

UiO : **Det juridiske fakultet**

Kollektiv dominans som konkurranserettslig inngrepsgrunnlag ved foretakssammenslutninger

Kandidatnummer: 621

Leveringsfrist: 25. april 2023

Antall ord: 16 593



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Begrepsavklaringer og avgrensninger.....	2
1.3	Metode og rettskilder	3
1.4	Fremstillingen videre	5
2	OVERSIKT OVER KONKURRANSELOVENS REGLER OM KONTROLL AV FORETAKSSAMMENSLUTNINGER.....	7
2.1	Innledning	7
2.2	Meldeplikt og saksbehandlingsregler.....	7
2.3	Jurisdiksjonsdeling og terskelverdier.....	9
3	PRESENTASJON AV KONKURRANSELOVEN § 16 FØRSTE LEDD	11
3.1	Innledning	11
3.2	Utviklingen av konkurranseloven § 16	11
3.3	Effektivitetsforsvaret.....	13
3.4	Markedsavgrensning og markedskonsentrasjon	14
3.5	Inngrepsalternativer og betydelighetsterskel	18
4	INNGREPSTERSKELEN ETTER KONKURRANSELOVEN § 16 FØRSTE LEDD.....	19
4.1	Innledning	19
4.2	Betydelighetskravet i konkurranseloven § 16 første ledd.....	19
4.3	Kravet til årsakssammenheng og bevisbyrde.....	22
4.4	Dominansbegrepet i konkurranseloven § 16 første ledd.....	24
5	VILKÅRENE FOR AT EN FORETAKSSAMMENSLUTNING KAN SKAPE ELLER STYRKE KOLLEKTIV DOMINANS	26
5.1	Innledning	26
5.2	Utviklingen av kollektiv dominans som inngrepsgrunnlag	26
5.3	Utgangspunkter for vurderingen av kollektiv dominans.....	29
5.4	Muligheten til å enes om stilltiende koordinering	34
5.5	Gjennomsiktighet i markedet	36
5.6	Bærekraftig koordinering som følge av straffereaksjoner og avvik	38
5.7	Utenforstående konkurrenters reaksjoner	39
5.8	Forholdet mellom kollektiv dominans, ensidig dominans og SIEC uten dominans.....	41

5.9	Oppsummering.....	45
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	47
7	LITTERATURLISTE	48
7.1	Litteratur.....	48
7.2	Norske rettskilder.....	50
7.3	Internasjonale rettskilder.....	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er Konkurransetilsynets adgang til å gjøre inngrep mot foretakssammenslutninger etter Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 16 første ledd. For å fremme effektiv og samfunnsnyttig konkurranse, som er en del av konkurranserettens formål, må myndighetene kunne føre kontroll med konkurransen på markedet. Helt generelt skilles det her mellom atferdskontroll og strukturkontroll av markedet.¹ Adferdskontrollen regulerer ulovlige og konkurransebegrensende avtaler mellom foretak i henhold til konkurranseloven § 10, og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i henhold til konkurranseloven § 11. Strukturkontrollen av markedet er regulert i konkurranselovens kapittel 4, og inneholder bestemmelsene om kontroll med foretakssammenslutninger. Temaet for avhandlingen befinner seg altså innenfor strukturkontrollen av markedet.

Konkurranseloven § 16 første ledd første punktum lyder:

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

Inngrepsbestemmelsen er harmonisert med Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger (fusjonsforordningen) artikkel 2 nummer 3. Av artikkel 2 nummer 3 følger det at det kan gjøres inngrep mot foretakssammenslutninger som vil «significantly impede effective competition, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position». Dette er kjent som «SIEC-testen», etter forkortelsen av ordlyden til den engelske utgaven av forordningen. Denne inngrepstesten er oversatt til norsk som et forbud mot foretakssammenslutninger som «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Hvilke krav som stilles til konkurransemyndighetene for å konstatere at betydelighets terskelen er oppfylt, er videre utpenslet i rettspraksis og retningslinjer.

Bakgrunnen for at jeg vil se nærmere på kollektiv dominans som inngrepsgrunnlag, er at dette inngrepsgrunnlaget er relativt lite brukt av konkurransemyndighetene. Etter endringen av konkurranseloven i 2016 og innføringen av SIEC-standarden i norsk rett, har Konkurransetilsynet bare vurdert å gjøre inngrep på bakgrunn av kollektiv dominans som inngrepsgrunnlag én gang. I perioden etter konkurranseloven av 2004 har det blitt vurdert totalt fire ganger. Samtidig har inngrepsgrunnlaget «ensidig dominans» blitt brukt i alle Konkurransetilsynets vedtak siden 2004, inkludert flere vedtak hvor kollektiv dominans også vurderes.² Flere forfattere har ytret

¹ Ryssdal (2018) s. 17.

² Konkurransetilsynet (2023), cirka 50 vedtak.

bekymringer for at det å gjøre inngrep mot foretakssammenslutninger basert på kollektiv dominans i praksis har blitt en for avansert og kompleks oppgave, og det er dermed relevant å undersøke om vilkårene for å gjøre inngrep basert på kollektiv dominans kan konkretiseres nærmere.³ Dette vil jeg undersøke ved en gjennomgang av utviklingen av konkurranseloven § 16 etter innføringen av konkurranseloven i 2004, sett i lys av den nylig avsatte avgjørelsen HR-2023-299-A. I forlengelsen av dette vil jeg redegjøre for, og foreta en vurdering av, vilkårene som må oppfylles for at konkurransemyndighetene skal kunne gjøre inngrep basert på mistanke om at kollektiv dominans kan skapes eller styrkes.

Problemstillingen for oppgaven er hvilke vilkår som må være oppfylt for at det skal kunne gjøres inngrep mot en foretakssammenslutning som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, basert på en mistanke om at kollektiv dominans vil skapes eller styrkes. Denne problemstillingen reiser en rekke underproblemstillinger. Den første underproblemstillingen er om terskelen for å gjøre inngrep etter betydelighetskravet i konkurranseloven § 16 kan angis eksakt, og i forlengelsen av dette blir det spørsmål om hvilken betydning dominansbegrepet i bestemmelsen er ment å ha. Den andre underproblemstillingen er hvilke vilkår som må oppfylles for at konkurransemyndighetene kan gjøre inngrep på bakgrunn av kollektiv dominans som konkurransehindring. Til slutt oppstilles problemstillingen om på hvilken måte de øvrige inngrepsalternativene som har utviklet seg gjennom rettspraksis skiller seg fra kollektiv dominans.

1.2 Begrepsavklaringer og avgrensninger

Avhandlingens tema gjør det nødvendig helt innledende å foreta noen begrepsavklaringer og avgrensninger.

Kollektiv dominans, sammen med konkurransehindringer som verken skyldes kollektiv dominans eller ensidig dominans⁴, kan oppstå i markeder betegnet som «oligopoler». Dette er markeder som er svært konsentrerte, og det aller meste av tilbudet kommer fra få, men store foretak.⁵ De store aktørene på markedet har dermed mye makt, og kan påvirke konkurransen negativt gjennom for eksempel aggressiv prising.

Forutsetningen for at bestemmelsene i konkurranseloven kapittel 4 skal komme til anvendelse på en «foretakssammenslutning» er at den må være meldt inn til Konkurransetilsynet. Begrepet er definert i konkurranseloven § 17, hvor det fremgår at en foretakssammenslutning kan oppstå på tre forskjellige måter. Den første er den tradisjonelle fusjoneringen av to eller flere tidligere

³ Venit (2015) og Witt (2013) m.fl.

⁴ På engelsk kjent som «gap cases», på norsk tidvis omtalt som «gap»-saker eller liknende.

⁵ Ryssdal (2018) s. 207

uavhengige foretak, den andre er kontrollerverv, og til sist kan det opprettes et selvstendig fungerende fellesforetak.⁶ Konkurranseloven § 17 er harmonisert med begrepet «concentration» i fusjonsforordningen artikkel 3, i den hensikt at praksis og tolkningsprinsipper fra EU-retten skal få direkte betydning for innholdet i den norske bestemmelsen.⁷ I denne avhandlingen er det i hovedsak fusjoner, som utgjør kjerneområdet for foretakssammenslutninger, som vil bli behandlet. Begrepene «fusjon» og «foretakssammenslutning» vil dermed i det følgende brukes om hverandre. Minoritetserverv, som innebærer at selskaper kan gjøre oppkjøp i andre selskap uten at de oppnår kontroll over målselskapet, faller utenfor omfanget av oppgavens problemstilling.

Videre er det forskjell på hvilket nivå en konkurransehindring kan oppstå på. Horisontale foretakssammenslutninger, hvor partene er aktive på det samme markedet og tilbyr produkter som er substituerbare, er temaet i denne avhandlingen. I tillegg kan det oppstå konkurranseskade ved ikke-horisontale foretakssammenslutninger, hvor partene ikke er til stede på samme nivå i verdikjeden, men heller opererer oppstrøms eller nedstrøms for hverandre.⁸ Det er imidlertid mindre sannsynlig at konkurransemessige hindringer oppstår som følge av ikke-horisontale foretakssammenslutninger, med mindre det nye foretaket vil få en vesentlig mye høyere grad av markedsrett.⁹ Kollektiv dominans er heller ikke en av hovedbekymringene til EU-kommisjonen når det gjelder ikke-koordinerte foretakssammenslutninger.¹⁰ Dette gjør at det bare er horisontale foretakssammenslutninger som vil bli behandlet videre.

1.3 Metode og rettskilder

Et særskilt aspekt ved norsk konkurranserett er den nære tilknytningen til EU-retten, da de norske konkurransereglene i stor grad er harmonisert med EU-retten. Harmoniseringen med EU-retten gjør at blant annet rettspraksis, vedtakspraksis og retningslinjer fra EU er direkte anvendelige i tolkningen og forståelsen av den norske bestemmelsen. På bakgrunn av dette vil jeg bruke «konkurransemyndighetene» som betegnelse på både EU-kommisjonen og Konkurransetilsynet, der EU-retten og norsk rett er harmonisert.

Innholdet i terskelskravet etter konkurranseloven § 16 beror på en ordlydsfortolkning, sett i lys av de kildene som er tilgjengelig i norsk rett og i EU. Siden bestemmelsen er harmonisert med fusjonsforordningens artikkel 2 nummer 3, vil EU-rettslige kilder ha betydning for hvordan bestemmelsen skal forstås etter norsk rett. I NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov* vurderte

⁶ Henholdsvis konkurranseloven § 17 første ledd bokstav a og b, og annet ledd.

⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 231.

⁸ Ryssdal (2018) s. 223.

⁹ Cook (2009) s. 202.

¹⁰ *Ibid.*

utvalget inngrepsbestemmelsen etter § 16, og konkluderte med at ordlyden i daværende konkurranselov § 16 burde endres for å harmonisere med fusjonsforordningen. Departementet fulgte ikke opp dette forslaget i Prop. 75 L (2012-2013), men det ble få år senere vedtatt i Prop. 37 L (2015-2016). Endringene trådte i kraft 1. juli 2016. Disse forarbeidene utgjør dermed sentrale rettskilder i forbindelse med fastsettelsen av innholdet i terskelkravet, sammen med odelsingsproposisjonen til konkurranseloven (2004), Ot.prp. nr.6 (2003-2004).

Høyesterett avsa i februar 2023 den første Høyesterettsdommen som tar for seg innholdet i konkurranseloven § 16, HR-2023-299-A. Avgjørelsen omhandler Schibsteds innmeldte oppkjøp av aksjemajoriteten i den digitale markedsplassen Nettbil.no. Både Konkurransetilsynet og Konkurranseskildepåklagenemnda nedla forbud mot foretakssammenslutningen som dette oppkjøpet innebar, med hjemmel i konkurranseloven § 16. Høyesterett kom i saken til at Statens anke måtte forkastet og tillot dermed foretakssammenslutningen, basert på en vurdering av produktmarkedet foretakene opererte på. Førstvoterende kom videre med noen prinsipielle uttalelser vedrørende forståelsen av inngrepsterskelen, og konkurranseanalysen som må foretas for å vurdere foretakssammenslutningens virkninger på konkurransen. Saken omhandlet ikke kollektiv dominans som konkurranseeskade, men har relevans for fastleggelsen av terskelen for å gjøre inngrep etter konkurranseloven § 16 første ledd.

Hvorvidt en sak skal behandles etter norsk rett eller av EU-kommisjonen, avhenger av om saken har en EU-dimensjon eller ikke. Dette vil jeg gå nærmere inn på i kapittel 2.3. Likevel må det kort nevnes at det i EØS-avtalen artikkel 57 er gitt bestemmelser om kontroll med fusjoner og oppkjøp med en EFTA-dimensjon.¹¹ Disse reglene kommer imidlertid sjelden til anvendelse, da det vanskelig kan tenkes tilfeller hvor det er aktuelt med oppkjøp av utelukkende EFTA-karakter.¹² Dette medfører at det i tillegg til norsk rett og praksis i hovedsak vil være aktuelt med de rettskilder som finnes i konkurranseretten i EU for besvarelsen av oppgavens hovedproblemstilling.

I fastsettelsen av hvilke vilkår som må være oppfylt for å kunne gjøre inngrep basert på koordinerte virkninger, er EU-kommisjonens «Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings» sentrale. Retningslinjene er uttalelser om hvordan Kommisjonen håndterer de ulike inngrepsalternati-

¹¹ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), Oporto 2. mai 1992.

¹² Juuhl-Langseth (2015) s. 27. Dette begrunnes i terskelverdier, som behandles mer inngående i kapittel 2.

vene som ikke eksplisitt følger av fusjonsforordningen, og er essensielle for forståelsen av hvordan de EU-rettslige reglene anvendes i praksis.¹³ Til tross for at retningslinjene er avgjørende for forståelsen av hvordan SIEC-standarden for tolkes og anvendes, har de ikke rettskildemessig status som forordning eller direktiv, og blir gjerne betegnet som «soft law».¹⁴ Samtidig har EU-retten i flere saker fremholdt at retningslinjene *kan* danne grunnlaget for en vedvarende og fast praksis. Der en slik praksis kan stadfestes, kan ikke EU-kommisjonen fravike denne i enkeltsaker uten at det gis en begrunnelse med forankring i likebehandlingsprinsippet, som samtidig ikke begrenser forutsigbarheten til borgere eller foretak.¹⁵

Videre vil det i vurderingen av både vilkårene for å gjøre inngrep på bakgrunn av mistanke om kollektiv dominans og i vurderingen av forholdet mellom koordinerte og ikke-koordinerte virkninger, bli relevant å undersøke vedtakspraksis fra både Konkurransetilsynet og EU-kommisjonen. Da Konkurransetilsynet bare i fire tilfeller har vurdert koordinerte virkninger som inngrepsgrunnlag, kan det ikke sies å foreligge noen så fast og konsistent praksis at vedtakene i seg selv kan tillegges rettsnormerende kraft. Likevel er det relevant å se nærmere på vedtakene, for å få klarhet i hvilke vilkår som stilles opp for å gjøre inngrep basert på koordinerte virkninger. Særlig vedtak V2019-17 *Sector Alarm* er av betydning, da dette er det eneste inngrepsvedtaket som er fattet etter innføringen av SIEC-standarden i norsk lov.

1.4 Fremstillingen videre

I kapittel 2 gis det en oversikt over konkurranselovens regler om kontroll av foretakssammenslutninger. Dette har til hensikt å plassere inngrepsterskelen etter konkurranseloven § 16 inn i det øvrige systemet for strukturkontroll av markedsatferd, både etter konkurranseloven og i EU-retten. Jeg vil i denne sammenheng gjøre rede for systemet med meldeplikt og gjennomføringsforbud for foretak i forkant av en fusjon, i tillegg til systemet for jurisdiksjonsdeling som følger av fusjonsforordningen.

I kapittel 3 vil det gis en presentasjon av utviklingen til konkurranseloven § 16 i norsk rett, og av de innledende vurderingene som må foretas før en konkurranseanalyse kan gjennomføres. Dette vil gjøres for å illustrere kompleksiteten i prosessen med å gjøre inngrep mot foretakssammenslutninger, i tillegg til at dette gir et nødvendig grunnlag for å senere i avhandlingen utføre analyser av konkurransemyndighetenes praksis. Kapittel 4 tar for seg konkurranseloven § 16 første ledd første punktum, herunder inngrepsterskelen og dominansbegrepet. Dette er

¹³ Jones (2019) s. 93.

¹⁴ *Ibid.* s. 93.

¹⁵ *Ibid.* s. 94.

sentralt for å plassere avhandlingens hovedproblemstilling i kontekst med inngrepsbestemmel-
sens ordlyd og terskel for å gjøre inngrep.

Kapittel 5 besvarer avhandlingens hovedproblemstilling, om hvilke vilkår som kan oppstilles
for å gjøre inngrep mot en foretakssammenslutning som vil føre til en betydelig konkurranse-
hindring som følge av kollektiv dominans. I dette kapitlet vil det gis en presentasjon av utvik-
lingen til kollektiv dominans som inngrepsgrunnlag, før vilkårene for å gjøre inngrep presente-
res. Til sist vil ensidig dominans og «gap»-saker introduseres, med det formål å nyansere kol-
lektiv dominans som inngrepsgrunnlag.

2 Oversikt over konkurranselovens regler om kontroll av foretakssammenslutninger

2.1 Innledning

Jeg vil i dette kapitlet gi en oversikt over de saksbehandlingsreglene som danner systemet rundt selve inngrepskompetansen til konkurransemyndighetene, ved mistanke om at en foretakssammenslutning vil kunne føre til en konkurransehindring. I tillegg vil jeg gjøre rede for jurisdiksjonsdelingen mellom nasjonale konkurransemyndigheter og EU-kommisjonen, og terskelverdiene som ligger til grunn for denne vurderingen.

2.2 Meldeplikt og saksbehandlingsregler

Kontroll av foretakssammenslutninger utføres i perioden før foretakssammenslutningen gjennomføres gjennom en meldeplikt til konkurransemyndighetene, som i kombinasjon med et gjennomføringsforbud gjør at fusjonen ikke kan gjennomføres før konkurransemyndighetene har klarert transaksjonen.¹⁶ Foretakenes meldeplikt har til formål å sikre at konkurransemyndighetene har tilstrekkelig grunnlag til å vurdere virkningene som kan oppstå på markedet som følge av transaksjonen. Samtidig er det også et formål at partenes interesse i en rask avklaring fra konkurransemyndighetenes side ivaretas.¹⁷

I Norge er Konkurransetilsynet førsteinstansen for strukturkontrollen av markedet, og Konkurranseskjennemnda utgjør klageinstansen. Konkurransetilsynets kompetanse er hjemlet i konkurranseloven § 9, hvor det fremgår av bokstav a at Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med konkurransen i de ulike markeder, og kompetansen til å foreta nødvendige inngrep mot foretakssammenslutninger følger av bokstav b. I EU er det EU-kommisjonen som har den prosessuelle kompetansen til å gjøre inngrep overfor foretakssammenslutninger. For saksbehandlingsreglene vil EU-retten imidlertid ha noe mindre relevans enn i de mer materielle spørsmålene som drøftes i avhandlingen, da konkurranseloven inneholder noen særnorske bestemmelser, og i større grad er basert på norsk forvaltningsrettslig tradisjon.¹⁸

Etter konkurranseloven § 18 første ledd har partene i en foretakssammenslutning plikt til å informere Konkurransetilsynet om en forestående fusjon. Denne plikten innskrenkes imidlertid av unntaksbestemmelsen i konkurranseloven § 18 annet ledd. For det første gjelder ikke plikten for foretak som etter bokstav a har en samlet omsetning i Norge på under 1 milliard kroner. For det andre gjelder ikke plikten til å inngi melding når bare ett av foretakene har en årlig omset-

¹⁶ Konkurranseloven §§ 18 og 19, fusjonsforordningen artikkel 4 og 7.

¹⁷ NOU 2003:12 s. 92.

¹⁸ Ryssdal (2018) s. 91.

ning på over 100 millioner kroner i Norge. Meldeplikten gjelder altså bare for foretakssammenslutninger hvor de involverte foretakene har en samlet omsetning i Norge på over NOK 1 milliard, og minst to av foretakene involvert i fusjonen har en omsetning på mer enn NOK 100 millioner.¹⁹

Bestemmelsen angir ikke uttrykkelig et tidspunkt for hvor tidlig en foretakssammenslutning kan meldes inn, og fristen for når en melding senest måtte inngis ble fjernet i forbindelse med innføringen av et automatisk gjennomføringsforbud.²⁰ For konkurransemyndighetene gjelder det derimot detaljerte frister for saksbehandlingen, og disse er preklusive i den forstand at Konkurransetilsynet taper inngrepskompetansen dersom fristene oversittes.²¹ Dersom en part er uenig i Konkurransetilsynets vedtak, kan det påklages til Konkurransesklagemennda innen 15 virkedager etter vedtaksdato.²²

Konkurransesklagemennda ble først innført ved den større lovendringen av konkurranseloven som trådte i kraft i 2016, med hovedbegrunnelse i ønsket om å avvikle muligheten for politisk overprøving, og heller overføre kompetansen til et spesialisert og uavhengig klageorgan.²³ Konkurransesklagemennda har i henhold til forvaltningsloven § 34 annet ledd kompetanse til å prøve alle sider av saken, altså både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn.²⁴

Dersom parten er uenig i et klagevedtak fattet av Konkurransesklagemennda, må det reises søksmål mot staten ved Konkurransetilsynet for Gulating lagmannsrett.²⁵ Domstolene har i henhold til konkurranseloven § 39 full prøvingskompetanse, og kan prøve alle sider av saken. Høyesterett kom i HR-2023-299-A med noen prinsipielle uttalelser vedrørende prøvingsintensiteten når det gjelder vedtak fattet av et faglig ekspertorgan som Konkurransesklagemennda. Det var fra statens side anført at «domstolene bør være tilbakeholdne med å sette til side forvaltningens vurderinger der de beror på særskilt sakkunnskap eller fagkyndighet.» Førstvoterende uttalte til dette at det følger av praksis fra Underretten at domstolene ikke skal erstatte konkurransemyndighetenes økonomiske analyser med sine egne. Dette betød imidlertid ikke at domstolen måtte avstå fra å etterprøve utpreget konkurranseøkonomiske skjønnstemaer i Konkurransesklagemenndas vedtak.

¹⁹ Ryssdal (2018) s. 92.

²⁰ NOU 2012:7 s. 134.

²¹ Konkurranseloven § 20.

²² Konkurranseloven § 20 a første ledd.

²³ Prop. 37 L (2015-2016) s. 34.

²⁴ Jf. konkurranseloven § 20 a første ledd.

²⁵ Konkurranseloven § 39 fjerde ledd.

Til tross for at muligheten for domstolsprøving er til stede og har blitt benyttet, er det lite trolig at det vil bli vanlig å bringe inn fusjonssaker for domstolene. Dette begrunnes i at partene har behov for raskest mulig avklaring, og at det å bringe en sak inn for domstolene både er tid- og ressurskrevende.²⁶ Likevel gjør prinsippet om likhet etter loven og behovet for å få prinsipielle avklaringer det strengt nødvendig at muligheten er til stede, og at domstolene deretter bruker sin kompetanse til å overprøve de konkurranseøkonomiske skjønnstema.

2.3 Jurisdiksjonsdeling og terskelverdier

Norske konkurransemyndigheter har ikke kompetanse til å behandle enhver innmeldt foretakssammenslutning. I EU følger håndhevelsen av konkurransereglene og hvem som har kompetanse til å behandle saken av det såkalte «one stop shop»-prinsippet.²⁷ Prinsippet medfører at fusjonsforordningen kommer direkte til anvendelse der en transaksjon utgjør en foretakssammenslutning med en EU-dimensjon.

Hvorvidt en transaksjon har en EU-dimensjon avhenger av terskelverdier. Hvis disse terskelverdiene er oppfylt, skal saken overføres fra nasjonale konkurransemyndigheter til EU-kommisjonen. Etter EU-retten er det kun foretakssammenslutninger som omfattes av fusjonsforordningen og dermed har en fellesskapsdimensjon, som det kan gjøres inngrep mot. I EU kan det altså ikke gjøres inngrep mot andre transaksjonstyper, eksempelvis minoritetsserverv som ikke innebærer en endring i kontrollen med et annet foretak.²⁸ Det kan imidlertid gjøres noen unntak fra dette, hvor det åpnes for at det kan overføres saker fra Kommisjonen til nasjonale konkurransemyndigheter og motsatt.²⁹ Reglene er altså ikke helt absolutte.

I utformingen av fusjonsforordningen var det en sentral målsetning at Kommisjonen ikke skulle få kontroll over transaksjoner som egentlig skulle vært regulert av nasjonale konkurransemyndigheter, til tross for at terskelverdiene var oppfylt.³⁰ Løsningen ble den såkalte 2/3-regelen, som følger av fusjonsforordningen artikkel 1 nummer 2. Regelen innebærer at transaksjoner hvor begge foretak har mer enn to tredjedeler av sin omsetning i den samme medlemsstaten likevel skal henvises til nasjonal kontroll.

Terskelverdiene som avgjør om en foretakssammenslutning har en EU-dimensjon følger av samme bestemmelse. For at fusjonen skal regnes for å ha en EU-dimensjon, må de berørte foretakene til sammen ha en global omsetning på mer enn 5 milliarder euro, og minst to av de

²⁶ Ryssdal (2018) s. 140.

²⁷ *Ibid.* s. 140.

²⁸ NOU 2012:7 s. 102.

²⁹ Ryssdal (2018) s. 79.

³⁰ *Ibid.*

berørte foretakene må enkeltvis ha en omsetning i EU på mer enn 250 millioner euro. Dette gjelder med mindre mer enn to tredjedeler av samlet omsetning i EU oppnås i en og samme stat.

Fusjonsforordningen er innlemmet i EØS-avtalen gjennom avtalens artikkel 102, og er dermed en del av Norges EØS-rettslige forpliktelser. Strukturkontroll av foretakssammenslutninger er imidlertid også regulert direkte i EØS-avtalen artikkel 57 annet ledd for foretakssammenslutninger med en fellesskaps- eller EFTA-dimensjon. EFTA-dimensjonen er likevel av underordnet betydning, da Kommisjonen for alle praktiske formål vil behandle saker hvor terskelverdiene i henhold til EØS-avtalen artikkel 57 er oppfylt.³¹ Dette skyldes at det er lite tenkelig at en transaksjon utelukkende vil ha en EFTA-dimensjon, og samtidig ikke ha en fellesskapsdimensjon.³² Det er dermed lite sannsynlig at en transaksjon utelukkende vil falle innenfor ESAs kompetanseområde.

³¹ Ryssdal (2018) s. 15.

³² Arnesen (2022) s. 416.

3 Presentasjon av konkurranseloven § 16 første ledd

3.1 Innledning

For å kunne vurdere om det kan fastsettes en konkret terskel for å gjøre inngrep etter konkurranseloven § 16 første ledd, er det nødvendig å innledende gjøre rede for rettsutviklingen til denne bestemmelsen. Det har de senere år blitt gjort større endringer i lovteksten. For å forstå innholdet i dagens bestemmelse, er det derfor nødvendig å være oppmerksom på bakgrunnen for de endringene som har blitt gjort, og de materielle forskjellene som foreligger sammenlignet med tidligere lovgivning. Videre vil effektivitetsforsvaret introduseres, da dette bidrar til å illustrere hvilken betydning endringen av lovbestemmelsen har hatt. Til slutt vil de innledende vurderingene som må foretas før selve konkurranseanalysen utføres introduseres. Her er særlig markedsavgrensning og utregning av markedskonsentrasjon av stor betydning.

3.2 Utviklingen av konkurranseloven § 16

Konkurranseloven § 16 gir Konkurransetilsynet kompetanse til å gjøre inngrep mot konkurransehindrende foretakssammenslutninger. Bestemmelsens første ledd ble harmonisert med fusjonsforordningen artikkel 2 nummer 3 gjennom en lovendring som trådte i kraft 1. juli 2016. Fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3 oversatt til norsk lyder

«En foretakssammenslutning som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse på det felles marked eller i en vesentlig del av det, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes, skal erklæres uforenlig med det felles marked.»

Ordlyden i bestemmelsene skiller seg bare fra hverandre i den forstand at det for å gjøre inngrep etter fusjonsforordningen kreves at foretakssammenslutningen har en fellesskapsdimensjon. Hvor vidt foretakssammenslutningen er uforenlig med det felles marked bestemmes blant annet av de absolutte terskelverdiene som nevnt i punkt 2.3. EU-retten er dermed helt sentral i tolkningen og anvendelsen av inngrepshjemmelen etter norsk rett, og EU-domstolens rettspraksis er en viktig kilde for tolkningen av inngrepvilkåret.

I forkant av lovendringen i 2016 var den materielle inngrepsstandarden modellert etter den såkalte SLC-testen (Substantial Lessening of Competition), som ligger nærmere opp mot den amerikanske tilnærmingen til strukturkontroll av foretakssammenslutninger enn den EU-rettslige.³³ Etter daværende konkurranselov § 16 første ledd skulle Konkurransetilsynet forby foretakssammenslutninger som ville «føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål.» Etter den tidligere testen var vurderingen mer virkningsstyrt,

³³ Ryssdal (2018) s. 182.

altså hadde virkningene av konkurransen avgjørende betydning, snarere enn hvor vidt det ville kunne oppstå dominans, som etter EU-retten var av avgjørende betydning.³⁴

Det understrekes imidlertid av utvalget i NOU 2012:7 at betydningen av endringen, og forskjellen mellom praksisen etter de to ulike testene i norsk rett, ikke skal overdrives.³⁵ Konkurransetilsynet har siden ikrafttredelsen av konkurranseloven i 2004 i all hovedsak regulert inngrep i samsvar med EUs retningslinjer og praksis.³⁶ Utvalget åpnet derfor for at en kan argumentere for at ulikheten mellom norsk rett og EU-retten først og fremst var et fenomen i lovteksten.³⁷ På samme tid medførte endringen rent faktisk en realitetsendring, hvor den «nye» SIEC-testen som ble innført i 2016 endret fokuset fra de samfunnsøkonomiske virkningene av foretakssammenslutningen til et fokus på hvorvidt foretakssammenslutningen ville føre til konkurransebegrensning med negativt resultat for kundene.³⁸ Dette omtales som en endring fra en totalvelferdsstandard til en forbrukervelferdsstandard.³⁹ Loven forut for 2016 var basert på en totalvelferdsstandard, hvor det ikke var det potensielt negative sluttresultatet for forbrukerne som var avgjørende dersom bedriftsinterne effektivitetsgevinster totalt sett oversteg de negative konsekvensene for forbrukerne.⁴⁰

Forkjempere for endringen av velferdsstandarden i tråd med fusjonsforordningen argumenterer med at endringen har ført til at Kommisjonen, og forutsetningsvis da også Konkurransetilsynet, har større inngrepspresisjon etter forbrukervelferdsstandarden ved at det bare gjøres inngrep i tilfeller hvor forbrukere vil påvirkes. Til dette innvendes det i juridisk teori at forbrukervelferdsstandarden har gjort saksforholdene mer komplekse, som gjør vurderingene vanskeligere og i større grad har ført til at beslutninger tas basert på bevis av økonomisk art.⁴¹

Inngrepstestene er samtidig like på det punktet at Konkurransemyndighetene må utføre en kontrafaktisk analyse hvor situasjonen med foretakssammenslutningen sammenlignes med en tilsvarende situasjon uten foretakssammenslutningen.⁴² Den kontrafaktiske testen kan slå ulikt ut i enkelte tilfeller, blant annet ville den tidligere testen kunne virke strengere i markeder hvor konkurransen allerede er vesentlig begrenset. Dette ville etter 2004-loven kunne gi grunnlag for

³⁴ Ryssdal (2018) s. 182.

³⁵ NOU 2012:7 s. 108.

³⁶ Se eksempelvis V2015-29 *St1*, hvor Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner anvendes direkte i vurderingen av om det foreligger koordinerte virkninger.

³⁷ NOU 2012:7 side 109.

³⁸ *Ibid.* side 53.

³⁹ Ryssdal (2018) s. 184.

⁴⁰ Prop 37.L (2015-2016) s. 53.

⁴¹ Faull (2014) s. 694.

⁴² Ryssdal (2018) s. 185.

inngrep ved enhver konsentrasjonsøkning i et marked hvor konkurransen allerede var vesentlig begrenset.⁴³ Etter SIEC-testen er det ikke hjemmel for å gripe inn i et tilfelle hvor en liten konsentrasjonsøkning oppstår i et allerede vesentlig begrenset marked. Dette skyldes at SIEC-testen, som tidligere nevnt, er mer rettet mot endringene foretakssammenslutningen vil medføre. Altså er det avgjørende om konkurransen i betydelig grad vil endres.⁴⁴

Det fremgår av Prop.37 L (2015-2016) at det ved endringen av inngrepstesten ikke var intensjonen at dette skulle få betydning for antall inngrep eller hvilke foretakssammenslutninger som det skulle gjøres inngrep mot.⁴⁵ Hovedhensynet bak lovendringen var ifølge NOU 2012:7 hensynet til harmonisering med EU-retten, som utvalget mente at ville føre til en regelforenkling, i tillegg til økt forutberegnelighet for særlig utenlandske foretak.⁴⁶ Hvorvidt endringen har hatt en betydning for inngrepsintensiteten er vanskelig å slå klart fast, da antall inngrep som blir gjort også avhenger av det totale antallet foretakssammenslutninger som blir gjort i løpet av en gitt periode. Dette igjen avhenger av de økonomiske forholdene i samfunnet generelt. Lovbestemmelsens endring over tid viser imidlertid at inngrepsterskelen mot foretakssammenslutninger er gjenstand for endring i tråd med rettsutviklingen, og øvrige økonomiske og politiske forhold.

3.3 Effektivitetsforsvaret

Det tilhører sjeldenhetene at en foretakssammenslutning fullstendig forbys. Konkurransetilsynet vil i de fleste tilfeller godkjenne sammenslutningen på vilkår i henhold til konkurranseloven § 16 annet ledd, eller mer sjelden som følge av dokumenterte effektivitetsgevinster. En nærmere drøftelse av vilkår som kan veie opp for konkurransehindringer faller imidlertid utenfor avhandlingens omfang. Jeg vil i det følgende gjøre rede for effektivitetsgevinster som moment i vurderingen av om en foretakssammenslutning vil kunne føre til en betydelig konkurransebegrensning som følge av kollektiv dominans.

Effektivitetsforsvaret går ut på at skadevirkningen på markedet som en foretakssammenslutning kan føre til, kan veies opp av effektivitetsgevinster. Dette kan etter innføringen av SIEC-testen være gevinster som kommer forbrukerne til gode, hvor den antatte innvirkningen på prisnivået i markedet etter foretakssammenslutningens vil være sentralt.⁴⁷ Av fortalen til fusjonsforordningen fremgår det at det i analysen av hvilke virkinger en foretakssammenslutning vil få på markedet bør tas hensyn til «enhver begrunnet og sannsynlig effektivitetsgevinst de berørte

⁴³ NOU 2012:7 s. 107.

⁴⁴ Ryssdal (2018) s. 185.

⁴⁵ Prop.37 L (2015-2016) s. 53.

⁴⁶ *Ibid.* s. 52-53.

⁴⁷ NOU 2012:7 s. 113.

foretak kan påvise.»⁴⁸ Dette begrunnes i at de effektivitetsgevinster som følger av en foretaks-sammenslutning kan motvirke virkningene på konkurransen, og da i særlig grad den potensielle skaden som kan oppstå for forbrukerne.⁴⁹ Effektivitetsgevinstene kan på den måten motvirke at den effektive konkurransen på markedet i betydelig grad vil hindres.

Etter lovendringen i 2016 fremgår det ikke lenger direkte av ordlyden i konkurranseloven § 16 at effektivitetsgevinster er et gyldig forsvar mot konkurransemyndighetenes inngrep, ei heller fremgår det at forsvaret er basert på en forbrukervelferdsstandard. Av forarbeidene fremgår det imidlertid at «det er sikker rett at denne regelen skal innfortolkes i artikkel 2 nr. 3 i fusjonskontrollforordningen,» gjennom en henvisning til retningslinjene avsnitt 79.⁵⁰ I tråd med harmoniseringen skal regelen derfor også innfortolkes i konkurranseloven § 16. At bestemmelsen skulle tolkes og anvendes på lik linje med bestemmelsen i fusjonsforordningen var forutsetningen for at bestemmelsen ble foreslått endret, og departementet anså det dermed unødvendig å spesifisere at effektivitetsforsvaret gjelder direkte i bestemmelsen.⁵¹

Fremgangsmåten ved vurderingen av effektivitetsgevinster er videre utpenslet i retningslinjene for horisontale foretakssammenslutninger, hvor Kommisjonen lister opp tre vilkår for at det skal tas hensyn til effektivitetsgevinster. Gevinstene må være til gagn for forbrukerne, fusjons-spesifikke og påviselige.⁵² Disse vilkårene er imidlertid vanskelig å oppfylle. Foretak som melder inn gevinstene står videre i fare for å bli feiltolket av konkurransemyndighetene, da momentene som meldes inn kan bli brukt mot dem i saken, og heller tolkes som en grunn til å konkludere med at sammenslutningen *vil* hindre effektiv konkurranse.⁵³ Også i norsk rett fremstår dette forsvaret mer som en teoretisk mulighet enn en faktisk mulighet til å unngå inngrep.⁵⁴ Effektivitetsforsvaret har ikke ført frem i noen av sakene Konkurransetilsynet har avgjort på grunnlag av mistanke om kollektiv dominans etter innføringen av konkurranseloven 2004.

3.4 Markedsavgrensning og markedskonsentrasjon

Strukturkontroll kan ikke utføres uten at virkningene av en strukturendring bedømmes mot et konkret marked, som i konkurranserettslig sammenheng omtales som «det relevante marked».⁵⁵

⁴⁸ Fusjonsforordningens fortale, avsnitt 29.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Prop. 37L (2015-2016) s. 56.

⁵¹ *Ibid.* s. 56.

⁵² Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 78.

⁵³ Cook (2009) s. 271.

⁵⁴ Ryssdal (2018) s. 185.

⁵⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 10.

I *Kali & Salz* omtalte EU-domstolen en tilstrekkelig markedsdefinisjon som «a necessary precondition for any assessment of the effect of a concentration on competition».⁵⁶ Hovedformålet med å utføre en markedsavgrensning er på en systematisk måte å identifisere de begrensningene i den konkurransemessige handlefrihet som de berørte foretakene står overfor.⁵⁷

Markedsavgrensningen er normalt det første steget i vurderingen av om det skal gjøres inngrep mot en foretakssammenslutning fordi den i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Formålet med denne analysen er å konkretisere virkningene av den innmeldte foretakssammenslutningen.⁵⁸ Før innføringen av SIEC-testen i 2004 hadde Konkurransetilsynet utarbeidet egne retningslinjer for markedsavgrensninger, men disse ble forlatt da konkurranseloven av 2004 ble vedtatt, og EU-retten ble harmonisert med norsk rett. I dag gjøres avgrensningen på bakgrunn av Kommisjonens kunngjøring om avgrensning av det relevante markedet.

Betydningen av å foreta en markedsavgrensning kom på spissen i HR-2023-299-A, hvor Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda unnlot å gjennomføre en SSNIP-test i markedsavgrensningen av det relevante produktmarked.⁵⁹ Avgrensningen av markedet ble i stedet gjort gjennom en analyse basert på kvalitative forhold.⁶⁰ Konkurransklagenemnda gikk gjennom en rekke momenter og drøftet hvorvidt det var faktorer som tilsa at produktene tilhørte samme produktmarked, hvor konklusjonen i både Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda ble at produktene tilhørte det samme produktmarkedet. Gjennom en nærmere analyse av vurderingsmomentene konkurransemyndighetene hadde tatt utgangspunkt i kom imidlertid Høyesterett til at det ikke kunne anses bevist at Finn og Nettbils produkter tilhørte det samme produktmarkedet.⁶¹ Dette førte til at hele grunnlaget for konkurranseanalysen falt bort, da produktene rent faktisk ikke konkurrerte mot hverandre i det samme markedet, og Høyesterett gikk dermed ikke videre med en analyse av hvorvidt sammenslutningen ville hindre effektiv konkurranse i betydelig grad.⁶² Saken belyser nødvendigheten av å foreta en avgrensning av det relevante produktmarkedet og det relevante geografiske markedet.

⁵⁶ C-68/94 og C-30/95 *Kali & Salz*, avsnitt 143.

⁵⁷ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), avsnitt 2.

⁵⁸ *Ibid.* s. 166.

⁵⁹ Se side 16 for forklaring av dette begrepet.

⁶⁰ HR-2023-299-A, avsnitt 116.

⁶¹ *Ibid.*, avsnitt 116 og avsnitt 140.

⁶² *Ibid.*, avsnitt 144.

Det relevante produktmarkedet er i ESAs retningslinjer definert som markedet for «alle varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.»⁶³ Konkurransetilsynet benytter seg regelmessig av ESAs retningslinjer, og innholdet i disse er likelydende med Kommisjonens retningslinjer for markedsavgrensningen.⁶⁴ Det tas i avgrensningen av det relevante produktmarked som regel utgangspunkt i partenes virksomhet eller produkt, med en undersøkelse av etterspørselssubstitusjon, som innebærer en undersøkelse av hvilke produkter forbrukeren anser som substituerbare.⁶⁵ Denne vurderingen gjøres gjerne som et hypotetisk tankeeksperiment, hvor man forutsetter en liten, men varig økning i de relative priser, og vurderer kundenes sannsynlige reaksjon på denne prisøkningen. Av ESAs kunngjøring fremgår det at det avgjørende spørsmålet er hvor vidt

«partenes kunder ville skifte over til lett tilgjengelige substituerbare produkter eller til leverandører andre steder som svar på en slik hypotetisk, liten (i størrelsesorden 5 %-10 %), men varig relativ prisøkning for de produkter og områder som undersøkes.»⁶⁶

Dette er også kjent som SSNIP-testen, som er en forkortelse for Small But Significant Non-transitory Increase in Prices. Denne testen skal i henhold til ESAs retningslinjer i utgangspunktet gjennomføres som en kvantitativ eller kvalitativ undersøkelse, men i praksis er tilnærmingen til markedsavgrensningen nokså åpen.⁶⁷

Det geografiske markedet er også definert i ESAs retningslinjer, hvor det fremgår at det geografiske markedet forstås som «et område der de berørte foretak tilbyr varer eller tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensende områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige.»⁶⁸ Normalt vil transportkostnader være faktoren som har størst betydning for et markeds geografiske utstrekning.⁶⁹

I ESAs retningslinjer listes det opp flere faktorer som anses å utgjøre et relevant vurderingsgrunnlag for det geografiske markedet. Disse er blant annet historiske opplysninger om endringer i prisene mellom ulike områder, grunnleggende særtrekk ved etterspørselen, synspunkter

⁶³ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), avsnitt 7.

⁶⁴ Ryssdal (2018) s. 167.

⁶⁵ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), avsnitt 15.

⁶⁶ *Ibid.* avsnitt 17.

⁶⁷ HR-2023-299-A, avsnitt 86 jf. ESAs retningslinjer avsnitt 25.

⁶⁸ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), avsnitt 8.

⁶⁹ Ryssdal (2018) s. 172.

fra kunder og konkurrenter, aktuelt geografisk kjøpemønster, og transportmønster.⁷⁰ Det er likevel ikke nødvendig å vurdere alle momentene, da det i praksis vil foreligge opplysninger ved enkelte av momentene som gir et tilstrekkelig grunnlag for å konkretisere det geografiske markedet.⁷¹ Dette byr normalt ikke på større problemer, og et geografisk marked kan avgrenses til eksempelvis «Europa» eller en landsdel.

Til slutt må det etter lovens nåværende ordlyd, etter at det relevante markedet er tilstrekkelig definert, foretas en vurdering av den konkurransemessige virkningen av foretakssammenslutningen på det avgrensede markedet.⁷² I henhold til Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger skal denne vurderingen ta utgangspunkt i markedsandelene og markedskonsentrasjonen i markedet.⁷³ I vurderingen av markedskonsentrasjonen tas det i retningslinjene utgangspunkt i Herfindahl-Hirschmanns indeks, forkortet til HHI.⁷⁴ Indeksen regnes ut ved å summere kvadratet av de individuelle markedsandelene til alle foretakene på det aktuelle markedet.⁷⁵ Indeksen strekker seg fra helt ned mot null, som indikerer et nærmest «atomistisk» marked med svært liten konsentrasjon, opp til 10 000 som indikerer et rent monopol. Indeksen vektet foretakene proporsjonalt slik at de største firmaene får større vekt, hvilket gjør at de aller minste firmaene kan utgjøre ubetydelige forskjeller. Det er dermed normalt ikke nødvendig å ta med absolutt alle foretak i beregningen.

Denne analysen er imidlertid intet mer enn en indikasjon på hvorvidt foretakssammenslutningen kan føre til hindringen av effektiv konkurranse. Analysen har blitt møtt med kritikk i juridisk teori, basert på at både en vurdering av markedsandeler og HHI-indeksen i seg selv ikke belyser hvorvidt en foretakssammenslutning vil være betydelig.⁷⁶ Dette skyldes at disse modellene ikke evner å ta i betraktning de spesifikke forholdene og «særegenhetene» ved et relevant marked og selve industrien partene opererer i.

Fremstillingen over har vist kompleksiteten i prosessen med å avgrense det relevante markedet, og viktigheten av å gjennomføre en slik avgrensning. Markedsavgrensningen er samtidig bare ansett for å være et steg på veien i analysen, og det kreves videre at det er årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurranseskaden som kan oppstå. Jeg vil gå nærmere inn på dette i kapittel 4.

⁷⁰ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), avsnitt 44-52.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Hjelmeng (2014) s. 619.

⁷³ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 14.

⁷⁴ Hjelmeng (2014) s. 619.

⁷⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 14.

⁷⁶ Colomo (2021) s. 12

3.5 Inngrepsalternativer og betydelighetsterskel

Dette kapitlet har vist hvilke innledende vurderinger som må gjøres før det i det hele tatt kan foretas en konkurranseanalyse av hvor vidt en foretakssammenslutning i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. I mange tilfeller vil konkurransemyndighetenes undersøkelser avsluttes før konkurranseanalysen, da det for eksempel på grunn av en undersøkelse av det relevante markedet kan bli klart at konsentrasjonen i markedet ikke er høy nok til at det er risiko for at en konkurranseskade vil oppstå.

Dersom det etter de innledende vurderingene fortsatt ser ut til at det er risiko for at en konkurranseskade vil oppstå som følge av foretakssammenslutningen, må konkurransemyndighetene foreta en konkurranseanalyse med utgangspunkt i konkurranseloven § 16 første ledd, eventuelt fusjonsforordningen artikkel 2 nummer 3. Det neste kapitlet vil ta for seg terskelen for å gjøre inngrep etter bestemmelsen i norsk rett, og undersøke om det kan fastsettes en nøyaktig terskel for dette. For å kunne gjøre inngrep mot en foretakssammenslutning er det imidlertid nødvendig å undersøke hvilken type konkurransehindring som kan oppstå, da det i nåværende rettstilstand er mulig for konkurransemyndighetene å gripe inn på tre ulike grunnlag. Disse grunnlagene er ensidig dominans, kollektiv dominans og mellomtilfellet, som på engelsk kalles «gap cases». I kapittel 5 vil disse inngrepsgrunnlagene utpensles ytterligere, med et særlig fokus på kollektiv dominans.

4 Inngrepsterskelen etter konkurranseloven § 16 første ledd

4.1 Innledning

Det følger av konkurranseloven § 16 første ledd at Konkurransetilsynet har en plikt til å forby foretakssammenslutninger som «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse», «særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes.» For å stadfeste om det kan gjøres inngrep mot en foretakssammenslutning som kan føre til at en dominerende stilling skapes eller styrkes vil jeg primært undersøke om terskelen for å gjøre inngrep kan fastlegges konkret. I tillegg vil jeg gjøre rede for kravet til årsakssammenheng som følger av bestemmelsen, og hvilke krav som stilles til bevisene i en inngrepsvurdering. Til slutt vil jeg undersøke dominansbegrepet som fremgår av lovteksten, for å vurdere hvilken betydning dette begrepet har for vurderingen av om det skal gjøres inngrep mot en foretakssammenslutning.

4.2 Betydelighetskravet i konkurranseloven § 16 første ledd

Bestemmelsens ordlyd om at det kreves at foretakssammenslutningen i «betydelig grad» må hindre effektiv konkurranse indikerer at ikke enhver konkurransehindring vil være tilstrekkelig for å kunne gjøre inngrep. Det fremgår samtidig ikke av bestemmelsen nærmere angivelser på hvordan begrepet skal forstås, eller hvor terskelen for inngrep ligger. Begrepet «betydelig» er imidlertid synonymt med begreper som «betraktelig» og «omfattende», som gir en pekepinn på at det kreves mer enn for eksempel bare en «merkbar» hindring av konkurransen.⁷⁷

Videre fremgår det av bestemmelsens ordlyd at det er av særlig betydning om det skapes en dominant stilling i vurderingen av om betydelighetsterskelen er oppnådd. Misbruk av en dominant stilling er forbudt etter artikkel 102 TEUV, og tolkningsfaktorer og rettspraksis til denne bestemmelsen kan dermed tenkes å spille inn som en relevant rettskilde i tolkningen av inngrepvilkåret. Utover dette gis det ut ifra ordlyden i bestemmelsen ingen særlig anvisning på hvor terskelen for å gjøre inngrep ligger. Dominansbegrepet vil drøftes nærmere i avsnitt 4.4.

I NOU 2012:7 uttaler utvalget at det etter ordlyden til fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3 kreves «en kvalifisert virkning av foretakssammenslutningen for å kunne erklære den uforenlig» med markedet, «selv om konkurransen er vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen.»⁷⁸ Uttalelsen omhandler innvirkningen i et marked hvor det allerede eksisterer vesentlige konkurransebegrensninger, men gir likevel pekepinn på hvor høyt terskelen for inngrep generelt skal ligge. Videre i de samme forarbeidene påpekes det at et vedtak om forbud er «et ekspropriasjonslignende inngrep», slik at terskelen for inngrep bør være høy.⁷⁹ Utvalget tar også for seg

⁷⁷ Synonymer til «betydelig» hentet fra <https://naob.no/ordbok/betydelig>, hentet 24.04.2023.

⁷⁸ NOU 2012:7 s. 107.

⁷⁹ *Ibid.* s. 104.

betydningen av HHI, og konstaterer at det her ikke gis noen pekepinn på hvor høy konsentrasjonen eller endringen i konsentrasjonen må være for at det skal gripes inn.⁸⁰ Til slutt nevnes retningslinjene for horisontale foretakssammenslutninger, hvor utvalget konkluderer med at det på bakgrunn av retningslinjene må foretas en helhetlig vurdering av om det er grunnlag for å gripe inn mot foretakssammenslutningen.⁸¹ Stortingsproposisjonene som ble utarbeidet i forbindelse med lovendringen bidrar ikke med ytterligere tolkningsmomenter til tolkningen og fastleggelsen av inngrepsterskelen.

I HR-2023-299-A (Schibsted/Nettbil) tar Høyesterett for første gang stilling til et forbud mot en foretakssammenslutning med hjemmel i konkurranseloven § 16. Førstvoterende uttaler seg på generelt grunnlag om innholdet i terskelen og hvordan vurderingen skal foretas. Videre presiserer førstvoterende at terskelen for hva som er «betydelig», ikke lar seg angi eksakt.⁸² Dette er en formulering som går igjen i vedtakspraksis fra både Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda, og som indikerer at vurderingen i stor grad baseres på konkrete helhetsvurderinger i hvert enkelt tilfelle.⁸³ Også Høyesterett viser til uttalelsen i NOU 2012:7 om at inngrepsterskelen må være høy, fordi det dreier seg om et «ekspropriasjonslignende inngrep».

Førstvoterende avslutter tolkningen av bestemmelsens ordlyd med å konstatere at loven etter dette må «forstås etter sin ordlyd på dette punktet.»⁸⁴ Utover dette gis det få anvisninger på hvor denne terskelen faktisk ligger, i det «denne terskelen [ikke kan] angis generelt eller eksakt, men må vurderes konkret.»⁸⁵

I saken gjorde imidlertid Staten gjeldende at det måtte oppstilles et krav om at hindringen i henhold til §16 måtte være «*stor nok*» til å påvirke konkurransen. Slik førstvoterende forstår Staten anføres det at det for å gjøre inngrep «er tilstrekkelig at hindringen ikke er ubetydelig i betydningen bagatellmessig».⁸⁶ Førstvoterende foretar så en ordlydsfortolkning sett opp mot fusjonsforordningens ordlyd i andre språkdrakter, og konkluderer med at ordlyden i konkurranseloven og øvrige rettskilder taler mot den forståelsen Staten legger til grunn. Altså må terskelen forstås som å ligge høyere enn det konkurransemyndighetene la til grunn i vedtaket, om at det var tilstrekkelig med en bagatellmessig eller ikke ubetydelig innvirkning for å gjøre inngrep.

⁸⁰ NOU 2012:7 s. 104.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² HR-2023-299-A, avsnitt 105.

⁸³ Se til eksempel V2022-4 og KTKN-2021-2185, avsnitt 38.

⁸⁴ HR-2023-299-A, avsnitt 108.

⁸⁵ *Ibid.*, avsnitt 109.

⁸⁶ *Ibid.*, avsnitt 105.

Det må dermed gjøres en helhetlig vurdering av hver enkelt foretakssammenslutning når det skal fastslås om betydelighetsterskelen er overtrådt, som gjør det vanskelig på et generelt grunnlag å etablere et skille mellom betydelige og ubetydelige hindringer av effektiv konkurranse.⁸⁷ I praksis vil det som regel foreligge noen form for markedsrett for alle foretakene på det konkrete markedet, som igjen gjør at alle foretakene i mer eller mindre grad vil kunne påvirke konkurransen.⁸⁸

Det at vurderingen i stor grad blir saksspesifikk og basert på den konkrete konteksten som foreligger i hver enkelt sak, gjør at betydelighetsterskelen har blitt kritisert i juridisk litteratur. Kritikken går ut på at terskelen ved å være saksspesifikk gir rom for en ustrukturert og lite oversiktlig praksis fra EU-kommisjonen. Dette gir igjen lite forutsigbarhet for partene i de fusjonssakene som er gjenstand for undersøkelse av konkurransemyndighetene.⁸⁹ Bestemmelsen har også i norsk juridisk teori blitt kritisert for å ikke lett la seg definere, da dette får betydning både for anvendelsen og etterprøvbareheten av inngrepsterskelen. Et rettslig kriterium må kunne defineres for å kunne anvendes, og for at anvendelsen i neste omgang skal kunne etterprøves.⁹⁰

Heller ikke for EU-retten er innholdet i inngrepsterskelen, SIEC-standarden i fusjonsforordningens tilfelle, uttrykkelig definert. CK Telecoms-saken, som for tiden avventer en endelig avklaring for ECJ, er den første saken som direkte gir anledning til å gi en rettslig avklaring av hva som kan regnes som en «significant impediment to effective competition».⁹¹ Denne forventes avsagt i løpet av 2023 og vil trolig medføre en rettsavklaring både for EU-kommisjonen og norske konkurransemyndigheter.

Gjennomgangen av de aktuelle rettskildene for fastslåelsen av hvor inngrepsterskelen ligger har vist at en absolutt og fastsatt terskel for inngrep etter konkurranseloven § 16 første ledd ikke kan oppstilles. Rettskildene gir likevel en viss veiledning i hva som kreves for at konkurransemyndighetene skal kunne gjøre inngrep, ved at et slikt inngrep i forarbeidene er omtalt som «ekspropriasjonslignende». Konkurransemyndighetenes forståelse av terskelen som at det gjelder et «de minimis»-prinsipp er derimot korrigert gjennom Høyesteretts avgjørelse, som medfører at terskelen i praksis for Konkurransemyndighetene bør være høyere enn slik den til nå har blitt praktisert. Det må altså i henhold til rettskildene som er gjennomgått foretas en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle, men terskelen må likevel forstås som å ligge relativt høyt for å gjøre inngrep.

⁸⁷ Faull (2014) s. 671.

⁸⁸ Colomo (2021) s. 3.

⁸⁹ *Ibid.* s. 4.

⁹⁰ Hjelmeng (2022) s. 19.

⁹¹ Colomo (2021) s. 10.

4.3 Kravet til årsakssammenheng og bevisbyrde

Etter konkurranseloven § 16 kan det bare gjøres inngrep overfor foretakssammenslutninger som i betydelig grad «vil» hindre effektiv konkurranse. Det kreves altså årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og de kvalifiserende konkurranseskadelige virkningene.

Av forarbeidene til konkurranseloven ble det konstatert at det gjaldt, og ville fortsette å gjelde, et krav om årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurransebegrensningen ved ikrafttredelsen av konkurranseloven i 2004.⁹² At det gjelder et krav om årsakssammenheng presiseres ytterligere av Høyesterett i HR-2023-299-A, hvor det fremgår at et bekrefteende svar på at en foretakssammenslutning vil hindre effektiv konkurranse «krever *sannsynlighetsovervekt* for at slike hindringer vil inntre.»⁹³ Det er dermed ikke tilstrekkelig at det bare er en mulighet for at foretakssammenslutningen vil hindre effektiv konkurranse i betydelig grad, det må være sannsynlighetsovervekt for dette.

En utfordring med kravet til årsakssammenheng i fusjonskontrollen er at det som skal bevises ikke har skjedd ennå, altså ligger bevistemaket frem i tid.⁹⁴ Høyesterett henviser i HR-2023-299-A videre til rettspraksis på forvaltningsrettens område, hvor Høyesterett har lagt til grunn at kravet til prognoser må være forsvarlige på det tidspunktet de blir vedtatt.⁹⁵ EF-domstolen tok stilling til kravet til årsakssammenheng i C-12/03 *Tetra Laval*. En del av vurderingen gikk ut på om konkurranseskaden som Kommisjonen undersøkte ville oppstå som konsekvens av Tetra Laval oppkjøp av Sidel, eller om det skyldtes at det fusjonerte selskapet ville komme til å misbruke sin dominerende stilling.⁹⁶ EF-domstolen uttalte i saken at

«Thus, the prospective analysis consists of an examination of how a concentration might alter the factors determining the state of competition on a given market in order to establish whether it would give rise to a serious impediment to effective competition. Such an analysis makes it necessary to envisage various chains of cause and effect with a view to ascertaining which of them are the most likely.»⁹⁷

⁹² Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 81 og 230.

⁹³ HR-2023-299-A, avsnitt 67.

⁹⁴ *Ibid.* avsnitt 68.

⁹⁵ Rt-2012-1985, avsnitt 77.

⁹⁶ Ryssdal (2018) s. 193.

⁹⁷ Case C-12/03 *P Tetra Laval*, avsnitt 43.

Dette er videre utpenslet i Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger. Kommisjonen presiserer i retningslinjene at konkurranseforholdene som vil oppstå dersom ervervene gjennomføres må sammenlignes med den mest sannsynlige markedsutviklingen uten at de gjennomføres, også omtalt som alternativsituasjonen.⁹⁸ I de fleste tilfeller er det status quo, altså de eksisterende markedsforholdene i det relevante markedet på tidspunktet for fusjonen, som normalt vil utgjøre det beste anslaget på hvordan markedet ville ha utviklet seg uten at fusjonen ble tillatt.⁹⁹

Kravet til årsakssammenheng kan særlig vise seg å være komplisert i undersøkelser av kollektiv dominans som konkurranseskade, da det i slike tilfeller vil være en lang rekke faktorer som bidrar til virkningene på markedet.¹⁰⁰ EU-domstolen har stilt strenge krav til bevisene og den grundigheten konkurransemyndighetene må utvise i forbindelse med å sannsynliggjøre en konkurransehindring, og gjøre inngrep i en fremtidig atferd basert på dette.¹⁰¹ I EU-retten er det Kommisjonen som har bevisbyrden i inngrepsvedtakene, men både i norsk rett og EU-retten kan domstolene overprøve bevisene, også der bevisene er av økonomisk karakter.¹⁰²

Både i *Airtours*-saken og *Kali und Salz* ble Kommisjonens vedtak opphevet på det grunnlag at Kommisjonen ikke i tilstrekkelig grad hadde klart å bevise at kollektiv dominans ville bli et resultat av foretakssammenslutningene. Dette på tross av at Kommisjonen hadde undersøkt en rekke momenter som pekte mot at koordinert atferd kunne sannsynliggjøres.¹⁰³

EU-kommisjonen har i tiden etter opphevelsen av disse dommene utviklet både kvaliteten og kvantiteten til bevisene som anvendes, som tydeliggjøres ut ifra selve lengden på inngrepsvedtakene.¹⁰⁴ Tidligere vedtak etter innføringen av SIEC-standarden, eksempelvis *ABF/GBI* og *Linde*, er rundt 100 sider hver. *Ryanair/Aer Lingus*, fra 2013, er derimot en over 500 sider lang avgjørelse med en særdeles grundig gjennomgang av markedsforholdene.¹⁰⁵ Dette tydeliggjør de strenge kravene som nå stilles til Kommisjonens bevisgrunnlag for å kunne gjøre inngrep. Det er for eksempel ikke nok å vise til en høy markedsandel for å konstatere at kollektiv dominans kan skapes eller styrkes som følge av at en foretakssammenslutning tillates. Da en sak som

⁹⁸ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avsnitt 9. Oversettelsen til V2019-17 avsnitt 163.

⁹⁹ V2019-17, avsnitt 164.

¹⁰⁰ Cook (2009) s. 196.

¹⁰¹ Case C-12/03 P *Tetra Laval*, avsnitt 74 med videre.

¹⁰² HR-2023-299-A, avsnitt 65.

¹⁰³ Case C-68/94 og 30/95 *Kali und Salz* og Sag T-342/99 *Airtours*.

¹⁰⁴ Witt (2013) s. 231.

¹⁰⁵ COMP/M.6663 *RYANAIR/ AER LINGUS III*. Saken gjaldt ensidig dominans, men er likevel illustrerende for hvor omfattende bevisgrunnlag Kommisjonen anså det nødvendig å legge til grunn for å kunne anslå hvordan markedet ville se ut etter foretakssammenslutningen.

omhandler kollektiv dominans ikke har blitt bragt inn for domstolene i Norge er det vanskelig å vurdere beviskravet i EU opp mot norsk rett. Også i Konkurransetilsynets praksis er det imidlertid tydelig at det gjøres omfattende innledende vurderinger i vedtakene hvor det har blitt gjort inngrep på grunnlag av kollektiv dominans.

4.4 Dominansbegrepet i konkurranseloven § 16 første ledd

At dominans er en type konkurransehindring som Konkurransetilsynet har kompetanse til å gripe inn mot følger direkte av ordlyden i konkurranseloven § 16 første ledd. Av bestemmelsen følger det at det kan gripes inn mot foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, «særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes.» Dominansbegrepet ble tatt inn i loven i 2016, i forbindelse med harmoniseringen med Fusjonsforordningen. Spørsmålet for dette delkapittelet er hvilken betydning dominansbegrepet er ment å ha for Konkurransetilsynets anvendelse av konkurranseloven § 16 første ledd.

Ordlyden i bestemmelsen indikerer ut ifra en alminnelig språklig forståelse at dominans ikke er det eneste som kan gi grunnlag for å gjøre inngrep, da det bare «særlig» må legges vekt på om en dominerende stilling skapes eller styrkes. Dette tyder på at begrepet nevnes som et typetilfelle på en konkurransehindring som Konkurransetilsynet skal gjøre inngrep mot. Dominansbegrepet ble diskutert i NOU 2012:7, hvor det bemerkes at «dominans bare er en av flere mulige måter konkurransen kan begrenses på.»¹⁰⁶ Den naturlige språklige forståelsen av ordlyden underbygges dermed av forarbeidene.

Videre fremgår det av NOU 2012:7 at Konkurransetilsynet etter lovendringen skal «kunne gripe inn både mot koordinerte og ikke-koordinerte effekter.»¹⁰⁷ Til slutt konkluderer utvalget med at formuleringen om dominerende stilling i praksis vil ha liten betydning, og at denne formuleringen kun er inntatt for å sikre at inngrepsvilkåret materielt sett blir likt, og forstås på samme måte som i EU/EØS.¹⁰⁸ Disse uttalelsene taler klart i retning av at dominans ikke er ment å stå i en slags særstilling som inngrepsgrunnlag etter lovendringen, men at det snarere er tatt inn for å fungere som koblingsbegrep til tidligere lovgivning og rettspraksis.

I fortalen til fusjonsforordningen fremgår det på den andre siden noen uttalelser om dominans som inngrepsgrunnlag som kan indikere at det er ment å ha betydning som mer enn et koblingsord. I fortalen premiss 25 presiseres det at begrepet «betydelig grad hindre effektiv konkurranse» i fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 2 og 3 bør tolkes slik at

¹⁰⁶ NOU 2012:7 s. 191.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

«[...] det ut over begrepet «dominerende stilling» omfatter bare en foretakssammenslutnings konkurransebegrensende virkninger som følge av en ikke-samordnet atferd i foretak som ikke ville få noen dominerende stilling på det berørte markedet.»

Dette betyr at utvidelsen av anvendelsesområdet til fusjonsforordningen artikkel 2 nummer 3 bare omfatter såkalte «gap»-saker. Av premiss 26 fremgår det videre at hindring av effektiv konkurranse vanligvis er «en følge av at en dominerende stilling skapes eller styrkes.» Disse uttalelsene kan tyde på at det var meningen at dominans skulle ha betydning som mer enn et koblingsord ved ikrafttredelsen av den nye fusjonsforordningen, da det eksplisitt presiseres i fortalen hvilke tilfeller det kan gjøres inngrep mot utover de som faller innunder dominansbegrepet. Samtidig er det nødvendig å ha med seg i vurderingen av fortalen til den nye fusjonsforordningen av 2004 at dominans var inngrepsgrunnlaget etter fusjonsforordningen av 1989, og ordlyden i artikkel 2 nummer 3 lød da

«A concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market.»¹⁰⁹

Noe av formålet med endringen av ordlyden var å flytte fokuset vekk fra en dominansvurdering alene, til en mer virkningsfokusert innfallsvinkel.¹¹⁰ Likevel er rettspraksisen fra tiden før ordlydsendringen omfattende, og lovgiver har som vist ment at denne skulle være anvendelig i tolkningen og anvendelsen av den nye «SIEC»-standarden. Dette taler igjen for at dominans er tatt inn i lovteksten for å virke som et koblingsbegrep til tidligere lovgivning og rettspraksis. Det vil dermed være relevant å dra veksler på praksis fra før ordlydsendringen i tolkningen av både fusjonsforordningen og konkurranseloven.

¹⁰⁹ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, artikkel 2 nummer 3.

¹¹⁰ NOU 2012:7 s. 108.

5 Vilkårene for at en foretakssammenslutning kan skape eller styrke kollektiv dominans

5.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er hvilke vilkår som må være oppfylt for at konkurransetilsynet kan gjøre inngrep mot en foretakssammenslutning som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, basert på en mistanke om at det vil oppstå kollektiv dominans. Disse vilkårene er utviklet gjennom rettspraksis, og det er derfor nødvendig å redegjøre for rettsutviklingen til kollektiv dominans som inngrepsgrunnlag for å kunne drøfte inngrepsgrunnlaget slik det foreligger i dag. Jeg vil deretter gjøre rede for vilkårene for vurderingen av om kollektiv dominans kan skapes eller styrkes, slik de fremkommer av rettspraksis og EU-kommisjonen retningslinjer. Til slutt vil jeg ta for meg de to øvrige formene for inngrep som det åpnes for etter SIEC-testen, og hvordan anvendelsen av disse inngrepsgrunnlagene skiller seg fra kollektiv dominans.

5.2 Utviklingen av kollektiv dominans som inngrepsgrunnlag

I vurderingen av om en foretakssammenslutning i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, fremgår det som redegjort for over av konkurranseloven § 16 første ledd og fusjonsforordningen artikkel 2 nummer 3 at det særlig må legges vekt på hvorvidt foretakssammenslutningen vil skape eller styrke en dominant posisjon. Begrepet dominans er utviklet gjennom rettspraksis, og definert i fusjonsforordningen som

«en økonomisk magtposition, der indehaves af en eller flere virksomheder, og som giver dem magt til at hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den giver dem mulighed for i vidt omfang at handle uafhængigt i forhold til deres konkurrenter, deres kunder og, i sidste instans, til forbrugerne.»¹¹¹

Begrepet «dominans» samsvarer i stor grad med det samfunnsøkonomiske begrepet «markeds-makt». Dette begrepet har en vid definisjon i økonomisk teori, hvor en bedrift regnes for å ha markeds-makt dersom «den lønnsomt kan heve prisen, alternativt endre lønnsomt andre handlingsvariabler som kvalitet etc., bort fra det som er i et konkurransemarked.»¹¹² Motsatsen til dette er et marked med fri konkurranse.

Misbruk av en dominant stilling er i forbindelse med adferdskontroll forbudt etter konkurranseloven § 11 og TEUV artikkel 102. I *Kali und Salz* avkreftet EU-domstolen Kommisjonens anførsel om at begrepet «dominans» ikke kunne forstås likt i de ulike regelsettene.¹¹³ Det kan

¹¹¹ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, artikkel 2.

¹¹² Hjelmeng (2014) s. 52.

¹¹³ Case C-68/94 og C-20/95 *Kali und Salz*, avsnitt 157.

derfor være relevant å dra veksels på rettspraksis som omhandler brudd på TEUV artikkel 102 i vurderingen av dominans under reguleringen av foretakssammenslutninger.

EU-retten har gjennom sin praksis utpenslet to former for dominans, som er henholdsvis «enedominans» og «kollektiv dominans».¹¹⁴ Med «enedominans» forstås den «ordinære» formen for dominans, hvor foretaket etter sammenslutningen har en markedsandel på over 50 prosent.¹¹⁵ Kollektiv dominans er på den andre siden en tilstand i markedet som kjennetegnes av at to eller flere konkurrenter kan opptre uavhengig av øvrige kunder, konkurrenter og leverandører, som en enhetlig gruppe.¹¹⁶ Før innføringen av den nye fusjonsforordningen i 2004 var dette det eneste inngrepsalternativet i tilfeller hvor det ikke kunne påvises enedominans på markedet.¹¹⁷

Det var etter innføringen av fusjonsforordningen av 1989 ikke uttrykkelig avklart hvorvidt en foretakssammenslutning kunne sies å være kollektivt dominant, og dermed forbys, i andre tilfeller enn der det fantes eksplisitte kontraktsmessige eller andre typer bånd mellom partene.¹¹⁸ EU-domstolen bekreftet imidlertid i *Kali & Salz*-saken at fusjonsforordningen av 1989 også omfattet tilfeller hvor kollektiv dominans skapes eller styrkes, i tråd med TEC artikkel 82.¹¹⁹ Ett år senere klargjorde Underretten i *Gencor* at også en kollektivt dominant posisjon kunne holdes av medlemmer i et såkalt snevert oligopol¹²⁰, og på den måten inneha en kollektivt dominant stilling også i et oligopol.¹²¹ Underretten kom i saken frem til at det ikke var krav om at det måtte finnes strukturelle bindelinjer mellom foretakene, men at det var nok å kunne konstatere en viss økonomisk avhengighet foretakene imellom.¹²² Denne saken bidro også til å styre anvendelsen av kollektiv dominans i retning av det økonomiske konseptet om stilltende koordinering, kjent på engelsk som «tacit collusion.»

Kommisjonen hadde dermed før innføringen av fusjonsforordningen av 2004 to inngrepsalternativer for å håndtere konkurranseskadelige horisontale foretakssammenslutninger. Det typiske inngrepsgrunnlaget var transaksjoner som ville føre til ensidig dominans, og dette var også det

¹¹⁴ Ryssdal (2018) s. 205

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.* s. 207.

¹¹⁷ Venit (2015) s. 292.

¹¹⁸ Jones (2019) s. 1132.

¹¹⁹ Tilsvarende TEUV artikkel 102.

¹²⁰ Jones (2019) s. 1132. Oversatt fra «tight oligopoly», som forstås som et marked med få, men store foretak hvor mer enn ett foretak innehar en form for ensidig markedsrett, som fører til suboptimal konkurranse.

¹²¹ Sag T-102/96 *Gencor mod Kommisjonen*.

¹²² Cook (2009) s. 206.

eneste typetilfellet ordlyden i den gamle fusjonsforordningen ga inntrykk av å dekke.¹²³ Som følge av rettsutviklingen, da særlig *Kali und Salz*, var det imidlertid også avklart at foretakssammenslutninger som kunne føre til kollektiv dominans falt innunder fusjonsforordningen artikkel 2 nummer 3. Denne rettsstilstanden medførte imidlertid at såkalte «gap»-tilfeller falt utenfor inngrepskompetansen til Kommisjonen. Konsekvensen av dette var at det ikke var anledning til å gjøre inngrep i tilfeller hvor det på tross av at ingen foretak var enedominante eller kollektivt dominante, likevel ville kunne oppstå en konkurranseskadelig stilling i et oligopolmarked.¹²⁴

Den saken som i størst grad medførte en rettsutvikling i håndhevelsen av inngrep mot foretakssammenslutninger som kan føre til kollektiv dominans, var *Airtours mot Kommisjonen* fra 2002. Saken gjaldt en foretakssammenslutning mellom Airtours og First Choice, som begge var tilbydere på det britiske kortdistanse-pakkereisemarkedet. Det ble av Kommisjonen forespeilet at det på markedet, som ville endres fra fire til tre tilbydere, kunne oppstå incentiver for å koordinere atferden sin etter at foretakssammenslutningen ble gjennomført.

Dette vedtaket ble annullert av Underretten. Underretten baserte annulleringen på en sterkt kritisk vurdering av Kommisjonens bruk og forståelse av økonomisk teori, og det faktum at Kommisjonen ikke i tilstrekkelig grad hadde klart å sannsynliggjøre at en kollektivt dominant stilling ville oppstå av fusjonen.¹²⁵ Innholdet i begrepet kollektiv dominans ble imidlertid klargjort, og Retten uttalte at denne situasjonen «på merkbart vis» vil kunne hindre effektiv konkurranse i situasjoner hvor hver av medlemmene i det dominante oligopolet

«finder det mulig, økonomisk rasjonelt og således hensigstmessigt varigt at vedtage samme adfært på markedet med det formål at sælge til højere priser, end en fri konkurranse ville begrunde.»¹²⁶

Retten gikk så enda et steg videre og formulerte de nødvendige kriteriene som måtte være til stede for å kunne utføre strukturkontroll ved mistanke om kollektiv dominans. Dette historiske bakteppet danner grunnlaget for vurderingen av om det på et relevant marked foreligger en situasjon hvor en foretakssammenslutning vil skape eller styrke en kollektivt dominerende stilling, og kan anses for å hindre effektiv konkurranse.

¹²³ Ryssdal (2018) s. 206.

¹²⁴ *Ibid.* s. 208.

¹²⁵ Venit (2015), s. 297.

¹²⁶ Sag T-342/99 *Airtours*, premiss 61.

5.3 Utgangspunkter for vurderingen av kollektiv dominans

For å vurdere hvilke vilkår som kan oppstilles for å gjøre inngrep på bakgrunn av kollektiv dominans, er det nødvendig å først redegjøre for utgangspunktene for vurderingen, samt den økonomiske teorien som ligger til grunn for vurderingen. Til dette ligger også en vurdering av rettskildevekten til Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger, da konkurransemyndighetene gjerne tar utgangspunkt i disse i vurderingen av om det skal gjøres inngrep mot en foretakssammenslutning.

Kollektiv dominans som en form for konkurransehindring forklares best med utgangspunkt i økonomisk teori. I svært konsentrerte markeder vil det ifølge økonomisk teori være sannsynlig at de få foretakene som gjenstår vil innse at de er gjensidig avhengig av hverandre, og at det derfor er lite lønnsomt å drive aggressiv konkurranse.¹²⁷ Foretakene vil da samkjøre opptreden på markedet, uten nødvendigvis å gi eksplisitt uttrykk for dette overfor hverandre, og på den måten *opptre* som om de var ett enedominant foretak.¹²⁸ For at dette skal være bærekraftig over lengre tid kan ikke noen av foretakene få en økonomisk gevinst ved å avvike fra denne adferden, altså må det være nytteløst å konkurrere.

EU-domstolen utpenslet i *Airtours*-dommen tre kumulative vilkår som må oppfylles for å kunne stadfeste at kollektiv dominans kan oppstå eller endres på markedet. Av dommen fremgår det at det for det første kreves at markedet er tilstrekkelig gjennomiktig til at foretakene kan overvåke hverandres opptreden, for det andre at de koordinerende foretakene kan opprettholde den stilltiende koordineringen over en gitt periode, og til slutt at foretakene må være motstandsdyktige, i den betydning at andre foretaks eller forbrukeres atferd på markedet ikke har innflytelse på foretakenes opptreden.¹²⁹ Fusjonsforordningens fortale oppfordrer til å tydeliggjøre og forklare «hvordan Kommisjonen vurderer foretakssammenslutninger i henhold til denne forordning.»¹³⁰ For kollektiv dominans har vilkårene for å gjøre inngrep blitt inkorporert i Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger, men da under overskriften «koordinerte virkninger».¹³¹ Denne innlemmelsen av vilkårene fra *Airtours*-dommen inn i EU-retten har blitt omtalt som «den mest slående importen av økonomisk teori» inn i EU-lovgivning noensinne.¹³² Vilrårene har som vist gjennom harmoniseringen av EU-retten fått stor betydning også i norsk konkurranserett.

¹²⁷ Cook (2009) s. 207.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Sag T-342/99 *Airtours*, avsnitt 62.

¹³⁰ Fusjonsforordningen 2004 fortalens premiss 28.

¹³¹ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31 avsnitt 39-57.

¹³² Petit (2013) s. 39.

For terminologien i fusjonssaker har publiseringen av retningslinjene medført en stor endring i hvilke begreper som brukes av Kommisjonen og Konkurransetilsynet. Dominansbegrepet nevnes innledningsvis som den konkurransehindringen Kommisjonen ser for seg at vil fortsette å være det mest anvendelige inngrepsgrunnlaget også fremover i tid. Kommisjonen går samtidig i kapittelet om hvilke situasjoner som kan føre til at foretakssammenslutningen vil «significantly impede effective competition» over til å innføre de økonomiske begrepene «ikke-koordinerte» og «koordinerte» virkninger som inngrepsgrunnlag.¹³³ På denne måten blir dominansbegrepet videreført i den grad at det nevnes som et aktuelt inngrepsgrunnlag, samtidig som Kommisjonen i praksis går over til en mer økonomisk teoretisk tilnærming til inngrepsgrunnlagene. Dette gir inntrykk av et noe uklart rettskildebilde, og retningslinjenes inngrepsgrunnlag har av Witt blitt beskrevet som «unclear at best and illogical at worst.»¹³⁴ Imidlertid ser det ikke ut som at denne uklarheten har påvirket konkurransemyndighetenes anvendelse av inngrepsvilkårene slik de er nedtegnet i retningslinjene. I vedtak fra både Kommisjonen og Konkurransetilsynet er det «koordinerte» og «ikke-koordinerte» virkninger som konsekvent går igjen som inngrepsgrunnlag.

I NOU 2012:7 går utvalget gjennom konkurransebegrensningskriteriet i norsk rett, og det fremgår at veiledning og nærmere fremgangsmåte for kontrollen med foretakssammenslutninger etter ikrafttreddelsen av konkurranseloven av 2004 ikke lenger hentes fra interne retningslinjer hos Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet har snarere gått over til å hente veiledning fra Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger.¹³⁵

Høyesterett foretar i HR-2023-299-A en liknende gjennomgang av forholdet til konkurransereglene i EØS-/EU-retten. Også førstvoterende uttaler at lovharmoniseringen «innebærer at Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger [...] skal *legges til grunn* ved tolkningen og anvendelsen av konkurranselovens regler»¹³⁶ (min utheving). Det ser med dette ut som at førstvoterende mener at disse retningslinjene skal danne utgangspunktet for vurderingen av om det skal gjøres inngrep mot foretakssammenslutninger i norsk rett. Høyesterett understreker dermed at retningslinjene er svært viktige tolkningsmomenter i fastsettelsen av rettsreglene, også for norsk konkurranserett. Gjennomgangen viser at bruken av Retningslinjene for horisontale foretakssammenslutninger i norsk konkurranserett har god forankring i rettskildene.

¹³³ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 24 og 39.

¹³⁴ Witt (2013) s. 238.

¹³⁵ NOU 2012:7 s. 106.

¹³⁶ HR-2023-299-A, avsnitt 58.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om retningslinjene har fått for stor vekt både i EU-kommisjonens og Konkurransetilsynets praksis, i den betydning at vilkårene har fått selvstendig vekt i avgjørelsen av om foretakssammenslutningen kan anses å være konkurranseskadelig. Dette kan være problematisk dersom vurderingene av konkurransemyndighetene foretas uten at vilkårene i retningslinjene knyttes direkte opp mot lovtekstens betydelighetsvilkår. Videre vil det være naturlig at dominans som typetilfelle nevnes der det er denne konkurransehindringen som er gjenstand for undersøkelse.

Det er etablert i rettspraksis at EU-kommisjonen er bundet av Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger, forutsatt at disse retningslinjene ikke avviker fra lovgivningen i EU for øvrig.¹³⁷ Det påpekes imidlertid av Underretten at dette ikke innebærer at *domstolene* blir bundet av retningslinjene, og at disse ikke på egenhånd kan veilede EU-domstolenes vurderinger. Det er bare domstolene som i henhold til TEU artikkel 19 har kompetanse til å tolke EU-retten.¹³⁸

Underretten påpeker på den annen side at dette ikke innebærer at domstolene skal unnlate å benytte seg av retningslinjene i sin tolkning av inngrepsbestemmelsen, ei heller unngå å benytte seg av de økonomiske og rettslige vurderingene som Kommisjonen har utført i tidligere saker.¹³⁹ Retningslinjene har altså ikke selvstendig rettsnormerende kraft, i den forstand at de er bindende for fremtidig rettsutøvelse. De kan likevel få stor betydning i en vurdering, da det med dette ikke er sagt at det er feil å anvende retningslinjene i vurderingen av om det skal gjøres inngrep mot en foretakssammenslutning.

For anvendelsen av kriteriene som er oppstilt fremhever ECJ i *Impala* at det må unngås

«[...] en mekanisk fremgangsmåte, hvor hvert enkelt af kriterierne undersøges separat, hvorved den overordnede økonomiske mekanisme ved en sådan hypotetisk stilltende koordinering overses.»¹⁴⁰

Dette innebærer at for eksempel vurderingen av gjennomsiktigheten i markedet ikke skal gjøres isolert og abstrakt. Den må snarere utføres med utgangspunkt i mekanismen til en hypotetisk stilltende koordinering.¹⁴¹ Retten uttaler videre at det bare er der utgangspunkt tas i en slik

¹³⁷ Case T-399/16 *CK Telecoms UK Investments v Commission*, avsnitt 99, som igjen henviser til en upublisert dom.

¹³⁸ Consolidated version of the Treaty on European Union C 202/27.

¹³⁹ Case T-399/16 *CK Telecoms UK Investments v Commission*, avsnitt 100.

¹⁴⁰ Case C-413/06 *P Bertelsmann and Sony Corporation of America v Impala*, avsnitt 125.

¹⁴¹ *Ibid.*, avsnitt 126.

hypotese at det er mulig å konkludere på hvorvidt det finnes noen «elements of transparency» som *kan* eksistere på markedet som faktisk har mulighet til å legge til rette for at foretakene når en felles enighet på bakgrunn av teorien om stilltiende koordinering.¹⁴² Selv om vilkårene som stilles opp i *Airtours*-dommen er kumulative, må de ikke vurderes fullstendig uavhengig fra hverandre, og den økonomiske bakgrunnen for at stilltiende koordinering kan oppstå må hele tiden ligge som bakteppe for vurderingen. Ved å understreke at vurderingen må gjøres med grunnlag i det økonomiske utgangspunktet om stilltiende koordinering understreker og bekrefter ECJ her utgangspunktet som ble etablert i *Airtours*.

Endelig kan det i vurderingen være av betydning om den kollektivt dominerende stillingen *skapes* eller *styrkes*. Det er altså en forskjell mellom situasjoner hvor foretakssammenslutningen synes å skape en kollektivt dominerende stilling på markedet etter at den er gjennomført, og situasjoner hvor en slik stilling allerede eksisterer, men forsterkes ytterligere av foretakssammenslutningen.¹⁴³

Airtours-saken er et eksempel på en sak hvor Kommisjonen mente at en kollektivt dominerende stilling ville *skapes*, på bakgrunn av at selskapet som skulle fusjoneres inn i *Airtours* ville føre til at effektiv konkurranse på markedet ville hindres.¹⁴⁴ Vilkårene som ble stilt opp av Underretten og senere nedtegnet i Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger er altså i utgangspunktet egnet til å vurdere om en kollektivt dominerende stilling vil *skapes* i markedet som følge av at foretakssammenslutningen tillates.

Av retningslinjene fremgår det at det faktum at foretak forsvinner i seg selv kan være en faktor som tilrettelegger for koordinering på markedet. Det kan i slike tilfeller være av stor betydning om en konkurrent som er særlig viktig for konkurransen på markedet, en såkalt «maverick», forsvinner i forbindelse med foretakssammenslutningen.¹⁴⁵ Dette kan være aktører som for eksempel driver aggressiv prising eller innovasjon på markedet, og på den måten «truer» det etablerte marked.

På markeder hvor koordinert atferd ikke allerede eksisterer, men står i fare for å skapes ved en foretakssammenslutning, følger det av retningslinjene at det kan være forsvarlig av konkurransemyndighetene å undersøke om både ikke-koordinerte virkninger og koordinerte virkninger

¹⁴² Case C-413/06 *P Bertelsmann and Sony Corporation of America v Impala*, avsnitt 126.

¹⁴³ Faull (2014) s. 716.

¹⁴⁴ Sag T-342/99 *Airtours*, avsnitt 181.

¹⁴⁵ *Ibid.*

kan oppstå som følge av fusjonen.¹⁴⁶ Det kan altså være en mulighet for at begge former for konkurranseskade vil oppstå i slike tilfeller. Det kan likevel vanskelig tenkes at begge skadehypoteser faktisk vil kunne forekomme i en og samme sak, da partene normalt enten vil kunne utøve markedsrett alene som følge av ensidig dominans, eller kunne utøve kollektiv dominans som følge av de koordinerte virkningene i markedet. Faull og Nikpay går enda et skritt lenger og konstaterer at «it is not possible for both coordinated and non-coordinated effects to materialize simultaneously.»¹⁴⁷

Det finnes imidlertid eksempler på at konkurransemyndighetene fatter slike vedtak. Dette var tilfellet i V2019-17 *Sector Alarm*, hvor Konkurransetilsynet konkluderte med at både koordinerte og ikke-koordinerte virkninger kunne oppstå som følge av foretakssammenslutningen.¹⁴⁸ En slik konklusjon fremstår i tråd med denne gjennomgangen som noe selvmotsigende, og kunne gjerne vært støttet opp av en nærmere begrunnelse av Konkurransetilsynet. Dette gis ikke i vedtaket.

Som eksempel på et tilfelle hvor spørsmålet var om den kollektive dominansen ville styrkes på markedet er *Impala*-saken, da det allerede eksisterte tegn til kollektiv dominans på markedet før foretakssammenslutningen. Dommen er avgjort etter fusjonsforordningen av 1989, men etter at den nye fusjonsforordningen trådte i kraft og retningslinjene ble publisert.

I saken for Underretten ble det presisert at både *Airtours* og *Kali & Salz* ble avsagt på grunnlag av at en dominant stilling ville skapes, men at disse kriteriene også indirekte kunne stadfestes i tilfeller hvor en kollektivt dominant stilling allerede eksisterte.¹⁴⁹ Dommen gir uttrykk for at Kommisjonen, utover vilkårene som listes opp i *Airtours*, kan basere vurderingen av om en kollektivt dominant stilling vil styrkes på tegn som tyder på at det er manglende effektiv konkurranse på markedet som følge av koordinering.¹⁵⁰

I tilfeller hvor det er mistanke om at koordineringen i markedet vil styrkes, må vurderingen gjøres med utgangspunkt i hvilke måter foretakssammenslutningen vil kunne gjøre koordineringen sterkere eller mer robust på.¹⁵¹ I stedet for å vurdere sannsynligheten for at markedet vil utvikle seg i en gitt retning, eller på bakgrunn av en teoretisk analyse, kan det bli nødvendig i

¹⁴⁶ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avsnitt 23, «both instances mentioned above may be relevant when assessing a particular transaction».

¹⁴⁷ Faull (2014) s. 717.

¹⁴⁸ Vedtak V2019-17 *Sector Alarm*, avsnitt 552.

¹⁴⁹ T-464/04 *Impala*, avsnitt 250. Dommen ble anket, men synspunktene opprettholdt i C-413/06 P.

¹⁵⁰ *Ibid.*, avsnitt 251.

¹⁵¹ *Ibid.*

disse tilfellene å vurdere om et gitt antall foretak helt grunnleggende har mulighet til å koordinere markedsopptreden sin.¹⁵² Et praktisk eksempel på et tilfelle hvor en kollektivt dominerende stilling kan styrkes er et relevant marked hvor det er tre aktører fra før, og to foretak som er viktige for konkurransen på markedet fusjonerer.¹⁵³

5.4 Muligheten til å enes om stilltiende koordinering

På bakgrunn av det som er angitt tidligere i dette kapittelet, vil jeg videre redegjøre for kriteriene som må være oppfylt for at koordinerte virkninger skal anses for å kunne oppstå i markedet, slik de nå er formulert i retningslinjene for horisontale foretakssammenslutninger. Jeg vil også drøfte disse ut ifra relevant praksis fra domstolene og konkurransemyndighetene. Det bemerkes i den anledningen at vilkårene ikke er binære, i den forstand at de enten er til stede eller ikke.¹⁵⁴ Vilkårene er en rekke variabler av varierende økonomisk og rettslig karakter, som samhandler og utfyller hverandre. Dette gjør at det ikke kan kreves at et vilkår enten er oppfylt eller ikke, det må snarere vurderes om det er mer eller mindre sannsynlig at de vil oppfylles.¹⁵⁵ Det gjør at vurderingen av om koordinerte virkninger kan sannsynliggjøres blir en kompleks vurdering, basert på både økonomiske og juridiske vurderingsmomenter. For å utføre drøftelsen av vilkårene i tråd med språkbruken i retningslinjene vil jeg i det følgende omtale den relevante konkurranseskaden som «koordinerte virkninger».

Den helt grunnleggende forutsetningen for at koordinerte virkninger blir resultatet av en foretakssammenslutning er at det må være relativt enkelt for foretakene på markedet å enes om hvordan koordineringen skal foregå. Dette ble av EU-domstolen i *Impala* formulert som at

«tacit coordination is more likely to emerge if competitors can easily arrive at a common perception as to how the coordination should work, and, in particular, of the parameters that lend themselves to being a focal point of the proposed coordination.»¹⁵⁶

Dette er fulgt opp i retningslinjene, hvor Kommisjonen også peker på at foretakene bør ha lignende holdninger til hva som kan anses for å være i overenstemmelse med den koordinerte adferden, og hva som ikke kan det.¹⁵⁷ For å vurdere om dette er gjennomførbart for foretakene på markedet er det nødvendig å ta en rekke momenter i betraktning. Noen av disse momentene listes opp i retningslinjene, hvor det innledende presiseres at det helt grunnleggende vil være

¹⁵² Jones (2019) s. 1139.

¹⁵³ V2006-490 *Falck/Viking* er et eksempel på dette i norsk praksis.

¹⁵⁴ Morales (2022) s. 3.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ C-413/06 *Bertelsmann AG og Sony mot Impala*, avsnitt 123.

¹⁵⁷ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avsnitt 44.

enklere å etablere koordineringsbetingelsene jo enklere og mer stabile de økonomiske forholdene i markedet er.¹⁵⁸

Dette innebærer blant annet at det vil være lettere å koordinere adferd mellom få aktører enn mange. Det vil derfor være enklere å koordinere prisen på ett enhetlig produkt enn der markedet består av mange differensierte produkter.¹⁵⁹ Enhetlige og homogene produkter kalles gjerne ikke-differensierte produkter, og med dette menes produkter som av kundene vil vurderes som homogene ut ifra blant annet momenter som merkeimage, tekniske spesifikasjoner, kvalitet eller servicenivå. Motsatt vil produkter kjennetegnes som differensierte dersom de ikke vurderes som identiske, selv om de har en felles kjerne.¹⁶⁰

Kommisjonens avgjørelse i *ABF/GBI*-saken illustrerer at en rekke momenter kan vektlegges av Kommisjonen i vurderingen av om markedet har de grunnleggende kvalitetene ved seg som legger til rette for koordinering.¹⁶¹ Avgjørelsen er det første inngrepsvedtaket for Kommisjonen hvor koordinerte virkninger ble vurdert som inngrepsgrunnlag etter at *Impala*-dommen ble avsagt, og illustrerer kompleksiteten i å konstatere det helt grunnleggende premisset for å kunne gjøre inngrep basert på koordinerte virkninger. I avgjørelsen konkluderte Kommisjonen med at foretakssammenslutningen, dersom den hadde blitt tillatt, ville ha ført til styrkingen av koordinerte virkninger i markedet for komprimert gjær i Spania og Portugal mellom det fusjonerte foretaket og den eneste store gjenlevende konkurrenten, Lesaffre.¹⁶² Av relevans for vurderingen var at markedet allerede før foretakssammenslutningen var svært konsentrert, med bare tre aktører på det relevante markedet.

Kommisjonen drøfter i avgjørelsen en rekke momenter, som også går igjen i norsk vedtakspraksis. Et viktig moment var markedskonsentrasjonen, hvor få aktører gjør at det er enklere at et samlingspunkt for koordineringen kan skapes. Denne kan regnes ut ved hjelp av HH-indeksen, som også brukes i vurderingen av om ikke-koordinerte virkninger kan bli et resultat av foretakssammenslutningen.

Videre fremholdt Kommisjonen at foretakene hadde lite, men regelmessig kommunikasjon med kundene. Lite og regelmessig kontakt med kundene fasiliterer lettere for koordinering enn tilfeller der nye bestillinger gjøres uregelmessig og i bulk, og det ble påpekt at dette la til rette for koordinering allerede før foretakssammenslutningen. Elastisiteten i etterspørselen var også lav,

¹⁵⁸ *Ibid.*, avsnitt 45.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ HR-2023-299-A, avsnitt 90.

¹⁶¹ COMP/M.4980 *ABF/GBI* (2008).

¹⁶² *Ibid.*

slik at en prisøkning ikke ville lede til et stort fall av etterspørsel, eller at en liten prissenkning ikke ville føre til et tilskudd av nye kunder.¹⁶³

Til slutt var markedet ikke-differensiert, og det var i tillegg usannsynlig at markedet ville bli påvirket av innovasjon eller nye aktører. Innovasjon som vil redusere utgifter eller øke produksjonskapasiteten for en aktør på markedet er typisk elementer som vil kunne forstyrre koordinasjonen betydelig.¹⁶⁴ Det er dermed relevant i vurderingen av om markedet legger til rette for koordinering. Alle disse faktorene kan bidra til et marked hvor stilltiende koordinering vil forekomme.

Gjennomgangen viser et fragmentert spekter av momenter som kan være relevante, og som varierer fra sak til sak. Eksempler på dette fra norsk praksis er V2019-17 *Sector Alarm/Nokas* og KT2015-29V *StI*, som begge er saker hvor markedet allerede var svært konsentrert før den aktuelle foretakssammenslutningen ble meldt inn. I vurderingen av om det fantes strukturelle egenskaper på markedet som la til rette for stilltiende koordinering, altså den helt innledende vurderingen, gikk Konkurransetilsynet gjennom en lang rekke momenter. Blant annet vurderte Tilsynet graden av markedskonsentrasjon, om det var symmetri mellom markedsaktørene med tanke på blant annet markedsandeler og kapasitet, gjennomsiktigheten i markedet, graden av produkt differensiering, koordineringsmekanismer, med mer. Selv om begge vedtakene går ut på styrking av koordinering, med tanke på at markedene allerede var svært konsentrerte før foretakssammenslutningen, gjør altså Konkurransetilsynet en utførlig vurdering av markedets evne til å tilrettelegge for stilltiende koordinering.

Praksis fra Konkurransetilsynet har som presisert tidligere ikke stor rettskildemessig vekt, men vedtakene illustrerer hvor mange ulike momenter som kan anses relevante under det helt grunnleggende inngangsvilkåret for å konkludere på koordinerte virkninger. Ikke alle momentene som vurderes fremgår av rettspraksis eller retningslinjene, men synes snarere å stamme fra økonomisk teori. Et problem med dette er at det kan gjøre det vanskelig for foretakene å forutse hvilke faktorer som vil trekkes inn i en slik vurdering, allerede i den helt innledende undersøkelsen av om koordinering i det hele tatt kan anses mulig på markedet.

5.5 Gjennomsiktighet i markedet

For at koordinert atferd på markedet skal være mulig, må markedsaktørene ha mulighet til å overvåke hverandres opptreden, og undersøke eventuelle avvik fra den koordinerte adferden. Dette det første av de tre kumulative vilkårene som listes opp av Underretten i *Airtours*, hvor retten uttaler at

¹⁶³ «Elastisiteten i markedet» er direkte oversatt fra «demand elasticity».

¹⁶⁴ Faull (2014) s. 718.

«hvert medlem af det dominerende oligopol [må] kunne skaffe sig kendskab til andre medlemmers adfærd med henblik på at kunne kontrollere, om de følger den samme adfærd eller ikke.»¹⁶⁵

I Retningslinjene begrunner Kommisjonen dette vilkåret med at koordinerende virksomheter ofte vil være fristet til å øke deres egne respektive markedsandeler ved å vike fra koordineringsbetingelsene. Dette kan eksempelvis gjøres ved å senke prisene, tilby hemmelige rabatter, øke produktkvaliteten eller –kapasiteten, eller å prøve å vinne til seg nye kunder.¹⁶⁶ Ikke alle disse avvikene vil være aktuelle i enhver sak, og hvilke aspekter ved konkurrentens adferd som må kunne overvåkes avhenger av hvordan den antatte koordinasjonen utspiller seg.¹⁶⁷

I de markedene hvor det er få markedsdeltagere, er ofte gjennomsiktigheten større.¹⁶⁸ I tillegg vil gjennomsiktigheten avhenge av hvordan transaksjoner gjennomføres i det aktuelle markedet. Der hvor transaksjoner skjer på åpne markeder, slik som en offentlig børs eller auksjon, er gjennomsiktigheten presumptivt større enn på et marked hvor transaksjoner skjer i fortrolighet mellom selger og kjøper. Et eksempel på et marked som av Konkurransetilsynet ble ansett som svært lett å overvåke er drivstoffmarkedet, hvor prisene ble publisert på internett og på pumpe, i tillegg til at rabattpriser var lett tilgjengelige på de ulike tilbydernes nettsider.¹⁶⁹ Dette gjorde det enkelt for konkurrentene å overvåke hverandres priser, som igjen gjorde det lett å oppdage endringer i prisingen.

Det avgjørende elementet i vurderingen av gjennomsiktigheten i markedet er hva foretakene reelt sett kan finne ut gjennom tilgjengelig informasjon om andre foretak.¹⁷⁰ I dette ligger at de koordinerende foretakene med en viss sikkerhet bør være i stand til å fastslå om en uventet adferd skyldes nettopp det faktum at koordineringsbetingelsene er fraveket, eller om avviket har en annen forklaring. Dette kan det være vanskelig å fastslå under ustabile forhold.¹⁷¹

Det synes ut ifra tilgjengelige vedtak fra Konkurransetilsynet som at det er tilsynelatende uproblematisk i de fleste tilfeller å konstatere hvorvidt det er høy gjennomsiktighet i markedet. I tillegg til eksempelet med pumpepriser på bensinstasjoner, er listing av priser på nettsider, kundekontakt og reklameplakater faktorer som kan bidra til gjennomsiktigheten på markedet. Dette

¹⁶⁵ Sag T-342/99 *Airtours plc. mod Kommisjonen*, avsnitt 62.

¹⁶⁶ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 49.

¹⁶⁷ Faull (2014) s. 719.

¹⁶⁸ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 50.

¹⁶⁹ Vedtak V2015-29 *St1/Smart Fuel*, avsnitt 153.

¹⁷⁰ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 50.

¹⁷¹ *Ibid.*

vilkåret synes således tilsynelatende enkelt å oppfylle, og i tillegg uproblematisk for konkurransemyndighetene å bevise. Da dette er et av de kumulative vilkårene som må være oppfylt i henhold til vilkårene fra *Airtours*-dommen er det også *nødvendig* at dette kan konstateres, for at konkurransemyndighetene skal kunne gjøre inngrep.

5.6 Bærekraftig koordinering som følge av straffereaksjoner og avvik

For at koordinering skal være lønnsomt må atferden kunne opprettholdes over en viss periode, ved at foretakene ikke har insentiver til å fravike den koordinerte adferden. I *Airtours*-dommen begrunnes dette med at foretakene bare vil få en fordel ved å koordinere adferden dersom samtlige av foretakene opprettholder denne.¹⁷² Dette er videre utpenslet i *Impala*-saken, hvor Underretten uttaler at det for at en kollektivt dominant stilling skal være bærekraftig kreves at det på markedet må finnes

«[...] adequate deterrents to ensure that there is a long-term incentive in not departing from the common policy, which means that each member of the dominant oligopoly must be aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative.»¹⁷³

Dette forutsetter at den mest lønnsomme strategien for samtlige foretak som koordinerer atferden er å opprettholde koordineringsbetingelsene, og at foretakene avstår fra å utvise konkurrerende adferd, snarere enn å benytte muligheten med lavere konkurransetrykk til å tiltrekke seg nye klienter gjennom konkurrerende adferd.¹⁷⁴ Det blir dermed frykten for fremtidig gjengjeldelse som opprettholder koordineringen i markedet.¹⁷⁵ Denne frykten er bare reell dersom det er stor nok sannsynlighet for at det ved avvik iverksettes gjengjeldende tiltak.¹⁷⁶ Av den økonomiske teorien som ligger til grunn for teorien om stilltiende koordinering fremheves det imidlertid at det er tilstrekkelig at det bare foreligger en trussel om at slike gjengjeldende tiltak kan iverksettes.¹⁷⁷

Kontrollen av avvik og eventuelle tiltak som følge av dette må kunne iverksettes snarlig etter at et brudd på koordineringsbetingelsene oppdages. Nøyaktig hvor snarlig en represalie kan

¹⁷² Sag T-342/99 *Airtours plc. mod Kommisjonen*, avsnitt 62.

¹⁷³ Sag T-464/04 *Impala mod Kommisjonen*, avsnitt 465.

¹⁷⁴ Faull (2014) s. 720.

¹⁷⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 52.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Faull (2014) s. 720

påføres foretaket som har brutt betingelsene avhenger imidlertid av gjennomsiktigheten i markedet, og de ulike vilkårene i retningslinjene påvirker i så måte hverandre innbyrdes.¹⁷⁸ Troverdigheten til disse represaliene avhenger av om de andre koordinerende foretakene har insentiv til å iverksette sanksjoner ved avvik. Noen avskrekkende mekanismer, slik som avstraffelse av det avvikende foretaket gjennom å iverksette en kortvarig priskrig eller å øke produksjonen, kan også medføre et kortsiktig økonomisk tap for de foretakene som iverksetter represaliene. Imidlertid betyr ikke dette at insentivet til å iverksette represalier forsvinner, da det kortsiktige tapet kan være mindre enn de langsiktige fordelene med å vende tilbake til den koordinerte adferden.¹⁷⁹

I den aktuelle praksisen fra Konkurransetilsynet gjøres denne vurderingen ut ifra en sannsynlighetsvurdering av om avvik fra koordineringen vil forekomme, basert på om den kortsiktige gevinsten fra å avvike fra koordineringsbetingelsene er større enn gevinsten fra å opprettholde koordineringsbetingelsene.¹⁸⁰ Videre er det av betydning hvilken straffemekanisme som iverksettes, og effektiviteten av dette. Konkurransetilsynet presiserer imidlertid at det ikke er et vilkår at straffemekanismen er kostbar for den som straffer, og at den kan være begrenset til det som anses nødvendig for å veie opp for fortjenesten som konkurrenten har tilegnet seg gjennom avviket.¹⁸¹ Gjennomgangen av vedtakspraksisen til Konkurransfeltet viser at dette vilkåret også tilsynelatende raskt konstateres og legges til grunn som oppfylt.

5.7 Utenforstående konkurrenters reaksjoner

For at en koordinert atferd skal være vellykket, kan ikke reaksjoner fra kunder eller ikke-koordinerende konkurrenter utøve noen risiko mot den koordinerte adferden. Dette innebærer at reaksjonene utenfra ikke må ha noen innvirkning på det konkurranseskadelige utfallet som forventes av den koordinerte atferden. I *Airtours*-dommen uttaler Underretten at Kommisjonen må godtgjøre at

«[...] de nuværende og potensielle konkurrenters forudsigelige reaktion samt forbrukernes reaktion ikke sår tvil om de forventede resultater af den fælles adfærd.»¹⁸²

Til dette vilkåret ligger det to viktige momenter. For det første må det være vanskelig for nye aktører å etablere seg, altså må det foreligge etableringshindringer på markedet.¹⁸³ For det andre

¹⁷⁸ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 52.

¹⁷⁹ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 54.

¹⁸⁰ Vedtak V2019-17, avsnitt 508.

¹⁸¹ *Ibid.* avsnitt 510.

¹⁸² Sag T-342/99 *Airtours plc. mod Kommisjonen*, avsnitt 62.

¹⁸³ Faull (2014) s. 721.

må de øvrige konkurrentene som ikke deltar i den koordinerte atferden ha vanskelig for å utøve et tilstrekkelig konkurransepress.¹⁸⁴

I retningslinjene gis det et eksempel på at der koordineringen har som formål å senke den samlede kapasiteten i markedet, vil sluttforbrukeren bare ta skade dersom virksomheter som ikke selv deltar i koordineringen mangler evne til å effektivt reagere på dette. Dersom de koordinerende foretakene ønsker å senke kapasiteten, vil det altså kunne oppstå en konkurransehindring dersom foretakene som ikke selv deltar i koordineringen mangler evne til å øke produksjonen, slik at netto kapasitet ikke blir den samme og kapasiteten i markedet som resultat går ned. Denne vurderingen synes ut ifra Konkurransetilsynets praksis å gjøres helt konkret, hvor utenforstående aktører vurderes individuelt ut ifra sine forutsetninger.¹⁸⁵

Foretak som regnes som «mavericks» kan ha stor betydning i vurderingen av risikoen for den koordinerte atferden. «Mavericks» er et foretak som er en svært aggressiv konkurrent, gjerne som følge av at det nettopp har fått tilgang til markedet eller har lavere markedsandeler enn ønsket.¹⁸⁶ Tilstedeværelsen av et slikt type foretak på markedet vil ofte ha mye å si for vurderingen av om en foretakssammenslutning vil føre til koordinert adferd, særlig i tilfelle hvor «mavericken» er del av den foreslåtte sammenslutningen.¹⁸⁷

I Linde-saken var foretakets rolle som «maverick» et vesentlig poeng i kommisjonens vurdering av om foretakssammenslutningen ville føre til koordinerte virkninger på markedet.¹⁸⁸ Linde ble beskrevet som «an aggressive player potentially disturbing coordinated behaviour of the incumbents.»¹⁸⁹ Kommisjonen understreket at det at Linde forsvant fra markedet i stor grad ville øke sannsynligheten for at de gjenværende foretakene ville komme til å koordinere atferden sin.

Dersom det kan konstateres at det finnes et slikt aggressivt foretak på markedet, og dette foretaket *ikke* er del av den innmeldte foretakssammenslutningen, kan dette i seg selv være nok til at en inngrepsvurdering basert på koordinerte virkninger frafalles.¹⁹⁰ Dette på bakgrunn av at stabiliteten i markedet ikke nødvendigvis vil minskes dersom foretakssammenslutningen tillates, men «mavericken» består.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ V-2015-29, avsnitt 232-252 og V2019-17, avsnitt 516-536.

¹⁸⁶ Faull (2014) s. 721.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ COMP/M.4141 *LINDE/BOC* (2006) side 36. Saken gjaldt en foretakssammenslutning som ville føre til at en ny og aggressiv aktør på helium-engrosmarkedet, Linde, ville bli fusjonert inn i et større og mer etablert foretak.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Faull (2014) s. 721.

Gjennomgangen av vilkårene som er utviklet i Airtours-dommen og senere nedtegnet i Retningslinjene viser at det gjennom rettsutviklingen er utpenslet kumulative vilkår som må oppfylles for at kollektiv dominans skal kunne sannsynliggjøres som konkurranseskade. Imidlertid viser gjennomgangen at terminologien har endret seg fra en vurdering av kollektiv dominans vil skapes eller styrkes, til en vurdering av om koordinerte virkninger kan sannsynliggjøres.

I tillegg til kollektiv dominans kan det oppstå to andre konkurranseskadelige virkninger i markedet som følge av en foretakssammenslutning. Jeg vil i det følgende drøfte disse inngrepsalternativene.

5.8 Forholdet mellom kollektiv dominans, ensidig dominans og SIEC uten dominans

Den formen for konkurransehindring som det gjøres flest inngrep mot i både Norge og EU er ensidig dominans, enten alene eller sammen med andre former for konkurransehindring.¹⁹¹ Denne konkurransehindringen kjennetegnes i Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger som «ikke-koordinerte virkninger».¹⁹²

I retningslinjene beskrives imidlertid to former for ikke-koordinerte virkninger som kan påvirke konkurransen. Den første er den «tradisjonelle» formen for ensidig dominans som kan skapes eller styrkes som følge av foretakssammenslutningen, hvor ett foretak alene kan utøve konkurransepress på de øvrige aktørene på markedet. Den andre formen er de såkalte «gap»-sakene, hvor konkurransen i betydelig grad kan hindres uten at noen av foretakene på markedet er dominante eller koordinerte.¹⁹³ Sistnevnte konkurransehindring ble det åpnet for å gjøre inngrep mot etter innføringen av SIEC-standarden i fusjonsforordningen, og påfølgende konkurranseloven § 16. I denne delen vil disse formene for konkurranseskade introduseres, med det formål å nyansere kollektiv dominans som ett av konkurransemyndighetenes tre aktuelle inngrepsgrunnlag.

Ensidig dominans kan oppstå der hvor en foretakssammenslutning fører til at viktige konkurransebegrensninger på en eller flere tilbydere forsvinner, som deretter gjør at dominansen til foretaket skapes eller forsterkes.¹⁹⁴ Den mest åpenbare konsekvensen av en foretakssammenslutning er nettopp det at konkurransen mellom de sammenslåtte foretakene forsvinner, og gjør

¹⁹¹ Jones (2019) s. 1119 og Konkurransetilsynet (2023).

¹⁹² Ryssdal (2018) s. 209.

¹⁹³ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 25.

¹⁹⁴ *Ibid.*, avsnitt 24.

at foretaket blir mer dominerende på markedet. Dette igjen gir foretaket muligheten til å øke prisene, redusere kvaliteten, endre valgmulighetene til sluttbrukeren, eller å redusere innovasjonen, uavhengig av reaksjonen til de øvrige konkurrentene på det relevante markedet.¹⁹⁵ Alle disse sluttresultatene kan bidra til at den aktuelle foretakssammenslutningen vil anses for å i betydelig grad hindre effektiv konkurranse av konkurransemyndighetene.

For vurderingen av om ikke-koordinerte virkninger i markedet kan oppstå eller endres er det i likhet med for koordinerte virkninger listet opp en rekke vurderingsmomenter i retningslinjene.¹⁹⁶ Der nevnes blant annet hvorvidt de sammenslåtte foretakene vil få en stor markedsandel og hvorvidt foretakene er nære konkurrenter som to viktige momenter.¹⁹⁷ Jo større markedsandel et foretak har, desto mer sannsynlig er det at foretaket har stor makt i markedet. Vurderingen av markedsandelen og sammenslåing av markedsandeler er i utgangspunktet ment som en innledende vurdering til den videre konkurranseanalysen, særlig da denne vurderingen gjerne tar utgangspunkt i HH-indeksen, men de er likevel ofte sentrale for analysen i sin helhet.¹⁹⁸ Videre er foretakenes konkurransenærhet av relevans, da det i et konkret produktmarked kan være store forskjeller knyttet til hvor ulike produktene er.¹⁹⁹

Disse momentene må ikke alle være til stede for at ikke-koordinerte virkninger kan sannsynliggjøres, og listen i retningslinjene er heller ikke uttømmende. Det legges dermed opp til at det må foretas en helhetlig vurdering av om ikke-koordinerte virkninger kan sannsynliggjøres, basert på det konkrete saksforholdet.

Vurderingen av ensidig dominans er som nevnt over den formen for konkurransehindring som er klart mest undersøkt av både EU-kommisjonen og Konkurransetilsynet. Etter at SIEC-standarden ble innført har Kommisjonen blokkert 11 foretakssammenslutninger, hvorav 8 av disse var basert på at en dominant stilling ville skapes eller styrkes.²⁰⁰

I norsk praksis har det etter at Konkurranseloven trådte i kraft i 2004 blitt fattet rundt 50 vedtak på bakgrunn av ikke-koordinerte virkninger, hvor koordinerte virkninger i samme tidsrom har blitt vurdert 4 ganger. Dette viser at Kommisjonens forventning i retningslinjene om at de aller fleste inngrep ville gjøres på bakgrunn av at en dominant stilling ville skapes eller styrkes var riktig. Dette kan skyldes at det stilles noe lavere krav for å bevise at en dominant stilling vil

¹⁹⁵ Jones (2019) s. 1119.

¹⁹⁶ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 24 til 38.

¹⁹⁷ *Ibid.* avsnitt 27 og 28.

¹⁹⁸ *Ibid.* avsnitt 27.

¹⁹⁹ *Ibid.* avsnitt 28.

²⁰⁰ Kuhn (2020) s. 8.

skapes eller styrkes enn det gjør for kollektiv dominans. Utgangspunktet for en vurdering av enedominans er som regel markedsandeler, som kan regnes ut ved hjelp av relativt enkle matematiske modeller på bakgrunn av et definert relevant marked.²⁰¹ Det finnes samtidig tilfeller hvor markedsandeler ikke er like relevant, og i slike tilfeller vil konkurransenærheten mellom foretakene ha større betydning.²⁰² Det finnes også utfordringer med denne typen vurderinger, blant annet hvilke tall som skal anvendes i de økonomiske analysene, men inngrepsgrunnlaget synes på et generelt grunnlag å være enklere å anvende for konkurransemyndighetene.²⁰³

Etter den opprinnelige fusjonsforordningen av 1989 var det et vilkår at dominans måtte sannsynliggjøres for å gjøre inngrep.²⁰⁴ Etter nåværende bestemmelse i fusjonsforordningen av 2004 og konkurranseloven etter 2016 er ikke lenger dominans av avgjørende betydning, som vist i delkapittel 4.4. Dette innebærer at også andre former for konkurransehindring enn dominans kan oppfylle vilkåret om hindring av effektiv konkurranse. Det tidligere enefokuset på dominans var ikke tilstrekkelig til å fange opp alle resultater av foretakssammenslutninger som kunne føre til konkurranseskadelige konsekvenser. Det har likevel blitt hevdet i juridisk teori at SIEC-standarden utgjør «en marginal utvidelse fra dominansbegrepet», og et flertall av inngrep er som sett over basert på enedominans. Dette er også tydeliggjort i fortalen til någjeldende fusjonsforordning avsnitt 26, hvor det fremgår at en betydelig konkurransebegrensning «generally results from the creation or strengthening of a dominant position».

Ordlydsendringen i både forordningen og etter hvert konkurranseloven hadde imidlertid til formål å tilrettelegge for at det skulle være adgang til å gjøre inngrep mot såkalte «gap»-saker. Dette er tilfeller hvor det ikke kan stadfestes at ensidig eller kollektiv dominans vil oppstå eller forsterkes i markedet som følge av en foretakssammenslutning. Situasjonen omtales i retningslinjene som «non-collusive oligopoly», som innebærer en situasjon hvor foretakene som er igjen på markedet etter foretakssammenslutningen har evne til å utøve markedskraft, selv om det er lite sannsynlig at det vil oppstå koordinert adferd på markedet, og på tross av at ingen foretak er individuelt dominante.²⁰⁵

Der SIEC-testen anvendes i markeder hvor det ikke kan fastslås at noen foretak er dominante, vil fokuset i hovedsak være på hvordan konkurransen utarter seg mellom de fusjonerende foretakene.²⁰⁶ Det oppstilles i fortalen til retningslinjenes artikkel 25 to vilkår for at SIEC-testen

²⁰¹ *Ibid.* s. 9.

²⁰² Ryssdal (2018), s. 210. *Cournot*-konkurranse vs. *Bertrand*-konkurranse.

²⁰³ Venit (2015) s. 294.

²⁰⁴ Østerud (2022) § 16 note 2.

²⁰⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner OJ [2004] C 31, avsnitt 25.

²⁰⁶ Kuhn (2020) s. 10.

skal være oppfylt i et slikt tilfelle. For det første må fusjonen medføre at et viktig konkurransepress mellom de to fusjonerende foretakene forsvinner, og for det andre må konkurransepresset mot de øvrige konkurrentene reduseres. Dette kjennetegnes gjerne som henholdsvis direkte og indirekte prisvirkninger.²⁰⁷ Disse konsekvensene må kunne sannsynliggjøres uten at det på samme tid sannsynliggjøres at de resterende foretakene på oligopolmarkedet vil koordinere atferden sin.

Innføringen av muligheten til å gjøre inngrep mot «gap»-saker har blitt problematisert i juridisk teori, men på ulike grunnlag. Colomo fremhever flere årsaker til at vurderingsmomentene som listes opp i retningslinjene for ikke-koordinerte virkninger er mindre anvendelige i «gap»-saker enn i de typiske tilfellene av ensidig dominans.²⁰⁸ Dette begrunnes i at enhver fusjon i prinsippet kan føre til en konkurransehindring, og det er vanskelig å fastlegge terskelen for når hindringen blir betydelig i slike tilfeller. Videre argumenteres det med at økonomisk teori i «gap»-saker ikke bidrar konkret til fastleggelsen av terskelen for inngrep i disse tilfellene, i motsetning til for kollektiv dominans, og at det dermed er utfordrende å anvende dette inngrepsgrunnlaget i praksis.²⁰⁹

Venit argumenterer på den andre siden med at utvidelsen av ikke-koordinerte virkninger til å også omfatte «gap»-saker gjør det mye mindre relevant å anvende koordinerte virkninger som inngrepsgrunnlag.²¹⁰ Dette begrunnes hovedsakelig med at det er vanskeligere for konkurransemyndighetene å bevise at koordinerte virkninger kan sannsynliggjøres basert på beviskravene og vilkårene som oppstilles i rettspraksis og retningslinjene, enn det er å bevise at det vil oppstå et «gap»-tilfelle.

Dette er med på å illustrere at det er uenigheter i juridisk teori om hvilke konsekvenser innføringen av SIEC-standarden har hatt for kontrollen av foretakssammenslutninger, herunder for kollektiv dominans som inngrepsgrunnlag. Diskusjonen viser imidlertid at anvendelsen av disse inngrepsgrunnlagene i stor grad avhenger av hva konkurransemyndighetene kan bevise som sannsynlig utfall av en foretakssammenslutning. Det er forventet at en avklaring av flere av spørsmålene som reises vedrørende «gap»-saker vil gis ved EU-domstolens avgjørelse i CK Telecoms-saken, som blant annet gjelder spørsmålet om hvilket beviskrav som kan oppstilles i inngrepssaker. Kommisjonen og Underretten er uenige om hvilket beviskrav som gjelder i denne typen saker, og det forventes at EU-domstolen vil gi en endelig avklaring av dette.

²⁰⁷ Venit (2015) s. 295.

²⁰⁸ Colomo (2021) s. 9.

²⁰⁹ *Ibid.* s. 10.

²¹⁰ Venit (2021) s. 295.

5.9 Oppsummering

Gjennomgangen i dette kapittelet har vist hvilke vilkår som må være oppfylt for å gjøre inngrep på bakgrunn av kollektiv dominans. Det helt grunnleggende vilkåret er at det må være mulighet for de koordinerende foretakene å enes om den stilltiende koordineringen. Videre må det være en tilstrekkelig gjennomsiktighet på markedet, koordineringen må være bærekraftig, og reaksjonene fra utenforstående konkurrenter kan ikke påvirke koordineringen.

En tendens som kommer klart frem ved gjennomgang av vilkårene, er hvordan EU-domstolen og konkurransemyndighetene har beveget seg bort fra kollektiv dominans som inngrepsgrunnlag. I praksis etter innføringen av SIEC-standarden brukes «koordinerte virkninger» konsekvent i selve vurderingen av om det skal gjøres inngrep. Dette har sammenheng med at økonomisk teori er gitt en mye større plass i fusjonssaker enn det som var tilfelle før innføringen av SIEC-standarden. Dette gjør at det juridiske begrepet «dominans» har fått mindre selvstendig betydning i disse sakene, og at inngrepsterskelen «betydelig grad hindre effektiv konkurranse» heller ser ut til å bli konstatert som en konsekvens av at konkurransemyndighetene anser det sannsynlig at koordinerte virkninger vil skapes eller styrkes.

Det kan altså se ut som om det settes likhetstegn mellom vilkårene som oppstilles i retningslinjene for horisontale foretakssammenslutninger for å kunne vurdere om koordinerte virkninger kan sannsynliggjøres, og det at foretakssammenslutningen i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Hvorvidt dette faktisk er tilstrekkelig for å konstatere at inngrepsterskelen er oppfylt, må overlates til EU-domstolen eller Høyesterett å avklare nærmere.

Det har imidlertid også vist seg i gjennomgangen av de øvrige inngrepsgrunnlagene at beviskravet i fusjonssaker er av stor betydning for om det kan gjøres inngrep eller ikke. Det kan se ut som at det ved innføringen av SIEC-standarden i praksis ble oppstilt et høyere beviskrav for å kunne sannsynliggjøre koordinerte virkninger, samtidig som beviskravet for å sannsynliggjøre ikke-koordinerte virkninger tilsynelatende ikke ble hevet. Flere store inngrepssaker basert på kollektiv dominans er blitt opphevet for EU-domstolene, basert på at Kommisjonen ikke i tilstrekkelig grad har klart å bevise at konkurransehindringen kan sannsynliggjøres. Ulikheten mellom inngrepsgrunnlagene gjenspeiles også i inngrepsintensiteten til konkurransemyndighetene både nasjonalt og i EU, hvor vesentlig mange flere undersøkelser og inngrep har blitt gjort basert på ikke-koordinerte virkninger etter innføringen av SIEC-standarden. Å gjøre inngrep mot en foretakssammenslutning som vil føre til koordinerte virkninger har tilsynelatende blitt en kompleks oppgave på et juridisk, økonomisk og bevismessig plan. Dette til tross for at selve vilkårene som må oppfylles for å gjøre inngrep synes å være ukompliserte for konkurransemyndighetene å anvende i praksis.

Enda en forklaring på hvorfor anvendelsen av kollektiv dominans som inngrepsgrunnlag er komplisert, kan som vist være selve innføringen av SIEC-standarden i fusjonsforordningen. Da den nye fusjonsforordningen ble innført, med vilkårene fra *Airtours* innlemmet i vurderingen av koordinerte virkninger, ble det ytret bekymringer om at Kommisjonen utelukkende ville gå over til å fatte vedtak om inngrep basert på skadehypotesen om ikke-koordinerte virkninger.²¹¹ Tiden siden innføringen av SIEC-standarden har vist at koordinerte virkninger ikke har forsvunnet helt som inngrepsgrunnlag, men det har etter innføringen av SIEC-testen ikke blitt gjort inngrep utelukkende basert på koordinerte virkninger, verken i EU eller Norge.²¹²

²¹¹ Kuhn (2020) s. 25.

²¹² Kuhn (2020) s. 25 og Konkurransetilsynet (2023).

6 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har gjennom en redegjørelse av inngrepsterskelen i Konkurranseloven § 16 første ledd søkt å belyse hvilke vilkår som må oppfylles for å gjøre inngrep mot en foretakssammenlutning som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse som følge av at en kollektivt dominant stilling skapes eller styrkes. Dette er blitt vist ved å tolke innholdet i konkurranseloven § 16 første ledd første punktum, herunder betydelighetsbegrepet og dominansbegrepet som fremgår av denne, sammenholdt med gjennomgang av forarbeider, retts- og vedtakspraksis og juridisk teori. Denne gjennomgangen av bestemmelsen har vist at kravet om betydelighet innebærer at virkningen må være kvalifisert, og at dermed ikke enhver hindring av konkurransen vil være tilstrekkelig for å gjøre inngrep. Likevel må bestemmelsen vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Videre har gjennomgangen av lovbestemmelsen vist at dominansbegrepet har verdi som koblingsbegrep til tidligere lovgivning, slik at tidligere rettskilder fra før lovendringen skal få verdi i tolkningen og anvendelsen av den nåværende bestemmelsen. Dette innebærer at dominansbegrepet har funksjon som eksempel på et typetilfelle hvor inngrep kan være aktuelt, slik at anvendelsesområdet for bestemmelsen er utvidet til å også omfatte tilfeller hvor dominans ikke er den aktuelle konkurransehindringen.

Gjennomgangen av vilkårene for å gjøre inngrep basert på kollektiv dominans har vist at det ikke nødvendigvis er enkelt å knytte inngrepsgrunnlagene som fremgår av retningslinjene opp mot lovens ordlyd. Konkurranseloven § 16 første ledd gir ikke videre anvisning på hvilke vilkår som må oppstilles for å kunne gjøre inngrep mot kollektiv dominans som aktuell konkurranse-skade. Disse vilkårene er utviklet gjennom rettspraksis, og avhandlingen har videre i gjennomgangen av disse søkt å vise hvor kompleks en slik inngrepsvurdering er. Denne kompleksiteten gir et noe uavklart forhold mellom vilkårene som er utviklet i rettspraksis, og inngrepsbestemmelsen i loven.

Beviskravene som stilles til konkurransemyndighetene for å konstatere en slik konkurranse-skade er også svært høye, da det i praksis har utviklet seg et inngrepsgrunnlag hvor økonomiske momenter har fått svært stor betydning. Hvor den rettslige skranken for inngrep skal ligge, og hvilke momenter som er avgjørende i en slik vurdering, kan med fordel avklares nærmere i konkurranselovgivningen eller gjennom domstolene.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

- Arnesen (2022) Arnesen, F., Hammersvik, S., Hjelmeng E., Kolstad O. og Rognstad O-A. *Oversikt over EØS-retten*. 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2022.
- Colomo (2021) Colomo, Pablo Ibañes. "EU merger control between law and discretion: when is an impediment to effective competition significant?" 44 *World Competition* (2021). Tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3874304>
- Cook (2009) Cook, C. J. og Kerse, C. S. *EC merger control*. 5. utgave, London: Sweet & Maxwell, 2009.
- Faull (2014) Faull, Jonathan, og Nikpay, Ali. *The EU Law of Competition*. 3. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Hjelmeng (2022) Hjelmeng, Erling. «Domstolsprøving i konkurransesaker - særlig om inngrep mot foretakssammenslutninger etter konkurranseloven § 16.» (2022). Tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4008498>
- Hjelmeng (2014) Hjelmeng, Erling og Sjørgard, Lars. *Konkurransopolitikk - rettslig og økonomisk analyse*. 1. utgave, Oslo: Fagbokforlaget, 2014.
- Jones (2019) Jones, Alison, Sufrin, B. E., & Dunne, Niamh. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 7. utgave, Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Juuhl-Langseth (2015) Juuhl-Langseth Jan Magne, Thue Anders, Lazaridis Sofia, Bryng Per Kristian, Østbye Peder, & Jonassen Martin. *Konkurranserett i et nøtteskall*. 1. utgave, Oslo: Gyldendal juridisk, 2015.
- Kuhn (2020) Kuhn, T. "The 16th anniversary of the SIEC test under the EU Merger Regulation-where do we stand?" *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, ZWer.* (2020). Tilgjengelig fra: <https://ssrn.com/abstract=3635289>

- Konkurransetilsynet (2023) <https://konkurransetilsynet.no/vedtak-og-uttalelser/>, hentet 11.04.2023 kl. 17.21, sortert for vedtak om inngrep mot foretakssammenslutning etter paragraf 16.
- Morales (2022) Morales, E. G., & Klein, T. "Mergers: Coordinated Effects." (2022). Tilgjengelig fra: <https://ssrn.com/abstract=4322269>
- Petit (2013) Petit, Nicolas. "The Oligopoly Problem in EU Competition Law" *Research Handbook in European Competition Law*, I. Liannos and D. Geradin eds., Edward Elgar. (2013). Tilgjengelig fra SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1999829>
- Ryssdal (2018) Ryssdal, A. Chr. S., & Størdal, H. Cosma. *Norsk konkurranserett bind II: Fusjonskontroll*. 1. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Venit (2015) Venit, James S. «Widening the Gap - The Substantial Lessening of the Commission's Evidentiary Burden and the Demise of Coordinated Effects under the SIEC Test and Secs. 24/25 of the Horizontal Merger Guidelines.» *European Competition Journal* 11, nummer 2-3 (2015). Tilgjengelig fra: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/eurcomp11&i=294>.
- Witt (2013) Witt, Anne. «From Airtours to Ryanair: Is the More Economic Approach to EU Merger Law Really About More Economics?» *Common Market Law Review*, nummer 49 (2013). Tilgjengelig fra: <https://ssrn.com/abstract=2362926>
- Østerud (2022) «Karnov lovkommentar til konkurranseloven.» I *Lovdata Pro* (2022) hentet 22.04.2023.

7.2 Norske rettskilder

Lover

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

Forarbeider

NOU 2003:12 *Ny konkurranselov*

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

NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov*

Prop.75 L (2012-2013) *Endringer i konkurranselov*

Prop.37 L (2015-2016) *Endringer i konkurranselov (Konkurranseskillemnd, kartellforlik mm.)*

Rettspraksis

HR-2023-299-A *Schibsted/Nettbil*

Rt-2012-1985 *Lengeværende barn (I)*

Vedtak fra Konkurranseskillemnda

V01-2022 DnB/Sbanken 16. mars 2022

Vedtak fra Konkurransetilsynet

V2006-490 *Falck/Viking* Vedtak 22. september 2006

V2011-8 *Lemminkäinen/Mesta* Vedtak 16. mai 2011

V-2015-29 *St1 Nordic OY – Smart Fuel* Vedtak 30. juli 2015

V-2019-17 *Sector alarm* Vedtak 28. mars 2019

V2022-4 *Royal Unibrew/Hansa Borg Holding AS* Vedtak 13. mai 2022

7.3 Internasjonale rettskilder

Traktater og rådsforordninger

Fusjonsforordningen av 1989	Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings.
Fusjonsforordningen av 2004	Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger (fusjonsforordningen).
TEU	<i>Traktaten om den Europæiske Union</i> . Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
TEUF	<i>Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde</i> . Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
EØS	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde</i> , Oporto 2. mai 1992. [Offisiell norsk oversettelse].

Rettspraksis fra EU-domstolene

<i>Case C-68/94 og C-20/95 Kali und Salz</i>	ECLI:EU:C:1998:148
<i>Sag T-102/96 Gencor mod Kommisjonen</i>	ECLI:EU:T:1999:65
<i>Sag T-342/99 Airtours plc. mod Kommisjonen</i>	ECLI:EU:T:2002:146
<i>Case C-12/03 P Tetra Laval v Commission</i>	ECLI:EU:C:2005:87
<i>Sag T-464/06 Impala mod Kommisjonen</i>	ECLI:EU:T:2006:216
<i>Case C-413/06 P Bertelsmann og Sony Corporation of America mot Impala</i>	ECLI:EU:C:2008:392
<i>Sag T-399/16 CK Telecoms UK Investments mod Kommisjonen</i>	ECLI:EU:T:2020:217

Vedtakspraksis fra EU-kommisjonen

<i>COMP/M.4980</i>	<i>ABF/GBI</i>	23. september 2008
<i>COMP/M.4141</i>	<i>LINDE/BOC</i>	6. juni 2006

Retningslinjer

OJ [2004] C 31/3

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings

98/EØS/28/01

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)