

UiO : **Det juridiske fakultet**

Avhjelpende tiltak mot konkurranseskade ved foretakssammenslutning

Skranker for Konkurransetilsynets kompetanse til å tillate foretakssammenslutning på vilkår om avhjelpende tiltak, samt om typer avhjelpende tiltak

Kandidatnummer: 658

Leveringsfrist: 25. november 2016

Antall ord: 14549



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og avgrensning	1
1.2	Rettskildebildet og metode.....	2
1.3	Videre fremstilling	3
2	RETTLIG KONTROLL MED FUSJONER OG OPPKJØP, OG AVHJELPENDE TILTAK – EN OVERSIKT.....	4
2.1	Innledning	4
2.2	Inngrepshjemmel.....	4
2.3	Avhjelpende tiltak.....	5
2.4	Meldeplikt og gjennomføringsforbud	7
2.5	Kort om gangen i en sak om fusjonskontroll	9
3	PROSESSUELLE BEGRENSNINGER	11
3.1	Innledning	11
3.2	Konkurransetilsynets saksbehandlingsfrister etter krrl. § 20	11
3.3	Konkurransetilsynets kompetanse til å sette vilkår	15
4	MATERIELLE BEGRENSNINGER	16
4.1	Innledning	16
4.2	Terskel for inngrep i foretakssammenslutninger	16
4.3	De avhjelpende tiltakenes rekkevidde – nedre grense	21
4.4	De avhjelpende tiltakenes rekkevidde – øvre grense	26
5	FORSKJELLIGE TYPER AVHJELPENDE TILTAK, MED EKSEMPLER FRA PRAKSIS	31
5.1	Innledning	31
5.2	Strukturelle tiltak.....	32
5.3	Atferdsmessige tiltak.....	39
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	43
7	LITTERATURLISTE	44
7.1	Litteratur.....	44
7.2	Lover	44
7.3	Forskrifter.....	45

7.4	Forarbeider	45
7.5	Konkurransetilsynets retningslinjer	45
7.6	Avgjørelser fra EU-domstolen	45
7.7	Departementsvedtak	45
7.8	Konkurransetilsynets vedtak	46
7.9	Rådsforordninger	46
7.10	Kommisjonens retningslinjer og kunngjøringer	46

1 Innledning

1.1 Tema og avgrensning

Avhandlingens tema er avhjelpende tiltak som vilkår for å tillate foretakssammenslutninger etter konkurranseloven.¹

I konkurranseretten skilles det gjerne mellom tre «pilarer» i myndighetenes regulering av fri konkurranse:² det generelle forbudet mot konkurranseskadelig samarbeid og koordinering mellom foretak; det generelle forbudet mot konkurranseskadelig misbruk av markedsrett; samt konkurransemyndighetens kontroll med konkurranseskadelige sammenslutninger mellom foretak, såkalt «fusjonskontroll».³ Avhandlingens tema befinner seg innenfor den tredje av disse pilarene.

I Norge er det et særskilt forvaltningsorgan, Konkurransetilsynet, som skal føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder ved å foreta nødvendige inngrep mot foretakssammenslutninger, jf. konkurranseloven (forkortet *krrl.*) § 9 første ledd bokstav b.

Konkurransetilsynet har de seneste årene tillatt gjennomført flere profilerte foretakssammenslutninger, som i utgangspunktet ville ha vært så konkurranseskadelige at de skulle forbys, på vilkår om såkalte «avhjelpende tiltak». Det rettslige grunnlaget for dette er *krrl.* § 16 annet ledd. Forutsetningen er at tiltakene avbøter de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen kan føre til.

Målsettingen for avhandlingen er å kartlegge og klargjøre hvilke rettslige begrensninger som gjelder for Konkurransetilsynets kompetanse til å treffe vedtak om inngrep der foretakssammenslutninger blir tillatt på vilkår om avhjelpende tiltak, og hvilke forskjellige typer avhjelpende tiltak som er aktuelle og hvordan de anvendes i praksis. Det er tale om både prosessuelle og materielle begrensninger. De prosessuelle begrensningene består blant annet i en rekke skarpe fristregler som gjelder på ulike stadier av Konkurransetilsynets saksbehandling. De materielle begrensningene knytter seg til de avhjelpende tiltakenes rekkevidde. En problemstilling som drøftes er hvor stor effekt de avhjelpende tiltakene minst må ha for at tilsynet skal kunne tillate en foretakssammenslutning som i utgangspunktet skulle vært forbudt. En annen problemstilling er om det finnes en øvre grense for hvor omfattende tiltak som kan settes som

¹ Lov 5. mars 2004 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

² Se f.eks. Hjelmeng (2014) s. 35 flg.

³ Konkurranseloven hhv. §§ 10, 11 og 16

vilkår. I forbindelse med den siste problemstillingen vil det også bli drøftet hvilken rolle den alminnelige forvaltningsrettslige vilkårs lærens krav til forholdsmessighet spiller som begrensning for tiltakenes rekkevidde.

1.2 Rettskildebildet og metode

Den gjeldende konkurranselov er fra 2004. De viktigste forarbeidene til denne er NOU 2013:12 *Ny konkurranselov*, og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). Loven gjennomgikk en grundig revisjon i 2013, med ikrafttredelse 1. januar 2016. De viktige forarbeidene til revisjonen er NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov* og Prop. 75 L (2012-2013). Den seneste endringen til loven ble kunngjort 15. april 2016.⁴ Endringer i krrl. §§ 16 første ledd og 20 fjerde ledd, som er av betydning for denne avhandlingen, trådte i kraft 1. juli 2016. Forarbeidet til disse endringene er Prop. 37 L (2015-2016).

Konkurransetilsynet er, som et organ for de offentlige myndigheters forvaltning, også underlagt de regler som ellers følger av alminnelig forvaltningsrett. For denne avhandlingen er dette særlig aktuelt der spørsmålet om de avhjelpende tiltakenes øvre grense drøftes (i pkt. 4.4), hvor det alminnelige kravet til forholdsmessighet i forvaltningsretten trekkes frem som en mulig begrensning på Konkurransetilsynets kompetanse.

Departementet (fra 1. januar 2014 Nærings- og fiskeridepartementet) er klageinstans for tilsynets vedtak i atferds- og fusjonssaker, jf. krrl. § 8.

Konkurransetilsynets og departementets vedtakspraksis⁵ vil først og fremst bli benyttet som eksempler for å belyse hvordan rettsreglene anvendes, men er også relevant som rettskilde for reglens innhold. Dette er spesielt siden tilsynets vedtak i praksis aldri blir prøvd for domstolene, og det derfor ikke finnes norsk rettspraksis om avhandlingens tema. Samtlige vedtak det refereres til er avsagt før terskelen for inngrep i foretakssammenslutninger ble endret sommeren 2016. Dette antas å være uten betydning for vedtakenes relevans, siden momentene som ligger til grunn for tilsynets analyse av en foretakssammenslutnings konkurransevirkninger uansett er de samme.

For foretakssammenslutninger uten en EU-/EØS-dimensjon⁶ er de norske konkurransemyndighetenes kontroll først og fremst et nasjonalt anliggende. De norske konkurransereglene er

⁴ Lov 15. april 2016 nr. 2 om endringer i konkurranseloven (Konkurranseskillemndas, kartellforlik mm.)

⁵ I henvisninger til Konkurransetilsynets vedtak benytter jeg tilsynets referansetype (V[år]-[løpenummer]) heller enn Lovdatas (KT-[år]-[løpenummer]V)

⁶ EØS-avtalen artikkel 57

imidlertid i stor grad inspirert av, og i stadig økende grad harmonisert med EU/EØS-reglene. Forbudsbestemmelsene i krrl. §§ 10 og 11 er harmonisert med, EØS-avtalens art. 53 og 54, og inngrepshjemmelen i krrl. § 16 første ledd er nylig harmonisert med EUs fusjonskontrollforordning⁷ (forkortet *FKF*) artikkel 2 nr. 3. Hvordan EU/EØS-reglene tolkes og anvendes vil derfor være av stor betydning for forståelsen av de norske reglene. Norske konkurransemyndigheter viser ofte til EU-domstolens og Europakommisjonens (heretter *Kommisjonen*) praksis og retningslinjer. Av særlig betydning for denne avhandlingen er Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak.⁸

1.3 Videre fremstilling

Jeg vil i denne avhandlingen som nevnt kartlegge og klargjøre hvilke rettslige begrensninger som gjelder for Konkurransetilsynets kompetanse til å treffe vedtak om inngrep der foretaks-sammenslutninger blir tillatt på vilkår om avhjelpende tiltak, og hvilke forskjellige typer avhjelpende tiltak som er aktuelle og hvordan de anvendes i praksis.

Når det gjelder de rettslige skrankene for Konkurransetilsynets kompetanse, finner jeg det hensiktsmessig å skille mellom prosessuelle og materielle begrensninger. De prosessuelle begrensningene vil bli behandlet i kapittel 3, og de materielle begrensningene i kapittel 4.

Kapittel 5 omhandler de forskjellige typer avhjelpende tiltak. I kapittelet gjør jeg rede for hvilke virkninger en søker å oppnå med de forskjellige avhjelpende tiltakene. Videre redegjør jeg for hvilke krav som må stilles til tiltakene for at man kan forvente at tiltakene vil oppnå de ønskede virkninger. Jeg foretar i dette kapittelet en gjennomgang av eksempler fra Konkurransetilsynets vedtakspraksis. Jeg vil med gjennomgangen belyse de forskjellige sidene ved avhjelpende tiltak, og vise hvordan de anvendes i praksis. I et bredere perspektiv vil jeg med eksemplene også forsøke å belyse noen av grunnene til at begrensningene i tilsynets kompetanse er utformet slik som de er.

Innledningsvis, i kapittel 2, vil jeg kort presentere de grunnleggende trekkene ved norsk fusjonskontroll.

⁷ Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger

⁸ Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, (2008/C 267/01)

2 Rettslig kontroll med fusjoner og oppkjøp, og avhjelpende tiltak – en oversikt

2.1 Innledning

I dette kapitlet presenteres kort de grunnleggende trekkene ved Konkurransetilsynets fusjonskontroll. Formålet er å berede grunnen for og introdusere problemstillingene som skal drøftes nærmere i avhandlingen.

2.2 Inngrepshjemmel

Fusjoner og andre strukturendringer i næringslivet skjer gjerne fordi aktørene ønsker å oppnå rasjonalisering og andre synergieffekter. Virkningen av foretakssammenslutningen vil dermed ofte være mer effektiv ressursutnyttelse. På markeder med virksom konkurranse kan styrking av en part gjennom en fusjon også føre til mer effektiv ressursutnyttelse hos andre aktører.⁹

Men foretakssammenslutninger kan også føre til svekket konkurranse. Resultatet av sammenslutningen kan være at det nye foretaket befinner seg i en posisjon hvor det er i stand til å sette priser og vilkår uavhengig av konkurrenter og kunders reaksjoner.¹⁰ Effekten av manglende konkurranse er typisk at samfunnets ressurser blir utnyttet på en mindre effektiv måte, og det fører ofte til at varer og tjenester blir dyrere enn nødvendig for forbrukerne.

Derfor har moderne konkurranselovgivning gjerne bestemmelser som gir hjemmel til å gripe inn mot foretakssammenslutninger som får slike negative virkninger. I norsk konkurranselovgivning er myndighetenes kontroll med foretakssammenslutninger hjemlet og regulert i konkurranseloven kapittel 4. Hjemmelen for inngrep mot foretakssammenslutninger er krrl. § 16 første ledd.

«Konkurransetilsynet 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.»¹¹

⁹ Se Kolstad (2007) s. 707

¹⁰ I.c.

¹¹ Konkurranseloven § 16 først ledd

Anvendelsesområdet for inngrepshjemmelen er «foretakssammenslutninger», slik dette er i definert i krrl. § 17. «Foretakssammenslutning» i lovens forstand innebærer kort sagt fusjon mellom tidligere uavhengige foretak, erverv som fører til overtagelse av kontroll i foretak, og opprettelse av fullfunksjons fellesforetak (gjerne omtalt som «joint ventures»).

Konkurranseloven § 16a gir hjemmel for å gripe inn overfor såkalte minoritetserverv. Dette er erverv som ikke medfører overtagelse av kontroll eller bestemmende innflytelse i et foretak, og som derfor faller utenfor definisjonen «foretakssammenslutning» etter krrl. § 17.

Ordlyden «skal» i krrl. § 16 innebærer at Konkurransetilsynet har en plikt til å gripe inn overfor en foretakssammenslutning dersom terskelen for inngrep er nådd. Utgangspunktet etter første ledd er dermed at en slik foretakssammenslutning skal forbys.

Som det går frem av ordlyden i krrl. § 16 første ledd er inngrepsvilkåret angitt ut fra hvilken virkning foretakssammenslutningen antas å ha på konkurransen. Terskelen for inngrep blir drøftet mer inngående i pkt. 4.2.

2.3 Avhjelpende tiltak

Parter som planlegger en fusjon som de selv regner med vil skape bekymring hos konkurransemyndighetene, kan selvfølgelig allerede i utgangspunktet avverge dette gjennom måten de utformer fusjonsavtalen på. For partene kan dette ha åpenbare fordeler, blant annet ved at de unngår at prosessen blir forsinket av myndighetens behandling. Den like åpenbare ulempen er at det ikke er lett å forutse hva myndighetene vil vurdere som konkurranseskadelig. Ved å «løse» problemet på forhånd risikerer derfor partene å frata seg selv – og samfunnet – fusjonsgevinster som kunne vært oppnådd om de hadde tatt fusjonen helt ut.

Hvis det eneste alternativet til å få fusjonen godtatt helt ut hadde vært forbud, med påfølgende behov for ny(e) runde(r) med utforming av fusjonsavtale og myndighetskontroll, ville dette kunne legge uheldige bånd på ellers nyttige strukturendringstiltak i næringslivet. En slik enten-eller løsning ville også være i strid med det alminnelige kravet til forholdsmessighet som finnes i forvaltningsretten.¹² Derfor inneholder både norsk og EU-/EØS-rettslig konkurranselovgivning regler om såkalte avhjelpende tiltak.

Adgangen til å klarere en foretakssammenslutning med avhjelpende tiltak som vilkår følger av krrl. § 16 annet led, som lyder slik:

¹² Se pkt. 4.4 om forholdsmessighetskrav i forvaltningsretten

«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 [sic] tillates på disse vilkår. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkårene oppfylles.»

En foretakssammenslutning som skal forbys etter § 16 første ledd, kan altså likevel tillates på vilkår, slik at Konkurransetilsynet i vedtaket om godkjenning pålegger foretakene plikter. I den forstand er avhjelpende tiltak i tråd med vilkårlæren i den alminnelige forvaltningsretten, som går ut på at forvaltningen har kompetanse til å knytte plikter til et vedtak som ellers begunstiger den private part.¹³ Konkurranselovens ordning skiller seg imidlertid fra vilkårlæren, først og fremst ved at Konkurransetilsynet er avskåret fra å fastsette tiltak på eget initiativ.¹⁴

I forarbeidene til konkurranseloven forutsettes det at et absolutt forbud sjeldent vil bli aktuelt «fordi man ofte vil kunne avverge de konkurransemessige ulempene gjennom mindre inngripende tiltak».¹⁵ I Hjelmeng (2014) er det utarbeidet en oversikt over inngrep mot foretakssammenslutning fra ny konkurranselov i 2004 til 2013.¹⁶ Av totalt 28 inngrep har 8 endt med forbud og 20 blitt tillatt på vilkår om avhjelpende tiltak.

Tillatelse av foretakssammenslutning på vilkår kan bare godtas «der det er tilstrekkelig sikkerhet for – selv etter begrenset utredning av saken – at de [avhjelpende tiltakene] effektivt vil avbøte de konkurransemessige problemene».¹⁷ Dersom så er tilfelle «skal» foretakssammenslutningen godkjennes. I pkt. 4.3 redegjøres det for hvor langt det er nødvendig at de avhjelpende tiltakene må gå.

Adgangen til å tillate en foretakssammenslutning på vilkår er, som nevnt, nødvendig for å oppfylle det overordnede formålet om å fremme virksom konkurranse. En for rigid håndhevelse av fusjonskontrollen, uten mulighet for foretakene å tilpasse seg underveis i prosessen, ville vært en stor belastning for næringslivet. Avhjelpende tiltak gir mulighet til å gjennomføre transaksjonen uten opphold.

¹³ NOU 2012:7 s. 119

¹⁴ Bryng (2015) s. 80

¹⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 230

¹⁶ Hjelmeng (2014) tabell 8.1, s 595

¹⁷ NOU 2012:7 s. 118

Det skilles generelt mellom tiltak som regulerer *strukturen* og tiltak som regulerer *atferden* til partene.¹⁸ Strukturelle tiltak går typisk ut på avhendelse av de deler av virksomheten som reiser konkurransemessige problemer. Atferdsmessige tiltak innebærer at partene plikter å opptre på en bestemt måte i fremtiden, for eksempel ved å gi konkurrenter tilgang til leveranser på ikke-diskriminerende vilkår.¹⁹ I kapittel 5 redegjør jeg nærmere de forskjellige typende avhjelpende tiltak, med eksempler fra Konkurransetilsynets praksis på forskjellige former for strukturelle og atferdsmessige tiltak.

2.4 Meldeplikt og gjennomføringsforbud

For at Konkurransetilsynet skal kunne føre effektiv fusjonskontroll, er den som overtar kontroll i en foretakssammenslutning underlagt regler om meldeplikt og gjennomføringsforbud.

Konkurranseloven § 18 første ledd pålegger den som overtar kontroll i en foretakssammenslutning etter § 17 første ledd a og b en plikt til å informere Konkurransetilsynet om fusjonen. Hensikten med meldeplikten er å «sikre konkurransemyndighetenes kontroll med erverv som kan være av konkurransemessig betydning, samtidig som de[n] ivaretar [partenes] interesse i en rask avklaring fra konkurransemyndighetene».²⁰

Meldeplikten etter § 18 første ledd gjelder bare forholdsvis store foretakssammenslutninger. Terskelverdiene for meldeplikten følger av annet ledd. Meldeplikten gjelder ikke

- «a) dersom de involverte foretakene har en samlet årlig omsetning i Norge under 1 milliard kroner, eller
- b) dersom bare ett av de involverte foretakene har en årlig omsetning i Norge over 100 millioner kroner.»

Terskelverdiene for meldeplikt ble hevet vesentlig i 2014,²¹ fra 50 millioner kroner samlet årlig omsetning for alle de involverte foretakene, og fra 20 millioner kroner årlig omsetning for minst to av de involverte foretakene. Konkurranselovutvalget fant i NOU 2012:7 at Konkurransetilsynet nesten bare grep inn overfor foretakssammenslutninger i denne størrelsesordenen.²² En høyere terskel for meldeplikt reduserer antallet meldinger, og er en mindre byrde

¹⁸ Se Prop.75 L (2012-2013) s. 144, og Hjelmeng (2014) s. 735

¹⁹ Hjelmeng (2014) s. 611

²⁰ NOU 2003:12 s. 92

²¹ Forskrift 28. april 2004 nr. 673 ble opphevet ved forskrift 11. desember 2013 nr. 1466, samtidig som de nye terskelverdiene ble ført inn i konkurranseloven ved endringslov 14. juni 2013 nr. 35

²² NOU 2012:7 s. 125

for næringslivet, samtidig som tilsynet kan bruke mindre ressurser på å vurdere uproblematiske meldinger.²³ Hvordan årlig omsetning skal beregnes følger av meldepliktforskriften²⁴ § 5.

Også foretakssammenslutninger som er unntatt meldeplikten etter krrl. § 18 annet ledd kan bli pålagt meldeplikt av Konkurransetilsynet «dersom tilsynet finner rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, eller dersom særlige hensyn tilsier at tilsynet undersøker foretakssammenslutningen nærmere», jf. krrl. § 18 tredje ledd. Tredje ledd gjelder også minoritetserverv.

Terskelen for å pålegge meldeplikt etter det første vilkåret er ikke særlig høy, jf. ordlyden «rimelig grunn til å anta». Motsetningsvis presiseres det i forarbeidene at det gjelder en høy terskel for å pålegge meldeplikt etter det andre vilkåret, «særlige hensyn», ut ifra hensynet til foretakenes forutberegnelighet.²⁵ Et særlig hensyn kan for eksempel være at det er grunn til å mistenke at meldepliktreglene er forsøkt omgått.²⁶ Pålegg om meldeplikt for ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger må gis innen tre måneder etter at endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet. Dette er også av hensyn til foretakenes forutberegnelighet. Det forutsettes at «tilsynet vil følge aktivt med på foretakssammenslutninger i lokale markeder slik at den avskrekkende effekten av at tilsynet kan gripe inn i uheldige foretakssammenslutninger opprettholdes også her».²⁷

Meldeplikten fungerer i tospann med et gjennomføringsforbud. Foretakssammenslutninger som er omfattet av reglene om meldeplikt, eller er pålagt meldeplikt, «må ikke gjennomføres før Konkurransetilsynet har avsluttet behandling av saken», jf. krrl. § 19.

Det er ingen frist for når melding om meldepliktig foretakssammenslutning må sendes til tilsynet, men gjennomføringsforbudet skal fungere som et incentiv til foretakene for å sende den så fort som mulig.

Det er heller ikke gitt en frist for når melding tidligst kan sendes til tilsynet. Forarbeidene legger til grunn at melding kan være sendt før endelig avtale om sammenslutning er inngått, men innholdet i meldingen må gi tilsynet tilstrekkelig med informasjon til at det har grunnlag for å vurdere transaksjonen.²⁸ Dette innebærer «for det første at transaksjonen og avtaleverket må

²³ Prop.75 L (2012-2013) s. 104

²⁴ Forskrift 11. desember 2013 nr. 1466 om melding av foretakssammenslutninger mv. [meldepliktforskriften]

²⁵ Prop.75 L (2012-2013) s. 104

²⁶ l.c.

²⁷ NOU 2012:7 s. 126

²⁸ Ibid. s. 134

kunne beskrives konkret [...]. For det andre kan ikke gjennomføringen av transaksjonen ligge så langt frem i tid at markedsforholdene ikke med tilstrekkelig sikkerhet kan analyseres».²⁹

Brudd på meldeplikten etter krrl. § 18 første ledd, og brudd på gjennomføringsforbudet etter krrl. § 19 første ledd kan medføre overtredelsesgebyr, jf. krrl. § 29 første ledd bokstav a. Brudd på meldeplikten vil riktignok også innebære et brudd på gjennomføringsforbudet, og i realiteten er det da bruddet på gjennomføringsforbudet som vil bli sanksjonert.

2.5 Kort om gangen i en sak om fusjonskontroll

Saksgangen ved Konkurransetilsynets fusjonskontroll kan på en hensiktsmessig måte sorteres i fire stadier: (1) tiden forut for melding til tilsynet; (2) meldingen; (3) tilsynets første vurderingsfase etter krrl. § 20 annet og tredje ledd; (4) tilsynets senere vurderingsfase etter krrl. § 20 fjerde ledd.

Det første stadiet innebærer en uformell forhåndskontakt mellom Konkurransetilsynet og foretakene. Det er ikke noe krav om forhåndskontakt, men det kan være hensiktsmessig i saker som antas å reise konkurransemessige bekymringer. Det vil særlig være aktuelt i saker med kompliserte selskapsstrukturer. Formålet med forhåndskontakt er «å synliggjøre de problemstillingene av prosessuell og/eller materiell art som foretakssammenslutningen antas å ville reise, slik at den videre saksbehandlingen kan legges opp på en hensiktsmessig måte».³⁰ Lemping i kravene til melding, jf. § 18a tredje ledd, kan også tas opp på dette stadiet. Ifølge Konkurransetilsynet bør forhåndskontakten være innledet senest ti virkedager før meldingen forventes inngitt.³¹

Det andre stadiet består av foretakenes melding til Konkurransetilsynet, jf. krrl. § 18. Paragraf 18a stiller ganske vidtgående krav til melding etter § 18 første ledd. Kravene til melding kan sees i sammenheng med at melderne er ressurssterke parter som i praksis har alle forutsetninger for å forstå sitt eget marked, lovverket generelt, og kan vurdere hvordan dette vil slå ut i deres tilfelle. Gjennom meldingen skal foretakene kunne legge til rette for at tilsynets vurdering av saken skjer så fort som mulig, og til å rydde unna forhold som ellers kunne føre til forbud.

²⁹ NOU 2012:7 s. 134

³⁰ Konkurransetilsynets veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger, 12. august 2009 s. 2

³¹ Ibid. s. 3

Det tredje og fjerde stadiet er knyttet til tilsynets vurderingsfase og til slutt vedtak, og reguleres av krrl § 20. Disse omtales ofte som fase I og fase II, og vil bli gjennomgått under pkt. 3.2. Vedtak om inngrep som klarerer foretakssammenslutning på vilkår kan fattes i fase I. Vedtak om forbud kan bare fattes i fase II. Avgjørelse om å henlegge saken, og dermed tillate foretakssammenslutningen vilkårsløst, kan fattes når som helst i løpet av saksgangen.

Loven inneholder ingen formalisert prosedyre for hvordan kommunikasjon mellom tilsynet og foretakene skal foregå. Det er likevel naturlig at det forutsettes kontakt mellom tilsyn og melder (og fremtidig melder) i alle stadiene av saksgangen. En forutsetning om løpende dialog fremgår også av forarbeidene³² og Konkurransetilsynets veileder til saksbehandlingen.³³ Tilsvarende gjelder også for øvrig for saker som behandles etter fusjonskontrollforordningen, jf. Kommisjonens *Best Practice* retningslinjer.³⁴

³² Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85, NOU 2012:7 s. 118 og pkt. 8.5.5.3, og Prop.75 L (2012-2013) s. 110-111

³³ Konkurransetilsynets veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger, 12. august 2009

³⁴ Kommisjonens *Best practices on merger control proceedings*, 20. januar 2004, kapittel 3

3 Prosessuelle begrensninger

3.1 Innledning

Dette kapittelet gjelder de prosessuelle begrensningene i Konkurransetilsynets kompetanse til å treffe vedtak om inngrep der foretakssammenslutninger blir tillatt på vilkår om avhjelpende tiltak.

I pkt. 3.2 gjør jeg rede for saksbehandlingsfristene som gjelder etter krrl. § 20 og meldepliktforordningen³⁵ § 1. Fristene setter begrensninger for tilsynets vedtakskompetanse på flere måter. For det første ved at det på flere steder i prosessen er satt en minimumsfrist på en gitt tid som må passere før tilsynet kan fatte vedtak. For det andre ved at tilsynet mister sin kompetanse til å foreta inngrep dersom det oversitter fristene uten å ha foretatt de nødvendige grep. Redegjørelsen i pkt. 3.2 belyser også at det er tale om en forutsetningsvis dynamisk prosess, hvor det er lagt opp til stor grad av kommunikasjon mellom tilsyn og melder.

Pkt. 3.3 omhandler Konkurransetilsynets kompetanse til å sette vilkår. Denne er begrenset ved at Konkurransetilsynet ikke ensidig kan fastsette vilkår for tillatelse av foretakssammenslutning.

3.2 Konkurransetilsynets saksbehandlingsfrister etter krrl. § 20

Konkurransetilsynets kompetanse til å fatte vedtak som stadfester forslag om avhjelpende tiltak er styrt av klart regulerte frister. Fristene fremkommer av krrl. § 20 og meldepliktforordningen § 1. Fristenes lengde er et resultat av en avveining mellom hensynet til partenes behov for en rask avklaring på den ene side, og tilsynets behov for å kunne gjennomføre en grundig og god saksbehandling.³⁶ Det er også i partenes interesse at tilsynet får anledning til å vurdere forslag til avhjelpende tiltak i ro og mak. Dette illustreres tydelig av reglen om frivillig fristforlengelse.

Fristene i krrl. § 20 er absolutte. Dersom Konkurransetilsynet oversitter fristene, uten å ha tatt de nødvendige skritt, mister tilsynet kompetansen til å foreta inngrep i foretakssammenslutningen. Dette fremkommer av departementets klageavgjørelse i *Swarco – Peek*.³⁷ Departementet fant at Konkurransetilsynets vedtak var ugyldig som følge av at tilsynet hadde fattet

³⁵ Forskrift 11. desember 2013 nr. 1466 om melding av foretakssammenslutninger mv.

³⁶ Juuhl-Langseth (2015) s. 239

³⁷ Moderniseringsdepartementet vedtak 24. mai 2005, i sak V2005-3 *Swarco Norge AS – Peek Trafikk AS*

sitt vedtak én dag over fristen etter dagjeldende krrl. § 20 tredje ledd. Selv om bestemmelsen er endret siden den tid, er det ingen holdepunkter for at rettstilstanden er endret. Departementet pekte blant annet på at hensynet bak de eksakte tidsfristene, særlig var å skape forutberegnelighet for partene. Dette betyr at så detaljerte fristreglene er ikke formålstjenlige dersom de ikke er absolutte.

Vedtak om forbud eller tillatelse på vilkår, etter krrl. §§ 16 og 16a, må treffes på grunnlag av partenes melding, jf. krrl. § 20 første ledd. Fristene for saksbehandlingen begynner å løpe dagen etter melding er inngitt, jf. § 20 andre ledd og meldepliktforskriften § 1 tredje ledd. Fristene måles i virkedager. Det er ikke et krav om at fristavbrytende/-utløsende meddelelser skjer i løpet av Konkurransetilsynets kontortid.³⁸

Meldingen må oppfylle innholdskravene til melding i krrl. § 18a for at fristen skal begynne å løpe, se som eksempel *Orkla – Cederroth*.³⁹ I denne saken var melding mottatt 3. mars, men ble ansett som mangelfull inntil 12. mars, og det var først da fristene for tilsynets behandling begynte å løpe. Dersom tilsynet finner at meldingen er mangelfull må tilsynet informere melder om dette innen 15 dager, jf. meldepliktforskriften § 1 tredje ledd. Skjer ikke dette, må tilsynet godta meldingen som om den oppfylte innholdskravene i krrl. § 18.

Når tilfredsstillende melding er mottatt, og fristen begynner å løpe, er saken inne i tilsynets første vurderingsfase – fase I. Tilsynet må innen 25 dager varsle melder om at vedtak om inngrep kan bli aktuelt, jf. krrl. § 20 andre ledd. Varselet må begrunnes slik at melder får et grunnlag til å foreslå avhjelpende tiltak.⁴⁰ Kravet til begrunnelse er ikke satt høyt.⁴¹ Begrunnelsen må vise at det er «rimelig grunn til å anta» at inngrepskriteriet i krrl. § 16 første ledd er nådd.⁴² Krrl. § 20 annet ledd benytter riktignok den gamle formuleringen «føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål». Det kan se ut som lovgiver glemte både § 20 annet ledd og § 16a første ledd da § 16 første ledd ble endret i 2016, siden begge disse viser til inngrepsvilkåret slik det var formulert § 16 første ledd før endringen (mer om endringen i pkt. 4.2). Jeg legger likevel til grunn at dette må tolkes som en referanse til inngrepsvilkåret i krrl. § 16, slik det er formulert i dag, heller enn som en egen terskel spesielt for begrunnelsen i varselet. Det kreves ikke at varselet redegjør for fravær av

³⁸ Departementet klageavgjørelse i sak V2005-3 *Swarco – Peek* s. 8

³⁹ V2015-30 i pkt. 1.2. Vedtaket omtales nærmere i kapittel 5.

⁴⁰ Prop.75 L (2012-2013) s. 110

⁴¹ *Ibid.* s. 148

⁴² l.c

effektivitetsgevinster eller fordeler for forbrukerne.⁴³ Når varsel er sendt går saken over i fase II.

Foretakene kan foreslå avhjelpende tiltak allerede i fase I. Skjer dette innen 20 dager etter meldingen er mottatt, forlenges tilsynets frist etter annet ledd med 10 dager, jf. krrl. § 20 tredje ledd. Tilsynet får altså minimum 15 dager til å vurdere forslaget. Forlengelsen forskyver ikke de andre fristene i fase II. Tilsynet kan innenfor 35-dagersgrensen fastsette vedtak om inngrep på de foreslåtte vilkårene. Det forutsettes at melder er innforstått med at det avhjelpende tiltaket kan gjøres bindende for melder.⁴⁴ Foreslår melder avhjelpende tiltak *etter* 20-dagers fristen, vil ikke tilsynet få tilstrekkelig tid til å ta forslagene med i vurderingen av om varsel om inngrep skal sendes. Tilsynet må varsle inngrep etter 25 dager, og forslaget vil ikke kunne aksepteres før på et senere tidspunkt i prosessen.⁴⁵ 25-dagersvarselet må begrunnes for å sikre at melder får et grunnlag for å foreslå avhjelpende tiltak i den senere fasen.⁴⁶ Kravet til begrunnelse er ikke satt høyt.⁴⁷ Begrunnelsen må vise at det er «rimelig grunn til å anta» at foretakssammenslutningen i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse.⁴⁸ De varsler som Konkurransetilsynet skriver ved utløpet av 25-dagers fristen er i praksis «knappe og generelt begrunnet».⁴⁹

20-dagersgrensen er ment som en oppfordring for melder til å foreslå avhjelpende tiltak tidlig i prosessen. I praksis skjer det imidlertid ytterst sjeldent at forslag til avhjelpende tiltak fremsettes i fase I. Juuhl-Langseth (2015)⁵⁰ referer til ett slikt tilfelle fra 2014. Den aktuelle saken ble avsluttet før den forlengede fristen i fase I, og foretakssammenslutningen ble godkjent uten vilkår. Jeg er ikke kjent med noen tilfeller der en foretakssammenslutning er godkjent med avhjelpende tiltak foreslått i fase I.⁵¹

Når forslag om avhjelpende tiltak settes frem fra fase I får ikke partene noen automatisk veiledning om hvor vidtgående tiltak de trenger å foreslå. De risikerer dermed å binde seg til tiltak som går lenger enn hva tilsynet mener er nødvendig. Dette er en risiko partene må være villig til å ta. I gjengjeld kan partene få en rask avklaring. Informasjon om at de foreslåtte tiltakene etter tilsynets mening ikke går langt nok, får foretakene gjennom at de foreslåtte tiltakene ikke

⁴³ Prop.75 L (2012-2013) s. 148

⁴⁴ l.c

⁴⁵ l.c

⁴⁶ Ibid. s. 110

⁴⁷ Ibid. s. 148

⁴⁸ Prop.75 L (2012-2013) s. 148 jf. ny inngrepsterskel i krrl. § 16 første ledd

⁴⁹ Juuhl-Langseth (2015) s. 241

⁵⁰ på s. 241

⁵¹ Se også Bryng (2015) s. 82

godtas, når tilsynet innen den utvidede 35-dagers fristen gir varsel om at vedtak om forbud kan bli aktuelt. I dette varselet må tilsynet «begrunne hvorfor forslaget til avhjelpende tiltak ikke anses tilstrekkelig til å avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene foretakssammenslutningen kan føre til».⁵² Kravet til begrunnelse er altså noe strengere for 35-dagersvarselet enn for 25-dagersvarselet.

I fase II «må» tilsynet avslutte saken «snarest mulig», jf. krrl. § 20 fjerde ledd. Senest innen 70 dager etter melding må tilsynet enten fatte vedtak om inngrep på foreslåtte vilkår, eller legge frem begrunnet forslag til forbudsvedtak. Fattes vedtak om godkjennelse på foreslåtte vilkår er saken med det avsluttet. Settes det frem forslag om forbudsvedtak har foretakene en frist på 15 dager til å uttale seg om dette. Når foretakenes uttalelse har nådd tilsynet har tilsynet en frist på 15 dager til å treffe et endelig vedtak. Tilsynets frist kan forlenges med ytterligere 15 dager dersom partene har fremmet et nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak etter det begrunnede forslaget om forbudsvedtak. Utover dette kan tilsynets frist til å treffe endelig vedtak forlenges med atter ytterligere 15 dager, enten etter anmodning eller samtykke fra melder. Forutsatt at klokken ikke stoppes underveis i prosessen, som følge av prosessledende avgjørelser fra tilsynet, kan det altså gå opptil 130 dager fra melding er inngitt til tilsynet må treffe endelig vedtak.

I realiteten kan den totale avgjørelsestiden etter fjerde ledd bli opptil 145 dager. Dersom partene etter 55 dager i prosessen (men innen 70) foreslår nye eller reviderte avhjelpende tiltak, forskyves tilsynets frist tilsvarende, men maksimalt med 15 dager til sammen. Denne fristforlengelsen er for å gi Konkurransetilsynet «en reell mulighet til å vurdere forslaget, uten å risikere å miste kompetanse til å gripe inn mot foretakssammenslutningen på grunn av fristutløp».⁵³ De potensielle 60 dagene som begynner etter tilsynets forslag til forbudsvedtak, kan altså komme til å begynne 85 dager etter melding ble innsendt.

Partene kan sette frem forslag til avhjelpende tiltak når som helst i fase II. I NOU 2012:7 forutsettes det at 55-dagers fristen vil være et incitament til tidlig fremleggelse av forslag.⁵⁴

Dersom Konkurransetilsynet i løpet av saksbehandlingen finner at grunnlag for inngripen ikke foreligger, skal melderne underrettes skriftlig, jf. krrl. § 20 syvende ledd. Om saken er i fase I behøver ikke avgjørelsen om henleggelse begrunnes. Har tilsynet varslet at inngrep kan bli aktuelt, slik at saken står i fase II, skal tilsynet gi en kort redegjørelse for henleggelsen. Redegjørelsesplikten ivaretar flere hensyn. For det første sikrer den en viss kontroll med forvalt-

⁵² Prop. 75 L (2012-2013) s. 148

⁵³ Prop. 37 L (2015-2016) s. 81

⁵⁴ NOU 2012:7 s. 137

ningens avgjørelser, ved at offentligheten gis mulighet til innsyn i hva som ligger til grunn for henleggelsen. For det andre gir det partene i fremtidige foretakssammenslutninger mulighet til å danne seg et inntrykk av hva Konkurransetilsynet anser som uproblematisk forhold. Dette øker forutberegneligheten, ved at parten gis mulighet til å tilpass sin planer slik at man kan unngå forsinkede prosedyrer.⁵⁵

3.3 Konkurransetilsynets kompetanse til å sette vilkår

Den neste prosessuelle begrensningen gjelder Konkurransetilsynets kompetanse til å sette vilkår for å klarere en foretakssammenslutning. Slik krrl. § 16 annet ledd er å forstå, kan ikke tilsynet sette vilkår som ikke er foreslått av partene.

Før endringen av konkurranseloven i 2014 kunne Konkurransetilsynet i prinsippet klarere en foretakssammenslutning på vilkår det selv dikterte. Gjeldende rett var da utformet i tråd med den alminnelige vilkårlæren i norsk forvaltningsrett, hvor forvaltningsmyndigheten kan sette vilkår for begunstigende vedtak.⁵⁶ «Begunstigelsen» som sådan var i slike tilfeller at en foretakssammenslutning som skulle ha vært forbudt fordi den gikk over konkurransebegrensningsterskelen i krrl. § 16 første ledd, likevel ble tillatt gjennomført.

Etter endringen i 2014 fikk partene det hele og fulle ansvaret for å foreslå og utforme avhjelpende tiltak. I NOU 2012:7 begrunnet utvalget endringen med at muligheten for å klarere en foretakssammenslutning på vilkår ville bli mest mulig effektiv. Partene er i en bedre situasjon enn konkurransemyndigheten til å vurdere seg selv og sitt eget marked, og derfor best egnet til å foreslå egnede tiltak. For Konkurransetilsynet er det ressursbesparende at saken kan løses gjennom innrømmelser fra partene heller enn at saken må gjennomgå full utredning.⁵⁷ Ved en slik løsning vill også de norske reglene samsvarer bedre med EU/EØS-reglene og regelsettene i Sverige og Danmark.⁵⁸

Konkurransetilsynets kompetanse er altså begrenset slik at tilsynet bare kan forby foretakssammenslutninger, eller klarere på vilkår såfremt disse vilkårene er foreslått av partene og det er tale om avhjelpende tiltak som vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen.

⁵⁵ Se også Prop.75 L (2012-2013) s. 110

⁵⁶ NOU 2012:7 s. 119. For mer generelt om vilkårlæren, se Eckhoff/Smith (2014) kap. 25, og Graver (2015) kap. 16

⁵⁷ NOU 2012:7 s. 116

⁵⁸ Ibid. s. 119

4 Materielle begrensninger

4.1 Innledning

Dette kapittelet gjelder de materielle begrensningene i Konkurransetilsynets kompetanse til å treffe vedtak om inngrep der foretakssammenslutninger blir tillatt på vilkår om avhjelpende tiltak.

I pkt. 4.3 gjør jeg rede for den nedre begrensningen. Hvor stor konkurransemessig effekt må de avhjelpende tiltakene minst ha for at Konkurransetilsynet skal ha adgang – og plikt – til å tillate foretakssammenslutningen på vilkår om slike tiltak? Drøftelsen tar utgangspunkt i krrl. § 16 annet ledd. Spørsmålet her er om det er tilstrekkelig at de avhjelpende tiltakene bringer den konkurransebegrensende effekten av foretakssammenslutningen under inngrepsterskelen i krrl. § 16 første ledd, eller om det kreves at tiltakene må fjerne alle de negative konkurransevirkningene foretakssammenslutningen fører til. Det blir i den sammenheng nødvendig også å redegjøre grundigere for hva som faktisk er terskelen for inngrep.

Pkt. 4.4 omhandler den øvre begrensningen. Gjelder det et krav om forholdsmessighet, og på hvilken måte gir dette seg i så fall utslag? En særlig problemstilling her er om Konkurransetilsynet plikter å «barbere» partenes forslag til avhjelpende tiltak dersom disse går lenger enn det tilsynet selv mener er nødvendig for å bringe de konkurranseskadelige virkningene av foretakssammenslutningen ned på det nivået som krrl. § 16 annet ledd krever.

Før jeg går inn på begrensningene i vilkårsadgangen, vil jeg i pkt. 4.2 gjøre rede for den materielle begrensningen i adgangen til å gripe inn overfor en foretakssammenslutning, slik det følger av krrl. § 16 første ledd etter at bestemmelsen ble endret sommeren 2016. Gjennomgangen om hvor inngrepsterskelen ligger er nødvendig som et utgangspunkt for den videre drøftelsen om vilkårsadgangen.

4.2 Terskel for inngrep i foretakssammenslutninger

Konkurransetilsynets kompetanse – og plikt – til å gripe inn overfor en foretakssammenslutning følger av krrl. § 16 første ledd. Som nevnt under pkt. 2.2., lyder bestemmelsen slik:

«Konkurransetilsynet 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.»⁵⁹

Regelen om inngrep har to vilkår: i) Foretakssammenslutningen må føre til en kvalifisert konkurransebegrensning («i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse»), som ii) ikke veies opp av effektivitetsgevinster foretakssammenslutningen fører til. Det andre vilkåret kan ikke leses ut av bestemmelsen, men kan følge av en tolkning av bestemmelsen i lys av konkurranselovens formålsbestemmelse, krrl. § 1, som sier lovens formål er «å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser». I forarbeidene til bestemmelsen uttales det direkte at det gjelder et slikt vilkår.⁶⁰

I vilkåret om at foretakssammenslutningen må «hindre» effektiv konkurranse ligger det et krav til årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurransebegrensningen.⁶¹ Kravet til årsakssammenheng innebærer at dersom målselskapet i foretakssammenslutningen av andre grunner uansett ville gå ut av markedet, for eksempel på grunn av konkurs, må foretakssammenslutningen klareres. En melder anførsel om at det mangler årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og negative konkurransevirkninger betegnes gjerne som «fallittbedriftforsvaret».⁶²

Konkurranseloven § 16 første ledd ble endret 1. juli 2016.⁶³ Endringen ble i hovedsak begrunnet med hensynet til harmonisering med EU/EØS-retten.⁶⁴ Formuleringen er nå innholdsmessig tilsvarende FKF⁶⁵ artikkel 2 nr. 3, som lyder:

«Fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.»⁶⁶

Før endringen var formuleringen i krrl. § 16 første ledd første punktum slik:

⁵⁹ Konkurranseloven § 16 først ledd

⁶⁰ Prop.37 L (2015-2016) s. 79

⁶¹ Se også Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 81

⁶² Se Hjelmeng (2014) s. 608, og Kolstad (2007) s. 766 flg.

⁶³ Lov 15. april nr. 2 2016 om endringer i konkurranseloven (Konkurransklagenemnda, kartellforlik mm.)

⁶⁴ Prop.37 L (2015-2016) s. 79

⁶⁵ Rådsforordning (EF) nr. 139/2004, 20. januar 2004, om tilsyn med foretakssammenslutninger

⁶⁶ Fusjonskontrollforordningen artikkel 2 nr. 3

«Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål.»

Hensikten med endringen av § 16 første ledd var at bestemmelsen skal tolkes og anvendes likt som FKF artikkel 2. nr. 3.⁶⁷ Det innebærer at blant annet andre deler av forordningen, som dens fortale, EU-/EØS-praksis, og Europakommisjonens retningslinjer også vil være relevante rettskilder ved tolkningen av bestemmelsen.

Ved vurderingen av om inngrepsterskelen er nådd må konkurransemyndigheten foreta en analyse av foretakssammenslutningens virkninger på de berørte markedene, og av hvilket utslag eventuelle relevante effektivitetsgevinster vil gi. Dette er et faktisk bevissspørsmål. Slike vurderinger er vanskelige, blant annet fordi det er tale om fremtidsvurderinger, basert på mer eller mindre sikre og fullstendige opplysninger og mer eller mindre pålitelige økonomiske teorier. Slike vurderinger vil nødvendigvis være beheftet med usikkerhet. Selv om det er tale om vedtak som kan ha svært inngripende virkninger, er det likevel antatt at beviskravet ikke er strengere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁶⁸ Jeg vil i det følgende gi en kort redegjørelse for momentene som inngår i den konkurransemessige analysen vil bli redegjort for kort i det følgende, men momentene vil likevel ikke være gjenstand for en grundigere analyse, da dette faller utenfor avhandlingens tema. I gjennomgangen av Konkurransetilsynets praksis i kapittel 5 vil tilsynets analyse bli fremhevet der dette er naturlig.

Det første vilkåret for inngrep – det som følger av lovteksten – er altså at foretakssammenslutning «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Vurderingsstandarder omtales gjerne som «SIEC-test», etter den engelske formuleringen av inngrepvilkåret i fusjonskontrollforordning (*«significantly impede effective competition»*). Før endringen av krrl. § 16 første ledd gjaldt en vurderingsstandard som gjerne ble omtalt som «SLC-test» (*«Substantially Lessening of Competition»*).

Analysen innebærer først en avgrensning av det relevante markedet, både produktmessig og geografisk.⁶⁹ Hvordan markedet defineres vil kunne ha stor betydning for utfallet av resten av analysen.⁷⁰ Deretter blir spørsmålet om sammenslutningen kan føre til at partene får incentiver til å endre sin markedstilpasning på en måte som gjør at den effektive konkurransen mellom partene i det definerte markedet i betydelig grad hindres.⁷¹ Tilsynet vil ha som utgangs-

⁶⁷ Prop.37 L (2015-2016) s. 79

⁶⁸ V2012-10 *Mekonomen – Meca* avsnitt 18. Vedtaket omtales nærmere i kapittel 5.

⁶⁹ NOU 2012:7 s. 105. For mer om markedsavgrensning, se f.eks. Hjelmeng (2014) kapittel 4

⁷⁰ Hjelmeng (2014) s. 133

⁷¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 81

punkt hvilken markedsposisjon og markedsandel den nye foretakssammenslutningen vil få etter transaksjonen.⁷² Et annet sentralt moment er i hvilken grad foretakssammenslutningen vil gjøre det vanskelig for nye aktører å etablere seg i markedet.⁷³

Det i praksis viktigste momentet ved vurderingen er om en foretakssammenslutning fører til, eller styrker allerede eksisterende, dominans i det relevante markedet. I krrl. § 16 presiseres dette med formuleringen «særlig som et resultat av at dominerende stilling skapes eller styrkes». Dannes eller forsterkes det ved en foretakssammenslutning en dominerende stilling vil det «normalt»⁷⁴ være å anse som en «betydelig» konkurransebegrensning, slik at dette vilkåret for inngripen er oppfylt.

Også foretakssammenslutninger som ikke fører til eller styrker en dominerende stilling kan innebære en konkurransebegrensning som omfattes av «betydelig»-vilkåret. Én enkelt aktør kan få en stor markedsandel – uten at den er stor nok til å bli ansett som dominerende – samtidig som de andre aktørene hver for seg har så små markedsandeler at konkurransetrykket svekkes som resultat av foretakssammenslutningen.⁷⁵ I fusjonskontrollforordningens fortale forutsettes det uttrykkelig at slike situasjoner skal kunne omfattes av bestemmelsen.⁷⁶

Endringen fra SLC- til SIEC-standard er ikke ment å ha noen stor praktisk betydning. I forarbeidene til den nye bestemmelsen legger departementet «til grunn» at endringen «ikke er ment å få betydning verken for antall inngrep, eller for hvilke foretakssammenslutninger det gripes inn mot».⁷⁷ I merknaden til bestemmelsen uttales litt mer forbeholdent at endringen ikke er ment å få «vesentlig» betydning for ambisjonsnivået til lovens fusjonskontrollregler, og at den «antas» ikke å få «særlig» betydning for antall inngrep eller hvilke inngrepsvedtak som fattes.⁷⁸

Det finnes likevel forskjeller på de to standardene, i hvert fall på et teoretisk plan. I NOU 2012:7 beskriver utvalget disse forskjellene på sidene 99-116. Ordlyden «føre til eller forsterke en vesentlig begrensning» tilsa at om markedet allerede var vesentlig begrenset, kunne det gripes inn mot enhver foretakssammenslutning i dette markedet. Ordlyden etter endringen tilsier at det må være «en kvalifisert virkning av foretakssammenslutningen (...) selv om kon-

⁷² NOU 2012:7 s. 105

⁷³ I.c

⁷⁴ Rådsforordning 139/2004 fortale premiss 26

⁷⁵ Kolstad (2007) s. 735

⁷⁶ Rådsforordning 139/2004 fortale premiss 25

⁷⁷ Prop.37 L (2015-2016) s. 56

⁷⁸ Ibid. s. 79

kurransen er vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen». ⁷⁹ Dette kan bety at det med endringen er vanskeligere å gripe inn overfor gradvise oppkjøp. Utvalget fant at dette ikke kunne være utslagsgivende, og pekte på at kravet til endring i markedskonsentrasjon i EU/EØS-retten synker desto mer begrenset konkurransen er før oppkjøpet, slik at betydningen av forskjellen allikevel ikke ville bli så stor. ⁸⁰ Dessuten vil adgangen til inngrep i minoritets-ervert, jf. krrl. § 16a, gi mulighet til å gripe inn overfor gradvise oppkjøp innenfor en periode på to år før det siste ervervet.

Det andre vilkåret for å gripe inn mot en foretakssammenslutning knytter seg til den samlede samfunnsøkonomiske effekten av sammenslutningen. Mens det første vilkåret – betydelig konkurransehindring – går direkte fram av ordlyden i krrl. § 16 første ledd, er dette ikke tilfelle med det andre vilkåret. Det er likevel sikker rett at det ikke er tilstrekkelig for inngrep at foretakssammenslutningen i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Det er også et vilkår at den samfunnsøkonomiske skaden som følge av denne hindringen ikke blir oppveid av samfunnsøkonomiske fordeler i form av effektivitetsgevinster sammenslutningen vil føre til. Dette vilkåret blir ofte omtalt som «effektivitetsforsvaret». I forarbeidene forutsettes det uttrykkelig at siden effektivitetsforsvaret skal innfortolkes i FKF art. 2 nr. 3, så må det gjelde etter krrl. § 16 første ledd også, selv om det ikke fremkommer av lovteksten. ⁸¹

Effektivitetsforsvaret har sammenheng med konkurranselovens formål, slik det er angitt i krrl. § 1. Før endringene i konkurranseloven sommeren 2016 gikk denne sammenhengen fram av ordlyden i krrl. § 16 første ledd, som satte som vilkår for inngrep at den vesentlige konkurransebegrensningen ikke måtte være «i strid med lovens formål», som altså er å «fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser».

De fleste foretakssammenslutninger vil normalt bidra til effektivitetsgevinster for foretakene – det er nettopp derfor foretakssammenslutninger gjennomføres. ⁸² Ikke alle typer effektivitetsgevinster skal imidlertid telle med. Ved vurderingen av effektivitetsgevinster gjelder det en såkalt «konsumentvelferdsstandard». Det vil si at bare effektivitetsgevinster som kommer forbrukeren til gode skal tas med i vurderingen. Dette er i motsetning til «totalvelferdsstan-

⁷⁹ NOU 2012:7 s. 107

⁸⁰ Ibid. s. 110-111

⁸¹ Prop.37 L (2015-2016) s. 79, jf. Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger (2004/C 31/03) avsnitt 79

⁸² Kolstad (2007) s. 740

darden» som tidligere gjaldt i norsk konkurranserett,⁸³ hvor alle besparelser på foretakenes hånd skulle tas med i betraktningen.⁸⁴

Dersom en foretakssammenslutning fører til reduksjon av reduserte faste kostnader vil det øke tilbyders profitt, men som regel ikke føre til bedre kvalitet på varen eller tjenesten eller lavere pris for forbruker.⁸⁵ Etter totalvelferdsstandarden vil en slik gevinst kunne veie opp for konkurransebegrensningen, men ikke etter konsumentvelferdsstandarden. Fører en fusjon derimot til bortfall av variable kostnader, er det større sannsynlighet for at fordelene kan videreføres til forbrukeren i form av lavere priser.⁸⁶ En slik gevinst vil også etter konsumentvelferdsstandarden kunne veie opp for skadevirkninger av en fusjon.

Dersom effektivitetsgevinstene som kommer forbrukerne til gode veier opp for skadevirkningene, gir ikke loven grunnlag for å gripe inn overfor foretakssammenslutningen.

I likhet med endringen fra SLC til SIEC, er ikke endringen fra totalvelferdsstandard til konsumentvelferdsstandard ment å få noen stor praktisk betydning. I forarbeidene til den nye bestemmelsen uttales det at det «antas generelt å få liten praktisk betydning for utfallet i fremtidige fusjonssaker, både med hensyn til hvilke og hvor mange saker det gripes inn mot».⁸⁷ I høringsnotatet til endringen er dette begrunnet med at det uansett er svært uvanlig i norsk praksis at konkurransebegrensende foretakssammenslutninger blir akseptert på grunn av effektivitetsgevinster.⁸⁸ Det er likevel nok å se hen til forskjellen i Konkurransetilsynets og departementets vurdering i *Prior – Norgården*,⁸⁹ for et eksempel på hvor forskjellen i standard vil føre til forskjellig utfall. Konkurransetilsynet anvendte der en form for konsumentvelferdsstandard, og vedtok på den bakgrunn at Priors oppkjøp av Norgården måtte forbys. Departementet anvendte totalvelferdsstandarden i klageavgjørelsen, og kom på den bakgrunn til motsatt resultat.

4.3 De avhjelpende tiltakenes rekkevidde – nedre grense

Er inngrepsterskelen etter krrl. § 16 første ledd nådd, skal likevel en foretakssammenslutning tillates dersom avhjelpende tiltak foreslått av melderne «vil avbøte de konkurransebegrensningene».

⁸³ NOU 2012:7 s. 20, jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 6. februar 2006, saksnr. 05/3763 (*Prior – Norgården*)

⁸⁴ Hjelmeng (2014) s. 609

⁸⁵ Se V2005-12 *Prior – Norgården* s. 35

⁸⁶ V2005-12 *Prior – Norgården* s. 35

⁸⁷ Prop.37 L (2015-2016) s. 79

⁸⁸ Det kongelige nærings- og fiskeridepartements høringsnotat 11.03.15, referanse 15/1418

⁸⁹ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 6. februar 2006, i sak V2005-12

de virkningene som foretakssammenslutningen kan føre til», jf. krrl. § 16 annet ledd. Som nevnt i kapittel 2.3 blir de fleste foretakssammenslutninger som overgår inngrepsterskelen etter første ledd tillatt på vilkår om avhjelpende tiltak. Spørsmålet er hvor mye av de negative konkurransevirkningene tiltakene må avhjelpe for at tilsynet skal måtte tillate foretakssammenslutning på disse vilkår.

Ordlyden i krrl. § 16 annet ledd første punktum er tvetydig. «[D]e konkurransebegrensende virkningene» viser klart til alle virkningene av fusjonen, men «avbøte» kan språklig sett bety både mildne eller dempe, og avverge, dvs. fjerne helt.⁹⁰ Bestemmelsen åpner altså for to⁹¹ alternative tolkninger:

- i) De avhjelpende tiltakene må fjerne *alle* de negative konkurransevirkningene av foretakssammenslutningen,
- ii) De avhjelpende tiltakene må fjerne de negative konkurransevirkningene i en slik grad at foretakssammenslutningen *ikke lenger overstiger inngrepsterskelen* i § 16 første ledd.

Det første alternativet innebærer at konkurransen i markedet er den samme etter fusjonen som var før. Jeg kaller det her status quo-alternativet. Det andre alternativet innebærer at konkurransen i markedet etter fusjonen vil være svekket, men ikke «i betydelig grad», jf første ledd. Dette kaller jeg terskel-alternativet.

I andre lover med tilknytning til forvaltningsretten ser «avbøte» ut til å bli brukt på begge måter. I forurensningsloven er det for eksempel benyttet både som et tredje alternativ til «begrense, fjerne», og som en sekkebetegnelse for begge.⁹² I plan- og bygningsloven § 14-3 brukes det med betydningen å redusere skadelige virkninger.⁹³

Det fremgår ikke av forarbeidene til krrl. § 16 annet ledd hvordan «avbøte» skal forstås i konkurranselovens forstand.

I EU/EØS er det terskel-alternativet som er gjeldende rett. Etter FKF artikkel 8 nr. 2 er vilkårene for godkjenning på betingelse av avhjelpende tiltak «*at en anmeldt fusjon, etter at de deltagende virksomheder har foretaget ændringer, opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 2*», altså at foretakssammenslutningen etter de avhjelpende tiltakene «*ikke hæmmer den effektive kon-*

⁹⁰ Oppslagsord «avbøte» på Ordnett.no, sist sjekket 4. november 2016

⁹¹ Et tenkt tredje alternativ, at tiltakene må forbedre konkurransen i forhold til slik den var før, ble forkastet i EU-domstolens avgjørelse i sak C-551/10 *Éditions Odile Jacob SAS mot Kommisjonen, Lagardère SCA*

⁹² Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven), hhv. §§ 57 og 7

⁹³ Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven), jf. Tyrén (2010) kommentar til § 14-3

kurrence betydeligt», jf artikkel 2 nr. 2. Etter Kommisjonens kunngjøring må Kommisjonen klarere en meldt foretakssammenslutning som etter «*modification (...) no longer significantly impede effective competition*».⁹⁴

Spørsmålet er så vidt berørt i Prop.37 L (2015-2016), under høringsinstansenes merknader til forslaget om endring av inngrepsvilkåret i krrl. § 16 første ledd.⁹⁵ For krrl. § 16 *annet* ledd er dette (foreløpig) å regne som etterarbeider. I sin høringsuttalelse stiller Advokatforeningen seg positiv til en harmonisering av første ledd med EU/EØS-reglene, og tar samtidig til orde for at formålet med avhjelpende tiltak i annet ledd også bør harmoniseres for å fjerne uklarheten ordlyden i dagens bestemmelse skaper. Ifølge Advokatforeningen «synes det (...) klart» at Konkurransetilsynet og departementet gjennom sin vedtakspraksis finner det tilstrekkelig at de avhjelpende tiltakene sikrer at inngrepsvilkåret ikke lenger er oppfylt. Advokatforeningen fremholdt at terskel-alternativet også er det åpenbart rimelige. Om partene før en foretakssammenslutning meldes gjennomfører «avhjelpende tiltak» på egenhånd, slik at de negative konkurransevirkningene havner like under inngrepsterskelen, vil det ikke være grunn til å forby foretakssammenslutningen. Den motsatte løsningen, status quo-alternativet, vil innebære en ugrunnet ulikhet mellom et slikt tilfelle og der partene foreslår avhjelpende tiltak etter innsendt melding.⁹⁶

Advokatforeningen foreslo i sin høringsuttalelse en justering av krrl. § 16 annet ledd. Man ville da fjerne tvetydighet i dagens formulering, og dermed tydeliggjøre at vilkårene for godkjenning betinget av avhjelpende tiltak følger inngrepsterskelen i første ledd. Advokatforeningen uttalte at en slik endring ikke ville medføre noen realitetsendringer. Departementet merket seg forslaget, men kunne ikke utelukke at det ville føre til realitetsendringer for Konkurransetilsynets vedtakskompetanse, og ville derfor ikke foreslå justeringen uten ytterligere utredning.⁹⁷

Konkurransetilsynets og departementets vedtakspraksis er ikke helt ensartet i å legge terskel-alternativet til grunn, slik Advokatforeningen forutsetter. Et eksempel hvor det ikke var tilfelle, er departementets klageavgjørelse i *Ticketmaster – Ticnet*⁹⁸ i 2005. Avgjørelsen ble avsagt da konkurranseloven ennå tillot tilsynet å foreslå vilkår på eget initiativ. I forbindelse med spørsmål om Konkurransetilsynets vedtak var forholdsmessig, uttalte departementet:

⁹⁴ Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak (2008/C 267/01) avsnitt 87

⁹⁵ Prop.37 L (2015-2016) s. 54-55

⁹⁶ Se og Østerud (2015) s. 238 i fotnote 16

⁹⁷ Prop.37 L (2015-2016) s. 57

⁹⁸ Moderniseringsdepartementets vedtak 31. mars 2005, i sak V2004-33 *Ticketmaster – Ticnet*

«Selv om partenes foreslåtte vilkår i noen grad avhjelper de konkurransebegrensningene som ervervet fører med seg, bringes ikke konkurransesituasjonen tilbake dit den var før ervervet. En avveining mellom ulike tiltak forutsetter at det samme oppnås med disse. (...)

(...) Formålet med konkurranselovens bestemmelser om fusjonskontroll er nettopp å forhindre foretakssammenslutninger som fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen. Når departementet har slått fast at det foreliggende ervervet har slike følger for det norske markedet, er det ikke uforholdsmessig å pålegge partene å bringe situasjonen tilbake dit den var før ervervet.»⁹⁹

I konkurranserettslig sammenheng er dette riktignok et relativt gammelt vedtak. Både inngrepshjemmelen og bestemmelsen om avhjelpende tiltak har gjennomgått endringer siden den gang, som har ført til at regelverket i større grad er harmonisert med EU/EØS-regelverket. Departementets uttalelse herfra bør av disse grunnene tillegges begrenset rettskildemessig vekt.

Konkurransetilsynet uttaler seg i sine vedtak ikke direkte om hva som kreves av de avhjelpende tiltakene, utover det som fremkommer av lovens ordlyd. Man kan likevel utlede noe ut ifra de tiltakene tilsynet godtar som vilkår for foretakssammenslutninger. I nyere vedtak kan det synes som om tilsynet legger terskel-alternativet til grunn, slik Advokatforeningen forutsetter. *Coop – Ica*¹⁰⁰ gjaldt Coop Norges oppkjøp av Ica Norge i 2015. Oppkjøpet medførte at antallet store aktører på det allerede pressede nasjonale dagligvaremarkedet, gikk fra fem til fire. 50 av de 93 butikkene Coop solgte som avhjelpende tiltak ble solgt til NorgesGruppen, som allerede var den klart største aktøren i markedet. Hvilke butikker som måtte selges var bestemt ut ifra en identifisering av konkurransebegrensning i lokale markeder. På det nasjonale markedet ville nødvendigvis foretakssammenslutningen – selv med avhjelpende tiltak – medføre noen negative konkurransevirkninger. Allikevel vurderte tilsynet det slik «at salg av de aktuelle butikkene også vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene foretakssammenslutningen kan føre til nasjonalt».¹⁰¹

Spørsmålet er ikke viet stor plass i norsk juridisk teori, men der spørsmålet er berørt, er det argumentert for både terskel- og status quo-alternativet. Østerud (2015) legger til grunn, uten videre drøftelse, at det må være tilstrekkelig at inngrepsterskelen i krrl. § 16 første ledd ikke

⁹⁹ Vedtakets s. 13-14

¹⁰⁰ V2015-24

¹⁰¹ Vedtakets avsnitt 1751

lenger er oppfylt.¹⁰² Bryng (2015) konkluderer derimot med at «avbøte» innebærer et krav om at forslag til avhjelpende tiltak må utligne konkurranseskaden helt, altså «slik at markedet bringes tilbake til et tilsvarende konkurranstrykk som eksisterte før foretakssammenslutningen».¹⁰³ Det er ikke helt klart hvordan han kommer til denne slutningen, annet enn ved tolkning av ordlyden. Med referanse til Kommisjonens kunngjøring, fremholder han at det for Kommisjonen er et krav om at avhjelpende tiltak må «fullstendig fjerne konkurranseproblemene».¹⁰⁴ Bryng viser her til Kommisjonens kunngjøring avsnitt 9, hvor det fremgår at «[t]he commitments have to eliminate the competition concerns entirely». Det fremstår ikke umiddelbart klart av dette avsnittet alene, om «concerns» er en henvisning til alle de konkurransebegrensende virkningene av en foretakssammenslutning, eller til virkninger utover en SIEC-standard. Sett i sammenheng med kunngjøringens avsnitt 87 (sitert over) og FKF artikkel 8 nr. 2 jf. artikkel 2 nr. 2, er det imidlertid sikkert at de «concerns» som skal elimineres er de som går utover inngrepsterskelen.

Det er etter dette er det klare holdepunkter for at minimumskravet til de avhjelpende tiltakene er at de skal fjerne de negative konkurransevirkningene av en foretakssammenslutning i en slik grad at virkningen ikke lenger overstiger inngrepsterskelen i § 16 første ledd. Konkurransetilsynet kan ikke klarere en foretakssammenslutning på vilkår som ikke vil føre de negative konkurransevirkningene av foretakssammenslutningen under inngrepsterskelen.

Som nevnt i pkt. 4.2 kan bevisbedømmelsen med hensyn til om en foretakssammenslutning faktisk vil medføre konkurranseskade, og om denne eventuelt vil oppveies av relevante effektivitetsgevinster, være vanskelig.

Tilsvarende gjelde med hensyn til effekten av de avhjelpende tiltakene. Her vil det være opp til partene å påvise at tiltakene vil ha tilstrekkelig effekt. Særlig når det gjelder atferdsmessige tiltak vil det nødvendigvis være vanskelig å påvise med særlig grad av sikkerhet eller nøyaktighet hvilken effekt slike tiltak vil ha. Se nærmere om dette i kap. 5 nedenfor. Men også her må det være tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Praksis fra Konkurransetilsynet tyder for øvrig på at tilsynet ikke har lagt seg på noen særlig streng linje når det gjelder disse spørsmålene. Eksempler på dette kan være *TeliaSonera – Tele 2/Network Norway*¹⁰⁵ og *Mekonomen – Meca*,¹⁰⁶ som omtales nærmere i kapittel 5.

¹⁰² Østerud (2015) s. 238 i fotnote 16

¹⁰³ Bryng (2015) s. 86

¹⁰⁴ l.c

¹⁰⁵ V2015-1

¹⁰⁶ V2012-10

4.4 De avhjelpende tiltakenes rekkevidde – øvre grense

Pkt. 4.3 dreide seg om hvor langt de avhjelpende tiltakene minimum må gå. I det følgende skal jeg redegjøre for den øvre begrensningen.

Spørsmålet her er om det ut ifra det såkalte forholdsmessighet- eller proporsjonalitetsprinsippet i forvaltningsretten gjelder en materiell begrensning for tilsynets kompetanse til å sette vilkår. Vil dette i så fall innebære at Konkurransetilsynet er avskåret fra å fastsette vilkår partene har foreslått, dersom tiltakene – etter tilsynets vurdering – går lenger enn nødvendig for å bringe de konkurransebegrensende effektene av fusjonen under inngrepsterskelen?

Den praktiske situasjonen dette vil gjelde for, er der melder har fremsatt forslag til tiltak som ikke bare avbøter konkurranseskaden til så vidt under inngrepsterskelen, men også går utover dette. Som eksempel kan nevnes tilfeller der melder først har foreslått vilkår tilsynet finner ikke går langt nok, og melder neste gang derfor tar i hardere enn nødvendig for å sikre at fusjonen klareres. Som redegjort for i kapittel 3, vil det i praksis være løpende dialog mellom melder og tilsyn, slik at risikoen for dette ikke er særlig stor. Dialogen er imidlertid i stor grad uformell. Det *kan* altså tenkes situasjoner der dialogen ikke har fungert slik den skal, og det ender med et vedtak der de avhjelpende tiltakene går lenger enn nødvendig.

Det første spørsmålet om det her gjelder et forholdsmessighetsprinsipp. Den alminnelige vilkårs læren i norsk forvaltningsrett krever at i hvert fall vilkår ensidig fastsatt av forvaltningen må være "forholdsmessige".¹⁰⁷ Ifølge Eckhoff/Smith (2014) "[må] vilkåret [...] ikke være uforholdsmessig tyngende i forhold til det som søkes oppnådd".¹⁰⁸ I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) uttales at «[d]en alminnelige vilkårs læren i forvaltningsretten setter grenser for hva slags betingelser tilsynet kan stille for å godkjenne et erverv.»¹⁰⁹

I NOU 2012:7 gikk utvalget vekk fra ordningen med at tilsynet ensidig kunne sette vilkår om avhjelpende tiltak til en godkjenning av en foretakssammenslutning. Den nye ordningen var ment å effektivisere fusjonskontrollen, men utvalget åpnet for at det kunne medføre noe rettslige utfordringer:

¹⁰⁷ Graver (2015) s. 267

¹⁰⁸ Eckhoff/Smith (2014) s. 414

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 82

«[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».¹¹⁰

I forbindelse med spørsmålet om partene selv skal ha ansvar for å foreslå avhjelpende tiltak, uttales:

«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».¹¹¹

Også etter EU/EØS-reglene gjelder det en forholdsmessighetsbegrensning til vilkårsadgangen. Etter Kommisjonens kunngjøring må Kommisjonen

*«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».*¹¹²

I Konkurransetilsynets praksis vises det regelmessig til forholdsmessighetsbetraktninger i vedtak om forbud eller godkjenning på vilkår.¹¹³ Et representativt eksempel på tilsynets standardbemerkning finnes i *St1 Nordic OY – Smart Fuel*:

«Videre følger det av det alminnelige kravet til forholdsmessighet i norsk rett at Konkurransetilsynets vedtak ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe de negative konkurransevirkningene av foretakssammenslutningen.»¹¹⁴

I juridisk teori ser Bryng (2015) på forholdsmessighetskravet i tilknytning til Konkurransetilsynets kompetanse til å sette vilkår. Han slår fast at dersom «Konkurransetilsynet aksepterer

¹¹⁰ NOU 2012:7 s. 118

¹¹¹ l.c.

¹¹² Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak (2008/C 267/01) avsnitt 85

¹¹³ Fra nyere praksis, se Konkurransetilsynets vedtak V2011-6 *Norli Gruppen AS – NorgesGruppen Bok og Papir AS*, V2011-8 *Lemminkäinen Norge AS – Mesta Industri AS*, V2012-8 *Telenor Norge AS – LOS Bynett AS / Bynett Privat AS*, V2012-10 *Mekonomen AB – MECA Scandinavia AB*, V2012-11 *A-pressen AS – Mecom Europe AS (Edda Media AS)*, V2014-2 «SATS - Elixia», V2014-13 *Nortura SA – Prima Slakt AS/NorPri AS/ Jæren eiendomsinvest AS*, V2015-1 *TeliaSonera AB – Tele2 Norge AS/Network Norway AS*, V2015-24 *Coop Norge Handel AS – ICA Norge AS*, V2015-29 *St1 Nordic OY – Smart Fuel*, V2015-30 *Orkla ASA – Cederroth Intressenter AB*, V2015-31 *Aleris Helse AS – Teres Medical Group AS*

¹¹⁴ V2015-29 pkt. 8

avhjelpende tiltak som går utover reparasjon av konkurranseskaden [...], må [...] partene kunne anføre at krav til forholdsmessighet står i veien for dette».¹¹⁵

Ut fra det som foreligger av holdepunkter, inkludert Kommisjonens uttalelse om plikt til å «*review whether the commitments submitted by the parties are proportionate to the competition problem*», lar det seg vanskelig begrunne at det ikke skulle gjelde et krav til de avhjelpende tiltakenes forholdsmessighet, også i norsk konkurranserett.

En annen sak er hva som mer konkret ligger i dette forholdsmessighetskravet. Generelt sett består forholdsmessighetsprinsippet¹¹⁶ i en vurdering av mål opp mot midler, og inneholder tre elementer: (i) at inngrepet (et forbud eller påbud) er egnet til å realisere formålet; (ii) at inngrepet ikke går lenger enn nødvendig; og (iii) at fordelene overstiger ulempene.

Kravet til forholdsmessighet retter seg både til lovgiveren, som en retningslinje til hvordan forvaltningens kompetansebestemmelser skal utformes, og til forvaltningen når den vurderer om kompetansen skal benyttes.¹¹⁷

Konkurranseloven § 16 er *i seg selv* et lovgivningsmessig utslag av forholdsmessighetsprinsippet. Slik bestemmelsen er forstått, tar første ledd opp i seg det første og tredje aspektet av prinsippet. Forbud mot fusjoner som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, må – generelt sett – antas å være egnet til å realisere formålet om å fremme konkurranse, og å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dermed ivaretas det første aspektet. Den innfortolkede begrensningen om effektivitetsforsvaret – man skal ikke forby fusjoner som medfører så store relevante effektivitetsgevinster at disse overstiger ulempene ved redusert effektiv konkurranse – ivaretar det tredje. Regelen i andre ledd, om at fusjonen skal tillates dersom det er tilstrekkelig med avbøtende tiltak, har en side til det andre aspektet – at inngrepet ikke må gå lenger enn nødvendig.

Den første problemstillingen er om tilsynet i det hele tatt har *adgang* til å endre partenes forslag, slik at de ikke går lenger enn nødvendig.

Ordlyden «foreslått av melderne» og «på disse vilkår» i § 16 annet ledd kan tolkes slik at tilsynet må godta forslagene slik de står, eller ikke i det hele tatt. På den annen side er hensikten med andre ledd er å avskjære tilsynet fra selv å fastsette tiltak på eget initiativ. Selv om tilsy-

¹¹⁵ Bryng (2015) s. 80

¹¹⁶ For mer om forholdsmessighet i forvaltningsretten, se Eckhoff/Smith (2014) kapittel 24 avsnitt VII, og Graver (2015) kapittel 8

¹¹⁷ Graver (2015) s. 129

net «barberer» partenes forslag, vil det fortsatt være partenes forslag. En mer til det mindre-tolkning tilsier også at tilsynet skal ha slik adgang.

Etter Kommissjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak, har Kommissjonen slik adgang etter EU/EØS-reglene:

«If the Commission's final assessment of a case shows that there are no competition concerns in one or more markets, the parties will be informed accordingly and may withdraw the unnecessary commitments for such markets. If the parties do not withdraw them, the Commission will normally ignore them in the decision. In any event, such commitment proposals do not constitute a condition for clearance.»¹¹⁸

Det er altså ikke tvil for at Konkurransetilsynet har *adgang* til å endre melders forslag til melders gunst.

Det neste spørsmålet blir da om tilsynet ut ifra et krav til forholdsmessighet *plikter* å endre melders forslag slik at det ikke går lenger enn nødvendig for bringe de konkurransebegrensende effektene av fusjonen under inngrepsterskelen?

Det er i hvert fall klart at det gjelder et forholdsmessighetsprinsipp for vedtaket som helhet. Som nevnt ovenfor er krrl. § 16 i seg selv et utslag av et slikt prinsipp.

Selv om det ikke fremgår helt utvetydig av standardformuleringene i Konkurransetilsynets vedtak, kan det nok tenkes at det egentlig er dette det siktes til når det refereres til «det alminnelige kravet til forholdsmessighet i norsk rett».

Det er altså klart at det gjelder et krav om at selve vedtaket som tillater fusjonen på de foreslåtte vilkårene ikke må være uforholdsmessig inngripende. Men det er ikke nødvendigvis det samme som at tilsynet er avskåret fra å sette som vilkår at partene gjennomfører de tiltakene de selv har foreslått, selv om tiltakene går lenger enn nødvendig for å bringe konkurranseskaden under inngrepsterskelen.

For det første vil et slikt vilkår typisk være *egnet* til å realisere formålet med tiltaket – å styrke konkurransen. For det andre kan vilkåret vanskelig sies å gå *lenger enn nødvendig* for å styrke konkurransen. Dette er noe helt annet enn at vilkåret går lenger enn nødvendig for akkurat å gå klar av inngrepsterskelen. For det tredje er det vanskelig å tenke seg at *ulempene overstiger*

¹¹⁸ Kommissjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak (2008/C 267/01) avsnitt 84

fordelene. Det vil uansett her være tale om ulemper partene mener de kan leve med, og fordelene er – forutsetningsvis – styrket konkurranse.

Dette kan tilsi at Konkurransetilsynet ikke ut ifra forholdsmessighetsbetraktninger er avskåret fra å fastsette slike vilkår som foreslått av partene, selv om de går lenger enn nødvendig for å gå klar av inngrepsterskelen.

I tillegg kommer hensynet bak regelen om at det er partene som må foreslå tiltak. Melderne selv er ofte i en bedre posisjon enn konkurransemyndigheten til å legge frem egnede tiltak. Det ville hjelpe tilsynets saksbehandling om det kunne konsentrere seg om vurderingen av om tiltakene gikk langt nok. Dette hensynet vil lett bli undergravd om partene kan regne med at tilsynet uansett vil legge arbeid i å «barbere» partenes forslag til et minimum.

Når Bryng (2015) kommer til at et krav til forholdsmessighet står i veien for at tilsynet kan akseptere vilkår som går lenger enn nødvendig,¹¹⁹ er nok det fordi han forutsetter at de avhjelpende tiltakene må utligne konkurranseskaden av foretakssammenslutningen helt. Med det utgangspunktet vil tiltak som går lenger enn nødvendig for å avbøte konkurransebegrensningene *forsterke* konkurransen på markedet i forhold til slik den var før fusjonen. Det blir en annen sak. Etter kravet til forholdsmessighet i den alminnelige vilkårlæren må nok slike vilkår ansees som uforholdsmessig, selv om det er foreslått av partene selv.

¹¹⁹ Bryng (2015) s. 80

5 Forskjellige typer avhjelpende tiltak, med eksempler fra praksis

5.1 Innledning

I dette kapitlet redegjøres det for grunntrekkene ved forskjellige typer avhjelpende tiltak Konkurransetilsynet kan sette som vilkår for å tillate en foretakssammenslutning.

Som nevnt i pkt. 2.3, går det et grunnleggende skille mellom strukturelle- og atferdsmessige tiltak. Innenfor disse er det igjen forskjellige typer tiltak. Nedenfor belyses ulike typer strukturelle og atferdsmessige tiltak gjennom eksempler fra Konkurransetilsynets praksis.

En foretakssammenslutning er i seg selv en strukturendring. Et strukturelt avhjelpende tiltak går ut på å justere den "store" strukturendringen som fusjonen innebærer ved å gripe direkte inn i denne. Tiltaket vil i praksis bestå i at en eller flere parter i fusjonen avhender deler av sin(e) virksomhet(er), slik at disse likevel ikke kommer til å inngå i den fusjonerte virksomheten. Når Konkurransetilsynet treffer vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på vilkår om strukturelle tiltak, vil vilkåret normalt gå ut på at avhendingen(e) må være foretatt før fusjonen blir gjennomført.

Atferdsmessige tiltak retter seg ikke mot selve den strukturendringen som foretakssammenslutningen innebærer. Slike tiltak tar derimot sikte på å regulere de fusjonerende partenes handlemåte i tiden etter at fusjonen er gjennomført. Tidsperspektivet kan variere, men normalt vil det være tale om forpliktelser som partene skal overholde i flere år.

For at avhjelpende tiltak skal ha noen effekt, er det ikke tilstrekkelig at slike tiltak blir satt som vilkår. Det er også nødvendig at tiltakene blir gjennomført. Dette forutsetter igjen kontroll og oppfølging. Etter krrl. § 16 fjerde ledd kan tilsynet etter forslag fra melderne oppnevne en forvalter til å bistå med gjennomføringen av en foretakssammenslutning på vilkår.

Siden atferdsmessige tiltak forutsetningsvis skal pågå over en lengre periode, gjør slike tiltak det nødvendig med løpende overvåking fra Konkurransetilsynets side like lenge. Det kan også bli nødvendig med ulike former for håndhevingstiltak.¹²⁰ Siden vilkårene i utgangspunktet må være tidsbegrensede, kan det også oppstå spørsmål om å fornye vedtakene om inngrep, slik krrl. § 6 annet ledd gir adgang til. Slik oppfølging kan være vanskelig i praksis, og den vil i alle tilfelle være ressurskrevende.

¹²⁰ Prop.75 L (2012-2013) s. 144

Sett fra Konkurransetilsynets side er dette oppfølgingsbehovet en klar ulempe ved atferdsmessige tiltak, sammenlignet med strukturelle tiltak. Strukturelle tiltak forutsettes som nevnt iverksatt før foretakssammenslutningen blir gjennomført. Normalt krever de dermed ingen videre oppfølging fra myndighetenes side. Av denne grunn fremtrer gjerne strukturelle tiltak som mer effektive avhjelpende tiltak enn atferdsmessige tiltak.¹²¹

De avhjelpende tiltakene skal virke slik at man opprettholder et tilstrekkelig konkurranstrykk i markedet, til tross for den ellers konkurransebegrensende foretakssammenslutningen. Dette kan oppnås ved å sikre at antall konkurrenter ikke blir for lavt, styrke gjenværende konkurrenter, skape en ny konkurrent direkte, fjerne etableringshindringer for – mer indirekte – å skape ny konkurranse, eller forebygge at markedsdominans blir misbrukt.

Vilkår om avhjelpende tiltak kan bli aktuelt både ved fusjoner som innebærer horisontal og vertikal integrasjon. Ved foretakssammenslutning mellom horisontalt overlappende virksomheter, vil det særlig bli aktuelt med strukturelle tiltak. Strukturelle tiltak kan også bli aktuelt ved vertikal integrasjon, for eksempel ved overdragelse av infrastruktur (se som eksempel sakene *Telenor – LOS Bynett/Bynett Privat* og *TeliaSonera – Tele 2/Network Norway*,¹²² som omtales nærmere under).

5.2 Strukturelle tiltak

Ved bruk av vilkår om strukturelle tiltak ønsker konkurransemyndighetene å danne en ny konkurrent, styrke en eksisterende, eller fjerne etableringshindringer for å bidra til framveksten av nye konkurrenter, for på den måten å avbøte den svekkede konkurransen som ellers ville følge av foretakssammenslutningen.¹²³

De(n) del(er) av virksomheten(e) som avhendes vil gjerne være foretak som inngår i foretakssammenslutningen, men også aktiva/innmat kan avhendes. Typer aktiva det kan være tale om å avhende er infrastruktur, eiendomsmasse, kundebase og immaterielle rettigheter.

¹²¹ Se Prop.75 L (2012-2013) s. 144 og Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak (2008/C 267/01) avsnitt 15

¹²² Hhv. V2012-8 og V2015-1

¹²³ Se NOU 2012:7 s. 116 og Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak avsnitt 22

Det kreves at den del av virksomheten som avhendes må være levedyktig på egenhånd, og gjennom en egnet kjøper kan fungere som en effektiv konkurrent til den etter hvert godkjente foretakssammenslutningen.¹²⁴ En slik del omtales gjerne som «operativ enhet».

Kravet til levedyktighet innebærer at den operative enheten må avhendes inkludert alle de deler som bidrar til den aktuelle driften.¹²⁵ Enheten må være levedyktig som sådan. En mulig, eller til og med antatt, kjøpers ressurser kan ikke tas i betraktning ved vurderingen av enhetens levedyktighet. Er det derimot inngått avtale med en kjøper før eller under prosessen, vil kjøperens ressurser kunne tas i betraktning ved vurderingen av om tiltaket innebærer avhending av en levedyktig enhet.¹²⁶

Det kreves også at delen som selges kjøpes av en egnet kjøper.¹²⁷ Kjøperen må være uavhengig av partene i transaksjonen; ha finansielle ressurser; ha bransjekunnskap; og ha incentiver og muligheter til å utvikle enheten.¹²⁸

De her nevnte kravene til tiltaket gjør at det vil være lettere for partene å få salg av et foretak godtatt som vilkår, enn andre avhendinger, som for eksempel salg av kundebase. Kommisjonen har «*a clear preference*»¹²⁹ for salg av foretak («*stand-alone business*») som avhjelpende tiltak. Et levedyktig foretak vil si en virksomhet som kan holdes i drift på egenhånd, uavhengig av tilgang på materiale eller annet samarbeid med de fusjonerende partene utover i en overgangsperiode.¹³⁰

I Konkurransetilsynets praksis er det flere eksempler på at salg av foretak er satt som vilkår for godkjennelse.

Et av disse er *Norli – Libris*,¹³¹ fusjonen mellom Norli Gruppen AS og NorgesGruppen Bok og Papir AS i 2011. Fusjonen innebar blant annet en sammenslåing av bokhandelkjedene Norli og Libris. Disse hadde overlappende aktivitet innen salg av bøker fra fysiske allmenbokhandler, som var det Konkurransetilsynet definerte som det relevante produktmarkedet. Tilsynet identifiserte syv geografiske markeder («handelsområder») hvor fusjonen enten ville føre

¹²⁴ Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak (2008/C 267/01) avsnitt 23

¹²⁵ Ibid. avsnitt 25

¹²⁶ Ibid. avsnitt 30

¹²⁷ Ibid. avsnitt 47

¹²⁸ Hjelmeng (2014) s. 737

¹²⁹ Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak (2008/C 267/01) avsnitt 33

¹³⁰ Ibid. avsnitt 32

¹³¹ V2011-5

til en vesentlig begrensning av konkurransen eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning som allerede forelå. Partenes forslag til avhjelpende tiltak gikk ut på at partene for hvert av de geografiske markedene hvor tilsynet hadde påvist konkurranseskade skulle selge en av sine bokhandler til en egnet kjøper. Butikker fra begge de fusjonerende partene ble foreslått solgt. Tilsynet uttalte:

«Salg av de bokhandlene som partene har foreslått vil hindre en økning i partenes markedsandeler i de syv berørte markedene, og vil medføre at konkurransesituasjonen i markedene forblir tilnærmet lik det den var før foretakssammenslutningen. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil derfor utsalg være et egnet tiltak for å avhjelpe de identifiserte konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenlutningen [sic]». ¹³²

Salget ville skje som såkalt innmatsalg, dvs. ved salg av «leiekontrakt, inventar og varebeholdning i den utstrekning det er ønsket av kjøper, samt personale og de kontrakter og rettigheter som er nødvendig for å drive en selvstendig fungerende enhet - dog ikke kjedespesifikke kontrakter». ¹³³

Norli – Libris er også et godt eksempel på et av de største problemene med denne typen strukturelle tiltak: Det er ikke alltid lett å finne en kjøper. I partenes forslag var det ikke identifisert noen kjøper av bokhandlene. Tilsynet satte en frist til å finne egnede kjøpere og forbød gjennomføring av fusjonen fram til samtlige kjøpere var godkjent av tilsynet. Det viste seg imidlertid at partene ikke greide å finne noen som ville kjøpe Norlis butikk i Haugesund. Konkurransetilsynet opphevet først gjennomføringsforbudet, samtidig som fristen for salg av butikken i Haugesund ble utsatt. ¹³⁴ Da den fortsatt ikke ble solgt, opphevet tilsynet pålegget om salg av butikken. ¹³⁵ I vedtaket kom tilsynet fram til at ettersom ingen var interessert i å kjøpe butikken, utøvte den neppe slik konkurransepress i markedet som var forutsatt i inngrepsvedtaket.

Et annet, nylig eksempel er *Coop – Ica*, ¹³⁶ Coop Norges oppkjøp av Ica Norge i 2015. Det relevante produktmarkedet var dagligvarer solgt gjennom dagligvarebutikker. Dagligvaremarkedet i Norge hadde allerede før oppkjøpet høy konsentrasjon. Med oppkjøpet ville Coop gå fra en markedsandel på 23 % til 33 %. Konkurransetilsynet fant at transaksjonen ville føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i 90 angitte lokale markeder. Opp-

¹³² Vedtakets avsnitt 281

¹³³ Vedtakets avsnitt 282

¹³⁴ V2011-6

¹³⁵ V2012-1

¹³⁶ V2015-24

kjøpet ble godkjent på vilkår om at 93 butikker i disse markedene skulle avhendes til to av konkurrentene (50 butikker til NorgesGruppen og 43 butikker til I.K. Lykke (Bunnpris)). Foretakssammenslutningen med avhjelpende tiltak innebar omtrent 460 nye butikker for Coop. Konkurransetilsynet uttalte:

«Det er etter dette Konkurransetilsynets oppfatning at butikkene som foreslås solgt som følge av melderens forslag vil utgjøre levedyktige objekter som kan konkurrere effektivt i det relevante marked, og at de nye eierne som følge av forslaget vil kunne drive som reell konkurrent til melder». ¹³⁷

I motsetning til i *Norli – Libris*, inneholdt partenes forslag til avhjelpende tiltak i dette tilfellet også konkret angitte kjøpere til hver enkelt butikk dokumentert gjennom inngåtte salgsvtaler. I lys av den allerede sterke konsentrasjonen, var dette antagelig en forutsetning for at tilsynet skulle kunne vurdere om tiltaket oppfylte kravet om at det foreslåtte salget ikke måtte føre til nye konkurranseproblemer. Overgang av butikkene i henhold til forslaget var et av vilkårene Konkurransetilsynet satte for klareringen av foretakssammenslutningen.

Det er flere andre, nylige eksempler på salg av foretak som avhjelpende tiltak. I *A-Pressen – Mecom Europe (Edda Media)* ¹³⁸ var det tale om to ulike produktmarkeder, både markedet for salg av reklameplass i papiravis og markedet for nyhetsformidling. Tilsynet identifiserte to geografiske områder (Telemark og Fredrikstad) hvor det ville oppstå konkurranseskade i reklamemarkedet og ett (Telemark) hvor det ville oppstå skade i nyhetsmarkedet. Konkurransetilsynet satte som vilkår for foretakssammenslutningen at A-pressen solgte avisen Demokraten i Fredrikstad, og enten Telemarksavisa eller Varden i Telemark.

I *Sats – Elixia* ¹³⁹ var det relevante produktmarkedet «det samlede tilbud av treningssentertjenester uavhengig av segmenttilhørighet og eierskap». Partene ble pålagt å selge treningssentre i 11 lokale markeder. I Juuhl-Langseth (2015) uttales at det er «vanskelig å forstå» at disse vilkårene – som var relativt marginale med tanke på antall helsestudioer i de aktuelle geografiske markedene – skulle ha noen reell betydning på konkurransesituasjonen. ¹⁴⁰

St1 – Smart Fuel (Shell) ¹⁴¹ gjaldt foretakssammenslutningen mellom St1 Nordic og Smart Fuel (da heleid av Shell). Blant St1 Nordics datterselskaper var St1 Norge, som hadde 39 ube-

¹³⁷ Vedtakets avsnitt 1747

¹³⁸ V2012-11

¹³⁹ V2014-2

¹⁴⁰ Juuhl-Langseth (2015) s. 259

¹⁴¹ V2015-29

tjente bensinstasjoner i Norge. Blant Smart Fuels forretningsområder var detaljhandel med drivstoff, bestående blant annet av ca. 415 bensinstasjoner i Norge. Konkurransetilsynet definerte det relevante produktmarkedet som salg av drivstoff fra bensinstasjoner. Som vilkår for tillatelse av foretakssammenslutningen ble St1 Nordic pålagt å selge samtlige aksjer i St1 Norge, og dermed samtlige av de 39 ubetjente bensinstasjonene St1 hadde i Norge som operative enheter.

*Aleris Helse – Teres Medical Group*¹⁴² gjelder en foretakssammenslutning mellom private spesialhelsetjenesteforetak. Konkurransetilsynet definerte tre produktmarkeder: Markedene for salg av ortopedi og plastikkirurgi fra private tilbydere til regionalhelseforetak; for salg av ortopedi fra private tilbydere til forsikringsselskaper; og for salg av plastikkirurgi fra private tilbydere til selvbetalende pasienter. De foreslåtte avhjelpende tiltak, som ble godkjent av tilsynet, var salg av Aleris Helses virksomhet knyttet til et sykehus i Trondheim og til et sykehus Tromsø. Virksomhetene skulle selges som operative enheter.¹⁴³ (Operative enheter innebar i dette tilfelle faktisk at virksomheten som ble solgt blant annet måtte fungere som operative enheter i den medisinske betydningen av begrepet).

Selv om salg av foretak generelt sett blir regnet som det avhjelpende tiltaket som er best egnet for å avhjelpe konkurranseskade som følge av en foretakssammenslutning, er dette likevel i praksis ikke alltid et mulig eller egnet tiltak. Da kan salg av aktiva være aktuelt. Det er gjerne tale om salg av infrastruktur, enten for å styrke eksisterende konkurrenter eller for å fjerne etableringshindringer for nye.

*Rema 1000 – Lidl*¹⁴⁴ er et eksempel på at salg av foretak ikke alltid er aktuelt. Da den tyske dagligvarekjeden Lidl ga opp sin satsing i Norge, tok Rema 1000 kontroll over Lidls «virksomheter og eiendommer» i Norge. Konkurransetilsynet fant at oppkjøpet ville føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for dagligvarer solgt gjennom dagligvarebutikker i Nordfjordeidområdet. Siden det ikke var snakk om oppkjøp av foretaket Lidl som sådan, kunne Rema 1000 heller ikke selge ut noen operative Lidl-enheter. Tilsynet påla derfor Rema 1000 å selge en av to eiendommer Rema 1000 disponerte i Nordfjordeid etter foretakssammenslutningen til en mulig ny konkurrent. Her var altså det avhjelpende tiltaket salg av aktiva – nemlig eiendomsmasse.

¹⁴² V2015-31

¹⁴³ Vedtakets avsnitt 510

¹⁴⁴ V2008-10

Før øvrig fikk Rema 1000 aldri fikk solgt eiendommen, og lokalene ble lagt brakk.¹⁴⁵ Vilkåret var dermed lite effektivt for å gjenopprette konkurransesituasjonen i det lokale markedet.

To eksempler på salg av infrastruktur er *Telenor – LOS Bynett/Bynett Privat* og *TeliaSonera – Tele 2/Network Norway*.¹⁴⁶

Telenor – LOS Bynett/Bynett gjaldt Telenors oppkjøp av LOS Bynett og Bynett privat. De to sistnevntes partenes virksomhet var basert på fiberoptiske høyastighetsnett. LOS Bynett eide og driftet fibernettnettet, og levererte bredbånd over optisk fiber til bedriftskunder og offentlig sektor, samt solgte overføringskapasitet. Bynett Privat leverte tilsvarende bredbånd til private kunder.

Konkurransetilsynet fant at foretakssammenslutningen ville føre til en konkurransebegrensning, som ikke ville veies opp av effektivitetsgevinster, i markedet for salg av overføringskapasitet over 8 Mbit/s i Agderfylkene og Vestfold. Der ville Telenor i praksis få monopol etter sammenslutningen. Tilsynet fant også at det ville oppstå negative konkurransevirkninger i markedet for bredbåndstilgang for private, men der kom tilsynet til at de negative virkningene ble oppveid av effektivitetsgevinster. I markedet for overføringskapasitet fant tilsynet at partenes forslag til avhjelpende tiltak på dette området var egnet til å åpne for konkurranse fra andre aktører. Forslaget, som ble satt som vilkår for tillatelsen, gikk ut på at nærmere angitte deler av LOS' transportinfrastruktur (dvs. fibernettnett) ble solgt eller på annen måte gjort varig tilgjengelig for andre, og at Telenor forpliktet seg til å tilby for fremleie andre deler av transportinfrastrukturen på nærmere angitte vilkår.

Vedtaket er dermed et eksempel på at det kan være aktuelt med vilkår som kombinerer strukturelle (salg av overføringsnett) og atferdsmessige (plikt til å tilby overføringskapasitet gjennom fremleie) tiltak.

I tillegg er det verdt å merke seg hvordan tilsynet håndterte den delen av partenes forslag til avhjelpende tiltak som knyttet seg til markedet for bredbåndstilgang for private. Som nevnt kom tilsynet til at det ikke var grunnlag for inngrep ut fra sammenslutningens virkninger på konkurransen på dette markedet. Da var det naturligvis heller ikke grunnlag for å sette vilkår om avhjelpende tiltak, selv om partene hadde foreslått slike. Om situasjonen der det er grunnlag for inngrep, men hvor problemstillingen er om partenes forslag går lengre enn det som kreves for å bringe forholdet akkurat så vidt under inngrepsterskelen, se pkt. 4.4 over.

¹⁴⁵ Hjelmeng (2014) s. 739

¹⁴⁶ Hhv. V2012-8 og V2015-1

TeliaSonera – Tele 2/Network Norway, også denne fra telesektoren, gjaldt fusjonen mellom TeliaSonera AB, Tele2 Norge og Network Norway. Fusjonen ville føre til vesentlig konkurransebegrensning både på grossistnivå og på sluttbrukermarkedet. Blant annet ville Telia på sluttbrukernivå overta en av sine nærmeste konkurrenter, nemlig Tele 2.

Fusjonen ble tillatt på vilkår som var ment å avbøte den åpenbare konkurranseskaden. Ett av vilkårene gikk, i tråd med partenes forslag, ut på at partene skulle selge nærmere angitte basestasjoner til selskapet ICE.

ICE var en annen tjenesteleverandør i grossist- og sluttbrukermarkedet, men tilbød ikke samme kobling av tjenester som de fusjonerende partene (tale, SMS, datatrafikk). Ved å la ICE overta de aktuelle basestasjonene, ville man oppnå å styrke ICEs mulighet til, på sikt, å etablere seg i markedet som en ny konkurrent.

Konkurransetilsynet uttalte følgende om tiltaket:

«Etter Konkurransetilsynets vurdering vil sannsynligvis ICE måtte bruke noe tid på å integrere de basestasjonene som overtas, med sitt eksisterende nett. Det kan derfor ta noe tid for ICE å opparbeide seg en dekning som gir grunnlag for responsmuligheter i grossistmarkedet. Konkurransetilsynet legger likevel til grunn at tiltaket knyttet til salg av basestasjoner i betydelig grad vil bidra til at ICE kan etablere seg som en MNO [Mobile Network Operator] innen mobiltelefoni med en stor andel trafikk i eget nett. Slik vil tiltaket bidra til å avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene som oppstår som følge av foretakssammenslutningen både i sluttbrukermarkedet og i grossistmarkedet».¹⁴⁷

Vedtaket viser også at det ikke er nødvendig at det avhjelpende tiltaket virker med en gang.

De to ovenstående eksemplene fra telesektoren viser at salg av infrastruktur gjerne vil bli aktuelt der det er stor vertikal integrasjon i markedet, omfattende infrastruktur er absolutt nødvendig, og mulighetene for slik infrastruktur er begrenset. Andre type sektorer dette kan bli aktuelt er for eksempel energisektoren, og TV- og underholdningssektoren.

I *TeliaSonera – Tele 2* settes det også vilkår om et annet, interessant tiltak for å styrke konkurrenten ICE– nemlig salg av kundebase:

¹⁴⁷ Vedtakets avsnitt 664

«Tiltaket vil derfor bidra til å redusere konsentrasjonsøkningen i bedriftssegmentet som foretakssammenslutningen fører til. Konkurransetilsynet vurderer videre at overtakelsen av virksomheten til Network Norway, sammen med vilkårene i fremforhandlet NRA med TeliaSonera, gir ICE mulighet til rask etablering i privatsegmentet. Tiltaket øker derfor ICE sine respsnsmuligheter både i bedriftssegmentet og i privatsegmentet.

Med økende kundemasse vil en MNO ha synkende enhetskostnader. Selv om ICE kun overtar et relativt begrenset antall kunder, bidrar tiltaket til at ICE raskere kan realisere stordriftsfordeler på nettverks- og sluttbrukernivå. Videre vil denne kundemassen generere trafikk i TeliaSoneras nett, som gir insentiv for ICE til å utvide dekningen av eget nett. Bestemmelsene i NRA om [...] større andel av trafikken Network Norway-kundemassen genererer, vil gå i ICE sitt nett.»¹⁴⁸

Også immaterielle rettigheter kan overdras som et strukturelt tiltak. I *Orkla - Cederroth*¹⁴⁹ fikk Orkla med oppkjøpet av Cederroth kontroll over merkevaren Asan intimsåpe. Fra før eide Orkla merkevaren Dr. Greve intimsåpe. Oppkjøpet ville føre til at Orkla fikk monopol i markedet for salg av intimsåpe til dagligvarehandelen. Som avhjelpende tiltak ble Orkla pålagt å selge

«- [a]lle varemerkerettigheter i Norge som Cederroth har til «Asan», samt andre overfør-bare immaterielle rettigheter, dokumentasjon og knowhow, som er nødvendige og tilstrekkelige for at kjøper selv kan produsere, markedsføre og selge produktene som inngår i produktserien Asan i Norge.

- Tilhørende kunde- og leverandøravtaler i den grad de er overførbare.
- Eksisterende varelager med produkter i produktserien Asan på overdragelsestidspunktet.
- Alle eventuelle lisenser og autorisasjoner utstedt av offentlig myndigheter, i den utstrekning disse er overførbare og nødvendige for produksjon, markedsføring og salg av produkter i produktserien Asan i Norge»

5.3 Atferdsmessige tiltak

Som nevnt innledningsvis i dette kapittelet, går atferdsmessige tiltak ut på at partene plikter å opptre på en bestemt måte i fremtiden. Atferdsmessige tiltak er gjerne egnet for å lette tilgangen til markedet, eller hindre utestengelse fra det der foretakssammenslutningen foregår i

¹⁴⁸ Vedtakets avsnitt 674 og 675

¹⁴⁹ V2015-30

et marked preget av vertikal integrasjon.¹⁵⁰ Typisk kan atferdsmessige tiltak gå ut på å gi konkurrenter tilgang til infrastruktur eller leveranser på ikke-diskriminerende vilkår. Det kan også være tale om å gi tilgang til nettverk eller essensiell teknologi, som patenter og know-how.¹⁵¹ I slike tilfeller vil det ikke alltid være aktuelt å overdra rettighetene som et strukturelt tiltak. Dette kan være fordi partene ikke alene eier infrastrukturen, eller fordi de trenger teknologien selv. I tilfelle med know-how, vil kunnskapen uansett bli igjen også hos parten som avhender bort.

For Kommisjonen er det et krav at denne typen tiltak («access-remedies») med stor grad av sikkerhet faktisk vil føre til inntreden av en ny konkurrent, og ikke bare åpner for muligheten gjennom fjerning av etableringshindringer.¹⁵² For å sørge for at etableringshindringer i markedet i tilstrekkelig grad fjernes, kan det ofte være aktuelt å kombinere forskjellige atferdsmessige tiltak, og strukturelle tiltak, i en pakke.¹⁵³

Kommisjonen aksepterer bare atferdsmessige vilkår som er «*at least equivalent in its effects*»¹⁵⁴ til strukturelle vilkår. Vilkår om fremtidig atferd tillates uansett «*only exceptionally in very specific circumstances*».¹⁵⁵

Ifølge Hjelmeng (2014) fremstår norske konkurransemyndigheter som mer liberale enn Kommisjonen når det gjelder å godta rent atferdsmessige tiltak, selv om praksis i senere år har virket mer tilbakeholden.¹⁵⁶

Det er likevel flere eksempler fra nyere praksis hvor foretakssammenslutninger som i utgangspunktet skulle bli forbudt som konkurranseskadelige, men som har blitt klarert på vilkår om atferdsmessige tiltak.

Et eksempel på en foretakssammenslutning som ble godkjent utelukkende med atferdsmessig tiltak som vilkår er *Mekonomen – Meca*.¹⁵⁷ Begge partene drev virksomhet innen grossist- og detaljistsalg av reservedeler til personbiler. Kundene var i hovedsak verksteder som var uavhengige av de ulike bilmerkeimportørene/-forhandlerne. I tillegg til virksomheten som leve-

¹⁵⁰ Hjelmeng (2014) s. 740

¹⁵¹ I.c.

¹⁵² Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak (2008/C 267/01) avsnitt 63

¹⁵³ I.c. avsnitt 63

¹⁵⁴ Ibid. avsnitt 61

¹⁵⁵ Ibid. avsnitt 17

¹⁵⁶ Hjelmeng (2014) s. 740

¹⁵⁷ V2012-10

randør av reservedeler eide begge partene verkstedkonsepter. Dette innebar en viss grad av vertikal integrasjon. Etter sammenslutningen ville Mekonomen/Meca oppnå en andel på 50-60 % i markedet for hovedleverandørers salg av reservedeler til merkeuavhengige verksteder. Dette var i seg selv indikasjon på at sammenslutningen ville føre til konkurranseskade. Andre aktørers mulighet til å øve konkurransepress var begrenset på grunn av at en stor del av de potensielle kundene (verkstedene) var «innelåst» gjennom tilknytningen til partenes verkstedkonsepter. Andre aktørers behov for å øve konkurransepress var samtidig redusert som følge av at de verkstedene som sto utenfor Mekonomen-systemet fikk mindre gunstige vilkår hos Mekonomen enn de tilknyttede verkstedene. De øvrige aktørene ville dermed ha incentiv til å følge eventuelle prisøkninger fra Mekonomen. Partenes forslag til avhjelp besto dels i tiltak som skulle gjøre de tilknyttede verkstedene mer fristilte, dels tiltak som skulle sikre at ikke-tilknyttede verksteder ikke ble diskriminert. Fristillingen ville øke andre aktørers responsmuligheter og dermed virke disiplinerende overfor Mekonomen. Likebehandlingsforpliktelsen ville motvirke at utenforstående verksteder fikk redusert kjøpermakt overfor konkurrerende leverandører og dermed sikre konkurransen i markedet. Selv om de markedsaktørene som Konkurransetilsynet rådførte seg med under saksbehandlingen svarte at de anså de foreslåtte tiltakene som lite egnet, vurderte tilsynet det slik at vilkårene samlet sett ville avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen, som dermed ble tillatt på disse vilkår.

Mekonomen – Meca er et godt eksempel på at atferdsmessige tiltak kan være best egnet til avbøte konkurranseskade som følge av foretakssammenslutning i markeder med stor grad av vertikal integrasjon.

Mekonomen – Meca er også et treffende eksempel på en stor utfordring med atferdsmessige vilkår: det er vanskelig å formulere presise handleplikter som skal la seg gjennomføre over tid. Selve vedtaket hadde 18 punkter og flere underpunkter, og var til sammen på 981 ord. I vedtaket kommer det frem at det også er behov for en forvalter som skal «overvåke og besørge» at vilkårene i vedtaket overholdes og gjennomføres. Videre presiseres det at dersom omstendighetene endrer seg i løpet av vedtaksperioden (5 år med mulighet til fornyelse), kan vedtaket endres til Mekonomens gunst.

Strukturelle og atferdsmessige tiltak blir gjerne kombinert sammen. Både i *Telenor – LOS Bynett /Bynett Privat* og *TeliaSonera – Tele 2/Network Norway*¹⁵⁸ ble som nevnt salg av infrastruktur kombinert med atferdsmessige tiltak. I begge tilfeller ble det blant annet satt som vilkår at partene måtte tilby tilgang til infrastruktur på ikke-diskriminerende vilkår.

¹⁵⁸ Hhv. V2012-8 og V2015-1

I *Telenor – LOS Bynett/Bynett Privat* ble Telenor pålagt å tilby fremleie av en gitt mengde aksessnettkapasitet som LOS Bynett disponerte i Vestfold, samt å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang i form av overføringskapasitet til bedriftskunder. Det var nødvendig å utforme tiltaket som et tilgangs-tiltak, heller enn å overdra aksessnettet, fordi LOS Bynett ikke eide nettet i Vestfold selv. Dette eksempelet viser at atferdsmessige tiltak kan være hensiktsmessige for å oppnå det samme som strukturelle, og at det i disse tilfellene ikke er noen skarp grense.

I *TeliaSonera – Tele 2/Network Norway* ble TeliaSonera blant annet pålagt å tilby «MVNO»-tilgang (en måte å tilby mobile nettverkstjenester på) til sitt landsdekkende mobilnett i Norge. Tilbudet måtte være åpent for «alle tilbydere som har MVNO-tilgang på vedtakstidspunktet, og for eventuelt nye aktører som ønsker å lansere et MVNO-tilbud i markedet.»¹⁵⁹

To andre eksempler hvor foretakssammenslutning ble klarert på tilgangs-vilkår, er *Media Norge* og *BBS – Teller*.¹⁶⁰ *Media Norge* gjaldt en fusjon mellom riksavisen Aftenposten og flere regionalaviser. Tilsynet fant at fusjonen ville føre til en vesentlig begrensning i markedet for trykking av riks- og regionalaviser i flere regionale markeder. Som avhjelpende tiltak måtte partene tilby tilgang til trykkeritjenester på ikke-diskriminerende vilkår.

I *BBS - Teller* fant tilsynet at foretakssammenslutningen mellom Bankenes Betalingsentral og Teller ville svekke markedet for innløsning av internasjonale betalingskorttransaksjoner. Tilgang til BBS' infrastruktur ble satt som vilkår. Begge disse siste sakene er typiske eksempler på at overdragelse (strukturelt tiltak) ikke var aktuelt, fordi partene også trengte trykkeritjenestene/betalingsinfrastrukturen selv.

¹⁵⁹ V2015-1, i vedtakets pkt. 2 e.

¹⁶⁰ Hhv. V2007-13 og V2017-17

6 Avsluttende bemerkninger

Adgangen til å tillate en foretakssammenslutning på vilkår er nødvendig for å oppfylle det overordnede formålet i konkurranseloven om å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. En for rigid håndhevelse av fusjonskontrollen, uten mulighet for foretakene å tilpasse seg underveis i prosessen, ville vært en stor belastning for næringslivet. Avhjelpende tiltak gir mulighet til å gjennomføre transaksjonen uten opphold.

Strukturendringer i næringslivet vil ofte være kompliserte og mangefasetterte. Som gjennomgangen i kapittel 5 har vist, er det tale om skreddersøm og kombinasjon av ulike tiltak. Dette forklarer behovet for å trekke inn partene i prosessen. Partene er ressurssterke, har innsikt over sitt eget behov og sitt eget marked, og er derfor i best posisjon til å foreslå egnede tiltak.

Partene vil også vite hva slags tiltak de kan leve med. Dette forklarer hvorfor spørsmålet om de avhjelpende tiltakenes forholdsmessighet sjelden kommer på spissen.

Gangen i en sak om fusjonskontroll, slik den er regulert av det strenge fristregimet i konkurranseloven, er utformet for å tilrettelegge for disse prosessene, som kommer både partene og samfunnet til gode. Det åpnes på den ene siden for en rask klarering – skulle parten ønske det – samtidig som det gir Konkurransetilsynet stort nok rom til å vurdere virkningene av sammenslutningen og de foreslåtte tiltakene.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

- Bryng (2015) Bryng, Per Kristian *Om avhjelpende tiltak i norsk fusjonskontroll*, Tidsskrift for forretningsjus 2015 s. 77-101 (TFF-2015-77)
- Eckhoff/ Smith (2014) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*, 10. utg., 2014
- Graver (2015) Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett* 4. utg., 2015
- Hjelmeng (2014) Hjelmeng, Erling J. og Lars Sørgard *Konkurransopolitikk*, 2014
- Juuhl-Langseth (2015) Juuhl-Langset, Jan Magne, Anders Thue, Per Kristian Bryng, Peder Østbye m.fl. *Konkurranseretten i et nøtteskall*, 2015
- Kolstad (2006) Kolstad, Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng *Norsk konkurranserett bind II*, 2006
- Kolstad (2007) Kolstad, Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng *Norsk konkurranserett bind I*, 2007
- Tyrén (2010) Tyrén, Carl Wilhelm *Plan- og bygningsloven kommentarutgave*, 2010, digital utg., ajourført januar 2016
- Østerud (2015) Østerud, Eirik *Konkurransetilsynets adgang til inngrep mot klarerte fusjoner og oppkjøp*, Tidsskrift for forretningsjus 2015 s. 232-274 (TFF-2015-232)

7.2 Lover

- 1981 Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- 2004 Lov 5. mars 2004 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaks-sammenslutninger (konkurranseloven)
- 2008 Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)
- 2013 Lov 14. juni 2013 nr. 35 om endringer i konkurranseloven
- 2016 Lov 15. april 2016 nr. 2 om endringer i konkurranseloven (Konkurransesklagemennda, kartellforlik mm.)

7.3 Forskrifter

- 2004 Forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv. (opphevet)
- 2013 Forskrift 11. desember 2013 nr. 1466 om melding av foretakssammenslutninger mv. [meldepliktforskriften]

7.4 Forarbeider

- NOU 2003:12 *Ny konkurranselov*
- NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov*
- Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) *A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)*
- Prop.75 L (2012-2013) *Endringer i konkurranseloven*
- Prop.37 L (2015-2016) *Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskjagenemnda, kartellforlik mm.)*

7.5 Konkurransetilsynets retningslinjer

Veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger, 12. august 2009

7.6 Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-551/10 *Éditions Odile Jacob SAS v. European Commission, Lagardère SCA*
EU:C:2012:681

7.7 Departementsvedtak

- Moderniseringsdepartementets vedtak I sak V2004-33 *Ticketmaster – Ticnet AS*
31. mars 2005
- Moderniseringsdepartementet vedtak I sak V2005-3 *Swarco Norge AS – Peek Trafikk AS*
24. mai 2005
- Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 6. februar 2006 I sak V2005-12 *Prior Norge BA – Norgården AS*

7.8 Konkurransetilsynets vedtak

V2005-12	<i>Prior Norge BA – Norgården AS</i>
V2007-13	<i>Bankenes Betalingssentral (BBS) – Teller AS</i>
V2008-10	<i>Rema 1000 AS – Lidl Norge GmbH</i>
V2011-6	<i>Norli Gruppen AS – NorgesGruppen Bok og Papir AS</i>
V2011-8	<i>Lemminkäinen Norge AS – Mesta Industri AS</i>
V2012-8	<i>Telenor Norge AS – LOS Bynett AS / Bynett Privat AS</i>
V2012-10	<i>Mekonomen AB – MECA Scandinavia AB,</i>
V2012-11	<i>A-pressen AS – Mecom Europe AS (Edda Media AS)</i>
V2014-2	<i>(SATS) Altor Fund III (via ELIXIA Holding IV AS) / TryghedsGruppen smba – ELIXIA Holding III AS/Health & Fitness Nordic AB</i>
V2014-13	<i>Nortura SA – Prima Slakt AS / NorPri AS / Jæren eiendomsinvest AS</i>
V2015-1	<i>TeliaSonera AB – Tele2 Norge AS/Network Norway AS</i>
V2015-24	<i>Coop Norge Handel AS – ICA Norge AS</i>
V2015-29	<i>St1 Nordic OY – Smart Fuel</i>
V2015-30	<i>Orkla ASA – Cederroth Intressenter AB</i>
V2015-31	<i>Aleris Helse AS – Teres Medical Group AS</i>

7.9 Rådsforordninger

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

7.10 Kommisjonens retningslinjer og kunngjøringer

	Best practices on merger control proceedings, 20. januar 2004
OJ [2004] C 31/3	Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings
OJ [2008] C 267/1	Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004