

Schibsted



KONKURRANSE-
TILSYNET
The Competition Authority



Nettbil



KLAGENEMNDS-
SEKRETARIATET



S'banken



European
Commission

Norsk fusjonskontroll i lys av utviklingen i den senere tids praksis

Advokat Stein Ove Solberg

To sentrale spørsmål

- Tok Konkurransetilsynet for mye Møllers tran?



- Eller falt de i gryta til Miraculix?



Utgangspunkter

- Min bakgrunn og mitt ståsted
- Fokus på *norsk* fusjonskontroll
- Jeg vil – ikke overraskende – bruke mye tid på én fersk sak: Schibsted/Nettbil
 - Den er ganske oppsiktsvekkende, men dessverre likevel representativ for norsk fusjonskontroll
 - Og den er gode nyheter for norske foretak og norsk økonomi
- Men først litt statistikk – og et blick 17 år tilbake
- Avslutningsvis vil jeg komme med noen velmente råd til Konkurransetilsynet

Et faresignal?

- De fleste er enig i at det er bra å ha aktive konkurransemyndigheter
- Men ikke hyperaktive
- Statistikken viser at Norge er klar «europamester» i fusjonsinngrep hvis man tar hensyn til økonomienes størrelse
- I perioden 2012-17 grep norske konkurransemyndigheter inn i 18 foretakssammenslutninger
 - Og fattet flere forbudsvedtak enn Kommisjonen
- Hvordan kan dette henge sammen?



«Norge er også i særklasse i et europeisk perspektiv til tross for at reglene for fusjonskontroll i stor grad imøtreges i EU/ESB», skriver artikkelforfatterne. Foto: Torgeir Aasen/APP/NTB

Innlegg Heidi Jorkjend og Liv Sofie Utvær

Norge er «europamester» i fusjonskontroll – hvorfor det?

En overaktiv fusjonskontroll gir partene lite forutslagsbarhet, struper innovasjon og kapitaltilførsel. Det kan også gi oss som forbrukere dyrere og dårligere tjenester.



Heidi Jorkjend



Liv Sofie Utvær

● Hvert år melder rundt 100 fusjoner og oppkjøp til Konkurransetilsynet. De fleste klareres innen kort tid, men sammenlignet med andre land er det også en relativt stor andel som stanses eller kun tilfelles på vilkår. Etter vår mening er det ingen grunn til at Konkurransetilsynets fusjonskontroll skal være blant Europas strengeste. «Fusjonskontroll» er nævnt på prosessen hvor konkurransemyndighet ser på en planlagt foretakssammenslutning (typisk en fusjon eller et oppkjøp) og vurderer om denne kan være skadelig for konkurransen i markedet. Hvis svaret er ja, kan konkurransemyndigheten forby sammenslutningen i sin helhet eller tilkote den på nærmere vilkår («avhjelpende tiltak»).

Konkurransetilsynet publiserte i fjor høst en artikkel skrevet i samarbeid med NHF, som blant annet viser at Norge skiller seg ut med en svært aktiv fusjonskontroll og relativt hyppig bruk av både forbud og avhjelpende tiltak sammenlignet med andre land. Det er ingen tvil om at en effektiv fusjonskontroll er et viktig virkemiddel for å sikre sunn konkurranse. En for tilbakeholden fusjonskontroll kan føre til at få aktører blir sittende med svært stor markedsandelen, til skade for kunder, forbrukere

vi håper

Konkurransetilsynet har et bevisst forhold til de forskjellige som avdekkjes

og offentlige innkjøpere. Dette viser for eksempel erfaringer fra USA, der både politikere og representanter for konkurransemyndighetene nå har tatt til orde for å revidere prosessen.

Konkurransetilsynet har imidlertid ikke bare en strengere tilnærming til fusjonskontroll enn amerikanske kolleger – Norge er også i særklasse i et europeisk perspektiv. Matsum 2012 og 2017 gjorde norske konkurransemyndigheter inngrep i totalt 18 foretakssammenslutninger. Åtte av disse ble forbudt i sin helhet. De andre ble tilslutt med avhjelpende tiltak.

Inngrepsfrekvensen til Konkurransetilsynet er på nivå med langt større land som Italia (18) og Spania (16), og langt høyere enn sammenlignbare land som Sveits (2), Danmark (10), Sverige (7) og Finland (9).

Også nasalt forbudsvekt, altså der partene må gå fra transaksjonen i sin helhet, skiller seg ut. I samme periode forbød Europakommisjonen seks foretakssammenslutninger, mens de aller fleste europeiske land neda få eller ingen forbud, inkludert Frankrike (0), Italia (1), Sveits (1), Danmark (1), Sverige (2) og Finland (0).

angående for vurderingen bak vedtakene.

Etter vår mening er det ingen gode grunner til at Norge bør være europamester i fusjonskontroll.

→ For det første er det inngrepet som tyder på at fusjonskontrollen EU kan karakterseres som for slapp, noe blant annet den skapre kontrollverken rundt kommisjonens blokkering av Siemens-Alcatel-fusjonen i 2019 viser. I 2020 omgjorde også foretaksstatistikken Kommisjonens vedtak i fusjonsaken CR Telecom (ikke rettskraftig avgjort).

→ For det andre er reglene i stor grad likende i EU/ESB og de samme hensyn ligger bak. Det er derfor overraskende at praksiseringen av reglene gir så ulike utslag. Norske myndigheters særlige hjemmel til å gripe inn også i fusjoner som ikke er medlemsstatlige, synes ikke å forklare den markerte forskjellen fra andre sammenlignbare land. En forklaring kunne vært at Norge er et lite land med relativt få foretak, slik at det lettere oppstår konsentrasjon i norske markeder. Dette har så vidt vi vet ikke vært nærmere undersøkt, og det forklarer heller ikke hvorfor Norge i perioden har en langt mer aktiv fusjonskontroll enn for eksempel Finland eller Sverige.

Vi håper Konkurransetilsynet har et bevisst forhold til de forskjellige som avdekkjes i inngrepsstatistikken for ulike europeiske land. Sett på seg selv eller seg sammen nettopp fordi de ser at de kan spare penger, utvikle bedre produkter, utnytte synergier og konkurrere hardere – også mot internasjonale utfordrere.

En overaktiv fusjonskontroll gir partene lite forutslagsbarhet, struper innovasjon og kapitaltilførsel, og kan til sist gi oss som forbrukere dyrere og dårligere tjenester.

En liten tidsreise – tilbake til 2006 (1)

- De to landbrukssamvirkene for hhv. firbeinte dyreslag/«rødt kjøtt» (Gilde) og fjørfe/«hvitt kjøtt» (Prior) ønsket å fusjonere
- Konkurransetilsynet signaliserte tidlig et ønske om å stoppe fusjonen
- Tilsynets innledende skadehypotese var basert på at partene var konkurrenter i markedene for bearbeidede kjøttprodukter
 - Kyllingkjøttdeig i samme marked som tradisjonell kjøttdeig, kylling-/kalkunpålegg i samme marked som tradisjonelt kjøttpålegg osv.
 - Dette til tross for at klar praksis fra Kommisjonen tilsa separate markeder
- Det viste seg imidlertid at Konkurransetilsynets egne økonometriske studier ikke underbygget hypotesen om at partenes foredlede produkter var i samme produktmarked
 - Ikke tilstrekkelig grad av etterspørselssubsumsjon

En liten tidsreise – tilbake til 2006 (2)

- Men Konkurransetilsynet ville fortsatt gripe inn
- Og da var jakten på en ny skadehypotese i gang
- Tilsynet sendte informasjonsforespørsler til partene – ba om svært mange dokumenter
- Etter lang tids leting fant Konkurransetilsynet et internt Gilde-dokument som viste at en arbeidsgruppe i Gilde på et tidligere tidspunkt hadde vurdert å gjøre en full inntreden i markedet for fjørfe
- Den interne arbeidsgruppen hadde riktignok konkludert med at Gilde *ikke* skulle gå tungt inn i fjørfe
 - Spørsmålet ble derfor ikke engang behandlet i Gildes styrende organer

En liten tidsreise – tilbake til 2006 (3)

- Konkurransetilsynet mente imidlertid at alene det faktum at Gilde *hadde vurdert* spørsmålet, gjorde Gilde til en potensiell konkurrent innen fjørfekjøtt, selv om den interne vurderingen konkluderte negativt
- Konkurransetilsynets vedtak ble overprøvd av departementet etter klage
- Dette vedtaket er etter min oppfatning symptomatisk for en kultur hvor man først bestemmer seg for inngrep og deretter finner et grunnlag/skadehypotese
- Og hvor Konkurransetilsynet «ser» alle argumenter og dokumenter (faktum) som taler for inngrep, og «ikke ser» det som taler mot inngrep

Ti år frem – til 2016

- I 2016 ble inngrepsvilkårene i konkurranse-loven harmonisert med EUs fusjonskontroll-forordning
- Fra «vesentlig konkurransebegrensning» (SLC) til «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes» (SIEC)
- Etter dette har Konkurransetilsynet grepet inn mot 13 foretakssammenslutninger
- Av disse er det to som har blitt påklaget
- Begge har blitt opphevet
 - DNB/Sbanken opphevet av klagenemnda
 - Schibsted/Nettbil opphevet av domstolene

Schibsted/Nettbil (1)

- Første norske domstolsbehandling av fusjonsinngrep
 - Lagmannsretten mars 2022 => Høyesterett februar 2023
- Sentralt spørsmål: Om FINNs annonsetjeneste for salg av bruktbiler og Nettbils mer omfattende auksjonstjeneste for bruktbiler inngår på samme relevante produktmarked
- Konkurransetilsynet konkluderte med ja, og grep inn
 - Fikk støtte fra Klagenemnda
- Både lagmannsretten og Høyesterett konkluderte imidlertid med at det ikke var grunnlag for inngrep
- Det fremgår klart av dommen at Høyesterett mener at Konkurransetilsynet hadde strukket strikken vel langt i denne saken

Schibsted/Nettbil (2)

- I spørsmålet om FINN og Nettbil var på samme produktmarked uttaler HR:
 - «produktene [er] innholdsmessig svært forskjellige og tilbys til høyst ulik pris» (premiss 119)
 - «... Finns produkt [er] for alle praktiske formål begrenset til selve rubrikkannonsetjenesten, mens Nettbils produkt ikke er den iboende annonsetjenesten, men overtakelse av hele biltransaksjonen, herunder den kredittrisiko og det mangelsansvar kunden ellers ville hatt overfor bilkjøperen» (premiss 123)
- Konkurransetilsynet hadde også lagt til grunn en spesiell tolkning av inngrepsterskelen
 - «hindre konkurransen i betydelig grad» ble av staten tolket som at hindringen måtte være *stor nok til å påvirke konkurransen*
 - Statens anførsel ble av HR tolket som «at det for inngrep er tilstrekkelig at hindringen ikke er *ubetydelig* i betydningen bagatellmessig, ofte omtalt som «de minimis»»
 - HR avviste kontant denne tolkningen av terskelkravet (premissene 106-108)

Schibsted/Nettbil (3)

- Også Konkurransetilsynets bruk av partenes interne dokumenter kritiseres av domstolene:
 - Lagmannsretten uttaler at Konkurransetilsynet «i for stor grad [har] trukket konklusjoner [...] ut fra at fusjonspartene er omtalt som konkurrenter i interne dokumenter» (lagmannsrettsdommen side 17, gjengitt av HR i premiss 114)
 - HR understreker at «opplysninger som fremkommer i partenes interne dokumenter, må tolkes i lys av dokumentets formål og vurderes i sin rette sammenheng, [...]. 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» (premiss 69)
 - Det fremgår også av dommen (premissene 130-139) at HR mener at Konkurransetilsynet ikke i tilstrekkelig grad har sett hen til dokumenter som *avkrefter* tilsynets synspunkter
- Domstolene avviste også Konkurransetilsynets – ikke veldig godt funderte – hypotese om at oppkjøpet ville skade innovasjonskonkurransen

- Konkurransetilsynets vedtak av 16. november 2021
 - Forbud basert på at oppkjøpet i betydelig grad ville hindre effektiv konkurranse i markedet for fondsdistribusjon
- Opphevet av klagenemnda 16. mars 2022
 - Første gang klagenemnda opphevet et vedtak om inngrep mot en foretakssammenslutning
 - Markedsavgrensning ikke avgjørende – fokus på konkurransenærhet
 - Ikke tilstrekkelig at *partene* er nære konkurrenter
 - KKN fant det sannsynliggjort at det var *andre aktører* som også er nære konkurrenter til partene, og at disse var egnet til å erstatte hele eller deler av konkurransepresset som ble utøvd av Sbanken før oppkjøpet – dvs. disiplinere DNB/Sbanken også etter oppkjøpet
 - Sbanken skilte seg heller ikke klart fra andre aktører hva gjelder innovasjon og teknologisk utvikling
- Tilsynet synes å ha undervurdert konkurransepresset fra andre aktører i markedet

Hva har gått galt? (1)

- Konkurransetilsynet har generelt sett et sterkt – og fra tid til annen ensidig – fokus på rent *konkurransøkonomisk* anlagte analyser
 - «Glemmer» tilsynelatende at de driver med rettsanvendelse
- Mangelfull forankring i lovens inngrepshjemmel
 - Tilsynet griper inn «basert på hjemmesnekrede vurderingstemaer løsrevet fra lovens krav» (professorene Hjelmeng og Østerud, Rett24 10. oktober 2022)
 - For eksempel betyr ikke «økt markedspekt» nødvendigvis at SIEC-testen er oppfylt
- Spørsmål om Konkurransetilsynet har strukket strikken for langt i såkalte «gap-saker»
 - Når kan SIEC være oppfylt hvis foretakssammenslutningen ikke skaper eller styrker en dominerende stilling?
 - I hvilken grad kan «konkurransenærhet» begrunne inngrep i en foretakssammenslutning som ikke fører til eller forsterker en dominerende stilling?

Hva har gått galt? (2)

- Avklaring i CK Telecoms-saken?
 - HR understreker at denne saken har «mye til felles» med Schibsted/Nettbil
 - Men ikke nødvendig=hensiktsmessig for HR å ta stilling til spørsmålet i Nettbil-saken
- Har (også) Kommisjonen strukket strikken for langt?
- Kommisjonens inngrep ble overprøvd av Retten i sak T-399/16
 - Ikke rettskraftig – står for Domstolen sak C-376/20 – dom ventet juli 2023
 - Generaladvokatens «opinion» støtter Kommisjonens anke

Hva har gått galt? (3)

- Konkurransetilsynet fremstår fra tid til annen som forutinntatt (*biased*)
 - Danner seg tidlig en oppfatning om utfallet (om det må gripes inn eller ikke)
 - Fokus på data/dokumenter/argumenter som bekrefter hypotesen
 - Mindre fokus på data/dokumenter/argumenter som avkrefter hypotesen
 - Det er ikke mitt inntrykk at dette skjer bevisst
- Tilbøyelighet til selektiv bruk av argumenter og kilder
- Tilløp til opportunisme
 - F eks markedsandel: Hvis høy, er dette avgjørende – hvis lav; fokus på andre argumenter
- Som følge av dette har Konkurransetilsynet etter mitt skjønn grepet inn i noen «randsons»-saker
- Utenlandske myndigheter fokuserer ofte sin ressursbruk på mer åpenbare inngrepskandidater

Mine råd til Konkurransetilsynet (1)

- Fokus på *hard core* (kjerne)saker
 - Være litt mindre kreative – «*back to basics*»
- Eventuelt la konkurransemyndigheter med mer ressurser og høyere kompetanse teste ut grensespørsmål, nye skadehypoteser mv.
- Det er ingen skam å snu – det er delvis en kultur-greie!
- Forankre skadehypotesen(e) i inngrepshjemmelen
 - Økonomi og jus hånd i hånd (subsumsjon)

Mine råd til Konkurransetilsynet (2)

- Interne, prosessuelle tiltak for å sikre objektivitet:
 - «*Second pair of eyes*» internt
 - Styrke Juridisk stab – både hva gjelder ressurser og innflytelse internt
 - Høringsoffiser-funksjon?
 - Bør neste konkurransedirektør være en jurist?
- Med slike grep vil kanskje Konkurransetilsynets inngrepstall framover blir mer på linje med andre europeiske jurisdiksjoner (forholdsmessig)?
- Eller er dette bare ønsketenking fra en advokat som representerer parter i foretakssammenslutninger?