



Fusjonskontrollen i lys av utviklingen i den senere tids praksis

Konkurransetilsynets juskonferanse 6. juni 2023

Agenda

- Statistikk fusjonspraksis siste 5 år
- Oversikt praksis KKN/domstolene
- Refleksjoner i lys av praksis
 - Prøvingsintensitet
 - Forholdet til EU/EØS-retten
 - Beviskrav – bevisvurderinger
 - Markedsavgrensning
 - Konkurransesanalysen og terskel for inngrep
 - Vurdering av dominans

Statistikk fusjonssaker siste 5 år

| År | Antall meldinger | Antall 25-dagers varsel | Antall 70-dagers varsel | Antall vedtak |
|------------------|------------------|-------------------------|-------------------------|---------------|
| 2019 | 107 | 3 | 2 | 3 |
| 2020 | 93 | 3 | 2 | 1 |
| 2021 | 156 | 2 | 3 | 2 |
| 2022 | 160 | 5 | 0 | 3 |
| 2023 (pr. 25.05) | 40 | 2 | 1 | 1 |

Konkurransetilsynets inngrepsvedtak siste 5 år

| Sak | Kt vedtak | Kts beslutning | KKN | Rettsprosess |
|----------------------|-----------|----------------|---------------------|----------------------|
| Sector Alarm/Nokas | Mars 2019 | Vilkår | | |
| Prosafe/Floatel | Okt 2019 | Forbud | Klage trukket | |
| Tieto/Evry | Nov 2019 | Vilkår | | |
| Finn/Nettbil | Nov 2020 | Forbud | Forbud opprettholdt | KKNs vedtak opphevet |
| Altia/Arcus | Mai 2021 | Vilkår | | |
| DNB/Sbanken | Nov 2021 | Forbud | Kts vedtak opphevet | |
| Royal Unibrew/Hansa | Mai 2022 | Vilkår | | |
| Nortura/Steinsland | Juni 2022 | Vilkår | | |
| Bewi/Jackon | Juni 2022 | Vilkår | | |
| ØB Group/Betongvarer | Mai 2023 | Forbud | | |



Praksis fra KKN i fusjonssaker

Prosafe/Floatel

- Kt vedtak 28. oktober 2019
 - Prosafe og Floatel var de to største og nærmeste konkurrentene i det norske markedet for offshore innkvarteringstjenester.
 - Kt mente fusjonen ville gitt økte priser og/eller lavere kvalitet for bedrifter som etterspør slike tjenester.
- Påklaget 9. desember 2019
- KKN hadde frist 5. mars 2020
- Klagen trukket 13. februar 2020

- Første fusjonsklagesak for nemnda
- Muntlig høring ble gjennomført
- Partene besluttet å ikke gå videre med foretakssammenslutningen



Prosafe SE/Floatel International Limited – klagen trukket

Prosafe SE og Floatel International Limited har besluttet å ikke gå videre med foretakssammenslutningen, og har derfor trukket klagen til Konkurransklagenemnda.

17. februar 2020

Praksis fra KKN i fusjonssaker (forts.)

Schibsted (Finn)/Nettbil

- KKN opprettholdt Kts forbud 27. mai 21
- Noe annen markedsavgrensning, men enige med Kt at Finn og Nettbil inngikk i samme marked
- Nettbil hadde stort vekstpotensial uten transaksjonen og ville fortsatt å vokse – om enn i litt mindre grad enn etter foretakssammenslutningen
- Kom til at sammenslåingen vil kunne medføre betydelig konkurranseskade. KKN la særlig vekt på Nettbils potensiale i markedet og Finns allerede sterke markedsposisjon.
- Tok ikke stilling til innovasjonsskadehypotesen
- Tatt inn for domstolene i etterkant



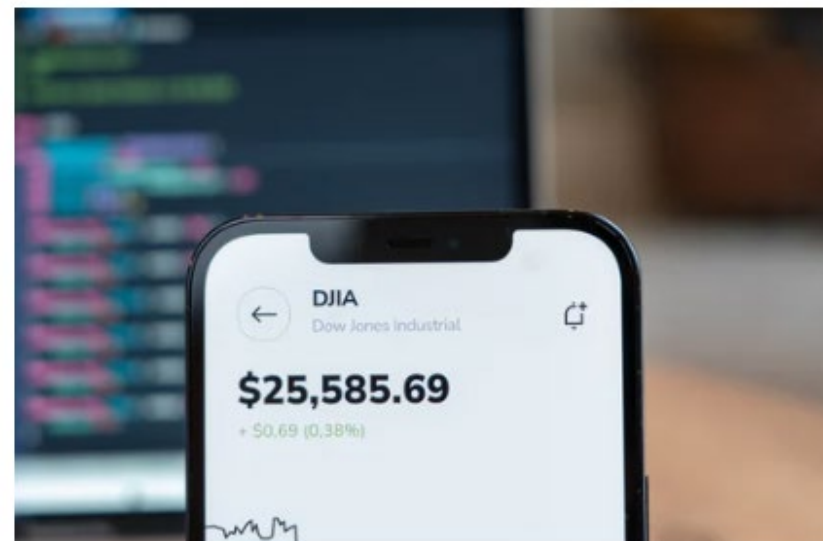
Konkurransklagenemnda opprettholder vedtak om forbud mot foretakssammenslutning mellom Nettbil og Schibsted

27. mai 2021

Praksis fra KKN i fusjonssaker

DNB/Sbanken

- Kts vedtak opphevet 16. mars 22 – foretakssammenslutningen tillatt
- Markedsavgrensning – fant det ikke nødvendig å vurdere om markedet skulle avgrenses annerledes
 - Ser også på markedsandeler innenfor ulike segmenter
- KKN peker på at spm om alternativsituasjonen nært knyttet til spørsmålet om Sbankens er/vil være en viktig konkurransekraft i markedet (pådriver)
- Konkurransesanalysen:
 - DNB og Sbanken er nære konkurrenter
 - Det finnes andre aktører som er nære konkurrenter til både DNB og Sbanken, og disse aktørene er egnet til å erstatte hele eller store deler av konkurransepresset som i dag utøves av Sbanken.
 - Sbanken er en lavprisaktør på indeksfond, men at også andre aktører har en slik rolle og indeksfond utgjør en begrenset del av fondsdistribusjonsmarkedet.
 - Selv om Sbanken ligger langt fremme på innovasjon og teknologisk utvikling, skiller de seg ikke klart fra andre aktører på dette området.



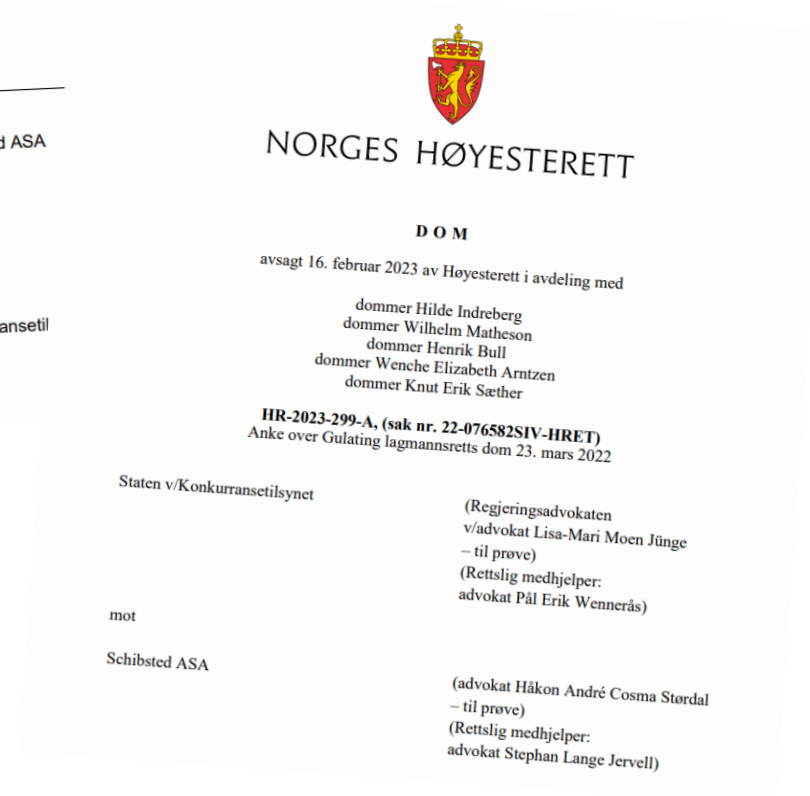
**Konkurranselagenemnda
opphever vedtak om for-
bud mot foretakssammen-
slutning mellom DNB Bank
ASA og Sbanken ASA**

16. mars 2022

Domstolspraksis

Schibsted (Finn)/Nettbil

- Første fusjonssak som ble tatt inn for domstolene
- Gulating lagmannsrett
 - Opphevet KKNs vedtak 21. mars 22
- Høyesterett
 - Forkastet statens anke 16. februar 23



Refleksjoner i lys av praksis

- Prøvingsintensitet
- Forholdet til EU/EØS-retten
- Beviskrav – bevisvurderinger
- Markedsavgrensning
- Konkurransesanalysen og terskel for inngrep
- Vurdering av dominans

Domstolenes prøvingsintensitet

- «*Retten kan prøve alle sider av saken*» ved søksmål om KKNs vedtak, jf. konkurranseloven § 39 tredje ledd og Rt. 2011 s. 910 (Tine)
- Spørsmål om domstolene bør vise tilbakeholdenhet, jf. Swingball-doktrinen
- Lagmannsrettens dom i Telenorsaken (LG-2019-137886-2)
«Ved overprøving av KKNs vedtak gjør elementet av sakkunnskap seg særlig gjeldende i relasjon til vurdering av om et foretak er «dominerende» i markedet, jf. [krrl. § 11](#) og [EØS-avtalen art. 54](#). Så vel KT som KKN har gjort grundige vurderinger av markedsforholdene og partenes stilling i de to aktuelle markeder med sammenfallende vurderinger. Dette tilsier en viss varsomhet ved overprøvingen av KTs og KKNs vurderinger.»
- Høyesterett premiss 65:
«Begrenset prøving betyr altså ikke at domstolen skal avstå fra å etterprøve konkurransemyndighetenes tolkning av informasjon av økonomisk karakter. Domstolene må dessuten kunne prøve om bevisene er troverdige og konsistente, om de gir tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre saken og om de er egnet til å underbygge konklusjonen.»

Forholdet til EU/EØS-retten

- Høyesterett premiss 58-59:

«Den norske lovharmoniseringen innebærer at Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger og ESAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked skal legges til grunn ved tolkningen og anvendelsen av konkurranselovens regler.

Kommisjonen sendte 8. november 2022 et utkast til reviderte retningslinjer for markedsavgrensningen på høring, jf. «Kommisjonens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret». Dokumentet er en ajourføring i lys av de seneste 20 års praksis. Det er derfor av interesse i saken her også å se hen til dette dokumentet, selv om det kun er tale om et utkast.»

- KKNs vedtak DNB/Sbanken kapittel 4.1, jf. kapittel 4.3
- I tråd med Kts praksis – viser til de samme retningslinjene

Beviskrav

- Alminnelig krav til sannsynlighetsovervekt i fusjonssaker

- Har vært lagt til grunn i all Kt-praksis og praksis fra KKN
- KKNs vedtak DNB/Sbanken avsnitt 49-51:
 - Alminnelig krav til sannsynlighetsovervekt for det faktum som legges til grunn
 - Det mest sannsynlige hendelsesforløpet som skal legges til grunn
 - Prinsippet om fri bevisbedømmelse – alle bevis må tas i betraktning når det skal gjøres en helhetsvurdering

- Høyesterett (premiss 67-68):

«Spørsmålet i saken er om foretakssammenslutningen «vil» hindre effektiv konkurranse i betydelig grad. Et bekreftende svar krever sannsynlighetsovervekt for at slike hindringer vil inntre. En mulighet er altså ikke nok.

Bevistemaet gjelder forhold som ligger inn i fremtiden. Dette setter bevisbedømmelsen på særskilt prøve. I alminnelighet gjelder et krav om at prognoser må være forsvarlige på det tidspunkt de blir foretatt, jf. blant annet [Rt-2012-1985](#) [...]»

- Prognoser må være forsvarlige på det tidspunktet de er foretatt
- Kommisjonens utkast til reviderte retningslinjer for markedsavgrensningen (avsnitt 77) – pålitelige opplysninger, som med tilstrekkelig grad av sannsynlighet viser at de forventede endringer rent faktisk vil skje
- CK Telecom – ikke rettskraftig avgjort – dom forventet i juli

Bevisvurderinger – interne dokumenter

- Interne dokumenter må tolkes i lys av dokumentets formål og vurderes i sin rette sammenheng, jf. Høyesterett premiss 69:

«Opplysninger som fremkommer i partenes interne dokumenter, må tolkes i lys av dokumentets formål og vurderes i sin rette sammenheng, jf. dom fra Underretten 12. desember 2018 i sak [T-691/14](#) Servier avsnitt 1470. Det ble der pekt på at innholdet i de interne dokumentene måtte analyseres «in the light of their promotional purpose». Man kan altså ikke uten videre legge til grunn hva et internt dokument uttrykker etter sin ordlyd, men må fastlegge dets innhold og bevisverdi ut fra en bredere kontekst.»

- Betydningen av tidsnære bevis og partenes egne ufordelaktige utsagn om egen sak, jf. premiss 70:

«I Underrettens dom 18. mai 2022 i sak [T-251/19](#) Wieland-Werke gis det i avsnitt 117 anvisning på faktorer som kan gi interne dokumenter særlig stor bevisverdi, slik som dokumenter som er «drawn up in close connection with the events or by a direct witness of those events». Dette understreker blant annet betydningen av tidsnære bevis, jf. [Rt-1998-1565 på side 1570](#) med videre henvisninger. Også partens egne utsagn som «run counter to the interests of the declarant» – altså partens ufordelaktige utsagn om egen sak – kan ha stor verdi.»

Bevisvurderinger – Konkurransetilsynets praksis

- Konkurransetilsynets tilnærming
 - Det samlede bevisbildet
 - Innhenter og gjennomgår en betydelig mengde dokumenter, ikke bare interne dokumenter
 - Vurderer innhold og bevisverdi basert på kontekst
 - Objektiv tilnærming
 - Tidsnære bevis
- Behov for endringer i lys av Høyesteretts uttalelser?
 - Økt fokus
 - Tydeliggjøring av at nevnte momenter er ivaretatt

Markedsavgrensning – generelle utgangspunkter

- HR premiss 76:

«Markedsavgrensningen er bare et steg på veien til å analysere transaksjonens mulige konkurransebegrensende virkninger. Avgrensningen er dermed ikke et mål i seg selv, slik det også fremgår av Kommisjonens utkast til reviderte retningslinjer for markedsavgrensningen punkt 13. Men dersom undersøkelsen viser at produktene ikke tilhører det samme produktmarkedet, er det vanskelig å se at lovens vilkår for inngrep vil kunne være oppfylt.»

- HR tar utgangspunkt i ESAs retningslinjer, og viser til at etterspørselssubstitusjon gjerne anses som den mest effektive vurderingsmåten, jf. premiss 78 flg.

- HR legger til grunn at en SSNIP-vurdering kan gjennomføres som en kvantitativ eller kvalitativ undersøkelse, men viser også til at dette ikke er den eneste måten man kan undersøke etterspørselssubstitusjon, jf. premiss 82 flg.

- Siste setning i premiss 76 vil ikke nødvendigvis være korrekt i alle sammenhenger?

- Eks: Potensiell konkurranse
- Eks: Vertikale eller konglomerat-fusjoner

- HR antyder også senere at markedsavgrensning ikke alltid er nødvendig, jf. premiss 141:

«Som tidligere nevnt er en markedsavgrensning bare et analytisk hjelpemiddel i konkurranseanalysen. Av og til må denne analysen foretas uten en på forhånd avklart markedsavgrensning på grunn av vanskeligheter med grensedragningen.»

Overlappende virksomhet og substituerbarhet

- Høyesterett tar til orde for at formuleringene «overlapp» og «alternativer» ikke besvarer om produktene er substituerbare ut fra «egenskaper, pris og bruksområder», jf. avsnitt 113
- Kt praksis:
 - Partenes produkter er substituerbare = overlappende virksomhet
 - Tydeliggjøring i nyere praksis
 - ØB Group/Betongvarer:

«Med overlappende virksomhet menes her at partenes produkter er substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.» jf. ESAs kunngjøring om avgrensning av det relevante markedet.

Differensierte produkter – store prisforskjeller

- Høyesterett viser til at forskjeller i pris kan begrunne at produktene er i ulike markeder og viser blant annet til Airtours
- Høyesterett mener at det har formodningen mot seg at et kvalitetsprodukt til en svært mye høyere pris vil kunne være et substitutt til et lavprisprodukt dersom dette får en begrenset prisøkning, jf. premiss 95.
- Oppsummeringen i premiss 98:
 - «Dersom produktene er differensierte, er store prisforskjeller ikke nødvendigvis til hinder for at de er substituerbare. Men det har formodningen mot seg at produktene da tilhører samme produktmarked.»
- Kommisjonens praksis:
 - Finner ikke tilsvarende argumentasjon, ref formuleringen formodningen mot seg

Konkurransesanalysen

- Høyesterett premiss 99:

«Vilkåret for å kunne gripe inn mot en foretakssammenslutning er etter konkurranseloven § 16 at sammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Det følger av bestemmelsen at inngrep kan være særlig aktuelt der sammenslutningen resulterer i «at en dominerende stilling skapes eller styrkes».

- Høyesterett premiss 100:

«Foretakssammenslutningens virkninger på konkurransen vurderes gjennom en såkalt konkurranseanalyse. Om fusjonen vil «hindre» effektiv konkurranse er et virkningsspørsmål, mens vilkåret om at det vil skje «i betydelig grad» er et terskelspørsmål. Hvorvidt en konkurransehindring av et slikt omfang faktisk «vil» inntre, er et bevisspørsmål. Dette tar også et beviskrav opp i seg.»

Analysen av virkningsspørsmålet

- Utgangspunktet, jf. premiss 102

«... Vurderingen av om konkurransen vil hindres i betydelig grad skal med andre ord foretas ut fra hva som på transaksjonstidspunktet vil være den alternative situasjonen, altså hva situasjonen ville ha vært uten foretakssammenslutningen. Denne skal så sammenlignes med den konkurransesituasjonen som mest sannsynlig vil bli resultatet av transaksjonen. Ved sammenligningen skal det normalt tas utgangspunkt i konkurranseforholdene på fusjonstidspunktet.»

- Høyesterett sier uttrykkelig at de ikke tar stilling til spørsmålene som er oppe i CK Telecoms, jf. premiss 103
 - Dom forventet i juli

Inngrepsterskelen – «i betydelig grad»

- Høyesterett premiss 109-110:

«I en konkurranseanalyse sammenlignes konkurransesituasjonen med og uten foretakssammenslutningen. Det er et vilkår for inngrep at fusjonen vil hindre konkurransen i betydelig grad, sammenlignet med konkurransesituasjonen uten transaksjonen. Kravet om at virkningen må være «betydelig» innebærer at virkningen må være kvalifisert og derfor ligge over en viss terskel. Denne terskelen kan ikke angis generelt eller eksakt, men må vurderes konkret.

Det kan i et oligopolistisk marked etter omstendighetene også gripes inn mot sammenslutninger som ikke skaper eller styrker en dominerende stilling. Hvorvidt det for inngrep i slike situasjoner gjelder særlige vilkår, er omstridt og står for tiden til prøving for EU-domstolen. Det er imidlertid ikke nødvendig, og derfor heller ikke hensiktsmessig, å ta stilling til dette spørsmålet i saken her.»

Inngrepsterskelen – «i betydelig grad»

- KKN i DnB/Sbanken:

(38) Disse utgangspunktene betyr at den rettslige terskelen «i betydelig grad hindre effektiv konkurranse» ikke lar seg definere presist, og hvor særlig terskelen «betydelig» er vanskelig å angi eksakt. [...]

(40) [...] Slik nemnda ser det, tilsier Kommisjonens horisontale retningslinjer punkt 10–13 at terskelen «betydelig» må fastlegges som en funksjon av en rekke momenter som er nærmere angitt i Kommisjonens horisontale retningslinjer, og at det i tillegg til analyser av de enkelte momenter også må foretas en helhetlig vurdering av de momentene som anses som relevante. De momentene som inngår i en slik helhetsvurdering, må imidlertid så langt det er tale om faktiske omstendigheter, være sannsynliggjorte.»

Inngrepsterskelen – «i betydelig grad»

- Konkurransetilsynets praksis
 - Kt er av den oppfatning at man har lagt seg på samme terskel som KKN/Høyesterett – spørsmålet er om det samlede bevisbildet underbygger at man er over terskelen i den konkrete saken
 - Kt har tilpasset rettslig utgangspunkt til senere praksis fra KKN/Høyesterett
 - Bewi/Jackon:

(247) Den rettslige terskelen «i betydelig grad» lar seg vanskelig definere presist.²⁰⁴ Kommisjonens horisontale retningslinjer angir en rekke ikke-uttømmende momenter for analysen, og det må gjøres en samlet vurdering av de momenter som anses relevante i den konkrete sak.²⁰⁵
 - ØB Group/Betongvarer:

(233) Den rettslige terskelen «i betydelig grad» innebærer at virkningen må være kvalifisert og derfor ligge over en viss terskel. Denne terskelen kan ikke angis generelt eller eksakt, men må vurderes konkret.²⁵² Kommisjonens horisontale retningslinjer angir en rekke ikke-uttømmende momenter for analysen, og det må gjøres en samlet vurdering av de momenter som anses relevante i den konkrete sak.²⁵³

Vurdering av dominans – mer aktuelt?

- Ordlyden:

«Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes.»

- Diskusjon i forarbeidene

- Kommisjonens praksis

- [T-584/19 Thyssenkrupp AG v Commission](#) (ikke rettskraftig)

“It follows that the concepts of the creation or strengthening of a dominant position and of the existence of non-coordinated horizontal effects due to the elimination of a significant competitive constraint on an oligopolistic market are perfectly compatible and are not mutually exclusive, as the applicant claims. [...]”

- Kt praksis

- ØB Group/Betongvarer – gjort en vurdering av dominans i tillegg til vurdering av ensidige virkninger

Oppsummering

- Konkurransetilsynets og KKNs praksis anses i all hovedsak å være i tråd med Høyesteretts generelle utgangspunkter
- Høyesterett tydeliggjør noen utgangspunkter
- Enkelte av Høyesteretts uttalelser synes å innebære en konkret tilnærming i lys av sakens faktum