

DOMSTOLSPRØVING I KONKURRANSESAKER

– SÆRLIG OM INNGREP MOT FORETAKSSAMMENSLUTNINGER

ETTER KONKURRANSELOVEN § 16

Erling Hjelmeng, professor, Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, og professor II ved Norges Handelshøyskole
e.j.hjelmeng@jus.uio.no

Sammendrag: Artikkelen gjennomgår prinsippene for domstolsprøving av vedtak i saker etter konkurranseloven, og holder dette opp mot en forvaltningsrettslig og EU-rettslig bakgrunn. Fremstillingen viser at Høyesterett i Schibsted/Nettbilsaken stort sett har brakt norsk rett på linje med EU-retten, men at det fortsatt består usikkerheter knyttet til rekkevidden av den såkalte Swingball-doktrinen (tilbakeholdenhet med å overprøve ekspertorganer). Videre vises det at innslaget av økonomiske analyser gjør domstolsprøvingen utfordrende. Artikkelen bruker inngrep i saker om foretakssammenslutninger som eksempel, og diskuterer nyere rettspraksis både om inngrepsstandarden og prøvingsintensiteten.

Nøkkelord: konkurranserett, domstolsprøving, fusjonskontroll

1 Innledning

Domstolskontroll med vedtak fra konkurransemyndighetene har vært en lite utforsket del av norsk forvaltningsrett.¹ I senere tid har også norske domstoler eksplisitt vist tilbakeholdenhet med å overprøve konkurransemyndighetenes vedtak, med henvisning til den såkalte swingball-doktrinen,² mens en slik generell begrensning nå må sies å være utelukket etter Høyesteretts dom i Schibsted/Nettbil-saken.³

Siktemålet med artikkelen er å analysere nærmere hvilke rammer som egentlig gjelder for domstolsprøving i konkurransesaker. Feltet konkurranserett er komplekst, og med et betydelig innslag av økonomiske vurderinger har dette nok gitt konkurranseretten et visst mystisk preg, som dommere kan ha kviet seg for å gå inn på. Samtidig er de fleste materielle inngrepsnormer i konkurranseloven EØS-harmonisert, og det er derfor også grunn til å vurdere hvordan domstolsprøvingen innenfor EU/EØS er lagt opp. Dessuten kommer menneskerettslige krav til domstolsprøving inn der det er tale om straffeliknende sanksjoner.

I norsk forvaltningsrettsteori har det ofte vært et fokus på domstolens tilbakeholdenhet med å overprøve forvaltningen, selv om selve læren om begrenset domstolsprøving fremstår som omstridt. Signalene fra senere rettspraksis er imidlertid ikke entydige.

Artikkelen fokuserer særlig på domstolsprøving i fusjonssaker. Jeg har valgt å fokusere på dette fordi innslaget av økonomiske vurderinger her er svært fremtredende i konkurransemyndighetenes inngrepsvedtak. Det er også i fusjonssaker at det i EU-retten har

¹ Takk til deltakerne på Vestliaseminaret i konkurranserett 2022 for nyttige diskusjoner og kommentarer til en tidligere versjon av manuskriptet.

² Etter Rt. 1975 s. 603, jf. nærmere nedenfor.

³ HR-2023-299-A, avsagt 16. februar 2023.

kommet viktige avklaringer om rammene for domstolsprøving.⁴ Det samme gjelder terskelen for å gripe inn mot foretakssammenslutninger.

Artikkelen er strukturert som følger: I punkt 2 nedenfor gjennomgås de generelle utgangspunkter for domstolsprøving i konkurransesaker. Innledningsvis defineres økonomiens rolle, og EU-rettsens lære om full prøving med forbehold for såkalte «complex economic matters» drøftes. Deretter ses det nærmere på utviklingen i domstolsprøvingen etter konkurranseloven. I forlengelsen av dette tar jeg i punkt 3 opp spørsmål knyttet til beviskrav og bevisbedømmelse, før jeg i punkt 4 ser nærmere på vurderingen i fusjonssaker, med særlig fokus på de såkalte «gap-cases». Paradoksalt nok har de fleste av Konkurransetilsynets inngrepsvedtak siden inngrepsterskelen ble EØS-harmonisert i 2016, blitt behandlet som slike saker.

2 Domstolsprøving

2.1 Innledning

Innenfor forvaltningsretten har det vært en lang og til dels rotete diskusjon om domstolsprøving av forvaltningsvedtak.⁵ Generelt er det lagt til grunn at prøvingen vil være begrenset, særlig der det benyttes skjønnsmessige eller vage lovvilkår. Der forvaltningen er tillagt et skjønn, utøves det likevel kontroll etter den såkalte myndighetsmisbrukslæren.⁶ Den forvaltningsrettslige teorien kan likevel ikke sies å ha kommet frem til en enhetlig formulering av denne læren. Også ut fra rettspraksis fremstår feltet som noe uavklart.⁷

Formålet med denne artikkelen er ikke å videreutvikle den forvaltningsrettslige teorien på området, men å undersøke mer konkret hvilke rammer for domstolsprøving som gjelder på konkurranserettens område og mer spesifikt i fusjonssaker. Jeg utfordrer derfor ikke det jeg oppfatter som etablert terminologi, som skiller mellom rettsanvendelsesskjønn, subsumsjonsskjønn og kan-skjønn.⁸

Konkurranseretten er et område med tunge innslag av økonomi og økonomiske analyser. I praksis har nettopp dette ført til en begrensning i domstolsprøvingen fra EU-domstolens side. Jeg starter derfor med en kort oversikt over ulike måter økonomiske resonnementer kommer inn på i konkurransesaker.

2.2 Økonomiens rolle i konkurranseretten

Økonomi kan for jurister fremstå som «mystisk» og noe man viker tilbake for å etterprøve.⁹ Nettopp dette forholdet er en begrunnelse for at f.eks. Konkurranseskjønnsnemnda er satt opp

⁴ Se senest sak C-376/20 P CK Telecoms, EU:C:2023:651 (13. juli 2023).

⁵ Se oversikten i Henriette N. Tøssebro: Læren om begrenset domstolskontroll, i Tøssebro (red.): *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Universitetsforlaget 2019, s. 177–210.

⁶ Se nærmere Tøssebro, op.cit., s. 178 med videre henvisninger.

⁷ Se f.eks. HR-2021-953-A, Selvaag, avsnitt 59, der Høyesterett ikke går inn på spørsmålet om subsumsjonen under vilkårene i plan- og bygningsloven § 12-7 nr. 10 (rekkefølgekrav) kunne prøves.

⁸ Disse og flere andre begreper utfordres av Tøssebro, op.cit., som også oppstiller en alternativ modell basert på «betingelesskjønn», «følgeskjønn» og «modalitetsskjønn».

⁹ Ulike metoder og tankesett hos hhv. jurister og økonomer og utfordringene dette kan skape i rettsanvendelsen, er nærmere diskutert i Marios Iacovides og Marion Jansen: *Lost in Translation: Communication and Interpretation Challenges Related to Economic Evidence in Trade Disputes*, i Jansen,

med både jurister og økonomer. Det er imidlertid stor ulikhet mellom økonomiske vurderinger i konkurranseretten. I noen tilfeller vil økonomiske vurderinger inngå som en sentral del av et inngrepsgrunnlag, f.eks. i fusjonssaker. Her dreier det seg typisk om å predikere fremtidig atferd ut fra økonomiske analyser, f.eks. gjennom prispressanalyser. Slike vurderinger blir en del av bevisvurderingen med hensyn til om inngrepsvilkåret faktisk er oppfylt, og vil måtte tilfredsstille de kravene som stilles til bevis (eller slik Høyesterett har formulert det: bidra til å etablere «forsvarlige» prognoser om fremtidig atferd, jf. nedenfor).¹⁰

I andre tilfeller kan økonomiske vurderinger typisk være en del av rettsanvendelsen, i betydningen tolkning av rettsreglene. Dette vil f.eks. være tilfellet ved informasjonsutveksling mellom konkurrenter, der økonomisk teori gir anvisning på vurderingstemaer bl.a. knyttet til markedsstruktur og informasjonsutvekslingens art. Den konkrete vurderingen, dvs. om markedet *har* disse karakteristika og om den konkrete utvekslingens art er slik at den kan skape konkurranseproblemer, må anses som en del av bevisvurderingen. Sagt på en annen måte vil tilsynet måtte oppfylle sin bevisbyrde for at inngrepsvilkåret er oppfylt, bl.a. gjennom økonomiske vurderinger.

Økonomi kommer således inn på i alle fall tre måter i konkurranseretten, holdt opp mot rettsanvendelsesprosessen. For det første vil økonomisk teori kunne bidra ved tolkningen av de konkurranserettslige standardene, i EU f.eks. ved at vurderingen av utveksling av informasjon mellom konkurrenter er formulert ut fra økonomisk teori, der man må vurdere informasjonens art og utvekslingens hyppighet opp mot markedets struktur.¹¹

For det andre kommer økonomien inn også når både faktum og økonomiske effekter skal bevises, enten det gjelder spørsmålet om det er andre plausible forklaringer på en gitt markedsopptreden,¹² eller det gjelder fremtidige effekter av en foretakssammenslutning.¹³ For eksempel i Høyesteretts kjennelse i Telenor-saken, som gjaldt innsyn i økonomiske vurderinger, kom ankeutvalget til at

«[a]v særlig betydning synes å være om, og i tilfelle i hvilket omfang, den gjestingsavtalen Telenor inngikk, begrenset Network Norway AS' insentiver til å bygge ut det tredje mobilnettet. Dette peker mot en klarlegging av forretningsmessige sammenhenger og mekanismer av fagøkonomisk karakter, blant annet basert på analyser av de relevante markedsforholdene. Slike sammenhenger er her av faktisk, ikke rettslig art.¹⁴».

For det tredje kommer økonomien inn i subsumsjonen, dvs. anvendelsen av rettsregelen på faktum, rett og slett fordi de konkurranserettslige normene ikke forholder seg til et rent faktum i betydningen objektivt konstaterbare kjensgjerninger, men til en økonomisk vurdering av dem. Den siste konstellasjonen er en miks av juss og økonomi.

Pauwelyn og Carpenter: *The Use of Economics in International Trade and Investment Disputes*, Cambridge 2017, s. 164–191 (DOI: <https://doi.org/10.1017/9781316534922.009>).

¹⁰ Økonomiske vurderinger kan også være del av en bevisbedømmelse om hvorvidt foretak har samarbeidet eller ikke. Det klassiske eksempelet er forente saker C-89 etc./85 Woodpulp, EU:C:1993:120, avsnitt 71 flg., der økonomiske vurderinger knyttet til markedets struktur førte til at samordning mellom foretak ikke kunne anses som den eneste plausible forklaringen på parallell prissetting.

¹¹ Sak C-7/95 P John Deere vs. Kommisjonen, EU:C:1998:256, avsnitt 89–90.

¹² Forente saker 89 etc./85, Ahlström mfl., EU:C:1993:120, avsnitt 71 og 126 (samt den mellomliggende vurderingen).

¹³ Sak C-12/03 P (EU:C:2005:87), avsnitt 42–45.

I *Telenor* legger Konkurranseskadeforvaltningsnemnda for bevisvurderingen til grunn at økonomiske vurderinger er en del av rettsanvendelsen, og at de konklusjoner som da trekkes, ikke trenger å være bevist med «klar sannsynlighetsovervekt».¹⁵ Nemnda anser likevel «bevisfakta som ligger til grunn for og inngår som faktiske premisser for konkurranseøkonomiske analyser og vurderinger», som underlagt det skjerpede beviskravet som gjelder i gebyrsaker («klar sannsynlighetsovervekt»). Dette fremstår som unyansert. Særlig ved prospektive vurderinger, som gjelder konkurransesituasjonen fremover i tid, er det klart at konkurransemyndighetene vil måtte underbygge sine skadehypoteser bl.a. gjennom økonomiske analyser og hvordan foretaks incentiver gjør seg gjeldende innenfor visse markedsstrukturer. Dette er klart bevisbedømmelse, og i en fusjonskontekst må det også sannsynliggjøres at forholdene faktisk vil være slik konkurransemyndighetene påstår. Dette underbygges også av Høyesterett kjennelse i *Telenor*, sitert ovenfor. Tilsvarende gjelder der det – som i *Telenor*-saken – var tale om å etablere konkurranseskadelige virkninger (eller i alle fall at misbrukshandlingene hadde årsaksevne i så måte).

Likevel er ikke økonomiske vurderinger *normative* i den forstand at de i seg selv sier noe om en gitt atferd eller en foretakssammenslutning er ulovlig eller skal gripes inn mot. Derimot må de økonomiske analysene foretas innenfor rammene av de rettslige kriteriene, herunder – etter forholdene – også tilfredsstillende krav til bevis.¹⁶ Sagt på en annen måte må det kartet som økonomisk teori tilbyr, alltid måtte avstemmes med det reelle terrenget ute i markedet, og det vil ikke kunne sluttes direkte fra en økonomisk modells prediksjoner til at effektene også vil oppstå i det konkrete markedet som vurderes.

2.3 EU-retten og begrenset prøving av «complex economic matters»

I EU-retten gjelder det et utgangspunkt om full prøving av Kommisjonens vedtak.¹⁷ Domstolsprøvingen er like fullt begrenset til en gyldighetsprøving av vedtak,¹⁸ bortsett fra i bøtesaker, der det er full kompetanse, jf. forordning 1/2003 art. 31. De alminnelige rammer for domstolsprøving i EU-retten trekkes opp av TEUV art. 263(2), som nevner «lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application, or misuse of powers».¹⁹ I konkurransesaker er det på det rene at det skjer en grundig etterprøving både av faktiske og rettslige spørsmål.²⁰ EU-domstolen har uttrykt dette slik at

«[i]n carrying out such a review, the Courts cannot use the Commission's margin of discretion – either as regards the choice of factors taken into account in the application of the criteria mentioned in the Guidelines or as regards the assessment of those factors – as a basis for dispensing with the conduct of an in-depth review of the law and of the facts».²¹

Domstolen har utdypet dette som følger:

«[T]he scope of judicial review provided for in Article 263 TFEU extends to all the elements of Commission decisions relating to proceedings applying Articles 101 and 102 TFEU which are subject to

¹⁵ Sak 2019/34, avgjørelse av 19. juni 2019 (KTKN-2019-34), punkt 120.

¹⁶ For flere perspektiver, se Andriani Kalintiri: *Evidence Standards in EU Competition Enforcement, The EU Approach*, Hart Pub. 2019 (<http://doi.org/10.5040/9781509919697>), s. 28–30. Forholdet er tydelig fremme i Schibsted/Nettbil, HR-2023-299-A, avsnitt 100 og 109. "Terskelen" som det der tales om, er nettopp den rettslige normeringen.

¹⁷ For en generell fremstilling, se David Bailey: «Scope of Judicial Review under Article 81 EC», 41 *C.M.L. Rev.* 1327–1360 (2004).

¹⁸ Se sak T-210/01 General Electric, EU:T:2005:456, avsnitt 312.

¹⁹ For EFTA-domstolen se Overvåknings- og domstolsavtalen (ODA) art. 36.

²⁰ Se også EFTA-domstolen i sak E-12/20 Telenor, avsnitt 75–82.

²¹ Sak C-386/10 P Chalkor, EU:C:2011:815 avsnitt 62 (min uthevelse).

in-depth review by the General Court, in law and in fact, in the light of the pleas raised by the appellant and taking into account all the relevant evidence submitted by the latter.»²²

Prøvingen av et vedtaks gyldighet i henhold til TEUV art. 263(2) innebærer således en full prøving av de rettslige og faktiske omstendigheter vedtaket bygger på. EU-domstolen har likevel unnlatt å foreta en full prøving ved såkalte «complex economic matters».²³ Underretten har formulert dette slik at «it is not for the Court to substitute its own economic assessment for that of the institution which adopted the decision».²⁴ Dette utgangspunktet ble etablert allerede i Remia, og Domstolen formulerte seg slik at ettersom Kommisjonen «has to appraise complex economic matters»,

«[t]he Court must therefore limit its review of such an appraisal to verifying whether the relevant procedural rules have been complied with, whether the statement of the reasons for the decision is adequate, whether the facts have been accurately stated and whether there has been any manifest error of appraisal or a misuse of powers».²⁵

Selv om prøvingen er mer begrenset, er det likevel slik at domstolene vil ettergå sentrale elementer i Kommisjonens vurdering. I Tetra Laval heter det at

«[w]hilst the Court recognises that the Commission has a margin of discretion with regard to economic matters, that does not mean that the Community Courts must refrain from reviewing the Commission's interpretation of information of an economic nature. Not only must the Community Courts, inter alia, establish whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it. Such a review is all the more necessary in the case of a prospective analysis required when examining a planned merger with conglomerate effect».²⁶

Prøvingen av slike forhold i EU-retten retter seg dermed mot det faktiske grunnlaget og måten analysen er gjennomført på. Det må da foreligge «manifest error of appraisal or a misuse of powers».²⁷ Særlig er det grunn til å peke på følgende forhold: *nøyaktigheten* i det materialet som legges til grunn, om dette materialet inneholder *all informasjon* som er nødvendig for å vurdere en kompleks situasjon, og etterprøvingen av *kvaliteten i den økonomiske analysen*, dvs. om grunnlaget er tilstrekkelig for å begrunne de konklusjoner som trekkes fra det. Domstolen vil imidlertid ikke foreta en egen økonomisk vurdering og dermed erstatte Kommisjonens økonomiske skjønn med sitt eget.²⁸

²² Sak C-99/17 P Infineon Technologies AG, EU:C:2018:773, avsnitt 48, med henvisning til sak C-603/13 P Galp Energía, EU:C:2016:38, avsnitt 72.

²³ Se Andriani Kalintiri: What's in a Name? The Marginal Standard of Review of "Complex Economic Assessments" in EU Competition Enforcement, 53 *C.M.L.Rev* 1283–1316 (2016). Jf. også José Luís da Cruz Vilaça: «The intensity of judicial review in complex economic matters – recent competition law judgments of the Court of Justice of the EU», 6 *Journal of Antitrust Enforcement* (2018) s. 173–188. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jny003>.

²⁴ Sak T-168/01, EU:T:2006:265, avsnitt 243. Senere er dette gjentatt i en rekke saker, se sak T-370/17 KPN, EU:T:2019:354, avsnitt 107 med henvisninger, og sak T-584/19 Thyssenkrupp, EU:T:2022:386, avsnitt 276.

²⁵ Sak 42/84 Remia, EU:C:1985:327, avsnitt 34. Se Kalintiri (2016), og Marc van der Woude, «Judicial Control in Complex Economic Matters» (2019), 10 *Journal of European Competition Law & Practice* 415.

²⁶ Sak C-12/03 P Tetra Laval BV, EU:C:2005:87, avsnitt 39. Se også forente saker C-68/94 og 30/95 Kali & Salz, EU:C:1998:148, avsnitt 221–224, sak C-386/10 P Chalkor, EU:C:2011:815 avsnitt 54 og tilsvarende i sak C-376/20 P CK Telecoms (EU:C:2023:561), avsnitt 124–125.

²⁷ Jf. Remia, l.c.

²⁸ En begrenset prøving er det heller ikke rom for dersom økonomisk teori benyttes som grunnlag for å oppstille en rettsregel, dvs. som ledd i rettsanvendelsen.

Hva prøvingsterskelen konkret innebærer, er det vanskelig å gi et generelt svar på. Rettspraksis viser for det første at feil i faktum gir grunnlag for overprøving.²⁹ Videre vil manglende hensyntagen til relevant materiale kunne utgjøre en «manifest error».³⁰ Dette var f.eks. en gjenganger i de tre sakene hvor Kommisjonens vedtak i fusjonssaker ble opphevet i 2002.³¹ Videre vil det kunne foreligge en «manifest error» dersom Kommisjonen har bygget analysen på faktorer som ikke anses som relevante. F.eks. i Airtours kom Underretten til at Kommisjonen hadde bygget på fakta som den anså som «immateriale».³² Endelig, og dette er kanskje det mest sentrale, vil manglende oppfyllelse av bevisstandarder utgjøre en «manifest error».³³ Dette betyr ikke nødvendigvis at den analysen som er utført, er feilaktig, men at den ikke møter de kravene som de materielle vilkårene og beviskravet oppstiller. I CEAHR (misbrukssak) hadde Kommisjonen f.eks. ikke fremført tilstrekkelige bevis for markedsavgrensningen.³⁴ Tilsvarende kom Underretten i Airtours til at Kommisjonen ikke hadde bevist at foretakssammenslutningen ville endre markedets struktur på en slik måte at det ville oppstå en kollektivt dominerende stilling.³⁵ I General Electric hadde Kommisjonen heller ikke bevist at det sammenslåtte foretaket faktisk ville engasjere seg i misbrukshandlinger.³⁶ Også Underrettens dom i CK Telecoms gir et eksempel på dette. Her kom retten til at Kommisjonen hadde sluttet direkte fra at det forelå en eliminering av en «important competitive constraint» (jf. fortalen punkt 25), til at det forelå en SIEC.³⁷ Domstolen opphevet likevel Underrettens dom, siden domstolen kom til at Kommisjonen ikke på den måten retten fremstilte det, hadde bygget på et så snevert inngrepsgrunnlag.³⁸

2.4 Prøvingsintensitet etter konkurranseloven

Begrensninger i prøvingen har som påpekt i innledningen gjerne vært knyttet til forvaltningens skjønnsfrihet. I konkurranseloven er det imidlertid ikke tale om noe forvaltningsskjønn, hverken i de forbudsfestede atferdsreglene (§§ 10 og 11) eller i inngrepshjemmelen mot fusjoner og oppkjøp (§§ 16 og 16A).

I krrl. § 39 tredje ledd heter det at «[r]etten kan prøve alle sider av saken».³⁹ Dette prinsippet er, i alle fall som et utgangspunkt, ikke begrenset til enkelte former for vedtak av

²⁹ Se sak 62/86 AKZO, EU:C:1991:286, avsnitt 116–121. Også sak C-413/06 P Impala (Bertelsmann mfl.), EU:C:2008:392, avsnitt 250–253, viser at Domstolen går dypt inn på faktum også i saker der det eksplisitt anerkjennes at det foreligger komplekse økonomiske vurderingstema. Se også forente saker C-68/94 og 30/95 Kali & Salz, EU:C:1998:148, avsnitt 225 flg. der Domstolen opphevet Kommisjonens vedtak som følge av mangler ved den økonomiske vurderingen av koordinerte virkninger.

³⁰ Se sak 27/76 United Brands EU:C:1978:22, avsnitt 252–256.

³¹ Sak T-342/99 Airtours plc vs. Kommisjonen, EU:T:2002:146, sak T-310/01 Schneider Electric SA vs. Kommisjonen, EU:T:2002:254 og sak T-5/02 Tetra Laval BV vs. Kommisjonen, EU:T:2002:264, opprettholdt i sak C-12/03 P Kommisjonen v Tetra Laval, EU:C:2005:87.

³² Sak T-342/99 Airtours plc vs. Kommisjonen, EU:T:2002:146, avsnitt 214.

³³ Se Kalintiri (2016), s. 1301.

³⁴ Sak T-427/08 CEAHR, EU:T:2010:517, avsnitt 107.

³⁵ Sak T-342/99 Airtours plc vs. Kommisjonen, EU:T:2002:146, avsnitt 293.

³⁶ Sak T-210/00 General Electric, EU:T:2005:456, avsnitt 470–474.

³⁷ Sak T-399/16 CK Telecoms, EU:T:2020:217, avsnitt 173.

³⁸ Sak C-376/20 P CK Telecoms, EU:C:2023:561, avsnitt 149. Dommen inneholder også prinsipielle uttalelser om at fortalen ikke kan fravike ordlyden i en EU-rettsakt, se avsnitt 105.

³⁹ For en generell fremstilling av lovbestemmelser som benytter denne formuleringen for å angi en utvidet prøvingsadgang, se Karl Harald Søvig: «Utvidet domstolskontroll med forvaltningsvedtak – et spørsmål om ugyldighet?», i Tøssebro (red.): *Ugyldighet i forvaltningsretten*, Universitetsforlaget 2019, s. 211–239.

Konkurransetilsynet eller Konkurransklagenemnda. Hva formuleringen innebærer, er utdypet av Høyesterett i Tine-saken:

«I Ot.prp.nr.6 (2003–2004) på side 241 heter det: ‘Retten kompetanse tilsvarer departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker.’ Retten kan dermed prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Den kan fatte nytt vedtak dersom tilsynets vedtak er ugyldig, eller dersom den mener det ikke bør ilegges gebyr eller gebyrets størrelse bør endres. Noen innskrenkende tolkning på bakgrunn av lovens øvrige forarbeider, Sanksjonsutvalgets utredning eller forarbeidene til lov om offentlige anskaffelser, slik Tine anfører, mener jeg det ikke er grunnlag for.»⁴⁰

Disse uttalelsene gjelder riktignok den tidligere krrl. § 29 fjerde ledd, som var begrenset til å gjelde prøvelsen av overtredelsesgebyr.⁴¹ For sanksjoner som etter EMK anses som straff, er det også et EMK-rettslig krav om full prøving.⁴²

Forarbeidene til § 39 tredje ledd viser likevel til den tidligere krrl. § 29 fjerde ledd, og det er intet som tyder på at prøvingsadgangen skulle være mer begrenset i andre saker enn overtredelsesgebyr.⁴³ Tatt på ordet betyr utvidelsen av den tidligere § 29 fjerde ledd til alle former for vedtak en utvidelse av domstolskontrollen. Likevel har det neppe vært meningen at domstolene i alle saker – herunder fusjonssaker – skal kunne fatte eget realitetsvedtak i saken, dvs. at det utenfor bøtesakene skal være en prøving utover en gyldighetskontroll.⁴⁴

For fusjonssaker ble spørsmålet om skjønn også tatt opp eksplisitt i forarbeidene. I NOU 2012: 7 heter det:

«Utvalget har videre vurdert gjeldende retts ordlyd med tanke på prøvingsadgangen og spørsmålet om fritt skjønn. I gjeldende rett heter det at tilsynet ‘skal’ gripe inn hvis tilsynet ‘finner’ at inngrepsvilkåret er oppfylt. Uttrykket ‘finner’ benyttes normalt for å indikere en skjønnsfrihet for forvaltningen. Inngrepsvilkåret i konkurranseloven fremstår imidlertid i realiteten som et løvbundet skjønn, der domstolene vil kunne prøve alle sidene av saken. Det er imidlertid ikke grunn til å opprettholde en formulering som indikerer et fritt skjønn. Utvalget vil derfor gå inn for at inngrepsvilkåret knyttes direkte mot ‘skal’ nedlegge forbud.»⁴⁵

⁴⁰ Rt. 2011 s. 910, avsnitt 51.

⁴¹ Tilsvarende gjelder i EU- og EØS-konkurranseretten, der Domstolen i bøtesaker eksplisitt er tillagt full kompetanse. Jf. Rådsforordning 1/2003 art. 31 («unlimited jurisdiction»). For et eksempel på at overtredelsesgebyr ble skjerpet i domstolene, se Borgartings dom i den såkalte asfaltsaken (LB-2014-76039). Gebyret ble økt fra 140 til 150 mill. NOK pga. gjentatt overtredelse.

⁴² Omtalt i NOU 2014: 11 Konkurransklagenemnda, s. 28, med henvisning til NOU 2003: 15 Fra bot til bedring. Jf. EMD i A. MENARINI DIAGNOSTICS S.R.L. c. ITALIE, (Requête no 43509/08), avsnitt 59, der det stilles krav om at vedtak om sanksjoner som betegnes som straff, skal være underlagt «le contrôle ultérieur d’un organe judiciaire de pleine juridiction» (min uthevelse). Se videre Whish/Bailey: *Competition Law*, 10th ed. 2021, s. 260 med videre henvisninger til EU- og UK-praksis. Tilsvarende krav kan utledes av EUs Charter om grunnleggende rettigheter art. 47, se f.eks. sak C-682/15 Berlioz Investment, EU:C:2017:373, slutningen.

⁴³ Også Søvig, op.cit., s. 233, legger til grunn at formuleringen gjelder generelt for konkurransemyndighetenes vedtak om å bringe ulovlig atferd til opphør (dvs. krrl. § 12), men uttaler seg ikke om fusjonssaker.

⁴⁴ I NOU 2014: 11 Konkurransklagenemnda ble det uttalt at «[u]tvalget legger til grunn at de særlige hensyn som ligger til grunn for den omfattende domstolsprøvingen av gebyrsaker, ikke gjør seg gjeldende i fusjonssakene eller andre konkurransesaker» (s. 132). Spørsmålet ble ikke drøftet i lovproposisjonen (Prop. 37 L (2015–2016)). Se også Eirik Østerud: «Faktumtidspunktet ved konkurranserettslig inngrep mot foretakssammenslutninger», *Tjff* 2019, s. 123–147, s. 145, som setter spørsmålstegn ved begrunnelsen, men legger til grunn at bestemmelsen også gjelder fusjonssaker.

⁴⁵ NOU 2012: 7, s. 111 (artikkelforfatteren ledet dette utvalget).

Dette ble også løsningen i loven, og ble videreført da inngrepsstandarden ble endret i 2016.

Gjennomgangen viser at det ikke foreligger noen skjønnsfrihet med hensyn til om inngrepsvilkåret (betydelig begrensning i effektiv konkurranse) er oppfylt og dermed at domstolen i alle fall som utgangspunkt har full kompetanse til å prøve alle sider av saken. Dette inkluderer en full gyldighetsprøving.

Om det dermed er adgang til å fatte ny realitetsavgjørelse i en fusjonssak, er usikkert. En slik problemstilling kunne tenkes å oppstå dersom domstolen mente at tilsynet og nemnda hadde bygget på feil grunnlag, men også selv ønsket å forby foretakssammenslutningen f.eks. ut fra en alternativ skadehypotese. Klart nok er det at domstolen f.eks. ikke vil kunne godta nye forslag til avhjelpende tiltak, og at det dermed uansett ikke vil dreie seg om en ny og fullstendig prøving av alle sider av saken utover en gyldighetskontroll.⁴⁶ Det kan dermed hevdes at det generelle tillegget om at domstolene kan prøve alle sider av saken, i alle fall i fusjonssaker går for langt. At domstolen hadde stadfestet vedtaket ut fra en avvikende skadehypotese, ville etter mitt syn vært problematisk ut fra både domstolens faglige kompetanse og utredningsmuligheter.⁴⁷ En slik kompetanse går også utover kompetansen i EU-retten, der det (med unntak av bøtetilfellene) er en ren legalitetskontroll, jf. nedenfor.

I norsk rettspraksis har domstolene likevel utvist en mer generell tilbakeholdenhet i prøvingen, der det har dreid seg om vedtak fra særskilt kvalifiserte organer.⁴⁸ Denne forsiktigheten omtales ofte som Swingball-doktrinen etter Rt. 1975 s. 603. Saken gjaldt Patentstyrets avslag av en patentsøknad med den begrunnelse at oppfinnelsen ikke hadde tilstrekkelig nyhetsverdi. I likhet med etter krrl. § 39 tredje ledd la Høyesterett til grunn at det var en full prøvelsesrett (over det som ble kalt «subsumsjonsskjønn»), men uttalte at

«[s]om allerede sagt, finner jeg at dette skjønn kan prøves av domstolene. Jeg understreker imidlertid at det er all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med».⁴⁹

Denne tilbakeholdenheten har blitt bekreftet i senere saker, bl.a. i forbindelse med innvandringsmyndighetenes særlige landkunnskap.⁵⁰ En slik tilbakeholdenhet overfor organer med særlig erfaringsbasert innsikt i *faktiske problemstillinger* som en domstol nødvendigvis har begrenset evne til å sette seg inn i, er forståelig. Med Bernt kan man si at domstolenes prøvingsrett bør være begrenset av hva de mener at de er egnet til å vurdere.⁵¹ Likevel stiller en slik holdning krav til både hva som kan etterprøves, men også til hvorfor det eventuelt *ikke*

⁴⁶ Østerud (2019), s. 146.

⁴⁷ I tidligere klagepraksis er det imidlertid eksempler på at klageinstansen har opprettholdt et vedtak begrunnet i en annen skadehypotese enn Konkurransetilsynets. I Falck/Viking (vedtak V2006-490 av 22.9.2006) hadde tilsynet forbudt transaksjonen på grunnlag av koordinerte virkninger. Departementet opprettholdt forbudet, men begrunnet i ensidige virkninger (ensidig utnyttelse av markedsrett), se Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 17.1.2007. Om saken, se Erling Hjelmeng og Lars Sjørgard: *Konkurransopolitikk, rettslig og økonomisk analyse*, Fagbokforlaget 2014, s. 664–666.

⁴⁸ Se inngående Jørgen Vangsnes: «Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen», *TfR* 2014 s. 131–205.

⁴⁹ Rt. 1975 s. 603, s. 606.

⁵⁰ Se f.eks. Rt. 2015 s. 1388. I Schibsted/Nettbil viser Høyesterett også til HR-2021-2552-A Ung ufør, avsnitt 32, og HR-2022-718-A Hyttekarantene, som begge gjaldt medisinskfaglige vurderinger, og dessuten Rt. 2008 s. 1555 Biomar.

⁵¹ J.F. Bernt: «Rammene for rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser – Fra fritt skjønn til pragmatiske vurderinger?», *JV* (2016) 51, s. 324–342, på s. 339.

kan etterprøves av domstolene. I konkurransesaker vil typisk muligheten til å sette domstolen med fagkyndige meddommere i henhold til tvl. § 19-12 være sentral.⁵²

Også i konkurransesaker har det vært vist til Swingball-doktrinen, som har blitt tatt til inntekt for en begrenset prøving også i slike saker. I Telenor-saken, som gjaldt overtredelsesgebyr for brudd på krrl. § 11, påpekte Gulating lagmannsrett således at det måtte utvises en «viss varsomhet» ved overprøvingen av Konkurransetilsynets og Konkurransklagenemndas vedtak.⁵³

I Høyesteretts avgjørelse i Schibsted/Nettbil ble prøvingsintensiteten behandlet eksplisitt, uten at spørsmålet kan sies å være endelig avklart.⁵⁴ Høyesterett tok ikke avstand fra den prinsipielle holdningen Gulating la til grunn i Telenor. Etter å ha vist til Swingball og senere praksis heter det:

«Konkurransklagenemndas medlemmer er jurister og sivil- og samfunnsøkonomer med spesialkompetanse i konkurranserett og konkurranseøkonomi. Nemndas særlige fagkompetanse og sakstilfang gjør den til et faglig ekspertorgan.»⁵⁵

Deretter går Høyesterett over på en vurdering av hvor «tilbakeholdne domstolene bør være ved prøving av vedtak i en konkurransesak». Det siteres først fra Thyssenkrupp om at domstolen ikke skal erstatte konkurransemyndighetenes økonomiske analyser med sine egne, jf. ovenfor i punkt 2.3.⁵⁶ Deretter sies det:

«Begrenset prøving betyr altså ikke at domstolen skal avstå fra å etterprøve konkurransemyndighetenes tolkning av informasjon av økonomisk karakter. Domstolene må dessuten kunne prøve om bevisene er troverdige og konsistente, om de gir tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre saken og om de er egnet til å underbygge konklusjonen.»⁵⁷

Det følger av dette at Høyesterett ikke avviser anvendelsen av Swingball-doktrinen i konkurranseretten, og for så vidt gjelder økonomiske analyser, tolkes denne i pakt med EU-domstolens tilnærming om en mer begrenset prøving av «complex economic matters». Det er likevel uklart om en slik begrenset prøving er avgrenset til slike «komplekse» økonomiske forhold, jf. at Høyesterett selv bruker et uttrykk som kan ha både en videre og en snevrere betydning («konkurransemyndighetenes tolkning av informasjon av økonomisk karakter»)⁵⁸. Og selv om det først og fremst er innenfor konkurranseøkonomien at nemnda kan sies å ha en særlig kompetanse, har ikke Høyesterett eksplisitt avvist at en begrenset prøving bare gjelder slike forhold. Det er dermed grunn til å se nærmere på Gulatings uttalelser i Telenor:⁵⁹

«Lagmannsretten bemerker innledningsvis at det ved domstolenes overprøving av forvaltningsavgjørelser etter omstendighetene kan være grunn til å vise tilbakeholdenhet dersom forvaltningsavgjørelsen i høy

⁵² Jf. spesielt for konkurransesaker Prop. 37 L (2015–2016), s. 89. I NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov, ble det vurdert om det burde være obligatorisk med fagkyndige meddommere i konkurransesaker (s. 65–66).

⁵³ LG-2019-137886-2, dom av 24. juni 2021, avsnitt 3.1 (anke til Høyesterett ble nektet fremmet, jf. HR-2021-2314-U).

⁵⁴ HR-2023-299-A, 16. februar 2023.

⁵⁵ HR-2023-299-A, 16. februar 2023, avsnitt 63.

⁵⁶ Sak T-584/19, EU:T:2022:386, avsnitt 276 og 277.

⁵⁷ Avsnitt 65.

⁵⁸ Avsnitt 65.

⁵⁹ LG-2019-137886-2, dom av 24. juni 2021, avsnitt 3.1 (anke til Høyesterett ble nektet fremmet, jf. HR-2021-2314-U).

grad bygger på forvaltningens 'spesielle sakkunnskap og brede erfaringsgrunnlag', jf. Rt-2015-1388 (plenumsavgjørelse) avsnitt 247 med henvisning til Rt-1975-603 (Swingball). Det er videre i samme avsnitt uttalt at det på slike områder er viktigst å sikre forsvarlig saksbehandling, og at man bør ta utgangspunkt i 'det vedtaket som er truffet og den begrunnelse som er gitt'.

Ved overprøving av KKNs vedtak gjør elementet av sakkunnskap seg særlig gjeldende i relasjon til vurdering av om et foretak er 'dominerende' i markedet, jf. krrl. § 11 og EØS-avtalen art. 54. Så vel KT som KKN har gjort grundige vurderinger av markedsforholdene og partenes stilling i de to aktuelle markeder med sammenfallende vurderinger. Dette tilsier en viss varsomhet ved overprøvingen av KTs og KKNs vurderinger.»

Lagmannsrettens uttalelser skaper flere uklarheter, som heller ikke blir endelig avklart med Høyesteretts avgjørelse i Schibsted/Nettbil.

For det første er det uklart *hvilke vilkår og vurderingskriterier* som skal være underlagt varsomhet i prøvingen. Som påpekt av Vangsnes er det også uklart hva uttalelsene i Swingball egentlig sikter til.⁶⁰ Dommene som gir uttrykk for Swingball-doktrinen, fremstår primært som innrettet mot forvaltningens særlige kunnskap på bestemte livsområder, f.eks. forholdene ved retur av asylsøkere til enkeltland, medisinske forhold eller tekniske forhold i patentretten. Disse forholdene gjelder i første rekke særlige kunnskaper om *faktum*. Det er vanskelig å anvende slike kriterier innenfor konkurranseretten, som er generell og ikke spesielt innrettet mot enkeltmarkeder. Videre er det liten grunn til at konkurransemyndighetene skal settes i en særstilling når det gjelder forhold som bevisbedømmelse eller rettsanvendelse. Tvert imot kan det hevdes at det nettopp er på slike områder at det er nødvendig med relativt inngående domstolsprøving, herunder med muligheten for å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen.

Dessuten er det viktig å se hen til at de materielle normene i konkurranseloven er EØS-harmonisert.⁶¹ Hensynet til harmonisering tilsier at domstolene inntar den samme rollen som EU- og EFTA-domstolen har inntatt ved prøvingen av henholdsvis Kommisjonens og ESAs vedtak i konkurransesaker, der prøvingen kun begrenses der det er foretatt komplekse økonomiske vurderinger. Hvordan denne prøvingen er formulert, er tema i det neste avsnittet. At det må være parallellitet mellom prøvingen etter konkurranseloven og EØS-reglene, understrekes av at norske konkurransemyndigheter, dersom samhandelen anses påvirket, har en plikt til å anvende EØS-reglene parallelt med konkurranseloven, og systemet med prejudisiell foreleggelse for EFTA-domstolen.⁶² I disse tilfellene må prøvingen være identisk for å unngå avvikende resultater i den norske anvendelsen av EØS-reglene.

For det andre er det uklart om en slik begrenset etterprøving påvirkes av at nemnda og tilsynet har vært *enige om konklusjonen*. Etter min oppfatning er det liten grunn til å vektlegge – i alle fall som selvstendig hensyn – hvorvidt nemnd og tilsyn har vært enige. Spørsmålet må i stedet være om vedtakene oppfyller de krav som må stilles med hensyn til bevis, tolkning og subsumsjon. Det kan heller ikke ses bort fra at enighet mellom tilsyn og nemnd kan være

⁶⁰ Også Vangsnes, op.cit., s. 150, er kritisk til formuleringen i Swingball-dommen, fordi den «står i et uavklart forhold til eksisterende begreper om materielle regler, prøvingsnormer og rettskildeprinsipper».

⁶¹ For atferdsreglene se NOU 2001: 28, s. 53, NOU 2003: 12, s. 61 (der det tas forbehold for bl.a. saksbehandlingsregler), og Ot.prp. nr. 6 (2003–04), s. 68. For reglene om foretakssammenslutninger se NOU 2012: 7 s. 114 flg. samt Prop. 37 L (2015–16), s. 55 flg.

⁶² Bevisvurderingen der EU- og EØS-reglene anvendes nasjonalt, er ikke gjenstand for harmonisering, utover de generelle kravene til effektivitet og ekvivalens, jf. sak C-542/14 SIA 'VM Remonts', EU:C:2016:578, avsnitt 21.

basert på en rettslig eller økonomisk bias som det nettopp må være opp til domstolene å korrigere.

For det tredje er det uklart hvordan lagmannsrettens uttalelser forholder seg til Høyesteretts dom i Tine-saken. I Tine-saken hadde lagmannsretten nemlig gjennomført en omfattende vurdering av det relevante markedet og spørsmålet om dominans. Høyesterett nevnte ikke der at disse forholdene skulle være gjenstand for en begrenset prøving.⁶³ Høyesterett viste imidlertid til hensynet til EØS-harmonisering (prem. 63), som tilsier at prøvingen etter norsk rett i alle fall ikke bør være mer begrenset enn etter EU- og EØS-retten (se nærmere nedenfor). Dette rokker ved grunnlaget for å tilkjenne lagmannsrettens uttalelser vekt.

Nettopp avgrensningen av det relevante markedet vil i stor utstrekning forutsette økonomiske vurderinger. I Schibsted/Nettbil er det likevel på det rene at Høyesterett konkret overprøvde nemndas markedsavgrensning.⁶⁴ Dette dreide seg likevel primært om bevisvurderingen av de faktiske forhold som lå til grunn for avgrensningen, og i mindre utstrekning metoden som ble brukt.⁶⁵ I oppsummeringen av vurderingen heter det: «Bakgrunnen [...] er at en analyse basert på kvalitative forhold ikke med tilstrekkelig grad av sannsynlighet viser at produktene er nære nok til å være substitutter.»⁶⁶ Det er også grunn til å legge vekt på at Høyesteretts avgjørelse i Tine-saken gjaldt overtredelsesgebyr (for så vidt i likhet med Telenor), der også EMK legger føring på prøving av en uavhengig domstol med full kompetanse. I det lyset er den noe mer begrensede prøvingen som Schibsted/Nettbil åpner for, mer forståelig i saker hvor det ikke er ilagt sanksjoner, selv om også inngrep mot foretakssammenslutninger er inngripende.⁶⁷

Rekkevidden av uttalelsen om en begrenset prøving svekkes også av ordningen med tvungent verneting, dvs. at saker fra Konkurransklagenemnda *må* bringes inn for Gulating lagmannsrett, jf. krrl. § 39 fjerde ledd. Et selvstendig hensyn bak ordningen var nettopp at denne domstolen skulle kunne bygge opp særlig kompetanse på konkurranserettens område.⁶⁸

Konklusjonen er at domstolene i konkurransesaker har full prøvingsrett. Det er likevel på det rene at domstoler har gitt uttrykk for en begrenset prøvingsintensitet under henvisning til doktrinen om tilbakeholdenhet med å prøve vedtak fattet av «særlig kompetente» forvaltningsorganer. En slik generell begrensning er det vanskelig å se at det er rom for i konkurranseretten. Derimot kan det være gode grunner til å begrense en full prøving dersom det dreier seg om komplekse økonomiske vurderinger, etter modell fra EU-retten, slik Høyesterett også gjorde i Schibsted/Nettbil.

2.5 Oppsummering

Som påpekt har ikke domstolene i norsk rett gått inn på en nærmere presisering av den såkalte Swingball-doktrinen innenfor konkurranseretten, som mer generelt knytter seg til forvaltningsorganers fagkunnskap og tilbakeholdenhet med å overprøve denne. De

⁶³ Se avsnitt 64–66. Det bør legges til at Tine-dommen ble avsagt forut for etableringen av Konkurransklagenemnda, og at vedtak om overtredelsesgebyr den gang ble brakt rett inn for tingretten.

⁶⁴ I forbindelse med vurderingen av sakskostnader uttalte Høyesterett at markedsavgrensningen reiste «i hovedsak rene juridiske spørsmål» (avsnitt 157).

⁶⁵ Jf. avsnitt 118, der det holdes åpent om det bør vises tilbakeholdenhet med å etterprøve metoden som er brukt.

⁶⁶ Avsnitt 140.

⁶⁷ Se Schibsted/Nettbil, avsnitt 108, med henvisning til NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov, s. 104 («ekspropriasjonslignende inngrep»).

⁶⁸ Se Prop. 37 L (2015–2016), s. 89.

høyesterettsavgjørelser som bygger på doktrinen, synes imidlertid konsentrert om tilfeller der forvaltningen har hatt en særlig kunnskap om *faktum*.

I konkurransesaker er det ingen grunn til at prøvingen etter norsk rett skal være *mer* begrenset enn i EU-/EØS-retten, jf. også at konkurranselovens inngrepsterskel er harmonisert med fusjonsforordningen. Utgangspunktet i EU-retten er full prøving, slik det også er i norsk rett. Prøvingen i EU er kun begrenset der det er tale om komplekse økonomiske vurderinger (som krever en fagkunnskap som EUs domstoler ikke besitter).

Selv om prøvingen av slike komplekse økonomiske vurderinger er begrenset til hvorvidt det foreligger «manifest errors», betyr det likevel at domstolene etterprøver det faktiske grunnlaget for analysene, kontrollerer at alle relevante fakta er tatt i betraktning, vurderer om det også er lagt vekt på irrelevante fakta, og endelig vurderer om den analysen som er fremlagt, faktisk møter beviskravene for at inngrepsvilkåret er oppfylt. I EU-praksis, og særlig i fusjonssaker hvor Kommisjonens vedtak har blitt opphevet, er det typisk svikt i de økonomiske vurderingene som har vært utslagsgivende.

3 Dokumentasjonskrav og bevisbyrde

3.1 Innledning

I norsk rett har det ikke vært vanlig å diskutere separat spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder ved forvaltningsmyndigheters vedtak. Tradisjonelt har dette vært behandlet sammen med utredningsplikten, jf. forvaltningsloven § 17.⁶⁹ Men fordi forvaltningens avgjørelser kan overprøves av domstolene, er det en nær sammenheng mellom de beviskrav som gjelder for forvaltningen, og beviskravene i sivile rettssaker.⁷⁰ Det er således klart nok at det må oppstilles krav til bevis også innenfor forvaltningsretten, rent bortsett fra de tilfeller hvor forvaltningen eksplisitt er innrømmet kompetanse til å skjønne over faktum.

Det er likevel ikke mulig å oppstille noen fast regel for beviskravet ved vedtak fattet av forvaltningsmyndigheter. Hvilken styrke på bevisene som kreves, må fastlegges konkret. Hans Petter Graver uttrykker dette som følger:

«De beviskrav som gjelder for forvaltningens behandling av en sak, må [...] fastlegges ut fra den aktuelle kompetansebestemmelsen, det alminnelige kravet til sakens utredning og de krav som gjelder dersom vedtaket kommer til prøvelse for domstolene.»⁷¹

Beviskravene under konkurranseloven varierer etter sakstype. Dersom det er tale om overtredelsesgebyr, gjelder et skjerpet beviskrav i form av «klar sannsynlighetsovervekt», jf. Rt. 2012 s. 1556 Gran & Ekran. I fusjonssaker har Høyesterett slått fast at det gjelder et krav om simpel sannsynlighetsovervekt, jf. Schibsted/Nettbil:

⁶⁹ Se nærmere Hans Petter Graver: «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», *TfR* 2004, s. 465–498, på s. 469.

⁷⁰ L.c.

⁷¹ Graver, op.cit., s. 471.

«Spørsmålet i saken er om foretakssammenslutningen 'vil' hindre effektiv konkurranse i betydelig grad. Et bekreftende svar krever *sannsynlighetsovervekt* for at slike hindringer vil inntre. En mulighet er altså ikke nok.»⁷²

Dette er i tråd med tidligere praksis. Departementet (daværende FAD) har i sin praksis påpekt at det mest sannsynlige scenarioet må legges til grunn:

«Departementet følger det alminnelige beviskrav som gjelder for forvaltningens sivilrettslige avgjørelser om inngrep. Alminnelige prinsipper for bevisvurdering er lagt til grunn. Etter departementets syn foreligger det ikke særlige hensyn som tilsier et annet krav til bevis eller andre prinsipper for bevisvurdering, enn det som følger av alminnelige sivilrettslige regler og prinsipper.

[...]

Det mest sannsynlige hendelsesforløpet legges til grunn.»⁷³

Noe tilsvarende er lagt til grunn i EU-retten, selv om beviskravet her har vært mer kvalitativt beskrevet.⁷⁴ Kravene til dokumentasjon og bevis i fusjonssaker har vært gjenstand for klargjøring i flere saker.⁷⁵ Utgangspunktet etter fusjonsforordningen er at Kommisjonen må kunne dokumentere konkurranseskadelige virkninger i forhold til «the requisite legal standard». Hva som nærmere ligger i beviskravet, er ikke helt klart definert, men det er på det rene at det kreves «a sufficiently cogent and consistent body of evidence», i tråd med den kvalitative formuleringen av beviskravet som benyttes i EU-retten.⁷⁶ Samtidig innrømmes Kommisjonen en viss skjønnsmargin med hensyn til komplekse økonomiske vurderinger, jf. ovenfor.⁷⁷ I kartellsaker har Domstolen benyttet kravet «a firm, precise and consistent body of evidence».⁷⁸

I CK Telecoms karakteriserte Underretten beviskravet i fusjonssaker som sterkere enn «more likely than not» men svakere enn «beyond reasonable doubt».⁷⁹ Et slikt forsøk på å «oversette» den kvalitative beskrivelsen kan ha noe for seg, men det kan også være misvisende å forsøke å omskrive kvalitative beskrivelser til grader av sannsynlighet. Etter min oppfatning blir en slik direkte og generell «oversettelse» for enkel.⁸⁰ Underrettens skjerpede beviskrav ble uansett avvist av EU-domstolen i ankesaken, som viste til at det gjaldt samme beviskrav både for å gripe inn mot og klarere en transaksjon.⁸¹ EU-domstolen fremholdt også at «[t]he specific requirements relating to the quality of the evidence therefore do not, in principle, affect the standard of proof

⁷² Avsnitt 67, uthevet i original.

⁷³ Vedtak i klagesak over Konkurransetilsynets vedtak V2008-22 Opplysningen Mobil AS - Aspiro Søk AS, 17. april 2009, punkt 7.1.

⁷⁴ Andriani Kalintiri: *Evidence Standards in EU Competition Enforcement, The EU Approach*, Hart Pub. 2019, s. 89–95. (<http://doi.org/10.5040/9781509919697>).

⁷⁵ I de tre sakene Airtours, Schneider Electric og Tetra Laval fra 2002 opphevet retten Kommisjonens vedtak som følge av manglende dokumentasjon på konkurransebegrensende virkninger. Kommisjonen valgte å påanke Tetra Laval, ut fra det syn at den dokumentasjonsplikt retten hadde pålagt, var uforholdsmessig og umulig å anvende i praksis. Kommisjonen vant imidlertid ikke frem i Domstolen, jf. sitater nedenfor.

⁷⁶ Her sitert fra forente saker C-68/94 og 30/95 Kali & Salz, EU:C:1998:148, avsnitt 228. Se nærmere Kalintiri (2019), s. 89–92.

⁷⁷ Se f.eks. forente saker C-68/94 og 30/95 Kali & Salz (EU:C:1998:148), avsnitt 221–224, der Domstolen imidlertid opphevet Kommisjonens vedtak som følge av mangler ved den økonomiske vurderingen av koordinerte virkninger.

⁷⁸ Forente saker 89 etc./85, Ahlström mfl., EU:C:1993:120, avsnitt 70.

⁷⁹ Sak T-399/16 CK Telecoms (EU:T:2020:217), avsnitt 118 (opphevet i sak C-376/20 P, EU:C:2023:561).

⁸⁰ For det tilsvarende spørsmålet i forbindelse med overtredelsesgebyr, se Graver/Hjelmeng: *Norsk konkurranserett*, bind 2, Universitetsforlaget 2006, s. 150, der det også vises eksempler på at det EU-rettslige beviskravet i bøtesaker er forsøkt «oversatt» til det strafferettslige beviskravet «beyond reasonable doubt».

⁸¹ Sak C-276/20 P CK Telecoms (EU:C:2023:561), avsnitt 70.

required».⁸² Bevisstandarden ble kommentert av Konkurransklagenemnda i Schibsted/Nettbil, som avviste å bygge på en høyere standard enn sannsynlighetsovervekt.⁸³ Nemnda la til grunn at de EU-rettslige formuleringene av beviskravet var i samsvar med et krav om sannsynlighetsovervekt.

Bevisbyrden – eller dokumentasjonsplikten – for at transaksjonen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse» (heretter «SIEC», dvs. en «significant impediment of effective competition»), må anses for å påhvile Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda.⁸⁴ Dette sies ikke i klartekst i forarbeidene, men fremgår forutsetningsvis idet det eksplisitt angis de tilfeller hvor bevisbyrden faktisk er snudd.⁸⁵ En slik regel må også anses for å følge av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper; ved tyngende inngrep kan det ikke være opp til den private part å sannsynliggjøre at vilkårene for inngrep *ikke* er oppfylt. Tilsvarende gjelder i EU-retten: Bevisbyrden påhviler Kommisjonen.⁸⁶

3.2 Nærmere om dokumentasjonskrav i fusjonssaker

Det kan bare gripes inn mot en foretakssammenslutning etter krrl. § 16 dersom en betydelig begrensning av konkurransen (SIEC) er forårsaket av transaksjonen. Dette er tydeliggjort i konkurranselovens forarbeider:

«Selv om ethvert erverv i utgangspunktet omfattes, må det foreligge årsakssammenheng mellom ervervet og en vesentlig konkurransebegrensning for å kunne gjøre inngrep.

[...]

Om begrensningen av konkurransen som følge av et erverv er vesentlig eller vil føre til forsterking av en eksisterende vesentlig begrensning, må bedømmes på grunnlag av en hypotetisk utvikling av konkurransesituasjonen på de markeder som berøres. Det kreves årsakssammenheng mellom bedriftservervet og den vesentlige konkurransebegrensningen.»⁸⁷

Også EU-domstolen har oppstilt et krav om årsakssammenheng som utgangspunkt for fusjonsanalysen, jf. f.eks. Kali & Salz.⁸⁸ Kravet til årsakssammenheng innebærer at man må oppstille et hypotetisk scenario («counterfactual») for å vurdere hvordan markedet hadde utviklet seg uten transaksjonen.⁸⁹ Tilsvarende ble lagt til grunn av Høyesterett i Schibsted/Nettbil:

«Vurderingen av om konkurransen vil hindres i betydelig grad skal med andre ord foretas ut fra hva som på transaksjonstidspunktet vil være *den alternative situasjonen*, altså hva situasjonen ville ha vært uten foretakssammenslutningen.»⁹⁰

⁸² Sak C-276/20 P CK Telecoms (EU:C:2023:561), avsnitt 77.

⁸³ Vedtak V03-2021 av 27. mai 2021, punkt 36–40.

⁸⁴ Om bevisbyrden i forvaltningssaker, se Graver, op.cit., s. 472 flg.

⁸⁵ Jf. her Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), s. 81 høyre spalte, der det vises til at bevisbyrden for at det foreligger en fallittbedrift, påhviler partene. Tilsvarende gjelder eksistensen av effektivitetsgevinster.

⁸⁶ Se inngående David Bailey: «Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective», [2004] *C.M.L.Rev.* 40, 845. Konkurranseretten ellers inneholder riktignok en del presumsjoner om bl.a. markedsvirkninger, se punkt 3.3 nedenfor.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003–04), s. 75 og 79.

⁸⁸ Forente saker C-68/94 og 30/95 Kali & Salz (EU:C:1998:148), avsnitt 110. Se også sak T-342/99 Airtours (EU:T:2002:146), avsnitt 82.

⁸⁹ Jf. Kommisjonens horisontale retningslinjer, punkt 9. Se også generelt Erling Hjelmeng: «Årsaksvurderinger i konkurranseretten – særlig om det kontrafaktiske scenariet», *Tidsskrift for forretningsjus* 2016, s. 10–45, <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9510-2016-01-02>.

⁹⁰ Avsnitt 102 (uthevet i original). Tilsvarende følger av praksis i klagesaker, se departementets vedtak i klagesak over Konkurransetilsynets vedtak V2008-22 Opplysningen Mobil AS - Aspiro Søk AS, 17. april 2009, punkt 7.1.

I fusjonssaker vil vurderingen av alternativscenariene – med og uten transaksjonen – være prospektiv, dvs. det vil dreie seg om å sannsynliggjøre fremtidig utvikling. Betydningen av dette ligger imidlertid ikke på det materielle planet, men spiller en rolle først og fremst for hvilke krav som kan stilles til dokumentasjon. Spørsmålet er således ikke om transaksjonen er egnet til – eller har årsaksevne til – å begrense konkurransen, eller potensielt er konkurranseskadelig, men om det kan etableres med sannsynlighetsovervekt at den *vil* gjøre det.⁹¹ Sannsynlighetskravet for situasjonen *med* transaksjonen er også understreket av Høyesterett:

«Denne [alternativsituasjonen] skal så sammenlignes med den konkurransesituasjonen som mest sannsynlig vil bli resultatet av transaksjonen. Ved sammenligningen skal det normalt tas utgangspunkt i konkurranseforholdene på fusjonstidspunktet.»⁹²

Illustrerende for kravene til sannsynliggjøring av fremtidig markedsutvikling er EU-domstolens avgjørelse i ankesaken Tetra Laval:

«A prospective analysis of the kind necessary in merger control must be carried out with great care since it does not entail the examination of past events – for which often many items of evidence are available which make it possible to understand the causes – or of current events, but rather a prediction of events which are more or less likely to occur in future if a decision prohibiting the planned concentration or laying down the conditions for it is not adopted.

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.*»⁹³

Domstolen understreker at vurderingen av fusjoner er prospektive. Uttalelsene om begrunnelse og påvisning av fremtidige virkninger har generell rekkevidde. Det fremgår at Domstolen foretar en etterprøving av kvaliteten i Kommisjonens vurderinger. I denne etterprøvingen synes det som om det stilles særlige krav til fundamentet for påstander om fremtidig markedsatferd. I CK Telecoms fremholder EU-domstolen:

«Those prospective analyses, which, more often, are complex, are necessarily more uncertain than ex post analyses.

The prospective analysis called for in relation to the review of concentrations, which consists of an examination of how such a concentration might alter the parameters of competition on the affected markets in order to establish whether it would give rise to a significant impediment to effective competition, makes it necessary to envisage various chains of cause and effect with a view to ascertaining which of them are the most likely. ... That prospective analysis falls within the margin of discretion with regard to economic matters which is available to the Commission for the purposes of applying the substantive rules of Regulation No 139/2004, in particular Article 2 thereof which justifies the review by the EU Courts of a Commission decision relating to concentrations being confined to ascertaining that the facts have been accurately stated and that there has been no manifest error of assessment.

It is true that such an analysis must be carried out with great care since it entails not the examination of past events – for which often many items of evidence are available which make it possible to understand the

⁹¹ Jf. Schibsted/Nettbil, avsnitt 67, sitert ovenfor.

⁹² L.c.

⁹³ Sak C-12/03 P (EU:C:2005:87), avsnitt 42–43 (min uthevelse). Se også sak T-342/99 Airtours (EU:T:2002:146), avsnitt 63.

causes – or of current events, but rather a prediction of events which are more or less likely to occur in future if a decision prohibiting the planned concentration or laying down the conditions for it is not adopted.»⁹⁴

Sett fra konkurransemyndighetenes perspektiv er utgangspunktet for vurderingen av scenarioet uten foretakssammenslutningen status quo,⁹⁵ men dette kan fravikes dersom det finnes sannsynlighet for en bestemt utvikling. I sine horisontale retningslinjer tar Kommisjonen følgende utgangspunkt:

«In most cases the competitive conditions existing at the time of the merger constitute the relevant comparison for evaluating the effects of a merger. However, in some circumstances, the Commission may take into account future changes to the market that can reasonably be predicted. It may, in particular, take account of the likely entry or exit of firms if the merger did not take place when considering what constitutes the relevant comparison.»⁹⁶

Høyesterett har ved saker om fremtidsscenarioer lagt seg på den tilnærming at det etterprøves om oppstilte prognoser var forsvarlige.⁹⁷ Dette kommer til uttrykk i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), som bygger på Alta-dommen:

«[F]or prognoser er kravet at de må være forsvarlige på det tidspunktet de foretas, jf. blant annet Rt-1982-241, Altasaken. På side 266 er det understreket at dersom prognosen var forsvarlig, 'vil det også vanskelig bli tale om å anse utbyggingsvedtaket ugyldig på grunn av uriktige faktiske forutsetninger selv om utviklingen skulle ta en annen retning eller nyere kunnskap skulle gjøre det mulig å oppstille bedre prognoser'. Tilsvarende må gjelde i saker på utlendingsrettens område.»⁹⁸

Det sentrale her er den prinsipielle uttalelsen om kravene til prognoser. Tilnærmingen er fulgt opp i Schibsted/Nettbil, der det heter at «[i] alminnelighet gjelder et krav om at prognoser må være forsvarlige på det tidspunkt de blir foretatt».⁹⁹

Høyesteretts uttalelse om at prognoser må være «forsvarlige», synes å harmonere godt med et krav om at det mest sannsynlige scenarioet skal legges til grunn. Dersom noe ikke fremstår som sannsynliggjort, vil det heller ikke være «forsvarlig» å legge det til grunn. Lavere krav enn dette vil i forvaltningsretten bare være aktuelt der det dreier seg om begunstigende vedtak, og det ikke gjør seg gjeldende motstridende interesser. I et tilfelle hvor ulike prognoser gir ulike resultater, er det på det rene at det vil måtte foretas en seleksjon. I tråd med dette vil tilsynet måtte sannsynliggjøre én av flere mulige utviklingslinjer i markedet.

Også EU-domstolens uttalelser om bedømmelsen av fremtidsprognoser harmonerer godt med det forsvarlighetsprinsippet Høyesterett oppstiller. På dette punktet kan man også si at norsk rett legger seg på en kvalitativ formulering av beviskravet lik den EU-retten opererer med.

Høyesteretts formuleringer om forsvarlighetskravet – også i Schibsted/Nettbil – indikerer at det er forholdene på vedtakstidspunktet som må legges til grunn. Dette kan vanskelig legges til grunn fullt ut i konkurransesaker, der markedene utvikler seg raskt, og der domstolene kan

⁹⁴ Sak C-276/20 P CK Telecoms (EU:C:2023:561), avsnitt 83–85, med henvisning til sak C-12/03 P Tetra Laval, C-12/03 P, (EU:EU:C:2005:87), sak C-413/06 P Bertelsmann/Impala (EU:C:2008:392) og sak C-265/17 P United Parcel Service (EU:C:2019:23).

⁹⁵ Jf. også sitatet fra Schibsted/Nettbil avsnitt 102 ovenfor.

⁹⁶ Horisontale retningslinjer, punkt 9.

⁹⁷ Se på dette punkt Graver, op.cit., s. 488, som viser til Rt. 1982.241 (Alta) og Rt. 1999.1517. Begge sakene omhandlet forvaltningens prognoser om fremtidig utvikling.

⁹⁸ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 77 (plenumssak, dissens 14-5).

⁹⁹ Avsnitt 68.

prøve alle sider av saken.¹⁰⁰ Dette innebærer typisk at etterfølgende utvikling som trekker konkurransemyndighetenes opprinnelige prognoser i tvil, må hensyntas ved domstolens prøving.

Loven kan heller ikke forstås slik at tilsynet er innrømmet noe skjønn med hensyn til å gripe inn der det foreligger *fare* for skadevirkninger; det som må kreves, er at tilsynet legger frem en begrunnet og overbevisende argumentasjon som støtter opp under prognosen om en konkretisert skadevirkning på konkurransen. Denne argumentasjonen må prøves mot kravet til sannsynlighetsovervekt og mot Høyesteretts krav til forsvarlighet i fremtidsprognoser.

Fremtidsprognoser i fusjonssaker kan f.eks. bygge på prediksjoner fra økonomisk teori, bl.a. prispressanalyser eller prediksjoner basert på markedskonsentrasjon. Slike analyser vil være del av bevisvurderingen eller fremtidsprognosen om at det vil oppstå en konkurranseskade, men vil i første rekke ha en rolle som screeningmekanismer og ikke som selvstendig begrunnelse for at det foreligger inngrepsgrunnlag. Prediksjoner fra økonomiske modeller er generelt sett avhengig av hvilke forutsetninger som legges inn i dem. Akkurat på dette punktet er det på det rene at også EU-domstolen legger til grunn en full prøving. Om prøvingen av slike økonomiske analyser vises det ellers til 2.2 ovenfor.

3.3 Presumsjoner og årsaksevne

På flere områder i konkurranseretten opereres det med presumsjoner (f.eks. presumsjon om dominerende stilling ved markedsandel over 50 %, presumsjon om at et foretak utøver bestemmende innflytelse over et datterselskap, osv.).¹⁰¹ Flere slike presumsjoner er oppstilt på grunnlag av økonomisk teori. I slike tilfeller vil økonomien fungere som en premissleverandør ved regeltolkingen, jf. ovenfor. Økonomiske tester i form av screeningmekanismer (f.eks. konsentrasjonsgrenser i fusjonskontroll, eller bestemte verdier for prispress oppover)¹⁰² vil ikke utgjøre presumsjoner med hensyn til om vilkår eller inngrepsterskler er oppfylt, men verktøy konkurransemyndighetene kan benytte for å vurdere om det er grunn til å foreta nærmere vurderinger.

Videre brukes det «egnet til»-vurderinger, som reelt sett er et spørsmål om atferden hadde årsaksevne (dvs. var i stand til å frembringe de effekter som ligger i skadehypotesen). Dette gjelder f.eks. både misbruksvurderingen under § 11 og vurderingen av «rettslig og økonomisk kontekst» under formålsalternativet i § 10. Særlig under dominansvurderingen har det i norsk praksis vært uenighet om hvilke krav som skal stilles til at en gitt atferd er «egnet til» å påvirke konkurransen, jf. Konkurranseskjennemndas avgjørelse i Telenor og medlemmet Gjendemsjøs dissens. Selv om det var enighet om hvilken standard som skulle legges til grunn, mente ett medlem at denne standarden ikke var møtt ut fra det konkrete bevisbildet. Å se «egnet til» som en form for lav bevisstandard er imidlertid feilslått.

¹⁰⁰ Inngående Østerud (2019), s. 144–146, med videre henvisninger.

¹⁰¹ Se nærmere Cyril Ritter: «Presumptions in EU competition law», 6 *Journal of Antitrust Enforcement* 2018, s. 189–212, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jny008>, David Bailey: «Presumptions in EU Competition Law», 31 *European Competition Law Review* (2010) 362, og OECD, «Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law», DAF/COMP(2017)9. For en kritisk tilnærming som også setter spørsmålsteget ved bruken av «presumsjon» (og flere enn de presumsjonene som er nevnt ovenfor), se Kalintiri (2019), kap. 6.

¹⁰² Forkortet GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure Index). Tilnærmingen ble lansert (som en screeningmekanisme) i Joseph Farrell/Carl Shapiro: «Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition», *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, 2010, Vol 10(1), Article 9, <https://doi.org/10.2202/1935-1704.1563> (også tilgjengelig på <https://doi.org/10.2139/ssrn.1313782>).

Kriteriet «egnet til å påvirke konkurransen» har av Domstolen i misbrukssaker blitt benyttet som en «avsjekk» for at visse atferdsformer faktisk omfattes av forbudet. Ved en «avsjekksvurdering» kan det imidlertid neppe stilles krav om at konkurranseskadelige virkninger må være «sannsynlige». Slik lagmannsretten er inne på i Telenor, vil det mer være snakk om en årsaksevnevurdering, dvs. om atferden i lys av markeds konteksten er i stand til å frembringe slike virkninger, men da anvendt som en «avsjekk» etter at atferden i utgangspunktet faller innenfor forbudet, f.eks. ut fra tidligere praksis, avvik fra normal konkurranse, konkurransestridige intensjoner hos foretaket, mv. Paradokset her er at Gulating i Telenor i utgangspunktet behandler «egnet til» som et materielt krav, men i praksis anvender det som et beviskrav. I starten av vurderingen heter det nemlig: «EU-domstolen har brukt en rekke formuleringer for å betegne egnethetskravet. [...] Mangelen på konsekvente og ensartede formuleringer etterlater usikkerhet om hvilket materielt krav som skal legges til grunn. [...] Det er ikke tvilsomt at kravet til årsaksevne må overstige det rent teoretiske eller hypotetiske.»¹⁰³ I fortsettelsen behandles dette likevel som et (meget lavt) beviskrav.

I Telenor vurderte lagmannsretten dessuten om atferden (konkret endringen av prismodell) var «egnet til å påvirke konkurransen», som et *hovedkriterium* for om det forelå misbruk. Et slikt kriterium er ikke tidligere benyttet som en selvstendig begrunnelse for at en gitt atferd fra et dominerende foretak kvalifiserer som misbruk.¹⁰⁴ Samtidig ble det lagt vekt på bevis som indikerte at Telenor hadde hatt en intensjon om å påvirke tilgangskjøperens incentiver til å fullføre utbyggingen av sitt eget mobilnett. Skal man forsøke å oppsummere saken i en form for misbrukstest, må lagmannsrettens begrunnelse snus opp ned; det er Telenors intensjon som gjør at atferden karakteriseres som «abusiv», mens egnethetsvurderingen består i en «avsjekk» av årsaksevne, dvs. om atferden er i stand til å redusere konkurransen.¹⁰⁵

Poenget er følgelig at «egnet til» å begrense konkurransen, ikke i seg selv gir grunnlag for å etablere misbruk. Det må først etableres et objektivt avvik fra handlenormen for dominerende foretak; *deretter* vil det kunne foretas en vurdering av konkurranseskade, der standarden vil kunne variere avhengig av type atferd. Samtidig følger det av praksis at terskelen «egnet til å påvirke» kun benyttes i saker som involverer atferd som erfaringsmessig vil kunne begrense konkurransen. Dette gjelder typisk lojalitetsrabatter, eksklusivavtaler, diskriminering, koblingshandel og marginskvis.¹⁰⁶ I slike saker vil en «egnet til»-vurdering typisk være en «avsjekk» av om konkurransebegrensende virkninger vil kunne oppstå.¹⁰⁷ Dette kan sammenliknes med kontekstvurderingen i formålsalternativet etter § 10, der man allerede har gjennomført trinn 1 i analysen og kommet til at atferden «by its nature» er konkurransebegrensende. Denne «avsjekksvurderingen» kan likevel ikke benyttes som en selvstendig test for misbruk, slik lagmannsretten gjør i Telenor. At atferd likevel kan

¹⁰³ LG-2019-137886-2, avsnitt 4.3.

¹⁰⁴ Se f.eks. sak C-549/10 Tomra, avsnitt 68 og sak C-24/14 Post Danmark II, avsnitt 64–67.

¹⁰⁵ Det kan også stilles spørsmål om en slik test er i samsvar med utviklingen i EU. F.eks. har Underretten avvist at en konkurranseskadelig intensjon i seg selv kan etablere et misbruk, jf. sak T-321/05 AstraZeneca vs. Kommisjonen, avsnitt 848–849 og 852 (opprettholdt i sak C-457/10 P, EU:C:2012:770). Når det er sagt, kan det ikke utelukkes at et tilfelle hvor det foreligger en slik intensjon, og det er sannsynlig at atferden vil skade konkurransen, kan bedømmes som et misbruk.

¹⁰⁶ Se Pinar Akman: *The Concept of Abuse in EU Competition Law, Law and Economic Approaches*, Hart pub. 2012, s. 130–134, for oversikt over saker frem til 2012. I denne sammenheng bør også Intel (C-413/14) nevnes, som et eksempel på at Domstolen tilbakeviser en per se tilnærming også når det gjelder eksklusivavtaler/-rabatter.

¹⁰⁷ Se Eirik Østerud: *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law*, Wolters Kluwer 2010, s. 208, O'Donoghue/Padilla: *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd ed. Hart pub. 2013, s. 269–270.

karakteriseres som misbruk dersom det påvises konkurranseskadelige effekter, er en annen sak.¹⁰⁸ På den bakgrunn fremstår imidlertid bruken av «egnet til» i Telenor som en avsporing.

Totrinnsvurderingen i misbruksforbudet har slektskap med formålsvurderingen etter § 10. Også under formålsvurderingen fremstår testen som todelt, dvs. at man først vurderer om atferden er «tilstrekkelig skadelig», basert på erfaringer med avtaletypen.¹⁰⁹ Dette kan etableres ut fra praksis, erfaring eller en tilstrekkelig entydig skadehypotese.¹¹⁰ Også partenes intensjoner kan tas i betraktning, selv om disse ikke i seg selv er avgjørende.¹¹¹ Deretter vurderes det om atferden også er egnet til å begrense konkurransen. Generaladvokat Bobek har kalt dette siste steget en «basic reality check».¹¹² Selv om EU-domstolen ikke eksplisitt har bekreftet at formålskriteriet følger en slik todelt test, er det rettspraksis som peker i retning av en slik todeling.¹¹³ Det andre steget kan ses som en parallell til en «egnet til»-vurdering under misbruksforbudet, likevel slik at vurderingen dreier seg om en årsaksevnevurdering, i motsetning til konkrete virkninger.¹¹⁴ Derimot vil ikke det at en atferd er egnet til å begrense konkurransen, i seg selv være tilstrekkelig å etablere en formålsrestriksjon, slik man f.eks. kunne lese EU-domstolens avgjørelse i T-Mobile.¹¹⁵

Hverken under kartellforbudet eller misbruksforbudet fremstår egnethetsvurderingen som en konkret vurdering av skadevirkninger i det relevante markedet som baseres på en eller annen sannsynlighetsgrad. Derimot er det en mer abstrakt vurdering av om atferden eller samordningen er i stand til å frembringe slike virkninger. Dette blir da et materielt spørsmål og ikke en bevisvurdering opp mot en sannsynlighetstærskel, slik både Konkurranseskjennemnda og Gulating lagmannsrett la til grunn i Telenor-saken.

Kalintiri viser at det er en generell tendens i konkurranseretten at det ikke skilles klart mellom bevisspørsmål og materielle spørsmål, og at dette kan skyldes at begge former for vurderinger uttrykkes i «probabilistic

¹⁰⁸ Se Østerud (2010), s. 160–162, med henvisning til den grunnleggende dommen i sak 6/72 Continental Can, EU:C:1975:50.

¹⁰⁹ Sak C-228/18 Budapest Bank EU:C:2020:265 avsnitt 76 og 79.

¹¹⁰ Se forslag til avgjørelse fra GA Wahl i sak C-67/13 Cartes Bancaires EU:C:2014:1958, avsnitt 79, forslag til avgjørelse fra GA Bobek i sak C-228/18 Budapest Bank EU:C:2019:678, avsnitt 42, og forslag til avgjørelse fra GA Rantos i sak C-298/22 Portuguese Banks, EU:C:2023:738, avsnitt 43.

¹¹¹ Se likevel sak C-591/16 P Lundbeck EU:C:2021:243, avsnitt 114, der Domstolen la til grunn at avtalen ikke kunne forklares på annen måte enn et ønske om å begrense konkurransen (såkalt «no economic sense»). Om bruken av subjektive elementer i de konkurranserettslige normene, se Erling Hjelmeng & Jørn Jacobsen, «Skyldkravet i konkurranseretten – mot et objektivt ansvar for systemsvikt», *TjR* 1/2021, s. 3–45 (<https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2021-01-01>), avsnitt 4. Inngående Jan Blockx: *Mens rea in EU Antitrust Law, When Intentions Matters*, Wolters Kluwer 2020.

¹¹² Sak C-228/18 Budapest Bank EU:C:2019:678 avsnitt 49. Se også senest forslag til avgjørelse fra GA Rantos i sak C-298/22 Portuguese Banks, EU:C:2023:738, avsnitt 43: «As a second step, those authorities must carry out a ‘basic reality check’ in order to verify whether specific circumstances of the legal and economic context of the agreement concerned may cast doubt on the presumed harmful nature of that agreement.»

¹¹³ Domstolen formulerer vurderingstemaet rutinemessig som at «regard must be had inter alia to the content of its provisions, the objectives it seeks to attain and the economic and legal context of which it forms a part», hvilket indikerer en avsluttende «kontekstsvurdering» (sikkert fra forente saker C-501 etc./06 P GSK EU:C:2009:610, avsnitt 58. Todelingen er tydelig i vurderingen i f.eks. sak C-591/16 P Lundbeck EU:C:2021:243, sml. avsnitt 112–114 og 115. I forlagssaken (HR-2021-1086-A) ga Høyesterett eksplisitt anvisning på en slik todeling, med henvisning til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-3/19 Ski Taxi. Heller ikke EFTA-domstolen er imidlertid eksplisitt mht. en todeling.

¹¹⁴ Se til det siste EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-3/19 Ski Taxi avsnitt 58.

¹¹⁵ Sak C-8/08 T-Mobile EU:C:2009:343, avsnitt 31. se også sak C-32/11 Allianz Hungária Biztosító Zrt, EU:C:2013:160, avsnitt 38. Det kan hevdes at Gulating i Telenor var inne på liknende feil som EU-domstolen i T-Mobile.

language».¹¹⁶ Også Høyesterett har vært inne på denne grensedragningen. I forlagssaken hadde partene anført at skalafordeler ved et samarbeid som ble bedømt etter formålsalternativet, måtte føre til at en virkningsvurdering likevel var nødvendig. Høyesterett la til grunn at dette var et bevissspørsmål den ikke kunne prøve, og la til at «[d]enne begrensningen i hva Høyesterett kan prøve, treffer også flere av de øvrige punktene som forlagene i skranken har fremholdt som rettsanvendelsesfeil på dette punktet».¹¹⁷ Det vil være svært uheldig om vurderinger av typen «egnet til å begrense konkurransen» og kontekstvurderingen i formålssaker unndras prøving i Høyesterett fordi de anses som rene bevissspørsmål.

4 Nærmere om inngrepsterskelen i § 16

4.1 Bakgrunnen for inngrepsterskelen

Terskelen for inngrep mot en foretakssammenslutning etter krrl. § 16 er at den «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes».¹¹⁸ Denne standarden ble innført i 2016, som ledd i harmonisering med EU-/EØS-retten. Den EU-rettslige standarden har også en forhistorie og en utvikling som er sentral for å forstå de særlige utfordringer fusjonskontrollen byr på i forbindelse med domstolsprøving.

Frem til 2004, da EUs nåværende fusjonsforordning ble vedtatt, bygget fusjonskontrollen på en såkalt dominanstest. Dominans kunne være av to typer, enten at ett enkelt foretak ble dominerende etter foretakssammenslutningen, eller at flere foretak kunne oppnå en kollektivt dominerende stilling. Det siste forutsatte at det etter fusjonen oppstod såkalte koordinerte virkninger. Denne tidligere testen dekket ikke tilfeller der det hverken oppstod ensidig dominans *eller* koordinerte virkninger, såkalte «non-collusive oligopolies».¹¹⁹ Tilfellene falt altså utenfor dominansbegrepet. Dette kan typisk være tilfellet ved fusjoner av typen fire-til-tre og differensierte produkter. Det er likevel enighet i økonomisk teori om at også slike fusjoner vil kunne ha skadevirkninger på konkurransen.

Denne mangelen i EUs fusjonskontroll ble tydelig i flere saker der Kommisjonens inngrepsvedtak ble opphevet av Underretten som følge av mangler ved den økonomiske analysen.¹²⁰ Spesielt Airtours-saken, der Kommisjonen hadde forbudt en «fire-til-tre»-transaksjon ut fra påstått koordinerte virkninger, men ordla seg på en måte som indikerte at hvert av de tre gjenværende foretakene i markedet hadde mulighet til ensidig å utøve markedsrett.¹²¹ Dette avdekket et «gap» i den rettslige testen, som ble forsøkt tettet i fusjonsforordningen av 2004.¹²² Dette betyr at den nåværende standarden, som også gjelder etter konkurranseloven, rammer etablering av ensidig dominans, etablering av kollektiv dominans (gjennom koordinerte virkninger) samt *ikke-koordinerte virkninger som ikke*

¹¹⁶ Kalintiri (2019), s. 78 flg.

¹¹⁷ HR-2021-1086-A, avsnitt 90.

¹¹⁸ Forkortes SIEC, significant Impediment of Effective Competition.

¹¹⁹ For et forsøk på en forklaring av forskjellen mellom koordinerte og ikke-koordinerte virkninger, se Erling Hjelmeng og Lars Sørgard: *Konkurransopolitikk, rettslig og økonomisk analyse*, Fagbokforlaget 2014, s. 624–625.

¹²⁰ Sak T-342/99 Airtours plc vs. Kommisjonen, EU:T:2002:146, sak T-310/01 Schneider Electric SA vs. Kommisjonen, EU:T:2002:254 og sak T-5/02 Tetra Laval BV vs. Kommisjonen, EU:T:2002:264, opprettholdt i sak C-12/03 P Kommisjonen vs. Tetra Laval, EU:C:2005:87.

¹²¹ Se sak M.1524, bl.a. punkt 54. Se også Whish/Bailey: *Competition Law*, 10th ed. 2021, s. 909.

¹²² Å ramme såkalte «gap-cases» var således et hovedpoeng i 2004-revisjonen av fusjonsforordningen.

impliserer dominans. Den siste kategorien har blitt omtalt som «gap-cases» siden de tidligere ikke var dekket av fusjonsforordningen.¹²³

4.2 Behovet for å definere terskelen for inngrep

Jeg skal ikke her gå nærmere inn på de mulige forskjellene mellom den tidligere «vesentlig begrensning i konkurransen»-standarden i norsk konkurranserett og SIEC-terskelen.¹²⁴ Det sentrale her, for spørsmålet om domstolskontroll, er at den gjeldende standarden i seg selv inneholder en del uklarheter knyttet til hvor inngrepsterskelen ligger, og da særlig knyttet til spørsmålet om «betydelig» begrensning i konkurransen.

Felles for alle rettslige kriterier er at de må kunne defineres for å kunne anvendes, og for at anvendelsen i neste omgang skal kunne etterprøves.¹²⁵ Dette gjelder selvsagt også inngrepsstandarden i fusjonssaker. Dersom dette ikke gjøres, blir det vanskelig for Konkurranseskjennemnda og domstolene å etterprøve tilsynets vedtak. Det må derfor kreves at Konkurransetilsynet utformer vedtak på en slik måte at de lar seg etterprøve, dvs. gjennom å fiksere inngrepsterskelen og begrunne hvorfor den er oversteget. Tilsvarende krav vil gjelde for nemnda der nemnda velger å stadfeste tilsynets vedtak, men med en egen begrunnelse.

Tilsvarende er påpekt for fusjonsforordningen i europeisk litteratur.¹²⁶ Her har hovedinnvendingen vært at inngrepstesten ikke har vært gitt et tydelig innhold, og at Kommisjonen har grepet inn uten å påvise en SIEC, men kun en påvirkning av konkurransen ut fra prispressanalyser.¹²⁷ Nettopp dette var utgangspunktet i CK Telecoms-saken, der Underretten opphevet Kommisjonens vedtak bl.a. på det grunnlag at Kommisjonen ikke hadde skilt klart mellom eliminering av en «important competitive constraint» og selve SIEC-standard. ¹²⁸ I praksis betød det at Kommisjonen hadde grepet inn på grunnlag av bare én av de faktorene som er nevnt i fortalen punkt 25, jf. nærmere nedenfor punkt 4.3 om denne. Uttalelsene markerer en forskjell fra en situasjon der enhver eliminering av selv en nær konkurrent anses å gi opphav til en SIEC. For det første må det begrunnes hvorfor det skjer en eliminering av en «*important competitive constraint*»; for det andre må det begrunnes hvorfor og hvordan dette vil redusere konkurransepresset på de øvrige konkurrentene. Domstolen vurderte dette annerledes, og opphevet Underrettens dom. Gjennomgående vektla Domstolen at Kommisjonen faktisk hadde foretatt en helhetsvurdering av flere faktorer, og ikke basert inngrepet bare på enkelte av disse.¹²⁹

¹²³ Den første saken hvor konkurranseanalysen i en slik sak har blitt prøvd i EUs domstoler, er sak C-376/20 P CK Telecoms (EU:C:2023:561).

¹²⁴ Dette er godt dokumentert i NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov, kap. 8.5.

¹²⁵ Ellers vil kriteriet bli en ren «språkhandling» i Nils Kristian Sundbys terminologi, se *Om normer*, 2. oppl. Universitetsforlaget 1978, s. 27 flg.

¹²⁶ Se Stefan Thomas: «The Known Unknown: In Search of a Legal Structure for the Significance Criterion of the SIEC Test», 2017, *Journal of Competition Law & Economics* (13(2)), 346–387, og Pablo Ibáñez Colomo: «EU merger control between law and discretion: when is an impediment to effective competition significant?» (under utgivelse i *World Competition* 2021(4), tilgjengelig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3874304>). Se også James S. Venit: «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», (2015) *Eur Competition J* 11, s. 291–318.

¹²⁷ Det er også påpekt at inngrepstesten i fusjonssaker på dette punktet står i motsetning til f.eks. vilkårene om dominans, misbruk eller konkurransebegrensende formål innenfor atferdsreglene, nettopp pga. manglende klargjøring i rettspraksis, se f.eks. Thomas, op.cit., s. 356.

¹²⁸ I Kommisjonens retningslinjer for vurderingen av horisontale fusjoner er dette nevnt som ett av flere momenter i vurderingen av såkalt ikke-koordinerte virkninger (EUT 2004 C 31/5), punkt 37 (se likevel punkt 22, der eliminering av en «important competitive constraint» er nevnt som en hovedkilde til konkurransebegrensning (under skadehypotesen ikke-koordinerte virkninger).

¹²⁹ Se f.eks. avsnitt 145 og 215.

Også i forarbeidene til krrl. § 16 fremkommer det at SIEC-standarden innebærer en betydelighetsterskel for inngrep. I lovproposisjonen ble det f.eks. pekt på at «det kan hevdes at dagens norske regel gjør det litt enklere å gripe inn mot små gradvise oppkjøp når konkurransen allerede er svekket».¹³⁰ Under den daværende standarden kunne man altså gripe inn mot enhver marginal forverring i konkurransen – dersom konkurransen allerede før ervervet var vesentlig begrenset.¹³¹ Dersom konkurransen ikke allerede var vesentlig begrenset, antok departementet at det i praksis ikke ville være noen forskjell mellom inngrepsstandardene.¹³²

Betydelighetsterskelen ble satt på spissen i Schibsted/Nettbil-saken. Staten v/ Konkurransetilsynet hadde i henhold til gjengivelsen i dommen anført at «betydelig» var negasjonen av «ubetydelig», slik at det kunne gripes inn mot enhver begrensning som ikke kunne anses som ubetydelig. Dette avviste Høyesterett, som blant annet pekte på at ordlyden i konkurranseloven § 16 og i ulike språkversjoner av fusjonsforordningen var til hinder for en slik forståelse. Videre ble det vist til vedtakenes inngripende karakter.¹³³ I dommen understrekes at terskelkravet må forstås etter sin ordlyd, selv om det ikke gis nærmere retningslinjer for når det vil være oppfylt.

En slik nærmere fiksering av inngrepsstandarden og en tydeliggjøring av hvilke effekter som faktisk må sannsynliggjøres (eller i det minste følge av «forsvarlige prognoser»), er nødvendig for at domstolene skal kunne føre den kontroll med vedtak som de er tillagt etter krrl. § 39. Uten å ha en slik angivelse å forholde seg til er det en risiko for at økonomisk analyse nettopp inntar en normativ rolle som ikke lar seg etterprøve – selv med en reservasjon for at domstolene bare prøver «manifest errors» i forbindelse med komplekse økonomiske vurderinger. Dessverre har heller ikke EU-domstolen så langt gitt særlig veiledning om inngrepssterskelen i slike saker – i motsetning til for dominanstersklene.

4.3 Nærmere om «gap-cases»

«Gap-cases» er altså saker hvor en foretakssammenslutning ikke fører til dominans (hverken individuell eller kollektiv i form av koordinerte virkninger). I slike tilfeller kan det likevel oppstå tap av konkurranse med tilhørende skadevirkninger i markedet. Forut for 2004 var det likevel ikke inngrepsgrunnlag i fusjonsforordningen i slike saker.

Tilfellene er særlig omtalt i fusjonsforordningens fortale punkt 25. De delene som spesifikt omtaler inngrepstesten, lyder:

«[U]nder certain circumstances, concentrations involving the elimination of important competitive constraints that the merging parties had exerted upon each other, as well as a reduction of competitive pressure on the remaining competitors, may, even in the absence of a likelihood of coordination between the members of the oligopoly, result in a significant impediment to effective competition. ... The notion of "significant impediment to effective competition" in Article 2(2) and (3) should be interpreted as extending, beyond the concept of dominance, only to the anti-competitive effects of a concentration resulting from the non-coordinated behaviour of undertakings which would not have a dominant position on the market concerned.»

¹³⁰ Prop. 37 L (2015–2016), punkt 7.2.1.

¹³¹ NOU 2012: 7, s. 106.

¹³² Prop. 37 L (2015–2016), punkt 7.2.1.

¹³³ Schibsted/Nettbil, avsnitt 104–108.

Fortalen legger både visse føringer for vurderingen («certain circumstances») og oppstiller to kriterier av typen vilkår (eliminering av et viktig konkurransepress og redusert konkurransepress overfor øvrige konkurrenter). I ankesaken i CK Telecoms tonet EU-domstolen imidlertid ned betydningen av fortalen, som Underretten hadde lagt betydelig vekt på i sin opphevelse av Kommisjonens inngrepsvedtak. Domstolen uttaler:

«[T]he preamble to an EU act has no binding legal force and cannot be relied on as a ground either for derogating from the actual provisions of the act in question or for interpreting those provisions in a manner that is clearly contrary to their wording [...]

[...]

aside from the fact that a recital of that regulation cannot, in any event, limit the scope of the provisions of that regulation, it cannot be considered that the effective control of concentrations carried out on such markets which may give rise to non-coordinated effects must be limited to cases which, simultaneously, fall within both situations set out in recital 25 of that regulation.»¹³⁴

Testen, i betydning inngrepsterskelen, er derfor langt fra klar. Det som er sikkert, er at inngrepskompetansen ikke kan bindes eksklusivt til situasjoner hvor kriteriene i fortalen er oppfylt.¹³⁵ Der kriteriene anvendes, og dette krever økonomiske vurderinger, vil det uansett være opp til domstolene å fortolke dem – hverken innholdet i «important competitive force» eller «close competitors» er således unndratt prøving i henhold til doktrinen om «complex economic matters».¹³⁶

Fortalen punkt 25 er uansett ikke særlig klar på om det egentlig oppstilles noen skranker for inngrepskompetansen utenom den generelle henvisningen til SIEC-standarden.¹³⁷ Dette har sammenheng med den siste setningen i sitatet ovenfor, som er formulert som en begrensning (jf. «only»), men som egentlig bare sier at det kan forekomme en SIEC – selv om det ikke foreligger hverken individuell eller kollektiv dominans. Etter EU-domstolens dom kan det uansett ikke legges særlig vekt på fortalen i konkrete vurderinger.

I CK Telecoms gis det likevel ingen mer overordnet definisjon av hvordan terskelen for inngrep etter SIEC-testen skal forstås utenfor dominanstilfellene. Det er imidlertid på det rene at vurderingen består av en rekke faktorer som nevnt i Kommisjonens horisontale retningslinjer.¹³⁸ Dommen kan leses slik at det vanskelig kan legges avgjørende vekt på enkeltfaktorer, likevel slik at dette ikke kan utelukkes i spesielle tilfeller.¹³⁹

En mekanisme som konkurransemyndigheter det seneste tiåret har lagt særlig vekt på – ikke minst i «gap-cases» – er prispressanalyser og indekser (GUPPI – Gross Upward Pricing Pressure Index), for å vurdere konkurransenærhet og om transaksjonen eliminerer et viktig konkurransepress. Slike vurderinger innebærer imidlertid ingen fullstendig

¹³⁴ Sak C-376/20 P CK Telecoms (EU:C:2023:561), avsnitt 105 og 110. Hele resonnementet ligger i de mellomliggende avsnittene.

¹³⁵ Å oppstille to slike kriterier, som uansett vil ha en betydelig indre sammenheng, er også kritisert fra økonomisk hold. Se Pascale Déchamps og Maurice de Valois Turk: «Mixed signals? Where does the Hutchison Judgment Leave Economic Analysis of Non-Coordinated Effects? (Economist's note)», 11 *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, s. 531–536, (<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa069>), på s. 533.

¹³⁶ Se eksplisitt sak C-376/20 P CK Telecoms (EU:C:2023:561), avsnitt 129.

¹³⁷ Se f.eks. Lindsay/Berridge: *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, 4th ed. 2012, s. 49–50.

¹³⁸ Horisontale retningslinjer, punkt 24–38.

¹³⁹ Sak C-376/20 P CK Telecoms (EU:C:2023:561), avsnitt 147, 160–161, 187 og 196.

konkurransanalyse; i likhet med konsentrasjonsøkning vil de utgjøre en screeningmekanisme for å bestemme hvilke saker som bør underlegges en nærmere analyse.¹⁴⁰ Begrensningene i slike analyser er beskrevet som følger:

«It should not be forgotten that GUPPI can only be a screen and needs to be complemented with further analysis. GUPPI as such cannot replace a thorough analysis of possible effects of a concentration. For example, it does not take into account efficiencies or the entry or repositioning of (potential or actual) competitors. In addition, by focusing on margins, it almost automatically results in high upwards pricing figures in industries with high fixed/upfront costs and low variable costs (typically resulting in high margins), such as software or pharmaceuticals.»¹⁴¹

En GUPPI-analyse vil altså vanskelig i seg selv være avgjørende for om det foreligger en SIEC eller ikke. At transaksjonen omfatter en «nær» konkurrent, vil heller ikke i seg selv kunne etablere en betydelig begrensning i den effektive konkurransen med mindre dette støttes av andre faktorer. Slike analyser vil måtte møte bevisstandarden i fusjonssaker, jf. punkt 3. ovenfor, og være gjenstand for domstolsprøving etter de prinsipper det er redegjort for i punkt 2.

«Gap»-kategorien av saker var opprinnelig ment å tette et hull i den tidligere fusjonsforordningens domanstest. Dette understrekes av forordningens fortale punkt 25 om at en SIEC bare kan etableres under «special circumstances». Etter at SIEC-standarden ble introdusert i konkurranseloven i 2016, har så godt som samtlige inngrep i fusjonssaker fra Konkurransetilsynet blitt gjort uten at dominans er etablert. De to vedtakene som har blitt påklaget, har blitt opphevet.¹⁴²

Ses det på ordlyden i SIEC-testen, er det på det rene at selve testen er formulert uten henvisning til en dominerende stilling, og at dette representerer et *eksempel* på hva det kan gripes inn mot, jf. bisetningen «in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position». Fortalens punkt 25 står i strid med et slikt utgangspunkt, siden det der fokuseres på dominstilfellene som det primære inngrepsgrunnlaget og inngrep i «gap-cases» krever «special circumstances».

EU-domstolen visker i CK Telecoms likevel ikke ut skillet mellom dominanssaker og «gap-cases». Det som fremholdes, er at den siste kategorien av saker ikke kan begrenses til tilfeller hvor de to kriteriene i fortalen punkt 25 er oppfylt.¹⁴³ Saken viser likevel tydelig at det er et rom for inngrep også utenfor dominstilfellene, og at dette kan bety at også det spesifikke kriteriet dominans i praksis får redusert betydning. Dette ved at der det kan påvises en SIEC ut fra faktorene listet opp i de horisontale retningslinjene, vil ikke konkurransemyndighetene behøve å etablere dominans. Dette betinger imidlertid en videre utvikling og definisjon av hva som skal til for å gripe inn, spesielt kriteriet «significant»/«betydelig». Her har

¹⁴⁰ Se Déchamps/de Valois Turk, op.cit., på s. 535, som også viser hvilke begrensninger de som utviklet testen, påpekte (Steven C. Salop and Serge Moresi: «Updating the Merger Guidelines: Comments, Horizontal Merger Guidelines, Review Project, November 2009», <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2756487>). Jf. også Erling Hjelmeng og Lars Sjørgard: *Konkurransopolitikk, rettslig og økonomisk analyse*, Fagbokforlaget 2014, s. 699: «[E]n bør i beste fall se på anslaget som en første grov indikasjon på mulig prisøkning.» Se også Farrell/Shapiro, op.cit.

¹⁴¹ Frederic Depoortere: «A GUPPI Revolution in the EU?» (14. januar 2011), <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2011/01/14/a-guppi-revolution-in-the-eu/>.

¹⁴² DnB/Sbanken (Konkurransetilsynets vedtak V01-2022 av 16. mars 2022 i sak 2021/2185 og Høyesteretts dom i Schibsted/Nettbil (HR-2023-299-A, 16. februar 2023).

¹⁴³ Sak C-376/20 P CK Telecoms (EU:C:2023:561), avsnitt 110.

dominanskriteriet representert en (ganske) tydelig og etterprøvbar standard, og vil fortsatt representere et mer robust inngrepsgrunnlag enn «gap-cases».

5 Konklusjoner

Domstolsprøving av konkurransemyndighetenes vedtak befinner seg i et komplisert rettslig landskap. Det har f.eks. ikke vært vanlig å prøve forvaltningsvedtak opp mot sivilprosessuelle regler om beviskrav og bevisbyrde; samtidig dreier det seg om et spesialisert rettsområde preget av økonomisk teori, der det er lett å være tilbakeholden med å gå inn på konkrete vurderinger.

I det foregående er det redegjort for hvordan økonomi kommer inn i konkurranseretten, og også hvilke krav som må stilles til økonomiske vurderinger. Konkurranseloven og dens forarbeider er entydige på at domstolene har full prøvingsrett, og Gulating lagmannsrett er utpekt som tvungent verneting nettopp for å bygge opp kompetanse for å kunne gjennomføre slike vurderinger.

En generell tilbakeholdenhet med å etterprøve konkurransemyndighetenes resonneringer med begrunnelsen at de er særskilt kompetente organer, er farlig, fordi det kan utvikle seg tiltro til egen praksis og modeller som nettopp domstolene bør kunne korrigere.

EU-retten anerkjenner likevel at domstolene ikke er satt opp for å foreta komplekse økonomiske vurderinger. Dette overlates til EU-kommisjonen, likevel slik at domstolen også her foretar en prøving etter nærmere definerte kriterier, nemlig der det dreier seg om «complex economic matters».

Nettopp denne doktrinen bør også legges til grunn av norske domstoler, slik Høyesterett (om enn indirekte) gjorde i Schibsted/Nettbil. Dette fordi den nettopp sikrer etterprøving av forhold som domstolene er egnet til å foreta, typisk etterprøving av faktum som er lagt til grunn, om faktum støtter de konklusjoner som er trukket, og ikke minst: om de økonomiske analysene som er fremført, overbeviser domstolen om at inngrepsterskelen er nådd. En mer begrenset prøving utover disse tilfellene er det etter min oppfatning ikke rom for i konkurransesaker.

Gjennomgangen har også avdekket at det stilles reelle krav til bevisene i konkurransesaker, også i fusjonssaker. Utgangspunktet etter norsk rett er et krav om sannsynlighetsovervekt, og det er neppe grunn til å heve dette videre. Derimot vil en kvalitativ beskrivelse av bevisene slik man har sett i EU-retten, med fokus på overbevisningskraften og konsistensen mellom dem, være en nyttig innfallsvinkel også for norske domstoler.

Den konkrete vurderingen av inngrepsterskelen i fusjonssaker, med fokus på såkalte «gap-cases», har vist at det er ytterligere behov for klargjøring både av inngrepsterskel og dokumentasjonsbehov. De rettslige «testene» for om det foreligger f.eks. misbruk av dominerende stilling, har blitt utviklet i en rekke saker, mens det tilsvarende ikke er tilfellet for SIEC-testen i fusjonssaker.