

KONKURRANSETILSYNETS JUSKONFERANSE 2024

# Fusjonskontrollen etter EU-domstolens dom i C- 376/20 P CK Telecoms

En endret fusjonskontroll?

PARTNER HEIDI JORKJEND OG ADVOKAT ELEN BOTTEN

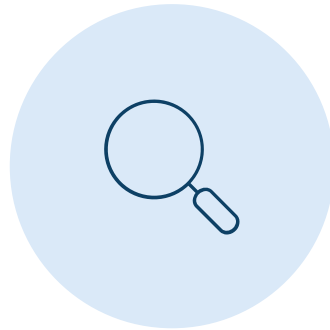
06.06.2024

THOMMESSEN

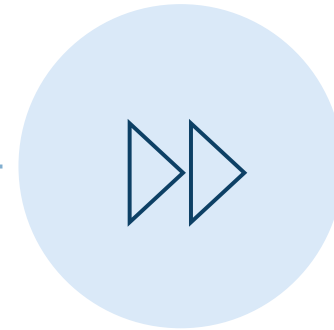
# Agenda



Fusjonskontroll  
og "gap"-saker



CK Telecoms:  
saksforholdet og de  
rettslige vurderingene



Avgjørelsens betydning  
for fremtidig  
fusjonskontroll

# Innledning

- Få transaksjoner er gjenstand for domstolskontroll
  - Konkurransetilsynet: 17 forbudsvedtak siden 2004
  - Kommisjonen: 9 forbudsvedtak de siste ti årene, 6 de siste fem årene
  - Gjennomføringsrisiko og tid er kritisk
    - Verditap/effektivitetstap
- Juridisk inngrepsterskel – faktiske og økonomiske vurderinger
- Konkret og til dels kompleks vurdering
  - Markedsdefinisjon – men begrenset plass og vekt?
  - Krever til dels omfattende informasjon om markedet og aktørene
  - Prospektiv vurdering – predikering av fremtidig utvikling ut fra økonomiske analyser
  - Sammenligning med hva som ville vært situasjonen uten foretakssammenslutningen

§

## 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

# "Gap"-saker

## EU

### Før 2004: **dominanstest**

- Testen dekket kun tilfeller der det oppstod ensidig eller kollektiv dominans: identifisert et "gap" i den rettslige testen.

### Fusjonsforordningen av 2004 skulle tette gapet: **SIEC-test**

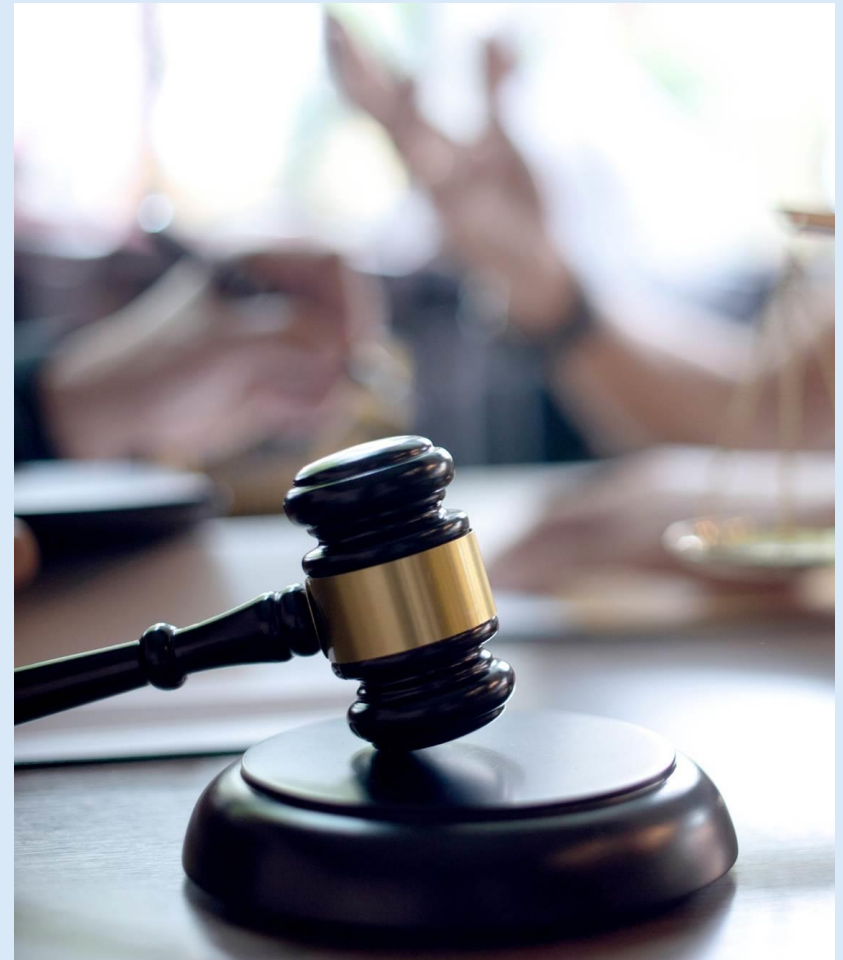
- Significant Impediment to Effective Competition
- SIEC-testen dekker
  - (i) ensidig dominans,
  - (ii) kollektiv dominans,
  - (iii) ikke-koordinerte virkninger utenfor dominanstilfellene ("gap"-saker)
  - Fortalen premiss 25: SIEC-testen er ikke ment utvidet noe ytterligere enn dette.
- CK Telecoms er den første saken hvor konkurranseanalysen i en "gap"-sak har blitt prøvd i EUs domstoler.

## Norge

### Før 2016: **SLC-test**

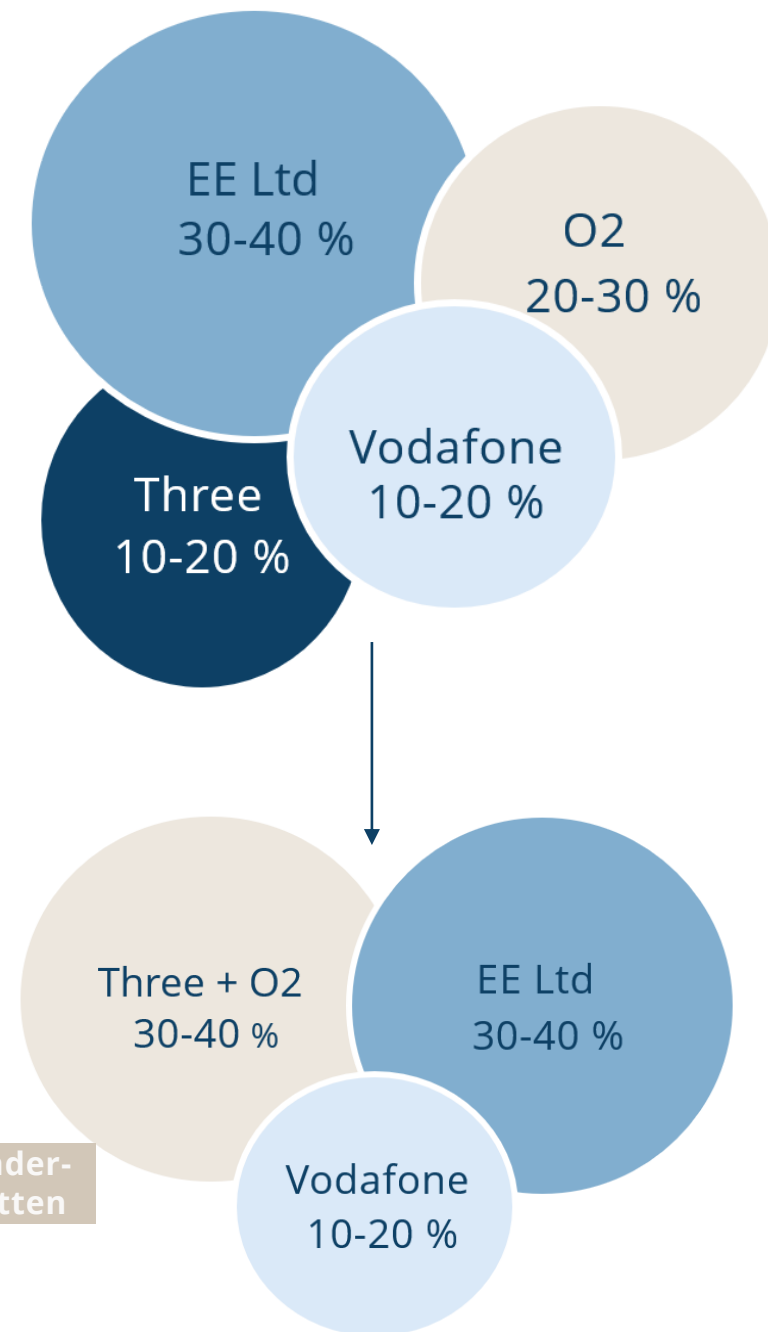
- Føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen
  - ("Substantial Lessening of Competition")
- Etter 2016: **SIEC-test**
  - Betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse
  - Harmonisering med inngrepsnormen i EU

# CK Telecoms



# Transaksjonen

- Hutchison 3G UK Investments Limited ("**Three**")/CK Telecoms UK Investments Ltd ("**CK Telecoms**") kontrollerverv av Telefónica Europe Plc ("**O2**") for 10,3 milliarder pund
- Fire mobilnettoperatører i markedet: EE, O2, Vodafone og Three
  - Antall nettverksoperatører: 4 → 3
  - Samarbeid om nettverksdeling mellom (i) EE og Three, og (ii) Vodafone og O2
    - Kostnadsdeling ved utrulling av nettverk, men konkurranse i detaljistmarkedet



Melding	Forbuds-avgjørelse	Anke	Avgjørelse	Kommisjonens anke	AG-uttalelse	Avgjørelse	
11.09.2015	11.05.2016	25.07.2016	26.06.2020	7.08.2020	20.10.2022	13.07.2023	
Kommisjonen			Underretten		EU-domstolen		Underretten

# Kommisjonens skadeteorier

## Ikke-koordinerte virkninger på **detaljistmarkedet**

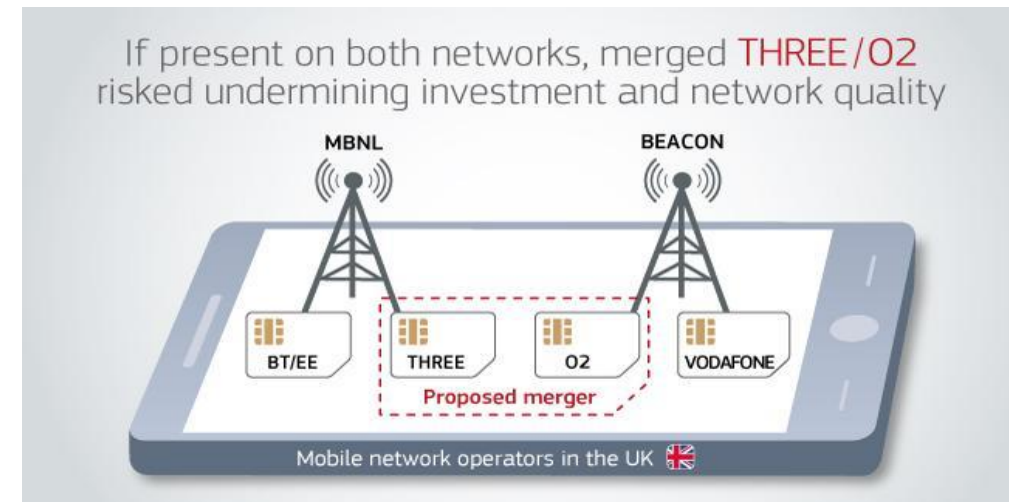
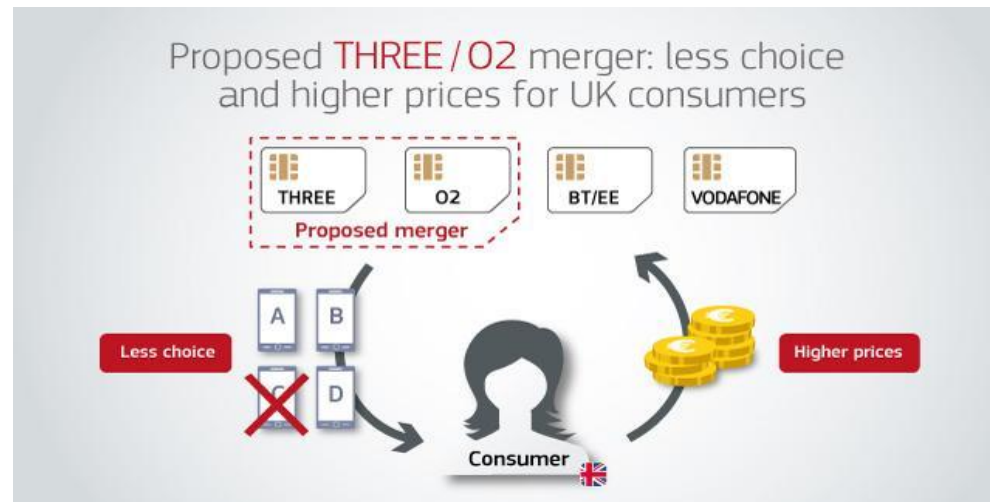
- Eliminering av betydelig konkurransepress mellom Three og O2
- Three/O2 ville konkurrert mindre hardt, økt prisen og øvrige aktører ville fulgt

## Ikke-koordinerte virkninger på **detaljistmarkedet**

- Redusert evne for øvrige MNOer til å konkurrere på pris og andre parametere

## Ikke-koordinerte virkninger på **grossistmarkedet**

- Eliminering av betydelig konkurransepress mellom Three og O2
- Reduksjon av konkurransepress på øvrige markedsaktører
- Three var en viktig konkurransekraft



# Sentrale rettslige temaer i saken

1

Beviskrav for påvisning av en SIEC i "gap"-saker og prøvingsintensitet

2

SIEC-testen i "gap"-saker, herunder betydningen av EUMR fortale premiss 25

3

1. Bevismomentet konkurransenærhet ("closeness of competition")
2. Bevismomentet viktig konkurransekraft ("important competitive force")

## EUMR artikkel 2(3)

"A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market."

## EUMR fortale premiss 25

"In view of the consequences that concentrations in oligopolistic market structures may have, it is all the more necessary to maintain effective competition in such markets. Many oligopolistic markets exhibit a healthy degree of competition. However, under certain circumstances, concentrations involving the elimination of important competitive constraints that the merging parties had exerted upon each other, as well as a reduction of competitive pressure on the remaining competitors, may, even in the absence of a likelihood of coordination between the members of the oligopoly, result in a significant impediment to effective competition."

## Kommisjonens retningslinjer

"A number of factors, which taken separately are not necessarily decisive, may influence whether significant non-coordinated effects are likely to result from a merger. (...)

Merging firms are close competitors (...)

Merger eliminates an important competitive force"



# Beviskravet i "gap"-saker

## Kommisjonen

Beviskravet er "more likely than not" at transaksjonen resulterer i SIEC.

(Underretten (refererer til Kommisjonens anførsel), avsnitt 118)

## Underretten

Kommisjonen la til grunn et for lavt beviskrav.

SIEC må påvises med sterk sannsynlighet ("strong probability") når det gjelder nye og ukjente skadeteorier.

(Underretten, avsnitt 118)

## AG Kokott

Underretten gjorde en feil ved å kreve en sterk sannsynlighet for SIEC i saken.

Beviskravet er "more likely than not" at transaksjonen resulterer i SIEC.

(Kokott, avsnitt 60)

## EU-domstolen

Beviskravet er "more likely than not" at transaksjonen resulterer i SIEC.

Beviskravet varierer ikke avhengig av fusjon eller skadeteori – hvilke beviser som kreves for å oppfylle terskelen, kan imidlertid variere.

(EU-domstolen, avsnitt 87)

Tilsvarende lagt til grunn av HR i *Schibsted/Nettbil* avsnitt 67:

*"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"*

# Prøvingsintensitet

## AG Kokott og EU-domstolen

Rettslig overprøving av økonomiske vurderinger er begrenset til åpenbare feil i vurderingen ("manifest errors of assessment") og faktum ("ascertaining that the facts have been accurately stated").

EU-domstolen skal ikke avstå fra å overprøve Kommisjonens tolkning av konsepter av økonomisk karakter, f.eks. konkurransenærhet og konkurransekraft.

(Kokott, avsnitt 51 og 89)

(EU-domstolen, avsnitt 125 og 129)

## Schibsted/Nettbil

*"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.*

*Etter mitt syn gir bør de anvisninger jeg her har referert, også være retningsgivende for norske domstoler ved prøvingen av utpregede konkurranseøkonomiske skjønnstemaer i Konkurranselagenemndas vedtak."*

(HR, avsnitt 65 og 66)

# SIEC-testen i "gap"-saker

## Kommisjonen

Påvisning av SIEC beror (også i "gap"-saker) på en helhetsvurdering av blant annet markedsandeler, konkurransenærhet, konkurransekraft.

(Kommisjonen, avsnitt 313)

## Underretten

Påvisning av SIEC i "gap"-saker krever at to kumulative vilkår er oppfylt, jf. EUMR fortale premiss 25:

1. Eliminering av betydelig konkurransepress partene har utøvd på hverandre, og
2. Reduksjon av konkurransepress på de gjenværende markedsaktørene

(Underretten, avsnitt 96, 97 og 370)

EUMR fortale premiss 25: "(...) *However, under certain circumstances, concentrations involving the elimination of important competitive constraints that the merging parties had exerted upon each other, as well as a reduction of competitive pressure on the remaining competitors, may, even in the absence of a likelihood of coordination between the members of the oligopoly, result in a significant impediment to effective competition.*"

## AG Kokott og EU-domstolen

Rettskildene gir ikke grunnlag for å oppstille to kumulative vilkår for å fastslå en SIEC i "gap"-saker

- Fortalen vs. EUMR artikkel 2 (3)
- Hensynet til effektiv kontroll taler imot en slik tolkning

SIEC må avgjøres basert på en helhetsvurdering, der det kan være tilstrekkelig at eliminering av et betydelig konkurransepress partene utøver på hverandre resulterer i en SIEC.

(Kokott, avsnitt 73)

(EU-domstolen, avsnitt 110)

# Bevismoment: konkurransenærhet

## Kommisjonen

Dess høyere grad av substituerbarhet mellom partenes produkter, jo mer sannsynlig er det at transaksjonen vil føre til en SIEC, jf. retningslinjene avsnitt 28.

(Kommisjonen, avsnitt 323)

## Underretten

I oligopolistiske markeder (hvor alle konkurrenter er nære i større eller mindre grad) må det bevises at partene er særlig nære konkurrenter ("particularly close competitors").

(Underretten, avsnitt 242)

Det er ikke tilstrekkelig at partene er nære konkurrenter ("close competitors") for å påvise en SIEC.

(Underretten, avsnitt 249)

## AG Kokott og EU-domstolen

### Relevans:

- Også transaksjoner der partene ikke er særlig nære kan føre til en SIEC
  - Selv i tilfeller hvor substituerbarheten mellom de produkter ikke er særlig høy, kan partene ha insentiver til å f.eks. øke prisene.

(Kokott, avsnitt 121)

(EU-domstolen, avsnitt 189 og 192)

### Vekt:

- Konkurransenærhet er bare en av mange faktorer som må vurderes, men det er ikke i seg selv tilstrekkelig til å påvise en SIEC.

(Kokott, avsnitt 122)

(EU-domstolen, avsnitt 194-196)

# Bevismoment: viktig konkurransekraft

## Kommisjonen

En aktør må “contribute, substantially and consistently, to the competitive process (...) based on parameters such as price, quality, choice and innovation” for å anses som en viktig konkurransekraft.

Det er ikke nødvendig å være en "maverick".

(Kommisjonen, avsnitt 326, se også Underretten avsnitt 167 (sitat fra SO 380))

## Underretten

For å anses som en viktig konkurransekraft, må aktøren konkurrere spesielt aggressivt på pris og tvinge de andre aktørene i markedet til å følge dets priser, eller at dets prispolitikk kan medføre en vesentlig endring i konkurranse-dynamikken i markedet.

(Underretten, avsnitt 170, 174 og 216)

## AG Kokott og EU-domstolen

### Relevans:

- Det er tilstrekkelig å fastslå at aktøren har mer innflytelse på konkurransen enn det markedsandel eller lignende tilsier, jf. retningslinjene avsnitt 37.
- Ikke avgrenset til prisbasert adferd.

(Kokott, avsnitt 109 og 110)

(EU-domstolen, avsnitt 165 - 167)

### Vekt:

- At aktøren opptrer som en viktig konkurransekraft, er bare en av mange faktorer som må vurderes, men det er ikke i seg selv tilstrekkelig til å påvise en SIEC.

(Kokott, avsnitt 93-100 og 166)

(EU-domstolen, avsnitt 145-150)

# CK Telecoms' betydning for fremtidig fusjonskontroll



CK Telecoms' betydning for fremtidig fusjonskontroll

# Må norsk fusjonskontrollspraksis justeres? Ville DNB/Sbanken-vedtaket vært annerledes?

## Beviskrav

Alminnelig krav til sannsynlighetsovervekt

(KKN, avsnitt 50)

## SIEC-testen

EUMR fortalens avsnitt 25 oppstiller ikke kumulative vilkår

Samlet vurdering av alle relevante faktorer

(KKN, avsnitt 42 og 44)

## Konkurransenærhet

Markedskonsentrasjon/ andeler ikke i seg selv avgjørende i markeder med differensierte produkter - konkurransenærhet og konkurransepress mellom partene er viktigere

(KKN, avsnitt 152)

DNB/Sbanken var nære konkurrenter, men andre ville erstatte dette konkurransepresset

(KKN, punkt 7.4.5.2)

## Viktig konkurransekraft

En "maverick" er ikke i seg selv tilstrekkelig for å fastslå SIEC

Større konkurransepress enn markedsandel skulle tilsi – må være noe mer enn en alminnelig aggressiv konkurrent

Samlet vurdering sammen med andre elementer i konkurranseanalysen

(KKN, avsnitt 281)

# En endret fusjonskontroll?



- Underrettens dom representerte en endring
- EU-domstolens dom en tilbakeføring til normalen?



Første overprøving av "gap"-sak: viser at Kommisjonen har betydelig fleksibilitet i konkurranseanalysen, og at det er rom for inngrep også utenfor dominanstilfellene.



Testen er lik uavhengig av skadehypotese: Det avgjørende er om transaksjonen medfører en SIEC.

- Bevismomenter med ulik vekt i vurderingene, men beror på en helhetsvurdering
- Ikke tilstrekkelig å påvise kun f eks økt markedsøkt eller konkurransenærhet: må også påvise SIEC



Følger den internasjonale trenden med mer effektiv fusjonskontroll?

- Nye amerikanske retningslinjer (presumsjon for konkurranseskade ved fusjon som resulterer i markedsandel over 30 %), EUMR art. 22, DMA osv.
- Avskrekkende for fusjoner i markeder med høy konsentrasjon?
  - Utfallet av myndighetenes vurdering kan være krevende å forutse

”

*The importance of this judgment goes far beyond the specific circumstances and mobile communications sector*

Margrethe Vestager



Takk for  
oppmerksomheten!

thommessen.no  
Oslo • Bergen • Stavanger • London



**Heidi Jorkjend**

PARTNER // ADVOKAT

Oslo  
M +47 98 48 83 29  
E [hjo@thommessen.no](mailto:hjo@thommessen.no)



**Elen Ingrid Cornelia  
Botten**

SENIOR ASSOCIATE // ADVOKAT

Oslo  
M +47 91 68 41 03  
E [eic@thommessen.no](mailto:eic@thommessen.no)