

AVHJELPENDE TILTAK I FUSJONSSAKER – MULIGHETER FOR RASK AVKLARING



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 569
Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 15.819 ord

25.04.2011

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>PROBLEMSTILLING</u> | <u>1</u> |
| <u>2</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| <u>3</u> | <u>KRAV TIL DOKUMENTASJON AV INNGREPSVILKÅRET</u> | <u>3</u> |
| 3.1 | Innledning | 3 |
| 3.2 | Fase I i EU-fusjonskontrollen | 4 |
| 3.3 | Norsk fusjonskontroll | 5 |
| 3.4 | Konklusjon | 11 |
| <u>4</u> | <u>FORHOLDSMESSIGHETSPRINSIPPET SOM SKRANKE</u> | <u>12</u> |
| 4.1 | Innledning | 12 |
| 4.2 | Proporsjonalitetsprinsippet i EU-fusjonskontrollen | 12 |
| 4.2.1 | Egnethet | 13 |
| 4.2.2 | Nødvendighet | 15 |
| 4.2.3 | Avveining mellom fordeler og ulemper | 15 |
| 4.2.4 | Oppsummering | 18 |
| 4.3 | Forholdsmessighetsprinsippet i norsk fusjonskontroll | 19 |
| 4.3.1 | Egnethet | 20 |
| 4.3.2 | Nødvendighet | 23 |
| 4.3.3 | Avveining mellom fordeler og ulemper | 24 |
| 4.3.4 | Oppsummering | 25 |
| 4.4 | Sammenligning | 26 |
| 4.5 | Kan fusjonspartenes samtykke utvide rammene for hva som anses forholdsmessig? | 26 |
| 4.6 | Konklusjon | 28 |

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>5</u> | <u>TILRETTELEGGING AV SAKSBEHANDLINGEN</u> | <u>28</u> |
| 5.1 | Innledning | 28 |
| 5.2 | Saksbehandling og utredning i EU-rettens fase I | 28 |
| 5.3 | Saksbehandling og utredning i norsk fusjonskontroll | 32 |
| 5.4 | Oppsummering | 38 |
| 5.5 | Konklusjon | 39 |
| <u>6</u> | <u>AVTALE SOM ALTERNATIV TIL VEDTAK I HENHOLD TIL § 16</u> | <u>40</u> |
| 6.1 | Innledning. | 40 |
| 6.2 | Har Konkurransetilsynet adgang til å utøve offentlig myndighet i form av avtale? | 41 |
| 6.3 | Oppfyller avtaleformen Konkurransetilsynets inngrepsplikt i henhold til § 16 første ledd? | 43 |
| 6.4 | Konklusjon. | 47 |
| <u>7</u> | <u>OPPSUMMERING OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u> | <u>47</u> |
| <u>8</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>49</u> |

1 Problemstilling

Konkurranseloven § 16 første ledd gir Konkurransetilsynet kompetanse og plikt til å gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom tilsynet ”finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål”.

Konkurransetilsynets kompetanse er begrenset av materielle vilkår for inngripen, forholdsmessighetsprinsippet og krav til utredning. Oppgaven undersøker hvilke muligheter dette etterlater for en rask avklaring i form av tillatelse basert på avhjelpende tiltak i norsk rett.

Kontroll av foretakssammenslutninger som mangler en EU-/EØS-dimensjon er i utgangspunktet et nasjonalt anliggende. Utformingen av de norske reglene er imidlertid i stor grad inspirert av EU-/EØS-retten, og norske konkurransemyndigheter viser ofte til praksis og meddelelser fra EU-domstolene og Kommisjonen. EU-rettens fusjonskontroll vil derfor bli benyttet som et sammenligningsgrunnlag for å påpeke muligheter og begrensninger i norsk rett.¹

2 Innledning

Hurtig avklaring vil ofte være av vesentlig betydning for partene i en fusjonssak. Dette kan innebære at partene er villige til å tilby avhjelpende tiltak selv om de ikke nødvendigvis mener at den opprinnelige fusjonen vil medføre en SLC², og selv om tiltakene måtte være mer detaljerte og omfattende enn hva tilsynet ensidig kunne pålagt

¹ ESAs kompetanse til å gripe inn mot EØS-fusjoner er svært lite praktisk, og vil ikke bli behandlet.

² SLC står for ”substantial lessening of competition”, og brukes i det videre om ”konkurransebegrensning i strid med lovens formål”. SLC-testen er nevnt i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 79 andre spalte.

uten nærmere utredning. Det foreligger usikkerhet i norsk rett med hensyn til hvor langt tilsynet kan gå i å akseptere slike tilbud fra fusjonspartene.³

I EU-fusjonskontrollen er derimot behovet for rask avklaring uttrykkelig anerkjent. Fusjonsforordningen⁴ artikkel 6 annet ledd hjemler adgang til å fatte vedtak om tillatelse på vilkår allerede etter fase I av saksbehandlingen⁵, noe som også er fremhevet i forordningens fortale punkt 30. Vilkårstillatelse kan også vedtas etter saksbehandlingen fase II i henhold til artikkel 8 annet ledd.

Konkurranseloven oppstiller kun én hjemmel og ett sett frister for inngrep. Imidlertid åpner forarbeidene for at et en fusjon kan tillates på vilkår allerede tidlig i saksbehandlingen. Departementet⁶ uttaler at det ikke er ”noe i veien for at partene allerede i fase I⁷ fremmer forslag til avhjelpende tiltak, eller at tilsynet godtar sammenslutningen på vilkår før det er gått 25 dager”.⁸

Mens de fleste vilkårstillatelser i EU-retten klareres allerede i fase I,⁹ ligger saksbehandlingstiden i norsk fusjonskontroll som oftest nær konkurranselovens maksimumsfrister. Dette kan tyde på at forarbeidenes forutsetning vanskelig lar seg oppfylle innenfor rammene av gjeldende lov og praksis.

Den videre oppgaven er lagt opp som følger: Først undersøkes tersklene for å fatte vedtak om tillatelse på vilkår i form av krav til sannsynliggjøring av at det materielle inngrepsvilkåret er oppfylt i EU-rettens fase I og i norsk rett. Deretter drøftes hvorvidt

³ Se Stemshaug (2009) side 15 andre spalte og Teigum (2009) side 25 første spalte.

⁴ Forordning 139/2004.

⁵ Kommisjonens behandling av foretakssammenslutninger er inndelt i to faser. Overgangen mellom fasene er i henhold til artikkel 6 første ledd bokstav c betegnet som innledning av prosedyre i saken. Selv om forordningen ikke selv bruker betegnelsene, er det vanlig i teori og rettspraksis å betegne de to stadiene av Kommisjonens behandling som henholdsvis ”fase I” og ”fase II”, se for eksempel T-342/07 *Ryanair* avsnitt 456, T-351/03 *Schneider Electric* avsnitt 230, 231, T-177/04 *easyJet* avsnitt 3, 4.

⁶ Med ”departementet” siktes det til det departementet som har ansvar for konkurranselovgivningen. Departementet har endret navn flere ganger, og heter i dag Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.

⁷ I norsk rett betegner ”fase I” og ”fase II” stadiene henholdsvis før og etter ubegrunnet varsel i henhold til konkurranseloven § 20 annet ledd.

⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 101 første spalte.

⁹ Fra 1998 til og med mars 2011 har Kommisjonen vedtatt 192 vilkårstillatelser i fase I, og 70 vilkårstillatelser i fase II. Fusjonsstatistikk er tilgjengelig på Konkurransedirektoratets internettsider.

EU-rettens proporsjonalitetsprinsipp er bedre tilpasset en rask avklaring enn forholdsmessighetsprinsippet slik dette anvendes i norsk fusjonskontroll. Videre vurderes hvorvidt Kommisjonens og Konkurransetilsynets saksbehandling er tilrettelagt for en rask avklaring, og endelig om en avtale mellom tilsynet og fusjonspartene kan utgjøre et alternativ til vedtak i henhold til konkurranseloven § 16.

3 Krav til dokumentasjon av inngrepsvilkåret

3.1 Innledning

Før tilsynet kan akseptere avhjelpende tiltak og vedta en tillatelse på vilkår som reflekterer disse, må lovens materielle vilkår for inngripen være tilstrekkelig sannsynliggjort. Høyere krav til sannsynliggjøring av at inngrepsvilkåret er oppfylt fordrer som regel mer omfattende utredning,¹⁰ og vil dermed kunne utgjøre en skranke mot rask avklaring.

I det videre vurderes først kravene til sannsynliggjøring av en SIEC¹¹ før et vedtak kan fattes i EU-rettens fase I. Deretter vurderes hvilken bevisstandard som i utgangspunktet gjelder i henhold til konkurranseloven § 16 første ledd, og hvorvidt denne standarden kan tolkes lempeligere dersom partene samtykker og tilbyr avhjelpende tiltak basert på en lavere grad av sannsynlighet på et tidlig stadium av saksbehandlingen.

¹⁰ I klagevedtaket i *Opplysningen/Aspiro* punkt 7.2 uttaler departementet at "[k]ravet til utredning må sees i sammenheng med beviskravet". Også Graver påpeker at "[d]et er sammenheng mellom hvor sterke krav som må stilles til sikkerheten om det faktiske grunnlaget, og hvor langt forvaltningen må gå i sin utredning", se Graver (2004) side 468.

¹¹ SIEC er forkortelse for "significant impediment to effective competition". I EU-fusjonskontrollen benyttes SIEC-testen for å avgjøre hvorvidt en fusjon er forenlig med fellesmarkedet, se fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd jf. første ledd.

3.2 Fase I i EU-fusjonskontrollen

Artikkel 6 annet ledd angir ikke uttrykkelig terskelen for å akseptere forslag til avhjelpende tiltak og gjøre disse bindende overfor partene i form av en tillatelse på vilkår.

Det fremgår antitetisk av første ledd bokstav b at Kommisjonen kun kan gripe inn i form av en tillatelse på vilkår¹² dersom det foreligger ”serious doubts” med hensyn til hvorvidt fusjonen i dens opprinnelige form vil medføre en SIEC. I motsatt fall ”shall” Kommisjonen godkjenne fusjonen ubetinget. Ordlyden ”doubts” indikerer en lavere bevisstandard enn sannsynlighetsovervekt.

For en godkjenning allerede i fase I krever artikkel 6 annet ledd at sammenslutningen etter modifikasjon ikke lenger reiser alvorlig tvil med hensyn til hvorvidt den vil innebære en SIEC. Dette er en strengere standard enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf. generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i C-413/06 P *Sony Bertelsmann/Impala*. Generaladvokaten uttaler at ”[i]n merger control proceedings [the beyond a reasonable doubt standard] is applicable only in the preliminary phase (‘Phase I’), to compensate for the fact that at that stage the investigation of a concentration is merely a summary one.”¹³ At alvorlig tvil er motsatsen til ”beyond a reasonable doubt” tilsier at terskelen for inngrep i fase I ikke er veldig høy.

Alvorlig tvil er også en forutsetning for innledning av fase II. For fase II sitt vedkommende fremgår det av artikkel 8 første ledd at Kommisjonen skal godkjenne en fusjon dersom Kommisjonen ”finds” at fusjonen er forenlig med fellesmarkedet. Bestemmelsen viser til sannsynlighetsovervekt.¹⁴ Det følger av dette at det må foreligge sannsynlighet for at den opprinnelige fusjonen vil innebære en SIEC før Kommisjonen kan fatte et vedtak om forbud eller godkjennelse på vilkår etter fase II. Terskelen for å innlede fase II er nødvendigvis lavere enn for å fatte et endelig vedtak i fase II. Dette

¹² Alternativt innlede fase II, jf. artikkel 6 første ledd bokstav c.

¹³ Avsnitt 211. Kokotts uttalelse er i overensstemmelse med Lévêque (2003), som på side 79 skriver at “[d]uring the Phase I investigation, notifying parties face the ”eliminate-all-possible-doubt” standard”.

¹⁴ C-413/06 P *Sony Bertelsmann/Impala* avsnitt 47.

underbygger at ”serious doubts” viser til en lavere bevisstandard enn sannsynlighetsovervekt.

Det lempeligere kravet til sannsynliggjøring i fase I må ses i sammenheng med at partenes adgang til å fremlegge avhjelpende tiltak med sikte på en snarlig avklaring er frivillig. Dersom partene mener at den opprinnelige fusjonen ikke vil medføre en SIEC, og at avhjelpende tiltak dermed ikke er påkrevd, kan de velge å la saksbehandlingen gå inn i fase II, for så å argumentere for en ubetinget godkjenning i løpet av den mer omstendelige utredningen.¹⁵ Fremleggelse av avhjelpende tiltak i fase I innebærer dermed et samtykke fra partenes side som kompensere for den manglende sannsynliggjøringen.

3.3 Norsk fusjonskontroll

Konkurranseloven er taus med hensyn til hvilket krav til sannsynliggjøring av at den opprinnelige fusjonen vil medføre en SLC som gjelder i henhold til § 16 første ledd. Ordlyden ”finner at [sammenslutningen] vil føre til” indikerer at det er tale om en fremtidsrettet analyse.¹⁶ En slik vurdering vil nødvendigvis inneholde en viss grad av usikkerhet.

Uttrykket ”finner” i forvaltningslovgivningen forstås ofte som en henvisning til forvaltningens frie skjønn, som i stor utstrekning er unntatt fra domstolenes overprøving.¹⁷ Det fremgår imidlertid av konkurranselovens forarbeider at domstolene forutsettes å kunne overprøve hvorvidt inngrepsvilkåret er oppfylt i fusjonssaker.¹⁸ Dette tilsier at lovens ordlyd ikke viser til forvaltningsskjønn, og at tilsynet dermed ikke

¹⁵ Kommisjonen har i flere tilfeller klarert fusjoner uten vilkår i fase II, også innen fristen for å avgi statement of objections, se for eksempel M.5141 *KLM/Martinair* og M.4942 *Nokia/NAVTEQ*, begge fra 2008.

¹⁶ Formuleringen ”finner at [...] vil føre til” er en overlevning fra prisloven, jf. § 42a, inntatt ved lovendring i 1988.

¹⁷ Erik Boe (2007) punkt 8.

¹⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 83 første spalte.

har en viss margin med hensyn til hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge før det kan gripe inn.

Innenfor fusjonskontrollen skjer imidlertid overprøving i praksis i form av forvaltningsklage til departementet. Departementet har kompetanse til å prøve alle sider av saken¹⁹, og har benyttet denne til konsekvent å foreta en selvstendig konkurranseanalyse. Det innebærer at Konkurransetilsynet heller ikke innrømmes en særlig skjønnsmargin i praksis.

Ordlyden ”finner” kan også gi anvisning på hvilken grad av sannsynlighet for en SLC som må foreligge før inngrep kan finne sted. Det alminnelige utgangspunktet i forvaltningsretten er at bevisstandarden i vedtakssaker er sannsynlighetsovervekt.²⁰ Av verbet ”finner” synes det ikke naturlig å utlede et skjerpet eller lempeligere krav. Dette underbygges ved at uttrykket noen steder i lovverket sammenstilles med et adverb egnet til å indikere en strengere grad av sannsynlighet.²¹ Ordlyden i konkurranseloven § 16 første ledd tilsier dermed ikke en fravikelse av utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Forarbeidene diskuterer ikke hvilken bevisstandard som må ligge til grunn for at Konkurransetilsynet ”finner” en SLC.²² Imidlertid drøftes spørsmålet om bevisstandard eksplisitt i forbindelse med fallittbedriftforsvaret. Departementet har funnet det nødvendig å presisere at det i forhold til fallittbedriftforsvaret skal gjelde en skjerpet bevisstandard.²³ Dette tilsier at det hadde vært naturlig også å behandle bevisstandarden under den generelle SLC-vurderingen dersom departementet hadde ment at denne standarden skulle være skjerpet.²⁴ At forarbeidene forholder seg tause med hensyn til bevisstandarden for å anse at det foreligger en SLC, tilsier at det er det forvaltningsrettslige utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt som gjelder.

¹⁹ Jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd.

²⁰ Jf. Rt.1999.14 side 21 og Graver (2004) punkt 5.

²¹ Se for eksempel designloven § 38 annet ledd og børfsforskriften § 12 annet ledd.

²² Heller ikke forarbeidene til prisloven § 42a eller konkurranseloven av 1993 drøfter bevisstandard.

²³ I Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) på sidene 81 og 82 uttales det at ”kravene for å sannsynliggjøre at målselskapet uten oppkjøp vil gå ut av markedet bør være strenge”, og at visse deler av vurderingen må være ”godtgjort”, i motsetning til andre deler som må være ”sannsynliggjort”.

²⁴ Fallittbedriftforsvaret påberopes av og må påvises av fusjonspartene. Departementets drøftelse illustrerer allikevel at departementet har vært oppmerksom på spørsmålet om bevisstandard.

Utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt kan imidlertid måtte fravikes der den ene løsningen vil være mer byrdefull for den ene parten (herunder forvaltningen og de interesser denne representerer) enn den andre løsningen vil være for motparten.²⁵ I slike tilfeller kan det være grunn til å oppstille en skjerpet standard til fordel for den siden som et uriktig resultat vil slå ut hardest for. Det bør dermed vurderes om et feilaktig forbud mot å fusjonere eller en feilaktig påleggelse av vilkår vil være mer byrdefullt for foretakene enn hva en feilaktig (ubetinget) tillatelse vil være for de samfunnsinteressene som Konkurransetilsynet representerer.

Et forbud mot eller en tillatelse på vilkår til å fusjonere er ikke en sanksjon fra forvaltningens side. Forbudet eller vilkårsstillatelsen er et regulatorisk inngrep for å hindre at fusjonen for fremtiden vil ha negativ innvirkning på konkurransen. Fraværet av et pønalt preg taler mot at det gjelder en skjerpet bevisstandard ved forbud mot eller vilkårsstillatelse til å fusjonere.

Imidlertid vil et forbud eller en vilkårsstillatelse kunne oppleves svært inngripende fra foretakenes side.²⁶ Utgangspunktet i et kapitalistisk markedssystem er at private foretak skal kunne kjøpe, selge og strukturere seg slik som de selv synes best. Et forbud mot å fusjonere eller vilkår for en tillatelse innebærer et inngrep fra statens side i den private eiendomsretten, noe som kan tilsi at det bør gjelde en skjerpet bevisstandard med hensyn til de konkurranseskadelige følgene før et inngrep kan skje.

På den annen side er det et vilkår for forbud eller påleggelse av vilkår i henhold til konkurranseloven § 16 at fusjonen ellers vil føre til en ”vesentlig” konkurransebegrensning. Vesentlighetskriteriet indikerer at det er betydelige interesser som beskyttes gjennom inngrepet. Betydningen av å sikre velfungerende markeder av hensyn til samfunnet og forbrukerne er kommet til uttrykk i konkurranselovens

²⁵ Se Stub (2006) på side 629.

²⁶ I klagevedtaket i *Swarco/Peek Traffic* viste departementet til at et forbud mot fusjon er ”et tyngende inngrep”, og fant at dette talte mot å tolke fristreglene til fordel for Konkurransetilsynet. Lovutvalget beskriver inngrep mot fusjoner som ”svært inngripende vedtak”, jf. NOU 2003:12 punkt 5.4.5.2, og i Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 81 andre spalte uttaler departementet at det er tale om ”et ekspropriasjonslignende inngrep”.

forarbeider i forbindelse med spørsmålet om bevisstandarden ved ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på §§ 10, 11.²⁷ Vurderingstemaet er et noe annet ved påståtte brudd på forbudsreglene, men viktigheten av interessene til forbrukerne og samfunnet gjelder generelt i forbindelse med alle deler av konkurranselovgivningen. Dette taler mot å nedprioritere disse interessene i form av en skjerpet bevisstandard for å påvise en SLC.

Det foreligger altså viktige interesser i å unngå uriktige løsninger på begge sider. En avveining av interessene bør ikke falle ut til den enes fordel på den andres bekostning i form av en skjerpet eller lempet bevisstandard. Det forvaltningsrettslige utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsvekt sikrer flest mulig riktige avgjørelser. Dette tilsier at det ikke bør fravikes i vedtaksavgjørelser i henhold til § 16 første ledd uten holdepunkter for det i lov eller forarbeider.

Spørsmålet om bevisstandard ble reist av fusjonspartene i klagesaken *Gilde/Prior*. Partene hevdet at det måtte ”stilles strengere krav til [...] sannsynliggjøring” i fusjonssaker enn hva som gjelder i forvaltningssaker for øvrig. Departementet foretok ikke en selvstendig vurdering av sannsynlighetskravet. Departementets formuleringer under drøftelsen av fusjonens virkninger tyder imidlertid på at departementet i tråd med tilsynet, og i strid med partenes anførsel, anvendte en sannsynlighetsovervektstandard.²⁸ I nyere praksis har departementet gitt klart uttrykk for det anvender et krav om sannsynlighetsovervekt.²⁹

Utgangspunktet er etter dette at Konkurransetilsynet må sannsynliggjøre at en fusjon vil medføre en SLC før det griper inn i form av å pålegge vilkår for en tillatelse.

Spørsmålet blir så om kravene til sannsynliggjøring av at inngrepsvilkåret er oppfylt kan anvendes lempeligere dersom partene samtykker til en (delvis) manglende

²⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 117.

²⁸ Se for eksempel punkt 7.6.1, der departementet uttaler at det finner det ”mest sannsynlig” at Gilde uten fusjonen ville ha etablert seg på fjørfemarkedet, og at det er ”denne sannsynlige markedsutviklingen” som skal sammenlignes med markedssituasjonen etter en eventuell fusjon.

²⁹ I klagevedtaket i *Opplysningen/Aspiro* punkt 7.1 uttaler departementet at ”[d]et mest sannsynlige hendelsesforløpet legges til grunn”.

sannsynliggjøring, og tilbyr avhjelpende tiltak med sikte på en rask avklaring. I og med at inngrepsvilkåret forutsettes å kunne overprøves av domstolene³⁰ må betydningen av partenes samtykke vurderes på bakgrunn av hvorvidt det vil kunne legges til grunn i en eventuell etterfølgende rettssak.

Hvorvidt partenes aksept kan kompensere for manglende sannsynliggjøring er ikke behandlet i konkurranselovens forarbeider, eller i tilsynets eller departementets praksis.

Fusjonsforordningen artikkel 6 annet ledd gir uttrykkelig hjemmel for å gjøre partenes forslag til avhjelpende tiltak bindende basert Kommisjonens ”serious doubts”, som tilsvarer en lavere bevisstandard enn sannsynlighetsovervekt. Den forrige fusjonsforordningen³¹ inneholdt opprinnelig ingen tilsvarende hjemmel. Forløperen til artikkel 6 annet ledd ble først inntatt i forordningsteksten med virkning fra 1998.³² I praksis aksepterte imidlertid Kommisjonen også tidligere avhjelpende tiltak i fase I, uten å ha konkludert med at den opprinnelige fusjonen sannsynligvis ville skape eller styrke en dominerende posisjon.³³ Kommisjonens praksis var blant annet begrunnet i at en slik løsning var i tråd med fusjonspartenes ønsker.³⁴

Et av hensynene bak kravet om sannsynlighetsovervekt i norsk rett er at det skal bidra til å beskytte fusjonspartene mot urettmessig inngripen fra Konkurransetilsynets side. Dersom fusjonspartene selv ønsker å fremlegge avhjelpende tiltak og avslutte saken i form av en vilkårsstillatelse basert på et lempeligere krav til sannsynliggjøring, vil beskyttelseshensynet ikke nødvendigvis gjøre seg like sterkt gjeldende. Partene i fusjonssaker er ressurssterke og har som regel tilgang til juridisk bistand, og er dermed i stand til å vurdere hvorvidt en slik løsning vil være til fordel for dem. Videre ville det ligget innenfor partenes private autonomi å foreta de avhjelpende tiltakene på eget

³⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 83 første spalte.

³¹ Forordning 4064/89.

³² Forordning 1310/97 artikkel 1 punkt 5.

³³ Ifølge Kommisjonens statistikk for fusjonssaker ble vilkår gjort bindende i 14 fase I-vedtak før ikrafttredelsen av artikkel 6 annet ledd i 1998. Se for eksempel M.616 *Swissair/Sabena* avsnitt 42 og M.646 *Repola/Kymmene* avsnitt 64, der Kommisjonen konkluderer med at fusjonene vil innebære ”serious doubts”, men at partene har forpliktet seg til avhjelpende tiltak som vil fjerne tvilen.

³⁴ Se Kommisjonens grønbok fra 1996 avsnitt 123, der det understrekes at ”[t]here is also overall support from industry and advisers to accept commitments in Phase 1, because they avoid the cost and loss of time involved in entering Phase 2 proceedings”.

initiativ. Dette taler for at tilsynet burde kunne legge vekt på et samtykke som kompensasjon for manglende sannsynliggjøring av at inngrepsvilkåret er oppfylt.

Formelt sett er det imidlertid Konkurransetilsynet som pålegger vilkår for en tillatelse, også der vilkårene reflekterer partenes forslag. Vilråene kan håndheves ved illeggelse av tvangsmulkt³⁵, og brudd kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr, bøter eller fengselsstraff i inntil tre år.³⁶ Håndhevelses- og sanksjoneringsadgangen viser at vilråene ligger utenfor den privatrettslige sfære, og at fusjonsvedtak i alle tilfelle innebærer utøvelse av offentlig myndighet. At et fusjonsvedtak forutsettes å kunne utgjøre grunnlaget for alvorlige sanksjoner tilsier at det må utvises tilbakeholdenhet med å anvende et lempeligere krav til sannsynliggjøring enn hva som følger av fast praksis. Dette taler mot å legge avgjørende vekt på partenes samtykke uten at det foreligger holdepunkter for en slik løsning i lovtekst eller forarbeider.

I denne forbindelse skiller konkurranseloven § 16 seg fra Kommisjonens tidligere praksis med å akseptere avhjelpende tiltak i fase I uten uttrykkelig hjemmel. I Kommisjonens grønnbok fra 1996 er det riktignok lagt til grunn at Kommisjonen ”may [...] enforce Phase 1 commitments”.³⁷ I Kommisjonens grønnbok fra 2001 uttales det imidlertid at det ville vært ”appropriate” å tilføye brudd på vedtak i henhold til artikkel 6 annet ledd til opplistingene i hjemlene for å illegge gebyr og mulkt.³⁸ Brudd på fase I-vedtak kunne altså tidligere ikke resultere i slike sanksjoner. Kommisjonens tidligere praksis med å akseptere avhjelpende tiltak i fase I må av den grunn anses for å være av begrenset betydning for hvorvidt et samtykke kan kompensere for manglende sannsynliggjøring av SLC innenfor rammene av konkurranseloven § 16.

At Konkurransetilsynet på et tidlig stadium av saksbehandlingen anser det for å være en mulighet for at fusjonen vil medføre en SLC innebærer ikke nødvendigvis en etterfølgende sannsynliggjøring. Tilsynet har i minst åtte tilfeller gitt ubegrunnet varsel

³⁵ Konkurranseloven § 28 første ledd.

³⁶ Konkurranseloven § 30 første ledd bokstav b.

³⁷ Avsnitt 124.

³⁸ Avsnitt 125 sjette og syvende stjernepunkt. Illeggelse av gebyr og mulkt er hjemlet i fusjonsforordningen henholdsvis artikkel 14 og artikkel 15.

og innledet saksbehandlingens fase II, for så å avslutte saken uten inngripen.³⁹ Det vil si at tilsynets innledende tvil etter 25 dager har vist seg ikke å resultere i sannsynlighetsovervekt i mer enn 25 % av tilfellene.⁴⁰ Dette indikerer at det foreligger en reell mulighet for at en inngripen delvis basert på partenes aksept vil kunne være ufordelaktig for partene selv, og underbygger at det er nødvendig med klarere holdepunkter i lov eller forarbeider for å anvende en lavere sannsynlighetsgrad i kombinasjon med partenes samtykke.

Dersom partenes samtykke etter en domstols- eller departementsoverprøving hadde vist seg ikke å kunne kompensere for manglende sannsynliggjøring, ville konsekvensen blitt at inngrepsvilkåret aldri var oppfylt og at tilsynet manglet materiell kompetanse til å gripe inn. En slik feil ville måtte lede til at fusjonsvedtaket ble ansett for å være ugyldig. Konkurranseloven regulerer ikke følgen av en eventuell opphevelse av et fusjonsvedtak. Hvorvidt tilsynet hadde hatt adgang til å gjenoppta saksbehandlingen med sikte på å sannsynliggjøre at fusjonen ville ha medført en SLC er uklart. Dette tilsier at tilsynet bør avstå fra å basere et fusjonsvedtak på et usikkert grunnlag, og at det etablerte kravet til sannsynlighetsovervekt bør legges til grunn før et vedtak fattes.

3.4 Konklusjon

Inngrep i form av tillatelse på vilkår etter § 16 første ledd krever sannsynliggjøring av at den opprinnelige fusjonen vil innebære en SLC i strid med lovens formål. Partenes aksept kan neppe kompensere for manglende sannsynliggjøring.

³⁹ Norgesbakeriene/Napoleon Invest, Franzefoss Miljøkalk/Steens Kalkverk, Gyldendal/Aschehoug, EDP/ErgoGroup, Oslo Børs/VPS, Cappelen/Egmont, Cardinal/Hugaas, Telenor/Talkmore.

⁴⁰ Konkurransetilsynet har fattet endelig vedtak i 21 saker under gjeldende konkurranselov.

4 Forholdsmessighetsprinsippet som skranke

4.1 Innledning

Et krav om forholdsmessighet oppstiller materielle skranke for hvilke og hvor omfattende vilkår partene kan pålegges i forbindelse med en tillatelse til å fusjonere. Forholdsmessighetsprinsippet vil dermed kunne begrense Konkurransetilsynets adgang til å legge partenes forslag om avhjelpende tiltak til grunn for en vilkårstillatelse uten å foreta en mer presis avveining mellom mål og midler og en nærmere utredning av alternative tiltak.

Også i EU-fusjonskontrollen eksisterer det et proporsjonalitetsprinsipp. I det videre undersøkes eventuelle ulikheter mellom anvendelsene av det norske forholdsmessighetsprinsippet og EU-rettens proporsjonalitetsprinsipp, og hvorvidt den norske anvendelsen er mindre tilpasset en rask avklaring basert på partenes forslag.

4.2 Proporsjonalitetsprinsippet i EU-fusjonskontrollen

I EU-fusjonskontrollen ligger ansvaret for å fremlegge avhjelpende tiltak og for at disse er egnede på fusjonspartene. Kommisjonen har ikke adgang til ensidig å utarbeide vilkår eller modifisere partenes forslag,⁴¹ men må eventuelt forby fusjonen.⁴² Dette har vært av betydning for fastleggelsen av proporsjonalitetsprinsippet rekkevidde i EU-fusjonskontrollen.⁴³

Proporsjonalitet mellom mål og midler er et generelt prinsipp innenfor EU-retten.⁴⁴ Prinsippet har sitt grunnlag i og er utviklet gjennom EU-domstolens rettspraksis, og er i dag også traktatfestet i TEU artikkel 5 fjerde ledd.

⁴¹ T-210/01 *General Electric* avsnitt 52, T-87/05 *EDP* avsnitt 195, T-282/02 *Cementbouw* avsnitt 311.

⁴² Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak avsnitt 6.

⁴³ Se særlig T-282/02 *Cementbouw* avsnitt 309 og 311.

⁴⁴ Se for eksempel C-202/06 P *Cementbouw* avsnitt 52, C-441/07 P *Alrosa* avsnitt 36.

I fusjonsforordningen er det vist generelt til prinsippet i fortalens punkt 6. Prinsippet er også nevnt i fortalens punkt 30 i forbindelse med avhjelpende tiltak.

Kommisjonens tilnærming til avhjelpende tiltak har kommet til uttrykk i dens kunngjøring om avhjelpende tiltak i fusjonssaker. Kunngjøringen anerkjenner proporsjonalitetsprinsippet i form av et par pragmatiske henvisninger⁴⁵, men inneholder ingen generell og systematisk drøftelse av prinsippet. Kunngjøringen fokuserer i stor grad på tiltakenes egnethet til fullstendig å avbøte på konkurransebegrensningene⁴⁶, samt effektiv implementering og kontroll.⁴⁷ Denne tilnærmingen synes å være i overensstemmelse med Kommisjonens praksis.⁴⁸

EU-domstolene har ved flere anledninger vist til at proporsjonalitetsprinsippet gjør seg gjeldende i fusjonssaker.⁴⁹ Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at Kommisjonens vedtak må inneholde tiltak som er egnede, nødvendige, og som vil medføre større fordeler enn ulemper.⁵⁰ I det videre undersøkes hvilke krav EU-domstolene har stilt til proporsjonalitet i forbindelse med tillatelse til å fusjonere på vilkår.

4.2.1 Egnethet

Med ”egnethet” siktes det til hvorvidt tiltakene er passende eller adekvate til å avbøte på en konkurransebegrensning. I den engelske versjonen av Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak synes uttrykket ”capable” å være brukt synonymt med ”suitable”.⁵¹ I den danske versjonen er ”suitable” oversatt til ”egnet”.

⁴⁵ Avsnitt 35, 85.

⁴⁶ Avsnitt 9.

⁴⁷ Avsnitt 13.

⁴⁸ I de seneste vedtakene om godkjenning på vilkår i henhold til artikkel 6 annet ledd har Kommisjonen ikke drøftet hvorvidt tiltakene er uproporsjonalt tyngende for fusjonspartene. På den annen side har Kommisjonen uttrykkelig slått fast at tiltakene avbøter på hele konkurranseproblemet, se for eksempel M.5675 *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business* avsnitt 462: ”The improved remedy package fully addresses the competition concerns identified”. Se også M.5540 *Lufthansa/Australian Airlines* avsnitt 405, M.5335 *Lufthansa/SN Airholding* avsnitt 476, 481, M.5153 *Arsenal/DSP* avsnitt 345, 349.

⁴⁹ Se C-202/06 P *Cementbouw* avsnitt 52, T-177/04 *easyJet* avsnitt 133 og T-114/02 *BaByliss* avsnitt 173.

⁵⁰ Se T-177/04 *easyJet* avsnitt 133 med videre henvisninger.

⁵¹ Se avsnitt 15 og 16.

Kommisjonen kan kun akseptere tiltak som er egnet til å gjøre fusjonen forenlig med fellesmarkedet; det vil si som avbøter på SIECen som ville følge av fusjonen i dens opprinnelige form.⁵² Dette følger av fusjonsforordningen⁵³, og har kommet til uttrykk i rettspraksis⁵⁴ og i Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak⁵⁵. For å være egnet må tiltakene være tilstrekkelige til at konkurransebegrensningene fjernes fullstendig⁵⁶, kunne implementeres effektivt⁵⁷ og være mulige å kontrollere⁵⁸. Det enkelte tiltak kan imidlertid være egnet selv om det ikke isolert sett avbøter på hele konkurransebegrensningen.⁵⁹

Standarden for hva som utgjør egnede tiltak kan være noe ulik for henholdsvis fase I- og fase II-vedtak. Tiltak i fase I møter et høyt krav til sannsynlighet for at den modifiserte fusjonen er forenlig med fellesmarkedet, og må være tilstrekkelige til at det ikke etterlates tvil om hvorvidt fusjonen vil medføre en SIEC.⁶⁰ Dette innebærer at tiltak kan måtte være mer omfattende for å anses som egnede i fase I enn i fase II, og har kommet til uttrykk i praksis ved at tiltak i fase I klart må utelukke Kommisjonens konkurransebekymringer.⁶¹

Egnetetskriteriet har blitt påberopt overfor domstolene både av fusjonsparter som hevder at Kommisjonen feilaktig har funnet at tiltak er utilstrekkelige⁶², og av tredjeparter som hevder at Kommisjonen har akseptert tiltak som ikke er tilstrekkelig

⁵² Fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd.

⁵³ Både fortalens punkt 30 og artiklene 6 og 8 begges annet ledd annet underavsnitt presiserer at tiltak utformes "with a view to rendering the concentration compatible with the common market".

⁵⁴ Se for eksempel T-342/07 *Ryanair* avsnitt 452.

⁵⁵ Avsnitt 9.

⁵⁶ Se Fusjonsforordningens fortale punkt 30, C-202/06 P *Cementbouw* avsnitt 54. Kravet til fullstendig avbøting har også blitt understreket av Kommisjonen i praksis, se for eksempel pressemeldingen til M.5927BASF/*Cognis*, der det uttales at "the commitments would resolve all identified competition concerns".

⁵⁷ T-210/01 *General Electric* avsnitt 555, Kommisjonens kunngjøring avsnitt 9, 13.

⁵⁸ T-87/05 *EDP* avsnitt 105, Kommisjonens kunngjøring avsnitt 13.

⁵⁹ Se T-158/00 *ARD* avsnitt 245, der Retten uttaler at det relevante vurderingstemaet er hvorvidt "the proposed commitments as a whole enabled the competition problems identified to be resolved, and not whether a specific commitment, taken in isolation, was held to be insufficient in another notified concentration". Se også T-87/05 *EDP* avsnitt 80, der Retten uttaler at Kommisjonen vurderer hvorvidt tiltaket utgjør "a suitable means of resolving the identified concern, in whole or in part".

⁶⁰ Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak avsnitt 18.

⁶¹ T-119/02 *Royal Philips Electronics* avsnitt 79, kunngjøringen om avhjelpende tiltak avsnitt 81.

⁶² T-87/05 *EDP*, C-202/06 P *Cementbouw*.

omfattende.⁶³ Kommisjonens skjønnsmargin med hensyn til økonomiske vurderinger i EU-retten vil imidlertid kunne innebære at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve tiltakenes egnethet.⁶⁴

4.2.2 Nødvendighet⁶⁵

Kommisjonen kan ikke gå lenger enn hva som er nødvendig for å sørge for at en fusjon ikke vil medføre konkurransebegrensninger, men må fatte det minst inngripende vedtaket blant flere egnede alternativer. Kommisjonen kan ikke forby en fusjon dersom partene tilbyr tiltak som er egnede til å fjerne konkurransebegrensningene⁶⁶, og der det foreligger flere alternative egnede tiltak (eller sett av tiltak), må Kommisjonen akseptere det minst byrdefulle.⁶⁷

4.2.3 Avveining mellom fordeler og ulemper⁶⁸

Proporsjonalitet i snever forstand innebærer at vekten av målet med vedtaket må veies mot hvor inngripende eller tyngende vedtaket er for fusjonspartene. Avveiningen mellom mål og midler har blitt nevnt i flere fusjonssaker.⁶⁹

⁶³ T-158/00 *ARD*.

⁶⁴ Se særlig Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-202/06 P *Cementbouw*, der hun i avsnitt 67 uttaler at Kommisjonens økonomiske skjønnsmargin "must also extend to the question whether the commitments offered to the Commission are apt to resolve a competition problem identified by it". Også Domstolen, som avgjør saken i samsvar med Generaladvokatens forslag, påpeker Kommisjonens skjønnsmargin i fusjonssaker, jf. avsnitt 53. Se også T-119/02 *Royal Philips Electronics* avsnitt 78 og T-158/00 *ARD* avsnitt 328.

⁶⁵ Uttrykket "nødvendig" brukes noen steder ved siden av uttrykket "proporsjonalt", se for eksempel forordning 1/2003 artikkel 7 og T-342/07 *Ryanair* avsnitt 516. En slik sammenstilling kan indikere at "proporsjonalt" kun viser til den snevre avveiningen mellom fordeler og ulemper. Det er imidlertid på den rene at nødvendighetskriteriet inngår i det alminnelige proporsjonalitetsprinsippet, og den praktiske følgen er i alle tilfelle at begge aspekter må være oppfylt.

⁶⁶ Dette følger også av ordlyden i artiklene 6 og 8 begges annet ledd, som sier at Kommisjonen "shall" tillate fusjonen på vilkår dersom den modifiserte fusjonen henholdsvis ikke reiser alvorlige tvil eller sannsynligvis ikke vil innebære en SIEC. Retten har uttrykkelig fastslått at artikkel 8 annet ledd sammenholdt med artikkel 2 første og annet ledd i et slikt tilfelle gir fusjonspartene rett til godkjenning av fusjonen, jf. T-212/03 *MyTravel* avsnitt 48, 50.

⁶⁷ T-210/01 *General Electric* avsnitt 726, T-177/04 *easyJet* avsnitt 133, T-114/02 *BaByliss* avsnitt 173.

⁶⁸ Dette omtales tidvis som forholdsmessighet i streng eller snever forstand, se Evensen (2009) side 596.

Kommisjonens og domstolenes adgang til å avveie fordeler og ulemper er imidlertid begrenset av fusjonsforordningen. For det første innebærer vesentlighetskravet i SIEC-vurderingen at fusjoner med negative virkninger av et mindre omfang ikke er uforenlige med fellesmarkedet, og dermed ikke gjenstand for inngripen. Videre innebærer ”shall”-formuleringen at Kommisjonen har en plikt til å forby en fusjon som vil medføre en SIEC. Dette begrenser Kommisjonen fra allikevel å akseptere en fusjon eller ikke gjøre vilkår bindende ut ifra en betraktning om at dette vil være for tyngende for partene. EU-lovgiver⁷⁰ har med dette avgjort at ulempene for fusjonspartene ved et forbud eller ved å måtte foreta modifikasjoner ikke veier tyngre enn samfunnsinteressene i å unngå en SIEC.

Det følger videre av kravet om at konkurransebegrensningene må avbøtes fullstendig at en avveining av fordeler og ulemper heller ikke kan innebære at Kommisjonen kan nøye seg med å akseptere tiltak som kun avbøter en del av konkurransebegrensningene under henvisning til at ytterligere avbøtning vil være mer tyngende for partene enn nyttig for samfunnet.

På den annen side markerer ikke fullstendig avbøting nødvendigvis yttergrensen for hvor tyngende tiltakene kan være overfor fusjonspartene. Også tiltak som går lenger enn gjenopprettelse av konkurransesituasjonen før fusjonen medfører ikke nødvendigvis større ulemper for partene enn fordelene for samfunnet ved å fjerne SIECen. I T-282/02 *Cementbouw* konkluderer Retten med at “it is true that that commitment goes further than restoring the situation preceding the concentration”. Retten viser imidlertid til at fusjonspartene “are not required to confine themselves to proposing commitments aimed strictly at restoring the competitive situation existing before the concentration”, og at Kommisjonen “is authorised to accept all commitments by the parties which allow it to adopt a decision declaring the concentration compatible with the common market”.⁷¹

⁶⁹ T-210/01 *General Electric* avsnitt 726, T-177/04 *easyJet* avsnitt 133, Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-202/06 P *Cementbouw* avsnitt 65.

⁷⁰ Fusjonsforordningen er fastsatt av Rådet.

⁷¹ Avsnitt 308.

Generaladvokaten fremhever i sitt forslag til avgjørelse i ankesaken at vilkårene i fusjonssaker er basert på frivillige forslag fra partene, og at dette innebærer ”strong grounds to suppose that the undertakings themselves consider their commitments to be appropriate, necessary and reasonable”. Generaladvokaten uttaler at tiltakenes uforenlighet med proporsjonalitetsprinsippet dermed fordrer “extraordinary circumstances”.⁷² Domstolen behandlet ikke problemstillingen uttrykkelig, men opprettholdt Rettens avgjørelse i samsvar med Generaladvokatens forslag.

Av interesse med hensyn til proporsjonalitetsprinsippets betydning for tiltak i fusjonssaker er også Domstolens storkammeravgjørelse i C-441/07 P *Alrosa*. Problemstillingen i saken gjaldt direkte avhjelpende tiltak i forbindelse med atferdsreglene.⁷³ Imidlertid er det flere likhetstrekk mellom slike tiltak og fusjonstiltak. Begge typer vedtak beror på en fremtidsrettet analyse, og tiltakene er basert på frivillighet fra foretakene og forutsetter foretakenes deltakelse i saksbehandlingen. Og i samsvar med generaladvokatens forslag i C-202/06 P *Cementbouw* forutsetter Domstolen i *Alrosa* at de tilbudte avhjelpende tiltakene ”appear to [the undertakings] to be the most appropriate and capable of addressing the Commission’s concerns”.⁷⁴ Generaladvokaten i *Alrosa* fremhever også likheten til fusjonskontrollen i sitt forslag til avgjørelse.⁷⁵

I *Alrosa* uttaler Domstolen at proporsjonalitetsprinsippet har en ulik rekkevidde i forhold til henholdsvis ensidige pålegg etter forordning 1/2003 artikkel 7 og tilsagnsvedtak etter artikkel 9,⁷⁶ og konkluderer med at proporsjonalitetsprinsippet i henhold til artikkel 9 er ”confined to verifying that the commitments in question address the concerns it expressed to the undertakings concerned and that they have not offered less onerous commitments that also address those concerns adequately”.⁷⁷ Domstolen

⁷² Avsnitt 69.

⁷³ Det rettslige grunnlaget for det omstridte Kommissjonsvedtaket var forordning 1/2003 artikkel 9.

⁷⁴ Avsnitt 35.

⁷⁵ I første avsnitt uttaler Generaladvokaten at Domstolens avgjørelse i *Alrosa* også vil kunne være av betydning for fusjonskontrollen, og i avsnitt 71 presiserer hun at ”there is no fundamental difference as regards the assessment of commitments offered by undertakings between proceedings under Article 9 of Regulation No 1/2003 and merger control proceedings”.

⁷⁶ Avsnitt 38.

⁷⁷ Avsnitt 41.

avviser dermed at Kommisjonen må foreta en avveining av fordeler og ulemper med tanke på en eventuell begrensning av tiltakenes omfang.

Dette synes å være i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet slik det anvendes i rettspraksis knyttet til fusjonssaker. Videre bidrar *Alrosa*-avgjørelsen på grunn av den nære sammenhengen med fusjonskontrollen til ytterligere å underbygge de ovenfor trukne slutningene fra fusjonspraksis. Den siterte begrensningen av proporsjonalitetsprinsippet som følger av *Alrosa* synes etter dette å være en treffende presisering også av proporsjonalitetsprinsippet i fusjonssaker om tillatelse på vilkår.

4.2.4 Oppsummering

Domstolene og Kommisjonen krever at tiltak i fase I klart og fullstendig må fjerne konkurransebegrensningene. Kommisjonen må velge det minst byrdefulle tiltaket blant flere alternativer, såfremt dette er like egnet som alternativene. En avveining av fordeler og ulemper synes lite anvendt i praksis, og er heller ikke til hinder for tiltak som går ut over gjenopprettelse av konkurransesituasjonen før fusjonen. Kommisjonens plikter i henhold til proporsjonalitetsprinsippet er etter dette begrenset til å forsikre at tiltakene er egnet og at det ikke foreligger like effektive og mindre byrdefulle alternative forslag fra partene.

Det høye kravet til sikkerhet for at en modifisert fusjon ikke vil medføre en SIEC i fase I kan fordre at fusjonspartnerne må fremlegge mer omfattende tiltak enn hva som hadde vist seg å være nødvendig etter en mer omfattende utredning. EU-fusjonskontrollens begrensede proporsjonalitetsprinsipp tillater Kommisjonen å legge partenes forslag til grunn uten å risikere at EU-domstolene senere finner at tiltakene går for langt. Proporsjonalitetsprinsippet er dermed godt tilpasset en rask avklaring i form av tillatelse på vilkår.

4.3 Forholdsmessighetsprinsippet i norsk fusjonskontroll

Konkurranseloven inneholder ingen generell henvisning til et krav om forholdsmessighet. I norsk rettspraksis foreligger det ingen tilsvarende presisering av forholdsmessighetsprinsippet som i EU-retten, og i teorien er det noe delte meninger om prinsippets generelle eksistens⁷⁸ og innhold⁷⁹.

Imidlertid uttaler departementet i konkurranselovens forarbeider at "[d]en alminnelige vilkårs læren i forvaltningsretten setter grenser for hva slags betingelser tilsynet kan stille for å godkjenne et erverv".⁸⁰ Vilkårs læren omfatter et krav om forholdsmessighet.⁸¹ Også lovutvalget presiserer at adgangen til å stille vilkår er begrenset av forholdsmessighetsprinsippet.⁸²

Forholdsmessighetsprinsippet har også kommet til uttrykk i lovens § 16. I henhold til første ledd må en konkurransebegrensning være "vesentlig" for at tilsynets kompetanse

⁷⁸ I Rt.2008.560 uttalte Høyesterett at det innklagede vedtaket "ikke kan prøves av domstolene i større utstrekning enn det som følger av den alminnelige myndighetsmisbrukslære. Etter denne gjelder det ikke noen generell forholdsmessighetsbegrensning". Ola Nisja og Christian Reusch mener at "[e]tter vårt skjønn er det ikke dekning i rettskildene for [...] å operere med et generelt krav til forholdsmessighet i forvaltningens vedtak", og synes å ta Rt.2008.560 til inntekt for dette, se Nisja (2009). Også Johan Greger Aulstad synes å mene at Rt.2008.560 tilsier at det ikke gjelder et generelt forholdsmessighetsprinsipp når han skriver at "[k]ravet om forholdsmessighet [...] får anvendelse på begrensede områder, for eksempel der forvaltningen stiller tyngende vilkår på ulovfestet grunnlag eller hvor loven gir anvisning på en forholdsmessighetsbegrensning", se Aulstad (2008).

På den annen skriver Bernt/Rasmussen at det er "nærliggende å legge til grunn at det eksisterer et generelt krav om at forvaltningsvedtak ikke skal være uforholdsmessig", se Bernt (2010) side 100. En nyere avgjørelse fra Høyesterett kan tilsi det samme, jf. Rt.2011.111, der Høyesterett i avsnitt 58 uttaler at "[d]et er imidlertid mer nærliggende å se formuleringen [...] som en henvisning til det ordinære forholdsmessighetsprinsippet".

Hvorvidt det eksisterer et generelt forvaltningsrettslig forholdsmessighetsprinsipp fremstår etter dette som uavklart.

⁷⁹ Hans Petter Gravers fremstilling av forholdsmessighetsprinsippets innhold synes å være i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet i EU, se Graver (2007) side 128-129. Johan Greger Aulstads forslag til et lovfestet forholdsmessighetsprinsipp omfatter både et krav om nødvendighet og avveining mellom fordeler og ulemper, se Aulstad (2007) punkt 5.2. Både Bernt/Rasmussen og Eivind Smith synes fortrinnsvis å vektlegge avveiningen mellom fordeler og ulemper i sine fremstillinger av forholdsmessighetsprinsippet, se Bernt (2010) side 99 og Eckhoff (2010) sidene 424, 425 og 434 øverste avsnitt.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 83.

⁸¹ Eckhoff (2010) side 436. I forbindelse med § 12 viser for øvrig departementet til "[d]e alminnelige reglene om forholdsmessighet" som "vil legge begrensninger på hvilke tiltak som tilsynet kan pålegge foretaket", jf. Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 70 første spalte.

⁸² NOU 2003:12 punkt 5.4.9.

og plikt til å gripe inn skal gjøre seg gjeldende.⁸³ Og av tredje ledd bokstav c fremgår det at et inngrepsvedtak kan omfatte ”vilkår som er nødvendige for å motvirke begrensning av konkurransen”.

Konkurransetilsynet og departementet har lagt et krav om forholdsmessighet til grunn i sin praksis.⁸⁴ Uavhengig av forholdsmessighetsprinsippets stilling i den alminnelige forvaltningsretten gjør det seg altså gjeldende i fusjonskontrollen. I det følgende undersøkes innholdet av forholdsmessighetsprinsippet i norsk fusjonskontroll, med særlig vekt på prinsippets betydning for vedtak om tillatelse på vilkår. Idet Hans Petter Graver er den som har gått lengst i å presisere et forholdsmessighetsprinsipp i norsk rett⁸⁵, og denne fremstillingen langt på vei korresponderer med proporsjonalitetsprinsippet i EU-retten, tar jeg utgangspunkt i denne. Det innebærer en undersøkelse av hvordan kravene om egnethet, nødvendighet og avveining av fordeler og ulemper har kommet til uttrykk i lov og forarbeider og anvendes i fusjonssaker av Konkurransetilsynet og departementet. Imidlertid sondres det ikke klart mellom de tre aspektene i norsk rett.

4.3.1 Egnethet

Egnethetskriteriet innebærer at Konkurransetilsynets vedtak må oppfylle formålet med å gripe inn mot en fusjon i henhold til § 16. Inngrep mot foretakssammenslutninger er et preventivt middel for å unngå markedsstrukturer som kan medføre fremtidig konkurranseskadelig atferd,⁸⁶ ved å forhindre at det oppstår en vesentlig konkurransebegrensning i strid med lovens formål. Vilårene for en tillatelse må dermed sørge for at fusjonen i modifisert form ikke lenger vil føre til slik vesentlig konkurransebegrensning.

⁸³ I forarbeidene er videreføringen av vesentlighetskriteriet begrunnet i en avveining mellom fusjonspartneres og samfunnets interesser, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 81 andre spalte, der det uttales at ”[n]år det dreier seg om et ekspropriasjonslignende inngrep, bør nødvendigheten av dette veies opp mot den samfunnsmessige mulige gevinsten ved et inngrep”.

⁸⁴ Departementets klagevedtak i *Trøndertaxi/Sør-Trøndelag Taxi* og i *Prior/Norgården* utgjør unntak der det ikke foretas selvstendig drøftelse av forholdsmessighet.

⁸⁵ Se Aulstad (2008).

⁸⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 74 andre spalte.

Konkurranseloven sier ikke uttrykkelig at vilkår for en tillatelse til å fusjonere må medføre at konkurransebegrensningene fjernes fullstendig. Formuleringen ”motvirke begrensning av konkurransen” i § 16 tredje ledd bokstav c kan forstås til å omfatte enhver begrensning av konkurransen. På den annen side krever inngrepsvilkåret i første ledd at konkurransebegrensningen er vesentlig, mens mindre konkurranseskadelige fusjoner tillates ubetinget. En sammenstilling med første ledd kan tale for å tolke tredje ledd slik at tiltakene kan aksepteres selv om de etterlater visse mindre konkurransebegrensninger, såfremt de ikke lenger er vesentlige.

Heller ikke forarbeidene gir uttrykk for at vilkårene må fjerne konkurransebegrensningene fullstendig. Departementet synes snarere å åpne for det motsatte når det legger opp til en ”helhetsvurdering” av hvilke tiltak som ”best avhjelper de konkurransemessige problemer, lar seg kontrollere av tilsynet og samtidig er minst mulig byrdefulle for partene”.⁸⁷ En slik samlet vurdering indikerer at fullstendig avbøting ikke nødvendigvis vil slå igjennom på bekostning av ytterligere ulemper for partene. Forarbeidene antyder dermed at vilkår for en tillatelse kan være egnede selv om de etterlater visse konkurransebegrensninger.

Konkurransetilsynet fremholder konsekvent at ”[r]ealiseringen av konkurranselovens formål vil være av avgjørende betydning for utformingen av inngrepsvedtaket”.⁸⁸ Lovens formål er å fremme konkurranse for å sikre effektiv ressursbruk⁸⁹, noe som fordrer en størst mulig fjerning av konkurransebegrensninger. Dette gir imidlertid en lite presis angivelse av hvor langt et konkret inngrepsvedtak må gå i å avbøte på vedkommende SLC.

Konkurransetilsynet uttaler ofte at vedtaket ikke må gå lenger enn til å ”avhjelp de negative konkurransevirkningene”.⁹⁰ Formuleringen kan forstås slik at samtlige virkninger må avhjelpes. Imidlertid har tilsynet ikke etterlevd en slik tolkning i sin

⁸⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 85 første spalte.

⁸⁸ Formuleringen er benyttet i samtlige av tilsynets vedtak fra og med V2005-12 *Prior/Norgården*.

⁸⁹ Konkurranseloven § 1 første ledd. Etter departementets vedtak i *Prior/Norgården* er henvisningen til forbrukerinteresser i annet ledd av mindre praktisk betydning i fusjonssaker.

⁹⁰ V2008-22 *Opplysningen/Aspiro*, V2008-12 *Eurofins/Lantmännen Analycen*, V2008-10 *Rema 1000/Lidl*, V2007-17 *BBS/Teller*, V2007-13 *Media Norge*, V2007-10 *Findus/Gro Industrier*.

praksis. Tilsynet har ved flere anledninger tillatt fusjoner på vilkår som motvirker ”de vesentligste konkurransemessige problemene”⁹¹, noe som forutsetter at visse konkurransebegrensninger allikevel etterlates. Tilsynet har også uttalt at tiltak som medfører at markedssituasjonen forblir ”tilnærmet lik” slik den var før fusjonen kan være egnede.⁹² I V2005/6 *Telenor/Tiscali* tillot tilsynet en fusjon på vilkår som kun var rettet mot det ene av to markeder der tilsynet hadde identifisert vesentlige konkurransebegrensninger.⁹³ Dette innebærer at tilsynet tillot fusjonen til tross for at vedtaket etterlot konkurransebegrensninger i det andre markedet.⁹⁴ Konkurransetilsynets praksis åpner dermed for at tiltak kan være egnede selv om de ikke fjerner konkurransebegrensningene fullstendig.

Klagevedtaket i *Ticketmaster/Ticnet* trekker i motsatt retning. Departementet forutsetter her at vilkårene må bringe ”konkurransesituasjonen dit den var før ervervet”.⁹⁵ Uttalelsene indikerer at konkurransebegrensningene må avbøtes fullstendig.

Departementets standpunkt i *Ticketmaster/Ticnet* modifiseres imidlertid av dets senere avgjørelse i *Falck/Viking*. Departementet tillot Falck å beholde Vikings virksomhet i Sverige idet det ikke var av ”tilstrekkelig betydning” for Vikings konkurranseevne på det norske markedet også å ha virksomhet i Sverige. Uttalelsen forutsetter at det allikevel var av noen betydning for Vikings konkurranseevne. Dette innebærer at departementet aksepterte at vedtaket etterlot en viss konkurransebegrensning.

Videre uttaler departementet, etter å ha funnet at Vikings medlemsmasse og bilimportørmobilitetsavtaler utvilsomt var av betydning for Vikings konkurranseevne

⁹¹ V2007-10 *Findus/Gro Industrier* punkt 7.3, V2007-17 *BBS/Teller* punkt 8.2, V2007-27 *Nortura/Hå Rugeri* punkt 7.3. Se også V-2008 *Eurofins/Lantmännen Analycen* punkt 7.3, der tiltak som etterlot ”kun [...] en minimal konsentrasjonsøkning” ble ansett tilstrekkelige.

⁹² V2011-5 *Norli/Libris* avsnitt 281.

⁹³ Se punkt 4.2.3 og 6.

⁹⁴ Etter min mening kan det stilles spørsmål ved om tilsynet hadde anledning til dette i lys av ”skal”-formuleringen i § 16 første ledd. Manglende inngripen i det ene markedet er også vanskelig å forene med tilsynets og departementets avgjørelser i *Prior/Norgården*, jf. departementets vedtak punkt 6.8, der det sier seg enig i tilsynets påpekning av at ”siden de konkurransebegrensende virkningene av ervervet oppstår i flere markeder, er det nødvendig at tiltakene er tilstrekkelige i alle disse markedene”. I V2005-6 *Telenor/Tiscali* la tilsynet stor vekt på effektivitetsgevinster; forklaringen ligger muligens i at tilsynet mente at effektivitetsgevinstene veide opp for de resterende konkurransebegrensningene etter avhjelpende tiltak i det ene markedet.

⁹⁵ Punkt 4.5.

på det norske markedet, at Falck ikke hadde påvist ”noen vesentlige ulemper” ved å måtte selge disse. Den uttrykkelige påpekningen kan tyde på at Falck i motsatt fall ville kunne få beholde også disse delene, til tross for at det ville medføre en viss konkurransebegrensning.

Egnetetskriteriet krever etter dette ikke nødvendigvis at konkurranseproblemene som følger av en fusjon fjernes fullstendig, men tillater at vilkårene kan etterlate en viss begrensning såfremt det vesentligste avbøtes.

4.3.2 Nødvendighet

Konkurranseloven oppstiller et krav om at vilkår må være ”nødvendige” i § 16 tredje ledd bokstav c. Konkurransetilsynet understreker som regel at vedtak ikke må gå lenger enn nødvendig for å avhjelpe konkurransebegrensningene.⁹⁶

Nødvendighetskriteriet innebærer at Konkurransetilsynet må velge det minst byrdefulle blant flere alternative egnede vedtak om inngrep. Fusjonen kan ikke forby dersom det finnes egnede avhjelpende tiltak.⁹⁷ I den forbindelse har tilsynet ikke bare vurdert partenes forslag, men også selv undersøkt hvorvidt det finnes egnede tiltak.⁹⁸ Og

⁹⁶ Nødvendighet er nevnt under forholdsmessighetsvurderingen i samtlige av tilsynets vedtak under 2004-loven foruten V2004-32 *Ahlsell - Bergens Rørhandel/Stavanger Rørhandel*.

⁹⁷ I V2004-33 *Ticketmaster/Ticnet* punkt 8 uttaler Konkurransetilsynet at det under forholdsmessighetsvurderingen må tas stilling til om konkurransebegrensningen kan motvirkes ”ved et mindre inngripende tiltak enn å forby foretakssammenslutningen. Et mindre inngripende tiltak vil være å godkjenne foretakssammenslutningen på visse vilkår”. I klagevedtaket i *Falck/Viking* punkt 5.9 uttaler departementet at ”dersom det finnes tiltak som kan avhjelpe de konkurransemessige problemene [...] skal foretakssammenslutningen tillates”.

⁹⁸ I V2006-490 *Falck/Viking* punkt 7.2 uttaler Konkurransetilsynet at de foreslåtte tiltakene var utilstrekkelige, og at tilsynet selv undersøkte ”mer vidtrekkende tiltak”. Av V2006-223 *Gilde/Prior* punkt 7.2 fremgår det at partene ikke hadde fremmet forslag om avhjelpende tiltak, og at tilsynet ”likevel [har] vurdert om det er mulig å avhjelpe virkningene av fusjonen med andre mindre inngripende tiltak enn et forbud”. Se også departementets avgjørelse i *Opplysningen/Aspiro* punkt 7.6 og *Prior/Norgården* punkt 6.8.

dersom et mindre byrdefullt (sett av) tiltak er egnet til å avhjelpe konkurranseproblemene, kan partene ikke pålegges vilkår som er mer byrdefulle.⁹⁹

Som det fremgår av forrige punkt er det imidlertid ikke klare grenser for hva som kreves for at tiltak oppfyller terskelen for å anses som egnet. Dette påvirker i sin tur vurderingen av hvilke tiltak som fremstår som akseptable alternativer og dermed som nødvendige.¹⁰⁰

4.3.3 Avveining mellom fordeler og ulemper

Det tredje aspektet av forholdsmessighetsprinsippet legger opp til en vurdering av hvorvidt fordelene for samfunnet ved inngrepet veier tyngre enn ulempene for fusjonspartene. Bernt/Rasmussen beskriver ”avveiningen av de motstående hensynene som gjør seg gjeldende i den konkrete saken” som ”[k]jernen i forvaltningsskjønnet”.¹⁰¹ I konkurranseloven har imidlertid lovgiver gjort et betydelig innhugg i Konkurransetilsynets skjønnsadgang under avveiningen. Paragraf 16 første ledd foreskriver at tilsynet ”skal” gripe inn dersom det foreligger en SLC i strid med loven. Tilsynets skjønnskompetanse er begrenset til å avgjøre hvilket innhold et inngrepsvedtak skal ha, innenfor rammene av tredje ledd. Det følger av dette at selv der et forbud er det eneste egnede alternativet kan Konkurransetilsynet ikke la være å gripe inn ut fra en betraktning om at ulempene overstiger fordelene.¹⁰²

⁹⁹ I V2004-32 *Ahlsell - Bergens Rørhandel/Stavanger Rørhandel* pålegger tilsynet vilkår, og presiserer uttrykkelig i punkt 4.4 at det ”kan ikke se at mindre inngripende tiltak kan redusere de negative effektene av foretakssammenslutningen”.

¹⁰⁰ I klagevedtaket i *Ticketmaster/Ticnet* punkt 4.5 uttaler departementet at konkurransesituasjonen må bringes dit den var før ervervet og at ”[e]n avveining mellom ulike tiltak forutsetter at det samme oppnås med disse”. Denne uttalelsen fremstår imidlertid som mer kategorisk enn hva departementets vedtak i *Falck/Viking* og Konkurransetilsynets vedtak i V2007-10 *Findus/Gro Industrier* og V2007-17 *BBS/Teller*, som alle er avsagt senere, tilsier at det er grunnlag for å opprettholde.

¹⁰¹ Bernt (2010) side 99.

¹⁰² Problemstillingen ble nevnt i klagevedtaket i *Gilde/Prior*, der partene i punkt 4.9 anførte at ”[s]elv om tilsynet ikke har funnet andre mindre inngripende tiltak, mener klager at det er uforholdsmessig å forby hele fusjonen”. Departementet fant imidlertid at fusjonen ikke ville innebære en SLC og opphevet tilsynets vedtak om forbud på det grunnlaget, uten å ta stilling til forbudets forholdsmessighet.

Den britiske Competition Commission åpner for at “[i]n cases where all feasible remedies are likely to incur disproportionate loss of relevant customer benefits or costs that far exceed the scale of the SLC, the CC may conclude that no remedial action should be taken. In practice, such instances are

Imidlertid vil avveiningen mellom fordeler og ulemper kunne være av betydning for hvor omfattende en inngripen i form av tillatelse på vilkår kan være. Dersom tilsynet med et mer begrenset (sett) vilkår kan avbøte på konkurransebegrensningen i en slik grad at den ikke lenger er vesentlig, kan byrden av ytterligere vilkår tilsi at tilsynet er avskåret fra å oppnå fullstendig fjerning av konkurranseproblemene som følger av fusjonen. Dette synes å være lagt til grunn i departementets avgjørelse om å tillate Falck å beholde Vikings svenske virksomhet. Departementet uttaler at "[d]et er denne ulempe [for Falck] som må veies opp mot de[n] negative virkningen på konkurransen i Norge", og konkluderer "under tvil" og etter "en samlet vurdering" med at det ville være uforholdsmessig å pålegge Falck å selge.¹⁰³

4.3.4 Oppsummering

Avveiningen mellom fordeler og ulemper er en reell del av forholdsmessighetsvurderingen i norsk fusjonskontroll. Avveiningen har nær sammenheng med og kan være av betydning for fastleggningen av den nedre grensen for egnethet. Dette fordrer en selvstendig og mer inngående overprøving fra Konkurransetilsynets side av hvorvidt omfanget av partenes forslag medfører større ulemper enn fordeler. Forholdsmessighetsprinsippet slik dette er anvendt av Konkurransetilsynet og departementet kan dermed virke begrensende på tilsynets adgang til å legge partenes forslag til avhjelpende tiltak til grunn for en tillatelse på vilkår uten å foreta en nærmere utredning.

expected to be extremely rare", jf. Merger Remedies: Competition Commission Guidelines fra november 2008 punkt 2.21. The Enterprise Act gir imidlertid en større skjønnsadgang enn konkurranseloven med hensyn til hvorvidt inngripen skal finne sted, jf. section 41 annet ledd, der det uttales at "[t]he Commission shall take such action [...] as it considers to be reasonable and practicable".

¹⁰³ Avsnitt 5.9.2.

4.4 Sammenligning

En sentral forskjell mellom på den ene siden Kommisjonens og på den andre siden Konkurransetilsynets og departementets kompetanse er at førstnevnte kun kan vedta tiltak i overensstemmelse med partenes forslag, mens de sistnevnte ensidig kan pålegge vilkår. Dette påvirker innholdet av proporsjonalitets-/forholdsmessighetsprinsippet. Kommisjonens plikt er begrenset til å sørge for at tiltakene er egnede og at det ikke foreligger mindre inngripende alternativer blant de fremsatte forslagene. Konkurransetilsynets og departementets anvendelse av forholdsmessighetsprinsippet legger opp til en mer inngående vurdering der det foretas en mer presis avveining mellom fordeler for samfunnet og ulemper for partene med tanke på hvor langt et vedtak kan gå i å fjerne konkurransebegrensningene ut over å avbøte på det vesentligste. EU-rettens proporsjonalitetsprinsipp er dermed bedre tilpasset en tidlig avklaring på grunnlag av partenes forslag enn det norske forholdsmessighetsprinsippet.

4.5 Kan fusjonspartenes samtykke utvide rammene for hva som anses forholdsmessig?

Som nevnt viser konkurranselovens forarbeider til at vilkårlæren gjør seg gjeldende i fusjonssaker.¹⁰⁴ Vilklårlæren innebærer et krav om forholdsmessighet. Samtidig understrekes partenes ansvar for å fremlegge forslag til avhjelpende tiltak.¹⁰⁵ Dette tilsier at forarbeidene legger opp til at også vilkår som reflekterer partenes forslag er underlagt en forholdsmessighetsvurdering.

Gode grunner kan tale for at Konkurransetilsynet har et selvstendig ansvar for å påse at partenes forslag til avhjelpende tiltak ikke går ut over hva som er forholdsmessig. For fusjonspartene vil det være av svært stor betydning å unngå et forbud, noe som kan medføre fremleggelse av mer omfattende tiltak enn påkrevd. Videre kan avhjelpende

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 83.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 85.

tiltak omfatte store verdier og innebære betydelige tap for fusjonspartene. Dette gjør det viktig å unngå unødvendig strenge vilkår.

At partene tidlig legger frem avhjelpende tiltak med sikte på en rask avklaring kan imidlertid tilsi at tilsynets selvstendige ansvar for at forholdsmessighetsprinsippet overholdes modifieres noe.

For det første vil presset på fusjonspartene for å unngå et forbud ikke fremstå som like påtrengende tidlig i saksbehandlingen. Dersom partenes forslag til avhjelpende tiltak ikke leder til den hurtige avklaringen de hadde håpet på, risikerer de i første omgang kun en mer tidkrevende utredning, men med mulighet for å søke å tilpasse tiltakene og unngå et forbud senere. Dette kan tilsi at de tidlig fremsatte tiltakene representerer oppriktig frivillighet fra partenes side, noe som taler for å anse dem for å være forholdsmessige.¹⁰⁶

Videre uttaler konkurranselovens forarbeider at ”partene selv [...] er mest egnet til å vurdere de forretningsmessige konsekvensene av alternative avhjelpende tiltak”.¹⁰⁷ Også varigheten av tilsynets saksbehandling kan være av forretningsmessig betydning. Partene står nærmest til å avveie fordelene ved en rask avklaring mot ulempene ved å tilby mer omfattende tiltak, og dermed risikere et mer byrdefullt sett av vilkår for en tillatelse enn hva tilsynet hadde hatt adgang til å pålegge etter en fullstendig utredning. Dette taler for at tilsynet burde kunne legge partenes forslag til grunn uten å overprøve forholdsmessigheten ved en nærmere utredning.

At forholdsmessighetsprinsippets stilling og innhold i den generelle forvaltningsretten er uklare innebærer at det i større grad er opp til Konkurransetilsynet og departementet å fastlegge grensene for forholdsmessighet i fusjonssaker. Dette åpner også for at tilsynet og departementet har anledning til i en viss grad å modifisere sin tidligere anvendelse av prinsippet.

¹⁰⁶ Jan Fridthjof Bernt har gitt uttrykk for at ”det viktige ledd i læren om det « frivillige samtykkes » grenseutvidende karakter er frivilligheten”, og at dette kan fungere som et ”etter omstendighetene vektig indisium” på at forvaltningen har handlet innenfor sine fullmakter ”slik disse fortolkes på bakgrunn av formåls- og forholdsmessighetsbetraktninger”, se Bernt (1977) side 91-92.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 85.

4.6 Konklusjon

Konkurransetilsynets og departementets anvendelse av forholdsmessighetsprinsippet gjør det usikkert hvorvidt tilsynet kan akseptere tiltak som muligens går ut over å gjenopprette konkurransesituasjonen før fusjonen. Usikkerheten kan være til hinder for at tilsynet fatter en rask vilkårstillatelse uten å foreta en nærmere utredning.

5 Tilrettelegging av saksbehandlingen

5.1 Innledning

En rask avklaring basert på avhjelpende tiltak forutsetter samspill mellom konkurransemyndighetene og fusjonspartnerne. Gjensidig utveksling av informasjon og dialog er nødvendig for å identifisere både hvilke og hvor omfattende konkurranseproblemer som vil følge av fusjonen, og hvilke tiltak som kan avbøte på disse.

I det videre vurderes hvordan saksbehandlingen i EU-retten fase I og i norsk fusjonskontroll er lagt opp, og i hvilken grad saksbehandlingen i norsk fusjonskontroll er tilpasset en rask avklaring basert på avhjelpende tiltak.

5.2 Saksbehandling og utredning i EU-retten fase I

Det overordnede ansvaret for sakens opplysning ligger hos Kommisjonen. Kommisjonen har en skjønnsmargin med hensyn til den fremtidsrettede

konkurransesanalysen og vurderingen av foreslåtte avhjelpende tiltak.¹⁰⁸ I rettspraksis har det vært uttrykt at dette medfører at forsvarlig utredning er særlig viktig.¹⁰⁹ Utredningsansvaret innebærer at Kommisjonen må undersøke ”carefully and impartially all the relevant aspects in the individual case”,¹¹⁰ og innhente ”all the facts which are necessary in order to exercise [its] discretion”.¹¹¹ Retten har imidlertid understreket at Kommisjonens utredningsplikt må ”be interpreted in a way which is compatible with the need for speed” som karakteriserer fusjonskontrollen.¹¹²

Fase I innebærer en innledende undersøkelse av fusjonen, og er betydelig mindre omstendelig enn fase II. Der fusjonspartene foreslår avhjelpende tiltak må den innledende undersøkelsen avsluttes innen 35 dager fra melding av fusjonen.¹¹³ De korte tidsfristene vil nødvendigvis være av betydning med hensyn til hvor omfattende utredning Kommisjonen kan og må foreta før en tillatelse på vilkår i fase I.¹¹⁴

I praksis vil imidlertid saksbehandlingen før et fase I-vedtak ofte strekke seg ut over de 35 dagene fusjonsforordningen foreskriver. Kommisjonen legger stor vekt på at det innledes kontakt med fusjonspartene allerede innen melding inngis¹¹⁵, og i noen tilfeller også med andre markedsaktører.¹¹⁶ Forhåndskontakt forekommer i de fleste fusjonssaker som avsluttes i fase I.¹¹⁷ Den praktiske viktigheten av forhåndskontakt reflekteres i Konkurransedirektoratets best practices¹¹⁸, der forhåndskontakten er

¹⁰⁸ C-202/06 P *Cementbouw* avsnitt 53, Generaladvokatens forslag til avgjørelse avsnitt 67.

¹⁰⁹ T-151/05 *NVV* avsnitt 164, Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-413/06 P *Sony Bertelsmann/Impala* avsnitt 126.

¹¹⁰ T-151/05 *NVV* avsnitt 163, T-342/07 *Ryanair* avsnitt 31.

¹¹¹ T-151/05 *NVV* avsnitt 165.

¹¹² T-151/05 *NVV* avsnitt 166.

¹¹³ Fusjonsforordningen artikkel 10 første ledd andre avsnitt.

¹¹⁴ I hennes forslag til avgjørelse i C-413/06 P *Sony Bertelsmann/Impala* avsnitt 211 beskriver Generaladvokat Kokott utredningen i fase I som ”merely a summary one”. Tidligere Generaldirektør i Konkurransedirektoratet Philip Lowe har uttalt at “when the Commission takes a clearance decision with remedies in ”phase I” it does so, inevitably, on the basis of more limited evidence,” se Lowe (2009) side 3.

¹¹⁵ I Konkurransedirektoratets best practices avsnitt 5 beskrives forhåndskontakt som en ”important part of the whole review process”, og i blankett CO punkt 1.1 som ”extremely valuable” for å fastlegge hvilke opplysninger som er nødvendige.

¹¹⁶ Best practices avsnitt 26.

¹¹⁷ I best practices avsnitt 5 presiseres det at forhåndskontakt som regel anses som nyttig også i ”seemingly non-problematic cases”.

¹¹⁸ DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings (2004).

utførlig behandlet og underlagt forholdsvis detaljerte føringer.¹¹⁹ Viktigheten av forhåndskontakt er også fremhevet i gjennomføringsforordningens¹²⁰ fortale punkt 11.

Den formelle saksbehandlingen innledes ved partenes melding av fusjonen. Melding skjer som regel ved innlevering av blankett CO¹²¹, noe som krever detaljert og omfattende informasjon fra partene.¹²²

Forhåndskontakten og den omfattende informasjonsplikten i forbindelse med melding bidrar til å effektivisere saksbehandlingen fra første stund, noe som er avgjørende for å møte de korte fristene fusjonsforordningen oppstiller. Dette har kommet til uttrykk i Kommisjonens grønbok fra 2001, der beskrivelsen av ”due process” innledes med at ”[i]t should be noted [...] that a well-established practice of pre-notification contacts and a quite detailed form CO allow the Commission to depart upon a formal procedure immediately after notification and contribute to the effectiveness of the ensuing process.”¹²³

Partenes informasjonsplikt og blankettens omfang er i samsvar med gjennomføringsforordningens fortale punkt 5, som understreker partenes ansvar for å gi fullstendige og korrekte opplysninger om alle relevante fakta og omstendigheter. Partenes ansvar for å bidra til sakens opplysning omfatter også eventuelle avhjelpende tiltak. I EU-fusjonskontrollen er det som nevnt opp til partene å identifisere og tilby avhjelpende tiltak. Et slikt tilbud skal følges av en utfylt blankett RM, som fordrer at fusjonspartene foretar en detaljert redegjørelse for tiltakene.¹²⁴ Tilbudet og blanketten

¹¹⁹ Blant annet uttales det i avsnitt 10 at forhåndskontakten helst bør opprettes senest to uker innen melding av fusjonen. I avsnitt 13 uttales at det første forhåndskontaktet normalt vil være basert på innlevering av utførlig informasjon eller et utkast til blankett CO, og i avsnitt 14 at Kommisjonen bør gis slik informasjon senest tre dager før møtet. Konkurransedirektoratet gir også uttrykk for at både jurister og forretningsrepresentanter bør være tilgjengelige for samtaler i forhåndskontaktfasen, se avsnitt 9.

¹²⁰ Forordning 802/2004.

¹²¹ Gjennomføringsforordningen artikkel 3 første ledd. Bestemmelsen sier også at partene i visse tilfeller kan anvende en forenklet blankett. Dette gjelder blant annet dersom det er tale om en konglomeratfusjon, eller der partenes inntekter eller markedsandeler ligger under angitte terskler, se vedlegg II til gjennomføringsforordningen.

¹²² Gjennom forhåndskontakten kan partene tillates å unnlate å inngi noe av informasjonen blankett CO foreskriver, se best practices avsnitt 19.

¹²³ Avsnitt 238.

¹²⁴ Gjennomføringsforordningen artikkel 20 ledd 1a, tilført ved forordning 1033/2008.

må inneleveres innen 20 dager etter melding dersom fusjonen skal kunne godkjennes på vilkår i fase I.¹²⁵

Utarbeidelsen av avhjelpende tiltak er imidlertid i praksis ikke en rent ensidig oppgave for fusjonspartene. Selv om Konkurransedirektoratet understreker partenes ansvar, gir det også uttrykk for at det vil gi veiledning med hensyn til tiltakenes ”general appropriateness” før de fremlegges.¹²⁶ For utarbeidelsen av tiltakene vil det for partene kunne være av stor betydning å få innsikt i hvilke konkurransebegrensninger Kommisjonen anser som aktuelle. Konkurransedirektoratet har anerkjent dette ved å legge opp til at det vil være anledning til å avholde møte innen femten dager av fase I, der partene vil bli informert om ”the preliminary result of the initial investigation”, og at dette møtet ”provides an opportunity for the notifying parties to prepare the formulation of a possible remedy proposal” innenfor 20-dagersfristen.¹²⁷

Når partenes forslag til avhjelpende tiltak er fremlagt gjenstår det kun 15 dager før Kommisjonen må fatte et vedtak i fase I, og partene har begrenset adgang til å foreta endringer i forslaget.¹²⁸ Dette innebærer at partene har et klart insentiv til å sørge for at tiltakene er tilstrekkelige i første omgang.

Kommisjonens undersøkelsesplikt kan medføre at den, i tillegg til informasjon fra fusjonspartene, om nødvendig må foreta markedsundersøkelser og henvende seg til andre markedsaktører.¹²⁹ Av Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak følger

¹²⁵ Gjennomføringsforordningen artikkel 19 første ledd. Oversitting av 20-dagersfristen innebærer at Kommisjonen ikke er forpliktet til å ta hensyn til foreslåtte tiltak før den eventuelt innleder fase II. Kommisjonen er imidlertid ikke avskåret fra å undersøke og legge tiltakene til grunn for en fase I-godkjenning, se T-158/00 *ARD* avsnitt 386, 390.

¹²⁶ Best practices avsnitt 41.

¹²⁷ Best practices avsnitt 33. Også i avsnitt 30 fremheves det at møtene gir anledning til ”mutual exchange of information”.

¹²⁸ Se Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak avsnitt 83, der det uttales at ”[g]iven that phase I remedies are designed to provide a clear-cut answer to a readily identifiable competition concern, only limited modifications can be accepted to the proposed commitments”.

¹²⁹ T-151/05 *NVV* avsnitt 165.

det at fusjonspartene også skal vedlegge en offentlig versjon av forslaget¹³⁰, og at Kommisjonen ”when considered appropriate” vil foreta en markedstest.¹³¹

I henhold til fusjonsforordningen artikkel 18 fjerde ledd har tredjeparter som viser tilstrekkelig interesse rett til å bli hørt i løpet av saksbehandlingen, herunder om foreslåtte avhjelpende tiltak. Retten til å bli hørt gjelder i begge faser av saksbehandlingen.¹³² Interesserte tredjeparter må selv henvende seg til Kommisjonen for å hevde uttalelsesretten.¹³³ Retten til å uttale seg er nærmere regulert i gjennomføringsforordningen artikkel 16, som blant annet sier at interesserte tredjeparter må uttale seg innen frister satt av Kommisjonen. Uttalelsesadgangen må tilpasses etter de korte tidsfristene som gjelder i fusjonskontrollssaker¹³⁴, og Kommisjonen har adgang til å oppstille svært snevre frister for uttalelse.¹³⁵

5.3 Saksbehandling og utredning i norsk fusjonskontroll

Inngrep mot fusjoner utgjør enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand¹³⁶, og forvaltningslovens saksbehandlingsregler kommer dermed til anvendelse.¹³⁷ I henhold til forvaltningsloven § 17 plikter Konkurransetilsynet å ”påse at saken er så godt opplyst

¹³⁰ Avsnitt 79 bokstav d.

¹³¹ Avsnitt 80. I Konkurransedirektoratets best practices avsnitt 26 er det presisert at Kommisjonen ”may obtain all necessary information from relevant persons, undertakings, associations of undertakings and competent authorities of Member States”.

¹³² I best practices avsnitt 29 om kontakt med blant andre tredjeparter gis det uttrykk for at ”DG Competition endeavours to give all parties involved in the proceeding ample opportunity [...] to make their points of view known throughout the procedure”. I T-158/00 *ARD* avviste Retten at manglende innledning av fase II var i strid med tredjeparts rett til å uttale seg, se avsnitt 359, 366.

¹³³ Gjennomføringsforordningen artikkel 16 første ledd forutsetter at tredjeparter ”apply in writing to be heard”. I T-151/05 *NVV* avviste Retten en tredjepartsklage over ikke å ha blitt hørt idet vedkommende ikke hadde bedt om å bli hørt i henhold til fusjonsforordningen artikkel 18 fjerde ledd jf. gjennomføringsforordningen artikkel 16 første ledd, se dommens avsnitt 213.

¹³⁴ I T-290/94 *Kaysersberg* avsnitt 117 uttaler Retten at ”although the legitimate interest of qualifying third parties to be heard may require them to be allowed a sufficient period for that purpose, such a requirement must, nevertheless, be adapted to the need for speed”. *Kaysersberg* gjaldt et vedtak etter fase II, og i T-158/00 *ARD* avsnitt 418 uttaler Retten at behovet for hurtighet gjelder ”a fortiori” med hensyn til vedtak etter fase I.

¹³⁵ I T-290/94 *Kaysersberg* fant Retten at en frist på to dager til å kommentere endringer i fusjonspartenes foreslåtte tiltak var tilstrekkelig, se avsnitt 117, mens fristen i T-158/00 *ARD* var under 24 timer, se avsnitt 418.

¹³⁶ Paragraf 2 første ledd bokstav b jf. bokstav a.

¹³⁷ Forvaltningsloven § 3 første ledd.

som mulig før vedtak treffes”. Bestemmelsen kan imidlertid ikke tolkes strengt etter ordlyden. Hvor omfattende kravene til utredning er beror på en avveining mellom på den ene siden hensynet til en mest mulig korrekt avgjørelse, og på den andre siden effektivitet, forvaltningens ressurser og partenes behov for en rask avklaring¹³⁸. I fusjonssaker er tilsynet underlagt tidsfrister som begrenser utredningsmulighetene. Hensynet til partenes behov for en rask avklaring kan tilsi at saksbehandlingstiden også innenfor rammene av de lovpålagte fristene bør gjøres kortest mulig. I forarbeidene er det presisert at lovens frister er maksimalfrister.¹³⁹

Før den formelle saksbehandlingen innledes ved innlevering av melding kan det være aktuelt med forhåndskontakt mellom Konkurransetilsynet og fusjonspartene. Tilsynet har gitt uttrykk for at det ikke er nødvendig med forhåndskontakt i ukompliserte saker¹⁴⁰, men at det ”[i] saker som antas å reise konkurransemessige bekymringer kan [være] hensiktsmessig”.¹⁴¹ Tilsynets tilnærming til forhåndskontakt synes dermed å være noe mer avmålt enn hva Konkurransedirektoratet gir uttrykk for i dets best practices.¹⁴² Dette inntrykket forsterkes av at det fremgår av kun ett vedtak siden 2007 at tilsynet og fusjonspartene har avholdt forhåndskontaktmøte.¹⁴³

Alminnelig melding utgjør et pliktig minstekrav ved alle fusjoner som overstiger visse omsetningsterskler.¹⁴⁴ En alminnelig melding fordrer ganske beskjedne krav til informasjon, og må eventuelt følges opp av et pålegg om fullstendig melding innen 15 dager.¹⁴⁵ En fullstendig melding krever mer omfattende informasjon fra

¹³⁸ Eckhoff (2010) side 286, 287, Bernt (2010) side 250. Se også departementets vedtak i *Opplysningen/Aspiro* punkt 7.2, der det uttaler at ”utredningsplikten må sees i sammenheng med hensynet til effektivitet og hva som er praktisk mulig”.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 101 første spalte.

¹⁴⁰ Saksbehandlingsveileder avsnitt 5.

¹⁴¹ Saksbehandlingsveileder avsnitt 6.

¹⁴² Anders Ryssdal synes å gi uttrykk for et lignende inntrykk under konkurranseloven av 1993, når han uttaler at ”EU-Kommisjonen har i praksis vist seg villig til å gå lenger i å drøfte og komme med synspunkter på transaksjoner på uformell basis, dvs. før de inngås, enn det norske Konkurransetilsynet”, se Ryssdal (2003) side 179.

¹⁴³ I V2007-17 *BBS/Teller* ble det avholdt møte allerede i desember 2006, mens alminnelig melding ble inngitt 2. januar 2007, se vedtakets punkt 1.1.

¹⁴⁴ Konkurranseloven § 18 første ledd, forskrift om melding av foretakssammenslutninger § 2. Unntak fra meldeplikten er imidlertid ikke til hinder for at tilsynet kan pålegge fullstendig melding, jf. forskriften § 4 tredje ledd.

¹⁴⁵ Fusjonspartene kan også velge å inngi fullstendig melding i første omgang, noe som imidlertid ikke synes særlig utbredt i praksis.

fusjonspartene.¹⁴⁶ Meldingen inngår som en del av grunnlaget for tilsynets utredning og innebærer at også partene har ansvar for sakens opplysning.

Hvor langt Konkurransetilsynet kan gå i å legge partenes informasjon til grunn uten å foreta en selvstendig etterprøving er imidlertid usikkert.¹⁴⁷ Å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger kan sanksjoneres ved gebyr eller straff.¹⁴⁸ Tilsynet mangler imidlertid hjemmel til å tilbakekalle eller omgjøre en fusjon. Dette tilsier at det bør utvises varsomhet med å legge informasjon fra partene uprøvd til grunn, særlig der informasjonen taler til partenes fordel og kan, hvis lagt til grunn, bidra til at tilsynets vedtak etterlater negative konkurransevirkninger.

Partenes informasjonsplikt spiller også en rolle med hensyn til fordelingen av ansvaret for å identifisere eventuelle vilkår for en tillatelse.

Konkurranseloven § 16 tredje ledd gir Konkurransetilsynet kompetanse til å tillate en fusjon på vilkår. Loven oppstiller ikke noe forbehold om at partenes aksept av vilkårene er nødvendig, og tilsynet har anledning til ensidig å utarbeide og pålegge vilkår.¹⁴⁹ Loven sier ikke hvorvidt Konkurransetilsynet også har plikt til å foreta en selvstendig undersøkelse av avhjelpende tiltak.

I forarbeidene er partenes ansvar for å fremlegge avhjelpende tiltak fremhevet av både lovutvalget og departementet. Lovutvalget uttaler at "[o]rdningen [med tillatelse på vilkår] forutsetter at det er partene som tar stilling til om eventuelle frivillige tiltak skal

¹⁴⁶ Blant annet skal det redegjøres for markedsstruktur, eventuelle etableringshindringer og effektivitetsgevinster, jf. forskrift om melding av foretakssammenslutninger § 4 første ledd.

¹⁴⁷ Bernt/Rasmussen gir på side 251 uttrykk for at "[d]et kan være usikkert hvor nøye forvaltningen skal kontrollere de opplysninger som gis av partene", se Bernt (2010). Graver skriver på side 467, 468 at "[f]orvaltningen må i utgangspunktet kunne stole på de opplysninger som partene gir", men at "den har en viss plikt til å korrigere dem dersom det er sannsynlig at partene prøver å skjule ting, eller å føre forvaltningen bak lyset". Gravers standpunkt må imidlertid ses i sammenheng med hans påpekning om at "[f]orvaltningen vil i en senere omgang ha adgang til å omgjøre et vedtak som bygger på feil opplysninger som partene har kommet med". I fusjonssaker vil denne adgangen være begrenset, noe som muligens er egnet til å modifisere Gravers uttalte utgangspunkt, se Graver (2007).

¹⁴⁸ Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d, § 30 første ledd bokstav d.

¹⁴⁹ I V2004-33 *Ticketmaster/Ticnet* fant Konkurransetilsynet partenes forslag til avhjelpende tiltak utilstrekkelige, og påla i stedet et mer omfattende sett av tiltak, se vedtakets punkt 8. Også i V2004-32 *Ahlsell - Bergens Rørhandel/Stavanger Rørhandel* utarbeidet tilsynet vilkårene for fusjonstillatelsen, se tilsynets varsel i saken punkt 4, der det foreslår tiltak i samsvar med det endelige vedtaket og uttaler at det "imøteser imidlertid partenes eventuelle forslag til avhjelpende tiltak".

vurderes i saken”.¹⁵⁰ Uttalelsen etterfølger utvalgets henvisninger til EU-praksis, der partene har ansvaret for avhjelpende tiltak. Dette tilsier at det hadde vært naturlig å presisere en eventuell forskjell i form av større selvstendig ansvar for Konkurransetilsynet til å utarbeide vilkår i norsk rett.

Også departementet understreker ”partenes ansvar for selv å fremlegge avhjelpende tiltak”, og uttaler om Konkurransetilsynets rolle at det ”bør på sin side gå inn i en konstruktiv dialog med partene” med sikte på å finne gode tiltak.¹⁵¹ Formuleringen kan tyde på at tilsynet ikke er tillagt et selvstendig ansvar for å utrede tiltak. Dette inntrykket underbygges av departementets bemerkninger til § 20, der det uttaler at ”fra partenes uttalelse [med forslag til avhjelpende tiltak] er mottatt, har [tilsynet] meget kort tid til å vurdere om det er aktuelt å fatte vedtak om å tillate foretakssammenslutningen på vilkår”.¹⁵² Formuleringen indikerer at tilsynet ellers ikke plikter å vurdere hvorvidt det er aktuelt med en tillatelse på vilkår før det vedtar å forby en fusjon.

En tillatelse på vilkår vil være den mest fordelaktige formen for inngripen for fusjonspartene, og det vil være i partenes interesse at det identifiseres avhjelpende tiltak. I forvaltningsretten er det lagt til grunn at private parter har et selvstendig ansvar for å påpeke forhold som taler til deres fordel under saksbehandlingen.¹⁵³ Høyesterett har gitt uttrykk for at kravene til utredning og veiledning av private parter i forkant av et vedtak kan være mindre omfattende i saker der partene har gode forutsetninger for å ivareta sine egne interesser.¹⁵⁴ Partene i fusjonssaker er ressurssterke¹⁵⁵ og vil som regel

¹⁵⁰ NOU 2003:12 punkt 5.4.9.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 85 første spalte.

¹⁵² Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 233.

¹⁵³ Bernt/Rasmussen skriver at forvaltningen ”må ofte [...] kunne forvente at forhold som taler til partens fordel, påpekes og argumenteres av parten selv”, se Bernt (2010) side 252. Eivind Smith skriver at ”man [må] i det minste kunne vente at parten opplyser om slike forhold som [parten] forstår at vil styrke [dennes] sak”, og at forvaltningen som utgangspunkt ikke kan bebreides for at opplysninger ikke har kommet frem der parten har blitt oppfordret til å opplyse et forhold, se Eckhoff (2010) side 286.

Lovutvalget uttaler i NOU 2003: 12 punkt 8.3.1 at det gjelder ”et utgangspunkt om at forvaltningen kan forvente at parter i alle fall bidrar med opplysninger som taler i partens favør”, og at ”det [gjelder] som generell regel at en part som kunne og burde bidratt til opplysning av en sak ikke kan angripe et vedtak med den begrunnelse at det er truffet på grunnlag av sviktende faktiske forutsetninger”.

¹⁵⁴ Rt.2001.450 *Hydro*.

¹⁵⁵ Jf. terskelverdiene.

ha tilgang til juridisk bistand¹⁵⁶, noe som ytterligere underbygger forarbeidenes fremhevelse av deres ansvar for å fremlegge avhjelpende tiltak. Dette tilsier at fusjonspartene ikke kan forvente at Konkurransetilsynet på egen hånd søker å identifisere tiltak som kan avverge et forbud.

I praksis har imidlertid Konkurransetilsynet og departementet ofte selv søkt å identifisere egnede tiltak under henvisning til forholdsmessighetsprinsippet¹⁵⁷. Dette er imidlertid ikke fulgt helt konsekvent.¹⁵⁸

Det fremstår etter dette som uklart hvorvidt tilsynet har et selvstendig ansvar for å undersøke eventuelle avhjelpende tiltak.

Konkurransetilsynet spiller i alle tilfelle en rolle i å legge til rette for at partene skal kunne foreslå avhjelpende tiltak. Både lovutvalget og departementet påpeker at fusjonspartene ofte er nærmest til å vurdere hvilke tiltak som er best egnet.¹⁵⁹ For partene vil det imidlertid kunne være av avgjørende betydning å kjenne til hvilke konkurranseproblemer tilsynet har identifisert før de kan foreta en slik vurdering.¹⁶⁰

Konkurransetilsynet plikter å legge frem et begrunnet forslag til inngrepsvedtak innen 70 dager etter at fullstendig melding ble mottatt. Forslaget vil informere partene om de identifiserte konkurranseproblemer. Tidspunktet kan imidlertid fremstå som sent med hensyn til partenes interesse i å tilby tiltak for en rask avklaring av fusjonen.

¹⁵⁶ Se Rt.2011.111 avsnitt 52, der Høyesterett under vurderingen av forvaltningens utredningsplikt påpekte at parten hadde vært representert ved advokat.

¹⁵⁷ I tillegg til Konkurransetilsynets vedtak i V2004-33 *Ticketmaster/Ticnet* og V2004/32 *Ahlsell – Bergens Rørhandel/Stavanger Rørhandel* går det frem av tilsynets vedtak i V2005-12 *Prior/Norgården* punkt 6.3, V2006-223 *Gilde/Prior* punkt 7.2, V2006-490 *Falck/Viking* punkt 7.2, V2008-22 *Opplysningen/Aspiro* punkt 7.2 og av departementets vedtak i *Falck/Viking* punkt 5.9.1, *Prior/Norgården* punkt 6.8 og *Opplysningen/Aspiro* punkt 7.6 at tilsynet og departementet har forsøkt å finne mulige tiltak.

¹⁵⁸ I klagevedtaket i *Trøndertaxi/Sør-Trøndelag Taxi* punkt 6.8 nøyer departementet seg med å vise til at partene ikke har fremmet forslag til avhjelpende tiltak. I V2011-5 *Norli/Libris* varslet tilsynet forbud mot fusjonen og oppfordret partene om å fremsette avhjelpende tiltak, men ga ikke uttrykk for selv å vurdere vilkår.

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 84 første spalte og side 85 første spalte.

¹⁶⁰ Departementet knytter partenes ansvar for å foreslå avhjelpende tiltak til at ”de konkurransemessige problemer er identifisert”, se Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 85 første spalte.

I Konkurransetilsynets veileder legges det opp til flere møter med partene i løpet av saksbehandlingen¹⁶¹, og tilsynet uttaler at det i møtene ”så vidt mulig” vil gi uttrykk for sitt foreløpige syn på konkurranseproblemene.¹⁶² Tilsynet gir imidlertid uttrykk for at ”slike tilbakemeldinger kan likevel ikke forventes på møter tidlig i saksforløpet”. Dersom tilsynets oppstilte tidspunkter for møter legges til grunn, innebærer dette at partene først kan forvente å bli informert om konkurranseproblemene i det tredje møtet, det vil si 60 dager etter fullstendig melding.¹⁶³ Det uttalte formålet om at møtene også skal ”åpne for diskusjoner rundt melderers forslag til avhjelpende tiltak”¹⁶⁴ kan synes å være i dårlig samsvar med tilsynets egne tilbakeholdenhet med hensyn til informasjon om konkurranseproblemene.¹⁶⁵ I praksis fremlegger partene ofte forslag til avhjelpende tiltak først etter å ha mottatt begrunnet varsel.¹⁶⁶

I konkurranselovens forarbeider er det uttalt at hensynet til tredjeparter ”bør ivaretas gjennom adgang til å fremme synspunkter i forbindelse med tilsynets saksbehandling”.¹⁶⁷ Av konkurranseloven § 20 tredje ledd pålegges partene også å fremlegge en offentlig versjon av eventuelle tilbud om avhjelpende tiltak. Tilsynet uttaler at det ”vil normalt markedsteste tilbudet om avhjelpende tiltak, med mindre dette anses som unødvendig i den konkrete saken”.¹⁶⁸ I tilsynets foreløpig siste høringsrunde ble høringspartene gitt en svarfrist på 6 dager til å kommentere partenes forslag.¹⁶⁹

¹⁶¹ Avsnitt 26.

¹⁶² Avsnitt 29.

¹⁶³ Avsnitt 26.

¹⁶⁴ Avsnitt 30.

¹⁶⁵ Behovet for gjensidig kommunikasjon og tidlig informasjon om de identifiserte konkurranseproblemene ble fremhevet av flere høringsparter i forbindelse med utarbeidelsen av tilsynets veileder. Fra Selmer ble det uttalt at ”Konkurransetilsynet i mange tilfeller er restriktive med å gi informasjon eller oppfatninger tilbake, slik at det i praksis i hovedsak er snakk om enveis kommunikasjon”, og at det ville vært ”en gevinst” dersom tilsynet åpnet for tidligere drøftelser av jus og fakta. Også Wiersholm oppfordret til større grad av informasjon om sentrale problemstillinger, og påpekte blant annet at ”[e]n tidlig tilbakemelding fra Konkurransetilsynet vil også gjøre det mulig for partene å vurdere fremsettelse av avhjelpende forslag på et tidspunkt som anses hensiktsmessig”. BA-HR beskrev tilsynets kommunikasjon av aktuelle problemstillinger og foreløpige konklusjoner som ”[v]esentlig for en god dialog”. Høringsuttalelsene er tilgjengelige på Konkurransetilsynets nettsider.
¹⁶⁶ Se for eksempel V2011-5 *Norli/Libris*, V2009-14 *Validus/Sunkost*, V2008-12 *Eurofins/Lantmännen Analycen*, V2008-3 *Shell/YX Energi*, V2007-27 *Nortura/Hå Rugeri*.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 83 første spalte.

¹⁶⁸ Saksbehandlingsveilederen avsnitt 37.

¹⁶⁹ Se Konkurransetilsynets høringsbrev i V2011-5 *Norli/Libris*. I forbindelse med de to siste vilkårstillatelsene før *Norli/Libris* gikk det henholdsvis 24 og 30 dager fra Konkurransetilsynet mottok partenes forslag til avhjelpende tiltak til vedtak ble fattet, se V2009-14 *Validus/Sunkost*, V2008-12 *Eurofins/Lantmännen Analycen*.

Ivaretagelsen av tredjeparters interesser under saksbehandlingen er særlig viktig siden disse har begrenset anledning til å angripe et vedtak i ettertid. Det fremgår av forarbeidene at tredjeparters klageadgang til departementet er avskåret.¹⁷⁰ Dersom tredjeparter har rettslig interesse i henhold til tvisteloven, vil de kunne anlegge sivilt søksmål. Konkurranseloven regulerer imidlertid ikke konsekvensene av en eventuell dom som går ut på tilsidesettelse av et fusjonsvedtak, og en tredjeparts mulighet til å oppnå ny behandling av en fusjonssak fremstår som høyst uklart.

5.4 Oppsummering

Kommisjonen ser ut til å legge større vekt på forhåndskontakt enn hva Konkurransetilsynet gjør, også i tilsynelatende ukompliserte saker. Kommisjonen er også mer innstilt på å gi tidlig informasjon om de identifiserte konkurransebegrensningene, og dermed sette partene i stand til å utarbeide avhjelpende tiltak allerede tidlig i saksbehandlingen.

Blankett CO fordrer mer omfattende opplysninger fra partene enn fullstendig melding. Kommisjonen har en viss adgang til å legge partenes fremstillinger til grunn uten å foreta nærmere undersøkelser. Tilsynets tilsvarende adgang fremstår som usikker. Dette må ses i sammenheng med Kommisjonens adgang til å tilbakekalle en godkjenning på grunnlag av ufullstendige eller uriktige opplysninger, for så å fatte et nytt vedtak i saken. Konkurransetilsynet mangler en tilsvarende kompetanse.

I EU-retten er det klart at partene har ansvaret for å utarbeide avhjelpende tiltak. I norsk rett fremstår det som mindre sikkert hvorvidt Konkurransetilsynet plikter å identifisere vilkår på egen hånd. Usikkerhet med hensyn til hvem som har ansvar for avhjelpende tiltak kan minske fusjonspartenes insentiver til å identifisere og foreslå avhjelpende tiltak, idet det vil foreligge en mulighet for at tilsynet utarbeider vilkår som er mindre

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 83 første spalte.

omfattende enn partenes egne forslag.¹⁷¹ Konkurransetilsynet bruker også lengre tid på å markedsteste og vurdere avhjelpende tiltak etter å ha mottatt partenes forslag.

Mulighetene for avklaring i løpet av fase I gir et sterkt insentiv for både Kommisjonen og partene til forhåndskontakt og en høyeffektiv saksbehandling, herunder for partene til tidlig å fremlegge forslag til avhjelpende tiltak. I norsk rett er selve den formelle overgangen til fase II av mindre betydning. Dette åpner i større grad for at fusjoner kan avklares allerede tidlig i fase II enn hva EU-fusjonskontrollen gjør. Imidlertid gir manglende konkrete frister dårligere insentiver for både fusjonspartene og tilsynet til å effektivisere saksbehandlingen allerede før og umiddelbart etter melding. De norske partene savner også insentiver til å fremlegge tiltak innen visse frister i fase II.¹⁷²

5.5 Konklusjon

Saksbehandlingen i norsk fusjonskontroll synes å være mindre tilpasset en rask avklaring enn i EU-rettens fase I, og lite innrettet mot å oppfylle forarbeidens forutsetning om en mulig avklaring allerede innen eller kort tid etter 25 dager.

¹⁷¹ Også adgangen til å fremlegge avhjelpende tiltak for departementet i en eventuell klagebehandling kan minske partenes insentiver til å forslå tilstrekkelige avhjelpende tiltak overfor Konkurransetilsynet.

¹⁷² I EU-retten unngår partene at saksbehandlingstiden forlenges med 15 dager dersom de fremlegger tilbud om avhjelpende tiltak innen 55 dager av fase II, se fusjonsforordningen artikkel 10 tredje ledd.

6 Avtale¹⁷³ som alternativ til vedtak i henhold til § 16

6.1 Innledning.

Ovenfor i punkt 3.4 er det konkludert med at påleggelse av vilkår for tillatelse til å fusjonere fordrer sannsynliggjøring av at den opprinnelige fusjonen vil medføre en SLC, og at partenes samtykke neppe kan kompensere for manglende sannsynliggjøring. I det videre legges det til grunn at partenes samtykke ikke kan kompensere for manglende sannsynliggjøring innenfor rammene av vedtakshjemmelen i § 16.

En avtale mellom Konkurransetilsynet og fusjonspartene vil muligens kunne stille lempeligere krav til påvisning av SLC, og tillate smidigere løsninger enn et vedtak i henhold til § 16. Dette kan åpne for en raskere avklaring. I fusjonskontrollen kan en slik avtale tenkes i form av at Konkurransetilsynet gir tilsagn om å avstå fra å fatte vedtak

¹⁷³ En avtale mellom forvaltningen og private parter vil utgjøre et vedtak såfremt vilkårene i fvl. § 2 er oppfylt. Hans Petter Graver skriver at ”man [må]ta stilling til om det er snakk om et vedtak eller ikke, uavhengig av avtaleformen”, se Graver (2007) side 238. Johan Greger Aulstad mener at en ”[må] kunne slutte at en avtale er inngått « under utøving av offentlig myndighet » i forvaltningsloven § 2 sin forstand, dersom den inneholder bestemmelser som lovgiveren har lagt opp til at forvaltningen skal treffe i vedtaksform”, se Aulstad (2004) side 79.

At avtaleformen er benyttet i stedet for vedtaksformen kan allikevel få betydning for om og hvor sterkt forvaltningslovens saksbehandlingsregler gjør seg gjeldende. Graver skriver at ”[a]vtaleformen vil også kunne påvirke de saksbehandlingsregler som gjelder”, og åpner for at ”de som er parter i avtalen [antakelig] ikke kan påberope seg forvaltningslovens regler i tillegg til de avtalerettslige regler som gjelder”, se Graver (2007) side 238, 239.

Aulstad beskriver det som ”helt uaktuelt” å gjøre unntak fra utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17 når forvaltningen inngår avtaler, se Aulstad (2004) side 135. Etter min mening er dette et for bastant synspunkt. Tiltrekningen ved å inngå en avtale vil for forvaltningen ofte ligge nettopp i å kunne unngå ekstra ressursbruk ved å måtte påvise i tråd med gjeldende bevisstandard at vilkårene for ensidig inngripen er oppfylt. I Rt.2011.111 avsnitt 52 uttaler Høyesterett at ”utredningsplikten må avpasses etter forholdene og hvor belastende vedtaket er”. Dette tilsier at utredningsplikten kan modifiseres noe i forbindelse med en avtale som utgjør et vedtak. Se også Rt.2003.764 Løvenskiold, der Høyesterett drøftet hvorvidt det var påkrevet med en mer omfattende reguleringsplan, eller om Kommunens langt enklere saksbehandling i form av et dispensasjonsvedtak var akseptabel. I avsnitt 71 uttaler førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommerne at ”slik jeg ser det, må det nemlig være avgjørende for gyldigheten av vilkåret for gang- og sykkelvei at valg av fremgangsmåte i vår sak [...] skjedde med samtykke av, og i betydelig grad av hensyn til, Løvenskiold.” Uttalelsene taler for at kravene til utredning kan være noe lempeligere der avtaleformen benyttes.

Avtalebetegnelsen brukes i det videre for å markere at det ikke er tale om et vedtak hjemlet i konkurranseloven § 16 første ledd.

om forbud eller tillatelse på vilkår mot at fusjonspartnerne forplikter seg til å foreta visse modifikasjoner av fusjonen.¹⁷⁴

Avtalealternativet reiser to problemstillinger: For det første om forvaltningsretten åpner for å utøve offentlig myndighet i form av en avtale som ikke er hjemlet i lov, og dernest om en slik avtale oppfyller Konkurransetilsynets inngrepsplikt etter konkurranseloven § 16.

6.2 Har Konkurransetilsynet adgang til å utøve offentlig myndighet i form av avtale?

Utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er at inngripen overfor private parter krever hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippet. Høyesterett har imidlertid åpnet for å anerkjenne myndighetsutøvelse i avtaleform. I Rt.1992.1235 uttaler førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommerne at "[d]ersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder. Dette er ikke ukjent i forvaltningspraksis."¹⁷⁵

Uttalelsen er fulgt opp av Høyesteretts flertall¹⁷⁶ i Rt.2007.651. Flertallet formulerte seg imidlertid noe mer tilbakeholdent enn hva Høyesterett gjorde i 1992-dommen, blant

¹⁷⁴ Etter utløpet av fristene i konkurranseloven § 20 vil fusjonspartnerenes rettigheter kunne baseres på et dobbelt grunnlag: For det første på Konkurransetilsynets tilsagn om ikke å gripe inn, og dertil på at Konkurransetilsynets adgang til inngripen har falt bort.

¹⁷⁵ Ordlyden oppstiller tilsynelatende visse skranker. For det første må avtaleformen være "nødvendig eller ønskelig". Imidlertid vil vedkommende forvaltningsorgan formodentlig selv være nærmest til å vurdere både hva som er "nødvendig", og særlig hva som er "ønskelig". Se også Graver (2007) side 246, som mener at Høyesteretts formulering "overlater i hvert fall en del av spørsmålet til forvaltningens skjønn".

Erik Boe fremhever at avtaler som involverer offentlig myndighet kan benyttes "bare på spesielle områder", se Boe (2004) side 517. Hvilke områder dette omfatter gir imidlertid verken Høyesterett eller Boe noen anvisning på. Det synes uklart hvilke begrensninger dette eventuelt innebærer.

¹⁷⁶ Dissens 3-2.

annet ved å tone adgangen ned til ”i en viss utstrekning å binde sin fremtidige myndighetsutøvelse ved avtale”.¹⁷⁷

I teorien synes det å være bred enighet om at det foreligger en viss adgang for forvaltningen til å inngå avtale med private parter i stedet for å fatte et formelt vedtak, også der avtalen innebærer binding av offentlig myndighetsutøvelse.¹⁷⁸

At det foreligger adgang til å inngå avtale i stedet for å fatte vedtak på konkurranserettens område er lagt til grunn av Konkurransetilsynet i praksis. I 2007 inngikk tilsynet forlik med ACNielsen i forbindelse med et mulig brudd på konkurranseloven § 10. Tilsynet besluttet å avslutte saksbehandlingen uten å fatte formelt vedtak etter at ACNielsen forpliktet seg til å endre den antatt konkurranseskadelige atferden. Avtaleaspektet kommer tydelig til syne i Konkurransetilsynets brev til ACNielsen, der tilsynet like etter å ha uttalt at det avslutter saksbehandlingen påpeker at ”[d]et forutsettes at de avtalte endringene overholdes”.¹⁷⁹

Det kan etter dette antas at forvaltningsretten åpner for at offentlig myndighet kan utøves i form av avtale som ikke er hjemlet i lov på konkurranserettens område.

¹⁷⁷ Avsnitt 42.

¹⁷⁸ Eivind Smith understreker på side 442 at ”[g]rensen mellom *forhåndsvedtak* og *avtalebinding* er [...] ikke skarp; dette skyldes bl.a. at forhåndstilsagn kan gå inn som del av et større, avtalelignende forhold”, og konkluderer på side 447 med at ”rettspraksis tyder på at det er *en viss adgang* til avtalerettslig forhåndsbinding”, se Eckhoff (2010).

Bernt/Rasmussen påpeker at ”[r]ettsstillingen er ikke helt klar”, men mener likevel at ”det må på bakgrunn av rettspraksis legges til grunn at forvaltningen kan ha en viss adgang til å gi uttalelser som medfører at den rettslig sett binder sin fremtidige myndighetsutøvelse”, se Bernt (2010) side 189.

Konkurranselovsutvalget berører temaet i NOU 2003:12 punkt 4.6.1 i forbindelse med forbudsreglene, og viser til at konkurransemyndighetene kan ”gi forhåndstilsagn eller forhåndsvedtak innenfor de skranker den alminnelige forvaltningsrett setter for dette.”

¹⁷⁹ Brevets side 3.

6.3 Oppfyller avtaleformen Konkurransetilsynets inngrepsplikt i henhold til § 16 første ledd?

I henhold til konkurranseloven § 16 første ledd plikter Konkurransetilsynet å ”gripe inn” mot en fusjon dersom den vil føre til en SLC. Ordlyden presiserer ikke hvilken form et inngrep må ha.¹⁸⁰

Uttrykket ”gripe inn” kan tyde på at det er tale om en ensidig handling fra tilsynets side, noe som indikerer bruk av vedtaksformen. Dette inntrykket forsterkes av bestemmelsens forløper i 1993-konkurranseloven § 3-11. I henhold til dennes fjerde ledd skulle Konkurransetilsynet ”[f]ør det foretas inngrep etter første ledd [...] ha forsøkt å komme fram til en minnelig løsning” med fusjonspartene. Bestemmelsen fremstiller inngrep som motsatsen til ”en minnelig løsning”, noe som taler mot å forstå dagens lov slik at plikten til å gripe inn også kan utøves i avtaleform.

Av § 16 tredje ledd følger det at et inngrep kan omfatte ”forbud, påbud og tillatelser på vilkår”. De nevnte alternativene er typiske former for vedtak. Også § 20 første ledd synes å forutsette at inngrep må skje i form av vedtak hjemlet i § 16. Dette kan tyde på at konkurranseloven ikke etterlater rom for avtaleformen.

På den annen side vil en avtale langt på vei ha den samme funksjonen som en tillatelse på vilkår, ved at konkurransebegrensningene avbøtes etter partenes modifikasjoner. Å påkrevne vedtaksformen kan dermed fremstå som noe formalistisk.

Konkurransetilsynet har benyttet seg av avtaleformen i fusjonspraksis under 1993-konkurranseloven. I forbindelse med fusjonen mellom Schibsted Nett og Telenor Online sendte tilsynet varsel om at inngrep var aktuelt. Tilsynet lot imidlertid være å fatte vedtak under henvisning til at ”partene [...] har forpliktet seg til tiltak som reduserer de betenkeligheter tilsynet hadde med samarbeidet”.¹⁸¹

¹⁸⁰ I noen kompetanse hjemler er det presisert at forvaltningen skal anvende vedtaksformen, se for eksempel petroleumsloven § 5-3 første ledd.

¹⁸¹ Pressemelding fra Konkurransetilsynet av 17. juni 1997, tilgjengelig på Schibsteds nettsider.

1993-konkurranseloven § 3-11 var formulert som en ”kan”-regel, noe som hadde betydning på to måter. For det første lå det i bestemmelsen at Konkurransetilsynet måtte foreta en vurdering av andre hensyn enn de rent konkurransemessige før inngrep. For det andre hadde tilsynet adgang til å prioritere bort mindre viktige saker.

Med gjeldende konkurranselov ble inngrepshjemmelen i fusjonssaker endret til en ”skal”-regel. Dette innebærer at Konkurransetilsynet ikke kan la være å gripe inn mot fusjoner som tilsynet anser som mindre viktige.¹⁸²

Av forarbeidene går det frem at overgangen fra ”kan” til ”skal” var begrunnet med at Konkurransetilsynet skulle ”få større uavhengighet og anledning til å rendyrke konkurransefaglige standpunkter”.¹⁸³ Konkurransetilsynet skal ikke lenger legge vekt på og eventuelt avstå fra å gripe inn overfor en fusjon på grunn av andre og mer politiske hensyn.¹⁸⁴ Formålet med endringen var dermed ikke å diktere hvilken form ivaretagelsen av de konkurransemessige hensynene skulle ha, eller å innskrenke tilsynets avtaleadgang i henhold til den alminnelige forvaltningsretten. Dette kan tale mot at ”skal”-regelen avskjærer bruk av avtaleformen.

Avtaleadgangen åpner for at Konkurransetilsynet vil kunne oppnå forpliktelser fra fusjonspartnerne om å foreta avhjelpende tiltak uten at tilsynet nødvendigvis må sannsynliggjøre at den opprinnelige fusjonen vil medføre en SLC. Det kan imidlertid stilles spørsmål om en slik fremgangsmåte er forenlig med konkurranseloven, eller om loven snarere krever at det skal foretas en fullstendig konkurranseanalyse.

Det siste kan synes forutsatt av Konkurranselovsutvalget når det gir uttrykk for at ”[d]en konkurransefaglige analysen bør uansett gjøres for å sikre at foretakssammenslutningens ulike virkninger avveies mot hverandre.”¹⁸⁵

¹⁸² Av Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 80 andre spalte fremgår det at Konkurranselovsutvalget anså at en ”kan”-bestemmelse på grunn av vesentlighetskravet ”ikke er nødvendig ut fra prioriteringshensyn”.

¹⁸³ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 82 andre spalte.

¹⁸⁴ I Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) under merknadene til § 16 på side 229 andre spalte uttales det at ”[f]ormålet er å markere et skille mellom faglige vurderinger i Konkurransetilsynet og departementet, og avveining mellom politiske mål som skal foretas av Kongen i statsråd”.

¹⁸⁵ NOU 2003:12 punkt 5.4.5.4.

Også den forutsatte muligheten for domstolsprøving kan tilsi at en fullstendig konkurranseanalyse må foretas. Departementet uttaler at "[e]n virkning av overgangen til en "skal" bestemmelse er at spørsmålet om vilkårene for inngrep mot en foretakssammenslutning [...] er til stede, kan prøves for domstolene." Forpliktelser basert på en avtale uten at det er foretatt en fullstendig analyse og sannsynliggjøring av en SLC kan fremstå som et lite egnet grunnlag for å overprøve hvorvidt vilkårene for inngrep er oppfylt.

Videre kan hensynet til tredjeparter tale for at det må foretas en fullstendig analyse og saksbehandling som foreskrevet i forbindelse med vedtak i henhold til § 16.

Departementet uttaler at hensynet til tredjeparter "bør ivaretas gjennom adgang til å fremme synspunkter i forbindelse med tilsynets saksbehandling".¹⁸⁶ Vedtaksformen kan være bedre egnet til å sørge for at tredjeparters interesser og adgang til å fremsette sine synspunkter ivaretas, blant annet ved at det legges opp til markedstesting og offentlighet under saksbehandlingen. I forbindelse med 1993-konkurranseloven ble hensynet til tredjeparter under saksbehandlingen fremhevet av Ryssdal-utvalget, som ga uttrykk for at "[v]ed å begrense forhåndsgodkjenningen til et forhåndstilsagn, og ved å markere avgrensningen mot forhåndsvedtak og avtaler, ønsker utvalget også å markere at tilsagnet ikke kan fortrenge de rettigheter og de krav på reell saksbehandling som måtte tilkomme andre parter i saken".¹⁸⁷ Forarbeidenes fremhevelse av hensynet til tredjeparter taler dermed mot at Konkurransetilsynet kan avslutte en fusjonssak i form av avtale.

En annen mulig innvendig mot avtaleformen er mulighetene til effektiv håndhevelse ved eventuelle brudd på forpliktelsene fra fusjonspartene.

Konkurranseloven § 28 gir Konkurransetilsynet adgang til å ilegge tvangsmulkt dersom et vedtak etter loven ikke etterlevs. Videre hjemler § 29 ileggelse av overtredelsesgebyr ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av "vedtak etter [§] 16".

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 73 første spalte.

¹⁸⁷ NOU 1991:27 side 174, 175.

Begge bestemmelsene vil kunne bidra til å sikre effektiv håndhevelse av vilkårene for en fusjonstillatelse.¹⁸⁸

Mulkt og overtredelsesgebyr fordrer uttrykkelig hjemmel i lov, og vil dermed ikke kunne benyttes ved brudd på en avtale mellom fusjonspartnerne og Konkurransetilsynet. Det innebærer at tilsynet er etterlatt med mer begrensede håndhevelsesmuligheter dersom partene ikke oppfyller forpliktelsene. Et alternativ kan være omgjøring av avtalen. Såfremt avtalen utgjør et vedtak i henhold til forvaltningsloven § 2 beror en eventuell omgjøringsadgang på forvaltningsloven § 35 femte ledd. Dette innebærer at terskelen er høy. Dertil er det usikkert hvilken adgang tilsynet måtte ha til å fatte et nytt vedtak om forbud eller vilkårstillatelse etter utløpet av lovens frister i en slik situasjon. Fusjonspartnerenes avtaleforpliktelser kan dermed i realiteten komme til ikke å utgjøre stort mer enn rene lovnader om fremtidig atferd.

Kommisjonen har gitt uttrykk for at ”mere declarations of intention” ikke kan anses som akseptable avhjelpende tiltak¹⁸⁹. Dette har også støtte i EU-rettspraksis.¹⁹⁰ Det fremgår av Konkurransetilsynets saksbehandlingsveileder at tilsynet anser Kommisjonens praksis som veiledende også i norsk fusjonskontroll.¹⁹¹ Dette taler mot at Konkurransetilsynet kan benytte seg av avtaleformen i stedet for vedtak etter § 16.¹⁹²

Etter dette fremstår en avtale som et utilstrekkelig alternativ til vedtak hjemlet i § 16. Dette tilsier at Konkurransetilsynet ikke kan oppfylle plikten til å gripe inn mot en konkurranseskadelig fusjon i form av en avtale med fusjonspartnerne.

¹⁸⁸ I Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) side 131 andre spalte er behovet for å kunne ilegge mulkt begrunnet med at ”[i] likhet med utvalget, legger departementet også vekt på at tvangsmulkt er et viktig virkemiddel for å sikre effektiv håndhevelse av enkeltvedtak etter konkurranseloven”. Om overtredelsesgebyr uttaler departementet at ”en vidtgående administrativ sanksjon i form av et overtredelsesgebyr [...] vil etter departementets mening føre til en mer effektiv håndheving av den nye konkurranseloven”, se side 117 første spalte.

¹⁸⁹ Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak avsnitt 13.

¹⁹⁰ T-177/04 *easyJet* avsnitt 186-188, T-87/05 *EDP* avsnitt 72.

¹⁹¹ Avsnitt 36.

¹⁹² Konkurransetilsynets vedtak i V2005-6 *Telenor/Tiscali* kan indikere at tilsynet har vært noe mer åpen for å vektlegge partenes lovnader om fremtidig atferd. Tilsynet viste her til at det ved siden av forslag til avhjelpende tiltak hadde ”mottatt klare og skriftlige forsikringer” fra Telenor om ikke å foreta meldepliktige erverv av tilsvarende virksomhet i løpet av en toårsperiode, og konkluderte ”derfor under tvil” med at tiltakene var tilstrekkelige.

6.4 Konklusjon.

Konkurransetilsynet kan ikke avslutte en fusjonssak ved avtale med fusjonspartene i stedet for vedtak etter § 16.

7 Oppsummering og avsluttende bemerkninger

Ved siden av kravet til sannsynliggjøring av at inngrepvilkåret er oppfylt synes det å være få formelle skranker mot rask avklaring av fusjonssaker innenfor rammene av konkurranseloven § 16. Imidlertid fremstår Konkurransetilsynets saksbehandling og tilsynets og departementets anvendelse av forholdsmessighetsprinsippet som i liten grad tilpasset en slik løsning. Samlet sett kan disse forholdene bidra til å gjøre partene mindre innstilt på samarbeid og effektivisering av saksbehandlingen med sikte på en rask avklaring. Dette inntrykket underbygges ved at det nesten sju år etter ikrafttredelsen av gjeldende konkurranselov kun er ett tilfelle der tillatelse på vilkår har blitt avklart i god tid innenfor lovens maksimalfrister.¹⁹³

Konkurranseloven er for tiden under gjennomgang. I Konkurranselovutvalgets mandat bes utvalget om å utrede blant annet om fusjonskontrollreglene er effektive, og om de i større grad bør harmoniseres med fusjonskontrollreglene innenfor EØS-området.

En uttrykkelig hjemmel langs linjene av fusjonsforordningen artikkel 6 annet ledd vil kunne bidra til å klargjøre at fusjonspartenes samtykke og frivillige forslag til avhjelpende tiltak kan legges til grunn for et vedtak om tillatelse på vilkår. Med en slik hjemmel vil rask avklaring kunne fremstå som en mer reell mulighet, og dermed gi partene sterkere insentiver til samarbeid og effektivisering av saksbehandlingen.

For tredjeparter fremstår i dag tilsynets saksbehandling som eneste mulighet til å ivareta sine interesser. En mulig måte å kompensere for en enklere utredning på vil være å

¹⁹³ 2008-10 *Rema 1000/Lidl* ble avklart innen 50 dager.

tillate tredjeparter å klage til departementet. Eventuelt kan det legges til rette for domstolsprøving i form av en hjemmel som åpner for ny saksbehandling eller omgjøring av fusjonsvedtak i etterkant av en dom.

8 Litteraturliste

Bøker og artikler

Aulstad, Johan Greger. *Bør en større del av den alminnelige forvaltningsretten lovreguleres?* Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue s. 594 (2007). Tilgjengelig på lovdata.

Aulstad, Johan Greger. *Ny Høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (Rt-2008-560)*, Jussens Venner 2008 s. 262. Tilgjengelig på lovdata.

Aulstad, Johan Greger. *Saksbehandling og omgjøring av avtaler som er enkeltvedtak*. Jussens Venner 2004 side 74. Tilgjengelig på lovdata.

Bernt, Jan Fridthjof. *Forbehold ved forvaltningsvedtak - Bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøving som påvirkningsmiddel* (1977). Tilgjengelig på lovdata.

Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihangens forvaltningsrett*. 2. utgave. Bergen, 2010.

Boe, Erik. *Hvem bestemmer - domstolene eller forvaltningen?* Lov og Rett nr. 2 2007 s. 67. Tilgjengelig på lovdata.

Boe, Erik. *Lovregulering av utbyggingsavtaler – to konkurrerende lovforslag*. Lov og Rett 2004 s. 515. Tilgjengelig på lovdata.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*. 9. utgave. Oslo, 2010.

Evensen, Haral og Eivind Sæveraas. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009).

Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. utgave. Oslo, 2007.

Graver, Hans Petter, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 side 465, tilgjengelig på lovdata.

Lévêque, Francois og Howard Shelanski. *Merger remedies in American and European union competition law* 2003, tilgjengelig i Google Books.

Lowe, Philip. *Taking Sound Decisions on the Basis of Available Evidence*, European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases.
<http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Lowe.pdf>

Nisja, Ola og Christian Reusch. *Domstolsprøving av forvaltningsvedtak - nye avklaringer*, Jussens Venner 2009 side 254. Tilgjengelig på lovdata.

Ryssdal, Anders. *Konkurransesproessen*. Jussens Venner 2003 side 169. Tilgjengelig på lovdata.

Stemshaug, Helge og Kristin Hjelmaas Valla. *Behovet for helhetlig evaluering av fusjonskontrollregimet*. Konkurranseloven fem år. 2009. Tilgjengelig på NHOs internettsider.

Stub, Marius. *Er forvaltningen kjent med beviskravene i forvaltningsretten?* Lov og Rett 2006 s. 628. Tilgjengelig på lovdata.

Teigum, Siri. *Konkurranseloven og rettssikkerhet – Behov for revisjon av konkurranseloven*. NHOs artikkelsamling *Konkurranseloven fem år*. 2009. Tilgjengelig på NHOs internettsider.

Lover, forskrifter og forarbeider

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

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Forskrift av 28. april 2004 om melding av foretakssammenslutninger mv.

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

NOU 2003:12 Ny konkurranselov

NOU 1991:27 Konkurranse for effektiv ressursbruk

Forordninger

Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser
(fusjonsforordningen)

Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 7. april 2004 om gjennomførelse af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser
(gjennomføringsforordningen)

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gjennomførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikkel 81 og 82

Kunngjøringer, grønnbøker og veiledninger fra Kommisjonen

Kommissionens meddelelse om løsningsforslag, der kan accepteres i henhold til Rådets forordning
(EF) nr. 139/2004 og Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 (kunngjøring om avhjelpende tiltak)

DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings. 2004.
(best practices)

Grønbog om revision af fusionsforordningen (grønbok fra 1996)

Grønbog om revision af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (grønbok fra 2001)

Dommer fra Høyesterett

Rt.1999.14

Rt.2001.450

Rt.2003.764

Rt.2008.560

Rt.2011.111

Dommer fra EU-domstolene, forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten

C-202/06 P Cementbouw

C-413/06 P Sony Bertelsmann/Impala (Storkammer)

C-441/07 P Alrosa (Storkammer)

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-202/06 P Cementbouw

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-413/06 P Sony Bertelsmann/Impala

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-441/07 P Alrosa

| | |
|----------|---------------------------|
| T-290/94 | Kayserberg |
| T-158/00 | ARD |
| T-210/01 | General Electric |
| T-114/02 | BaByliss |
| T-119/02 | Royal Philips Electronics |
| T-282/02 | Cementbouw |
| T-212/03 | MyTravel |
| T-351/03 | Schneider Electric |
| T-177/04 | easyJet |
| T-87/05 | EDP |
| T-151/05 | NVV |
| T-342/07 | Ryanair |

Konkurransetilsynets vedtak

| | |
|----------|---|
| V2004-32 | Ahlsell Holding – Bergens Rørhandel/Stavanger Rørhandel |
| V2004-33 | Ticketmaster/Ticnet |

| | |
|-----------|--------------------------------|
| V2005-03 | Swarco/Peek Traffic |
| V2005-6 | Telenor/Tiscali |
| V2005-12 | Prior/Norgården |
| V2006-223 | Gilde/Prior |
| V2006-490 | Falck/Viking |
| V2007-1 | Trøndertaxi/Sør-Trøndelag Taxi |
| V2007-10 | Findus/Gro Industrier |
| V2007-13 | Media Norge |
| V2007-17 | BBS/Teller |
| V2007-27 | Nortura/Hå Rugeri punkt |
| V2008-3 | Shell/YX Energi |
| V2008-10 | Rema 1000/Lidl |
| V2008-12 | Eurofins/Lantmännen Analycen |
| V2008-22 | Opplysningen/Aspiro |
| V2009-14 | Validus/Sunkost |
| V2011-5 | Norli/Libris |

Departementets klagevedtak

Vedtak av 31. mars 2005, klage over V2004-33 Ticketmaster/Ticnet

Vedtak av 24. mai 2005, klage over V2005-03 Swarco/Peek Traffic

Vedtak av 6. februar 2006, klage over V2005-12 Prior/Norgården

Vedtak av 5. oktober 2006, klage over V2006-223 Gilde/Prior

Vedtak av 17. januar 2007, klage over V2006-490 Falck/Viking

Vedtak av 18. juni 2007, klage over V2007-1 Trøndertaxi/Sør-Trøndelag Taxi

Vedtak av 17. april 2009, klage over V2008-22 Opplysningen/Aspiro

Annet

Mandat for Konkurranselovutvalget, 17. desember 2010.

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Konklov_utvalg_mandat.pdf

Konkurransetilsynets veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger, utgitt 12. august 2009 (tilsynets veileder)

Konkurransetilsynets avtale med ACNielsen Norge AS av 17. april 2007 om avvikling av ukentlig prisrapportering mv. – avslutning av saksbehandling

