

# Inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger

*Særlig om alternativsituasjonen og  
forholdsmessighetsvurderinger i fusjonskontrollen*

Kandidatnummer: 106

Antall ord: 28 717



JUS397 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

24.juni 2022

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse</b> .....	<b>2</b>
<b>Del I: Introduksjon av oppgavens emne</b> .....	<b>4</b>
1 Innledning .....	4
1.1 Introduksjon av tema og problemstilling .....	4
1.2 Bakgrunn og aktualitet .....	5
1.3 Metode og rettskildematerialet .....	7
1.4 Avgrensning og fremstillingen videre .....	10
<b>Del II: Konkurransetilsynets adgang til å gjøre inngrep</b> .....	<b>12</b>
2 Meldepliktregimet og gjennomføringsforbud .....	12
2.1 Introduksjon .....	12
2.2 Utgangspunktene etter de norske meldepliktreglene .....	12
2.3 Bakgrunnen for unntaket fra meldeplikten .....	15
2.4 Gjennomføringsforbudets rekkevidde .....	16
2.5 Risiko for etterfølgende inngrep .....	18
2.6 Meldepliktreglene i EU og Storbritannia .....	20
3 Presentasjon av konkurranseloven § 16 .....	24
3.1 Inngrepshjemmelen og lovendring .....	24
3.2 «I betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse».....	26
3.3 Kravet om årsakssammenheng .....	30
4 Beviskrav og bevisbyrde .....	33
4.1 Innledning .....	33
4.2 Beviskravet for inngrep i foretakssammenslutninger .....	33
4.3 På vei mot et strengere beviskrav?.....	37
4.4 Kravet om tilstrekkelig dokumentasjon .....	39
4.5 Hva skal bevises i fusjonskontrollssaker?.....	40
5 Alternativsituasjonen .....	42
5.1 Alternativsituasjonen som middel for å påvise årsakssammenheng.....	42
5.2 Fastleggelse av alternativsituasjonen – flere fremgangsmåter.....	43
5.3 Fastleggelse av alternativsituasjonen i Storbritannia .....	53
5.4 Alternativsituasjonen ved reversering: skal foretakssammenslutningen tenkes bort?55	
<b>Del III: Forholdsmessighetsprinsippetts plass i fusjonskontrollen</b> .....	<b>58</b>

6	Forholdsmessighet som rettesnor for Konkurransetilsynets myndighetsutøvelse .....	58
6.1	Introduksjon av problemstillingene .....	58
6.2	Kort om forholdsmessighetsprinsippets innhold .....	59
6.3	Konkurransetilsynets adgang til å vurdere forholdsmessighet .....	60
6.4	Forholdsmessighet ved fastsettelse av avhjelpende tiltak.....	67
7	Forholdsmessighet ved inngrep mot gjennomførte foretakssammenslutninger .....	73
7.1	Introduksjon av problemstillingene og avgrensninger.....	73
7.2	Tiltak som kan fastsettes etter krrl. § 16 tredje ledd .....	73
7.3	Forholdet mellom § 16 tredje ledd og § 18 tredje ledd.....	78
	<b>Del IV: Avsluttende refleksjoner .....</b>	<b>82</b>
8	Sammenstilling av funn .....	82
	Kilderegister.....	84

# Del I: Introduksjon av oppgavens emne

## 1 Innledning

### 1.1 Introduksjon av tema og problemstilling

Masteroppgavens overordnede tema er statens adgang til å gjøre inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. For å ivareta effektiv konkurranse fører konkurransemyndighetene kontroll med markedsstrukturen. Dette er for å hindre at det oppstår markedstukturer som svekker konkurransen. Fusjonskontrollen gjennomføres ex ante, i motsetning til atferdsreglene som anvendes ex post.<sup>1</sup>

Når Konkurransetilsynet skal vurdere om det er grunnlag for å stanse en foretakssammenslutning, er hovedregelen at dette skjer ved at partene gir melding til tilsynet om den planlagte transaksjonen, jf. krrl. § 18. De mindre foretakssammenslutningene, målt i omsetning, er imidlertid unntatt fra denne meldeplikten, og kan gjennomføres uten forhåndsgodkjenning fra tilsynet. For disse foretakssammenslutningene foreligger det likevel en risiko for etterfølgende inngrep om meldeplikt og eventuelt reversering av fusjonen, jf. krrl. § 18 tredje ledd.

Konkurransetilsynet sin vurdering av om fusjonen skal tillates, bygger på akkurat de samme reglene og vurderingene – uavhengig av om denne vurderingen foretas før eller etter fusjonen har skjedd. For å gripe inn og nekte fusjonen gjennomført, må tilsynet vurdere, og slutte at sammenslutningen i «betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse», jf. konkurranseloven § 16. En sentral del av denne vurderingen knytter seg til å påvise årsakssammenheng mellom transaksjonen og den påståtte konkurranseskaden. Ved vurderingen av om denne årsakssammenheng foreligger, fastlegges alternativsituasjonen. Det vil si at det må oppstilles to hypotetiske scenarioer; fremtiden med, og fremtiden uten fusjonen, for så å undersøke om differansen mellom disse scenarioene vil innebære en negativ innvirkning på konkurransen av slikt omfang at vilkårene for inngrep er til stede.

---

<sup>1</sup> Anders Ryssdal og Håkon Cosma Størdal Størdal, *Norsk Konkurranserett: Fusjonskontroll*, 1.utg., Universitetsforlaget 2018, s. 15.

Oppgaven har to sentrale problemstillinger. Den første problemstillingen er hvordan alternativsituasjonen skal fastlegges i vurderinger av om det skal gripes inn mot allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. Den andre sentrale problemstillingen er om forholdsmessighetsprinsippet setter grenser for Konkurransetilsynet sin adgang til å gripe inn mot allerede gjennomførte foretakssammenslutninger.

Når det gjelder fastleggelsen av alternativsituasjonen, skal jeg vurdere om det at foretakssammenslutningen allerede er gjennomført gjør at det må foretas noen særlige vurderinger i disse tilfellene. Dette knytter seg til at framtidssituasjonen ikke nødvendigvis er den samme når en foretakssammenslutning må reverseres, som i de tilfellene hvor man stanser en foretakssammenslutning før den er gjennomført. Dette kan skyldes ulike faktorer som umuliggjør en gjenoppretting til slik tingenes tilstand var før foretakssammenslutningen. For eksempel som følge av at tidligere eiere ikke ønsker å kjøpe selskapet tilbake. Dermed kan konsekvensen av inngrepet bli annerledes enn ved et inngrep i en foretakssammenslutning som ikke er gjennomført. For å ta stilling til dette vil jeg først slå fast hvordan alternativsituasjonen skal fastlegges i «normaltilfellene», altså der fusjonen ikke er gjennomført. Ettersom fastsettelsen av alternativsituasjonen er en bevisvurdering, kommer jeg også til å ta opp spørsmål knyttet til beviskravet og bevisvurderingen.

Når det gjelder forholdsmessighetsprinsippet vil jeg vurdere hvilken betydning dette har for Konkurransetilsynet sin myndighetsutøvelse. Spørsmålet er interessant fordi et vedtak om reversering vil kunne være mer inngripende for partene enn et forbud mot gjennomføring. Derfor er det interessant å vurdere om, og eventuelt i hvor stor grad Konkurransetilsynet kan legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak, og eventuelt unnlate å gjøre inngrep i fusjonen basert på at det vil være uforholdsmessig. Videre vil jeg, for fullstendighetenes skyld, presentere reglene om meldeplikt, og presentere selve inngrepsvilkåret.

## 1.2 Bakgrunn og aktualitet

Konkurransetilsynet har, per juni 2022, så vidt jeg vet, kun én gang vedtatt at en gjennomført foretakssammenslutning skal reverseres. Saken gjaldt Schibsted sitt oppkjøp av nettbil.no.<sup>2</sup> Konkurranseskjennemnda opprettholdt tilsynet sitt vedtak, og saken ble senere reist for domstolene. Gulating lagmannsrett opphevet Konkurransetilsynet og

---

<sup>2</sup> Konkurransetilsynet sitt vedtak V2020-31 – Schibsted ASA/Nettbil AS.

Konkurransklagenemnda sitt vedtak, og ga dermed foretakene medhold i at foretakssammenslutningen ikke skulle reverseres.<sup>3</sup> Saken er nå anket til Høyesterett.<sup>4</sup>

Til tross for at det foreløpig har vært kun én sak hvor tilsynet har vedtatt reversering, er problemstillingen meget aktuell. Konkurransetilsynet har et økende fokus på aktiviteten på digitale markeder.<sup>5</sup> Både i Norge og i EU har det blitt satt et søkelys på det som omtales som «killer acquisitions». Begrepet omhandler tilfeller hvor de store teknologiselskapene kjøper opp en rekke mindre selskaper, og på sikt begrenser konkurransen gjennom stadig erverv av mindre vekstbedrifter. Et eksempel er hvordan Meta (tidligere Facebook) kjøper opp en rekke selskaper som driver med nettbasert kommunikasjon, blant annet Whatsapp og Instagram. Mediene har brukt sterke ord om Meta sin defensive strategi, og har blant annet omtalt det som «[Meta] sin vei mot verdensherredømme».<sup>6</sup> Meta og andre teknologigiganter sin oppkjøpsstrategi fører til at de har en plass i markedet som langt overstiger det som omtales som dominerende stilling. Ettersom meldepliktreglene innebærer at man er unntatt meldeplikt dersom det foretaket som kjøpes, har omsetning under terskelen, vil en del av fusjonene som store selskaper gjennomfører, ikke omfattes av meldeplikten.

Arbeidet mot de konkurransepolitiske utfordringene på digitale markeder gjøres både på nasjonalt, og overnasjonalt nivå. Konkurransetilsynet følger i stor grad det arbeidet som gjøres i EU-systemet.<sup>7</sup> Tilsynet har gjennom tildelingsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet måttet prioritere konkurranse i den digitale økonomien.<sup>8</sup> Det kan derfor være grunn til å tro at

---

<sup>3</sup> LG-2021-119638 (Gulating). Jeg vil redegjøre nærmere for dommen i kapittel 1.3.

<sup>4</sup> «Konkurransetilsynet anker Schibsted/Nettbil-dommen», 05.05.2022, Konkurransetilsynet.no. <https://konkurransetilsynet.no/konkurransetilsynet-anker-schibsted-nettbil-dommen/> (lest: 02.06.2022)

<sup>5</sup> «Konkurranse i den digitale økonomien», Konkurransetilsynet.no, <https://konkurransetilsynet.no/tema/digitalokonomi/> (lest: 09.mai 2022).

<sup>6</sup> Erik Solheim, «Facebooks vei mot verdensherredømme», NRK, 29. oktober 2021, <https://nrkbeta.no/2021/10/29/facebook-vei-mot-verdensherredomme/> (lest: 9. mai 2022). Artikkelen handler først og fremst om Meta sin utvikling av et «metaverse», en parallell verden som foregår på internett og i datamaskinene våre. Artikkelen er imidlertid også inne på Meta sin «monopol-lignende posisjon» i det digitale markedet.

<sup>7</sup> Et eksempel på EUs økende fokus på konkurranseskade på det digitale markedet er Digital Market Act (DMA) som legger opp til en konkurranserettslig forhåndsregulering (ex ante) som pålegger plikter på portvoktervirksomheter (et mindre antall internettbaserte plattformer som har såpass mye påvirkning på forbrukerne, innovasjonen og konkurransen at de nærmest kan sette «egne regler»). I dag er dette området mer eller mindre uregulert, og rettsakten ble foreslått for effektivt å kunne tilnærme seg problemstillingene som atferden til disse nettbaserte plattformene medfører, jf. Konkurransetilsynet (KT) – Tildelingsbrev «Forordning om digitale markeder (Digital Markets Act – DMA)», Status i saken per 09. juni 2022: Foreløpig proposisjonsnotat, <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2021/juni/forordning-om-digitale-markeder-digital-markets-act-dma/id2860419/> (lest: 17.juni 2022).

<sup>8</sup> Konkurransetilsynet (KT) – Tildelingsbrev 2022 fra Det kongelige Nærings – og fiskeridepartementet, referansenummer: 21/5981-4. Se særlig side 4-5 hvor det heter at «Konkurransetilsynet skal vurdere om den

tilsynet vil gjøre flere inngrep mot ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger som allerede er gjennomført.

Problematikken er ikke bare aktuell på det digitale markedet, selv om tendensen er tydeligere der. Antageligvis skyldes dette at innovasjon er en viktig konkurransefaktor på det digitale markedet. Samtidig som privatpersoner eller mindre foretak jobber aktivt for å skape ideer som skal selges og utvikles videre, jobber større foretak med å finne de gode ideene som de kan investere i. I slike sammenhenger er fusjoner både hensiktsmessig og ønskelig, og reglene må ikke anvendes på en slik måte at det blir en trussel for gründere og oppstartsbedrifter sin virksomhet. Det er selvsagt i allmennhetens interesse at konkurransereglene ikke anvendes på slikt vis at samfunnsutviklingen blir skadelidende. Denne innovasjonsfaktoren kan dessuten ha store samfunnsøkonomiske gevinster dersom det bidrar til mer effektive måter og drive virksomhet på.<sup>9</sup>

I det følgende vil jeg i kapittel 1.3. ta opp rettskilde- og metodespørsmål som er relevant for denne oppgaven. Deretter vil jeg i kapittel 1.4 presentere avgrensninger og strukturen videre i oppgaven.

### **1.3 Metode og rettskildematerialet**

Siktemålet med oppgaven er å redegjøre for innholdet i reglene som gjelder for inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. I fastleggelsen av innholdet i regelverket vil det ses hen til den foreliggende forvaltningspraksis på området. Det foreligger ikke rettskraftig rettspraksis på området, og ettersom forvaltningspraksis ikke er en tungtveiende rettskilde, vil jeg i fastleggelsen av innholdet i reglene også vurdere om den forståelsen som legges til grunn i praksis, er den som er best egnet til å ivareta lovens formål om effektiv konkurranse

Konkurranselovens bestemmelser om fusjonskontroll er langt på vei harmonisert med fusjonskontrollen i EU/EØS-retten.<sup>10</sup> Dette gjelder særlig de materielle reglene, herunder konkurranseloven § 16 som inneholder hjemmelen for å gripe inn mot foretakssammenslutninger. Konkurranseloven § 16 ble endret i 2016 nettopp for å harmonisere

---

digitale utviklingen i ulike markeder medfører et behov for å endre innretningen av konkurransepolitikken [...] samt vurdere hvordan nye metoder skal implementeres i tilsynets arbeid».

<sup>9</sup> Samfunnsøkonomiske gevinster er et viktig hensyn i fusjonskontrollen. Dessuten er formålet med Konkurranseloven «å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser», jf. konkurranseloven § 1.

<sup>10</sup> Prop. 37 L (2015–2016) Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskillemndas, kartellforlik mm.). s. 79.

den med inngrepshjemmelen i fusjonskontrollforordningen. Som en følge av harmoniseringen vil rettspraksis fra EU-retten være en tungtveiende rettskilde ved tolkning av fusjonskontrollreglene.

Videre vil praksis fra tilsynet i EU, EU-kommisjonen, være en relevant kilde. Både vedtakspraksis og retningslinjer fra Kommisjonen vil bli anvendt i denne oppgaven. Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31 er en sentral kilde ved vurderingen av fusjonskontrollreglene. Disse retningslinjene har vært tillagt vekt av både norske konkurransemyndigheter, Kommisjonen selv og EU-domstolen.<sup>11</sup> Retningslinjene er riktignok ikke-bindende «soft law» for medlemsstatene og EU-domstolen. Dette ble presisert i *Nexans France v Commission* hvor domstolen uttalte at “While those guidelines are binding on the Commission itself, to the extent that it has thereby imposed restrictions on the exercise of its discretion [...] the 2006 Guidelines are not, however, mandatory for the EU Courts [...]”.<sup>12</sup> Retningslinjene sier likevel noe om hvordan Kommisjonen skal praktisere fusjonsforordningens regler.

Som nevnt, er det per tid kun i *Schibsted/nettbil.no-saken* at Konkurransetilsynet har vedtatt å reversere en allerede gjennomført foretakssammenslutning.<sup>13</sup> Saken ble brakt inn for Gulating lagmannsrett og er nå anket inn til Høyesterett.<sup>14</sup> I denne dommen ble det konkludert med at det ikke var sannsynliggjort at oppkjøpet ville «i betydelig grad [...] hindre effektiv konkurranse», jf. krrl. § 16. I denne saken finner Gulating lagmannsrett at foretakene ikke operer i samme marked, og legger denne til grunn som den avgjørende omstendighet for at foretakssammenslutningen ikke må reverseres.<sup>15</sup> De problemstillinger denne oppgave vurderer, er i liten grad berørt i dommen fra lagmannsretten. Når dommen blir henvist til i avhandlingen i det videre, er det for å vise hvordan rettskildene blir anvendt. Ettersom dommen ikke er rettskraftig, er dens rettskildemessig betydning deretter.

Forvaltningspraksis går igjen som en sentral kilde i denne avhandlingen. Det er derfor nødvendig å knytte noen bemerkning til den rettskildemessig vekten til forvaltningspraksis.

---

<sup>11</sup> Se for eksempel dom av 09. juli 2007 i sak T-282/06, *The Apollo Group*, ECLI:EU:T:2007:203. Her vurderte Underretten om Kommisjonens vedtak skulle oppheves som følge av at de hadde handlet i strid med egne retningslinjer.

<sup>12</sup> Dom av 12. juli 2018 i sak C-606/18 P *Nexans France v Commission*, ECLI:EU:C:2020:57. Dommen omhandler riktignok ikke om retningslinjene om fusjoner, men om bøter. Disse guidelines har imidlertid tilsvarende rettskildemessig status.

<sup>13</sup> Konkurranseskjemennda sitt vedtak - V03-2021 - Schibsted ASA/Nettbil AS 2021.

<sup>14</sup> I skrivende stund er det ikke avklart om saken vil bli behandlet i Høyesterett. (17.06.22).

<sup>15</sup> LG-2021-119638 (Gulating).



Utgangspunktet etter norsk rettskildelære er at forvaltningspraksis ikke nyter tung rettskildemessig vekt.<sup>16</sup> For at forvaltningspraksis skal bli tillagt en viss rettskildemessig vekt, foreligger det et krav om at praksisen er tilstrekkelig lang og konsekvent.<sup>17</sup> Mangel på autoritative kilder, bortsett fra lovttekst, gjør likevel forvaltningspraksis til en viktig og tilgjengelig kilde for denne oppgaven.<sup>18</sup>

Konkurransetilsynets har spesialkunnskap innenfor konkurranserettsområdet, og er satt sammen av både jurister og økonomer, som begge deler er nødvendig i konkurranseretten. For det enkelte forvaltningsorgan er det dessuten viktig at praksisen så langt som mulig er ensartet, slik at resultatet i så stor grad som mulig er forutberegnelig for aktørene som er gjenstand for organets virksomhet. Derfor vil praksis fra Konkurransetilsynet være av betydning for tilsynet selv. Vedtak fra tilsynet gir dermed uttrykk for hvordan regelverket blir praktisert. Når det kommer til praksis fra Konkurransklagenemnda, er ikke dette et saksbehandlingsorgan, men et organ som driver med nemndbehandling av de sakene som foretakene velger å klage inn til. Nemnda er et uavhengig klageorgan, og sitter i likhet med tilsynet, på ekspertkompetanse med utvalgte nemndsmedlemmer. Nemnda sine vedtak har i utgangspunktet samme rettskildestatus som vedtak fra tilsynet. Dersom det er motstrid mellom tilsynet og nemnda sin forståelse av rettsreglene, kan det være grunn til å legge noe større vekt på nemnda sine vedtak, ettersom nemnda er overordnet tilsynet.

Til tross for at fusjonskontrollen i liten grad har blitt behandlet i domstolene finnes det en del vedtakspraksis om inngrep i foretakssammenslutninger. I disse vedtakene behandles flere av oppgavens problemstillinger, herunder kravet til årsakssammenheng ved vurdering av om en fusjon skal tillates. Konkurransetilsynet ser imidlertid ut til å behandle spørsmålene om årsakssammenheng og forholdsmessighet på samme måte uavhengig av om fusjonen er

---

<sup>16</sup> Jan Fridthjof Bernt, «Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (1989) s. 265-294. Se s. 272, hvor han skriver at «[t]radisjonelt har rettsdogmatikken sett forvaltningens rettsanvendelse som et rent faktisk fenomen, med mulig forbehold for ekstreme situasjoner hvor denne praksis er blitt ansett som tilstrekkelig langvarig og fast til å danne grunnlag for sedvanerettsdannelse», men skriver også senere at «[d]et er ikke mange som i dag vil bestride at forvaltningspraksis er en relevant faktor ved avgjørelsen av hva som er gjeldende rett på et bestemt tidspunkt».

<sup>17</sup> Se blant annet Rt. 2005 s. 951, hvor Høyesterett spør om forvaltningspraksisen er tilstrekkelig lang og konsekvent, til å legge en innskrenkende tolkning av den aktuelle bestemmelsen til grunn.

<sup>18</sup> Med forvaltningspraksis har jeg i denne oppgaven tatt utgangspunkt i Kjærstad sin definisjon: «forvaltningspraksis er den praksis som følges i offentlig forvaltning når man tolker og utfyller lovbestemmelser og treffer vedtak», jf. Kjærstad, Håvard, «Forvaltningspraksis som rettskilde – belyst med praksis fra ett eller flere forvaltningsområder», *Jussens Venner*, (2003), nr. 3, s. 138-169, på s. 139. På bakgrunn av denne definisjonen omfattes beslutninger som forvaltningen, herunder Konkurransetilsynet, departementet og Konkurransklagenemnda har vedtatt. Uttalelser fra Konkurransetilsynet og artikler på tilsynet sine sider, faller utenfor denne definisjonen og vil ikke ha den samme rettskildemessige vekten.

gjennomført, eller om den vurderes tillat. Følgelig, vil vedtakspraksis om inngrep i foretakssammenslutninger fra Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda være en svært sentral rettskilde i denne oppgaven.

Jeg vil enkelte steder i oppgaven vise til hvordan britiske konkurransemyndigheter, Competition and Markets Authority (CMA) tilnærmer seg spørsmål knyttet til oppgavens problemstillinger. Siktemålet med å vise til annen lands rett er å vise til den rettslige argumentasjonen, og illustrere hvordan rettsspørsmålene har blitt løst. I tillegg vil jeg vurdere om den tilnærming britiske konkurransemyndigheter har til spørsmålene, kan gi inspirasjon til hvordan de samme spørsmålene bør løses i norsk rett.

Det er flere grunner til at jeg har valgt å vise til det britiske rettssystemet i denne oppgaven. CMA har, i likhet med Konkurransetilsynet adgang til å gjøre inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. Videre var Storbritannia inntil nylig en del av EU, og det i nesten 50 år. Som følge av dette er store deler av regelverket tilpasset EU-systemet. Dette danner et godt grunnlag for sammenligning med det norske regelverket, som langt på vei er harmonisert med EU-retten. CMA er et av de største konkurransetilsyn i Europa og behandler mange viktige saker som omhandler innflytelsesrike selskaper.

## **1.4 Avgrensning og fremstillingen videre**

Oppgavens tema reiser interessante problemstillinger knyttet til meldepliktregimet, alternativsituasjonen og forholdsmessighet, og det er disse temaene som behandles videre. Ettersom det ikke oppstår noen særlige problemstillinger knyttet til konkurransebegrensningskriteriet som følge av at foretakssammenslutningen allerede er gjennomført, blir ikke dette drøftet inngående i denne oppgaven. Spørsmålene om markedsavgrensning er en sentral del av fusjonskontrollen, men heller ikke denne delen av fusjonskontrollen reiser særlige spørsmål knyttet til oppgavens tema, og behandles derfor ikke.

I denne oppgaven vil jeg kun behandle spørsmål om reversering av ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger. Det finnes andre årsaker til at en foretakssammenslutning vil kunne bli pålagt reversering. Dersom det for eksempel er gjennomført en foretakssammenslutning i strid med gjennomføringsforbudet i krrl. § 19, vil det også bli konsekvenser i form av blant annet reversering. I slike tilfeller har imidlertid et vedtak om reversering en pønalt effekt, og det er dermed andre hensyn som gjør seg gjeldende.

Oppgaven består av fire hoveddeler som tar for seg hvert sitt overordnede tema. Den første delen av oppgaven er innledningen, med introduksjon av oppgavens emne og aktualiteten av den.

Oppgavens andre del omhandler inngrepsadgangen etter konkurranseloven. Her vil jeg først i kapittel 2 redegjøre for meldepliktregime etter norsk fusjonskontroll, da det er disse reglene som avgjør hvilke foretakssammenslutninger som kan gjennomføres uten at Konkurransetilsynet klarer fusjonen på forhånd. Videre i denne delen vil jeg først i kapittel 3 gi en redegjørelse for inngrepshjemmelen, krrl. § 16. Det er vilkårene i denne bestemmelsen som må være oppfylt for at Konkurransetilsynet skal ha adgang til å gjøre inngrep, uavhengig av om inngrepet går ut på å stanse fusjonen, eller om den skal godtas på nærmere vilkår. Kapitlet inneholder også en kort redegjørelse for hva som ligger i at en foretakssammenslutning i «betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse», jf. krrl. § 16. I kapittel 4 vurderes bevisreglene i fusjonskontrollen, herunder beviskravet og hvem som har bevisbyrden. Her redegjøres også for hvilke deler av inngrepsvurderingen jeg anser som henholdsvis bevisvurderinger og rettsanvendelse. I kapittel 5 følger min vurdering av hvordan alternativsituasjonen fastlegges for å vurdere om vilkåret om årsakssammenheng i inngrepshjemmelen er oppfylt.

Oppgavens del tre behandler spørsmålet om adgangen til å legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak. Forholdsmessighetsvurderingen knytter seg riktignok til om, og i hvor stor grad Konkurransetilsynet kan gjøre inngrep i foretakssammenslutningen. Likevel er dette et spørsmål om å unnlate å gjøre inngrep der alle de personelle og materielle vilkårene er oppfylt. Dermed er det naturlig å skille denne vurderingen fra inngrepsvurderingen i del to. Grunnen til at dette er skilt ut i en egen del er fordi spørsmålet er om forholdsmessighet – og især eventuell uforholdsmessighet – kan føre til et annet resultat *til tross for* at vilkårene i inngrepshjemmelen er oppfylt. I oppgavens fjerde del vil jeg presentere en sammenstilling av oppgavens funn.

# Del II: Konkurransetilsynets adgang til å gjøre inngrep

## 2 Meldepliktregimet og gjennomføringsforbud

### 2.1 Introduksjon

Som nevnt i kap. 1.1 har Konkurransetilsynet adgang til å gjøre inngrep i foretakssammenslutninger som allerede er gjennomført, til tross for at de ikke var meldepliktig, jf. krrl. § 18 tredje ledd. At foretakssammenslutningen ikke er meldepliktig innebærer at den kan gjennomføres uten at Konkurransetilsynet forhåndsgodkjenner den. Temaet for dette kapittelet er reglene om meldeplikt. Først skal jeg i kapittel 2.2 presentere hovedinnholdet i meldepliktreglene. Deretter skal jeg i kapittel 2.3 gå nærmere inn på begrunnelsen for unntaket for meldeplikt. Temaet for kapittel 2.4 er gjennomføringsforbudet. I kapittel 2.5 vil jeg ta opp forhold knyttet til risikoen for etterfølgende inngrep, før jeg avslutningsvis i kapittel 2.6 kort redegjør for meldepliktsregime i EU og Storbritannia.

### 2.2 Utgangspunktene etter de norske meldepliktreglene

Hovedregelen for meldeplikt er at partene skal informere Konkurransetilsynet i forkant av at en foretakssammenslutning gjennomføres, jf. krrl. § 18 første ledd. Prosessen foregår ved at partene gir melding til Konkurransetilsynet med et innhold nærmere bestemt i krrl. § 18 a. Bestemmelsen fastsetter minstekrav til innholdet, og skal gi tilsynet tilstrekkelig grunnlag til å vurdere om foretakssammenslutningen kan klareres, eller om det skal iverksettes ytterligere undersøkelser.<sup>19</sup> Videre bør meldingen legge til rette for at Konkurransetilsynet hurtig kan behandle saken.<sup>20</sup> Før Konkurransetilsynet har vedtatt at fusjonen er klarert er hovedregelen at foretakene har forbud mot gjennomføring av foretakssammenslutningen, jf. krrl. § 19 første ledd. Jeg kommer tilbake til gjennomføringsforbudet i kapittel 2.4.

For de foretakssammenslutningene som er underlagt alminnelig meldeplikt, innledes ofte saksgangen med uformell kontakt med Konkurransetilsynet forut for inngivelse av melding om

---

<sup>19</sup> Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranselover. s.105.

<sup>20</sup> Eirik Østerud, Karnov lovkommentar: Konkurranselover, Krrl. § 16 tredje ledd note, Lovdata.no (lest: 05.06.22).

en transaksjon. Det finnes ikke et krav om slik kontakt, men det er ofte til fordel for både melderne og Konkurransetilsynet, da tilsynet i denne kontakten kan gi nødvendig veiledning til melderne. Ved å innlede slik kontakt, kan det tidlig avklares om Konkurransetilsynet har motforestillinger, eller bekymringer for konkurransen som følge av fusjonen. I tillegg kan det være hensiktsmessig for partene å få informasjon om aspekter ved fusjonen som særlig bør belyses i den formelle meldingen som senere skal leveres. Ifølge Konkurransetilsynet sin veileder, bør denne kontakten innledes i god tid før melding forventes inngitt.<sup>21</sup>

Krrl. § 18 regulerer også hvilke foretakssammenslutninger som er unntatt meldeplikt. Dette avgjøres ut ifra partenes omsetning, ved at bestemmelsen fastsetter at meldeplikten etter første ledd ikke gjelder hvis partene i fusjonen enten har en «samlet årlig omsetning i Norge på under 1 milliard kroner, eller bare ett av de involverte foretakene har en årlig omsetning i Norge på over 100 millioner kroner». Hvis foretakene er omfattet av denne unntaksbestemmelsen kan partene gjennomføre fusjonen uten å inngi melding til Konkurransetilsynet, og foretakssammenslutningen er dermed automatisk klarert. I slike tilfeller må Konkurransetilsynet fatte vedtak om pålegg om meldeplikt hvis det er ønskelig eller påkrevd med en grundigere undersøkelse av om foretakssammenslutningen skal tillates gjennomført eller ikke.

For at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge meldeplikt som faller utenfor hovedregelen om alminnelig meldeplikt, må det enten være «rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes», eller andre «særlige hensyn» som tilsier at fusjonen må undersøkes nærmere. Ordlyden «rimelig grunn til å anta» tilsier at det må foreligge holdepunkter for at foretakssammenslutningen vil kunne påvirke konkurransen negativt. Bestemmelsen krever ikke at det foreligger grunn til å tro at fusjonen vil innebære en «betydelig hindring i effektiv konkurranse», slik vilkåret for inngrep er formulert i krrl. § 16. Etter ordlyden er det tilstrekkelig med en antagelse om at konkurransen blir berørt, også i mindre grad. Ordlyden indikerer at det ikke skal mye til for at tilsynet har adgang til å pålegge meldeplikt. Terskelen er med andre ord satt lavt.

Konkurranseskjemenemnda har vurdert hva som ligger i «rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes» i *Sector Alarm-saken*. Her uttaler nemnda at:

---

<sup>21</sup> Veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger, 2.desember 2017, punkt 2. Publisert 22. desember 2017 på Konkurransetilsynet.no (lest: 11.06.2022).

«Ordlyden «tilsynet finner rimelige grunn til å anta at konkurransen påvirkes» indikerer to ting. For det første at Konkurransetilsynet har en viss skjønnsmargin når det avgjør om det skal pålegges meldeplikt, jf. «tilsynet finner». For det andre at terskelen for å pålegge melding ikke er særlig høy, jf. «rimelig grunn til anta». Selv om terskelen ikke er høy følger det av ordlyden at det er et inngangsvilkår før bestemmelsen kommer til anvendelse. Tilsynet må som et minimum kunne vise til en risiko for påvirkning av konkurransen.»<sup>22</sup>

Det andre alternativet i tredje ledd, «særlige grunner», tilsier til forskjell fra «rimelig grunn til å anta» at terskelen for å gripe inn uten antagelse om konkurransepåvirkning, er høy. I forarbeidene til bestemmelsen er det presisert at «[a]v hensyn til foretakenes behov for forutberegnelighet vil det være en høy terskel for når slike særlige hensyn begrunner et pålegg om melding for en ikke-meldepliktig foretakssammenslutning [...]». Forarbeidene eksemplifiserer «særlige grunner» med forsøk på omgåelse av meldeplikten.<sup>23</sup> Eksempel på en måte å omgå meldepliktreglene på er å forsøke å fremstille foretakets omsetning lavere enn det det egentlig er, og dermed urettmessig falle utenfor reglene om alminnelig meldeplikt. Adgangen for Konkurransetilsynet til å pålegge meldeplikt med basis i at «særlige grunner» foreligger, er med andre ord en snever unntaksregel.

Pålegg om meldeplikt må fattes innen tre måneder etter at endelig avtale er inngått, eller kontroll over selskapet er ervervet, jf. krrl. § 18 tredje ledd. Dette forutsetter at Konkurransetilsynet oppdager at foretakssammenslutningen er i ferd med å skje og i praksis skjer dette på to måter. For det første er dette informasjon tilsynet kan få gjennom urolige kunder, andre konkurrerende bedrifter som er bekymret for konkurranseskaden eller gjennom medieoppslag og pressemeldinger. For det andre kan tilsynet få denne type informasjon hvis en eller flere av de berørte partene er pålagt opplysningsplikt. Dette er et virkemiddel tilsynet benytter for blant annet å ha kontroll på markeder som allerede har en begrenset konkurranse, jf. krrl. § 24.<sup>24</sup>

Avslutningsvis bemerkes det også at dersom foretakene ønsker at foretakssammenslutning skal klareres før gjennomføring av fusjonen, åpner krrl. § 18 sjette ledd for at de kan inngi frivillig

---

<sup>22</sup> Konkurransklagenemnda sitt vedtak i sak 2018/363 Sector Alarm AS/Sector Group AS, avsnitt 31.

<sup>23</sup> Prop.75 L (2012-2013) s.146.

<sup>24</sup> I slike tilfeller kan markedet være sensitive for foretakssammenslutninger, da det ikke skal mye til for at konkurransen i «betydelig» grad vil bli hindret. Dermed har tilsynet pålagt opplysningsplikt slik at det også skal fange opp bedriftsintervju av mindre foretak, som faller utenfor de alminnelige meldepliktreglene.

melding. På den måten kan foretakene hindre inngrep etter at fusjonen er gjennomført, til tross for at den ikke er meldepliktig.

## 2.3 Bakgrunnen for unntaket fra meldeplikten

Formålet med meldepliktregimet er at tilsynet skal kunne føre kontroll med strukturelle endringer som kan føre til negative konsekvenser for konkurransen. Frem til 2004, opererte tilsynet med utelukkende frivillig meldeplikt. En negativ konsekvens av dette, var at stort sett bare fusjoner som var så store at tilsynet ville fange dem opp uansett, eller fusjoner som var så uproblematisk at de åpenbart ville blitt tillatt, ble meldt inn.<sup>25</sup>

Før revideringen av Konkurranseloven i 2014, var terskelverdiene for fritak fra meldeplikt betydelig lavere enn de er i dag. Da omfattet meldeplikten foretak som enten hadde en samlet omsetning på mer enn 50 millioner kroner, eller hvor minst to av partene hver for seg hadde en omsetning på over 20 millioner kroner.<sup>26</sup> Da lovutvalget vurderte å øke terskelverdiene, ble det utredet hva konsekvensene av ulike terskelverdier ville være.<sup>27</sup> De hensyn som er fremtredende i lovutvalget sin argumentasjon er tid- og ressursbesparelse, samt effektivisering av forvaltningen, herunder meldepliktordningen.<sup>28</sup> Utvalget konkluderte med at terskelverdiene burde heves, og at dette ikke ville få dramatiske følger for hvilke saker som faktisk går videre i saksbehandlingen.<sup>29</sup> På bakgrunn av blant annet disse hensynene, konkluderte utvalget med at terskelverdiene burde heves.

Det kan stilles spørsmål om terskelverdiene burde vært lavere, for å redusere muligheten for inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. På den ene siden er effektivitet et sentralt hensyn som begrunner de høye terskelverdiene. Konkurransetilsynet mottar mange meldinger til behandling hvert eneste år, og behandlingen av disse meldingene er ressurskrevende.<sup>30</sup> På den andre siden er det en rekke andre konkurransefaglige hensyn som

---

<sup>25</sup> Harald Evensen og Eivind Særevaas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven - med kommentarer*, Gyldendal Norsk forlag, 2009, s. 635.

<sup>26</sup> Prop. 75 L (2012-2013) s. 93.

<sup>27</sup> Endringen av terskelverdiene må sees i sammenheng med endringene av beregningsverdiene.

Beregningsverdiene ble endret for å harmonisere med EU/EØS-regelverket og som trolig ville føre til at flere foretakssammenslutninger ville blitt omfattet av meldeplikten, jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 104. Spørsmålet knyttet til endringene av beregningsmetoden vil ikke bli berørt nærmere i denne oppgaven.

<sup>28</sup> NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov, s. 126.

<sup>29</sup> NOU 2012: 7 s. 125

<sup>30</sup> NOU 2012: 7 s. 101. Tabellen på denne siden illustrerer hvor mange meldinger tilsynet mottok i perioden 2004-2010. I Konkurransetilsynets sin årsrapport fra 2020 fremgår det at gjennomsnittet fra 2014-2019 lå på 103

må ivaretas. Lovutvalget skriver blant annet at fusjonskontrollens regler er «basert på å forhindre ulovlig atferd og unngå konkurranseskadelig atferd [...]. En reduksjon av fusjonskontrollregelverkets preventive virkning på lokale markeder som følge av en økning av terskelverdiene, vil fravike den logiske sammenhengen som er en del av regelverket i dag [...]».<sup>31</sup> Selv om en økning av terskelverdiene fører til økt risiko for konkurranseskadelige fusjoner, fungerer adgangen til å pålegge meldeplikt som et virkemiddel for å motvirke denne risikoen. Ved at tilsynet både har adgang til å pålegge melding og opplysningsplikt der de finner dette nødvendig, har de virkemidler som gjør at de kan ivareta de konkurransefaglige hensynene. Samtidig ivaretar regelverket hensynet til effektivitet ved at ikke alle planlagte transaksjoner må meldes inn til tilsynet.

## 2.4 Gjennomføringsforbudets rekkevidde

For de foretakene som er underlagt meldeplikt er hovedregelen at det foreligger et gjennomføringsforbud frem til Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen og klarert foretakssammenslutningen, jf. krrl. § 19.<sup>32</sup> Det foreligger ikke et formelt krav om tidspunkt for når melding må gis, men gjennomføringsforbudet vil kunne gi foretakene et insentiv til å gi melding så fort som mulig slik at fusjonsprosessen ikke stopper opp, i påvente av klarering fra tilsynet. Dette gjennomføringsforbudet gjelder også de foretakene som i utgangspunktet ikke er meldepliktige, men senere blir pålagt meldeplikt etter krrl. § 18 tredje ledd.

Et interessant spørsmål i forbindelse med Konkurransetilsynet sin adgang til å gjøre inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger, er hvorvidt gjennomføringsforbudet i § 19 er til hinder for ytterligere integrasjon av foretakene, der integrasjonen allerede er påbegynt før det pålegges meldeplikt. Dersom gjennomføringsforbudet ikke hindrer ytterligere integrasjon av foretakssammenslutningen, vil det innebære at det er lovlig for foretakene å fortsette integreringen. Spørsmålet beror på om gjennomføring er et dynamisk begrep, eller om gjennomføring er noe som enten har skjedd eller ikke har skjedd. Dersom sistnevnte forståelse

---

meldinger i året, og at tilsynet i 2020 mottok 93 meldinger, jf. Konkurransetilsynet Årsrapport 2020, *Regjeringen.no*, s. 29.

<sup>31</sup> NOU: 2012: 7 s. 126.

<sup>32</sup> Det nevnes at denne oppgaven gir en forenklet behandling av gjennomføringsforbudet og at det i forbindelse med spørsmål om gjennomføringsforbud, kan oppstå en rekke kompliserte spørsmål. For eksempel, er ikke grensdragningen mellom lovlige forberedelseshandlinger og ulovlige gjennomføringshandlinger helt opplagt. Disse spørsmålene vil ikke behandles nærmere i denne oppgaven.



er riktig, vil man alltid kunne fullføre integrasjonen hvis man allerede er over terskelen for hva som anses som *gjennomført*.

Østerud har lagt til grunn at en gjennomføring enten har skjedd eller ikke har skjedd.<sup>33</sup> Etter mitt syn er dette den løsningen som har best støtte i ordlyden «gjennomføres». For at gjennomføringsforbudet skal være en operasjonell regel, må det finnes en terskel som tilsier når noe er gjennomført, og en konsekvens av dette er at enten så er en fusjon gjennomført, eller så er den ikke det.

Det følger av forarbeidene at «[g]jennomføringsforbudet er begrunnet i behovet for å unngå at det foretas irreversibel integrering før konkurransemyndighetene har behandlet saken ferdig».<sup>34</sup> Med dette hensynet som bakteppe vil man kunne si at dersom en irreversibel integrering allerede er gjennomført, vil det ikke ha betydning om konkurransemyndighetene har behandlet saken ferdig, og ytterligere integrering vil derfor ikke være i strid med gjennomføringsforbudet. Det må altså være snakk om en situasjon der kontroll er ervervet og i alle fall deler av integreringen av foretakene er gjennomført.

Konkurransetilsynet skriver i et vedtak at det gjøres oppmerksom på at meldeplikt gitt med hjemmel i krrl. § 18 tredje ledd «automatisk vil innebære at foretakssammenslutningen ikke må gjennomføres, eller at ytterligere integrasjon ikke må foretas dersom foretakssammenslutningen er delvis gjennomført, før Konkurransetilsynet har avsluttet saken».<sup>35</sup> Her ser tilsynet ut til å ha en mer dynamisk tilnærming til hva som er «gjennomføring» av en foretakssammenslutning.

Så vidt jeg kan se kan ikke ordlyden eller forarbeidene, ei heller andre kilder, gi støtte til en slik dynamisk tilnærming som Konkurransetilsynet har. Hvis denne tolkningen blir lagt til grunn, vil dette innebære en ensidig utvidelse av tilsynets inngrepskompetanse. En slik endring av inngrepskompetansen til tilsynet må ha støtte i autoritative kilder. Tilsynet sin uttalelse om at

---

<sup>33</sup> Eirik Østerud, *Karnov lovkommentar: Konkurranseloven*, Krrl. § 19 første ledd note 2, Lovdata.no (lest: 10.05.22). Det er i alle fall slik jeg forstår Østerud. I denne lovkommentaren konstaterer Østerud at Konkurransetilsynet ikke har hjemmel for å nekte ytterligere integrering, slik det ble gjort. I Schibsted ASA/Nettbil AS-saken (note 35).

<sup>34</sup> Prop. 75 L (2012-2013) s. 105 s. 111.

<sup>35</sup> Konkurransetilsynets vedtak - V2020-16 – Schibsted ASA/Nettbil AS avsnitt 46. Akkurat samme formulering finner vi også i V2020-14 Amedia Start Up – Nu Publishing. Se også V2014-4 Cappelen – Kongsberg Esco hvor Konkurransetilsynet har en lignende formulering, men hvor det ikke er presisert at «ytterligere integrasjon ikke må foretas dersom foretakssammenslutningen er delvis gjennomført», men kun at foretakssammenslutningen ikke må gjennomføres.

«ytterligere integrasjon ikke må foretas dersom foretakssammenslutningen er delvis gjennomført» bygger derfor, slik jeg ser det, på feil anvendelse av krrl. § 19. Gjennomføringsforbudet er dermed ikke til hinder for en ytterligere integrasjon, der integrasjonen allerede har nådd terskelen for hva som karakteriseres som gjennomføring.

Det kan absolutt diskuteres om det bør være en regel som gir Konkurransetilsynet mulighet til å nekte ytterligere integrasjon av en foretakssammenslutning. Videre kan det også være grunn til å tro at partene selv ønsker å stanse videre integrasjon i påvente av at saken avklares. Likevel kan partene ønske å fortsette integrasjonen av flere grunner, for eksempel at det er mer økonomisk for partene å fullføre fusjonen og være i full drift i påvente av at saken blir avgjort. Særlig kan dette gjelde dersom foretakene er innstilt på å ta saken videre til Konkurransklagenemnda, og eventuelt domstolen. I andre tilfeller kan foretakene ønske å stille prosessen i bero i påvente av endelig svar, for å unngå en kostbar reversering. Som analysen ovenfor viser, har partene likefullt anledning til selv å velge veien videre, uten å være hindret av gjennomføringsforbudet i § 19.

## **2.5 Risiko for etterfølgende inngrep**

Som nevnt ovenfor, kan Konkurransetilsynet - uavhengig av foretakenes omsetning - pålegge meldeplikt i de tilfellene der det finnes «rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes». Frem til det har gått tre måneder etter avtaleinngåelse, eller etter at kontroll er ervervet kan ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger risikere etterfølgende inngrep. Som gjennomgangen i kap. 2.3 viste, er det tungtveiende effektivitets- og ressurs hensyn som begrunner at ikke alle foretakssammenslutninger skal være meldepliktige. Her har vi altså hensynet til effektivitet på den ene siden, og hensynet til forutberegnelighet for foretakene på den andre siden. Med adgangen til å pålegge meldeplikt kan Konkurransetilsynet kontrollere de foretakssammenslutningene som er i gråsoner når det kommer til potensiell konkurranseskade. Dette kan by på noen utfordringer for de ikke-meldepliktige foretakene som har gjennomført en foretakssammenslutning uten å inngi frivillig melding.

Foretakssammenslutningen mellom Schibsted og nettbil.no er et eksempel på en gjennomført foretakssammenslutning som senere viste seg å bli mer utfordrende for foretakene som følge av at tilsynet fattet vedtak om reversering av fusjonen. Tilsynets vedtak er unntatt offentligheten på de punktene som omhandler omsetningen til selskapene. Det fremgår av vedtaket om pålegg

om meldeplikt at partene var unntatt fra alminnelig meldeplikt, men ble senere pålagt dette.<sup>36</sup> Som redegjort for i kapittel 1.3 kom tilsynet til at foretakssammenslutningen var i strid med krrl. § 16, og påla Schibsted å selge alle aksjer i nettbil.no til en uavhengig og egnet kjøper, godkjent av Konkurransetilsynet.<sup>37</sup> Gulating lagmannsrett kom til motsatt resultat. Selv om foretakene fikk medhold av lagmannsretten, illustrerer denne saken at ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger kan risikere en lang og omfattende prosess i tilsynet, nemnda og i retten. Denne prosessen kan ha større eller mindre betydning for selskapene, avhengig av hvor i prosessen de er og hvor enkelt foretakssammenslutningen lar seg reversere, for eksempel om det finnes en aktuell kjøper, og om denne kan godkjennes av Konkurransetilsynet.

Det er som nevnt, hensynet til effektivitet og til forutberegnelighet som står mot hverandre når formålet bak, og utfordringene ved meldepliktregimet, diskuteres. Det er klart at det frigjøres ressurser hos Konkurransetilsynet når fire av fem foretakssammenslutninger kan gjennomføres uten at tilsynet må behandle disse.<sup>38</sup> At selskapene som ønsker å fusjonere, ikke behøver å legge inn ressurser til å melde i fra Konkurransetilsynet, sparer også – i utgangspunktet – ressurser for selskapene, i alle fall frem til det eventuelt pålegges meldeplikt. Det er likevel viktig for selskapenes forutberegnelighet at de i størst mulig grad skal kunne forutse sin rettsstilling. Et etterfølgende inngrep om reversering av fusjonen som resultat av et slikt særskilt pålegg om meldeplikt, kan være inngripende for partene. Forutberegnelighetsbehovet er til en viss grad ivaretatt gjennom fristen på tre måneder. Dersom det er gått tre måneder etter at avtale er inngått eller kontroll er ervervet, kan foretakene være trygge på at det ikke vil gjøres inngrep i foretakssammenslutningen.

For at foretakene skal kunne forutse sin rettsstilling, må reglene være utformet på en slik måte at de enklere kan foreta egne vurderinger av om vilkårene er oppfylt eller ikke. Som jeg vil gjennomgå i kapittel 4 og 5, er det ikke helt åpenbart hva som skal til for at de ulike vilkårene er oppfylt. Dermed mener jeg det foreligger en risiko for etterfølgende inngrep som foretakene selv ikke vil kunne forutse.

---

<sup>36</sup> Konkurransetilsynets vedtak - V2020-16 - Schibsted ASA/Nettbil AS – konkurranseloven (pålegg om meldeplikt for foretakssammenslutning).

<sup>37</sup> Konkurransetilsynets vedtak - V03-2021 - Schibsted ASA/Nettbil AS 2021.

<sup>38</sup> Sørensen og Klevstrand, *Hevede terskelverdier: Mange transaksjoner unngår meldeplikt*, Wikborg Rein, Konkurranserett (2014). Forfatterne skriver på s. 7 at slik regelverket er utformet i dag, er fire av fem foretakssammenslutninger unntatt alminnelig meldeplikt.

Foretakene har som nevnt, mulighet til å inngi frivillig melding, for å avklare med Konkurransetilsynet om fusjonen er forenlig med konkurranseregelverket, jf. krrl. § 18 sjette ledd. Selskapene kan således, ved egen aktivitet, bidra til egen forutberegnelighet, selv om dette selvsagt også har noen ulemper, som saksbehandlingstid, vurdering av sammenslutningen, og selvsagt muligheten for at man risikerer et inngrep som kunne vært unngått.

Slik regelverket om meldeplikt er uformet kan det være grunn til å råde ikke-meldepliktig foretakssammenslutninger til enten å inngi frivillig melding, eller å avvente selve gjennomføringen til det har gått tre måneder, til Konkurransetilsynet ikke lengre har anledning til å gjøre inngrep i foretakssammenslutningen. På den måten kan muligheten for etterfølgende, og gjerne kostbare og tyngende inngrep, reduseres.

## **2.6 Meldepliktreglene i EU og Storbritannia**

I dette kapittelet vil jeg gjøre rede for meldepliktregime i EU. Deretter vil jeg undersøke de britiske meldepliktreglene, da disse skiller seg fra EU-retten ved at de i likhet med det norske, åpner for at det i noen utstrekning kan gjøres inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. Avslutningsvis vil jeg knytte noen få bemerkning til hvordan det britiske meldepliktregelverket er bygd opp i forhold til det norske.

Om en foretakssammenslutning er meldepliktig til EU-kommisjonen eller EFTAs overvåkningsorgan avgjøres etter reglene i EØS-avtalens art. 57, jf. krrl. § 18 (8). Bestemmelsen regulerer hvilke foretakssammenslutninger som etter de omsetningsbaserte terskelverdiene har en såkalt EU- eller EFTA dimensjon. Disse foretakene vil være omfattet av fusjonsforordningen, og vil dermed være meldepliktige til Kommisjonen. I disse sakene har ikke Konkurransetilsynet myndighet til å vurdere om foretakssammenslutningen skal tillates

eller ikke.<sup>39</sup> Dette omtales som prinsippet om «one stop shop» og innebærer at foretak kun trenger å forholde seg til enten nasjonale eller overnasjonale konkurransemyndigheter.<sup>40</sup>

Konkurransemyndighetenes adgang til å gripe inn mot ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger er noe som skiller norsk og EU-rettslig konkurranserett. Som gjennomgått i kapittel 2.2 har selskapets omsetningsverdi, etter norske regler, kun betydning for om foretaket er meldepliktig eller ikke. I EU-retten har denne meldeplikten også betydning for konkurransemyndighetenes materielle kompetanse. Det vil si at Kommisjonen ikke vil kunne behandle en foretakssammenslutning som ikke når opp til terskelverdiene for å ha en EU- eller EFTA-dimensjon. En foretakssammenslutning som ikke er meldepliktig etter fusjonsforordningen, vil dermed ikke behandles av Kommisjonen. Når det er sagt: terskelverdiene for en EU-dimensjon er satt høyt, og dersom foretakssammenslutningen ikke når opp til disse, men likevel har en betydning for markedet, vil de antageligvis bli fanget opp av nasjonale myndigheters meldepliktregime. Videre finnes det i fusjonsforordningen en henvisningsadgang mellom Kommisjonen og medlemstatene. Kommisjonen har gitt ut retningslinjer som skal gi veiledning for henvisning av en foretakssammenslutning både fra og til Kommisjonen.<sup>41</sup>

Kommisjonen har altså ikke materiell kompetanse til å gjøre inngrep i ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger slik Konkurransetilsynet har adgang til. Den samme kompetansen som tilsynet har finnes i andre europeiske land, og et av disse er Storbritannia. I Storbritannia er det i utgangspunktet ingen foretakssammenslutninger som er pålagt meldeplikt. Dette innebærer at alle meldinger som de britiske konkurransemyndighetene, Competition and Markets Authority (heretter: CMA) mottar, er sendt inn på frivillig basis. Mange foretak velger

---

<sup>39</sup> Om foretakssammenslutningen omfattes av forordningen avgjøres av en omsetningsberegning, som enkelt forklart både knytter seg til selskapets totale omsetning, og hvor mye av omsetningen som er innenfor EU- eller EFTA-territoret. Foretakssammenslutningen har såkalt EU- eller EFTA-dimensjon dersom alle involverte parter har en omsetning på minst 5 mrd. euro, minst to av foretakene har hver en omsetning som på EU- eller EFTA-plan overstiger 250 mill. euro. Dersom hver av de deltakende virksomheter har mer enn 2/3 av sin samlede omsetning på EU- eller EFTA-plan konsentrert til ett og samme EØS-land, faller fusjonen i utgangspunktet utenfor forordningen, jf. forordningens art. 1 nr. 2. Unntaket gjelder dersom partene har en omsetning, på verdensbasis, på mer enn 2,5 mrd. euro, og til sammen har en omsetning på over enn 100 mill. euro i hvert enkelt av minst tre EU-medlemsstater eller i hver enkelt av minst tre EFTA-stater, når minst to av partene hver har en omsetning på mer enn 25 mill. euro i hvert enkelt av minst tre EU-medlemsstater eller i hvert enkelt av minst tre EFTA-stater, og minst to av partene har omsetning på fellesskaps- eller EFTA-plan på mer enn 100 mill. euro hver. Unntak fra dette igjen, gjelder dersom 2/3 av omsetning er innenfor ett og samme EU- eller EFTA-land.

<sup>40</sup> I 2004 ble det vedtatt nye og romligere henvisningsregler som åpner for at nasjonale myndigheter kan henvise saker til Kommisjonen selv om den ikke har EU-dimensjon. Dette kan knytte seg til at det er mer hensiktsmessig å behandle saken hos overnasjonale myndigheter fordi foretakssammenslutningen har en betydning virkning på det indre marked, jf. Ot. prp nr. 94 (2003-2004) s. 4-5, jf. s. 7-10.

<sup>41</sup> Commission Notice on case referral in respect of concentration OJ [2005] C 56/02.

også å forhøre seg med CMA før de gjennomfører en foretakssammenslutning for å unngå et reverseringstilfelle.<sup>42</sup>

Selv om CMA har adgang til å gjøre inngrep i gjennomførte foretakssammenslutninger, foreligger det visse krav som må være oppfylt. Disse kravene følger av enten «the turnover test» eller «the share of supply test».<sup>43</sup> Disse vurderingene avgjør om CMA har jurisdiksjon til å starte etterforskning av foretakssammenslutningen i det hele tatt, ikke om foretakssammenslutningen skal tillates eller ikke. Kort forklart omhandler den førstnevnte testen seg til at det foretaket som blir kjøpt opp må ha en omsetning på minst 70 millioner pund, og den andre til at det nye foretaket har minst 25 prosent av markedsandelene i Storbritannia, eller en «vesentlig del» andel av det britiske markedet. Sistnevnte test er den som blir anvendt i de tilfellene der foretakene ikke når opp til terskelverdiene for automatisk inngrepsadgang, men der det likevel er grunn til å tro at fusjonen vil påvirke konkurransen. I en sak fra The Supreme Court, den britiske Høyestrett ble det lagt til grunn at en «vesentlig del» er markedsandeler «of such size, character and importance as to make it worth consideration for the purpose of merger control».<sup>44</sup> CMA må, med utgangspunkt i dette, vurdere om det er noe ved foretakssammenslutningen som gjør at den må undersøkes nærmere.

Det britiske meldepliktregime er basert på frivillig melding, i motsetning til i både Norge og EU/EØS for øvrig. Dersom partene velger å ikke benytte seg av mulighetene for å inngi frivillig melding foreligger det imidlertid en risiko for at CMA starter etterforskning. Et eksempel på en sak der en allerede gjennomført foretakssammenslutning ble forbudt er *ICE/Trayport*.<sup>45</sup> I denne saken kom britiske konkurransemyndigheter til at oppkjøpet ville være skadelig for konkurransen. Et sentralt punkt i denne saken var hva som skulle utgjøre alternativsituasjonen (se mer om denne saken kapittel 5.3).

Dersom CMA skal starte etterforskning av en foretakssammenslutning, må dette gjøres innen fire måneder etter at avtale er inngått eller kontroll er ervervet. Dersom kontroll gradvis blir ervervet over en lengre periode, begynner tidsfristen å løpe fra den siste transaksjonen er

---

<sup>42</sup> Richard Wish og David Bailey, *Competition Law*, 9. utgave, Oxford University Press (2018), s. 934.

<sup>43</sup> Wish og Bailey, (2018), s. 942. Dette er regulert i de britiske konkurransemyndighetene sine retningslinjer: Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure.

<sup>44</sup> South Yorkshire Transport v Monopolies and Mergers Commission, 1993 1 ALL ER 289.

<sup>45</sup> CMA decision of 17 October 2016, *ICE/Trayport* (senere opprettholdt i konkurranseklagemyndigheten, Competition appeal tribunal i sak 1271/4/12/16).

gjennomført, med en øvre grense på to år.<sup>46</sup> Dette innebærer at det kan gå forholdsvis lang tid før partene kan være sikre på at CMA ikke vil etterforske, og eventuelt gjøre inngrep i foretakssammenslutningen.

Selv om det britiske meldepliktregimet og risikoen for etterfølgende inngrep – ved første glimt – kan gi inntrykk av å skille seg fra det norske konkurranserettsystemet, er det ikke åpenlyst at aktuelle konsekvenser av regelverkene er særlig ulike. Selv om regelverket unektelig har en annen oppbygning, og CMA har benyttet seg av andre fremgangsmåter, er det en del elementer som er like, like fullt. For det første, benytter begge rettssystemer en terskelverdi som gir konkurransemyndighetene rom for ytterligere undersøkelser, enten ved en etterforskning, eller ved å pålegge meldeplikt. For det andre, har både Konkurransetilsynet og CMA adgang til å undersøke mindre fusjoner, det være seg som følge av at sammenslutningen vil føre til at fusjonen oppnår minst 25 prosent av markedsandelene, eller fordi myndighetene finner «rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes». For det tredje må både CMA og Konkurransetilsynet forholde seg til en frist for å gjøre inngrep i allerede gjennomførte fusjoner. Ved å ha slik frist, fremmes forholdsmessighetshensyn, samtidig som konkurransefaglige hensyn ivaretas.

---

<sup>46</sup> Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure para. 4: 51. Se for eksempel saken fra 29. april 2004, *Archant/independent News and Media*.

## 3 Presentasjon av konkurranseloven § 16

### 3.1 Inngrepshjemmelen og lovendring

Hjemmelen for å gjøre inngrep i foretakssammenslutninger finnes i krrl. § 16. Det sentrale vilkåret for inngrep, er at fusjonen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». I dette kapittelet gjør jeg rede for hva en «betydelig i hindring i effektiv konkurranse» innebærer. Videre skal jeg også vise at vilkåret forutsetter eksistensen av årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurranseskaden..

Inngrepshjemmelen ble sist endret ved lov 15. april 2016 nr. 2, og trådte i kraft 1.juli 2016. I § 16 første ledd heter det at

«[K]onkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes. Forbudet kan omfatte utfyllende bestemmelser som er nødvendige for at formålet med forbudet blir oppnådd.»

Formuleringen er nå i samsvar med fusjonskontrollforordningen artikkel 2 nr. 3, hvor det heter at fusjonen skal nektes hvis den vil resultere i en «significant impediment to effective competition» (heretter: SIEC).<sup>47</sup> Formålet med lovendringen var å harmonisere norsk fusjonskontroll med fusjonskontrollen i EU. Harmoniseringen var ment å gjøre det enklere for norske konkurransemyndigheter og næringslivet, å forholde seg til fusjonsreglene i flere jurisdiksjoner. Som nevnt i kapittel 1.3, innebærer harmoniseringen at eksisterende og fremtidig retts- og forvaltningspraksis fra EU-domstolen, EU-Kommisjonen og ESA, blir rettslig relevant og må ses hen til ved anvendelsen av § 16.<sup>48</sup>

Lovendringen innebar også at § 16 ikke lenger krever at foretakssammenslutningen vil «føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål» for at inngrep skal kunne gjøres. Dette vilkåret er nå erstattet med en formulering som tilsvarer SIEC-standarden i fusjonsforordningen.<sup>49</sup> Til tross for ordlysendringen til SIEC-formuleringen, følger det av bestemmelsens forarbeider at dette ikke er ment å få «vesentlig betydning for

---

<sup>47</sup> Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger art 2 nr. 3.

<sup>48</sup> Prop. 37 L (2015–2016) s. 79.

<sup>49</sup> Prop. 37 L (2015–2016) s. 79.



ambisjonsnivået i konkurranselovens fusjonsregler»,<sup>50</sup> samt at den ikke antas å få særlig praktisk betydning for verken antall inngrep eller hvilke type inngrepsvedtak som fattes.<sup>51</sup> Jeg forstår dette slik at lovendringen først og fremst tok sikte harmonisering, uten at dette nødvendigvis får betydning for hvordan regelen anvendes.

I EU-retten bygde inngrepshjemmelen lenge på den såkalte dominanstesten, som vurderte om et foretak eller en gruppe foretak, styrket eller oppnådde dominerende stilling ved fusjonen.<sup>52</sup> Dette førte til at man fikk såkalte «gap-cases», hvor fusjonen vil føre til en betydelig hindring av effektiv konkurranse, men uten at en dominerende stilling oppstod. Etter den tidligere dominanstest-regelen var det i slike saker ikke grunnlag for å stanse fusjonen. Den mye omtalte *Airtours/First Choice-saken* fra 2002 er et eksempel på en avgjørelse hvor Underretten kom til at inngrepsvilkåret ikke var oppfylt. Underretten hadde nektet en fusjon mellom Airtours og First Choice, fordi de mente at det ville være skadelig for det britiske pakkereisemarkedet. Retten var enig med Kommisjonen i at fusjonen ville føre til en betydelig konkurransehindring, men opphevet vedtaket som følge av at det ikke førte til en at foretaket oppnådde en dominerende stilling.<sup>53</sup>

I de tilfeller hvor foretakssammenslutningen allerede er gjennomført, er det krrl. § 16 tredje som regulerer hva inngrepet kan gå ut på. I denne, heter det at

«Dersom en foretakssammenslutning er gjennomført, kan forbud etter første ledd omfatte påbud om avhendelse av aksjer eller andeler som er ervervet som ledd i foretakssammenslutningen, eller andre tiltak som er egnet til å gjenopprette den konkurransemessige situasjonen som forelå før foretakssammenslutningen ble gjennomført.»

Det er fortsatt første ledd som er hjemmelen for å vedta stans av fusjonen, mens tredje ledd er en spesifisering av hva inngrepet kan gå ut på. At det kan vedtas et «forbud etter første ledd» innebærer etter sin ordlyd at vilkårene i første ledd må være oppfylt for at rettsvirkningene i

---

<sup>50</sup> Ot. prp. nr. 37 L (2015-2016) s.79.

<sup>51</sup> Ot. prp. nr. 37 L (2015-2016) s.79.

<sup>52</sup> Erling Hjelmeng, «Domstolsprøving i konkurransesaker – særlig om inngrep mot foretakssammenslutninger etter konkurranseloven § 16», (2022) s. 18.

<sup>53</sup> Dom av 06. juni 2002 i sak T-342/99, *Airtours/First Choice*, ECLI:EU:T:2002:146.

tredje ledd skal inntre. Konkurransanalysen ved anvendelse av tredje ledd, gjennomføres på samme måte som når foretakssammenslutningen ikke er gjennomført, dvs. etter første ledd.<sup>54</sup>

Etter fusjonskontrollforordningen av 2004 er det som nevnt ikke lenger et krav om at det oppstår en dominerende stilling. Det må påvises at foretakssammenslutningen vil være en «significant impediment to effective competition», tilsvarende «betydelig hindring i effektiv konkurranse», slik formulert i krrl. I det følgende skal jeg redegjøre for innholdet i vilkåret om at foretakssammenslutningen i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Deretter går jeg nærmere inn på kravet til årsakssammenheng.

### **3.2 «I betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse»**

Inngrep i en foretakssammenslutning forutsetter altså at foretakssammenslutningen i «betydelig grad [...] hindre effektiv konkurranse». I det følgende omtales dette som inngrepskriteriet. Et sentralt moment i denne vurdering er om fusjonen vil føre til at en «dominerende stilling skapes eller styrkes». Dette momentet er fremhevet i inngrepshjemmelen, krrl. § 16 første ledd første setning. At en dominerende stilling skapes eller styrkes er likevel bare ett av flere moment ved anvendelse av inngrepskriteriet. Hvor det ikke skapes en dominerende stilling, kan grensedragningen og vektleggingen av øvrige momenter være mer krevende, enn hvor det er klart at en slik stilling skapes. Når en aktør får en dominerende stilling, vil dette intuitivt tilsi at et betydelig konkurransehinder kan oppstå som følge av denne aktørens stilling. Hvor slik dominans ikke gjør seg gjeldende, vil det i vurderingen av hva som utgjør et betydelig konkurransehinder være mer utfordrende å vurdere. Dersom det er spørsmål om å reversere en ikke-meldepliktig foretakssammenslutning, vil situasjonen ofte være at det ikke skapes en dominerende stilling, ettersom minst ett av foretakene vil ha en lav omsetning.<sup>55</sup> I det følgende vil det vurderes hva som skal til for at konkurransebegrensning anses som «betydelig» i medhold av krrl. § 16, når fusjonen ikke skaper eller styrker en dominerende stilling.

Ordlyden «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse», gir ikke anvisning på en eksakt terskel, men tilsier at det må foretas en fullstendig vurdering av hvilke virkningen

---

<sup>54</sup> Se Konkurransetilsynet sitt vedtak - V2020-31 Schibsted ASA/Nettbil AS kapittel 7, hvor Konkurransetilsynet redegjør for konkurranseanalysen for en foretakssammenslutning som allerede er gjennomført.

<sup>55</sup> Dette gjelder riktignok ikke alle foretakssammenslutninger som ikke er meldepliktige. Det foretaket som kjøper opp kan ha en dominerende stilling, og kjøpe opp et mindre foretak med omsetning under terskelverdiene. Denne foretakssammenslutningen vil likevel ikke være meldepliktig. Se gjennomgangen av meldepliktreglene i kapittel 2.2.

foretakssammenslutningen vil ha på konkurransen. Terskelen for hva som utgjør «betydelig», er ikke definert i rettspraksis. Vedtakspraksis fra Konkurransetilsynet ser heller ikke ut til å avklare hva som skal til for at terskelen er nådd.

I forarbeidene heter det at det stilles krav om en «kvalifisert virkning av foretakssammenslutningen». At det kreves en «kvalifisert virkning» gir ikke nødvendig noe ytterligere veiledning enn ordlyden «betydelig», men presiserer likevel at konkurransebegrensningen må føre til større konkurransebegrensende konsekvenser.<sup>56</sup>

Konkurransesklagemennda vurderte inngrepskriteriet i *DnB/Sbanken*-saken. I denne saken uttalte nemnda at inngrepskriteriet er et rettslig vilkår, og at spørsmål om kriteriet er oppfylt, er et rettsanvendelsesspørsmål. Om vurderingen, skriver nemnda videre at:

«[om fusjonen medfører hindringer som oppfyller terskelen] «betydelig» må fastlegges som en funksjon av en rekke momenter som er nærmere angitt i Kommisjonens horisontale retningslinjer, og at det i tillegg til analyser av de enkelte momentene også må foretas en helhetsvurdering av de momentene som anses som relevante [...].»<sup>57</sup>

Tilsvarende helhetsvurdering har også Underretten nevnt i *CK Telecom*, da retten vurderte hva som ligger i at konkurransebegrensning er «significant». I denne saken mente Kommisjonen at foretakssammenslutningen mellom mobiloperatørene «Three» og «O2» ville utgjøre en SIEC, og måtte dermed forbys. Her kom også Underretten til at hva som utgjorde «significant» måtte vurderes helhetlig der alle relevante momenter skal inkluderes. Kommisjonen hadde ikke foretatt en helhetsvurdering, noe som blir kritisert flere steder i Underrettens dom.<sup>58</sup>

Verken inngrepshjemmelen, dens forarbeider eller relevant rettspraksis avklarer hvor terskelen for «betydelig» ligger. Det som kan utledes fra kildene som er gjennomgått ovenfor, er at det må foretas en helhetsvurdering av om fusjonen vil føre til en kvalifisert negativ virkning på

---

<sup>56</sup> NOU 2012: 7, s. 119.

<sup>57</sup> Konkurransesklagemenndas vedtak - V01-2022 – DnB/Sbanken, Punkt 4.3, avsnitt 40.

<sup>58</sup> Dom av 28. mai 2020 i sak T-399/16, *CK Telecoms*, ECLI: EU:T:2020:217 para. 88-100 (påanket til Domstolen under sak C-376/20 P). Ettersom dommen er anket, vil den ikke bli tillagt rettskildemessig vekt, men er anvendt for å illustrere Underretten sin argumentasjon, og som støtteargument for Konkurransesklagemenndas utgangspunkt.

konkurransen i markedet.<sup>59</sup> Denne helhetsvurdering foretas på bakgrunn av relevante momenter som er aktuelle i det konkrete tilfellet.

Når det kommer til den konkrete vurderingen av om inngrepskriteriet er oppfylt, har Kommisjonen utarbeidet retningslinjer for vurderingen av om en dominerende stilling skapes ved fusjonen.<sup>60</sup> Det finnes imidlertid ikke like klare retningslinjer og kriterier for når en fusjons skal anses å føre til en SIEC. Retningslinjene gir likevel noen momenter av relevans for vurderingen av om SIEC-standaren er oppnådd, blant annet omstendigheter som markedskonsentrasjon, konkurransenærhet, og forekomsten av etableringshindringer. Disse er særlig viktige momenter i vurderingen av om fusjonen vil føre til en betydelig konkurransehindring.<sup>61</sup>

Selv om en rekke momenter kan være aktuelle og relevante, er det – som ved helhetsvurderinger ellers – ikke uten videre nødvendig å drøfte alle disse. Det er ikke tvungne momenter, og deres aktualitet i vurderingen avhenger av de faktiske omstendigheter. Dette fremgår blant annet i Konkurransklagenemnda sin behandling av DnBs oppkjøp av Sbanken. I denne saken anførte DnB/Sbanken at Konkurransetilsynet i vedtaket «verken har definert eller tolket inngrepsstandarden, eller begrunnet subsumsjonen av faktum under standarden». Partene anførte også at de ulike faktorene i SIEC-vurderingen var selektivt benyttet av Konkurransetilsynet, og at faktorene som trekker i retning av at inngrepsvilkåret ikke var oppfylt, ikke var behandlet. Konkurransklagenemnda kommenterer ikke anførselen om Konkurransetilsynet anvender SIEC-standaren selektivt, men presiserer at momentene som Kommisjonen nevner i sine retningslinjer ikke er uttømmende og at «inngrepskriteriet forutsetter at man etter en samlet vurdering av alle relevante faktorer finner at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at virkningen av foretakssammenslutningen vil være at konkurransen hindres betydelig».<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Jeg nevner at både i Konkurransklagenemnda, Underretten, dommen fra Gulating lagmannsrett og i juridisk teori, diskuteres det om det kan utledes konkrete vilkår fra fortalens punkt 25, som må være oppfylt for at fusjonen skal være «betydelig». Spørsmålet fremstår imidlertid uavklart, og grunnet manglende relevans for oppgavens problemstillinger, vil jeg ikke gå nærmere inn på spørsmålet. Se Konkurransklagenemndas vedtak - V01-2022 – DnB/Sbanken og LG-2021-119638 (Gulating).

<sup>60</sup> Dette følger ikke av et konkret punkt i retningslinjene, men det er flere steder i retningslinjene hvor det er angitt momentene for hva som utgjør en dominerende stilling. Eksempelvis følger det av punkt 17 at «[a]ccording to well-established case law, very large market shares — 50 % or more — may in themselves be evidence of the existence of a dominant market position», jf. Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, punkt 17.

<sup>61</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31 punkt 10-13.

<sup>62</sup> Konkurransklagenemndas vedtak - V01-2022 – DnB/Sbanken.

At retningslinjene ikke oppstiller tvingende momenter, er også presisert i Kommisjonens retningslinjer i punkt 13. Her heter det at:

«It is not a question of a ‘checklist’ to be mechanically applied in each and every case; rather, the competitive analysis in a particular case will be based on an overall assessment of the foreseeable impact of the merger in the light of the relevant factors and conditions. According to the same paragraph ‘[n]ot all the elements will always be relevant to each and every horizontal merger [...] and it may not be necessary to analyse all the elements of a case in the same detail.»<sup>63</sup>

Hva som er de relevante og aktuelle moment i vurderingen, må derfor vurderes og tilpasses til den enkelte sak. Utvelgelsen – nær sagt avgjørelsen av hvilke momenter som har, og ikke har, aktualitet, relevans og vekt i saken – må selvsagt redegjøres for i premissene, slik som ved øvrig rettsanvendelse.<sup>64</sup> EU-domstolen har samtidig uttalt at konkurransemyndighetene ikke har forsømt sin begrunnelsesplikt dersom momentene «seem to it manifestly irrelevant or insignificant or plainly of secondary importance for the assessment of the concentration».<sup>65</sup>

I Konkurransetilsynets ulike vedtak er det en rekke momenter som går igjen, herunder vurderinger av konsentrasjon i markedet, og hvordan konsentrasjonen vil påvirkes som følge av fusjonen.<sup>66</sup> Hvor stor markedsandel det nye foretaket vil oppnå, kan også indikere hvordan fusjonen vil påvirke konkurransen. Til tross for at foretaket ikke oppnår dominerende stilling, vil store markedsandeler kunne gi foretaket en markedsrett, med potensielle negative følger for konkurransen.<sup>67</sup> Etableringshindringer er også et moment tilsynet ofte inkluderer i vurderinger av om fusjonen skal tillates eller ikke. Dersom det nye foretaket oppnår en så sterk posisjon i markedet at det blir vanskelig for nye aktører å etablere seg, vil dette føre til at markedsforholdene ikke ligger til rette for effektiv konkurranse.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, punkt 13.

<sup>64</sup> Dette fremgår blant annet av fvl. § 25 om begrunnelse for vedtak.

<sup>65</sup> Dom av 09. Juli 2007 i sak T-282/06, *The Apollo Group*, ECLI:EU:T:2007:203, para. 58.

<sup>66</sup> To vanlige verktøy i denne sammenheng, er HHI-indeksen (Herfindahl Hirschman Index), og UUP-analysen (Upward Pricing Pressure). I kommisjonens retningslinjer punkt 19 og 20 er det angitt konkrete terskelverdier for hva som er ansett å være en konsentrert marked. I tillegg finnes metoder for å undersøke eventuelle virkninger av manglende konkurranse, for eksempel UUP-analysen for å gjøre en beregning av mulig prispress. Se for eksempel Konkurransetilsynet sitt vedtak V2020-31, fotnote 185.

<sup>67</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, punkt 15.

<sup>68</sup> NOU 2012: 7 s. 105.

På grunnlag av momentene som er relevante i den konkrete saken, må det vurderes om disse – sett under ett – viser at foretakssammenslutningen vil føre til en SIEC.

### 3.3 Kravet om årsakssammenheng

Årsakskravet fremgår av kl. § 16. Ordlyden «foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse», tilsier at det må foreligge en årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og den påståtte konkurranseskaden, jf. ordlyden «som» og «vil hindre». For å påvise årsakssammenheng må alternativsituasjonen fastlegges. Før jeg redegjør for hvordan alternativsituasjonen fastlegges, vil jeg presentere det overordnede kravet til årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og den påståtte konkurranseskaden.

Årsakssammenhengskravet er omtalt i forarbeidene til konkurranseloven. Her uttaler departementet at:

«Selv om ethvert erverv i utgangspunktet omfattes, må det foreligge årsakssammenheng mellom ervervet og en vesentlig konkurransebegrensning for å kunne gjøre inngrep.»<sup>69</sup>

Med videre presisering om at:

«Om begrensningen av konkurransen som følge av et erverv er vesentlig eller vil føre til forsterking av en eksisterende vesentlig begrensning, må bedømmes på grunnlag av en hypotetisk utvikling av konkurransesituasjonen på de markeder som berøres. Det kreves årsakssammenheng mellom bedriftservervet og den vesentlige konkurransebegrensningen.»<sup>70</sup>

Her presiserer departementet at det foreligger et krav om årsakssammenheng mellom fremtidig skaden og fusjonen, for at det skal kunne gjøres inngrep.

Vurderingen av årsakssammenhengsvilkåret var sentralt for EU-domstolens vurdering i *Kali & Salz*.<sup>71</sup> I denne dommen vurderte EU-domstolen det såkalte falittbedriftforsvaret. Argumentet benyttes av fusjonerende parter i situasjoner hvor det ene foretaket er i ferd med, eller antas snarlig å gå konkurs uten fusjonen. Det hevdes da, i ulike varianter, at når situasjonen er at det

---

<sup>69</sup> Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 75.

<sup>70</sup> Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 79.

<sup>71</sup> Dom av 14. mai i sak C-68/94, *Kali & Salz*, 1975 EU:C:1975:58, avsnitt 110.

ene foretaket uansett vil forsvinne, vil konkurransesituasjonen ikke påvirkes av en fusjon.<sup>72</sup> I slike tilfeller kan fusjonen bli klarert som følge av manglende årsakssammenheng mellom fusjonen og konkurranseskaden. Om årsakskravet uttaler EU-domstolen at «[i]f a concentration is not the cause of the creation or strengthening of a dominant position which has a significant impact on the competitive situation on the relevant market, it must be declared compatible with the common market».<sup>73</sup> Uttalelsen gir uttrykk for nettopp det som er kjernen i kravet om årsakssammenheng. Dersom konkurransesituasjonen vil forbli uendret, eller konkurransebegrensningen ikke er en *følge* av foretakssammenslutningen, vil kravet om årsakssammenheng ikke være oppfylt. I så tilfelle er det ikke adgang til å gjøre inngrep i foretakssammenslutningen.

Årsakskravet kom på spissen i den tidligere nevnte *Tetra laval*-dommen. Saken omhandlet selskapet Tetra Laval, som hadde virksomhet i emballasjebransjen, med pappemballasje og annen aseptisk emballasje som sentrale produktkategorier. Dette selskapet ønsket å fusjonere med Sidel AS, et selskap som produserte utstyr for emballering av blant annet mat. Kommisjonen hadde vedtatt at fusjonen ikke kunne gjennomføres med den begrunnelse at selskapene opererte på et marked som allerede var sensitivt. Kommisjonen la til grunn at Tetra Leval hadde en dominerende posisjon som ville styrkes ytterligere ved fusjonen.

Spørsmålet domstolen skulle ta stilling til, var om den eventuelle konkurransebegrensningen var en *følge av fusjonen*, eller om den skyldtes en forventet atferd fra Tetra Leval. I vurderingen av om det faktisk var fusjonen som var årsak til konkurransebegrensningen, uttalte Domstolen at:

«Thus, the prospective analysis consists of an examination of how a concentration might alter the factors determining the state of competition on a given market in order to establish whether it would give rise to a serious impediment to effective competition. Such an analysis makes it necessary to envisage various chains of cause and effect with a view to ascertaining which of them are the most likely».<sup>74</sup>

Domstolen uttaler her at det må analyseres hva som er det mest sannsynlige hendelsesforløpet, og om dette hendelsesforløpet vil føre til en SIEC.

---

<sup>72</sup> Ryssdal og Størdal, (2018), s. 195.

<sup>73</sup> I dom av 14. mai i sak C-68/94, *Kali & Salz*, 1975 EU:C:1975:58, avsnitt 110.

<sup>74</sup> I dom av 15. februar 2005 i sak C-12/03 P, *Commission v Tetra Laval BVI*, ECLI:EU:C:2005:87, para. 42-44.

Årsakssammenhengskravet omtales også i Kommisjonens retningslinjer for kontroll med horisontale foretakssammenslutninger.<sup>75</sup> Av punkt 9 fremgår følgende:

«In assessing the competitive effects of a merger, the Commission compares the competitive conditions that would result from the notified merger with the conditions that would have prevailed without the merger. In most cases the competitive conditions existing at the time of the merger constitute the relevant comparison for evaluating the effects of a merger [...]»<sup>76</sup>

Retningslinjene er anvendt i en rekke vedtak fra Konkurransetilsynet, og i praksis fra EU-domstolen. Det fremkommer av retningslinjene at årsakssammenhengens eksistens påvises ved at situasjonen med og uten foretakssammenslutningen, sammenlignes. For sammenligningen, og påvisningen av årsakssammenhengen, fastlegges alternativsituasjonen. Alternativsituasjonen diskuteres i kapittel 5.

Før alternativsituasjonen behandles, skal jeg i kapittel 4 redegjøre for beviskravet i saker om foretakssammenslutninger. Årsaken er at fastsettelsen av alternativsituasjonen er en bevisvurdering. Som det fremkommer i kapittel 5, er blant annet spørsmålet om hva som er det riktige utgangspunktet for fastleggingen av alternativsituasjonen, nært knyttet til beviskravet.

---

<sup>75</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 3.

<sup>76</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, punkt 9.



## 4 Beviskrav og bevisbyrde

### 4.1 Innledning

Konkurransetilsynets adgang til inngrep i fusjoner, beror på at tilsynet kan føre bevis for det faktum som legges til grunn for inngrepet. Med beviskrav menes hvilken grad av sannsynlighet som kreves, for at et faktum skal anses bevist.<sup>77</sup> Hva som er beviskravet er en viktig avklaring for inngrep i både gjennomførte og ikke-gjennomførte foretakssammenslutninger, da det har betydning for den korrekte måten å fastlegge alternativsituasjonen på. Det vil jeg komme tilbake til i kapittel 5.2.

I dette kapittelet diskuterer jeg hva som er beviskravet i fusjonskontrollssaker, både i norsk og EU-rettslig forstand. Underveis kommenteres også hvem bevisbyrden ligger til, og i hvilke tilfeller bevisbyrden snus. I kapittel 4.5 vurderes det hva som faktisk skal bevises, og hva som ligger til subsumsjonsdelen av rettsanvendelsen.

### 4.2 Beviskravet for inngrep i foretakssammenslutninger

I norsk rett er beviskravet som hovedregel alminnelig sannsynlighetsovervekt i sivile saker, og denne gjelder med mindre det er rettskildemessig grunnlag for annet.<sup>78</sup> Hva gjelder bevisbyrden, ligger denne som utgangspunkt til Konkurransetilsynet. Det innebærer at tilsynet må sannsynliggjøre at det faktum som legges til grunn, innebærer betydelig begrensning i effektiv konkurranse. Det er et klart utgangspunkt i sivile saker at det er saksøker som må sannsynliggjøre sitt krav. Slik er det også i alminnelig forvaltningsrett, hvor det ligger til forvaltningen å sannsynliggjøre at vilkår for tyngende inngrep er oppfylt.<sup>79</sup> Det er ikke den private part som må "forsvare" seg mot inngrep ved å påvise at vilkårene ikke er oppfylt. På samme måte er det i fusjonskontrollen, idet Konkurransetilsynet har bevisbyrden som utgangspunkt. Dette fremgår implisitt i forarbeidene hvor det er presisert når bevisbyrden er

---

<sup>77</sup> Hugo Matre, *Beviskrav ved tilleggsskatt*, Universitetsforlaget, Skatterett (2008) s. 166-173.

<sup>78</sup> Inger Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget (2015), s. 307.

<sup>79</sup> Hjelmeng, Erling, «Årsaksvurderinger i konkurranseretten» i Tidsskrift for forretningsjuss, nr. 22 nr. 1, (2016) s. 23.

snudd.<sup>80</sup> At det er konkurransemyndighetene som har bevisbyrden har også blitt presisert av EU-domstolen ved en rekke anledninger.<sup>81</sup>

Første vurdering i dette kapittelet, er om det foreligger rettskildemessig grunnlag for å fravike det sivilrettslige utgangspunktet om at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt i fusjonskontrollssaker.

Høyesterett har i Rt. 2012 s.1985 knyttet noen bemerkninger til beviskravet ved fastleggelse av fremtidige scenarioer. Saken omhandler rett nok ikke inngrep i en foretakssammenslutning, da Høyesterett, som nevnt, per tid ikke har hatt spørsmålet til behandling. Dommen inneholder likevel noen interessante uttalelser om beviskrav for såkalte predikerte hendelser. Retten la til grunn at vedtaket må bygge på *forsvarlige prognoser*.<sup>82</sup> Høyesterett uttrykker ikke noe om hva som skal til for at kravet om forsvarlig prognoser er oppfylt, og ordlyden gir i seg selv begrenset veiledning for hva som er beviskravet i saker som omhandler fremtidige scenarioer. Det kan imidlertid neppe tenkes at kravet om forsvarlig prognoser er oppfylt uten at det vedtaket bygger på er bevist med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dommen kan likevel ikke forstås slik at den gir rettskildemessig grunnlag for å fravike utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>83</sup>

Hans Petter Graver skriver at det ikke kan oppstilles en hovedregel om beviskrav i forvaltningsrettslige saker:

«De beviskrav som gjelder for forvaltningens behandling av en sak, må [...] fastlegges ut fra den aktuelle kompetansebestemmelsen, det alminnelige kravet til sakens utredning og de krav som gjelder dersom vedtaket kommer til prøvelse for domstolene.»<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Se for eksempel i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), s. 81. Her presiserer departementet at det er partene som har bevisbyrden hvor de mener at det foreligger grunnlag for et «fallittbedriftforsvar».

<sup>81</sup> Se for eksempel dom av 28. juni 2004 i sak T-342/99, *Airtours mot Kommisjonen*, ECLI:EU:T:2004:192 para. 63, hvor EU-domstolen uttaler at «where the Commission takes the view that a merger should be prohibited because it will create a situation of collective dominance, it is incumbent upon it to produce convincing evidence thereof».

<sup>82</sup> Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 77. Dommen bygger på betraktninger fra Rt. 1982 s. 241 (Alta-dommen), hvor retten uttalte at «vil det også vanskelig bli tale om å anse utbyggingsvedtaket ugyldig på grunn av uriktige faktiske forutsetninger selv om utviklingen skulle ta en annen retning eller nyere kunnskap skulle gjøre det mulig å oppstille bedre prognoser». Uttalelsen er fulgt opp i en rekke andre saker fra Høyesterett, se blant annet Rt. 199 s. 1519.

<sup>83</sup> Se Hjelmeng (2022) s. 7 for en lignende diskusjon av Høyesterett sin avgjørelse, Rt. 2012 s. 1985.

<sup>84</sup> Hans Petter Graver, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», TfR 2004 s. 465-498, på s. 469.

Graver ser ut til å mene at spørsmålet om adgang til å fravike utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt, beror på den sakstypen som behandles. Dette avhenger av de relevante hensynene, forholdene og rettskildene, i saken som behandles. En slik tilnærming til beviskravet tilsier at spørsmål om det er adgang til å fravike utgangspunktet, beror på den konkrete sakstypen.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet uttalte i en klagesak at det i forvaltningsrettens sivile saker gjelder et alminnelig beviskrav for å gjøre inngrep, med mindre det foreligger «særlige hensyn som tilsier et annet krav til bevis eller andre prinsipper for bevisvurdering, enn det som følger av alminnelige sivilrettslige regler og prinsipper».<sup>85</sup> Til tross for at departementet åpner for at dette kan fravikes ved «særlige hensyn» finnes det så vidt meg bekjent ingen fusjonssaker i Norge hvor det er lagt til grunn et annet beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Den samme praksisen er lagt til grunn av Konkurransetilsynet og Konkurranseskiløgenemnda.<sup>86</sup>

At beviskravet er sannsynlighetsovervekt i fusjonssaker, ser ut til legges til grunn av Gulating Lagmannsrett i vurderingen *Schibsted-/nettbil.no*-saken, uten nærmere drøftelse. Her uttaler retten at det må vurderes om det er «mest sannsynlig at foretakssammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, jf. konkurranseloven § 16 første ledd».<sup>87</sup> Lagmannsretten legger altså hovedregelen til grunn ved spørsmål om en allerede gjennomført fusjon skal reverseres.

I en rekke saker på konkurranserettsområdet – både i Norge og EU – er det over lang tid diskutert om det skulle legges til grunn et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>88</sup> Denne diskusjonen har omhandlet saker om ulovlig atferd, idet denne type saker kan medføre et overtredelsesgebyr. Overtredelsesgebyr er å anse som straff etter EMK artikkel 6. Grunnet det pønale elementet, kreves «klar sannsynlighetsovervekt» i slike

---

<sup>85</sup> Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009, i klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22, punkt 7.1. Vedtaket kom riktignok før inngrepshjemmelen ble endret i 2016, men det er intet som tilsier at vurderingene knyttet til beviskrav, er endret.

<sup>86</sup> Se for eksempel *Schibsted/Nettbil AS*-saken i Konkurransetilsynet sitt vedtak V2020-31 og i Konkurranseskiløgenemnda sitt vedtak - V03-2021 - *Schibsted ASA/Nettbil AS* 2021.

<sup>87</sup> LG-2021-119638 (Gulating).

<sup>88</sup> Se for eksempel diskusjonen i Graver-utvalget i NOU 2003:12 punkt 6.4.4 på side 130-131, om at det også ved brudd på forbudsbestemmelsene burde foreligge et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt for at håndhevelse av loven ikke skal vanskeliggjøres. Dette er nå avgjort i Høyestrett, hvor det ble lagt til grunn et krav om klar sannsynlighetsovervekt for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, jf. Rt. 2012 s.1556 avsnitt 52 og 56.

saker.<sup>89</sup> De samme hensynene gjør seg imidlertid ikke gjeldende i fusjonskontrollen. I motsetning til saker om ulovlig atferd, er som nevnt formålet med fusjonssaker å hindre en konkurranseskadelig struktur, og innebærer som utgangspunkt ikke et pønalt element.

I EU-retten har det også blitt vektlagt at fusjonskontrollen ikke har til formål å pålegge straffelignende reaksjoner. Dette fremgår blant annet av Generaladvokatens uttalelse i *Commission v. France*. I relasjon til beviskravet i fusjonssaker, uttales det her at «it is also significant that the [ECMR] raises no presumption of unlawfulness.»<sup>90</sup> Det er med andre ord ikke spørsmål om å straffe en lovstridig atferd, men heller spørsmål om i hvor stor grad konkurransemyndigheten kan gripe inn når foretak handler i kraft av sin avtalefrihet. Disse hensyn taler altså for at det ikke er grunnlag for fravikelse av hovedregelen for beviskrav.

Beviskravet i fusjonssaker har blitt behandlet av EU-domstolen i blant annet *Tetra Laval-dommen*. På spørsmål om beviskravet i denne saken var oppfylt uttaler Domstolen at

«Thus, the prospective analysis consists of an examination of how a concentration might alter the factors determining the state of competition on a given market in order to establish whether it would give rise to a serious impediment to effective competition. Such an analysis makes it necessary to envisage various chains of cause and effect with a view to ascertaining which of them are the most likely.

[...] That being so, the quality of the evidence produced by the Commission in order to establish that it is necessary to adopt a decision declaring the concentration incompatible with the common market is particularly important, since that evidence must support the Commission's conclusion that, if such a decision were not adopted, the economic development envisaged by it would be plausible.»<sup>91</sup>

I uttalen fremgår altså at det faktagrunnlaget som vedtaket bygger på, må oppfylle visse krav hva gjelder dokumentasjonens kvalitet og omfang. For å påvise hva som er mest sannsynlig,

---

<sup>89</sup> Rt. 2011 s. 910 avsnitt 48.

<sup>90</sup> Opinion of Mr. Advocate General Tesoro levert 06. Februar 1997 i sak *French Republic and Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v Commission of the European Communities*, C-68/94 og C-30/95, ECLI:EU:C:1997:54, note 6, para 3.

<sup>91</sup> I dom av 15. februar 2005 i sak C-12/03 P, *Commission v Tetra Laval BVL*, ECLI:EU:C:2005:87, prem. 39 og 42–44. Den samme tilnærmingen er også benyttet i blant annet dom av 28. juni 2004 i sak T-342/99, *Airtours*, ECLI:EU:T:2002:146, prem. 63, og dom av 06. juli 2010 i sak T-342/07, *Ryanair Holding plc v Commission*, ECLI:EU:T:2010:280.

«most likely», må det altså foreligge tilfredsstillende og tilstrekkelig dokumentasjon. Jeg kommer tilbake til dokumentasjonskravet i kapittel 4.4.

Som rettskildegjennomgangen har vist, er det ikke spesielle hensyn eller omstendigheter som taler for en fravikelse av hovedregelen om beviskrav i fusjonssaker generelt. Jeg konkluderer følgelig med at hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt, gjelder også i saker om inngrep i fusjoner. Det kan selvsagt ikke utelukkes at tilfeller med helt spesielle omstendigheter kan komme, og at slike i alle fall kan gi grunn til å vurdere dette, og eventuelt skjerpe beviskravet. Jeg behandler ikke spørsmålet nærmere.

### 4.3 På vei mot et strengere beviskrav?

Selv om det per tid ikke er holdepunkter for et annet beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt i fusjonskontrollssaker, er det verdt å merke seg en nylig avsagt dom fra Underretten, *CK Telecom*.<sup>92</sup> Saken omhandlet, som nevnt i forrige kapittel, en fusjon mellom 'Three' and 'O2' som Kommisjonen nektet fordi de mente den ville føre til en betydelig konkurransebegrensning. Underretten opphevet Kommisjonen sitt vedtak. I denne saken ser Underretten ut til å legge en strengere bevisterskel for inngrep til grunn enn det som tidligere har vært gjort i fusjonssaker. I dommens avsnitt 118 skriver Underretten at:

«In the context of an analysis of a significant impediment to effective competition the existence of which is inferred from a body of evidence and indicia, and which is based on several theories of harm, the Commission is required to produce sufficient evidence to demonstrate with a strong probability the existence of significant impediments following the concentration. Thus, the standard of proof applicable in the present case is therefore stricter than that under which a significant impediment to effective competition is 'more likely than not', on the basis of a 'balance of probabilities', as the Commission maintains. By contrast, it is less strict than a standard of proof based on 'being beyond all reasonable doubt.» (Min understreking)

At beviskravet skal ligge et sted mellom «alminnelig sannsynlighetsovervekt» og «utover enhver rimelig tvil» vil, slik jeg ser det, være å oppstille et krav om klar

---

<sup>92</sup> Dom av 28. mai 2020 i sak T-399/16, *CK Telecoms*, ECLI: EU:T:2020:217 para. 362 (påanket til Domstolen under sak C-376/20 P).

sannsynlighetsovervekt.<sup>93</sup> Dette vil si at det må bevises med *kvalifisert sannsynlighetsovervekt* at fusjonen i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, for at det skal være adgang til å gjøre inngrep. Saken avviker dermed fra tidligere praksis på et sentralt rettslig krav. Ettersom saken er anket, og ikke er rettskraftig, vil den ikke utgjøre rettslig grunnlag for å fravike hovedregel om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dommen illustrer likevel beviskravet i fusjonskontrollen kan være gjenstand for endringer innen kort tid. Det gjenstår å se hvilken posisjon EU-domstolen inntar til Underretten sitt standpunkt og argumentasjon.

Dersom EU-domstolen opprettholder Underrettens standpunkt om at beviskravet er klar sannsynlighetsovervekt, kan dette få betydning i norsk rett. Selv om fusjonskontrollen, som nevnt, ikke er en del av EØS-avtalen, hadde lovendringen i 2016 som formål å harmonisere nasjonal rett med EU-retten.<sup>94</sup> Det må imidlertid nevnes at formålet med lovendringen var å harmonisere norsk rett med den materielle EU-retten. Det er dermed ikke gitt at avklaringer eller utvikling i prosessuelle forhold i EU-domstolen – slik som beviskravsregler – har samme gjennomslagskraft som avgjørelser om materielle regler.

Betydningen av utvikling i, eller endring av prosessuelle regler i EU-retten, for nasjonal rett, er i utgangspunktet ikke stor. Hovedregelen er at prosessuelle regler er et nasjonalt anliggende. Samtidig er det åpenbare argumenter for at enkelte situasjoner kan fordre hensyntagen til EU-/EØS-rettslige prosessregler, for at nasjonalborgeren effektivt skal håndheve sine EU-rettigheter.<sup>95</sup> Om den overnevnte dommen, *CK Telecoms Investments*, skal få direkte betydning i nasjonal rett beror på en vurdering av hvordan den påvirker tolkningen av de materielle reglene i fusjonskontrollen.

Uavhengig av hvilket beviskrav som ligger til grunn, er det oppstilt et krav fra EU-domstolen om at det må foreligge tilstrekkelig dokumentasjon for påstanden, for at beviskravet skal være oppfylt.<sup>96</sup> Innholdet i dette skal nå presenteres og vurderes.

---

<sup>93</sup> Kvalifisert sannsynlighetsovervekt strengere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Graver skriver i sin artikkel at «[d]et er fruktbart å operere med tre grader av sannsynlighetskrav: alminnelig sannsynlighetsovervekt (sannsynlig), overveiende sannsynlig («godgjort» eller «åpenbart») og sikker (ingen rimelig tvil)», jf. Graver, Hans Petter, (2004) s. 465 Jeg forstår dette som at han mener kvalifisert sannsynlighetsovervekt ligger et sted mellom «alminnelig sannsynlighetsovervekt» og «utover enhver rimelig tid».

<sup>94</sup> Dette ble presisert i forarbeidene, hvor departementet skriver at [d]ette formålet oppnås særlig dersom rettsanvendelsen etter den nye bestemmelsen følger eksisterende og fremtidig retts- og forvaltningspraksis fra EU-domstolen, Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan, jf. Ot. prp. nr. 37 (2015-2016) s. 79.

<sup>95</sup> Fredriksen, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2018, s. 289 – 358, s. 293.

<sup>96</sup> I dom av 15. februar 2005 i sak C-12/03 P, *Commission v Tetra Lava BVI*, ECLI:EU:C:2005:87, prem. 44.

## 4.4 Kravet om tilstrekkelig dokumentasjon

I dokumentasjonskravet ligger det at konkurransemyndighetene må ha tilstrekkelig belegg for å underbygge sine påstander.<sup>97</sup> I *Tetra Laval-saken* konkluderte Domstolen med at Kommisjonen ikke i tilstrekkelig grad hadde dokumentert sine påstander om den påståtte konkurransebegrensende virkningen. Følgen av dette, var at beviskravet ikke var oppfylt. En av grunnene til at Domstolen konkluderte på denne måten var at Kommisjonen ikke klarte å dokumentere godt nok at de avhjelpende tiltakene ikke vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene.<sup>98</sup>

Konkurransetilsynet ser ikke ut til å eksplisitte nevne et lignende dokumentasjonskrav i sine vedtak. Likevel viser vedtakspraksis at vurderingen i stor grad foretas på tilsvarende måte som i EU-systemet. Videre har Konkurransklagenemnda i et vedtak, hvor partene anførte dokumentasjonskravet fra EU-systemet, uttalt at nemnda er enig med klagerne i at «[d]esto mer kompleks, hypotetisk eller usikker Kommisjonens skadehypoteser er, desto viktigere er kvaliteten på bevisene Kommisjonen har frembrakt». Nemnda presiserer imidlertid at dette kun er uttrykk for de alminnelige reglene om bevisvurderinger for det mest sannsynlige faktum, og samsvarer dermed med de som følger av de alminnelige reglene om sannsynlighetsovervekt.<sup>99</sup>

Konkurransetilsynet er også underlagt de reglene som følger av forvaltningsloven (heretter; fvl.) § 17 om forvaltningens utrednings- og informasjonsplikt. Bestemmelsen oppstiller en plikt om at før forvaltningen fatter et vedtak, må saken være så godt opplyst som mulig. Fvl. § 17 er en riktignok ikke en bevisregel, men har nær sammenheng med beviskravet i den forstand at saken skal være så godt utredet at skadehypotesene kan påvises. Det er tre viktige hensyn som begrunner forvaltningens plikter i fvl. § 17. Det første hensynet er at forvaltningen selv skal være tilstrekkelig opplyst, for å sikre at det tas riktig avgjørelse materielt sett. For det andre må det i ettertid være mulig å kontrollere avgjørelsen, enten gjennom en klagesak eller ved bringe saken inn for domstolene. Er avgjørelsen veldokumentert, bedrer dette etterprøvsbarheten. For det tredje vil opplysninger som begrunner avgjørelsen og forvaltningens perspektiv eller

---

<sup>97</sup> Min tolkning av den gjennomgatte praksisen fra EU-domstolen er at Konkurransemyndighetene må ha tilstrekkelig belegg for sine påstander for at Domstolen skal anse dem som bevist, og ikke nødvendigvis det at dokumentasjonen er et selvstendig krav med klare rammer.

<sup>98</sup> Dom av 15. februar 2005 i sak C-12/03, *Commission v Tetra Laval BVI*, ECLI:EU:C:2005:87, para. 55.

<sup>99</sup> Konkurransklagenemnda sitt vedtak - V03-2021 - Schibsted ASA/Nettbil AS 2021, avsnitt 39.

tilnærming, sette partene i stand til bedre å forstå vedtaket. Dette kan være med på å styrke tilliten til forvaltningen.

Oppsummeringsvis for dette kapittel, nevner jeg følgende: det er i utgangspunktet Konkurransetilsynet som har bevisbyrden. Denne bevisbyrden innebærer at tilsynet er nødt til å bevise med alminnelig sannsynlighetsovervekt det faktum som de legger til grunn for vedtaket. I dette ligger det et krav om at de i tilstrekkelig grad må dokumentere det faktagrunnlag de legger til grunn for å påvise at dette vil føre til en betydelig konkurransebegrensning.

#### **4.5 Hva skal bevises i fusjonskontrollssaker?**

I kapittel 5 forklares hvordan alternativsituasjonen skal fastlegges. Først må det avklares hva som er bevisvurderinger, og hva som er rettsanvendelse. Avklaringen er viktig fordi det kun er faktum som skal bevises, og at rettsreglers innhold ikke skal bevises. Det er dermed viktig å avklare hva som er rettsanvendelse (tolkning og subsumsjon), og hva som er bevisvurderingen (fastlegging av faktum). Det er kun sistnevnte som er gjenstand for beviskravet.

Et av de materielle vilkårene for å gjøre inngrep, er at årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og den betydelige konkurransebegrensning, påvises. Som nevnt i kapittel 1.1, påvises denne årsakssammenhengen ved at tilsynet oppstiller to hypotetiske scenarioer, fremtiden med, og fremtiden uten foretakssammenslutningen. Deretter vurderes det om differansen mellom disse scenarioene, viser at fusjonen vil innebære en betydelig hindring i effektiv konkurranse.

Hjelmeng skriver at i fusjonskontrollen innebærer bevisvurderingen at Konkurransetilsynet må «dokumentere de to scenariene og hvorfor alternativet med foretakssammenslutningen vil medføre en betydelig begrensning i konkurransen».<sup>100</sup> Etter mitt syn kan uttalelsen forstås på to måter. Enten at alle aspekter ved konkurranseanalysen – også den delen som innebærer en vurdering av om differansen mellom de to hypotetiske scenarioene – er underlagt en bevisvurdering. Altså at vurderingen om av om konkurransebegrensningen er «betydelig», også må bevises. Den andre måten uttalelsen kan tolkes på er at Hjelmeng knytter bevisvurdering til

---

<sup>100</sup> Slik omtales det blant annet av Hjelmeng, i «Årsaksvurderinger i konkurranseretten», *Tidsskrift for Forretningsjuss*, årgang 22 nr. 1 (2016), side 10-45, på side 23.



kun førstnevnte vurdering, altså å «dokumentere de to scenariene». Spørsmålet er hva som er den korrekte forståelsen.

Det som gjør skillet mellom bevis og juss utfordrende på fusjonskontrollens område, er at det ikke er åpenbart hva som er faktum og hva som er rettsanvendelse i vurderingene. På den ene siden kan økonomiske analyser anvendes for å etablere faktum i en sak, ved for eksempel å beregne foretakets markedsandeler. De økonomiske verktøyene er også sentrale i rettsanvendelsen, både ved tolkningen og subsumsjonen. På den andre siden kan økonomiske vurderinger anvendes for å predikere virkningene av en fusjon, for eksempel gjennom prispressanalyser.<sup>101</sup> I slike tilfeller brukes de økonomiske analysene for å fastlegge de fremtidige scenarioene.<sup>102</sup>

Det som må bevises er de faktiske forholdene som et inngrepsvedtak bygger på, og disse må være bevist med alminnelig sannsynlighetsovervekt på grunnlag av en fri bevisvurdering.<sup>103</sup> Det som danner grunnlag for konkurranseanalysen, som inngrepsvedtaket bygges på, er det Konkurransetilsynet fastsetter som alternativsituasjonen. Når konkurransemyndighetene har fastsatt de to fremtidige scenarioene – som det vurderer som mest sannsynlig – må det foretas en konkret vurdering av om differansen mellom disse fremtidige scenarioene utgjør en «betydelig [begrensning i] effektiv konkurranse». Vurderingen av differansen mellom disse to scenarioene baserer seg altså på det faktagrunnlaget som allerede er bevist – og krever ikke innhenting av nye fakta som må bevises. Beviskravet er derfor relevant i vurderingen av hva som er de to mest sannsynlige scenarioene, og ikke i den etterfølgende vurderingen av om differansen mellom dem kvalifiserer til en «betydelig» konkurransebegrensende virkning. Vurderingen av om denne differansen er tilstrekkelig kvalifisert oppfylle «betydelig»-standarden, er subsumsjonen, som er en utpreget rettslig vurdering.

Det sentrale poenget for denne oppgaven, er at den delen av konkurranseanalysen som knytter seg til fastleggelse av alternativsituasjonen, er en bevisvurdering. Dette innebærer at denne vurderingen er underlagt et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Fastleggelsen av alternativsituasjonen er tema for kapittel 5.

---

<sup>101</sup> Hjelmeng (2022), s. 7.

<sup>102</sup> Se Ronny Gjendemsjø, «Skyldkravet i konkurranseretten: Hva skal forsettet dekke?», *Tidsskrift for forretningsjus*, Årgang 27, nr. 2, (2021), s. 234-262 på s. 253 for en lignende vurdering av faktum og juss ved spørsmål om ulovlig samarbeid.

<sup>103</sup> Konkurransetilsynet sitt vedtak - V03-2021 - Schibsted ASA/Nettbil AS 2021, s. 5.

## 5 Alternativsituasjonen

### 5.1 Alternativsituasjonen som middel for å påvise årsakssammenheng

I kapittel 3.3 ble det vist at konkurranseloven § 16 krever årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurranseskaden. For å påvise sammenhengen, må det fastsettes hvordan markedssituasjonen blir både med og uten foretakssammenslutningen. De fremtidige markedsf forholdene uten foretakssammenslutningen, omtales som alternativsituasjonen. Når de to hypotetiske scenarioene er fastsatt, er neste steg å vurdere om forskjellen mellom disse, resulterer i en «betydelig» konkurransebegrensning. Dersom det ikke er en tilstrekkelig forskjell i konkurransesituasjonen med og uten foretakssammenslutningen, foreligger det ikke årsakssammenheng mellom fusjonen og en eventuell konkurransebegrensning. Denne metoden er et analyseverktøy for å vurdere om det foreligger årsakssammenheng mellom fusjonen og den eventuelle konkurranseskaden.

I dette kapitlet skal jeg vise hvordan alternativsituasjonen vurderes i praksis. I praksis benyttes ulike fremgangsmåter for å fastlegges alternativsituasjonen, og disse skal jeg redegjøre nærmere for. Deretter vil jeg diskutere om de ulike fremgangsmåtene fører til ulike resultater, og konkludere med hva som etter mitt syn er den riktige fremgangsmåten. Avslutningsvis skal jeg vurdere om det er grunnlag for å fastlegge alternativsituasjonen på en annen måte, når spørsmålet er om det skal gripes inn mot en allerede gjennomført foretakssammenslutning.

I denne oppgaven vil jeg omtale fremtiden uten foretakssammenslutningen som alternativsituasjonen. Dette omtales i enkelte kilder som «*det kontrafaktiske scenarioet*», eller som EU-domstolen omtaler det som: «*the counterfactual (analysis)*». Ved henvisning til andre kilder kan altså andre ord enn alternativsituasjonen blir brukt, uten at det innebærer noen realitetsforskjell.

Det er uomtvistet at det er alternativsituasjonen som anvendes ved vurderingen av om kravet om årsakssammenheng er oppfylt. Dette er konstatert en rekke steder i lovens forarbeider.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 75, 79 og 81.

Alternativsituasjonen ble også anvendt i Gulating lagmannsrett sin behandling av Schibsted sitt oppkjøp av nettbil.no. I forbindelse med årsakskravet uttalte retten at:

«[...] Før det kan konkluderes med hensyn til om lovens vilkår er oppfylt må det dermed vurderes hva som er mest sannsynlig utvikling om sammenslutningen gjennomføres og sammenholde denne med hva som ville være den mest sannsynlige utviklingen om sammenslutningen ikke hadde blitt gjennomført (alternativsituasjonen) [...]».<sup>105</sup>

Gulating lagmannsrett bekrefter altså Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemndas praksis om at det er alternativsituasjonen som benyttes for å fastslå om det er årsakssammenheng mellom fusjonen og konkurranseskaden. I det følgende vurderer jeg hvordan alternativsituasjonen fastlegges.

## **5.2 Fastleggelse av alternativsituasjonen – flere fremgangsmåter**

### **5.2.1 Presentasjon av de ulike fremgangsmåtene**

I praksis kan det observeres to ulike tilnærminger til fastleggelse av alternativsituasjonen. Den ene, tar utgangspunkt i de rådende markedsforholdene (status quo), og disse forholdene legges til grunn som alternativsituasjonen, med mindre det er klare holdepunkter for noe annet. Den andre fremgangsmåten, er å legge det mest sannsynlige hendelsesforløpet til grunn som alternativsituasjon, uten at det gjelder krav om klare holdepunkter for å fravike et utgangspunkt i de rådende markedsforhold. Alternativsituasjonen utgjør grunnlaget for den videre konkurranseanalysen, og konsekvensene av valget av fremgangsmåte for fastlegging av alternativsituasjonen, kan bli store for det endelige utfallet av vurderingen. Det er derfor nødvendig å avklare om de ulike fremgangsmåtene kan ha betydning for hva som blir fastlagt som alternativsituasjonen. I fortsettelsen vil jeg først vise hvordan de to ulike utgangspunktene anvendes i praksis. Deretter drøfter jeg om det er realitetsforskjeller på disse to utgangspunktene, eller om begge utgangspunkt fører til samme resultat.

### **5.2.2 Utgangspunkt i rådende markedsforhold**

Den første fremgangsmåten for fastleggelse av alternativsituasjonen, finnes i praksis fra Konkurransetilsynet og Kommisjonen. Etter denne, tas det utgangspunkt i de rådende

---

<sup>105</sup> LG-2021-119638 (Gulating).

markedsforholdene (status quo), og disse forholdene legges til grunn som alternativsituasjonen. De rådende forholdene kan fravikes, men det kreves i så tilfelle klare holdepunkter for noe annet. Denne praksisen skal nå beskrives nærmere. Deretter diskuterer jeg hva som utgjør rådende markedsforhold. Avslutningsvis, gjennomgår jeg hvordan det tas stilling til om utgangspunktet skal fravikes. I denne gjennomgangen, vil jeg vise til praksis hvor dette er lagt til grunn som utgangspunkt.

I *Aspiro/Opplysninger mobil-saken* behandlet Fornyings - og administrasjonsdepartementet, som klageorgan, om Opplysningen Mobil AS hadde adgang til å kjøpe Aspiro Søk AS. Departementet uttalte følgende om fastleggelse av alternativsituasjonen:

«[...]Normalt vil konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen være det beste anslaget på hvordan denne vil utvikle seg dersom foretakssammenslutningen ikke hadde funnet sted. Det mest sannsynlige hendelsesforløpet legges til grunn.»<sup>106</sup>

Departementet la til grunn at det er det mest sannsynlige hendelsesforløpet som skal være alternativsituasjonen. I det neste steget i analysen vurderer de hva som er de rådende markedsforholdene, og legger disse til grunn som alternativsituasjon.<sup>107</sup>

Konkurransetilsynet legger i sin praksis til grunn at det vanligvis vil være de rådende markedsforholdene som er det mest sannsynlige hendelsesforløpet.<sup>108</sup> Det ble i blant annet *Tele2/Telia-saken* uttalt at «[n]ormalt vil status quo være det beste anslaget på hvordan markedet hadde utviklet seg uten foretakssammenslutningen».<sup>109</sup> Konkurransetilsynet tar altså utgangspunkt i de rådende markedsforholdene for tidspunkt for foretakssammenslutningen, ved vurderingen av hva som utgjør alternativsituasjonen.

Dette utgangspunktet fremgår også av Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner hvor det i punkt 9 heter at: «[i]n most cases the competitive conditions existing at the time of

---

<sup>106</sup> Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009, i klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22, punkt 7.1.

<sup>107</sup> Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009, i klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22, punkt 7.5.

<sup>108</sup> Konkurransetilsynets vedtak - V2020-31 – Schibsted ASA/Nettbil AS, avsnitt 173. Det finnes også eksempler hvor det uttales at det skal tas utgangspunkt i status quo, se for eksempel Konkurransetilsynets vedtak V2015-24 - Coop Norge Handel AS/ICA Norge AS avsnitt 97. Det er ingen realitetsforskjell på formuleringene «utgangspunkt i status quo» og «utgangspunkt i de rådende markedsforholdene», da status quo brukes som betegnelse på de rådende markedsforhold.

<sup>109</sup> Se for eksempel Konkurransetilsynet sitt vedtak - V2015-1 - Telia Sonera/Tele2, avsnitt 182.

the merger constitute the relevant comparison for evaluating the effects of a merger».<sup>110</sup> Kommisjonen ser her ut til å oppstille en regel om at det foreligger en presumsjon for at det er status quo som danner det mest hensiktsmessige sammenligningsgrunnlaget for konkurransesituasjonen med foretakssammenslutningen.

Det neste som skal vurderes er hva som inngår i «rådende markedsforhold». Fastleggelsen av hva som utgjør status quo er viktig for senere å kunne vurdere hva som skal til for å fravike dette utgangspunktet. Vurderingen av hva som er status quo vil i utgangspunktet enkelt kunne avgjøres ved å se hen til situasjonen slik den er akkurat nå, og legge denne til grunn som fremtidig konkurransesituasjon. Spørsmålet om hva som utgjør status quo ser imidlertid ut til å ha blitt håndtert ulikt hos Konkurransetilsynet og hos Konkurransklagenemnda.<sup>111</sup> For å vurdere om det er en realitetsforskjell på de to tilnærmingene - utgangspunkt i status quo, eller utgangspunkt i det mest sannsynlige – er det nødvendig med en vurdering av hva disse to utgangspunktene innebærer. I det følgende vil det vurderes hvordan de rådende markedsforholdene fastsettes.

I *Schibsted/nettbil.no-saken* vurderte Konkurransetilsynet hva som utgjorde de rådende markedsforholdene. Konkurransetilsynet konkluderer i sitt vedtak med at det oppkjøpte selskapet, Nettbil.no, er et selskap i vekst og at det vil fortsette å vokse. Med utgangspunkt i at selskapet vil fortsette å vokse, fastholdt Konkurransetilsynet status quo som utgangspunkt for konkurranseanalysen.<sup>112</sup> Konkurransetilsynet la altså til grunn at nettbil.no som et voksende selskap, var status quo, og dermed også alternativsituasjonen. Konkurransklagenemnda ser imidlertid ut til å være av en annen oppfatning i samme sak. Selv om nemnda tilsynelatende er enig i at nettbil.no vil vokse, mener nemnda at dette er en fravikelse av status quo. Nemnda og tilsynet har altså ulike forståelser av hva som utgjør innholdet i status quo – som utgangspunkt for de rettslige vurderingene.

Det som er sentralt i konkurranserettslig sammenheng er i hvilken grad foretakene overtar større markedsandeler enn sine konkurrenter. Foretakets rene omsetningsvekst er ikke alene interessant. Når analysene av fremtidssituasjonen tilsier at nettbil.no vil vokse, innebærer dette, at de vil ha tilgang på en større del av markedet enn det som er tilfelle i de rådende

---

<sup>110</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, punkt 9.

<sup>111</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2020-31 Schibsted ASA/Nettbil AS, avsnitt 167. Se for eksempel i denne saken sammenlignet med Konkurransklagenemnda sitt vedtak - V03-2021 - Schibsted ASA/Nettbil AS 2021 hvor nemnda har en annen tilnærming til hva som er de rådende markedsforholdene.

<sup>112</sup> Konkurransetilsynets vedtak - V2020-31 - Schibsted ASA/Nettbil AS, avsnitt 190.

markedsforholdene. Et selskap i vekst kan for eksempel få langt større markedsandeler og dermed utøve større konkurransekraft, enn det gjør under de rådende markedsforholdene. Jeg legger dermed til grunn at en alternativsituasjon hvor selskapet vokser, er en fravikelse fra status quo.

Det neste som undersøkes er hvordan praksis tilnærmer seg spørsmålet fravikelse av status quo. I det følgende vil praksis fra Konkurransetilsynet, Konkurransenemnda og Kommisjonen undersøkes for å kartlegge om det eksisterer kriterier for å velge et annet scenario enn status quo, som grunnlag i alternativsituasjonen.

I Konkurransetilsynets praksis, fremgår at hvor det finnes «klare holdepunkter» for annen alternativ markedsutvikling, enn nåværende status, kan status quo fravikes.<sup>113</sup> Oppfatningen fremgår også av retningslinjene til Kommisjonen, hvor det i punkt 9 heter at:

«[...] in some circumstances, the Commission may take into account future changes to the market that can reasonably be predicted. It may, in particular, take account of likely entry or exit of firms if the merger did not take place when considering what constitutes the relevant comparison.»

Også Kommisjonen åpner for en fravikelse av status quo dersom det kan «reasonably be predicted». Kommisjonens bruk av ordene «reasonably be predicted» tilsier at status quo kan fravikes såfremt det er rimelig grunn til å tro at markedet vil utvikle seg på en annen måte enn de rådende markedsforholdene tilsier. Ordlyden isolert sett gir ikke uttrykk for en like høy terskel som «klare holderpunkter», som Konkurransetilsynet legger til grunn i sine vedtak. Praksis fra Kommisjonen sine vedtak gir imidlertid uttrykk for en langt høyere terskel enn det som indikeres i Kommisjonen sine retningslinjer. I *Universal/EMI* uttaler Kommisjonen at status quo kan fravikes der det er «exceptional circumstances», eksemplifisert med «a failing firm situation»,<sup>114</sup> altså der det foretaket som vil bli kjøpt opp går konkurs hvis foretakssammenslutningen ikke gjennomføres.<sup>115</sup> At noe kan bli «reasonably be predicted» er etter sin ordlyd noe vesentlig annet enn «exceptional circumstances». I vedtakspraksisen fra

---

<sup>113</sup> Konkurransetilsynet sitt vedtak V2020-31 - Schibsted/Nettbil AS, avsnitt 167.

<sup>114</sup> Det er, så vidt meg, bekjent kun i disse «failing firm» eller falllittbedriftforsvarssakene, at tilsynet faktisk har kommet til det skal legges noe annet enn status quo til grunn for det mest sannsynlige hendelsesforløpet. Disse fusjonen blir ofte klarert, og det blir dermed ikke skrevet et vedtak som inkluderer tilsynet sine vurderinger og det er derfor vanskelig å vise hvordan tilsynet har kommet til disse konklusjonene.

<sup>115</sup> Opinion of the Advisory Committee av 7. september 2012 i sak COMP/M.6458- *Universal/EMI*, C-220/08, para. 210.

Kommisjonen, ser det altså ut til at terskelen som blir lagt til grunn i praksis er høyere enn det retningslinjene gir uttrykk for.

Konkurransetilsynets vurdering av om foretakssammenslutningen mellom Telia og Tele2 kunne gjennomføres, er et godt eksempel på den høye terskelen for fravikelse av utgangspunktet om status quo. I denne avgjørelsen vurderte tilsynet om det forelå «konkrete holdepunkter» som kan gi grunnlag for å legge en annen alternativsituasjon enn de rådende markedsforholdene til grunn for konkurranseanalysen. Flere omstendigheter i saken tilsa slik fravikelse. For det første kunne ikke Tele2 tilby mobilnettverk i grossistmarkedet, idet de ikke hadde vunnet frem i Nasjonal kommunikasjonsmyndighets frekvensauksjon. Partene hadde også inngått en avtale tidligere som ga Tele2 tilgang til frekvenser, samt etablerte rettigheter og plikter for partene, uavhengig av foretakssammenslutningen. Likevel konkluderte Konkurransetilsynet med at alternativsituasjonen måtte være at Tele2 mest sannsynlig ville inngått en avtale med en annen nettverkseier, som ville gjøre at de fortsatte sin målsetning om å øke andel av trafikken i eget mobilnett. Det er nødvendig å presisere at også dette vedtaket har flere deler som er unntatt offentlighet, og derfor er det ikke anledning til å få det fulle bilde av hva Konkurransetilsynet vektlegger i sin vurdering. Konkurransetilsynets slutning om at avtalen mellom partene ikke utgjør et «konkret holdepunkt» illustrerer likevel at terskelen for å fravike utgangspunktet om status quo er satt høyt.<sup>116</sup>

Departementet ser i likhet med Konkurransetilsynet ut til å ha satt terskelen for å fravike utgangspunktet om status quo høyt.<sup>117</sup> I den tidligere nevnte saken opplysningen *Mobil/Aspiro* vurderte departementet om det forelå holdepunkter for en annen markedsutvikling, enn den rådende. Til dette, uttalte departementet at:

«[d]et er sannsynlig at utviklingen vil gå i retning av et slikt større marked for mobilt nummersøk, men at det ikke vil skje i et slikt omfang innenfor en toårs periode til at tilsynet burde lagt til grunn et større marked enn SMS-søk for vurderingen av konkurransen etter ervervet av Aspiro Søk.»<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Konkurransetilsynet sitt vedtak - V2015-1 - Telia Sonera/Tele2. Dette vedtaket reiser også interessante spørsmål hva gjelder bruk av interne dokumenter, og i hvor stor grad disse kan vektlegges. Spørsmålet ble også vurdert i LG-2021-119638. Spørsmålet faller utenfor denne oppgaven, og behandles ikke nærmere.

<sup>117</sup> Før opprettelsen av Konkurransesklagene var det som nevnt Fornyings- og administrasjonsdepartementets som var klageorgan.

<sup>118</sup> Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009 på klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22 av 4. desember 2008, punkt 7.1.

Uttalelsen viser at departementet vedgår at det i alle fall er noen holdepunkter for en annen mulig markedsutvikling enn den rådende, men at det antageligvis ikke vil skje innen kort tid etter foretakssammenslutningen. Departementet er enig i at utviklingen går i retning av et større marked, men at omfanget ikke vil øke i tilstrekkelig omfang i tidsintervallet – to år – til at denne fremtidige markedsveksten kunne begrunne en fravikelse av status quo. Som følge av dette fant departementet at det ikke forelå tilstrekkelig klare holdepunkter for å fravike utgangspunktet om status quo.

Videre følger det av Kommisjonens retningslinjer at det er foretakene som må legge frem nødvendig dokumentasjon for at status quo skal fravikes. Av avsnitt 91 fremgår følgende:

«It is for the Parties to provide in due time all the relevant information necessary to show that it can be reasonably predicted that a deterioration of the competitive structure would have occurred in the absence of the concentration.»<sup>119</sup>

I tillegg til at det fremstår som at det er en høy terskel for å fravike status quo, ligger ansvaret for å påvise dette altså hos partene. Dette kan gjøre det enda vanskeligere for partene å få tilsynet til å legge en annen alternativsituasjon enn status quo til grunn, dersom de ikke klarer å overbevise tilsynet.

Jeg kan heller ikke se at det kan utledes kriterier for når status quo kan fravikes. Fra den overstående praksisen kan det kun sluttet at endringene i markedet bør skje innenfor en viss tid<sup>120</sup> og at terskelen for hva som utgjør «klare holdepunkter» er satt høyt, uten at terskelen kan konkretiseres nærmere.

### **5.2.3 Det mest sannsynlige hendelsesforløpet**

Den andre fremgangsmåten for fastleggelse av alternativsituasjonen, er å legge det mest sannsynlige hendelsesforløpet til grunn. Til forskjell fra det første alternativet, er det ved denne fremgangsmåten ikke et utgangspunkt, med mulige unntak fra dette, men mer eller mindre et rent spørsmål om hva som er det mest sannsynlige. Denne fremgangsmåten vil presenteres i

---

<sup>119</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avsnitt 91.

<sup>120</sup> Se Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009 på klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22 av 4. desember 2008, punkt 7.1.



dette delkapittel. I neste delkapittel vurderer jeg om det er realitetsforskjeller på disse to alternativene, eller om det er to måter å gjøre samme juridiske øvelse på.

Som nevnt ovenfor, viser *Schibsted/nettbil.no-saken* at Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda har ulik forståelse til hva som er innholdet i status quo. I tillegg kan nemnda sin praksis gi inntrykk av at de har en annen tilnærming til hvordan alternativsituasjonen skal fastlegges. I nemndas vedtak avsnitt 136 heter det at «der det er konkrete holdepunkter som tilsier at det er mer sannsynlig at konkurranseforholdene ville ha endret seg, må disse konkurranseforholdene legges til grunn som alternativsituasjonen».<sup>121</sup> Uttalelsen kan tolkes slik at Konkurransklagenemnda er enig med tilsynet i at utgangspunktet er de rådende markedsforholdene, når de spør om det er konkrete holdepunkter for at konkurranseforholdene vil «endre» seg. Uttalelsen kan også tolkes slik at nemnda mener det ikke gjelder en presumsjon om status quo, men at den mest sannsynlige markedsutviklingen uten foretakssammenslutningen, må legges til grunn. Nemnda sin videre vurderingen i vedtaket tyder på at det er sistnevnte tolkning om «den mest sannsynlige utviklingen» som er tilsiktet av nemnda.

I Konkurransklagenemnda sin behandling av DnB sitt oppkjøp av Sbanken, tar nemnda samme utgangspunktet som i *Schibsted/Nettbil.no-saken*. Nemnda uttaler at «[ved] fastleggelsen av alternativsituasjonen er det den mest sannsynlige markedsutviklingen som legges til grunn». Nemnda uttaler riktignok at status quo «ofte vil være det beste anslaget for alternativsituasjonen».<sup>122</sup> Likevel ser det ut til at nemnda i den konkrete rettsanvendelsen ikke tar et slikt utgangspunkt, men vurderer hva som er det mest sannsynlige, uten at det må være holdepunkter for en viss forståelse. I denne vurderingen uttaler riktignok nemnda at status quo er en relevant faktor og gir en indikasjon på fremtidig konkurranseforhold.<sup>123</sup> Nemnda skriver videre at status quo er at Sbanken er en viktig konkurransekraft i markedet. Deretter vurderes det om fremtiden uten foretakssammenslutningen er at Sbanken vil utøve et særlig konkurransepress, noe nemnda mener det ikke er grunnlag for å si er den mest sannsynlige utviklingen uten foretakssammenslutningen. Nemnda konkluderer derfor – i motsetning til

---

<sup>121</sup> Konkurransklagenemnda sitt vedtak - V03-2021 - Schibsted ASA/Nettbil AS 2021, avsnitt 136.

<sup>122</sup> Konkurransklagenemndas vedtak - V01-2022 - DnB/Sbanken, avsnitt 53-54.

<sup>123</sup> Konkurransklagenemndas vedtak - V01-2022 - DnB/Sbanken, avsnitt punkt 7.4.4.

tilsynet – med at foretakssammenslutningen ikke vil føre til en betydelig hindring i effektiv konkurranse, og at det dermed ikke er adgang til å gjøre inngrep i foretakssammenslutningen.<sup>124</sup>

#### 5.2.4 Ulike fremgangsmåter, samme resultat?

Slik gjennomgangen har vist, behandler Kommisjonen, Konkurransetilsynet og Konkurransesklagemnda hvordan alternativsituasjonen skal fastlegges, på ulike måter. I dette delkapittelet vurderer jeg om de ulike fremgangsmåtene påvirker resultatet. Er det ulike fremgangsmåter som er årsaken til at tilsynet og nemnda kommer til ulikt resultat i for eksempel DnB/Sbanken-saken? Eller er det ingen forskjell på å ha status quo som utgangspunkt og ta utgangspunkt i det mest sannsynlige hendelsesforløpet, så lenge det er det mest sannsynlige som skal utgjøre alternativsituasjonen? Etter å ha diskutert disse spørsmålene vil jeg vurdere hva som er den mest hensiktsmessige fremgangsmåten for fastleggelse av alternativsituasjonen.

Den videre fremstillingen tar utgangspunkt i en situasjon hvor et foretak som skal ut av markedet, uten at en overhengende konkursfare er årsaken. Fallittbedriftsforsvaret er altså ikke aktuelt.<sup>125</sup> Ettersom selskapseierne ikke lenger skal være involvert i dette markedet, ønsker de å overlate selskapet med drift, aktiva og det hele, til en annen aktør i markedet ved å la sitt selskap fusjonere inn i en annen markedsaktørs virksomhet. Eksempelet vil i det følgende omtales som *digitaliseringssaken*. Spørsmålet er hva alternativsituasjonen er i et slikt tilfelle, med utgangspunkt i de to fremgangsmåtene som er presentert i kapittelet.

Den første fremgangsmåten fremgår som nevnt fra Konkurransetilsynet og Kommisjonen. Denne har som utgangspunkt at status quo utgjør alternativsituasjonen, med mindre det foreligger «klare holdepunkter for annet», eller «exceptional circumstances», slik det heter i Kommisjonens vedtak.»<sup>126</sup>

Dersom en presumsjon om status quo utgjør alternativsituasjonen, kan det tenkes situasjoner der det som fastsettes som alternativsituasjonen ikke er det mest sannsynlige. For eksempelet skissert ovenfor, *Digitaliseringssaken*, kan det tenkes at det mest sannsynlige *ikke* er at ting fortsetter som før, men at partene heller ikke har påvist klare holdepunkter for en annen

---

<sup>124</sup> Konkurransesklagemndas vedtak - V01-2022- DnB/Sbanken avsnitt 367.

<sup>125</sup> Læren om «failing firm» i fusjonskontrollen (fallittbedriftsforsvaret) handler om at dersom foretaket uansett ville ha gått konkurs, vil det ikke være årsakssammenheng mellom oppkjøpet og konkurranseskade. Dermed vil konkurranseskaden oppstå uavhengig av om fusjonen gjennomføres eller ikke, jf. Hjelmeng (2016) s. 22.

<sup>126</sup> Vedtak av Kommisjonen 19.april 2012 i sak COMP/M.6458- *Universal/EMI*, C-220/08, para. 210.

alternativsituasjon. Dermed legger Konkurransetilsynet til grunn at det er status quo som utgjør alternativsituasjonen, og kommer i sin analyse til at fusjonen vil føre til en betydelig hindring i effektiv konkurranse som følge av at eksistensen av det mindre foretaket er viktig for konkurransen. Til tross om at det ikke vil overleve i et stadig mer digitalt marked. Som følge av dette blir tilsynet nødt til å nekte at foretakssammenslutningen blir gjennomført.

Kommisjonen praktiserer som nevnt også etter en presumsjon om at status quo utgjør alternativsituasjonen. Fravikelse av utgangspunktet, er aktuelt hvor det foreligger «exceptional circumstances».<sup>127</sup> Praksisen er gjeldende, til tross for at ordlyden i Kommisjonens egne retningslinjer er «reasonably be predicted», som i stor grad samsvarer med Konkurransesklagemnda sitt utgangspunkt om det «mest sannsynlige hendelsesløpet». I eksempelet ovenfor, vil det faktum at foretaket ikke har en fremtid på sikt grunnet digitalisering, ikke være en «exceptional circumstance», etter ordlyden, men heller en gradvis utfasing av markedet. Det kan føre til at resultatet på konkurranseanalysen blir at det større foretaket ikke kan kjøpe opp det mindre foretaket, selv om foretaket ikke eksisterer på sikt.

Et tilleggsmoment i den første fremgangsmåten er, som nevnt, at det er partene som har bevisbyrden. Praksis fra Kommisjonen og Konkurransetilsynet viser at det er et klart utgangspunkt om status quo, og at eventuell fravikelse fra dette må påvises av partene.<sup>128</sup> Dette innebærer at dersom konkurransemyndigheten ikke er forelagt opplysninger som tilsier avvik fra utgangspunktet om status quo, er det altså status quo som utgjør alternativsituasjonen og utgjør rammeverket for den videre konkurranseanalysen. Selv om det på konkurranserettens område er profesjonelle parter som har kunnskap til å foreta denne analysen, kan det være at partene ikke klarer å dokumentere de konkrete holdepunktene i tilstrekkelig grad til å overbevise Konkurransetilsynet. I tillegg til den høye terskelen som ser ut til å bli lagt til grunn for hva som utgjør konkrete holdepunkter, kan den omvendte bevisbyrden gjøre det enda mer krevende å legge til grunn en annen alternativsituasjonen enn status quo, selv om noe annet ville vært det mest sannsynlige.<sup>129</sup>

Med videre vurderingen av *digitaliseringssaken*, kan det tenkes at det ikke er klare nok holdepunkter for å fravike status quo, men hvor det heller ikke er alminnelig

---

<sup>127</sup> Opinion of the Advisory Committee gitt 07. September 2012 i sak COMP/M.6458- *Universal/EMI*, C-220/08, para. 210.

<sup>128</sup> Vedtak av Kommisjonen 01. september 2016 i sak COMP/M.7758 - *Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, avsnitt 242.

<sup>129</sup> Se redegjørelse for hva som skal til for å fravike status quo i kap 5.2.2

sannsynlighetsovervekt for status quo. I en slik situasjon vil beviskravet ikke være oppfylt, og status quo kan derfor ikke utgjøre alternativsituasjonen. Dermed kan en regel som tar utgangspunkt i status quo for fastleggelse av alternativsituasjonen, innebære en risiko for at beviskravet ikke er oppfylt, og følgelig risiko for at avgjørelsen ikke er materielt riktig. Manglende oppfyllelse av beviskrav vil resultere i at Konkurransetilsynet ikke kan gripe inn i foretakssammenslutningen. Dersom utgangspunktet ikke motbevises, og den manglende oppfyllelsen av beviskravet likevel fører til inngrep, vil dette øke sjansen for et materielt feil resultat.

Når det kommer til den andre fremgangsmåten, som tar utgangspunkt i at alternativsituasjonen er den mest sannsynlige markedsutviklingen uten foretakssammenslutningen, innebærer dette at Konkurransetilsynet må foreta en fullstendig behandling av de ulike alternativene. Det vil si at den totale bevisbyrden påhviler Konkurransetilsynet. At det ikke foreligger en presumsjon for hva som utgjør alternativsituasjonen, vil si at det ikke er en situasjon som må motbevises av de private partene. For den konkrete vurderingen vil det bety at Konkurransetilsynet må legge frem mulige hendelsesforløp og velge det som viser seg å være mest sannsynlig.

Hvis denne fremgangsmåten anvendes i *digitaliseringssaken*, vil det bety at Konkurransetilsynet må stille spørsmål om hva som er den mest sannsynlige utviklingen i markedet uten at det større foretaket kjøper opp det mindre. I denne vurderingen kan alle momenter knyttet til den digitale utviklingen vektlegges. Med denne fremgangsmåten vil Konkurransetilsynet forsvarlig konkludere med at den mest sannsynlige utviklingen er at det mindre foretaket ikke har en fremtid i markedet. Som følge av dette velger foretaket å legge ned, eller forsøke å selge bedriften til andre større foretak.

I teorien vil nok ikke de ulike fremgangsmåtene føre til ulike resultat, all den tid det foreligger et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt for det som fastlegges som alternativsituasjonen. For at beviskravet skal være oppfylt må status quo bevises med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Etersom bevisreglene stiller krav til alminnelig sannsynlighetsovervekt, vil sjansen være liten for at ulik fremgangsmåte fører til ulikt resultat.

Jeg har ikke tilstrekkelig med informasjon til å faktisk vurdere om Konkurransetilsynet ville konkludert på samme måte i *DnB/Sbanken-saken* dersom de hadde anvendt samme fremgangsmåte for fastleggelse av alternativsituasjonen, da mye av materialet er unntatt offentlighet. Det kan uansett være verdt å merke seg at en av tingene tilsynet og nemnda var

uenig om, var om Sbanken ville *fortette* og yte særlig konkurransepress. Tilsynet fant at det ikke var holdepunkter for annet, mens nemnda mente på sin side at det ikke var mest sannsynlig at Sbanken ville ha denne rollen i fremtiden.

Selv om jeg mener at de ulike tilnærmingene sjeldent eller aldri vil føre til ulikt resultat, er det likevel grunn til å anvende utgangspunktet om «det mest sannsynlige hendelsesforløpet». Ved å ha dette utgangspunktet reduseres risikoen for inngrep der beviskravet ikke er oppfylt, og øker dermed sjansen for materielt riktige vedtak. At det er enklere for Konkurransetilsynet å ha en presumsjon som partene må motbevise, er forståelig nok en enklere arbeidsmetode, med mindre arbeidsbyrde. Jeg mener uansett at hensynet til materielt riktig avgjørelser må veie tyngre enn effektive arbeidsmetoder, og dette hensynet blir best ivaretatt ved å legge det mest sannsynlige hendelsesforløpet til grunn for fastleggelse av alternativsituasjonen.

### **5.3 Fastleggelse av alternativsituasjonen i Storbritannia**

Som nevnt i kapittel 2.6, er de britiske meldepliktreglene basert på frivillighet. Som følge av dette, har CMA i likhet med Konkurransetilsynet, adgang til å føre kontroll med allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. Derfor er det interessant å undersøke hvordan CMA tilnærmer seg spørsmålet om fastsettelse av alternativsituasjonen – både i fusjonskontroll generelt, men også hvor fusjonen allerede er gjennomført, spesielt.

Det må nevnes at etter britisk fusjonskontroll vurderes foretakssammenslutninger etter den såkalte SLC-testen. Testen går ut på at fusjonen må føre til en «substantial lessening of competition».<sup>130</sup> Dette i motsetning til SIEC-testen, hvor det må påvises en «significantly impediment of effective competition». Ulikheten i inngrepvilkår knytter seg altså til virkningen foretakssammenslutningen må ha på konkurransen for at det kan gjøres inngrep i den. I likhet med det norske konkurranseregelverket er det også i den britiske inngrepshjemmelen et krav om årsakssammenheng. Dermed er det interessant å se på CMA sin tilnærming til spørsmålet om alternativsituasjonen, til tross for at inngrepshjemmelen er ulik.

I 2021 publiserte CMA oppdaterte retningslinjer for vurdering av foretakssammenslutninger. Formålet med retningslinjene er blant annet å tydeliggjøre hvordan CMA skal tilnærme seg

---

<sup>130</sup> Wish og Bailey (2012) s. 959.

fusjoner på det digitale marked, og andre marked som er i stadig forandring.<sup>131</sup> I retningslinjenes kapittel 3 er det angitt hvordan CMA skal tilnærme seg spørsmålet om fastsettelse av alternativsituasjonen. I punkt 3.14 heter det at:

«Establishing the appropriate counterfactual to assess the merger against is an inherently uncertain exercise and evidence relating to future developments absent the merger may be difficult to obtain. Uncertainty about the future will not in itself lead the CMA to assume the pre-merger situation to be the appropriate counterfactual [...]»<sup>132</sup>

Her fremkommer det tydelig at en usikkerhet knyttet til hva som er det mest sannsynlige hendelsesforløpet ikke er tilstrekkelig til å fastlegge «pre-merger situation», altså status quo.

Et eksempel på en sak der CMA vedtok at en gjennomført fusjon skulle reverseres er den tidligere omtalte *ICE/Trayport-saken*.<sup>133</sup> I denne saken ble det blant annet inngående vurdert hvordan alternativsituasjonen skulle fastsettes. CMA vurderte det slik at dersom fusjonen ikke hadde skjedd, ville det oppkjøpte foretaket blitt kjøpt opp av et annet selskap. De kom imidlertid til at ingen av disse oppkjøpene ville medføre konkurranseskade av slik art at den ville nådd opp til inngrepshjemmelens terskel. I denne saken tilnærmer CMA seg spørsmålet om hva som skal utgjøre alternativsituasjonen, ved å undersøke hvilket scenario som fremstår som det mest sannsynlige – ikke med å ta utgangspunkt i «pre-merger conditions».

I noen ferskere saker har CMA måttet ta stilling til hvordan alternativsituasjonen skal fastlegges når foretakene befinner seg i et marked som stadig er i endring. Som følge av dette har CMA inkludert investeringsplaner og markedsstrategier som enda ikke har materialisert seg, i vurderingen. Et eksempel på dette er i *Amazon/Deliveroo*.<sup>134</sup> I denne saken vurderte CMA om Amazon sitt oppkjøp som ville gi dem en liten markedsandel av utleveringstjenester for restauranter, ville eliminerer Amazon sine insentiver til å etablere seg på det britiske markedet på nytt. I analysen av hva som skulle være alternativsituasjonen vurderte CMA å legge vekt på den forventede konkurransen i dette markedet, både dersom Amazon gjeninntretr i markedet, men også Covid19-pandemiens påvirkning på markedet. Det ble imidlertid konkludert med at

---

<sup>131</sup> Competition and Markets Authority, Updated CMA Merger Assessment Guidelines published, gov.uk, (lest: 28. april 2022).

<sup>132</sup> Merger Assessment Guidelines, 18 march 2021 CMA 129, pkt. 3.14. Merk at terminologien “pre-merger” gjelder der fusjonen allerede har skjedd. I de tilfellene fusjonen enda ikke er gjennomført omtales det som «prevailing contitions», jf. note 54 i retningslinjene.

<sup>133</sup> CMA decision of 17. October 2016, *MasterCard UK*.

<sup>134</sup> CMA decision of 4. August 2020, *Amazon / Deliveroo*.

det ikke var grunnlag for å inkludere disse elementene i alternativsituasjonen, da en annen fremtidssituasjon var mer sannsynlig. Saken illustrerer likefullt hvordan status quo kan gi et misvisende bilde av framtidssituasjonen uten foretakssammenslutningen, særlig på markeder som stadig er i endring.

CMAAs reviderte retningslinjer illustrerer hvordan denne, og andre nylige saker har bevisstgjort CMA på hvordan det i noen foretakssammenslutninger er nødt til å ha en bredere tilnærming ved fastsettelse av alternativsituasjonen. Dette gjelder særlig der de rådende konkurranseforholdene i markedet ikke gir et tilstrekkelig bilde av hvordan ting kommer til å utvikle seg. I slike tilfeller kan en mer helhetlig vurdering av hvordan forholdene må antas å utvikle seg, være en mer hensiktsmessig metode for fastleggelsen av alternativsituasjonen, både for partene, myndighetene og forbrukerne.

Som følge av dette behovet for fleksibilitet ved vurdering av fusjoner i markeder med stadige endringer, åpner CMA for at en «dynamic counterfactual» kan anvendes for å fange opp flere elementer i alternativsituasjonen. Slik jeg forstår CMA sin tilnærming i disse sakene, er dette en lignende tilnærming som Konkurranseskjennemnda har når den oppstiller et utgangspunkt om «det mest sannsynlige hendelsesforløpet». På den måten kan usikkerhetsmomenter knyttet til framtidssituasjonen fanges opp, uten at «pre-merger conditions» eller status quo som alternativsituasjon, må motbevise.

## **5.4 Alternativsituasjonen ved reversering: skal foretakssammenslutningen tenkes bort?**

Det er nå klargjort hvordan alternativsituasjonen skal fastlegges. I dette kapittelet vil jeg vurdere hvordan alternativsituasjonen skal vurderes ved allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. Spørsmålet er altså om alternativsituasjonen må vurderes annerledes der fusjonen allerede har skjedd.

I de tilfellene der foretakssammenslutningen allerede er gjennomført er det som nevnt noen særlige omstendigheter som det kan være nødvendig å ta hensyn til. Én utfordring, er at vurderingen av framtidssituasjonen hvor foretakssammenslutningen tenkes bort, ikke nødvendigvis er den samme som når den må reverseres. Årsaken ligger i gjennomføringselementet: hvor det gjøres inngrep i foretakssammenslutninger som ikke har skjedd, vil selskapet fortsette med tidligere eiere, men ved inngrep i foretakssammenslutningen

som allerede er gjennomført, kan det tenkes at tidligere eiere ikke har vilje eller evne til å kjøpe selskapet tilbake. Spørsmålet er hvilket utgangspunkt for alternativsituasjonen det er riktig å legge til grunn: skal det forutsettes at foretakssammenslutningen aldri har skjedd, eller må det tas hensyn til at fusjonen har skjedd, og eventuelt skal reverseres?

I utgangspunktet er fastleggelse av alternativsituasjonen en vurdering av om det foreligger *årsakssammenheng*, altså om foretakssammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Dersom det i tilfeller hvor foretakssammenslutningen er gjennomført, tas utgangspunkt i reverseringssituasjonen ved fastleggelse av alternativsituasjonen, vil man ikke vurdere årsakssammenhengen mellom foretakssammenslutningen og konkurranseskaden. Det som i realiteten vurderes er årsakssammenheng, mellom reverseringen og konkurranseskaden. Et utgangspunkt om at fusjonen allerede er gjennomført ved fastleggelse av alternativsituasjonen er ikke i tråd med ordlyden i krrl. § 16 første ledd.

Til tross for at lovens ordlyd krever årsakssammenheng mellom fusjonen og den eventuelle konkurranseskaden, må det stilles spørsmål om det burde vært adgang til å fastlegge alternativsituasjonen på en annen måte. Dette kan aktualiseres i situasjoner hvor pålegg om reversering kommer på et tidspunkt hvor foretakene er fullintegrert, og vedtaket krever at foretaket må selges til en egnet kjøper. Hvor slik egnet kjøper ikke finnes, eller andre utfordringer oppstår, vil en reversering kunne innebære at konkurransesituasjonen ikke blir gjenopprettet. Hvis vedtaket ikke gjenoppretter konkurransesituasjonen, vil det potensielt være et inngrep i en foretakssammenslutning som ikke oppfyller lovens formål om «fremme konkurranse», jf. krrl. § 1.

Et utgangspunkt om at foretakssammenslutningen allerede har skjedd ved fastleggelse av alternativsituasjonen vil imidlertid ikke utgjøre en god regel. Dette kan bringe med seg risiko for omgåelser, og gir et insentiv til ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger om å gjennomføre fusjonen hurtig, samt å unnlate å frivillig melde fusjonen inn til tilsynet. På denne måten kan foretakene sette seg i en gunstigere situasjon, dersom de vet at det vil være vanskelig å gjenopprette konkurransesituasjonen forut for at foretakssammenslutningen ble gjennomført. Det må nevnes at ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger som gjennomfører en fusjon hurtig, kun benytter seg av de virkemidlene lovverket legger opp til. Jeg mener det derfor ikke er helt presist å omtale det som en omgåelsesfare. Poenget er at det uheldig å lage en regel som



legger til rette for at foretak selv kan sette seg i en gunstigere situasjon, enn de hadde vært i dersom foretakssammenslutningen ikke ble gjennomført. Dersom ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger ønsker endelig avklaring før det har gått tre måneder, kan de benytte seg av mulighet for frivillig melding, jf. krrl. § 18 tredje ledd.

Den riktige fremgangsmåten ved fastsettelsen av alternativsituasjonen for allerede gjennomførte foretakssammenslutninger, er å forutsette at foretakssammenslutningen aldri har skjedd. Dette er fordi det følger av ordlyden at det årsakssammenheng mellom fusjonen og den eventuelle konkurranseskaden som skal vurderes. Videre hindrer denne fremgangsmåten at foretak kan sette seg i en gunstigere posisjon ved raskt å gjennomføre foretakssammenslutningen. For å ivareta lovens formål om å «fremme konkurranse», bør Konkurransetilsynet bestemme rettsvirkningen etter det som best ivaretar hensynet til effektiv konkurranse, dersom en fullstendig gjenoppretting av konkurranseskaden ikke er mulig.

# Del III: Forholdsmessighetsprinsippets plass i fusjonskontrollen

## 6 Forholdsmessighet som rettesnor for Konkurransetilsynets myndighetsutøvelse

### 6.1 Introduksjon av problemstillingene

Et vedtak om reversering av en foretakssammenslutning vil nok i de fleste tilfeller være mer inngripende ovenfor foretakene, enn et vedtak som stanser en ikke-gjennomført fusjon. En gjennomført fusjon, har allerede kostet en hel mengde ressurser. Reversering bringer med seg enda en omorganiserings- og salgsprosess. Er fusjonen enda ikke gjennomført, er det selvsagt kostnader ved kjøps/-salgsprosessen, og for representasjon ved tilsynssaken. For allerede gjennomførte foretakssammenslutninger kommer reverseringskostandene på toppen av dette, dermed vil en reversering være både kostbar, tyngende og tidkrevende.

Man kan se for seg tilfeller hvor kostnadene ved reversering er så store at man kan undre seg om det er tjenlig og forholdsmessig å vedta reversering. Forholdsmessighet er et gjennomgående moment i store deler av norsk rettstradisjon, som har hatt en sentral plass i store deler av forvaltningsretten. Spørsmålet for dette kapittelet, er om dette har noen plass i fusjonskontrollen, og om Konkurransetilsynet har anledning til å legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak ved spørsmål om det skal gjøres inngrep i en foretakssammenslutning.

Slik gjennomgangen vil vise er det ikke opplagt om, og eventuelt i hvilke tilfeller Konkurransetilsynet har adgang til å vurdere forholdsmessigheten av et vedtak. Konkurransetilsynet sin praksis er også sprikende hva gjelder vektlegging av forholdsmessighet. I dette kapittelet vil jeg først vurdere om forholdsmessighetsprinsippet setter grenser for Konkurransetilsynet sin myndighetsutøvelse. Før jeg diskuterer dette, vil jeg kort gjøre rede for innholdet i forholdsmessighetsprinsippet. Deretter vil jeg vurdere i hvor stor grad inngrepshjemmelen åpner for å legge vekt på andre hensyn enn de konkurransefaglige, og videre om inngrepshjemmelen kan suppleres med ulovfestede regler om forholdsmessighet. Jeg vil først diskutere spørsmålet i fusjonskontrollen generelt, både ved forbud mot gjennomføring

og der det er spørsmål om å pålegge avhjelpende tiltak. Deretter vil jeg i kapittel 7 diskutere de samme spørsmålene, der foretakssammenslutningen allerede er gjennomført

Hovedspørsmålet for dette kapittelet er altså om Konkurransetilsynet har adgang til å unnlate å gjøre inngrep i fusjonen, eller vurdere mindre inngripende vedtak, til tross for at vilkårene i krrl. § 16 er oppfylt.

## 6.2 Kort om forholdsmessighetsprinsippets innhold

Forholdsmessighetsprinsippet kan betegnes som at forvaltningen kun bruker sin kompetanse når det er nødvendig, og der de samlede fordeler veier opp for ulempene.<sup>135</sup> Det forvaltningsrettslige forholdsmessighetsprinsippet består av tre spørsmål som alle må besvares bekreftende for at et eventuelt inngrep skal være forholdsmessig. For det første må tiltaket som vurderes, være *egnet* til å oppnå formålet med inngrepet. For det andre må ikke tiltaket gå lengre enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Dette omtales også som det *minste inngreps prinsipp* og innebærer at dersom det finnes andre tiltak som er mindre inngripende vil tiltaket være uforholdsmessig. Det tredje og siste spørsmålet i forholdsmessighetsvurderinger er om de samlede fordelene av vedtaket veier tyngre enn ulempene det medfører.<sup>136</sup>

Forholdsmessighetsprinsippet er først og fremst rettet mot lovgiver og forvaltningen. For lovgiver er prinsippet relevant ved utformingen av nye lovbestemmelser, og om disse etter en vurdering av egnethet, nødvendighet og vekting oppfyller kravet til forholdsmessighet. For forvaltningen, kan forholdsmessighetsprinsippet være retningsgivende og disiplinerende under utøvelse av myndighet.<sup>137</sup> Hvordan prinsippet er retningsgivende varierer ut fra rettsområde, forvaltningsorgan og forvaltningssektor.<sup>138</sup> I en rekke lovbestemmelser er det et vilkår at forvaltningens avgjørelse «ikke må være uforholdsmessig» eller andre formuleringer som gir uttrykk for det samme.<sup>139</sup> I slike tilfeller er forvaltningens myndighet betinget av at det er

---

<sup>135</sup> Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget, 2015, s. 128.

<sup>136</sup> Graver, (2015), s. 128.

<sup>137</sup> Tor-Inge Harbo, «Forholdsmessighet», *Jussens Venner* vol. 56, (2021) s. 315–368, s. 315.

<sup>138</sup> Som jeg nevner i kapittel 6.1.3 er det enkelte rettsområder hvor det er mer tydelig at forholdsmessighetsprinsippet er styrende i rettsanvendelse. Ett eksempel er helseretten, se Ørnulf Rasmussen, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *Lov og Rett* vol. 34, (1995) s. 307-322.

<sup>139</sup> Et eksempel er naturmangfoldsloven § 67, hvor det heter at myndighetene «kan oppheve eller endre vilkårene i en tillatelse gitt i medhold av loven eller sette nye vilkår, og om nødvendig kalle tillatelse tilbake hvis [...] b. skadevirkningene kan minskes uten urimelig kostnad for tiltakshaveren». I denne vurderingen må det altså ses hen til om de de fordelene som oppveies ved å minske skadevirkningene, veier opp for de ulempene i form av økt kostand som blir påført tiltakshaveren. Et annet eksempel er pbl. § 17-3 hvor det heter «[...] tiltak må stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang og kommunens bidrag til gjennomføringen av planen og

foretatt en vurdering av om tiltaket er egnet til å oppnå formålet, er nødvendig, og om de samlede fordelene veier tyngre enn ulempene avgjørelsen medfører.

Følgelig vil jeg vurdere om Konkurransetilsynet har mulighet til å legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak. En formulering som oppstiller en *plikt* for Konkurransetilsynet til å foreta en forholdsmessighetsvurdering fremgår ikke av konkurranseloven. Spørsmålet er altså om tilsynet har adgang til å vektlegge andre hensyn enn rent konkurransefaglige, herunder hvor inngripende vedtaket er for foretakene. I kapittel 6.3 vil jeg vurdere tilsynet sin adgang til å ta disse vurderingene, uten at det er foreslått avhjelpene tiltak fra partene. I kapittel 6.4 vurderer jeg situasjonen etter at det er foreslått avhjelpende tiltak fra melderne.

## **6.3 Konkurransetilsynets adgang til å vurdere forholdsmessighet**

### **6.3.1 Utgangspunktet: krrl. § 16 første ledd**

Spørsmålet om Konkurransetilsynets adgang til å vurdere forholdsmessighet, og dermed ha mulighet til å vektlegge andre hensyn enn de rent konkurransefaglige, reguleres først og fremst i inngrephjemmelen. For å vurdere tilsynet sin kompetanse til å vektlegge forholdsmessighet av vedtaket, tar jeg følgelig utgangspunkt i krrl. § 16. Deretter vil jeg vurdere om denne adgangen kan suppleres med ulovfestede regler.

At krrl. § 16 ikke åpner for at det skal ta foretas en forholdsmessighetsvurdering fremstår uomtvistet. For det første følger det av første ledd at Konkurransetilsynet «skal» forby fusjoner som «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Ordlyden «skal» tilsier at tilsynet ikke har en skjønnsmargin med tanke på å unnlate å gjøre inngrep. For det andre er vurderingen av om fusjonen i «betydelig grad vil hindre til effektiv konkurranse» i stor grad en konkurransefaglig vurdering, hvor økonomi- og markeds-elementer er sentrale. Forholdsmessighet ovenfor partene har ikke en opplagt plass eller relevans ved vurdering av om fusjonens påvirkning på konkurransen, er betydelig eller ikke. For det tredje er vurderingen underlagt strenge rettslig føringer. Denne rettsliggjøringen ble ytterligere styrket ved harmoniseringen med EU-retten og innføringen av SIEC-testen, da også avgjørelser fra EU-

---

forpliktelser etter avtalen. Kostnadene som belastes utbygger eller grunneier til tiltaket, må stå i forhold til den belastning den aktuelle utbygging påfører kommunen».

domstolen er relevante i rettsanvendelsen.<sup>140</sup> At inngrepsvurderingen er underlagt strenge rettslige føringer, ble også presisert av Gulating lagmannsrett i *Schibsted/nettbil.no-dommen*.<sup>141</sup> I forbindelse med at domstolen redegjorde for rettens prøvingskompetanse, skrev lagmannsretten at «[s]elv om enkelte vurderinger som inngår som del av lovens vilkår, er skjønsmessige, er det her tale om rettsanvendelsesskjønn som retten kan prøve».<sup>142</sup>

At Konkurransetilsynet ikke har adgang til å unnlate å gjøre inngrep i en foretakssammenslutning – i saker hvor vilkårene etter § 16 første ledd er oppfylt – kommer også til uttrykk i forarbeidene til konkurranseloven. I den tidligere inngrepshjemmelen het det at Konkurransetilsynet «kan» gripe inn i fusjonen. I forarbeidene til endringen av inngrepshjemmelen, fra 2003-2004, skrev departementet følgende:

«[inngrepshjemmelen er] endret slik at Konkurransetilsynet heretter «skal» gripe inn hvis de materielle vilkårene er oppfylt. Formålet er å markere et skille mellom faglige vurderinger i Konkurransetilsynet og departementet, og avveining mellom politiske mål som skal foretas av Kongen i statsråd. Konkurransetilsynet og departementet vil derved ikke kunne legge vekt på andre hensyn enn de rent konkurranse- og effektivitetsmessige i sin inngrepsvurdering.»<sup>143</sup>

Med andre ord: dersom en foretakssammenslutning «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse», plikter tilsynet å gripe inn i den. Jeg forstår departementets uttalelse slik at formålet med endringen til «skal» i ordlyden, var å tydeliggjøre at dersom vilkårene i krrl. § 16 er oppfylt, er omkringliggende hensyn ikke av relevans. Tilsynet skal da – uten videre – gjøre inngrep. Uttalelsen kan for så vidt også ses slik at lovgiver allerede har foretatt en vurdering av formålet med inngrepet, målt opp mot vern av private parter, med den slutning at hensynet til effektiv konkurranse i alle tilfeller veier tyngst, og er dermed forholdsmessig.

På bakgrunn av ovenstående er det derfor klart at en adgang til å vurdere forholdsmessigheten av et vedtak ikke kan utledes fra inngrepshjemmelen krrl. § 16 første ledd. Til tross for dette, henviser likevel Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda enkelte steder i sin praksis

---

<sup>140</sup> Se betydningen av praksis fra EU-domstolen sine avgjørelser og innføring av SIEC i kapittel 3.1.

<sup>141</sup> LG-2021-119638 (Gulating) s. 9.

<sup>142</sup> LG-2021-119638 (Gulating) s. 9.

<sup>143</sup> Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 229.

til at inngrepet må være forholdsmessig.<sup>144</sup> I det følgende vil jeg vurdere om det finnes ulovfestede regler som kan supplere lovtekst, og som dermed åpner for at Konkurransetilsynet kan legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak.

### 6.3.2 Et ulovfestet forholdsmessighetsprinsipp?

I dette kapittelet undersøker jeg om det finnes et generelt, ulovfestet forholdsmessighetsprinsipp som åpner for, og for så vidt krever, at Konkurransetilsynet vurderer forholdsmessigheten av sine vedtak, og da til tross for at inngrepshjemmelen ikke åpner for dette, etter sin ordlyd. Konkurransetilsynet henviser tidvis til det «alminnelig kravet til forholdsmessighet» i norsk rett. Et eksempel på dette er den tidligere nevnte *Schibsted/nettbil.no-saken*. Her skriver tilsynet at «kravet til forholdsmessighet i norsk rett [innebærer] at Konkurransetilsynets vedtak ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe de negative konkurransevirkningene av foretakssammenslutningen».<sup>145</sup> Samtidig uttaler tilsynet at de «skal» forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, med en henvisning til § 16 første ledd. Konkurransetilsynet konkluderer så med at vedtaket ikke går lengre enn nødvendig, og at vedtaket oppfyller kravet til forholdsmessighet. Samme henvisning til og vurdering av forholdsmessighet går igjen i flere vedtak fra tilsynet.<sup>146</sup> Konkurransetilsynet sin henvisning til «skal» gjør at det er usikkert om tilsynet mener at det ikke kan foretas en forholdsmessighetsvurdering, eller om dette konkrete inngrepet ikke er uforholdsmessig.

På den ene siden kan tilsynet sin vurdering av forholdsmessigheten være en synliggjøring av at vedtaket er forholdsmessig, selv om disse vurderingene er gjort av lovgiver i forkant. Uten at tilsynet mener at de har anledning til å vektlegge forholdsmessigheten av et vedtak. På den andre siden ville tilsynet neppe ha gått inn på at inngrepet ikke går lengre enn nødvendig, dersom de var av den oppfatningen av at de ikke hadde adgang til å foreta en forholdsmessighetsvurdering. Tilsynet sin henvisning til forholdsmessighetsprinsippet kan forklares på ulike måter. For det første kan det vitne om et lite bevisst forhold til

---

<sup>144</sup> Se for eksempel Konkurransetilsynet sitt vedtak - V2020-31 – Schibsted ASA/Nettbil AS, punkt 9. Se også Konkurransetilsynet sitt vedtak V2016-6 - Umoe Restaurants AS/Dolly Dimple's Norge, avsnitt 1621, samt Konkurransetilsynet sitt vedtak V03-2021 - Schibsted ASA/Nettbil AS 2021, punkt 10 flg.

<sup>145</sup> Konkurransetilsynet sitt vedtak V2020-31 - Schibsted ASA/Nettbil AS, punkt 9.

<sup>146</sup> Se for eksempel Konkurransetilsynet sitt vedtak - V2018-22 - Sector Alarm Group AS/Nokas AS, avsnitt 636, hvor Konkurransetilsynet bemerker at kravet til forholdsmessighet er ivaretatt som følge av at vedtaket ikke går lengre enn det som må anses nødvendig for å avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen.

problemstillingen. Et annet alternativ er at henvisningen knytter seg til muligheten for å pålegge avhjelpende tiltak.<sup>147</sup> Denne forklaringen holder imidlertid kun delvis mål, ettersom tilsynet vurderer forholdsmessigheten også der avhjelpende tiltak ikke er foreslått.<sup>148</sup> Et tredje alternativ er at tilsynets formulering henger igjen fra før loven ble endret til å hete «skal» og det ble tydeliggjort at andre hensyn ikke skal vektlegges.<sup>149</sup> Tilsynet sin henvisning og vurdering til forholdsmessighetsprinsippet tyder imidlertid på at det er prinsippet om forholdsmessighets som er vurdert. I det følgende vil det derfor vurderes om tilsynet har rettskildemessig grunnlag for å henvise til, og vurdere forholdsmessighetsprinsippet i fusjonskontrollen.

Konkurransetilsynet sin henvisning til det generelle forholdsmessighetsprinsippet har vært kritisert i juridisk teori. Bryng skriver i en artikkel om avhjelpende tiltak at henvisningen til det alminnelige forholdsmessighetsprinsippet «ikke er helt presis».<sup>150</sup> Standpunktet er begrunnet i Rt. 2011 s. 304, hvor Høyesterett har noen generelle bemerkninger til forholdsmessighet som prinsipp, og at dette kan ha overføringsverdi til andre rettsområder. Førstvoterende skriver i avsnitt 56 at:

«[...] Det er riktig at domstolene på enkelte særlige forvaltningsområder er gitt kompetanse til å underkjenne forvaltningsvedtak dersom det ikke er forholdsmessig. Det finnes imidlertid ikke noen generell regel med dette innhold. Ganske visst vil det ved vurderingen av om et forvaltningsvedtak er åpenbart urimelig, inngå forholdsmessighetsbetraktninger, men det er ikke grunnlag for å stille et generelt krav om forholdsmessighet når det gjelder innholdet av forvaltningsvedtak[...]».<sup>151</sup>

Førstvoterende presiserer det som har vært en oppfatning i juridisk teori: at domstolene som utgangspunkt ikke overprøver forholdsmessigheten av et vedtak.<sup>152</sup> Til tross for at domstolene som utgangspunkt ikke overprøver forholdsmessigheten av et vedtak, trenger ikke dette å bety at Konkurransetilsynet ikke har mulighet til å legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak. Dessuten er som nevnt forholdsmessighetsprinsippet først og fremst rettet mot lovgiver og

---

<sup>147</sup> Se denne vurderingen i kap. 6.4.

<sup>148</sup> Se for eksempel Konkurransetilsynet sitt vedtak V2020-31 – Schibsted ASA/Nettbil AS, punkt 9.

<sup>149</sup> Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 229.

<sup>150</sup> Per Kristian Bryng (2015), «Om avhjelpende tiltak i norsk fusjonskontroll», *Tidsskrift for forretningsjus*, (2016) s. 77-102 på note 9.

<sup>151</sup> Rt. 2011 s. 304, avsnitt 56.

<sup>152</sup> Graver (2015) s. 131.

forvaltningen, et poeng som står seg selv om den klare hovedregelen er at det domstolene ikke overprøver forholdsmessigheten av et vedtak.<sup>153</sup>

Til tross for at jeg er uenig med Bryng om at overstående dom kan begrunne hvorfor det er feil av Konkurransetilsynet å henvise til det generelle forholdsmessighetsprinsippet, er jeg enig med ham i at et slikt generelt forholdsmessighetsprinsipp ikke eksisterer. Søvig ser også ut til være av denne oppfatning når han skriver i *Forholdsmessighet i forvaltningsretten* at «[f]å vil være uenige i at vi har en alminnelig forventning til myndighetsorgan om at de ved tiltak må tilstrebe et rimelig samsvar mellom mål og middel. De springende spørsmål er særlig knyttet til i hvilken grad denne forventningen også er et rettslig krav til forvaltningen [...]». Jeg forstår Søvig slik at han mener at selv om forvaltningens myndighetsutøvelse bør være forholdsmessig, finnes det likevel ikke et rettslig prinsipp som pålegger forvaltningen plikter.<sup>154</sup>

Så vidt jeg kan se, finnes det ikke rettslig grunnlag får å hevde at det foreligger et rettslig prinsipp om forholdsmessighet. Dermed kan ikke det alminnelige prinsippet supplere inngrepshjemmen. Ingen av de gjennomgatte kildene kan hverken forankre eller forklare Konkurransetilsynet sin henvisning og vurdering av forholdsmessigheten av et vedtak. Jeg vil i det følgende vurderes om det finnes andre rettskildemessig grunnlag som kan forklare Konkurransetilsynet sin henvisning til forholdsmessighetsprinsippet.

På en rekke rettsområder finnes såkalt et sektorielt forholdsmessighetsprinsipp.<sup>155</sup> Eksemplet på slike området er der forvaltningen skal omgjøre et vedtak til ugunst eller der det treffes vedtak innenfor helse- og sosialretten. Spørsmålet er om Konkurransetilsynet, med sin henvisning til forholdsmessighetsprinsippet, mener at det konkurranseretten, herunder i fusjonskontrollen foreligger et sektorielt prinsipp om forholdsmessighet.

I forlengelsen av spørsmålet, må det også vurderes om det gjør seg gjeldende særlige hensyn eller aspekter ved fusjonskontroll som form for myndighetsutøvelse, som kan begrunne et sektorielt forholdsmessighetsprinsipp.

---

<sup>153</sup> Graver (2015), s. 131

<sup>154</sup> På disse områdene er det ikke tvil om at det finnes et slikt forholdsmessighetsprinsipp. Ulike steder i litteraturen er det diskutert om dette i realiteten er enkeltstående utslag av et alminnelig prinsipp eller om det er sektorielle prinsipp. Se mer om denne diskusjonen i Rasmussen (1995).

<sup>155</sup> Ørnulf Rasmussen (1995) s. 311.



Felles for områdene hvor det er sikkert at et sektorielt forholdsmessighetsprinsipp gjelder, er at de gjelder konkrete rettigheter som er viktige og sentrale for borgeren. Viktigheten av område knytter seg for eksempel til borgerens rettigheter og rettssikkerhet, samt forvaltningens inngrepsadgang i for å verne borgere konkret, eller samfunnet generelt, og selvsagt også vektingsvurderingen når de to nevnte, støter mot hverandre, f.eks. ved vedtak om tvungent psykisk helsevern.

Til tross for at inngrep i foretakssammenslutninger kan ha stor betydning for de rettssubjektene det gjelder, vil det ikke være riktig at å hevde at denne type vedtak skiller seg fra resten av forvaltningsretten i den grad at det kan rettferdiggjøre at det oppstilles et sektorielt forholdsmessighetsprinsipp.

Som redegjort for i kapittel 3.1, er fusjonskontrollen harmonisert med EØS-retten. Dermed kan det stilles spørsmål om det EØS-rettslige forholdsmessighetsprinsippet har betydning for Konkurransetilsynets rettsanvendelse. EØS-retten er et rettsområde hvor det foreligger et sektorielt forholdsmessighetsprinsipp.<sup>156</sup> For at det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet skal sette skranke for forvaltningens myndighetsutøvelse, også ved utøvelse av nasjonal rett, må inngrepet berøre EØS-rettslige prinsipper.<sup>157</sup> Ettersom håndhevelsen av den norske fusjonskontrollen ikke angår rettigheter som følger av EØS-retten vil heller ikke prinsippet ha betydning for Konkurransetilsynet sine vurderinger av om det skal gjøres inngrep i en foretakssammenslutning.<sup>158</sup>

Videre kan det også argumenteres for at det ikke er nødvendig med et sektorielt forholdsmessighetsprinsipp, som en sikkerhetsventil for rettssubjektene i fusjonskontrollen. Dette er fordi inngrephjemmelen ivaretar alle bestanddelene av forholdsmessighetsprinsippet: egnethet, formålmessighet og at fordelene veier opp for ulempene. Dermed gir krrl. § 16 på mange måter uttrykk for et forholdsmessighetsprinsipp. For det første vil et forbud mot konkurransebegrensende fusjoner være egnet til å oppnå formålet om effektiv konkurranse i tråd med lovens formålsparagraf § 1. Dersom et forbud mot å gjennomføre en foretakssammenslutning ikke er egnet til å ivareta effektiv konkurranse, vil heller ikke kravet

---

<sup>156</sup> Rasmussen (1995) s. 315.

<sup>157</sup> Gjermund Mathisen, «Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter», Jussens Venner vol. 42, (2007), s. 80–92 på s. 81.

<sup>158</sup> Se redegjørelsen for meldepliktreglene i kap 2.6. Fusjonen som berører det indre marked vil ha en såkalt EU- eller EFTA-dimensjon. I slike tilfeller er det Kommisjonen som har jurisdiksjon til å behandle saken. Det utelukkes ikke at proporsjonalitetsprinsippet kan ha betydning i disse tilfellene, men det faller utenfor det jeg behandler i denne oppgaven.

om årsakssammenheng mellom fusjonen og konkurransesaken være oppfylt. I årsakssammenhengskravet ligger det, som nevnt at konkurranseskaden må være en konsekvens av fusjonen. En stans av en fusjon med slik konsekvens, vil åpenbart være egnet til å oppnå formålet om effektiv konkurranse. Videre vil ikke inngrepet om forbud mot å gjennomføre fusjonen gå lengre enn det som er nødvendig, dersom tilsynet mener at de avhjelpende tiltakene ikke vil være tilstrekkelig for å oppnå formålet med inngrepet. Avhjelpende tiltak vil vurderes nærmere i kapittel 6.4. Ved den siste vurderingen av forholdsmessigheten av et vedtak, altså om fordelene veier tyngre enn ulempene, er dette en vurdering av fordelene det har for samfunnet på den ene siden, og ulempene av et inngrep i avtalefriheten på den andre. En sentral del av begrunnelsen her, er viktigheten av effektiv konkurranse for samfunnsøkonomien som sådan. Et inngrep i avtalefriheten vil ofte medføre ulemper av økonomisk art for de parter inngrepet rammer. Dersom en foretakssammenslutning faktisk vil føre til effektiv bruk av samfunnets ressurser, vil heller ikke vilkåret om «betydelig hindring av effektiv konkurranse» være oppfylt, da den ikke ville vært i tråd med formålsparagrafen § 1. Det er dermed vanskelig å tenke seg at et inngrep i fusjon som vil føre til «betydelig» konkurransebegrensning, ikke vil være forholdsmessig.

Jeg kan derfor ikke se at det foreligger særlige hensyn som begrunner et sektorielt forholdsmessighetsprinsipp i fusjonskontrollen. Dermed kan heller ikke dette forklare, eller forankre Konkurransetilsynet sin henvisning og vurdering av forholdsmessigheten av et vedtak.

Slik jeg ser det, finnes det ingen ulovfestede regler som kan supplere loven, og åpne for at tilsynet kan legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak. Når det heter «skal» i inngrepshjemmelen, gir dette et tydelig signal om at lovgiver har ment at det ikke skal vektlegges andre hensyn enn rent konkurransefaglige, og kompetansen til å nekte en fusjon skal benyttes der vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Dermed må Konkurransetilsynet holde seg innenfor den de rammene som lovgiver har satt. Utvidelse av denne kompetansen ville vært illojalt mot lovgiver.

Det nevnes for ordens skyld at dersom Konkurransetilsynet sin myndighetsutøvelse er sterkt urimelig kan myndighetsmisbrukslæren aktualiseres.<sup>159</sup> Det finnes altså en sikkerhetsventil som

---

<sup>159</sup> Myndighetsmisbrukslæren er godt etablert i norsk forvaltningsrett. Læren gir domstolen kompetanse til prøving og sensurering av forvaltningsvedtak ved vilkårlig myndighetsutøvelse, ved usaklig forskjellsbehandling, ved vektlegging av utenforliggende hensyn, eller ved vedtak som er åpenbart urimelige, jf. Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget (1992) s. 242 og Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget (2007) s. 112.

åpner for å føre kontroll med forvaltningens myndighetsutøvelse, også hvor det ikke gjelder et forholdsmessighetsprinsipp – det være seg sektorielt, eller direkte av den aktuelle lov, jf. gjennomgangen i kap. 6.3.1 og 6.3.2.

Konkurransetilsynet har altså ikke adgang til å legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak dersom ikke avhjelpende tiltak er foreslått av partene. Dersom partene har foreslått avhjelpende tiltak, stilles situasjonen seg imidlertid noe annerledes. I fortsettelsen skal jeg vurdere om det er adgang for å legge vekt på forholdsmessigheten når en foretakssammenslutning godkjennes med avhjelpende tiltak.

## **6.4 Forholdsmessighet ved fastsettelse av avhjelpende tiltak**

I dette kapittelet skal det undersøkes om forholdsmessighetsprinsippet er relevant når Konkurransetilsynet godkjenner en foretakssammenslutning på vilkår. Her vil jeg vurdere om (1) tilsynet har plikt til å vurdere om de avhjelpende tiltakene går lengre enn det som er nødvendig, og (2) om tilsynet har mulighet til å endre på tiltakene som foretakene foreslår. Først vil jeg kort gjøre rede for krrl. § 16 andre ledd, og hva det innebærer at avhjelpende tiltak må være «[foreslått] av melderne».

Det er krrl. § 16 andre ledd som regulerer adgangen til å fastsette avhjelpende tiltak. I denne heter det at:

«Dersom Konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av melderne vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen kan føre til, skal tilsynet fatte vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på disse vilkår. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkårene oppfylles».

Bestemmelsen åpner altså for at Konkurransetilsynet kan tillate foretakssammenslutningen, til tross for at vilkårsinngrepet er oppfylt, dersom det finnes avhjelpende tiltak som kan avbøte de negative konkurransebegrensede virkningene.

Før lovendringen i 2014 var bestemmelsen formulert på en måte som i større grad åpnet for at det var adgang til å foreta en forholdsmessighetsvurdering. I denne bestemmelsen het det i tredje ledd bokstav c at inngrep kunne omfatte «tillatelse på vilkår», som er «vilkår som er nødvendige for å motvirke begrensning av konkurransen». Vilåret som ble pålagt måtte altså

være nødvendig for å oppnå formålet med inngrepet, som var å motvirke begrensning av effektiv konkurranse. Videre måtte det være saklig sammenheng mellom vilkåret og vedtaket. Bestemmelsen bygde altså på den alminnelige forvaltningsrettslige vilkårlæren.<sup>160</sup> Formålet med lovendringen var å tydeliggjøre om det er tilsynet eller foretakene som har ansvar for å foreslå avhjelpende tiltak.<sup>161</sup> Som ordlyden, «foreslått av meldene», viser, er det foretakene som må foreslå avhjelpende tiltak. Videre følger det av forarbeidene at i tillegg til at Konkurransetilsynet ikke har ansvar for å foreslå avhjelpende tiltak, har de heller ikke anledning til å gjøre det.<sup>162</sup> Dersom det skal vurderes om det skal vedtas avhjelpende tiltak, må disse være foreslått av foretakene.

At Konkurransetilsynet ikke har anledning til å foreslå tiltak selv støtter opp under konklusjonen i forrige delkapittel om at tilsynet ikke skal foreta en forholdsmessighetsvurdering. Dersom de ikke selv kan foreslå andre tiltak enn forbud mot å gjennomføre fusjonen, vil det heller ikke være noe poeng ved å vurdere om andre mindre inngripende tiltak, finnes, og eventuelt om disse er tilstrekkelige.

I det følgende vil det vurderes om Konkurransetilsynet har en plikt til enten foreslå modifiseringen av tiltakene, eventuelt melde fra om at tiltakene går lengre enn det som er nødvendig, til tross for at det er melderne som er ansvarlig for å foreslå dem. Konkurransetilsynet sin plikt til å vurdere, og eventuelt justere de avhjelpende tiltakene har nær sammenheng med den begrensede utredningsplikten, som var formålet med lovendringen.<sup>163</sup> Desto mer begrenset utredningsplikten er, i desto mindre grad plikter tilsynet å foreta en fullstendig vurdering av hvilke tiltak som vil være minst inngripende for å oppnå formålet.

Til tross for at krrl. § 16 andre ledd legger opp en begrenset utredningsplikt, er Konkurransetilsynet som forvaltningsorgan underlagt de generelle forvaltningsrettslige reglene etter forvaltningsloven. Et interessant spørsmål er hvordan den begrensede utredningsplikten stiller seg til den generelle utredningsplikten etter fvl. § 17. Forholdet mellom den begrensede utredningsplikten og fvl. § 17 ble også vurdert av utvalget i lovens forarbeider. Her uttaler utvalget at:

---

<sup>160</sup> Den forvaltningsrettslige vilkårlæren åpner for at forvaltningen kan stille tyngende vilkår for begunstigede vedtak, se blant annet Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett. Bind I: Forvaltning og kompetanse*, Forlaget A. Frihagen AS (1991), s. 310.

<sup>161</sup> Prop. 75 L (2012–2013) s. 95.

<sup>162</sup> Prop. 75 L (2012–2013) s. 97–98.

<sup>163</sup> Prop. 75 L (2012–2013) s. 97.

«Utvalget legger til grunn at en slik ordning ikke er problematisk i forhold til forvaltningens generelle utredningsplikt. Det er på det rene at utredningspliktens innhold vil kunne variere fra område til område. I fusjonssaker er det av avgjørende betydning at saker kan løses raskt.»<sup>164</sup>

Den siterte uttalelsen overfor gjelder avhjelpende tiltak foreslått tidlig i prosessen, og Konkurransetilsynet sin mulighet til å fastlegge disse, til tross for at saken ikke er fullstendig utredet. Uttalelsen bidrar derfor ikke til å svare på spørsmålet som behandles her. Sitatet vitner likevel om at utvalget hadde et bevisst forhold til spørsmålet om forholdet mellom fvl. § 17 og den begrensede utredningsplikten i krrl. § 16 andre ledd. Jeg forstår utvalgets uttalelse slik at innføringen av en begrenset utredningsplikt, etter utvalgets syn, ikke ville uthule, eller gå på tvers av den alminnelige utredningsplikten etter § 17. Årsaken er at § 17, som generalbestemmelse, må tilpasses hvert spesielt rettsområde. I fusjonskontrollen er det som nevnt nødvendig med rask behandling, og dermed legges ansvaret for å foreslå disse tiltakene over på partene.

Ettersom de avhjelpende tiltakene må foreslås av partene, er de krav som stilles til forholdsmessigheten av vilkårene noe mer komplisert nå, enn før lovendringen i 2014. Det er ikke helt opplagt etter lovteksten eller forarbeidene om Konkurransetilsynet må vurdere om de tiltakene som er foreslått av partene er forholdsmessig. Hvis forvaltningen har en slik plikt, må den altså vurdere om det finnes mindre inngripende avhjelpende tiltak, som likevel «vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene», jf. krrl. § 16 andre ledd. Dette vil diskuteres i det følgende.

På den ene siden kan det tenkes at problemstillingen er lite praktisk, da det er foretakene selv som må foreslå tiltakene. De ønsker neppe å foreslå uforholdsmessige tiltak, eller tiltak som er strengere enn nødvendig, som rammer seg selv.

På den andre siden kan det tenkes situasjoner hvor Konkurransetilsynet har gitt beskjed om at foreslåtte tiltak ikke avbøter de konkurransemessige virkningene. Melderne følger så opp med sterkere tiltak, i den hensikt å helgardere seg mot et forbud mot fusjonen. De korte tidsfristene i en fusjonskontrollprosess, kan også øke foretakenes villighet til å foreslå vilkår som går lengre enn det som er nødvendig for å sørge for at foretakssammenslutningen blir godkjent.

---

<sup>164</sup> NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov, s. 119.

Lovutvalget erkjente også muligheten for at foretak kan foreslå uforholdsmessige tiltak i sin utredning at «[det kan] anføres at avhjelpende tiltak avgitt under knappe tidsfrister kan gå lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe det konkurransemessige problemet – og derfor være uforholdsmessig».<sup>165</sup> Videre følger utvalgets vurdering av de mulige rettslige utfordringene ved at det kun er partene som har ansvar for å foreslå avhjelpende tiltak: «det [kan] være problematisk om partene gir innrømmelser som går lenger enn det tilsynet ensidig kunne ha pålagt i et endelig vedtak, først og fremst av hensyn til proporsjonalitetsprinsippet».<sup>166</sup> Lovutvalget påpeker altså at uforholdsmessige tiltak er en mulig konsekvens av forslaget.

Hensynet til effektivitet i forvaltningen er et sentralt hensyn for Konkurransetilsynet sin begrensede utredningsplikt. Hensynet til hurtig behandling er den bærende begrunnelsen for at partene har ansvar for å foreslå de avhjelpende tiltakene.<sup>167</sup> Tilsynet er underlagt relativt stramme/korte frister for å fatte vedtak i fusjonskontrollen, jf. § 20. Dersom tilsynet hadde vært pliktig å vurdere om disse avhjelpende tiltakene gikk for langt, ville dette gått på bekostning av hurtig behandling av saken.

For å vurdere at de avhjelpende tiltakene faktisk går lengre enn nødvendig, er det behov for en omfattende utredning. En slik vurdering- og utredningsplikt, er ikke forenlig det formål lovendringen hadde.<sup>168</sup> Omfanget til Konkurransetilsynet sin utredningsplikt er dermed begrenset til at saken i seg selv er tilstrekkelig godt opplyst og at tiltakene partene har foreslått vil avbøte de konkurransemessige virkningene. Dessuten er påleggelse av avhjelpende tiltak i seg selv et mindre inngripende vedtak, da alternativet vil være forbud mot å gjennomføre foretakssammenslutningen. Tilsynet sin utredningsplikt omfatter altså ikke å foreslå modifisering av tiltakene, eventuelt melde fra om at tiltakene går lengre enn det som er nødvendig.

Til slutt vil jeg vurdere om Konkurransetilsynet har en adgang til å endre de tiltakene som er foreslått av melderne, selv om de ikke har plikt til å gjøre det. I enkelte saker kan det tenkes at det ikke er nødvendig for tilsynet å foreta en utredning for å få kunnskap om det finnes andre avhjelpende tiltak som er mindre inngripende. Spørsmålet er om tilsynet i disse tilfellene har en endringsadgang.

---

<sup>165</sup> NOU 2012: 7 s. 118.

<sup>166</sup> NOU 2012: 7 s. 118.

<sup>167</sup> I Prop. 75 L (2012–2013) s. 97–98.

<sup>168</sup> I Prop. 75 L (2012–2013) s. 96.

Selv om Konkurransetilsynet ikke har ansvar for å foreslå avhjelpende tiltak, har likevel tilsynet en alminnelig veiledningsplikt. Denne plikten følger av fvl. § 11 og innebærer at tilsynet til en viss grad skal veilede partene i å ikke foreslå avhjelpende tiltak som går lengre enn det som er nødvendig. Tilsynet kan derfor gjennom sin rolle som veiledende forvaltningsorgan bidra til at de avhjelpende tiltakene ikke går lengre enn det som er nødvendig, og på den måten veilede partene til å i noen utstrekning justere tiltakene.

Kommisjonen sin adgang til å foreta endringer i de avhjelpende tiltakene fremstår som mer avklart, sammenlignet med Konkurransetilsynet sin mulighet. I kunngjøring om avhjelpende tiltak presiserer Kommisjonen at det er foretakene som må foreslå de avhjelpende tiltakene når de skiver at:

«[...] it is for the parties to propose commitments. The Commission is not in a position to impose unilaterally any conditions to an authorisation decision, but only on the basis of the parties' commitments [...].

Videre heter de i retningslinjene at:

«However, the Commission will review whether the commitments submitted by the parties are proportionate to the competition problem when assessing whether to attach them as conditions or obligations to its final decision».<sup>169</sup>

Kommisjonen må altså vurdere om det er et rimelig forhold mellom de avhjelpende tiltakene, og den eventuelle konkurranseskaden fusjonen vil medføre. Det er etter denne uttalelsen tydelig at Kommisjonen har adgang til å endre de avhjelpende tiltakene som partene foreslår. Særlig må dette gjelde når det er til partenes gunst.

Om Konkurransetilsynet praktiserer samme endringsadgang fremgår ikke av tilsynets vedtak. Dette skyldes nok at en eventuell endring blir gjort før endelig tiltak blir fastsatt, og blir dermed ikke inkludert i vedtaket. Det er uansett slik jeg ser det, ingen grunn til at tilsynet ikke skal ha en slik endringsadgang i kraft av sin veiledningsplikt. Formålet med forarbeidene var som nevnt å klargjøre hvem som hadde ansvaret for å foreslå avhjelpende tiltak, og tydeliggjøre tilsynet sin begrensede utredningsplikt. Det er ingen motsetning mellom dette, og at tilsynet skal ha

---

<sup>169</sup> Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak (2008/C 267/01) avsnitt 85. En lignende endringsadgang finnes i CMA sine retningslinjer: Merger remedies – CMA87 – av 13. desember 2018 punkt 3.6 her heter det også «The CMA will seek to ensure that no remedy is disproportionate in relation to the SLC and its adverse effects».

mulighet til å justere tiltakene der de mener dette er tjenlig. Dermed konkluderes det med at Konkurransetilsynet har mulighet til å endre de avhjelpende tiltakene, dersom de for eksempel mener at tiltakene går lengre enn det som er nødvendig, men har likevel ikke en plikt til dette.

Forholdsmessighetsvurderinger ved fastsettelse av avhjelpende tiltak kan oppsummeres på følgende måte: Konkurransetilsynet har ikke mulighet til å foreslå avhjelpende tiltak, utover det som følger av den alminnelige veiledningsplikten i kontakten med foretakene. På dette stadiet har tilsynet også mulighet til å bistå foretakene med justering av tiltakene, men har ikke en plikt til dette, jf. begrenset utredningsplikt. Videre har heller ikke tilsynet en plikt til å vurdere om det finnes andre, mindre inngripende avhjelpende tiltak. Når partene først har foreslått avhjelpende tiltak må tilsynet foreta en vurdering av om disse i tilstrekkelig grad avhjelper konkurransebegrensningens som oppstår som følge av fusjonen. Dersom svaret på det er ja, plikter tilsynet å godta foretakssammenslutningen, jf. ordlyden «skal» i krrl. § 16 andre ledd.



## **7 Forholdsmessighet ved inngrep mot gjennomførte foretakssammenslutninger**

### **7.1 Introduksjon av problemstillingene og avgrensninger**

Slik som gjennomgått i kapittel 6.2, har ikke Konkurransetilsynet adgang til å legge vekt på forholdsmessigheten i vurderingen av om det skal fattes et vedtak om forbud mot fusjonen. Unntak gjelder hvor melderne foreslår avhjelpende tiltak som vil avbøte de konkurransemessige virkningene, selv om tilsynet heller ikke i denne situasjonen har en plikt til å ta en forholdsmessighetsvurdering. I dette kapitlet vil jeg vurdere om dette stiller seg annerledes i situasjoner hvor spørsmålet er om en allerede gjennomført fusjon, skal reverseres. Jeg vil i denne vurderingen ta utgangspunkt i krrl. § 16 tredje ledd som regulerer rettsvirkningene for inngrep ved allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. I denne vurderingen vil jeg analysere krrl. § 16 tredje ledd, og sammenligne den med ordlyden i andre ledd. Deretter vil jeg vurdere om andre ledd også gjelder hvor fusjonen allerede har skjedd, eller om det finnes en lignende mulighet for å fastlegge avhjelpende tiltak.

Oppgaven er avgrenset til å behandle ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger. Situasjoner hvor foretak bryter gjennomføringsforbudet, eller ikke inngir påbudt melding, aktualiserer andre hensyn, enn de ikke-meldepliktige. I slike saker vil reverseringsvedtaket kunne ha en pønalt effekt, og det vil være mindre grunn til å legge vekt på hvor inngripende vedtaket er for partene, all den tid foretakene normalt vil kunne klandres for selv å ha satt seg i den situasjonen. I situasjoner hvor foretakssammenslutningen ikke er meldepliktig, foreligger ikke samme element av klander. Foretakene handler i tråd med den ordningen som lovverket legger opp til, og mer enn det lovverket krever, kan selvsagt ikke kreves. Hensynet til vedtakets pønalt effekt er således ikke aktuelt i reverseringstilfellene for ikke-meldepliktige fusjoner.

### **7.2 Tiltak som kan fastsettes etter krrl. § 16 tredje ledd**

Det er § 16 tredje ledd som regulerer hvilken form inngrepet kan ta for allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. Det heter i denne bestemmelsen at:

«[d]ersom en foretakssammenslutning er gjennomført, kan forbud etter første ledd omfatte påbud om avhendelse av aksjer eller andeler som er ervervet som ledd i foretakssammenslutningen, eller andre tiltak som er egnet til å gjenopprette den

konkurransmessige situasjonen som forelå før foretakssammenslutningen ble gjennomført.»

Det er to vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal aktualiseres. For det første må det være en foretakssammenslutning som allerede er gjennomført, og for det andre må vilkåret for inngrep etter første ledd være oppfylt, jf. «forbud etter første ledd». Dersom vilkårene er oppfylt, kan Konkurransetilsynet enten vedta at det oppkjøpte foretaket skal avhendes, eller pålegge «andre tiltak som er egnet til å gjenopprette den konkurransmessige situasjonen».

Ordlyden «andre tiltak» i krrl. § 16 tredje ledd gir Konkurransetilsynet et stort spillerom når det kommer til hva som kan vedtas, men begrenses av at tiltakene må «gjenopprette den konkurransmessige situasjonen». En bokstavelig tolkning av «gjenopprette den konkurransmessige situasjonen», tilsier at tingenes tilstand må gå tilbake til slik de var før fusjonen – altså som om fusjonen aldri skjedde. I forarbeidene er dette eksemplifisert med «salg av deler av en virksomhet, for eksempel i form av et produksjonsanlegg».<sup>170</sup> Eksempelet tyder på at det tiltakene kan gå ut på er begrenset til å gjenopprette den situasjonen som forelå før fusjonen ble gjennomført.

I krrl. § 16 andre ledd heter det at tiltakene må «avbøter de konkurransebegrensende virkningene», og avviker dermed fra tredje ledd hvor det heter «gjenopprette den konkurransmessige situasjonen» som forelå før foretakssammenslutningen. At tiltakene må «avbøte» de konkurransebegrensende virkningen tilsier at tiltakene må redusere den negative virkningen fusjonen har på konkurransen. Videre tilsier sammenhengen i regelverket at det er tilstrekkelig at tiltakene fører til at konkurransebegrensningen som fusjonen medfører, ikke lengre er «betydelig», jf. krrl. § 16 første ledd.

I det følgende vil det vurderes om ulik forståelse av andre og tredje ledd innebærer ulike terskler for hva tiltakene må føre til etter andre og tredje ledd. Dette er en nødvendig avklaring før jeg kan vurdere tilsynets adgang til å vektlegge forholdsmessigheten av et vedtak, da ulik terskel i bestemmelsene avgjør hvor stor skjønnsmargin tilsynet har til å pålegge andre tiltak enn reversering.

---

<sup>170</sup> Ot. prp. nr. 75 L (2012-2013) s. 145.

I den tidligere versjonen av tredje ledd slik den var formulert før lovendringen i 2014 het det i § 16 tredje ledd bokstav b og c at

Inngrep etter første og annet ledd kan omfatte forbud, påbud og tillatelser på vilkår, herunder [...]

- b) påbud om avhendelse av aksjer eller andeler som er ervervet som ledd i foretakssammenslutningen eller erverv som nevnt i annet ledd, eller
- c) vilkår som er nødvendige for å motvirke begrensning av konkurransen

Bestemmelsen regulerte både situasjoner der transaksjonen er gjennomført, og der fusjonen enda ikke har skjedd. I motsetning til dagens formulering, er det i den eldre bestemmelsen nevnt at inngrep også kan omfatte «tillatelse på vilkår» og at disse vilkårene må anses «nødvendig for å motvirke begrensningen av konkurransen». Her skiller ikke bestemmelsen mellom situasjonen der fusjonen er gjennomført eller ikke, slik andre og tredje ledd i dagens bestemmelse tilsynelatende gjør. I den tidligere bestemmelsen er det altså tilsvarende terskler for hva «andre tiltak» kan føre til uavhengig av om fusjonen er gjennomført eller ikke.

I forarbeidene til Konkurranseloven er det knyttet bemerkninger til bakgrunnen for endringen av § 16 tredje ledd. Her skriver lovutvalget at:

«[p]å bakgrunn av at tredje ledd må endres for klargjøre at Konkurransetilsynets kompetanse nå er avgrenset til enten å forby en foretakssammenslutning eller klarere den på vilkår foreslått av melder(ne), er det nødvendig å innføre en eksplisitt hjemmel til å reversere transaksjoner som nevnt.»<sup>171</sup>

Det er to måter å forstå denne uttalelsen på. For det første kan det forstås som at tredje ledd ble utarbeidet med det formål at Konkurransetilsynet skulle ha en hjemmel til å gjøre inngrep også der foretakssammenslutningen allerede er gjennomført, som følge av at det ikke lenger er et ledd i bestemmelsen som både omfatter gjennomførte og ikke-gjennomførte foretakssammenslutninger. Den andre måten å forstå uttalelsen på er at tilsynet ikke skal ha kompetanse til å foreslå avhjelpende tiltak som gjør at inngrepsterskelen ikke lenger er oppnådd, uavhengig av om foretakssammenslutningen er gjennomført eller ikke. Ettersom det i tredje ledd ikke foreligger et krav om at det er foretakene som må foreslå tiltakene, vil disse,

---

<sup>171</sup> NOU 2012: 7, s. 191.

av hensyn til tilsynets begrensede utredningsplikt, være begrenset til det som vil «gjenopprette den konkurransemessige situasjonen».<sup>172</sup>

Forarbeidene lest i sammenheng tilsier at det er sistnevnte forståelse som må legges til grunn da det på siden før heter at «[k]onkurransetilsynet vil ved denne endringen være avskåret fra å tillate en foretakssammenslutning på andre vilkår enn de som er foreslått av melder».<sup>173</sup> Dette tilsier at tiltak etter tredje ledd og andre ledd innebærer ulike terskler for hva tiltakene må føre til. Ettersom tiltak etter tredje ledd må foreslås av Konkurransetilsynet, og disse er begrenset til det som «gjenopprette den konkurransemessige situasjonen».

Østerud skriver at «sammenhengen i regelverket tilsier at kompetansen i utgangspunktet er begrenset til tiltak som gjenoppretter den foretaksstrukturelle situasjonen som forelå før gjennomføringen av foretakssammenslutningen», og videre skriver han at atferdsmessige pålegg kan være aktuelt der «det ikke er mulig å gjenopprette den foretaksstrukturelle situasjonen», men presiserer at «[d]et alminnelige forvaltningsrettslige forholdsmessighetsprinsipp og forholdet til inngrepsgrunnlaget i første ledd tilsier at slike eventuelle tiltak ikke går lenger enn inngrepsgrunnlaget tilsier».<sup>174</sup>

Jeg forstår Østerud sin bruk av «foretaksstrukturelle» som at han mener at foretakene må tilbake til den selskapsstrukturen de hadde fusjonen, med separate eiere og ingen økonomiske forbindelser. Dersom dette er riktig forståelse av «foretaksstrukturell», tolker jeg Østerud sitt standpunkt slik at det ikke er tilstrekkelig at «andre tiltak» etter tredje ledd fører til at konkurranseskaden ikke lenger er «betydelig». Unntaket fra dette vil være der det ikke er mulig å «gjenopprette den konkurransemessige situasjonen», i disse tilfellene må «andre tiltak» ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å komme under terskelen i første ledd.

Forskjellen på ordlyden i andre og tredje ledd kan være ulik av språklige grunner, ettersom det ved en gjennomført fusjon er tale om en handling i fortiden. Dermed kan det ved en fortidig handling, forutsettes at konkurranseskaden allerede har skjedd, og at denne må gjenoprettes ved en reversering. Der fusjonen allerede har skjedd forutsetter det at det har skjedd en konkurranseskade, og denne skaden må gjenoprettes ved en reversering. En konkurranseskade

---

<sup>172</sup> Se kap. 6.4 for denne lovendringen. Dette resulterte i at foretakene selv må foreslå avhjelpende tiltak.

<sup>173</sup> I Prop. 75 L (2012–2013) s. 144.

<sup>174</sup> Eirik Østerud, *Karnov lovkommentar: Konkurranseloven*, Krrl. § 16 tredje ledd note, Lovdata.no (lest: 10.05.22).

som har materialisert seg er imidlertid ikke et krav for å vedtak å reservere fusjonen, slik som gjennomgått i kapittel 5 om å påvise årsakssammenheng for fremtidig skade. Om denne ulikheten i ordlyd skyldes disse språklige grunnene, kan lovteksten sies å være noe uheldig formulert. Det finnes heller ingen andre kilder som kan gi støtte til at det er språklige grunner for at ordlyden er formulert annerledes.

De øvrige kildene som er gjennomgått: bestemmelsens ordlyd, forarbeider, og den forståelsen som Østerud gir uttrykk for, tilsier at andre og tredje ledd innebærer ulike terskler for hva tiltakene må medføre. Dette harmoniserer dessuten godt med endringen i Konkurransetilsynet sin begrensede utredningsplikt ved fastleggelsen avhjelpende tiltak. Dersom «andre tiltak» foreslått av tilsynet skulle gått under terskelen skulle vært godtatt såfremt de førte til at konkurranseskaden ikke lengre var «betydelig», ville dette ha innebåret at tilsynet hadde en større utredningsplikt der fusjonen allerede har skjedd. Det finnes ikke støtte i rettskildene for en slikt utvidet utredningsplikt i reverserings sakene. Det konkluderes dermed med at tiltakene etter tredje ledd må tilbakeføre tingenes tilstand til slik de var før foretakssammenslutningen ble gjennomført.

Det neste som skal vurderes er om andre ledd også gjelder der foretakssammenslutningen er gjennomført, eller om det kun er tredje ledd som regulerer rettsvirkningen av inngrep i gjennomført foretakssammenslutning, uavhengig av om dette er reversering eller avhjelpende tiltak. Hvilket av tolkningsalternativene som legges til grunn, er avgjørende for Konkurransetilsynet sin adgang til å legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak. Dersom alle vedtak der fusjonen er gjennomført er begrenset til det som gjenoppretter konkurransesituasjonen, er det liten eller ingen rom for å foreta en forholdsmessighetsvurdering.

Det fremgår ikke uttrykkelig av bestemmelsen om regelen i andre ledd også gjelder der foretakssammenslutningen allerede er gjennomført. Ordlyden i tredje ledd «[d]ersom en foretakssammenslutning er gjennomført» tilsier at tredje ledd er en ren særbestemmelse som regulerer situasjonen hvor fusjonen er gjennomført. Videre heter det i tredje ledd hva «forbud etter første ledd» kan innebære. En slik avgrensning tilsier at bestemmelsen er en særregulering for de tilfellene der fusjonen er gjennomført, og partene ikke har foreslått avhjelpende tiltak, eller tilsynet mener at de avhjelpende tiltakene ikke «avbøte[r] de konkurransebegrensende virkningene», jf. krrl. § 16 andre ledd.

En annen måte å forstå bestemmelsens oppbygging på er at vilkårene i både første og andre ledd kan komme til anvendelse, også hvor fusjonen er gjennomført, og at tredje ledd presiserer hva inngrepet kan inneholde. En slik forståelse innebærer at «andre tiltak» enn reversering også må foreslås av partene, men at disse må begrenses til det som vil «gjenopprette den konkurransemessige situasjonen», jf. krrl. § 16 tredje ledd, jf. andre ledd. En slik tolkning vil imidlertid bety at foretakssammenslutninger som er gjennomførte, vurderes strengere enn der foretakssammenslutningen ikke er gjennomført, ettersom alle tiltakene må gjenopprette den konkurransemessige situasjonen. Det vil bety at sammenslutningen muligens ville kunne blitt klarert dersom de hadde foreslått avhjelpende tiltak på forhånd som ville ført til at inngrepet ikke lengre er «betydelig».

Det tolkningsresultatet som harmoniserer best med sammenheng i regelverket er at tredje ledd er en særregulering som bestemmer hvilke rettsvirkningen Konkurransetilsynet kan fastsette i stedet for første ledd. Uten at dette avskjærer foretakenes mulighet til å foreslå avhjelpende tiltak som kan føre til at konkurransehindringen ikke lengre er «betydelig». Det konkluderes dermed med at andre ledd også kommer til anvendelse der fusjonen allerede er gjennomført, og åpner for at foretakene kan foreslå tiltak for å unngå en reversering av foretakssammenslutningen.

Konkurransetilsynet sin adgang til å vurdere forholdsmessigheten av et vedtak om reversering kan oppsummeres på følgende måte: Dersom partene ikke foreslår avhjelpende tiltak, eller det ikke finnes avhjelpende tiltak som vil «avbøte de konkurransemessige virkningene», må tiltakene som tilsynet foreslår «gjenopprette den konkurransemessige situasjonen». Utgangspunktet er at dette er en fullstendig reversering, som tilbakefører foretakenes struktur til slik de var før foretakssammenslutningen. Dersom dette ikke er mulig er tilsynet nødt til å vurdere om de «andre tiltak[ene]» som fastsettes ikke går lengre enn det som er nødvendig etter inngrepsgrunnlaget i krrl. § 16 første ledd. Dersom partene har foreslått avhjelpende tiltak foretas denne forholdsmessighetsvurderingen på samme måte som der fusjonen ikke er gjennomført. Da må tilsynet vurdere om tiltakene i tilstrekkelig grad avbøter de konkurransebegrensende hindringene, eller om det minst inngripende tiltaket som vil oppnå formålet om effektiv konkurranse nettopp er fullstendig reversering.

### **7.3 Forholdet mellom § 16 tredje ledd og § 18 tredje ledd**

Som nevnt ble forholdsmessighetsprinsippet vist til i *Schibsted/nettbil.no-saken*. I denne saken ser det ut til at Konkurransetilsynet ikke skiller forholdsmessighetsvurderinger av vedtak om reversering, og vedtak om meldeplikt. I dette kapittelet vil jeg vurdere om tilsynet har adgang til å legge vekt på forholdsmessigheten ved vedtak om meldeplikt. I så tilfelle foreligger det en indirekte adgang til å ta hensyn til hvor inngripende en reversering er for partene, ettersom vedtak om meldeplikt er det første steget i prosessen mot mulig reversering.<sup>175</sup>

Det følger av konkurranseloven § 18 tredje ledd at Konkurransetilsynet «kan» pålegge meldeplikt dersom de finner «rimelig grunn til å tro» at det vil påvirke konkurransen. Ordlyden verken legger opp til eller stenger for en forholdsmessighetsvurdering. Spørsmålet om tilsynet kan legge vekt på forholdsmessigheten vil derfor vurderes ved å se hen til praksis, samt vurdere om det foreligger hensyn som taler for en adgang til å vurdere forholdsmessigheten av et vedtak om meldeplikt.

I *Schibsted/nettbil.no-saken* anførte partene at inngrep om reversering var uforholdsmessig da foretakssammenslutningen var gjennomført. Med dette mente foretakene at et vedtak om reversering ville gjøre mer skade enn nytte og dermed være uforholdsmessig og i strid med konkurranselovens formål.<sup>176</sup> Tilsynet avviste anførselen om at vedtaket var uforholdsmessig. Det fremstår imidlertid noe uklart om anførselen avvises fordi tilsynet mener at inngrepet i seg selv ikke er uforholdsmessig, eller fordi det ikke er adgang til å foreta en forholdsmessighetsvurdering. Konkurransetilsynet bestrider imidlertid ikke at det foreligger et «krav til forholdsmessighet», men at det ikke er aktuelt og begrunner det med å vise at:

«[...] Hensynet til forholdsmessighet og forutberegnelighet er ivaretatt ved at tilsynets adgang til å pålegge meldeplikt, og således ha mulighet til å kunne behandle transaksjonen, er begrenset til tre måneder etter endelig avtale ble inngått eller kontroll er ervervet.»<sup>177</sup>

Uttalelsen knytter seg til fristen for å pålegge foretakene meldeplikt, jf. krrl. § 18 tredje ledd. Det er ikke helt klart om tilsynet mener at de ikke har anledning til å foreta en selvstendig forholdsmessighetsvurdering eller om lovgiver har ivaretatt forholdsmessigheten gjennom

---

<sup>175</sup> Se gjennomgangen av meldepliktreglene i kap. 2.

<sup>176</sup> Konkurranseskjennemda sitt vedtak - V03-2021 - Schibsted ASA/Nettbil AS 2021, avsnitt 529.

<sup>177</sup> Konkurranseskjennemda sitt vedtak - V03-2021 - Schibsted ASA/Nettbil AS 2021, avsnitt 532.

fristen for å pålegge melding. I sin begrunnelse viser tilsynet til en forarbeidsuttalelse om at fristen for å pålegge meldeplikt ivaretar forutberegneligheten for partene.<sup>178</sup>

I Konkurransklagenemnda sitt vedtak om pålegg om meldeplikt i *Sector Alarm*, vurderer nemnda forholdsmessigheten av vedtaket om meldeplikten, og konkluderer med at forholdsmessigheten er ivaretatt ved at tilsynet har holdt seg innenfor tremånedersfristen. Deretter skriver den at:

«lovgiver [har] allerede foretatt en avveining av hensynet til Konkurransetilsynets behov for å undersøke en foretakssammenslutning nærmere og konsekvensene det har for partene at foretakssammenslutningen blir utsatt og de øvrige konsekvenser en meldeplikt har for partene.»<sup>179</sup>

Her ser Konkurransklagenemnda ut til å mene at lovteksten stenger for at det skal tas en ytterligere forholdsmessighetsvurdering av vedtaket, men sier motstridende nok i neste avsnitt at nemnda ikke ser noe rom for å foreta en forholdsmessighetsvurdering i «denne saken». Dette begrunnes med at ulempene det medførte for partene er normale ulemper ved påleggelse av meldeplikt. Videre uttales det at når det ikke er noen «særlige ulemper» og vilkårene for å pålegge meldeplikt er oppfylt, så vil ikke meldeplikten være uforholdsmessig.

Konkurransklagenemnda sin slutning kan kritiseres av to grunner. For det første, kan det argumenteres for at nemnda, ved å legge til grunn at det i «denne saken» ikke er adgang til å foreta en forholdsmessighetsvurdering fordi det ikke foreligger «særlige ulemper», allerede har foretatt en forholdsmessighetsvurdering, og kommer frem til at den konkurransemessige nytten er større enn ulempene det medfører for partene. For det andre, skriver nemnda på den ene siden at lovgiver allerede har foretatt en forholdsmessighetsvurdering som er innbakt i lovteksten, men uttrykker like etter at dersom ulempene er store *nok*, kan det være aktuelt med en forholdsmessighetsvurdering. Hvis vi skal ta Konkurransklagenemnda sin vurdering på ordet, kan et vedtak oppheves dersom det er «særlig ulemper» som gjør vedtaket uforholdsmessig.

Det kan også tenkes at det nemnda mener når de skriver at det må foreligge «særlige grunner» for at pålegg om meldeplikt skal være uforholdsmessig, også omfatter konsekvensene en eventuell meldeplikt vil måtte ha, innenfor tre måneders fristen. Ved at partene gjennomfører

---

<sup>178</sup> NOU 2012: 7, s. 135.

<sup>179</sup> Konkurransklagenemnda sitt vedtak i sak 2018/363 Sector Alarm AS/Sector Group AS, avsnitt 50.



foretakssammenslutningen før det har gått tre måneder fra avtaleinngåelse, og heller ikke inngitt frivillig melding, har foretakene tatt, eller akseptert en risiko for etterfølgende inngrep. Som følge av at denne risikoen er tatt må det foreligge andre «særlige grunner» enn det at reversering i seg selv er mer inngripende, enn stans av fusjonen.

Dersom nemnda med sitt resonnement mener at det kan tas en forholdsmessighetsvurdering av inngrepet om reversering, mener jeg uansett at det ikke ville utgjort en god regel. Hvis reverseringen i seg selv skulle blitt tillagt for mye vekt i vurderingen av om en fusjon skal nektes eller ikke, vil det kunne gi et insentiv til hyppig å gjennomføre foretakssammenslutningen med den følge at tilsynet hadde en redusert mulighet til å gjøre inngrep i fusjonen.

Hvis det er slik at det er adgang til å foreta en selvstendig forholdsmessighetsvurdering for reverseringstilfellene, vil naturligvis forutberegneligheten spille en rolle. Denne forutberegneligheten er tett knyttet opp mot tremånedersfristen for meldeplikt, og det er derfor viktig å se sammenhengen mellom de to inngrepstypene. Foretak som ikke er underlagt meldeplikt, vet at de ikke kan innrette seg før det har gått tre måneder. Dette bør foretakene ta hensyn til når det kommer til å foreta endringer som er praktisk og økonomisk vanskelig å føre tilbake.

Til tross for at ordlyden i krrl. § 18 ikke stenger for at det kan foretas en forholdsmessighetsvurdering, tilsier sammenhengen i regelverket at dette ikke er et hensyn som bør vektlegges i denne vurderingen. For det første har lovgiver gjennom å skrive «skal» i inngrepshjemmelen, § 16 første ledd signalisert at hensynet til effektiv konkurranse veier tungt. For det andre vil en større mulighet til å legge vekt på hvor inngripende vedtaket er for partene for et vedtak om meldeplikt, sammenlignet med påbud om å reversere vedtaket, ikke harmonere godt med at forholdsmessighetsprinsippet skal beskytte partene mot inngripende vedtak - en beskyttelse som partene, tross alt, har gjennom fristen på tre måneder for å pålegge meldeplikt. Det konkluderes dermed med at det ikke kan foretas en forholdsmessighetsvurdering av vedtak om meldeplikt. Dermed finnes det ikke en indirekte adgang til å legge vekt på forholdsmessigheten av et vedtak om reversering.

# Del IV: Avsluttende refleksjoner

## 8 Sammenstilling av funn

I denne oppgaven har jeg undersøkt statens adgang til å gjøre inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger. Gjennomgående har jeg undersøkt om det er grunn til å behandle spørsmål om inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger på en annen måte enn der fusjonen enda ikke er gjennomført. Svaret har vært nei på de aller fleste problemstillingene.

I problemstillingen om alternativsituasjonen ved allerede gjennomførte foretakssammenslutninger var siktemålet å undersøke om det er grunnlag for å vurdere inngrep i allerede gjennomførte foretakssammenslutninger annerledes enn for mulige, forestående foretakssammenslutninger, som bygger på ex ante-vurderinger. Konklusjonen er at alternativsituasjonen for allerede gjennomførte foretakssammenslutningen skal ta utgangspunkt i at fusjonen aldri har skjedd, og dermed vurderes på akkurat samme måte som fusjoner som enda ikke er gjennomført. Dersom reverseringen ikke vil «gjenopprette den konkurransemessige situasjonen», og derfor ikke oppfyller lovens formål om «fremme konkurranse», skal konkurransetilsynets kompetanse brukes på et annet stadium i fusjonskontrollen - på inngrepsstadiet. Jeg mener at Konkurransetilsynet kan ivareta lovens formål ved å benytte seg av sin kompetanse til å fastsette «andre tiltak» enn avhendelse av aksjer, dersom dette er nødvendig for å oppnå lovens formål om å «fremme konkurranse», hvor en fullstendig gjenoppretting ikke er mulig.

Videre mener jeg at den riktige fremgangsmåten ved fastsettelsen av alternativsituasjonen i begge tilfeller, er å ta utgangspunkt i det mest sannsynlige hendelsesforløpet, uten å ha et utgangspunkt som må motbevise av partene. Når det kommer til fastleggelse av alternativsituasjonen, kan Konkurransetilsynet tillate seg å bli inspirert av CMA. Slik det fremgår av analysen i 5.4. forstår jeg CMA sin tilnærming til en «dynamic counterfactual», som at den har mange likhetstrekk med det jeg i denne oppgaven har lagt til grunn som den riktige fremgangsmåten for fastleggelse av alternativsituasjonen; det mest sannsynlige hendelsesforløpet. Følgelig mener jeg at tilsynet kan bruke lignende tilnærming, innenfor rammen av dagens regler.

Som det fremgår av analysen i kapittel 6 og 7 har ikke Konkurransetilsyn adgang til å foreta en forholdsmessighetsvurdering ved vurderingen av om det skal gjøres inngrep i en foretakssammenslutning. Dette gjelder uavhengig av om foretakssammenslutningen er gjennomført eller ikke. Det er slik jeg ser det kun ett unntak fra dette som er viktig for allerede gjennomførte foretakssammenslutninger: Dette gjelder hvor foretakssammenslutningen er gjennomført, og det ikke er mulig å gjenopprette den konkurransemessige situasjonen. I slike tilfeller har Konkurransetilsynet skjønnsfrihet til å pålegge tiltak, innenfor rammen av hva som i størst mulig grad gjenoppretter den konkurransemessige situasjonen. Her er Konkurransetilsynet nødt til å vurdere om det tiltaket foretakene blir pålagt ikke går lengre enn det som er nødvendig etter inngrepskriteriet i krrl. § 16 første ledd.

For allerede gjennomførte foretakssammenslutninger, antar jeg at Konkurransetilsynets største utfordring fremover, kommer til å være fastleggelse av alternativsituasjonen. Antagelsen beror på fremveksten av et digitalt marked i rask utvikling, med hurtig endring i forbrukeratferd og brukervaner, med de uforutsette trender og situasjoner dette medfører. Dette gjør påvisning av en framtidssituasjon uten foretakssammenslutningen vanskelig. Forhåpentligvis vil oppgaven være et bidrag for tilsynets i deres arbeid i møte med disse utfordringene. Om ikke annet som en bevisstgjøring på utfordringene ved å ta utgangspunkt i status quo ved fastleggelse av alternativsituasjonen.

# Kilderegister

## Norske lover

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring av norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

## Lovforarbeider

NOU 2003:12 Ny Konkurranselov.

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004 A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Ot. prp nr. 94 (2003-2004) Om lov om endringer i EØS-konkurranseloven og konkurranseloven.

Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven.

NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov.

Prop. 37 L (2015–2016) Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskjennemnda, kartellforlik mm.).

## Forordninger

Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger.

## Vedtak og avgjørelser fra Konkurransetilsynet

V2014-4 – *Cappelen/Kongsberg Esco* – Vedtak 21. mars 2014.

V2015-1 - *TeliaSonera/Tele2* - Vedtak 5. februar 2015.

V2015-24 - *Coop/Ica* - Vedtak 4. mars 2015.

V2016-6 - *Umoe Restaurants AS/Dolly Dimple's Norge AS* – Vedtak 15. september 2016.

V2019-17 - Sector Alarm Group AS/Nokas AS – Vedtak 23. Mars 2019.

V2019-22 - *Prosafe SE/Floatel International Limited* – Vedtak 28. oktober 2019.

V2020-14 - *Amedia Start Up/Nu Publishing* – Vedtak 21. februar 2020.

V2020-16 - *Schibsted ASA/Nettbil AS pålegg om meldeplikt for foretakssammenslutning* – Vedtak 12. mars 2020

V2020-31 – *Schibsted ASA/Nettbil AS Inngrep mot foretakssammenslutning* – Vedtak 11. november 2020.

### **Vedtaks fra Konkurransklagenemnda og departementet**

Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009 – *Opplysningen Mobil AS/Aspiro Søk AS* - Klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22.

Konkurransklagenemnda sitt vedtak 21. desember 2018 i sak 2018/363 *Sector Alarm AS/Sector Group AS*.

Konkurransklagenemnda sitt vedtak 27. mai 2021 i sak V03-2021 - *Schibsted ASA/Nettbil AS*.

Konkurransklagenemnda sitt vedtak 16. mars 2022 i sak V01-2022 - *DnB/Sbanken*.

### **Publikasjoner fra Konkurransetilsynet**

Konkurransetilsynets årsrapport 2020, publisert på regjeringen.no.

Veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger, 2. desember 2017. Publisert 22. desember 2017 på Konkurransetilsynet.no (lest: 11.06.2022).

«Konkurransen i den digitale økonomien», Konkurransetilsynet.no, <https://konkurransetilsynet.no/tema/digitalokonomi/> (lest: 09.05.2022).

Brekke, Kurt Richard, Fumagalli, Eileen og Sannarnes, Jan Gaute, «Innlegg: Fusjonskontrollen – hjelper avhjelpende tiltak?», Konkurransetilsynet.no, <https://konkurransetilsynet.no/innlegg-fusjonskontrollen-helper-avhjelpende-tiltak/> (lest: 09.05.2022).

«Konkurransetilsynet anker Schibsted/Nettbil-dommen», Publisert 05.05.2022 på Konkurransetilsynet.no. <https://konkurransetilsynet.no/konkurransetilsynet-anker-schibsted-nettbil-dommen/> (lest: 02.06.2022)

### **Avgjørelse fra EU-domstolen og Underretten**

Dom av 14. mai 1975 i sak C-68/94 *Kali & Salz*, ECLI:EU:C:1975:58.

Dom av 06. juni 2002 i sak T-342/99, *Airtours mot Kommisjonen*, ECLI:EU:T:2002:146.

Dom av 15. februar 2005 i sak C-12/03 P, *Commision v Tetra Lava BVL*, ECLI:EU:C:2005:87.

Dom av 09. juli 2007 i sak T-282/06, *The Apollo Group*, ECLI:EU:T:2007:203.

Dom av 06. juli 2010 i sak T-342/07, *Ryanair Holding plc v Commision*, ECLI:EU:T:2010:280.

Dom av 12. juli 2018 i sak C-606/18 P, *Nexans France v Commission*, ECLI:EU:C:2020:57.

Dom av 28. mai 2020 i sak T-399/16, *CK Telecoms*, ECLI: EU:T:2020:217 (påanket til Domstolen under sak C-376/20 P).

### **Uttalelser fra generaladvokater**

Opinion of Mr. Advocate General Tesouro levert 6. februar 1997 i sak *French Republic and Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v Commission of the European Communities*, C-68/94 og C-30/95, ECLI:EU:C:1997:54.

### **Vedtak fra Europakommisjonen**

COMP/M.6458 - *Universal Music Group/EMI Music* - OJ C 220, 01.08.2013.

COMPM.7758 - *Hutchison 3G Italy/Wind/JV* – OJ 391, 01.09.2016.

### **Europakommisjonens kunngjøringer**

OJ [2004] C 31/05: Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.

OJ [2005] C 56/02: Commision Notice on case referral in respect of concentration.

OJ [2008] C 267/01: Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation.

### **Vedtak fra Competition and Markets Authority (CMA)**

CMA decision of 17. October 2016 - *ICE/Trayport*.

CMA decision of 4. August 2020 - *Amazon / Deliveroo*.

The OFT's decision given on 29 April 2004 - *Archant/independent News and Media*.

### **The Supreme Court (britisk Høyestrett)**

South Yorkshire Transport v Monopolies and Mergers Commission, 1993 1 ALL ER 289.

### **Kunngjøringer fra Competition and Markets Authority (CMA)**

Merger assessment guidelines (CMA129) - 2021 revised guidance. Publisert 18.mars 2021.

Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure 2022 (CMA2revised) - revised guidance. Publisert 4. januar 2022.

CMA sine retningslinjer: Merger remedies (CMA87). Publisert 13.desember 2018.

Competition and Markets Authority, Press Release: Updated CMA Merger Assessment Guidelines published, <https://www.gov.uk/government/news/updated-cma-merger-assessment-guidelines-published> (lest: 28. april 2022).

### **Rettspraksis**

LG-2021-119638 (Gulating).

Rt. 2005 s. 951

Rt. 2012 s. 1556

Rt. 2011 s. 910

Rt. 2012 s. 1985

### **Litteratur**

Bernt, Jan Fridthjof, «Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1989 s. 265-294.

Bryng, Per Kristian, «Om avhjelpende tiltak i norsk fusjonskontroll», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2016 s. 77-102.

Eriksen, Christian, «om rettspolitikk», *Kritisk Juss* 2012 38 2012 nr. 3–4, 15, på s. 139-157.

Evensen, Harald og Særevaas, Eivind, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven - med kommentarer*, Gyldendal Norsk forlag 2009.

Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 1992.

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2018, s. 289 – 358.

Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett. Bind I: Forvaltning og kompetanse*, Oslo: Forlaget A, 1991.

Gjendemsjø, Ronny, «Skyldkravet i konkurranseretten: Hva skal fortsette dekke?», *Tidsskrift for forretningsjus* 2021, Årgang 27, nr. 2, s. 234-262.

Graver, Hans Petter, Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2004, s. 465-498

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2007.

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2015.

Harbo, Tor Inge, «Forholdsmessighet», *Jussens Venner* vol. 56, 2021 s. 315–368.

Hjelmeng, Erling i «Årsaksvurderinger i konkurranseretten» i *Tidsskrift for forretningsjus*, Årgang 22 nr. 1, 2016 på s. 10-45.

Hjelmeng, Erling, «Domstolsprøving i konkurransesaker – særlig om inngrep mot foretakssammenslutninger etter konkurranseloven § 16», 2022. (Artikkelen er foreløpig publisert som "work in progress" på forfatterens hjemmeside på [www.uio.no](http://www.uio.no) og på [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), i påvente av EU-domstolens avgjørelse av anken i CK Telecomssaken (sak C-376/20 P).

Kjærstad, Håvard, «Forvaltningspraksis som rettskilde – belyst med praksis fra ett eller flere forvaltningsområder», *Jussens Venner* 2003, nr. 3, s. 138-169.

Lorange Backer L. Inger, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget 2015.

Mathisen, Gjermund, «Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter», *Jussens Venner* vol. 42, 2007, s. 80–92.

Matre, Hugo, *Beviskrav ved tilleggsatt, Universitetsforlaget, Skatterett* 2008.

Rasmussen, Ørnulf, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *Lov og Rett* Vol. 34, 1995 s. 307-322.

Ryssdal, Anders og Cosma Størdal, Håkon, *Norsk Konkurranserett: Fusjonskontroll*, 1. utg., Universitetsforlaget 2018.

Sørensen, John O og Klevstrand, Simen, «Hevede terskelverdier: Mange transaksjoner unngår meldeplikt». Wikborg Rein, Update Konkurranserett 2014.

Wish, Richard og Bailey, David, *Competition Law*, 9. utgave, Oxford University Press 2018.

## **Publikasjoner fra Regjeringen**

Tildelingsbrev «Forordning om digitale markeder (Digital Markets Act – DMA)», Status i saken per 09. juni 2022: Foreløpig proposisjonsnotat. <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos->



notatbasen/notatene/2021/juni/forordning-om-digitale-markeder-digital-markets-act-dma/id2860419/ (lest: 17.juni 2022).

Konkurransetilsynet (KT) – Tildelingsbrev 2022 fra Det kongelige Nærings – og fiskeridepartementet, referansenummer: 21/5981-4.

### **Andre elektroniske kilder**

Erik Solheim, «Facebooks vei mot verdensherredømme», NRK, 29. oktober 2021, <https://nrkbeta.no/2021/10/29/facebook-vei-mot-verdensherredomme/> (lest: 9. mai 2022).

Østerud, Erik, *Karnov lovkommentar: Konkurranseloven*, Lovdata.no (lest: 02. juni 2022).