mindre fokus på innredning og vedlikehold av lokaler. Redusert produktutvalg kan være færre retter på menyen og mindre innovasjon i produktutvalget over tid.

Reduserte insentiver for intern effektivitet

Konkurransetilsynet legger også til grunn at økt markedsrett som følge av foretakssammenslutningen kan gi reduserte insentiver for intern effektivitet. Dette betyr imidlertid ikke at bedriften ikke er opptatt av effektivitet, lave kostnader og å maksimere sin profitt.

Sløsing med foretakssammenslutningens netto inntektsøkning

Konkurransetilsynet kommer, etter en helhetlig vurdering, til at potensialet for sløsing er begrenset i denne saken.

10.3.2 Samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster

Effektivitetsgevinster knyttet til overhead

Effektivitetsgevinster i form av færre ansatte vil etter Konkurransetilsynets oppfatning kunne gi en gevinst i samfunnsøkonomisk forstand, og at foretakssammenslutningen mellom Peppes Pizza og Dolly Dimple's kan medføre besparelser knyttet til reduksjon i bemanningen på hovedkontoret. Konkurransetilsynet mener imidlertid at melder ikke i tilstrekkelig grad har

[REDACTED]. Konkurransetilsynet er dermed av den oppfatning at klager ikke i tilstrekkelig grad har konkretisert eller sannsynliggjort størrelsen på disse besparelsene eller at de er ervervsspesifikke, og at besparelsene dermed er for usikre til å legges til grunn. Likeledes mener tilsynet at besparelsene knyttet til andre driftskostnader som følge av opprettelse av et felles salgskontor heller ikke i tilstrekkelig grad er konkretisert og sannsynliggjort. Det samme gjelder størrelsen på disse besparelsene og om besparelsene er ervervsspesifikke. Konkurransetilsynet konkluderer på denne bakgrunn med at besparelsene framstår som for usikre til at de kan legges til grunn.

Effektivitetsgevinster knyttet til leasing av biler

Konkurransetilsynet er enig med klager at en besparelse som har bakgrunn i [REDACTED] kan gi en gevinst i en samfunnsøkonomisk forstand. Tilsynet mener imidlertid at denne gevinsten [REDACTED]. På den bakgrunn vurderer tilsynet at den anførte besparelsen utgjør en gevinst i bedriftsøkonomisk forstand, men ikke i samfunnsøkonomisk forstand.

10.3.3 Samfunnsøkonomiske omstillingskostnader

Konkurransetilsynet anfører at de omstillingskostnadene som klager har oppgitt ikke nødvendigvis utgjør samfunnsøkonomiske omstillingskostnader. Tilsynet mener at det er usikkerhet knyttet til partenes estimerte omstillingskostnader, og at det ikke kan utelukkes at disse kan bli høyere eller lavere enn det partene har estimert. Tilsynet legger uansett til grunn at omstillingskostnadene vil være betydelige.

Når det gjelder sluttpakker, viser tilsynet til at dette i utgangspunktet er en overføring fra arbeidsgiver til arbeidstaker, men at nedbemanning kan påføre berørte arbeidstakere en rekke kostnader. Det tar tid å finne en ny jobb, for noen vil det være behov for omskolering og tilegnelse av ny kunnskap. Tilsynet finner derfor at det er omstillingskostnader knyttet til nedbemanning.

10.3.4 Forholdet mellom positive og negative samfunnsøkonomiske virkninger

Konkurransetilsynet finner at de samfunnsøkonomiske fusjonsspesifikke effektivitetsgevinstene ikke vil overstige de samfunnsøkonomiske omstillingskostnadene og det samfunnsøkonomiske tapet. Foretakssammenslutningen vil derfor være i strid med konkurranselovens formål.

10.4 Departementets vurdering

10.4.1 Samfunnsøkonomisk tap

Størrelsen på det relevante markedet og den konkurransesvekkelse som ervervet fører til, er viktige faktorer som påvirker det samfunnsøkonomiske tapet en konkurransebegrensende foretakssammenslutning kan lede til. I en situasjon med svekket konkurranse vil forbrukerne ha færre tilbydere å velge mellom og dermed svekkede muligheter til å utøve sin forbrukermakt gjennom å velge en annen tilbyder. Tilbyderne får økt markedsmakt og mulighet til å kreve en høyere pris. Det samfunnsøkonomiske tapet avhenger bl.a. av endringen i markedspris, hvordan kundene responderer på høyere pris, og kvantum konsumert før og etter foretakssammenslutningen.

Tilbyderne har etter ervervet også svekkede insentiver til å tilby god service, rikt produktutvalg, lave kostnader og ulike kvaliteter, og kundene kommer dårligere ut enn under effektiv konkurranse. Dette er faktorer som også påvirker det samfunnsøkonomiske tapet, men som vanskelig lar seg tallfeste.

Vurderingen av gevinster og ulemper som følge av en foretakssammenslutning er vanskelig, og lar seg som tidligere påpekt sjelden tallfeste med sikkerhet. Det er en rekke usikkerhetsmomenter, og vurderingen er i stor grad basert på økonomisk teori og konkret skjønn knyttet til markedsforhold i det berørte markedet. Departementet har i denne saken gjort konservative anslag på hvilket samfunnsøkonomisk tap denne foretakssammenslutningen kan lede til, ved hjelp av en modell beskrevet i en artikkel av von der Fehr og Sørgard.¹⁴⁵

Prisendringer som følge av foretakssammenslutningen

Som nevnt i kapittel 9.2.3 vil en foretakssammenslutning mellom Peppes Pizza og Dolly Dimple's innebære at den fusjonerte enheten blir en betydelig aktør og en av landets største restaurantkjeder. I denne foretakssammenslutningen finner Konkurransetilsynet at Peppes Pizza og Dolly Dimple's gjennomgående er nære konkurrenter, og som regel er de også hverandres nærmeste konkurrenter. Departementet er enig i denne vurderingen. Partene i foretakssammenslutningen opererer som nevnt i kapittel 6.3.1. i et marked med differensierte produkter. I konkurransevurderingen av denne typen markeder legges det stor vekt på konkurransenærhet mellom de fusjonerende foretakene, se kapittel 9.3.3 over. Jo mer substituerbare partenes produkter er, desto sterkere er konkurransepresset de fusjonerende virksomhetene utøver på hverandre før foretakssammenslutningen, og desto mer sannsynlig er det at de fusjonerende virksomhetene vil øke prisene etter foretakssammenslutningen. Ved at partene fusjoneres vil de få økt markedsrett, og det gir et insentiv til å øke prisene. Departementets analyser av prispress peker også i denne retningen.

I markeder med differensierte produkter er det i økonomisk teori generelt akseptert at den profittmaksimerende responsen fra konkurrentene på en prisøkning fra den fusjonerte enheten vil være å selv øke prisene. Grunnen til dette er at de opplever økt etterspørsel som følge av at den fusjonerte enheten øker sine priser, og får på denne bakgrunn insentiver til selv å øke prisene. Denne effekten er imidlertid usikker og utfordrende å anslå kvantitativt. Departementet har derfor ikke hensyntatt denne effekten i anslaget av det samfunnsøkonomiske tapet. Dette understreker at departementets anslag er konservativt.

Både hos Peppes Pizza og Dolly Dimple's settes prisene nasjonalt, og disse prisene er å regne som maksimalpriser. Det forekommer imidlertid lokale variasjoner, bl.a. som følge av lokal konkurransesituasjon ved lokale kampanjer mv. Videre kan det være lokale variasjoner i de kvalitetsjusterte prisene, f.eks. ved at kvaliteten på produktene er dårligere i områder hvor konkurransen er mer begrenset enn andre. Denne effekten vil, etter departementets oppfatning, forsterkes som følge av foretakssammenslutningen, også i områder der kun én av partene i foretakssammenslutningen er tilstede. Dette har bakgrunn i bl.a. bortfall av potensiell konkurranse fra kjedenes respektive nærmeste konkurrent, jf. kapittel 9.6.3 over. Både Konkurransetilsynet og departementet har funnet at etablering av en ny kjede av restauranter som har et betydelig innslag av pizza ikke er tidsnært og sannsynlig. Videre vil etableringer av lokale enkeltrestauranter ikke utgjøre et effektiv konkurransepress mot den fusjonerte enheten. I anslaget for samfunnsøkonomisk tap, har imidlertid departementet sett bort fra effekten av bortfall av potensiell konkurranse, og kun lagt til grunn at insentiv til prisøkning oppstår i

¹⁴⁵ Nils-Henrik M. von der Fehr og Lars Sørgard (2004). *Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp*

markeder med overlapp. Dette underbygger også at departementets anslag på tap er konservative.

Departementet mener på bakgrunn av det ovennevnte at det er rimelig å anta at Peppes Pizza og Dolly Dimple's etter foretakssammenslutningen vil øke prisene, men at det er vanskelig å si noe om hvor stor en eventuell prisøkning vil bli. For å ikke overvurdere denne effekten, har som nevnt over, departementet lagt til grunn konservative anslag for prisøkninger. Det samme gjelder anslag for priselastisitet. Departementet legger til grunn en prisøkning på mellom fem og syv prosent i denne saken. Videre anser departementet en lokal priselastisitet på mellom to og tre prosent som mest relevant.

Når det gjelder nivået departementet har lagt til grunn for prisendringer, mener departementet at dette er et forsiktig anslag. Som nevnt under kapittel 9 om konkurransevirkninger finner departementet, i likhet med tilsynet, at partene er hverandres nærmeste konkurrenter. Partene er også de største pizzakjedene i Norge. Videre vil foretakssammenslutningen gi partene insentiver til å utnytte markedsrett. Departementet mener derfor en prisøkning på mellom fem og syv prosent er å anse som en beskjeden prisøkning.

Pizza er ikke et nødvendighetsgode, og departementet mener det derfor er rimelig å anta at en del forbrukere vil bytte til andre alternativer dersom prisen økes for mye. Departementet anser derfor at en priselastisitet på mellom to og tre prosent er et rimelig anslag.

Produktvalg, kvalitet og service

Et redusert konkurranstrykk kan også komme til uttrykk gjennom redusert produktvalg, service og kvalitet. Som nevnt i kapittel 10.3.1, anfører tilsynet i sitt vedtak (kapittel 8.2.3) at redusert kvalitet kan komme til uttrykk som redusert kvalitet på råvarer og pizzabunner, redusert størrelse på porsjonene, mindre fyll på pizzaene og redusert renhold. Med redusert service tenker tilsynet på eksempelvis redusert bemanning, økt ventetid, kortere åpningstider mv., mens redusert produktvalg omfatter bla. færre retter på menyene og generelt mindre innovasjon. Departementet deler tilsynets oppfatning.

Alt annet likt, vil redusert konkurranstrykk i de relevante markedene kunne føre til reduserte insentiver til å konkurrere på produktvalg, kvalitet og service.¹⁴⁶ Redusert service og kvalitet kan utgjøre et velferdstap for samfunnet som det også må tas hensyn til når man vurderer de samfunnsøkonomiske virkningene av en foretakssammenslutning. Dette tapet er forårsaket av at kundenes tilfredshet blir redusert, og at samfunnets ressurser ikke utnyttes optimalt.

Ettersom kundene har ulike preferanser er det viktig å opprettholde et variert sortiment. Dette hensyn ivaretas best i markeder med effektiv konkurranse.

Å drive produktutvikling, operere med forskjellige kvaliteter og tilby god service er forhold som øker kostnadene til en bedrift. Dersom bedriften møter et svekket konkurransepress, reduseres insentivene til kostnadskrevende kundeorientering av kvalitet og service. Bortfall av konkurranse og potensiell konkurranse fra den nærmeste konkurrenten vil kunne gi insentiver til å velge løsninger mht. kvalitet og kundetilpasning, som gir rimeligere tjenesteleveranser for partene i foretakssammenslutningen, uten risiko for å miste kunder og salgsvolum. Departementet viser til at partene i foretakssammenslutninger i interne dokumenter og vurderinger særlig ser hen til hverandre når framtidig strategi fastlegges, jf. kap. 9.6.3 ovenfor.

¹⁴⁶ Se Fornyings-, administrasjons- og kirke departementets vedtak den 28. desember 2012 etter klage fra Plantasjen Norge AS, avsnitt 8.2.3

Departementet er dermed enig med Konkurransetilsynet i at foretakssammenslutningen kan føre til en kvalitetsreduksjon, som også utgjør et samfunnsøkonomisk tap. Det er imidlertid svært vanskelig å anslå noen verdi på dette tapet, og dette er ikke lagt inn i departementets anslag på samfunnsøkonomisk tap i saken.

Intern effektivitet

Ifølge økonomisk teori¹⁴⁷ vil en bedrift som opererer i et marked med virksom konkurranse tvinges til å fokusere på effektiv drift ettersom man kan risikere å bli utkonkurrert av andre aktører i markedet som er mer effektive. Dersom en bedrift opplever mindre grad av konkurranse i det relevante markedet, vil den ikke ha de samme insentivene til å effektivisere driften siden det er mindre risiko for at bedriften blir utkonkurrert av mer effektive konkurrenter. Dette betyr imidlertid ikke at bedriften ikke er opptatt av effektivitet, lave kostnader og å maksimere sin profitt.

Gjennom foretakssammenslutningen erverver Peppes Pizza sin nærmeste konkurrent. Dette kan gi reduserte insentiver for intern effektivitet sammenliknet med en situasjon hvor Peppes Pizza og Dolly Dimple's er to uavhengige konkurrenter.

Departementet har ikke kunnet anslå noen verdi på tapet som følge av redusert intern effektivitet. Departementet antar at denne effekten ikke vil påvirke størrelsen på det samfunnsøkonomiske tapet i særlig grad. Umoe Restaurants er en profesjonell aktør innenfor restaurantdrift, der flere av konseptene er i markedet for uformelle spisesteder. Departementet vurderer det ikke som sannsynlig at Umoe Restaurants vil tillate at et av konseptene svekker sin interne effektivitet betydelig. Dette forholdet bidrar også til å understreke at departementet er forsiktig i sitt anslag på det samfunnsøkonomiske tapet.

Sløsing med foretakssammenslutningens netto inntektsøkning

Foretakssammenslutningen vil som følge av økte priser gi opphav til en netto inntektsøkning. Noe av denne inntektsøkningen kan tenkes å bli sløst bort, og sløsing av denne inntektsøkningen vil kunne bidra til ytterligere samfunnsøkonomisk tap.¹⁴⁸

I hvor stor grad inntektsøkningen gir utslag i faktisk sløsing avhenger av den konkrete situasjonen. Konkurransetilsynet har i sitt vedtak etter en helhetlig vurdering kommet fram til at potensialet for sløsing i denne saken er begrenset. Bakgrunnen for dette er flere momenter, herunder at drift av restauranter og utsalgssteder ikke utgjør en unik virksomhet, noe som gjør det enkelt å sammenlikne med annen liknende virksomhet. Eierskapet hos partene i foretakssammenslutningen er konsentrert i store profesjonelle konsern. Selskapene er ikke børsnotert, men tilsynet mener det er sannsynlig at selskapene allikevel i noen grad følges av eksterne analytikere. Departementet deler denne vurderingen, og har i anslaget på det samfunnsøkonomiske tapet lagt liten vekt på sløsing av foretakssammenslutningens netto inntektsøkning.

Oppsummering av samfunnsøkonomisk tap

Som nevnt over kommer departementet fram til at foretakssammenslutningen mellom Peppes Pizza og Dolly Dimple's vil føre til et samfunnsøkonomisk tap. Departementet har forsøkt å anslå størrelsen på det samfunnsøkonomiske tapet med utgangspunkt i modellen beskrevet i

¹⁴⁷ Fra boken "Modern Industrial Organisation" av Dennis W. Carlton og Jeffery M. Perloff, 4th edition, side 94.

¹⁴⁸ Se Nils-Henrik M. von der Fehr og Lars Sørgard (2004). *Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp*, s. 10-14.

Von Der Fehr og Sørgard. Størrelsen på anslaget er usikkert da det er basert på flere ukjente størrelser, f.eks. priselastisitet, langsiktig pris-kostnadsmargin og hvor stor en prisøkning faktisk vil bli. Anslaget gir likevel en pekepinn på størrelsesorden på det samfunnsøkonomiske tapet. En prisøkning på mellom fem og syv prosent og en priselastisitet på mellom to og tre prosent gir etter departementets beregninger et samfunnsøkonomisk tap i intervallet [REDACTED] kroner.

Departementets anslag på det samfunnsøkonomiske tapet omfatter imidlertid som nevnt ovenfor ikke effektene som følge av redusert produktutvalg, service og kvalitet. Det omfatter heller ikke virkningen ved bortfall av potensiell konkurranse partene imellom, siden beregningen som danner grunnlag for anslaget ovenfor kun legger til grunn at det er i de identifiserte overlappmarkedene det oppstår et incentiv til høyere priser. Alle disse forholdene gjelder er størrelser som vanskelig lar seg kvantifisere, og følgelig er anslaget på det samfunnsøkonomiske tapet svært konservativt.

10.4.2 Samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster

Effektivitetsgevinster knyttet til overhead

Departementet er enig med klager og Konkurransetilsynet i at det vil medføre effektivitetsgevinster å opprette et felles hovedkontor for Peppes Pizza og Dolly Dimple's. Departementet er videre enig i at det ikke vil være behov for doble funksjoner knyttet til administrasjon og ledelse, to markedsavdelinger mv.

Departementet mener imidlertid, i likhet med Konkurransetilsynet, at klager ikke har tilstrekkelig sannsynliggjort at det er behov for å øke bemanningen knyttet til administrasjon og ledelse med mer enn [REDACTED] årsverk. Departementet mener det er rimelig å anta at oppgavene knyttet til administrasjon og ledelse vil bli mer komplekse som følge av foretakssammenslutningen og føre til en ekstra arbeidsbelastning for disse funksjonene. For det første vil antallet restauranter øke med ca. 50 prosent, og departementet mener det er rimelig å legge til grunn at det vil være betydelig ekstra arbeid knyttet til å drive to brands istedenfor ett, f.eks. når det gjelder produktutvikling, design og utforming av utsalgsstedene, posisjonering av brand i markedet og utforming og gjennomføring av markedsføringstiltak. Dette er oppgaver som vil være fordelt på ulike personer i administrasjonen og deler av disse oppgavene vil ledelsen i selskapene normalt sett være tungt involvert i. Departementet viser til at Dolly Dimple's i dag har [REDACTED] årsverk innen disse områdene. Departementet har ikke mottatt informasjon som tilsier at partene i foretakssammenslutningen har drevet sin virksomhet på en ineffektiv måte. Tvert imot drives disse to kjedene av to store og profesjonelle konsern, hvorav det ene har en rekke restaurantkonsepter i sin portefølje og den andre driver en rekke kjedebaserte handels- og serveringsvirksomheter. Klager har selv uttalt at [REDACTED]. Departementet mener derfor at det er sannsynlig at det vil være behov for forsterkninger knyttet til disse funksjonene, og følgelig vil denne effektivitetsgevinsten bli mindre enn anført av partene.

Når det gjelder bemanningen i markedsavdelingen anfører klager i brev til departementet av 4. januar 2017 at det ligger betydelige synergier i å optimalisere driftsorganisasjonen og gjøre tilgjengelig ressurser, løsninger og materiale for flere enheter – [REDACTED]. Dette gjør f.eks. at markedsavdelingen kan [REDACTED].¹⁴⁹

¹⁴⁹ Se kapittel 2 i brev fra klager av 25. november 2016 til Nærings- og fiskeridepartementet.

Departementet mener det er rimelig å anta at det vil oppstå slike effektivitetsgevinster som klager anfører, selv om departementet er usikker på størrelsesorden på disse. I samme brev anfører imidlertid klager at [REDACTED]

[REDACTED]. Klager anfører også at [REDACTED]. Departementet er uenig i at dette vil medføre en annen vurdering enn om [REDACTED]. Klager har anført at det vil opprettholde to brands, dermed vil også kostnadene knyttet til utformingen av kampanjer og reklame også være høyere enn ved kun ett brand. [REDACTED]

[REDACTED]. Dette medfører etter departementets vurdering at effektivitetsgevinstene knyttet til overhead blir ytterligere usikre, og ikke av den størrelsesorden som klager har anført.

Som nevnt over vil driftsavdelingen øke bemanningen med [REDACTED] årsverk for å håndtere de ekstra enhetene fra Dolly Dimple's, henholdsvis [REDACTED]

[REDACTED]. Dolly Dimple's benytter i dag [REDACTED]. Departementet mener at klager ikke har dokumentert at [REDACTED], annet enn ved å anføre dette i brev til både Konkurransetilsynet¹⁵⁰ og departementet¹⁵¹. Departementet vil også bemerke at det i samme brev anføres at Peppes Pizza legger opp til at [REDACTED]

[REDACTED]. Dette medfører, etter departementets vurdering, at det er tvil knyttet til hvor stor betydning det har at Peppes Pizza [REDACTED].

Basert på vurderingene over knyttet til overhead er det departementets vurdering at effektivitetsgevinstene knyttet til overhead vil ligge i intervallet 3 – 5 mill. kr.

Når det gjelder klagers anførsel om at Konkurransetilsynet motsier seg selv kan ikke departementet se at dette er tilfelle. Selv om det kun vil være behov for [REDACTED] i det nye selskapet, som tilsynet er enig i, jf. avsnitt 1569 i tilsynets vedtak, betyr ikke det at disse funksjonene ikke vil ha behov for ekstra forsterkninger for å kunne gjennomføre det ekstra arbeidet som foretakssammenslutningen vil medføre, jf. tilsynets avsnitt 1571. Ekstra forsterkninger kan f.eks. være å ansette flere mellomledere.

Effektivitetsgevinster knyttet til konserntjenester

Departementet mener at klager har sannsynliggjort at det vil oppstå effektivitetsgevinster som følge av at Dolly Dimple's ikke lenger vil leie lokaler av Norgesgruppen ASA. Klager har ettersendt spesifisering på kostnadene til Dolly Dimple's i brev av 4. januar 2017, og departementet finner at disse kostnadene er sannsynliggjort. Klager har anført at [REDACTED], og at det er lite sannsynlig at lokalene blir stående tomme. Departementet mener det er rimelig å legge til grunn at et konsern som Norgesgruppen ASA forholdsvis enkelt vil finne alternativ anvendelse til kontorlokaler med en attraktiv lokalisering. Det er også kostbart å la disse lokalene stå tomme. Dette gi ytterligere insentiv til raskt å finne alternativ anvendelse for disse lokalene.

Departementet mener imidlertid at størrelsen på ovennevnte effektivitetsgevinst ikke vil være som klager anfører. Bakgrunnen for dette er at departementet mener at effektivitetsgevinstene knyttet til overhead ikke vil bli så store som klager legger til grunn, og at det er rimelig å anta at det vil oppstå kostnader knyttet til [REDACTED]

¹⁵⁰ Brev av 31. mai 2016 og 13. juni 2016.

¹⁵¹ Klage til departementet av 6. oktober 2016 og brev av 4. januar 2017.

██████████. Det er imidlertid vanskelig for departementet å anslå størrelsen på disse ██████████ kostnadene, samtidig som det er usikkerhet knyttet til hvor mange årsverk det vil være mulig å nedbemanne som følge av at de to hovedkontorene slås sammen.

De anførte effektivitetsgevinstene knyttet til IT og telefoni er todelt, herunder gevinster knyttet til at færre ansatte har behov for datautstyr og at Dolly Dimple's ikke lenger vil ha behov for interne IT-tjenester hos Norgesgruppen. Departementet er enig i at dette vil kunne være samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster. Departementet finner likevel at disse er usikre fordi de for det første er knyttet til antall ansatte som nedbemannes (datautstyr mv.), og for det andre er det ikke, slik tilsynet har anført, dokumentert at det frigjøres ressurser i Norgesgruppen som kan benyttes av andre når Dolly Dimple's ikke lenger vil bruke systemet. Departementet er også av den oppfatning at størrelsen på disse effektivitetsgevinstene ikke er sannsynliggjort. Departementet etterspurte ytterligere dokumentasjon fra klager knyttet til disse forholdene, men i brev av 4. januar 2017 har klager i det vesentligste vist til tidligere oversendt dokumentasjon til Konkurransetilsynet. Departementet finner derfor ikke at denne gevinsten er tilstrekkelig sannsynliggjort.

Departementet mener det er sannsynlig at det vil oppstå effektivitetsgevinster knyttet til andre driftskostnader knyttet til konserntjenester som følge av en reduksjon i disse. Igjen er imidlertid størrelsen på disse gevinstene usikre på grunn av usikkerheten knyttet til hvor mange årsverk som vil bli nedbemannet. Videre er departementet av den oppfatning at det ikke er sannsynliggjort fra klagers side at disse effektivitetsgevinstene er i den størrelsesorden som klager har anført.

Basert på vurderingene over er det departementets vurdering at effektivitetsgevinstene vil ligge i størrelsesorden ca. 1 mill. kr.

Effektivitetsgevinster knyttet til andre driftskostnader

Departementet er enig i at det vil oppstå effektivitetsgevinster knyttet til andre driftskostnader. Samtidig er departementet enig med Konkurransetilsynet om at klager ikke har tilstrekkelig sannsynliggjort at det oppstår besparelser hos Norgesgruppen som følge av at Dolly Dimple's ikke lenger vil benytte det systemet de benytter i dag, eller at besparelsen er i den størrelsesorden som klager anfører.

Departementet mener det er rimelig å anta at det vil oppstå effektivitetsgevinster når kjøp av tjenester fra ██████████ avsluttes. Klager anfører at dette vil medføre en besparelse på ██████████ kr. Denne besparelsen er ikke dokumentert utover at den er oppgitt i brev til departementet av 4. januar 2017. Departementet finner at den derfor er for usikker til å legges til grunn.

Samtidig er departementet enig med tilsynet om det ikke er sannsynliggjort fra klagers side at overgangen til nytt datasystem er en reell samfunnsøkonomisk besparelse heller enn en ren omfordeling som skal holdes utenfor vurderingen.

Når det gjelder regnskapshonorar anfører partene i brev av 4. januar 2017 at regnskapshonorarer reduseres med ██████████ kr, som er en stordriftsfordel ved å ha flere enheter i samme selskap. Departementet mener det er rimelig å anta at det kan oppstå stordriftsfordeler ved å ha flere enheter i samme selskap. Departementet mener imidlertid at størrelsen på denne effektivitetsgevinsten ikke er tilstrekkelig konkretisert eller sannsynliggjort. Effektivitetsgevinsten framstår derfor som for usikker til å legges til grunn.

Basert på manglende konkretisering og dokumentasjon av effektivitetsgevinster knyttet til andre driftskostnader, mener departementet at disse effektivitetsgevinstene ikke bør regnes med i saken.

Felles salgskontor

Departementet er enig i at etablering av et felles salgskontor vil kunne medføre samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster. Umoe Restaurants har imidlertid anført i brev av 13. juni 2016 til Konkurransetilsynet at [REDACTED]

[REDACTED]. Departementet mener at dette viser at [REDACTED]

[REDACTED]. Dette medfører at effektivitetsgevinsten ikke er ervervsspesifikk, noe som er et vilkår for at effektivitetsgevinsten skal medregnes, se kapittel 10.1.

Klager anfører i brev av 4. januar 2017 til departementet at reduksjonen i husleie kun utgjør [REDACTED] av de totale besparelsene for salgskontoret, og at hoveddelen av effektivitetsgevinstene realiseres som følge av stordriftsfordeler og økt effektivitet ved bruk av et større salgskontor. Departementet vil bemerke at andre driftskostnader som er knyttet til antall ansatte ikke reduseres som følge foretakssammenslutningen fordi klager [REDACTED].¹⁵² Andre driftskostnader som er uavhengige av personalet på driftskontoret kunne etter departementets oppfatning vært realisert uavhengig av foretakssammenslutningen, ved at [REDACTED].

På denne bakgrunn legger departementet til grunn at effektivitetsgevinstene knyttet til felles salgskontor ikke er ervervsspesifikke, og kan derfor ikke legges til grunn.

Leasing av biler

Partene har i brev av 13. juni 2016 til Konkurransetilsynet redegjort for effektivitetsgevinsten knyttet til leasing av biler. Peppes Pizza har i dag [REDACTED]

[REDACTED]. Denne avtalen er [REDACTED]

[REDACTED]. Det anføres i samme brev at siden det er planlagt å beholde to brands er det ikke lagt opp til [REDACTED]. Gevinsten er dermed direkte knyttet til at Dolly Dimple's trer inn i Peppes Pizza sin avtale med [REDACTED]

[REDACTED].¹⁵³ Departementet er enig med Konkurransetilsynet at denne effektivitetsgevinsten er en omfordeling, og dermed en bedriftsøkonomisk, men ikke en samfunnsøkonomisk gevinst. Effektivitetsgevinsten kan dermed ikke legges til grunn

Effektivitetsgevinster knyttet til optimalisering av konsepter

Departementet kan ikke se at denne gevinsten er konkretisert eller sannsynliggjort i en slik grad at det er mulig å vurdere hvilken andel av de ønskede inntektssynergiene som er en samfunnsøkonomisk gevinst, og hvilke som bare er en følge av økt markedsrett på grunn av begrenset konkurranse. Partene har heller ikke forklart hvordan de to kjedekonseptene skal utvikles for å oppnå denne gevinsten. Og uansett er det vanskelig å se at de to kjedene ikke kan gjennomføre en endring av kjedekonsept for å tilfredsstille kundenes preferanser på en bedre måte, uten å gjennomføre foretakssammenslutningen.

¹⁵² Dette framkommer i brev fra klager til Konkurransetilsynet av 13. juni 2016. Klager anfører i samme brev at det imidlertid er sannsynlig at slike besparelser vil kunne gjennomføres, men at klager har hatt en konservativ tilnærming til dette.

¹⁵³ Klager har anført at i brevet til tilsynet av 13. juni 2016 at det er klagers erfaring at [REDACTED]

10.4.3 Samfunnsøkonomiske omstillingskostnader

Som nevnt i kapittel 10.2.3 har klager anført at omstillingskostnadene i forbindelse med foretakssammenslutningen vil være [REDACTED].kr. Dette vil være en engangskostnad. I likhet med Konkurransetilsynet finner departementet at størrelsen på de anførte omstillingskostnadene fra klager som følge av foretakssammenslutningen er usikre. Dette avhenger bl.a. av hvor mange ansatte som nedbemannes og hvor lang tid disse vil trenge for å finne seg en ny jobb. Som anført i kapittel 10.4.2 mener departementet også at det er sannsynlig at det vil være nødvendig å øke bemanningen på den fusjonerte enhetens hovedkontor med mer enn [REDACTED] årsverk. Videre mener også departementet at det ikke er gitt at f.eks. sluttpakker utgjør en samfunnsøkonomisk omstillingskostnad. Departementet legger imidlertid også til grunn at omstillingskostnadene som følge av foretakssammenslutningen mellom Peppes Pizza og Dolly Dimple's vil være betydelige.

I tillegg til de anførte omstillingskostnadene fra klagers side, vil det også medføre vesentlige omstillingskostnader knyttet til partenes uttrykte intensjon om å optimalisere kjedenes tilstedeværelse i ulike lokale markeder, samt intensjon om å [REDACTED]. Disse kostnadene vil etter departementets vurdering være over en viss tidsperiode og er knyttet til utforming av ny eller justert strategi, reposisjonering endring av produkter og kjedeprofil, markedsføring av nye produkter og ny kjedeprofil, omlegging av enkeltrestauranter som skal nedlegges/endres til andre profiler osv. Dette er kostnader som uunngåelig vil påløpe ved en foretakssammenslutning mellom to kjeder som er så like og nære konkurrenter som partene er. Dette vil potensielt kunne utgjøre betydelige beløp, men som departementet vanskelig kan kvantifisere.

10.4.4 Oppsummering av samfunnsøkonomiske virkninger

Departementet har gjort anslag på det samfunnsøkonomiske tapet som følge av en foretakssammenslutning mellom Peppes Pizza og Dolly Dimple's. Som nevnt over ligger dette tapet etter departementets beregninger i intervallet [REDACTED] kroner. Disse tallene inkluderer ikke de samfunnsøkonomiske tapene som oppstår som følger av mulig redusert produktvalg, service og kvalitet. Følgelig er det faktiske samfunnsøkonomiske tapet som følge av foretakssammenslutningen etter all sannsynlighet en større enn departementets anslag på det samfunnsøkonomiske tapet.

I kapittel 10.4.2 har departementet kommet frem til at klagers påberopte effektivitetsgevinster ikke er av den størrelsesorden som er angitt. Videre mener departementet at flere av de påberopte gevinstene ikke er ervervsspesifikke. Det er departementets vurdering at effektivitetsgevinstene vil ligge i intervallet 4 – 6 mill. kr.

Det samfunnsøkonomiske tapet som følger av foretakssammenslutningen, sammen med omstillingskostnader, vil derfor etter departementets vurdering klart overstige de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene. Foretakssammenslutningen er derfor i strid med konkurranselovens formål, jf. konkurranselovens § 16, jf. § 1.

11. FORHOLDSMESSIGHET OG AVHJELPENDE TILTAK

Klager har opprettholdt tilbudet om avhjelpende tiltak som ble fremsatt overfor Konkurransetilsynet, jf. vedtakets kapittel 9.1. Tiltakene består i å selge en av partenes restauranter på [REDACTED]. Ytterligere tiltak er ikke tilbudt under klagesaken. Departementet finner at de tilbudte tiltakene ikke fjerner de konkurransemessige

virkningene som foretakssammenslutningen gir opphav til, og tilslutter seg Konkurransetilsynets vurderinger på dette punktet.

Departementet er videre enig i at et forbud mot foretakssammenslutningen er et forholdsmessig inngrep, for å unngå de konkurransebegrensende virkningene og samfunnsøkonomiske skadevirkningene som er identifisert i kapittel 9 og 10 ovenfor.

12. VEDTAK

Som redegjort for ovenfor har departementet kommet til at en foretakssammenslutning mellom Umoe Restaurants AS og Dolly Dimple's vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med konkurranselovens formål. Det er ikke sannsynliggjort at foretakssammenslutningen vil medføre effektivitetsgevinster som er tilstrekkelige til å oppveie det samfunnsøkonomiske tap som den vesentlige begrensningen av konkurransen vil medføre.

På denne bakgrunn har departementet med hjemmel i forvaltningsloven § 34 truffet følgende vedtak:

Klagen over Konkurransetilsynets vedtak V 2016-6 om å forby foretakssammenslutningen mellom Umoe Restaurants AS og Dolly Dimple's Norge AS tas ikke til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
ekspedisjonssjef

Nils-Ola Widme
avdelingsdirektør