

EFFEKTIVITETSARGUMENTET VED HORISONTALE FUSJONER

en studie av konkurranseloven § 3-11,
Rådets forordning 4064/89 og EØS-avtalen artikkel 57

Kandidatnr:

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 10.11.2003

Til sammen 32080 ord

10/31/2003

<u>1 INNLEDNING, BEGREPSAPPARAT OG METODE.....</u>	1
1.1 INNLEDNING.....	1
1.2 NÆRMERE OM PROBLEMSTILLINGENS ØKONOMISKE KARAKTER.....	2
1.2.1 INNLEDNING.....	2
1.2.2 FUSJONER, KONKURRANSE OG SAMFUNNSØKONOMISK EFFEKTIVITET.....	2
1.3 SENTRALE BEGREPER.....	5
1.3.1 OPPGAVENS FUSJONSBEGREP.....	5
1.3.2 BEGREPET "EFFEKTIVITETSGEVINST".....	6
1.3.3 BEGREPENE "EFFEKTIVITETSARGUMENT" OG "EFFEKTIVITETSFORSVAR".....	6
1.4 AVGRENSNINGER/PRESISERINGER.....	7
1.4.1 BEHANDLINGEN AV EØS-AVTALEN ARTIKKEL 57.....	7
1.4.2 KOORDINATIVE ASPEKTER VED JOINT VENTURES UNDER FUSJONSFORORDNINGEN.....	7
1.4.3 AVGRENSNING MOT ANDRE HENSYN ENN EFFEKTIVITETSGEVINSTER.....	8
1.5 NÆRMERE OM METODE OG MÅLSETTING.....	8
<u>2 EFFEKTIVITETSARGUMENTET I KONKURRANSELOVEN § 3-11.....</u>	9
2.1 OM KONKURRANSELOVEN.....	9
2.2 OM KONKURRANSELOVEN § 3-11.....	9
2.2.1 INNLEDNING.....	9
2.2.2 HVILKE AVTALER OMFATTES ?.....	9
2.2.3 DEN PERSONELLE KOMPETANSEN.....	10
2.2.4 SAKSGANG.....	10
2.2.5 MATERIELLE KOMPETANSEVILKÅR.....	10
2.3 DET SEKUNDÆRE INNGREPSVILKÅRET.....	12
2.3.1 PROBLEMSTILLING OG RETTSKILDER.....	12
2.3.2 OM VALGET MELLOM EN KONKRET OG EN GENERELL AVVEIING.....	13
2.3.3 NÅR ER EN ANFØRSEL RELEVANT ?.....	14
2.3.3.1 Det må foreligge en samfunnsøkonomisk effektivitetsgevinst.....	15
2.3.3.1.1 Generelt.....	15
2.3.3.1.2 Økt forhandlingsstyrke overfor leverandører.....	16
2.3.3.1.3 Mer om betydningen av lovens geografiske anvendelsesområde.....	19

2.3.3.2 Dokumentasjon.....	21
2.3.3.3 Krav om årsakssammenheng.....	22
2.3.4 AVVEININGEN	23
2.3.4.1 Innledning	23
2.3.4.2 Kostnadene.....	23
2.3.4.3 Avveiningsstandard	25
2.3.4.4 Nærmere om selve avveiningen	28
2.3.4.4.1 Totalvelferdsstandard.....	28
2.3.4.4.2 Konsumentstandard	31
2.3.5 EN VURDERING AV EFFEKTIVITETSARGUMENTET I KONKURRANSELOVEN	34
2.5 INTERNASJONAL KONKURRANSEEVNE OG VEDTAKELSEN AV KRRL. § 3-12	40
2.6 FORSLAGET TIL NY KONKURRANSELOV	44
<u>KAPITTEL 3 EFFEKTIVITETSARGUMENTET I FUSJONSFORORDNINGEN.....</u>	<u>45</u>
3.1 INNLEDNING.....	45
3.2 OM EF-KONKURRANSERETT	45
3.3 GENERELT OM FUSJONSFORORDNINGEN.....	45
3.3.1 BAKGRUNNEN FOR VEDTAKELSEN	46
3.3.2 HVILKE AVTALER OMFATTES AV FUSJONSFORORDNINGEN ?	46
3.3.3 PERSONELL KOMPETANSE.....	46
3.3.4 SAKSGANG	47
3.4 MATERIELLE KOMPETANSEVILKÅR OG EFFEKTIVITETSGEVINSTENES Plass.....	48
3.4.1 INNLEDNING	48
3.4.2 ORDLYD	48
3.4.2.1 Vurderingsnormen i artikkel 2 nr. 2 og 3.....	48
3.4.2.2 Artikkel 2 nr. 1 litra b).....	50
3.4.2.2.1 Passusen om ”det tekniske og økonomiske fremskridt”	50
3.4.2.2.2 Forbrukernes interesser	52
3.4.2.3 Fortalen	52
3.4.2.3.1 Fortalen punkt 4.....	52
3.4.2.3.2 Fortalen punkt 13.....	52
3.4.3 FORMÅLS- OG SAMMENHENGSBETRAKTNINGER.....	53
3.4.4 VEDTAKELSESHISTORIEN.....	56
3.4.5 KOMMISJONSPRAKSIS	57
3.4.5.1 Innledning	57
3.4.5.2 Generelt om Kommisjonens konkurranseanalyse	57

3.4.5.3 Effektivitetsargumentets plass i Kommisjonens praksis.....	58
3.4.5.3.1 Innledning	58
3.4.5.3.2 Kommisjonens behandling av det tekniske og økonomiske fremskritt.....	58
3.4.5.3.3 Foretar Kommisjonen en avveining som ledd i dominansvurderingen ?	64
3.4.5.4 Efficiency-offence doktrinen.....	67
3.4.5.4.1 Innledning	67
3.4.5.4.2 Avgjørelser	68
3.4.5.4.3 En kommentar til praksis	69
3.4.5.5 Effektivitetsgevinstenes to ulike roller – fellesbemerkinger	70
3.4.6 JURIDISK TEORI	71
3.4.7 SAMMENFATNING.....	72
3.5 KOMMISJONENS ENDRINGSFORSLAG.....	74
<u>KAPITTEL 4 SAMMENFATTENDE SYNSPUNKTER.....</u>	<u>77</u>
<u>5 RETTSKILDER OG LITTERATUR.....</u>	<u>81</u>
5.1 RETTSKILDER	81
5.1.1 NORSK RETT	81
5.1.2 EF-/ EØS- RETT.....	82
5.1.3 AMERIKANSK RETT.....	85
5.2 LITTERATURLISTE	85
5.2.1 BØKER.....	85
5.2.2 TIDSSKRIFTER	86
5.2.3 ELEKTRONISKE PUBLIKASJONER	87

1 Innledning, begrepsapparat og metode

1.1 Innledning

Norsk konkurranserett har gjennomgått en rivende utvikling de siste årene. Et viktig ledd i denne utviklingen er vedtakelsen av bestemmelser som gir konkurransemyndighetene adgang til å gripe inn mot konkurransebegrensende fusjoner. Fram til 1989 var slike hjemler fraværende i norsk rett, men i dag finner vi tre av dem, konkurranseloven¹ § 3-11, EØS-loven artikkel 57 og Rådets forordning² 4064/89. Felles for disse er at de verner konkurransen med det *formål* å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Koblingen mellom konkurranse og effektiv ressursbruk kan spores tilbake til sentrale teser i økonomisk teori som forteller oss at konkurranse bidrar til at økonomien produserer det konsumentene ønsker til lavest mulig kostand. I konkurranselovens forarbeider fungerer disse tesene som en helt sentral inspirasjonskilde når målsettingen om effektiv ressursbruk formuleres, og vi skal senere se at fusjonsforordningen og EØS-avtalen artikkel 57 er deler av regelsett som tolkes og forstås i lys av den samme teorien.

Alle de tre ovennevnte bestemmelsene søker altså å beskytte konkurransen med begrunnelser som stammer fra økonomisk teori. Økonomisk teori gir imidlertid ikke grunnlag for å hevde at effektiv ressursbruk er ensbetydende med maksimal konkurranseintensitet. I alle markeder kreves en viss minstestørrelse for å kunne drive effektivt, og dersom markedsaktørene er for små til å realisere slike stordriftsfordeler, er det av begrenset betydning om konkurransen er hard. Effektiv ressursbruk, og med det de formålsbetraktningene som ligger til grunn for de ovennevnte bestemmelsene, krever derfor en avveining mellom konkurranseintensitet og effektive driftsformer. Dette avveiningsproblemet kan angripes på flere måter, men et viktig skille går mellom tilfellene der man foretar avveiningen på et generelt plan, og tilfellene der konkrete synergier blir et moment i inngrepsvurderingen. Denne oppgaven inneholder en studie av hvilken rolle konkrete synergier kan spille i inngrepsvurderingen ved anvendelsen av krrl. § 3-11, fusjonsforordningen og EØS-loven artikkel 57.³ Der konkrete synergier spiller en rolle, vil jeg i det videre tale om et effektivitetsargument⁴.

¹ Krrl.

² *Fusjonsforordningen* har blitt implementert i norsk rett ved forskrifter av 4. desember 1994 nr. 964 og 966 om henholdsvis materielle og prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen

³ I det videre behandles EØS-lovens artikkel 57 implisitt gjennom fremstillingen av fusjonsforordningen. Dette begrunnes nærmere i kapittel 1.4.1.

⁴ Nærmere om begrepet, se kapittel 1.3.3.

Avveiningen mellom konkurranseintensitet og effektiv produksjon i foretakene (indre effektivitet) kan kalles konkurranserettens fundamentalproblem og oppstår i prinsippet ved utformingen/-anvendelsen av alle fagets regler. Det er derfor grunn til å understreke at effektivitetsargumentet i fusjonssaker er en del av et større problemkompleks som gjennomsyrrer alle sider av moderne konkurranserett.

1.2 Nærmere om problemstillingens økonomiske karakter

1.2.1 Innledning

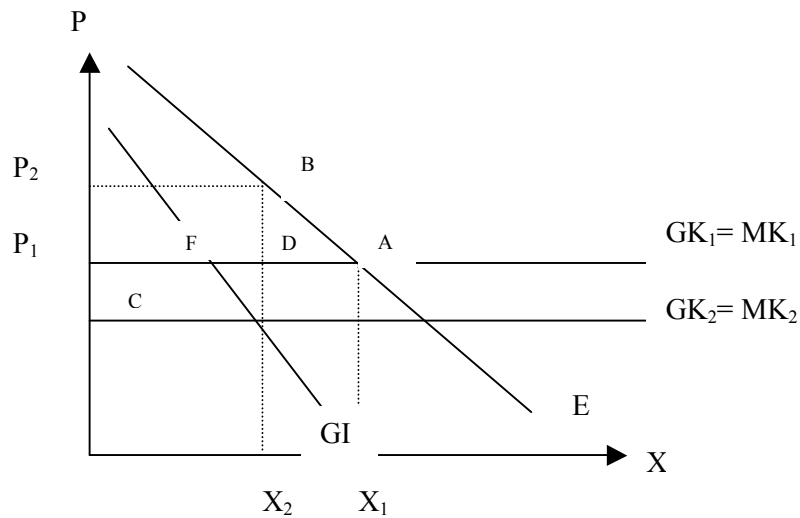
Oppgaven behandler effektivitetsargumentets *rettslige* status i fusjonsanalysen. Effektivitetsargumentet kan imidlertid også studeres ut fra økonomisk teori, med sikte på å identifisere de handlingsregler som fremmer effektiv bruk av samfunnets ressurser. I utgangspunktet må det rettslige og økonomiske perspektivet holdes atskilt. Den rettslige problemstillingen krever en studie av det relevante rettskildematerialet, mens den økonomiske krever et studium av økonomisk teori. Felles berøringspunkter oppstår bare i den grad rettskildene åpner for at økonomisk teori kan anvendes i den rettslige argumentasjonen. Som allerede antydnet, har både fusjonsforordningen og krrl. § 3-11 som *formål* å fremme effektiv ressursbruk, og det er dermed relevant for den rettslige studien å forstå avveiningsproblemets økonomiske karakter. Dette avsnittet gir derfor en kort fremstilling av det økonomiske grunnlagsproblemet.

1.2.2 Fusjoner, konkurranse og samfunnsøkonomisk effektivitet

Avveiningsproblemet

I alminnelighet inngås fusjonsavtaler for å skape en mer konkurransedyktig enhet med lavere kostnader og/eller bedre produkter. Dette er samfunnsøkonomisk gunstige effekter som bør hilses velkommen. Fusjonsavtaler kan imidlertid også legge grunnlag for markedsrett. For å ta stilling til om en konkret fusjonsavtale er et samfunnsøkonomisk gode, må man foreta en avveining mellom eventuelle synergieffekter og kostnader ved eventuell (økt) markedsrett. Denne avveiningen er illustrert i figur 1:

FIGUR 1



Figuren illustrerer tilfellet der et frikonkurransemarked erstattes av et monopol som driver mer kostnadseffektivt enn det tilbudssiden maktet tidligere. Monopolets utnyttelse av markedsrett leder til at markedslikevekten beveger seg fra punktet A til punktet B. Samtidig har produsentens totale gjennomsnittskostnader i det resterende produksjonsintervallet sunket fra GK_1 til GK_2 . Dersom rektangelet C er større enn trekanten D, foreligger en samfunnsøkonomisk gevinst ettersom økningen i produsentoverskuddet da er større enn reduksjonen i konsumentoverskuddet. Rektangelet F representerer en omfordeling fra tilbudssiden til etterspørselssiden. Bare der reduksjonen i marginalkostnaden (MK) er tilstrekkelig til at den nye enheten finner det optimalt å sette $P_2 < P_1$ (og implisitt $X_2 > X_1$), vil etterspørselssiden tjene på at fusjonen gjennomføres.

Fremstillingen i figur 1 forutsetter at de faste kostnadene er null, og at marginalkostnaden er konstant, hvilket innebærer at de totale gjennomsnittskostnadene vil falle sammen med marginalkostnaden for ethvert produksjonsvolum. Både dette og forutsetningen om at man beveger seg fra et frikonkurransemarked til et monopolmarked er selvsagt urealistisk, men figur 1 illustrerer likevel den grunnleggende avveiningen mellom synergier og markedsrett. I en fusjonsanalyse fundert i en målsetting om samfunnsøkonomisk effektivitet, blir man nødt til forholde seg til dette avveiningsproblemet, og nedenfor skal vi kort gjennomgå hvordan problemet *kan* angripes.

Ulike tilnærminger til avveiningsproblemet

Innledningsvis er det naturlig å konstatere at det bare er avtaler som gir grunnlag for utøvelse av markedsrett som er interessante for konkurransemyndighetene. Med dette utgangspunktet kan man så spørre seg om *alle* avtaler som medfører (økt) markedsrett bør vurderes av konkurransemyndighetene m.h.t. sin samfunnsøkonomiske verdi. For å svare meningsfullt på dette, er det viktig å forstå at markedsrett ikke er et enten-eller fenomen, men et relativt vagt begrep som brukes for å beskrive

markedsaktørers handlefrihet. Begrepets vaghet og kontinuitet gjør det meningsløst å fordømme markedsaktør *per-se*, og det er tilfellene der markedsaktører har en markert og åpenbar mulighet til berike seg på de øvrige samfunnsaktørenes bekostning, som bør være kilden til bekymring. Dette synspunktet gjenspeiles i krrl. § 3-11 og fusjonsforordningen som henholdsvis gir konkurransemyndighetene hjemmel til å gripe inn mot fusjoner som vil “føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen” eller “bevirker at den effektive konkurranse hæmmes betydelig”⁵ Dette betyr selvsagt ikke at alle andre fusjoner per definisjon er å betraktes som samfunnsøkonomiske goder, men reflekterer at fusjoner i utgangspunktet bør betraktes som ønskelige ledd i en markedsevolusjon, og at det er vanskelig å si med rimelig grad av sikkerhet, nøyaktig hvilke samfunnsøkonomiske implikasjoner en fusjonsavtale vil få. Med mindre man har gode holdepunkter for å anta at virkningen vil bli negativ, som når fusjonen antas å ville svekke konkurransen i betydelig grad, er det da naturlig å holde fast ved utgangspunktet om at fusjoner bidrar positivt til samfunnets velferd.

Avveiningsproblemets økonomiske natur endres ikke av at man kommer til at konkurransen vil svekkes betydelig. Forskjellen i økonomisk henseende blir bare at kravet til synergiene øker. Når målsettingen er å maksimere det samfunnsøkonomiske overskudd, kan det da synes naturlig å åpne for en *konkret* avveining mellom synergier og kostnadene ved redusert konkurranse. Den første som argumenterte for at konkurransemyndighetene burde foreta en slik avveining var *Oliver Williamson*. I en artikkel i *The American Economic Review* argumenterte han i 1968 for at selv moderate gevinster vil kunne overgå de kostnadene som er forbundet med økt markedsaktør, og at konkurransemyndigheter/domstoler derfor burde vektlegge sannsynlige synergier.⁶ Artikkelen ga opphav til en skarp og uavsluttet akademisk debatt knyttet til hensiktsmessigheten av en slik avveining. Mange har hevdet at en konkret avveining er beheftet med altfor stor usikkerhet til at den fortjener en plass i fusjonsanalysen, mens andre, med ulike begrunnelser, ikke har funnet avgjørende innvendinger. Debattantenes ulike posisjoner blir belyst i større detalj videre i oppgaven, men det er grunn til å understreke at uenigheten ikke er knyttet til behovet for en avveining, men til *hvordan* avveiningen skal foretas. Skal man åpne for en nytte-kostnadsanalyse der konkrete synergier veies mot kostnadene ved konkurransesvekkelsen, eller skal identifikasjonen av skadelige fusjoner skje uavhengig av de konkrete synergiens størrelsesorden ?

Avveiningen som illustreres på figur 1 skjer i en statisk modell, dvs. en modell der man bare studerer markedsløsningen på et gitt tidspunkt med en gitt ressursmengde. Ressursanalysen bør imidlertid også ta hensyn til effektivitetsbegrepets dynamiske side, dvs. betydningen av ulike former for innovasjon. Hensynstagen til dynamisk effektivitet kompliserer både konkurranseanalysen og avveiningen. Dette blir berørt på ulike måter senere i oppgaven.

⁵ Se krrl. § 3-11, 1. ledd og fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 2 og 3 i den danske versjonen som publisert i EFT [1990] L 257/13

⁶ Se Williamson s. 18-36

1.3 Sentrale begreper

1.3.1 Oppgavens fusjonsbegrep

Oppgaven behandler avtaler som omfattes av virkeområdet til konkurranseloven § 3-11 og fusjonsforordningen. Dette er avtaler med sterke likhetstrekk.

Konkurranseloven § 3-11 gir adgang til å gripe inn mot "*bedriftsserverv*," jf. krrl. § 3-11, 1. ledd. Annet ledd presiserer at bestemmelsens avtalebegrep også omfatter "*fusjon, erverv av aksjer eller andeler og delevis erverv av bedrift*." Ordlyden har fått en vid utforming, og tanken er rimeligvis at hjemmelen skal omfatte alle tilfeller der selvstendige markedsaktører kommer under felles kontroll på en måte som innebærer en varig endring av konkurransestructuren i markedet.⁷

For at fusjonsforordningen skal få anvendelse, må det foreligge en "*fusion*," jf. artikkel 3 nr. 1.⁸ En fusjon foreligger for det første ved såkalte fullstendige fusjoner, dvs. der to eller flere selvstendige enheter oppløses og drives videre i et nyopprettet selskap, jf. litra a). Videre foreligger en fusjon mellom selskapene X og Y der den eller de juridiske/fysiske personene som kontrollerer X, også skaffer seg kontroll over Y, jf. litra b). Kontrollbegrepet defineres i artikkel 3 nr. 3 som muligheten til å utøve avgjørende innflytelse over et selskaps markedsatferd.

Både "*fusion*" og "*bedriftsserverv*" er fundert i kontrollsynspunkter. Forklaringen er at man i både konkurranseloven og fusjonsforordningen har søkt å definere inngrepsadgangen til å omfatte avtale typer som gjennom endringer i eierstrukturer kan legge grunnlag for varig utøvelse av markeds makt. Slike avtaler blir i denne oppgaven betegnet fusjonsavtaler som dermed blir en fellesnevner for avtaler som omfattes av virkeområdet til både fusjonsforordningen og konkurranseloven.

Det er vanlig å skille mellom horisontale fusjoner, vertikale fusjoner og konglomeratfusjoner. En horisontal fusjon foreligger der to konkurrenter/potensielle konkurrenter kommer under felles kontroll, mens uttrykket vertikal fusjon refererer til en fusjon mellom aktører på ulike trinn i omsetningskjeden (for eksempel leverandør og distributør). En konglomeratfusjon har verken horisontale eller vertikale aspekter. Denne oppgaven befatter seg bare med horisontale fusjonsavtaler. Dette har dels sammenheng med plasshensyn og dels sammenheng med at horisontale avtaler er de praktisk mest interessante: Generelt gir de både større grunn til konkurransemessig bekymring og større synergieffekter enn konglomeratfusjoner og vertikale fusjoner.

⁷ Se nærmere om dette i Kolstad s. 176-189.

⁸ Se dansk versjon som publisert i EFT [1990] L 257/13

1.3.2 Begrepet "effektivitetsgevinst"

Jeg taler om synergier og effektivitetsgevinster når fusjonsavtaler muliggjør kostnadssynergier eller produktforbedringer. Effektivitetsgevinster/synergier som bidrar til økt samfunnsøkonomisk overskudd⁹, benevnes samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster/synergier.

Ved horisontale fusjoner vil effektivitetsgevinster gjerne ha sammenheng med at større enheter kan oppnå ulike stordrifts- og samproduksjonsfordeler. Stordriftsfordeler foreligger når fusjonen muliggjør økende utbytte til skala/synkende gjennomsnittskostnader på en måte som ikke er mulig når virksomhetene opererer hver for seg. Med samproduksjonsfordeler mener jeg fordeler som for øvrig oppstår som følge av at virksomhetene samordner sine aktiviteter. Eksempler kan være reduserte kostnader til administrasjon og markedsføring, og rasjonaliseringsmuligheter som oppstår som følge av at den mest kostnadseffektive avtaleparten har ledig produksjonskapasitet som kan erstatte mindre effektiv produksjon hos de øvrige. Ettersom fusjoner også kan også muliggjøre en forbedring av produkter og tjenesteytelser er det imidlertid viktig å understreke at samproduksjonsfordeler¹⁰, eller mer generelt, effektivitetsgevinster, ikke er ensbetydende med lavere kostnader.

I enkelte tilfeller kan fusjonsavtaler legge grunnlaget for (raskere) utvikling og implementering av teknologi. I prinsippet kan man derfor tenke seg en sontring mellom "statiske" og "dynamiske" effektivitetsgevinster. Jeg har imidlertid ikke funnet det nødvendig å gjøre bruk av en slik sontring.

For en omfattende gjennomgang av mulige gevinster ved horisontal integrasjon, se *Kolstad* kap. 12.

1.3.3 Begrepene "effektivitetsargument" og "effektivitetsforsvar"

Jeg taler om et effektivitetsargument der rettsanvender har rett og plikt til å veie konkrete effektivitetsgevinster mot kostnadene ved avtalens konkurransebegrensende virkninger, samt der rettsanvender faktisk foretar en slik avveining.

Konkrete effektivitetsgevinster vil generelt måtte komme konkurransemyndigheten til kunnskap som partsanførsler. Hovedspørsmålet i praksis blir derfor hvilken rett og plikt konkurransemyndighetene har til å vektlegge slike anførsler, og i internasjonal litteratur blir spørsmålet gjerne studert under etiketten "efficiency defence" – altså som et spørsmål om hvilken mulighet avtalepartene har til å forsvare en konkurransebegrensende avtale med anførsler om høyere indre effektivitet. I jurisdiksjoner der domstoler vurderer om fusjonsavtaler er i strid med en forbudsnorm,¹¹ kan dette være en passende beskrivelse. Der forvaltningsorganer anvender inngrepshjemler, slik som i krrl. § 3-11 og fusjonsforordningen, kan det imidlertid foreligge en utredningsplikt som strekker seg utover

⁹ Slik begrepet forstås i økonomisk teori: Som summen av konsument- og produsentoverskuddet.

¹⁰ Hva som kategoriseres som stordriftsfordeler, samproduksjonsfordeler osv. kan variere fra forfatter til forfatter. Ettersom slike uttrykk er rettslig irrelevante, er definisjonsvalget et hensiktsmessighetsspørsmål.

¹¹ Slik som for eksempel i amerikansk rett

partsanførlene. Jeg har derfor funnet det mer dekkende å tale om et effektivitetsargument enn et effektivitetsforsvar.

1.4 Avgrensninger/presiseringer

1.4.1 Behandlingen av EØS-avtalen artikkel 57

EØS-loven artikkel 57 implementerer EØS-avtalen artikkel 57 i norsk rett. EØS-avtalen artikkel 57 er den EØS-rettslige ekvivalenten til fusjonsforordningen. Artikkel 57 er kortfattet, men EØS-avtalens krav om en ensartet tolkning med tilsvarende bestemmelser i EF-retten¹², innebærer at ordlyden i EØS artikkel 57 må tolkes i lys av den langt mer omfattende fusjonsforordningen. Ettersom det heller ikke synes å foreligge særskilte EØS-rettslige hensyn som taler for en avvikende tolkning av EØS-avtalen artikkel 57, nøyer jeg meg derfor med å behandle fusjonsforordningen som den underliggende og praktisk viktigste bestemmelsen.

Det kan kanskje virke påfallende at EØS-avtalen artikkel 57 hjemler inngrep mot ”foretakssammenslutninger” når den danske versjonen av fusjonsforordningen taler om ”fusioner.” Forklaringen er som følger: I kjølvannet av vedtakelsen ble fusjonsforordningen publisert i EFT [1989] L 395/1. *Denne* (danske) versjonen hjemler en adgang til å gripe inn mot ”sammenslutninger,” en uttryksmåte som har blitt kopiert *både* ved formuleringen av den norske utgaven av EØS-avtalen artikkel 57 og ved transformasjonen av fusjonsforordningen til norsk rett. I forbindelse med fusjonsforordningens ikrafttreden ble det imidlertid publisert en ”berettiget” dansk versjon i EFT [1990] L 257/13. Den berettigede versjonen, som ligger til grunn for fremstillingen i denne oppgaven, kjennetegnes blant annet ved at uttryksmåten *sammenslutninger* er erstattet med *fusioner*.

1.4.2 Koordinative aspekter ved joint ventures under fusjonsforordningen

Etter endringen i 1997¹³ får fusjonsforordningen anvendelse på alle såkalte selvstendige fungerende joint ventures, dvs. joint ventures som opererer som selvstendige markedsaktører og som har finansielt grunnlag til å gjøre dette på et varig basis, jf. artikkel 3 nr. 2. I den grad selvstendig fungerende joint ventures har som formål eller virkning å koordinere konkurranseatferden til selvstendige markedsaktører, skal imidlertid *dette aspektet* vurderes materielt under EF-traktaten artikkel 81, jf. artikkel 2 nr. 4. Vurderingen av konkurransebegrensende avtaler mellom selvstendige markedsaktører falle utenfor oppgaven, og jeg har derfor valgt å avgrense mot spørsmål som skal behandles under EF-traktaten artikkel 81.

¹² Se EØS-avtalens fortale, punkt 4 og 15.

¹³ Se endringsforordning 1310/97

1.4.3 Avgrensning mot andre hensyn enn effektivitetsgevinster

Partene kan tenkes å anføre ulike grunner til at en konkurransebegrensende avtale bør klareres. Med unntak for anførsler om økt internasjonal konkurranseevne, begrenser denne oppgaven seg til effektivitetsgevinstenes rolle. Unntaket for økt internasjonal konkurranseevne, har sammenheng med vedtakelsen av krrl. § 3-12 som har aktualisert denne problemstillingen i konkurranseloven.

1.5 Nærmere om metode og målsetting

Oppgavens målsetting er å redegjøre for hvilken rolle effektivitetsargumentet har i konkurranseloven § 3-11 og i fusjonsforordningen. Fremstillingen er tredelt: I den første delen ser jeg på effektivitetsargumentet i krrl. § 3-11, i den andre delen ser jeg på effektivitetsargumentet i fusjonsforordningen, og til slutt foretar jeg en sammenfatning.

Fremgangsmåten ved fremstillingen av både krrl. § 3-11 og fusjonsforordningen er å redegjøre for sentrale tolknings spørsmål og undersøke hvilken støtte ulike tolkningsalternativer har i rettskilde materialet. Selv om den generelle tilnærmingen således er den samme, er det verd å peke på at fremstillingene av krrl. § 3-11 og fusjonsforordningen på mange måter blir ulike. Dette skyldes først og fremst at rettskildene gir større rom for et effektivitetsargument i krrl. § 3-11 enn i fusjonsforordningen. I krrl. § 3-11 er det sentrale spørsmålet hvilken vekt/rolle effektivitetsargumentet skal tildeles, mens fusjonsforordningen gir opphav til et relevans- snarere enn til et vektspørsmål.

Rettskildebildet i konkurranseretten særpreges av at domstolene spiller en tilbaketrasket rolle, og enda mer er dette sant i fusjonskontrollen som krever særlig kompliserte økonomiske vurderinger. Som en konsekvens av dette trer konkurransemyndighetene, dvs. Konkurransetilsynet og Kommisjonen, fram som de sentrale rettsanvenderne. Fremstillingen vil derfor vie konkurransemyndighetens tolkningsvalg atskillig oppmerksomhet. Et viktig poeng i denne sammenheng blir å sammenlikne konkurransemyndighetens praksis med hva som kan sluttes fra de øvrige kildene.

2 Effektivitetsargumentet i konkurranseloven § 3-11

2.1 Om konkurranseloven

Konkurranseloven ble vedtatt i 1993¹⁴ og avløste prisloven av 1953¹⁵. Formålet med loven er å ”sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse,” jf. § 1-1. Konkurranselovutvalget¹⁶, med generell tilslutning i de øvrige forarbeidene¹⁷, legger til grunn at *samfunnsøkonomisk effektivitet*, slik begrepet forstås i økonomisk teori, skal være den praktiske målestokken for hva som er effektiv ressursbruk. Dette synspunktet har vunnet aksept både hos konkurransemyndighetene og i rettsteorien.

Lovens materielle konkurransebestemmelser består dels av forbudsbestemmelser og dels av inngreps-hjemler, førstnevnte finner man lovens §§ 3-1 til 3-3 med ulike unntaksbestemmelser i §§ 3-4 til 3-9. Konkurranseloven § 3-10 supplerer forbudsbestemmelsene ved å gi adgang til å gripe inn mot vilkår, avtaler eller handlinger som har konkurransebegrensende formål eller virkning. Konkurransetilsynets (el. tilsynet) hjemmel til å gripe inn mot bedriftsserverv, finner man i § 3-11.

2.2 Om konkurranseloven § 3-11

2.2.1 Innledning

Konkurransemyndighetenes adgang til å gripe inn mot fusjonsavtaler er et relativt nytt fenomen i norsk rett. Den første hjemmelen kom i 1989 da prisloven § 42 a ga Prisrådet en slik kompetanse. Fire år senere ble bestemmelsen erstattet av den nåværende hjemmelen i § 3-11 som ifølge forarbeidene¹⁸ er ment som en videreføring av prisloven § 42 a.

2.2.2 Hvilke avtaler omfattes ?

Konkurranselovens § 3-11 gir adgang til å gripe inn mot ”*bedriftsserverv*”, jf. § 3-11, 1. ledd.¹⁹ Anvendelsen av § 3-11 avhenger videre av at det ikke foreligger en ”*fusion*” som oppfyller

¹⁴ Loven trådte i kraft 1.1.94

¹⁵ Opphevet lov nr. 4 av 26. juni 1953 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold.

¹⁶ Se NOU 1991: 27 s.79 flg.

¹⁷ Se Ot.prp 41 (1992/1993) og Inst. O. nr.127 (1992/1993)

¹⁸ NOU 1991:27 s. 156 flg.

¹⁹ Begrepet ”bedriftsserverv” er behandlet i kapittel 1.3.1

terskelverdiene i fusjonsforordningen eller EØS avtalens artikkel 57. Om når dette er tilfellet, se kapittel 3.3.2. og 3.3.3.²⁰

Konkurranselovens stedlige virkeområde defineres av en såkalt effektdoktrine. Dette innebærer at § 3-11 bare får anvendelse der den aktuelle avtalen ”*har virkning eller [...] er egnet til å ha virkning [...] i riket,*” jf. § 1-5, 1. ledd. Avtaler som ”*utelukkende har eller er egnet til å ha virkning utenfor riket,*” faller utenfor § 3-11s anvendelsesområde med mindre Kongen bestemmer annet, jf. § 1-5, 2. ledd.

2.2.3 Den personelle kompetansen

Inngrepskompetansen er tillagt Konkurransetilsynet, jf. § 3-11, 1. ledd. Konkurransetilsynets organisasjon og arbeidsoppgaver fastlegges i lovens kapittel 2. Klager på vedtak om inngrep stiles Arbeids- og Administrasjonsdepartementet.

Domstolsprøvelse

Tolkningen av § 3-11 har ennå ikke vært gjenstand for domstolsbehandling. Selv om den formelle hovedregelen i norsk rett, er at domstolene fullt ut kan prøve forvaltningens vurderinger av om vilkårene for å bruke kompetansen er oppfylt i det konkrete tilfellet²¹, er det grunn til å tro at domstolene vil være tilbakeholdne med å prøve konkurransemyndighetenes subsumpsjon under de materielle inngrepsvilkårene i § 3-11. Hovedårsaken er at disse vurderingene krever en fagøkonomisk kompetanse som presumptivt tilligger konkurransemyndighetene mer enn domstolene, samt at heller ikke sterke rettssikkerhetshensyn taler for full prøvelse.

2.2.4 Saksgang

Konkurranseloven § 3-11, 6. ledd bestemmer at Konkurransetilsynet ”*kan gripe inn[...] innen seks måneder etter at det er inngått endelig avtale om ervervet. Dersom særlige hensyn tilsier det, [...] innen et år fra samme tidspunkt.*” Tidsfristene er begrunnet i hensynet til avtalepartenes behov for forutberegnelighet. For ytterligere å styrke forutberegneligheten, gir 7. ledd partene en mulighet til å varsle om at avtale er inngått. Fra tilsynet har mottatt et slikt varsel, løper en absolutt inngrepsfrist på 3 måneder. Det er verd å merke seg at det ikke påhviler partene en formell varslingsplikt.

2.2.5 Materielle kompetansevilkår

For at Konkurransetilsynet skal kunne gripe inn mot et ”*bedriftserved,*” må to vilkår være oppfylt. Det må foreligge et bedriftserved som ”*vil føre til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen,*” og dersom dette er tilfellet, må det også tas stilling til om bedriftservedet er ”*i strid med formålet i lovens § 1-1,*” jf. § 3-11, 1. ledd. Disse to vilkårene blir gjerne omtalt som det primære

²⁰ Det saklige virkeområde til § 3-11 må videre forstås i lys av krrl. §§ 1-3 og 1-4

²¹ Se flertallets votum i Rt. 1995/1427

og det sekundære/subsidiære inngrepsvilkåret. Hovedtemaet i dette kapitlet er det sekundære vilkåret, men ettersom redegjørelsen for det sekundære krever en viss forståelse av det primære, skal vi kort se på hva som menes med at en (vesentlig) konkurransebegrensning forsterkes eller styrkes.

Skal man forstå hva som menes med en konkurransebegrensning, må man først forstå hva som menes med konkurranse. De fleste har vel en intuitiv oppfatning av markeds konkurranse som en prosess med stadig rivalisering mellom markedsaktører for å oppnå etterspørernes (tilbydernes) gunst. En slik beskrivelse fanger det essensielle i begrepet, men er likevel av begrenset nytte for den som ønsker å *vurdere* konkurransen – altså si noe om hvor hard kampen om gunst er i det konkrete tilfelle. I praksis krever en slik konkurransevurdering et sett av mer eller mindre faste retningslinjer, og utformingen av disse bør avhenge av hvilken begrunnelse konkurransereglene hviler på. I konkurranse-lovens tilfelle gir formålsbestemmelsen et klart uttrykk for at konkurranseprosessen beskyttes utfra et ønske om effektiv ressursbruk, og man bør følgelig velge et konkurransebegrep som fremmer dette formålet. Økonomisk teori kan fortelle oss at ulike konkurranseformer genererer ulike markedsresultat, og det synes da naturlig å knytte konkurransevurderingen opp mot disse konkurranseformene. Konkurransereformer er imidlertid teoretiske konstruksjoner, og i praksis må derfor konkurranseanalysen bygge på observasjoner av hvilket markedsresultat som faktisk produseres og/eller på en vurdering av om forutsetningen er tilstede for at markedet skal produsere et effektivt markedsresultat. I fusjonssaker er bare det siste alternativet åpent, og spørsmålet om et bedriftserverv vil føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning, blir derfor hovedsakelig et spørsmål om hvordan ervervet påvirker markedsaktørenes mulighet til å utøve markedsrett.²²

I tilsynets retningslinjer (se nedenfor) tolkes det primære vilkåret som et krav om at bedriftservervet må påvirke sannsynligheten for utøvelse av ensidig eller kollektiv markedsrett. Problemstillingen angripes med en to-trinns analyse: Først definerer man det relevante markedet og undersøker hvordan avtalen vil påvirke markedskonsentrasjonen (retningslinjenes kapittel 2). Dersom *verken* avtalepartens samlede markedsandel overstiger 40 % *eller* den samlede markedsandelen til avtalepartene og den største av de øvrige markedsaktørene overstiger 60 %, vil konklusjonen normalt bli at det ikke er påkrevet med en nærmere vurdering. Er en av disse *presumpsjonsverdiene* derimot oppfylt, går man videre til trinn 2 og foretar en nærmere analyse av hvordan bedriftservervet vil påvirke mulighet for ensidig eller kollektiv markedsrett (retningslinjenes kapittel 3).

For å skape forutberegnelighet og likebehandling har tilsynet publisert retningslinjer som klargjør og standardiserer inngrepsprosedyren. Retningslinjenes kapittel 2 og 3 behandler analysen av de konkurransemessige virkningene, mens kapittel 4 befatter seg med effektivitetsgevinstene. Retningslinjenes kapittel 4 vil bli gjenstand for utførlig behandling i oppgavens kapittel 2.3. Retningslinjene er tilgjengelige på tilsynets [hjemmesider](http://www.konkurransetilsynet.no).²³

²² For en grundigere fremstilling av det primære vilkåret, se Kolstad side 189 flg.

²³ www.konkurransetilsynet.no

2.3 Det sekundære inngrepsvilkåret

2.3.1 Problemstilling og rettskilder

Konkurranseloven § 3-11 gir bare adgang til å gripe inn mot bedriftsserverv som begrenser konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1. Ettersom lovens formål er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, i alminnelighet forstått som en målsetning om samfunnsøkonomisk effektivitet²⁴, er det rimelig å legge til grunn at tilsynet plikter å foreta en avveining mellom kostnadene ved økt markedsrett og eventuelle samfunnsøkonomiske gevinster. Lovteksten sier imidlertid ingenting om hvordan denne avveiningen skal foretas. Konkurransutvalget uttaler generelt om inngrepsvurderingen:²⁵

“ I og med at en fusjon innebærer en total sammensmelting mellom tidligere tidligere selvstendige enheter, vil resultatet ofte kunne bli stordriftsfordeler og samproduksjonsfordeler” og “Utvalget deler oppfatningen av at en konkurransepolitisk analyse med vekt på virkningene for ressursbruken skal være avgjørende for om inngrep kan foretas ”

Fra dette er det naturlig å slutte at Konkurransetilsynet må vektlegge eventuelle effektivitetsgevinster, men hvordan avveiningen skal foregå, forblir uklart. Heller ikke de øvrige forarbeidene²⁶ kaster videre lys over avveiningens karakter, og forarbeidenes betydning ved tolkingen av det sekundære vilkåret begrenser seg derfor til tilfellene hvor de gir uttrykk for synspunkter som er av generell betydning for lovtolkningen, eller som kan anvendes analogisk. I hovedsak vil derfor gjennomgangen av det sekundære vilkåret skje med henvisning til formålsbetraktninger, tilsynets praksis, reelle hensyn og juridisk teori.

Formålsbestemmelsen i krrl. § 1-1 kan skape inntrykk av at lovtolkningen skal skje utelukkende med tanke på å legge til rette for virksom konkurranse. I så fall ville det være unaturlig å lese § 3-11 slik at tilsynet plikter å foreta en avveining mellom effektivitetsgevinster og kostnader ved redusert konkurranse. Både lovteksten og forarbeidene gir imidlertid flere holdninger til å anta at lovtolkningen skal skje med et videre perspektiv. Konkurranseloven § 3-9 litra b) gir tilsynet kompetanse til å dispensere fra lovens forbudsregler der “*det [...] forventes effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurransebegrensningen.*” Det er altså ikke meningen at tilsynet skal begrense seg til å se på konkurransemessige virkninger ved tolkingen av lovens forbudsbestemmelser. Det synes da naturlig at denne doktrinen kan overføres til tolkingen av inngrepsvilkårene. Forarbeidenes generelle uttalelser om at det er det samfunnsøkonomiske overskudd som skal være den veiledende tolkningsnorm trekker i samme retning, og det virker derfor velbegrunnet når konkurransemyndighetene og teorien legger til grunn at det skal foretas en avveining mellom redusert konkurranse og effektivitetsgevinster ved tolkingen av § 3-11.

Formålsbetraktninger fortjener særlig vekt når man studerer effektivitetsargumentet. Dette skyldes ikke bare at formålsbetraktninger spiller en sentral rolle ved all lovtolkning, men også at

²⁴ Se kapittel 2.1

²⁵ NOU 1991: 27 s.157

²⁶ Ot.prp. nr. 41 (1992/1993) og Inst. O. nr. 127 (1992/1993)

anvendelsen av et effektivitetsargumentet har sitt utspring i et ønske om å fremme lovens formål. Å anvende et effektivitetsargument uten samtidig å la seg lede av lovens formål, gir derfor liten mening.

Vi har sett hvordan forarbeidene presiserer konkurranselovens formålsbestemmelse ved hjelp av det økonomiske begrepet "samfunnsøkonomisk effektivitet."²⁷ Målsettingen om størst mulig samfunnsøkonomisk effektivitet/overskudd vil jeg i det videre benevne effektivitetshensynet. Effektivitetshensynet gir et elegant og effektivt arbeidsverktøy når man arbeider i en modellverden, men virkelighetens verden er mer komplisert enn modellenes. Det er derfor viktig å forstå at målsettingen om *effektiv bruk av samfunnets ressurser* i § 1-1 må tolkes i lys av *alle* relevante rettskildefaktorer, og at man må være forsiktig med å tviholde på tolkningsvalg som synes fornuftige i modellenes rigide verdensbilde.

Tilsynets syn på tolkningen av det sekundære vilkåret kan særlig spores i retningslinjenes kapittel 4, som dermed blir et sentralt hjelpemiddel. Skal man få et fullstendig bilde må man imidlertid også se på praksis, dvs. vedtaksbegrunnelser. I det videre vil jeg derfor forsøke å belyse begge deler. Man finner begrunnelsene for vedtak om både inngrep og ikke-inngrep tilbake til 1998 på tilsynets [hjemmesider](#)²⁸.

Synspunkter som kommer til uttrykk i rettsteorien betrakter jeg først og fremst en kilde til kunnskap og inspirasjon. Som begrunnelse for tolkningsstandpunkt, blir de derfor ikke tildelt større vekt enn det de fortjener etter en kritisk vurdering.

2.3.2 Om valget mellom en konkret og en generell avveining

Hensynet til effektivitetsgevinstene kan fanges opp på to måter i inngrepsvurderingen. Enten ved at man følger retningslinjer som er formulert på grunnlag av en generell avveining mellom effektivitetsgevinster og redusert konkurranse, eller ved hjelp av en konkret avveining dvs. et effektivitetsargument. Ved tolkningen av § 3-11 må man da spørre om det er tilstrekkelig at tilsynet foretar en generell avveining, eller om tilsynet plikter å anvende et effektivitetsargument. Dette er et lovtolkings-spørsmål, men som et vesentlig tolkningspremiss er det verd merke seg at domstolene har vært tilbakeholdne med å statuere ugyldighet med den begrunnelse at et forvaltningsorgan har fulgt egne retningslinjer istedenfor å utøve skjønn i det konkrete tilfellet.²⁹ Skal man stille opp en tolkningspresumpsjon må det derfor være at tilsynet står fritt til å velge avveiningsmodell.

Et sentralt tolkningsmoment er selvsagt om en konkret avveining kan sies å fremme lovens formål bedre enn en generell. Spørsmålet har blitt drøftet generelt i internasjonal litteratur³⁰, uten en entydig konklusjon. Hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser kan derfor ikke sies å trekke klart i retning av det ene eller det andre alternativet.

²⁷ Se kapittel 2.1

²⁸ www.konkurransetilsynet.no

²⁹ Se Eckhoff s. 268 og Graver s. 78-79.

³⁰ Se kap. 2.3.5

Tanken bak lovens inngrepshjemler, et at de skal supplere forbudsreglene ved å gi en mulighet til ramme mer atypiske konkurransebegrensninger i strid med lovens formål. Om en atypisk konkurransebegrensning er i strid med lovens formål, kan være vanskelig å uttale seg om på generelt grunnlag, og på denne bakgrunn uttaler Konkurranselovutvalget:³¹

En lang rekke konkurransereguleringer, som vil kunne virke skadelig ved at de begrenser konkurransen og fører til mindre effektiv ressursbruk blir ikke rammet av forbudene. Utvalget vil derfor foreslå at det åpnes adgang til å gripe inn overfor slike konkurransereguleringer etter en *konkret* [min utheving] virkningsanalyse i de enkelte tilfelle

Dette gir rimeligvis et argument til inntekt for en konkret avveining, men ettersom utvalget uttaler seg om inngrepsvurderingen generelt, skal man være forsiktig med lese uttalelsen slik at den forutsetter en konkretisering i større grad enn hva som holdbart kan hevdes å være nødvendig for å ivareta hensynet til effektiv ressursbruk. Jeg har derfor vanskelig for å se at uttalelsen er et tungtveiende argument for å anvende en konkret avveining.

Rent prinsipielt, og ikke minst av hensyn til avtalepartenes forutberegnlighet bør man velge den løsningen som gir de klareste og enkleste inngrepskriteriene, dvs. en generell avveiningsmodell. Hvor stor vekt man skal legge på et slikt *reelt hensyn* kan diskuteres, men samlet sett har jeg vanskelig for å se at det finnes grunn til å hevde at en velbegrunnet standardisering av skjønnet er en ugyldighetsgrunn. Konkurransemyndighetene har imidlertid, med støtte i (norsk) rettsteori, gjort unntaksfritt bruk av et effektivitetsargument i retningslinjer og praksis. Dette blir temaet videre i kapitlet.

I rettsteorien synes det bare å være Kolstad som åpent drøfter om tilsynet plikter å foreta en konkret avveining.³² Han konkluderer med at tilsynet plikter å vurdere konkrete kostnadsbesparelsene og vektlegger, til forskjell fra undertegnede, blant annet legalitetsprinsippet og forholdsmessighetsbetraktninger. Etter mitt skjønn fortjener ikke legalitetsprinsippet nevneverdig vekt som tolkningsmoment i tilfeller hvor forvaltningen har fått adgang til å gripe inn mot avtaler av rendyrket økonomisk natur. Slike inngrep i avtalefriheten er langt utenfor kjerneområdet til det materielle legalitetsprinsipp. Hensynet til at inngrepet er forholdsmessig i forhold til tiltakets virkning på ressursbruken, fortjener muligens noe mer vekt, men er uansett ikke tungtveiende nok til å endre min konklusjonen. De øvrige forfatterne nøyer seg mer eller mindre med å konstatere at avveiningen *skjer konkret*.³³

2.3.3 Når er en anførsel relevant ?

Effektivitetshensynet og reelle hensyn gir grunnlag for å stille opp tre generelle relevansvilkår: For det første må effektivitetsgevinsten være samfunnsøkonomisk, for det andre må det eksistere en årsaks-sammenheng mellom avtalen og effektivitetsgevinsten og for det tredje må den være tilfredsstillende dokumentert. Vilkårene behandles i nevnte rekkefølge.

³¹ Se NOU 1991: 27 s. 150 første spalte

³² Se Kolstad s. 326 flg.

³³ Se *Ekberg* s. 64, *Sæveraas* s. 394. flg i ”Konkurranseloven”

2.3.3.1 Det må foreligge en samfunnsøkonomisk effektivitetsgevinst³⁴

2.3.3.1.1 Generelt

Effektivitetshensynet taler for at bare samfunnsøkonomiske gevinster er relevante i avveiningen. Dersom man også inkluderte rene bedriftsøkonomiske gevinster, ville resultatet bli et system der gevinster uten samfunnsøkonomiske innhold kunne legitimere de samfunnsøkonomiske kostnadene ved redusert konkurranse. En slik avveining ville motvirke lovens formål og må avvises. Tilsynets retningslinjer og praksis opererer utvetydig med et tilsvarende vilkår.

I en modellverden med full informasjon, gir et vilkår om samfunnsøkonomisk innhold et nærmest entydig avgrensningskriterium. I en konkurranserettslig kontekst vil vilkåret derimot kunne gi opphav til ulike tolkningsproblemer. Særlig man må spørre seg om ikke enkelte *kategorier* av gevinster bør avvises fordi det generelt er vanskelig å avgjøre om de er av samfunnsøkonomisk karakter. Et eksempel kan være gevinster ved økt risikodiversifisering i valuta- og kapitalmarkeder. Om slike gevinster er samfunnsøkonomiske, kan være svært vanskelig å uttale seg om i praksis, og effektivitetshensynet taler derfor for at slike anførsler avvises generelt. Den motsatte løsningen, ville kunne lede til en nærmest vilkårlig avveining mellom kostnader og gevinster. Plasshensyn tillater ikke en fullstendig gjennomgang av gevinstkategorier som uten videre bør avvises med henvisning til slike usikkerhetsbetraktninger, men under punkt 2.3.3.1.2 behandles en slik kategori som har fått en uklar rolle i tilsynets retningslinjer og praksis.³⁵

Konkurranselovens hovedregel er at bare «*vilkår, avtaler eller handlinger som foretas, som har virkning eller som er egnet til å ha virkning her i riket*» omfattes av loven, jf. § 1-5. Leser man § 1-5 i sammenheng med lovens formålsbestemmelse, er det naturlig å konkludere med at det er ressursbruken i Norge («riket») som beskyttes av loven. Dette gir opphav til ulike avgrensningsproblemer som ikke kan løses ene og alene med henvisning til hva som utgjør samfunnsøkonomiske gevinster i økonomisk teori. Systematisk har jeg like fullt funnet det praktisk å se dette som spørsmål om hva som skal betraktes som samfunnsøkonomiske størrelser,³⁶ og under punktene 2.3.3.1.2.(under "retningslinjene") og 2.3.3.1.3 skal jeg se nærmere på slike avgrensningsproblemer.

³⁴ I tillegg til drøftingene nedenfor, blir spørsmålet om hva som utgjør en effektivitetsgevinst berørt på ulike måter i kapittel 2.5 hvor jeg gjennomgår muligheten for å vektlegge internasjonal konkurranseevne i avveiningen.

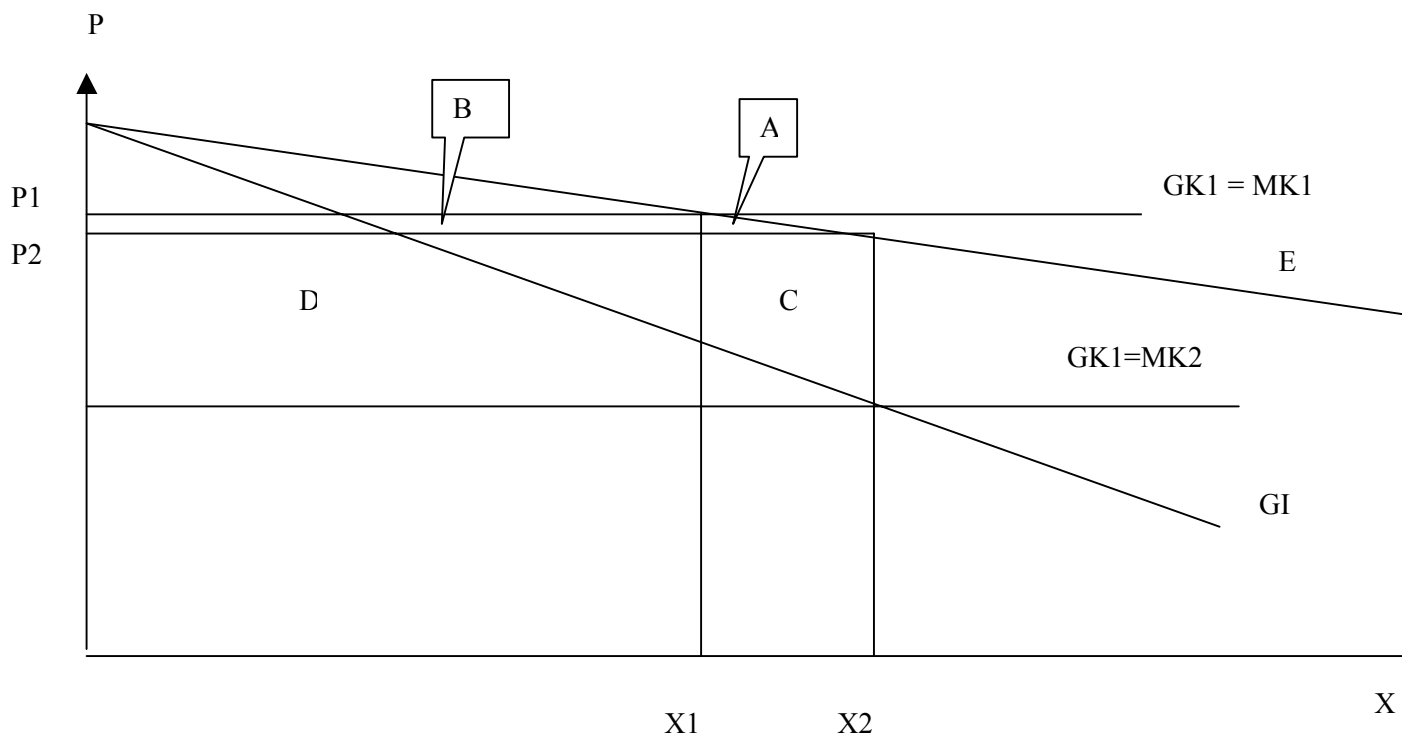
³⁵ Det går en linje til vilkåret om dokumentasjon som behandles nedenfor. Kravet om dokumentasjon handler imidlertid først og fremst om at partene må vise at den anførte gevinsten faktisk blir realisert. Spørsmålet her er hvordan man tar stilling til usikkerhet m.h.t. det samfunnsøkonomiske innholdet.

³⁶ Jeg understreker at vilkåret om samfunnsøkonomisk innhold ikke er lovfestet, og at angrepsvinkelen derfor ene og alene er et spørsmål om hensiktsmessighet.

2.3.3.1.2 Økt forhandlingsstyrke overfor leverandører³⁷

Økt forhandlingsstyrke overfor leverandører kan gi kostnadsbesparelser for fusjonspartnerne. Disse besparelsene går imidlertid på bekostning av leverandøren og er derfor i utgangspunktet uten samfunnsøkonomisk relevans. I enkelte tilfeller kan imidlertid økt forhandlingsstyrke gi økt samfunnsøkonomisk overskudd, og jeg skal derfor drøfte om *effektivitetshensynet* kan tas til inntekt for at økt forhandlingsstyrke skal vektlegges i disse tilfellene.

Vi tenker oss en horisontal fusjon mellom to produsenter i et marked der leverandørsiden har markedsmakt. Før fusjonen selges innsatsfaktoren til en pris som ligger over leverandørens marginalkostnad, men den nye og sterkere enheten vil i kraft av å være en betydelig avtaker kunne presse prisen nedover. Reduserte kostnader gir den nye enheten et incitament til å sette lavere pris overfor distribusjonsleddet, noe som kan innebære en samfunnsøkonomisk gevinst. Spørsmålet er så; hvor store må besparelsene ved økt forhandlingsstyrke være, for å overgå tapet i allokeringseffektivitet som oppstår i nedstrømsmarkedet? ³⁸ Svar: Dersom distribusjonsleddet opplever en prisnedgang etter fusjonen, har produsentenes økte forhandlingsstyrke overfor leverandørsiden oppveid kostnaden knyttet til produsentens økte markedsmakt overfor distribusjonsleddet. Dette er illustrert på figur 2.



³⁷ Det kan hevdes at dette er størrelser som bør vurderes under det primære vilkåret, men ettersom retningslinjer og praksis vurderer dem som potensielle gevinster, har jeg valgt å gjøre de samme.

³⁸ Dvs. tapet som skyldes produsentenes (økte) markedsmakt i nedstrømsmarkedet.

Figuren beskriver *nedstrømsmarkedet* før og etter fusjonen, og vi tenker oss for enkelhets skyld at det hersket virksom konkurranse før fusjonen slik at markedsprisen var presset ned mot tilbudssidens marginalkostnad. Den nye enheten står derimot overfor en fallende grenseinntektskurve (GI) og setter derfor pris høyere enn marginalkostnad. De reduserte kostnadene som følge av økt kjøpermakt gir et skift i marginalkostnadskurven fra MK_1 til MK_2 . Besparelsen er tilstrekkelig stor til at omsatt kvantum øker fra X_1 til X_2 til tross for markedsmakten. Konsumentoverskuddet øker med A (liten trekant) + B (rektangel) og produsentoverskuddet øker med C (rektangel) + D (rektangel). Ettersom økningen i produsentoverskuddet er en ren overføring fra leverandørleddet til produsentleddet, er den samfunnsøkonomiske gevinsten lik A + B.

Det er viktig å merke seg at allokeringseffektivitet veies mot allokeringseffektivitet. Fusjonen bøter på en markedsimperfeksjon, men bidrar ikke til å effektivisere drift eller produksjonsprosesser. Dette betyr at man ikke kan bokføre 1 million i økt forhandlingsstyrke som en gevinst, men må se på hva besparelsen gjør med bedriftens tilpasning. Generelt er det nok vanskelig å forestille seg at slike gevinster kan bli store nok til å oppveie kostnadene forbundet med en vesentlig økning av markedsmakten i nedstrømsmarkedet.

Konklusjonene er kritisk avhengig av at innsatsfaktoren er priset høyere enn marginalkostnad før fusjonen. Dersom det hersker effektiv konkurranse i oppstrømsmarkedet, vil en reduksjon i prisen på innsatsfaktoren måtte komme som følge av at omsatt kvantum i oppstrømsmarkedet reduseres (såkalt monopsonitilpassing). En slik pris og kvantumsreduksjon vil i seg selv gi et effektivitetstap som etter omstendighetene kan fungere som en selvstendig begrunnelse for inngrep med hjemmel i § 3-11.

Det er forutsatt konstante marginalkostnader og null faste kostnader, men ettersom en overføring fra leverandør til produsent ikke er en kilde til økt samfunnsøkonomisk overskudd i seg selv, blir spørsmålet uansett om kjøpermakten gir en tilstrekkelig reduksjon i marginalkostnaden til at produsenten setter lavere pris i nedstrømsmarkedet. Om dette er tilfellet, er for det første uavhengig av produsentenes faste kostnader, og det er neppe grunn til å anta at forutsetningen om konstante marginalkostnader er mer urealistisk enn en hvilken som helst annen forutsetning.

Selv om økt forhandlingsstyrke *kan* lede til økt samfunnsøkonomisk overskudd, er det ikke dermed gitt at effektivitetshensynet kan tas til inntekt for at konkurransemyndighetene skal forsøke å inkludere de samfunnsøkonomiske tilfellene i avveiningen. Som motargument kan det anføres at det er svært vanskelig å anslå gevinstenes størrelsesorden samt hvilken betydning de vil ha for produsentens tilpasning. Dette gir en stor usikkerhet som bare kan reduseres med betydelig ressursinnsats. Tar man i tillegg i betraktning at slike gevinster normalt er av begrenset størrelsesorden og i liten grad kontrolleres av partene, kan det vanskelig hevdes at effektivitetshensynet taler for at konkurransemyndigheten skal identifisere og vektlegge det samfunnsøkonomiske elementet i slike besparelser.³⁹

³⁹ Etter mitt skjønn er motargumentene sterke nok uansett om man legger til grunn en *totalvelferds-* eller *konsumentstandard* ved avveiningen (om disse begrepene, se kap. 2.3.4.3).

Retningslinjene

Punkt 4.2 i retningslinjene fastslår at gevinster som går på bekostning av *innenlandske* aktører ikke er relevante. Antitetisk synes det å følge at gevinster som går på bekostning av *utenlandske* aktører kan vektlegges. Det er grunn til å spørre om et slikt skille mellom innenlandske og utenlandske aktører er rettslig velbegrunnet.

Konkurranseloven beskytter ressursbruken i Norge.⁴⁰ Tilsynet synes å tolke ressursbruken i Norge som synonymt med størrelsen på det konsument- og produsentoverskudd som tilfaller en avgrenset krets av juridiske og fysiske personer - de ”innenlandske aktørene.” Med et slikt utgangspunkt følger det logisk at enhver netto økning av produsentoverskuddet hos ”innenlandske” på bekostning av ”utenlandske” aktører fremmer ressursbruken i Norge. En slik tolking av lovteksten er imidlertid ikke innlysende, og som et viktig reelt hensyn kan det innvendes at sontringen mellom innenlandske og utenlandske aktører er uklar. En rekke ulike identifiseringskriterier kan tenkes, men ingen av dem synes å være både klare og praktikable. Å gjøre bruk av for eksempel selskapets eller moderselskapets lokalisering eller registreringsland gir lite mening, og skal man gjøre bruk av eierskapets nasjonalitet, må man eventuelt nøste seg tilbake til de (personlige) aksjeeiernes statsborgerskap og foreta en forholdsmessig avkortning. En slik løsning er retsteknisk uholdbar.

Selv om man skulle finne det holdbart å tolke loven slik at den beskytter konsument- og produsentoverskuddet til en avgrenset krets, bør konklusjonen likevel bli at overføringer fra utenlandske aktører ikke kan inkluderes i avveining. Dette er svært usikre gevinster som partene i begrenset utstrekning kontrollerer selv, og effektivitetshensynet taler derfor for at man ser bort i fra dem.

Uttrykket ”utenlandske aktører” omfatter utenlandske konsumenter så vel som leverandører. Det er imidlertid vanskelig å forestille seg at partene vil forsøke å forsvare avtalen med henvisning til at de vil kunne utøve markedsrett på bekostning av utenlandske konsumenter. Årsaken er at dette presumptivt vil utløse reaksjoner fra konkurransemyndigheter i andre land. Praksis synes da heller ikke å gi eksempler på tilsynet har vurdert en slik mulighet som gevinstpost.

Praksis

Tilsynets praksis er uklar på flere punkter. For det *første* kan praksis, i strid med uttalelsene i retningslinjene, skape inntrykk av at besparelser som skyldes økt forhandlingsstyrke overfor *innenlandske* aktører faktisk kan gevinstføres der de reduserer et effektivitetstap. Som *ett* eksempel kan det vises til *SAS/Widerøe* hvor det uttales:⁴¹

”Gevinstene kan deles inn i to grupper; [...] og gevinstene som følge av økt forhandlingsstyrke overfor leverandører. Den siste gruppen gevinster regnes normalt ikke som en samfunnsøkonomisk gevinst med mindre de gir grunnlag for mer effektiv bruk av samfunnets ressurser” og *lengre ned under samme punkt* ”Kostnadsreduksjoner som følge av bedret

⁴⁰ Se §§ 1-1 og 1-5

⁴¹ Sak nummer 98/43, under punkt 7.3

forhandlingsstyrke regnes ikke i seg selv som en samfunnsøkonomisk gevinst. Ved markedsmakt på selgersiden kan imidlertid økt forhandlingsstyrke medføre at de aktuelle produkter blir priset nærmere marginalkostnad.”

For det andre kan det synes uklart hvilken rolle besparelser knyttet til økt forhandlingsstyrke overfor *utenlandske* aktører spiller i avveiningen. I *SAS/Widerøe* drøfter tilsynet muligheten for at SAS’ erverv vil gi Widerøe bedre innkjøpsbetingelser overfor utenlandske leverandører. Tilsynet uttaler:⁴²

Dersom besparelsen skyldes SAS’ posisjon er dette en ervervsspesifikk gevinst knyttet til kjøp i utlandet som følge av økt forhandlingsstyrke eller kjøpermakt. Denne er begrenset oppad til den rabatt WF oppnådde ved reforhandling av avtalene

Det synes naturlig å forstå uttalelsen slik at gevinstene er relevante som *finansgevinster*. Leser man videre under samme punkt blir man imidlertid usikker:

Partene har ikke gitt signaler om at gevinsten gir endringer i tilpassingen når det gjelder kjøp av fly. Tilsynet har derfor ikke lagt til grunn noen kvantumseffekt som følge av ervervet ut over det som er drøftet i avsnitt 7.2.8

Om gevinster knyttet til økt forhandlingsstyrke, ved bl.a. flykjøp sies det i punkt 7.2.8:

For at det skal være mulig å hente noen gevinster *ut over rasjonaliseringsgevinster* (min utheving) må det være markedsmakt på selgersiden. Økt forhandlingsstyrke på kjøpersiden kan medføre at varer og tjenester blir priset nærmere den marginale produksjonskostnaden. Dette kan medføre allokeringsevirkninger som fremmer samfunnsøkonomiske effektivitet. Konkurransetilsynet mener at slike gevinster f.eks. kan komme på sikt dersom kostnadsreduksjonene påvirker tilbudet av flyreiser.

Dersom gevinstene må påvirke tilbudet av flyreiser, innebærer dette et vilkår om at profittoverføringen må en realøkonomisk effekt i Norge, men da blir det vanskelig å forstå hvorfor retningslinjene forskjellsbehandler inntektsoverføringer fra innenlandske og utenlandske aktører.

Aksepterer man økt forhandlingsstyrke overfor utenlandske aktører som gevinstpost, vil EØS-reglene stenge for at ”utenlandske” bedrifter forskjellsbehandles. EØS-lovens artikkel 31 og 34 bestemmer at selskaper opprettet i samsvar med lovgivningen i en annen EØS-stat og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium, skal kunne etableres på de vilkår som lovgivningen i medlemsstaten fastsetter for egne selskaper. Det er på det rene at etableringsretten ikke bare omfatter en rett til etablering i snever forstand, men også en rett til å drive på samme vilkår som innenlandske selskaper. Ettersom artikkel 33 ikke synes å kunne hjemle et unntak fra kravet om likebehandling i artikkel 31, kan det da neppe drives forskjellsbehandling på dette punkt.

2.3.3.1.3 Mer om betydningen av lovens geografiske anvendelsesområde

Under forrige punkt ble det drøftet om den geografiske avgrensningen av lovens anvendelsesområde ga grunnlag for å behandle økt forhandlingsstyrke overfor innenlandske og utenlandske leverandører ulikt. Problemet hadde sitt utspring i at lovens anvendelsesområde er begrenset til tilfeller som har

⁴² Punkt 7.2.3

betydning for ressursanvendelsen i Norge. Dette gir opphav til flere tolknings spørsmål, og to sentrale skal studeres i dette avsnittet.

a) Gevinster som skyldes mer effektiv drift på utenlandsk territorium

Mer effektiv drift ved utenlandske produksjonsanlegg kan *ikke* betraktes som en handling som ”foretas i riket,” jf. § 1-5. Spørsmålet blir da om man står overfor en handling ”som har virkning eller er egnet til å ha virkning her i riket.” Skal man legge dette til grunn, må synspunktet eventuelt være at fusjonspartene/kapitaleierne er ”norske” og/eller at avtalen vil resultere i lavere priser for norske konsumenter. Synspunktene diskuteres i nevnte rekkefølge.

På samme måte som diskutert under forrige punkt, vil en sontring mellom norske og utenlandske foretak måtte bygge på at konkurranseloven beskytter summen av konsument- og produsentoverskuddet tilfallende en avgrenset krets av personer- de ”norske” aktørene. En slik tolkning har ingen særskilt støtte i forarbeidene, og tungtveiende reelle hensyn taler i mot tolkningen. For det første er det svært vanskelig å stille opp meningsfulle kriterier som kan brukes til grense dragingen mellom norske og utenlandske virksomheter, og for det andre innebærer EØS- lovens regler om fri etableringsadgang at en slik sontring vil bli av begrenset betydning.

Når det gjelder muligheten for lavere priser i Norge, vil dette normalt være umulig å uttale seg om med rimelig sikkerhet i det konkrete tilfellet. At man kan *tenke* seg denne muligheten, kan muligens, rent språklig, være tilstrekkelig til å hevde at effektivitetsgevinsten ”er egnet til å ha virkning her i riket,” men fra et praktisk ståsted fortøner det seg lite meningsfylt å forsøke å vektlegge slike effekter. Konklusjonen må bli at gevinster som skyldes mer effektiv drift på utenlandsk territorium, *ikke* er relevante gevinster.

Retningslinjene behandler ikke problemstillingen, men den har dukket opp i praksis. I *Tomra/Halton*⁴³ uttaler tilsynet:

Tomra gjennomfører alle kostnadsbesparelser forbundet med ervervet utenfor Norge. Det er ikke en selvfølge at gevinster forbundet med effektivisering utenfor Norge, og dermed krrls virkeområde jf. krrl § 1-5 kan tas i betraktning i sin helhet. Grunnen til dette er at hele gevinsten ikke nødvendigvis vil tilbakeføres til Norge

Tilsynet legger til grunn at gevinstene bare er relevante i den grad de ”tilbakeføres til Norge.” Hva som ligger i kravet om tilbakeføring er vanskelig å si, men det er vel rimelig at tilsynet bygger på de to ovenfor diskuterte synspunktene. Hvordan disse effektene har latt seg måle er vanskelig å forstå, men tilsynet mener åpenbart å ha lyktes ettersom effektivitetsargumentet ble tillagt avgjørende vekt i denne saken.

⁴³ Sak 97/849

b) Betydningen av utenlandsk eierskap

Verken lovtekst eller forarbeider gir etter mitt skjønn holdepunkter for en forskjellsbehandling av ”norske” og ”utenlandske” eiere, og reelle hensyn taler sterkt i mot en slik sontring. Et skille er vanskelig både å definere og praktisere, og EØS-avtalens regler om ikke-diskriminering vil legge sterke føringer på sontringens praktiske betydning.

Retningslinjene behandler ikke problemstillingen, og tilsynets praksis synes ikke å inneholde spor av gevinstavskjæring som følge av utenlandsk eierskap.

2.3.3.2 Dokumentasjon

Partene har et sterkt incitament til å overbevise konkurransemyndighetene om de faktisk greier å realisere gevinstene som anføres. I motsatt fall kan resultatet bli at de verken får muligheten til å realisere effektivitetsgevinster eller høste andre fordeler av bedriftservivet. Det er derfor fristende å love mer enn man kan holde, og når man tar i betraktning at det er partene selv som sitter på den relevante informasjonen, blir det naturlig å stille strenge krav til dokumentasjon.

Kravene til dokumentasjon behandles i retningslinjenes punkt 4.1 hvor det, for det første legges til grunn at gevinstene må være klart og presist og beskrevet. Generelle utsagn om at partene “forventer” synergier av en viss størrelsesorden blir følgelig ikke akseptert. Poenget er at tilsynet skal ha en reell mulighet til å etterprøve de aktuelle anførslene. Gevinstene må videre være realiserbare i løpet av en to års periode. Retningslinjene begrunner dette med at effekter utover en slik tidshorisont, vil være usikre og spekulative.

Praksis gir mange eksempler på anførsler som avvises fordi de ikke er godt nok dokumenterte. Når man studerer praksis, blir imidlertid inntrykket at dette like mye skyldes dårlige forberedelser som overdrevent strenge krav til dokumentasjon. I denne sammenheng er det verd å nevne at avtalepartene utvilsomt har størst mulighet til å lykkes med anslag som blir utarbeidet i forkant av avtalen.⁴⁴ På den måten vil gevinstene fremstå som et ledd i begrunnelsen for samarbeidet. Det er dessuten et viktig moment hvem som står bak regnestykket. Jo større grad av profesjonalitet og jo mer uavhengige anslagene er, jo mer sannsynlig er det at tilsynet vil akseptere anførselen.⁴⁵

I saker der tilsynet vurderer inngrep får forvaltningsloven⁴⁶ anvendelse, jf. fvl. § 1. Ettersom det er tale om et enkeltvedtak, må reglene om utredningsplikt i § 17 legges til grunn, jf. fvl. §§ 2, 3 og 17. Dette innebærer at tilsynet har en plikt til å kartlegge/vurdere effektivitetsgevinster på eget initiativ. Hvor langt denneplikten rekker må i all vesentlighet være et spørsmål om hva som er en hensiktsmessig bruk av tilsynets ressurser. Etter mitt skjønn plikter ikke tilsynet å foreta egne undersøkelser,

⁴⁴ Se retningslinjenes punkt 4.1

⁴⁵ Se blant annet uttalelser under punkt 7.2.6. i Gresvig/Sport Holding

⁴⁶ Fvl.

med mindre man har konkrete holdepunkter for å anta at partenes opplysninger/vurderinger er mangelfulle.

2.3.3.3 Krav om årsakssammenheng

Dersom gevinsten kan realiseres uten en fullstendig samordning av foretakene, kan man få i både pose og sekk - gevinstene realiseres uten at konkurransen svekkes. For at en gevinst skal være relevant, må man derfor stille opp et krav om årsakssammenheng mellom avtalen og gevinsten. I teorien kan man så godt som alltid kunne finne en alternativ måte å realisere gevinstene på, og dersom kravet til årsakssammenheng tolkes strengt, vil effektivitetsargumentets praktiske betydning kunne bli svært begrenset. Med utgangspunkt i effektivitetshensynet, synes det rimelig å hevde at målestokken må være om det finnes *realistiske* alternativer til avtalen.

Tilsynets retningslinjer behandler vilkåret under punkt 4.3 hvor det legges til grunn at:

“Gevinster som med sannsynlighet vil bli realisert selv om ervervet ikke finner sted, vil ikke bli tatt hensyn til” og videre “mange [...] alternative[r] vil imidlertid i en konkret situasjon fremstå som uaktuelle eller urealistiske. Tilsynet vil derfor kartlegge sannsynlige utviklingsbaner i tilfelle ervervet ikke finner sted”

Det blir altså foretatt en sannsynlighetsvurdering. Det bemerkes at utfallet av en slik vurdering vil avhenge av hvilket tidsperspektiv man anlegger. Jo lengre tidsperspektiv, jo mer sannsynlig er en alternativ realisering.

Mange effektivitetsgevinster greier ikke å innfri vilkåret om årsakssammenheng. Et illustrerende eksempel finner man i *Gresvig/Sport Holding* hvor tilsynet drøfter betydningen av partenes anførsel om reduserte driftskostnader på 18,3 millioner kroner og uttaler at:⁴⁷

...brorparten av kostnadsbesparelsene har form av nedlagt kapasitet i Intersport og bedre utnyttelse av kapasiteten i Gresvig. Dette vil si at det har vært utnyttet kapasitet i Gresvig på disse kostnadselementene. Denne overkapasiteten kunne Gresvig ha leid ut, enten til Intersport eller andre aktører, slik at den delen av kostnadsbesparelsen som skyldes slik overkapasitet ikke kan regnes som en effektivitetsgevinst som er avhengig av oppkjøpet.

Bedriftsoppkjøp blir ofte begrunnet med at den eksisterende ledelsen bør skiftes ut fordi den ikke maktet å utnytte virksomhetens kapitalbase effektivt. Kan slike effektiviseringsmuligheter tilfredsstille vilkåret om årsakssammenheng? Etter mitt skjønn kan dette bare besvares bekræftende der kjøperen sitter på spesialkompetanse som vanskelig kan tilflytte oppkjøpskandidaten på annen måte. Dette vil nok sjelden være tilfelle, og såvidt meg bekjent har en slik anførsel aldri blitt eksplisitt vurdert av tilsynet. Det er dessuten lite sannsynlig at slike gevinster vil tilfredsstille kravene til dokumentasjon, se kapittel 2.3.3.2.

⁴⁷ Se sak 97/482, punkt 7.2.1

2.3.4 Avveiningen

2.3.4.1 Innledning

Når man har fastlagt de relevante effektivitetsgevinstene, må disse veies mot de antatte kostnadene ved konkurransesvekkelsen. På den måten kan man vurdere om bedriftservervet gir økt eller redusert økonomisk velferd. Avveiningen krever at man identifiserer de relevante kostnadene og tar stilling til hvilken *avveiningsstandard* som skal anvendes. Disse problemstillingene behandles i de to neste avsnittene. I kapittel 2.4.3.4 studeres spørsmål knyttet til selve avveiningsprosessen.

2.3.4.2 Kostnadene

De (mulige) samfunnsøkonomiske kostnadene ved et fusjonssamarbeid kan deles inn i tre kategorier: Kostnadene ved økte priser/ redusert allokeringseffektivitet, kostnadene ved redusert indre effektivitet og kostnadene ved redusert innovasjonskonkurranse. Jeg skal se kort på disse tre kostnadselementene, samt hva som skal forstås med et krav om årsakssammenheng mellom bedriftservervet og kostnadene.

a) Økte priser/ redusert allokeringseffektivitet

Å vurdere hvordan bedriftservervet vil påvirke prisutviklingen er en vanskelig og ressurskrevende prosess. I praksis vil vurderingen finne sted i markeder som allerede før ervervet er konsentrerte. I slike markeder kan en fusjon ha svært varierende innvirkning på konkurranseforholdene. I noen tilfeller er det naturlig å anta at selve konkurranseformen vil endre seg vesentlig og/eller at sannsynligheten for parallell tilpasning vil øke drastisk, mens man i andre tilfeller kan forvente at konkurranseforhold og markedsresultat vil forbli mer eller mindre uendret. Vanskelighetene forbundet med å predikere markedslievekten i markeder med få store tilbydere illustreres av alle de ulike modellene som har blitt utarbeidet for å beskrive slike markeder. I praksis blir man nødt til å foreta en skjønnsom vurdering med bakgrunn i de modeller som best synes å beskrive markedstypen man står overfor (Cournot, Bertrand, Stalckberg etc.).

I retningslinjenes punkt 4.4 går det klart frem at redusert allokeringseffektivitet er en relevant kostnadspost: *“...kan konkurransebegrensningen medføre markedsrett som igjen muliggjør økte priser”*

b) Redusert indre effektivitet

Store organisasjoner har ofte problemer med sviktende intensivsystemer og ineffektiv organisering. Med markedsrett som kan betale for sløsingen er det slett ikke gitt at virksomheten selv har evne og/ eller vilje til å løse problemet. Får slike virksomheter ytterligere markedsrett etter en fusjon, får de en enda større sovepute samtidig som man river bort grunnlaget for en positiv konkurranseutvikling. I det konkrete tilfellet er det dessverre umulig å kvantifisere den samfunnsøkonomiske merkostnaden

forbundet med slike effekter, men både teori og empiri⁴⁸ kan tas til inntekt for at slike kostnader er betydelige, og de bør derfor, om enn skjønnsmessig, vektlegges.

I retningslinjenes punkt 4.4 fremgår det at avveiningen vil ta i betraktning at “..*redusert konkurranse medfører et svekket press på aktørene til å redusere kostnadsnivået i produksjonen, frembringe innovasjoner eller holde servicenivået oppe.*”

c) Redusert innovasjonskonkurranse

Færre aktører og økt konsentrasjon kan tenkes å gi redusert innovasjonskonkurranse. Å vurdere hvordan en fusjon vil påvirke innovasjonskonkurransen er imidlertid vanskelig, og en presis vurdering av det tilhørende kostnadselementet blir svært spekulativt. Jeg begrenser meg til å påpeke at når tilsynet konkluderer med at det primære vilkåret er oppfylt i markeder med utpreget innovasjonskonkurranse, er det all grunn til å legge stor (skjønnsmessig) vekt på kostnadene ved tapt innovasjonskonkurranse. I det motsatte tilfellet, i markeder der priskonkurransen nærmest er enerådende, er det selvsagt liten grunn til å fokusere på kostnadene ved redusert innovasjonskonkurranse.

Lovens forarbeider⁴⁹ legger generelt til grunn at hovedfokus i konkurranseanalysen skal være på statisk effektivitet, og tilsynets retningslinjer og praksis synes å reflektere dette. Retningslinjene påpeker under punkt 4.4 at markedsrett kan gi redusert incitament til innovasjon, men i praksis synes vurderingen av innovasjonskonkurransen å få lite særskilt oppmerksomhet.

d) Årsakssammenheng

Effektivitetshensynet krever at det må være årsakssammenheng mellom bedriftservivet og de samfunnsøkonomiske kostnadene. I forlengelsen av dette kan man spørre seg om det også må stilles opp et krav om en årsakssammenheng mellom konkurransevekkelsen og det samfunnsøkonomiske tapet. Med andre ord: Er samfunnsøkonomiske merkostnader som *ikke* har sammenheng med konkurransevekkelsen, relevante kostnadsposter ?

Når man legger til grunn at konkurransemyndighetene skal foreta en fullstendig ressursanalyse, må svaret i prinsippet bli bekreftende. Partene har imidlertid intet incitament til å opplyse om slike kostnadsøkninger (for eksempel tidsbegrensede omstillingskostnader av varierende størrelsesorden), og det er derfor svært vanskelig å gjøre seg opp en velbegrunnet oppfatning om eventuelle merkostnader. Ettersom det er rimelig å anta at bedriftserviv også vil gi kostnadsgevinster som ikke er klarlagte når tilsynet foretar sin vurdering, synes det imidlertid holdbart å legge til grunn at kostnadsstrukturen for øvrig er konstant. Men mindre man har klare holdepunkter for noe annet, må i det minste en "best guess approach" kunne tilsi en slik løsning. I praksis bør derfor hovedregelen være at man nøyer seg med å vurdere kostnader som har sammenheng med svekket konkurranse.

⁴⁸ Se om dette i Scherer&Ross s. 667-679.

⁴⁹ Se NOU 1991:27 s. 81

Retningslinjene omtaler ikke kostnader som er kausalt knyttet til bedriftservivet, men ikke til konkurransesvekkelsen. Heller ikke synes praksis å inneholde referanser til slike omstillingskostnader. Årsaken er presumptivt at tilsynet mangler de nødvendige data.

e) Forholdet til det primære vilkåret

Noen vil nok hevde at vurderingen av kostnadene ved konkurransesvekkelsen, er synonymt med vurderingen av om det primære vilkåret er oppfylt. Etter mitt skjønn blir dette upresist. For det første er det neppe holdbart å betrakte vurderingen av om det *skapes eller forsterkes en vesentlig konkurransebegrensning* som en entydig funksjon av den absolutte reduksjonen i det samfunnsøkonomiske overskuddet, og selv med en slik tolkning ville det primære vilkåret bare kreve at man vurderte om kostnadene var større eller lik enn en gitt grenseverdi. Det sekundære vilkåret krever derimot en så vidt presis oppfatning av kostnadenes størrelsesorden at man kan foreta en meningsfull avveining.

2.3.4.3 Avveiningsstandard

Der avtalepartene oppnår en betydelig reduksjon i marginalkostnadene kan resultatet bli at markedsprisen synker etter fusjonen. I så fall vil både konsument- og produsentoverskuddet øke. Dette vil sjelden være tilfellet i praksis, men er heller ikke et vilkår for at en fusjon skal være samfunnsøkonomisk lønnsom. Fusjoner vil være samfunnsøkonomisk lønnsomme i alle tilfeller der den absolutte økningen i produsentoverskuddet er større enn den absolutte reduksjonen i konsumentoverskuddet. Der man bare vektlegger det samfunnsøkonomiske overskudd i avveiningen, tales det gjerne om en *totalvelferdsstandard*.

Man kan imidlertid spørre seg om det er velbegrunnet å fokusere bare på det samfunnsøkonomiske overskudd, eller om også etterspørselssidens interesser skal tillegges vekt. Der det er konsumentoverskuddet som er målvariabelen tales det gjerne om en *konsument-/eller prisstandard*. Videre i dette avsnittet drøfter jeg valget av avveiningsstandard.

Normalt forstås begrepet "konsumentstandard" (consumer surplus standard) som et krav om at konsumentene må oppleve redusert pris i kjølvannet av fusjonen. Anvendelsen av en konsumentstandard må imidlertid ta i betraktning at også andre størrelser enn redusert pris kan være relevante for konsumentvelferden. En fusjonen kan for eksempel tenkes å gi bedre produkter og bedre service. Dette synspunktet kommer til uttrykk i amerikanske konkurransemyndigheters retningslinjer når det uttales at "*the Agency considers whether cognizable efficiencies likely would be sufficient to reverse the mergers' potential to harm consumers in the relevant market, e.g. [min uthevnning] by preventing price increases in that market.*"⁵⁰ Konsumentvelferden utgjør vurderingsnormen, men på en slik måte at ulike variabler og et lengre tidsperspektiv tas i betraktning.

Innledningsvis kan det konstateres at effektivitetshensynet taler for den løsning som gir størst samfunnsøkonomisk overskudd, dvs. en totalvelferdsstandard. Forarbeidene gir derimot vektige argumenter for å velge en konsumentstandard. I Konkurranselovutvalgets drøftelse av muligheten for

⁵⁰ Se Horizontal Merger Guidelines kap 4, tilgjengelig på www.ftc.gov

å dispensere fra lovens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid der samarbeidet genererer effektivitetsgevinster (nåværende § 3-9 litra b), uttaler utvalget at det *ikke* vil:⁵¹

...kreve uttrykkelig, som i Romatraktatens art. 85 (3), at gevinsten vil komme forbrukerne til gode. Dette vil likevel som regel være tilfellet.[...] forutsetningen vil normalt være at *forbrukerne* [min utheving] oppnår lavere priser, bedre produkter e.l. Dvs. at der f. eks. stordrifts- eller synergifordeler kun antas å tilkomme eierne av en bedrift i form av ekstraordinær avkastning, eller antas å bli tatt ut av eierne og de ansatte i fellesskap ved driftsøkonomisk ineffektiv drift, vil det ikke bli gitt dispensasjon

Synspunktet har overføringsverdi ved tolkningen av § 3-11. Hvis etterspørselssidens interesser er beskyttet ved tolkningen av § 3-9, hvorfor skulle det da forholde seg annerledes ved tolkningen av § 3-11?

Også rimelighetsbetraktninger kan tas til inntekt for at man avviker fra en totalvelferdsstandard. Poenget kan illustreres ved at man tenker seg at tilsynet hadde klarert *SAS/Braathens*⁵² med den begrunnelse at effektivitetsgevinstene ville overgå kundenes økte utlegg i form av høyere priser og færre avganger. Dette ville ha medført en vesentlig inntektsoverføring fra flykundene til flyselskapene, noe flykundene ganske sikkert ville ha funnet *urimelig*. Dette gir behov for en rimelighetsvurdering og premissene for denne vurderingen kan beskrives slik: Man har valget mellom en løsning der flykundene taper x millioner kroner og flyselskapene tjener x + y kroner mer (totalvelferdsstandard), og en null- null løsning (konsumentstandard). Hvilken av løsningene man velger, kan betraktes som utfallet av en interesseavveining mellom fusjonspartene og flykundene. Det sentrale spørsmålet blir da om det er *urimelig* å gi flyselskapene en mulighet til å realisere merprofitten x + y når dette også innebærer en overføring av x fra flykunder til flyselskaper. Hva man mener om dette vil selvsagt avhenge av fusjonens og markedets karakter. Der husholdninger må ut med en merkbar merutgift, har argumentet en annen gjennomslagskraft enn der store bedrifter opplever en ubetydelig kostnadsøkning. Selv om også andre faktorer kan tenkes i rimelighetsvurderingen, er det nettopp forbrukerhensyn som står sentralt i mine øyne. Det sentrale elementet i det jeg kaller *rimelighetshensynet* er derfor at forbrukerne bør ha krav på vern mot merkbare prisøkninger i kjølvannet av en fusjonsavtale.

Noen vil nok hevde at rimelighetshensynet er formulert på sviktende premisser ettersom en totalvelferdsstandard maksimerer det samfunnsøkonomiske overskuddet, og dermed åpner for at både fusjonspartene og etterspørere vil kunne bli "better off." Et slikt argument tar imidlertid ikke hensyn til transaksjonskostnader og dødvektstap, knyttet til skattelegging og redistribusjon. I tillegg må man vektlegge det faktiske fraværet av redistribusjonen. Om *SAS/ Braathens* hadde blitt akseptert med henvisning til samfunnsøkonomisk effektivitet, ville det ha vært praktisk utenkelig at flykundene hadde blitt kompensert spesifikt for dette.

⁵¹ NOU 1991:27 s. 139, annen spalte

⁵² Sak 01/21

Videre vil nok enkelte være kritiske til at jeg bare inkluderer fusjonspartenes og etterspørselssiden i rimelighetsvurderingen. Også de øvrige aktørene i økonomien vil jo påvirkes av hvilken doktrine man velger. Man kan for eksempel anta at skatteinntektene vil være størst med en totalvelferdsstandard. Virkningene for øvrige samfunnsaktører blir imidlertid marginale og bør etter mitt skjønn være underordnet når man først konkluderer med at rimelighetshensyn taler for at man fraviker en totalvelferdsstandard.

Enkelte forfattere avviser ganske kontant avvik fra totalvelferdsstandarden med den begrunnelse at fordelingspolitiske hensyn ikke hører hjemme i konkurranseretten, og generelt taler gode grunner for at fordelingspolitiske hensyn ikke inkorporeres i konkurranserettslige regler. Årsaken til dette er at samfunnet disponerer andre og mer effektive virkemidler i fordelingspolitikken, og at en slik tilnærming dessuten kompliserer anvendelsen/utformingen av de konkurranserettslige reglene. Det blir likevel for enkelt å avvise hensynet til etterspørernes interesser på denne måten. Konkurranseretten bør være like opptatt av rimelighet som andre rettsdisipliner, og hensynet til rimelighet må vurderes konkret ved utformingen av den enkelte regel.

Mens mitt hovedpoeng er at man bør avvike fra en totalvelferdsstandard der den rammer de konkrete etterspørerne urimelig hardt, har andre drøftet problemet i et generelt fordelingspolitisk perspektiv og spurt seg om man bør velge en konsumentstandard fordi denne bidrar til en mer ønskelig og rimelig ressursfordeling mellom ulike samfunnsgrupper, som for eksempel husholdninger og kapitaleiere. Selv synes jeg dette er en lite fruktbar tilnærming. I en slik sammenheng er nemlig beløpene som diskuteres ganske ubetydelige. For at problemstillingen overhodet skal bli aktuell må tre vilkår være oppfylt: Tilsynet må ha kommet til at det skapes eller forsterkes en vesentlig konkurransebegrensning, det aktuelle bedriftservet må være samfunnsøkonomisk lønnsomt takket være effektivitetsgevinster, og disse gevinstene kan ikke være store nok til at både konsument- og produsentoverskuddet øker dersom avtalen gjennomføres. Så langt i konkurranselovens historie finnes det bare et bedriftserv⁵³ som innfrir alle tre vilkårene, og det synes derfor klart at problemstillingen ikke hører hjemme i en generell fordelingspolitisk debatt.

Oppsummering og avveining

Forarbeidenes uttalelser om tolkningen av § 3-9 gir sammen med rimelighetsbetraktninger grunnlag for å hevde at etterspørselssiden har krav på større vern enn det som er tilfelle med en totalvelferdsstandard. Man kan diskutere hvor langt dette vernet skal rekke, men rettstekniske hensyn tillater i praksis bare to løsningsmodeller.

- a) Konsumentstandard
- b) En totalvelferdsstandard med forbrukerklausul

Med alternativ a) mener jeg en konsumentstandard som anvendes konsekvent i alle markeder. Alternativ b) – en totalvelferdsstandard med forbrukerklausul - innebærer en totalvelferdsstandard,

⁵³ Tomra/Halton, sak 97/ 849

men slik at det gjøres unntak der forbrukerne vil rammes *merkbart* av fusjonen. Man kunne naturligvis tenke seg en mer generell unntaksklausul som åpnet for en bredere ivaretagelse av rimelighetshensynet, men retts tekniske/prosessøkonomiske hensyn taler så sterkt imot at man bør nøye seg med å fange opp det sentrale elementet i rimelighetshensynet gjennom en forbrukerklausul.

Effektivitetshensynet taler for at man velger en totalvelferdsstandard med unntaksklausul.

Forarbeidenes uttalelser i tilknytning til § 3-11 gir ingen klare holdepunkter for å avvike fra en slik løsning, og rimelighetshensynet blir etter mitt skjønn tilfredsstillende ivaretatt med en unntaksklausul.

Retts tekniske hensyn taler for at man velger en konsumentstandard ettersom man da slipper å vurdere om forbrukerne vil rammes merkbart av avtalen. Om dette er en avgjørende innvending, er imidlertid tvilsomt. Poenget med en forbrukerklausul er å beskytte forbrukerne mot en *merkbar* endring i pris/kvalitet. Dette bør være praktikabelt. Ved en fusjon mellom markedets to ledende flyselskaper er betingelsen klart nok oppfylt, mens den ved en fusjon mellom de to de ledende fabrikantene av pantautomater klart nok ikke er det⁵⁴.

Det avgjørende spørsmålet blir etter dette om forarbeidenes uttalelser i tilknytning til § 3-9 skal få gjennomslag på bekostning av effektivitetshensynet. Selv tror jeg dette er å gå *for* langt. Uttalelsene er et viktig argument for å styre unna en ren totalvelferdsstandard, men så lenge hensynet til konsumentene kan ivaretas med en forbrukerklausul er det mest naturlig å velge en totalvelferdsstandard med unntaksklausul.

Retningslinjene legger til grunn en totalvelferdsstandard, og tilsynets praksis synes å følge samme linje.

2.3.4.4 Nærmere om selve avveiningen

Fremstillingen er todelt. Den første delen fremstiller avveiningen med en totalvelferdsstandard, derunder tilsynets tolkningspraksis. Den andre delen gir en kort fremstilling av avveiningen med en konsumentstandard.

2.3.4.4.1 Totalvelferdsstandard

Med en totalvelferdsstandard er avveiningen i prinsippet uproblematisk. Først summerer man de relevante gevinstene, deretter summerer man de relevante kostnadspostene og til slutt undersøker man hvilket tall som er størst. I prinsippet er det således mer dekkende å tale om et regnskap enn en avveining.

Retningslinjene behandler avveiningsproblemet under punkt 4.4. Om selve avveiningen sies det at: *“Tilsynet vil [...] være henvist til en kvalitativ, skjønnspreget avveiningsprosedyre. I utøvelsen av dette skjønn vil tilsynet være mer restriktiv desto sterkere konkurransen blir redusert.”* En ambisjon om å redusere avveiningen til rendyrket regnskapsføring kommer altså ikke til uttrykk. Dette er naturlig når

⁵⁴ Jf. Tomra/Halton hvor effektivitetsargumentet ble akseptert av Konkurransetilsynet.

man tar i betraktning de vanskelighetene som knytter seg til tallfestingen av både gevinster og kostnader, men det må likevel være tillatt å spørre om ikke dette illustrerer en grunnleggende svakhet ved effektivitetsargumentet. Hvis usikkerheten er så stor at konkurransemyndighetenes ambisjoner bare strekker seg til en kvalitativ og skjønnspreget avveining, hvor meningsfullt er det da å anvende et effektivitetsargument? Jeg kommer tilbake til denne problemstillingen under punkt 2.3.5

Ifølge retningslinjene er det to grunner til at utøvelsen av skjønnet blir mer restriktivt med reduksjonen i konkurransen. For det første reduseres fusjonspartenes incitament til å realisere gevinstene, og for det andre øker det samfunnsøkonomiske tapet. Dette er imidlertid ikke synonymt med at tilsynet summarisk avviser muligheten for at effektivitetsargumentet kan få gjennomslag der det synes *klart* at det primære vilkåret er oppfylt, dvs. der det fortøner seg svært sannsynlig at avtalen legger grunnlaget for økt markedsrett. Årsaken til dette er at økt markedsrett ikke nødvendigvis innebærer et vesentlig tap i allokeringseffektivitet. Et eksempel finner man i *Tomra/Halton*⁵⁵ der Tomra, som stod for 70 % av produksjon og salg av returautomater til håndtering av gjenbruks drikkevareemballasje, ervervet Halton, som var markedets nest største aktør, med en markedsandel på over 20 %. Den nye enheten fikk derfor en markedsandel på over 90 % i et marked med lav priselastisitet. Selv om tilsynet anså den potensielle konkurransen for å være sterk, ble det derfor korrekt konkludert med at Tomra ville inneha markedsrett etter ervervet. Det ble imidlertid lagt til grunn at det samfunnsøkonomiske tapet ville bli begrenset ettersom:⁵⁶

Den prisuelastiske etterspørselen etter returautomater sett i sammenheng med at kostnadene forbundet med innkjøp og drift av returautomater utgjør en liten del av totalkostnadene for dagligvarehandelen, samt den lave verdien på omsetningen i det relevante markedet medfører at [...] verdien av det samfunnsøkonomiske effektivitetstapet[...] er begrenset.

Når Tomra da kunne vise til effektivitetsgevinster,⁵⁷ som ifølge tilsynet var av ”*en viss relevans for [...]vurdering[en] av bedriftservervet,*” fant tilsynet at de samfunnsøkonomiske gevinstene ville overgå de samfunnsøkonomiske kostnadene, og avtalen ble klarert. Avgjørelsen illustrerer godt at man *i prinsippet* står overfor et regnskap selv om formuleringene i retningslinjene gir inntrykk av at tilsynet har beveget seg et godt stykke bort fra et slikt utgangspunkt. Mer generelt synes mønsteret å være at tilsynet forsøker å danne seg en oppfatning av hva som er gevinstenes omtrentlige størrelsesorden, mens vurderingen av kostnadene synes å være mer skjønnsmessig og kvalitativ. Praksis etterlater imidlertid ingen tvil om at tilsynet i prinsippet forsøker å sammenligne to kvantiteter.

Det er verd å poengtere at departementet tidvis har prioritert andre hensyn på bekostning av samfunnsøkonomisk effektivitet. Man kan derfor ikke ta for gitt at ”regnskapet” blir avgjørende for utfallet. Et beskrivende eksempel er *Norsk Kjøtt/Yggseth*⁵⁸ hvor Norsk Kjøttvirke hadde blitt pålagt

⁵⁵ Sak 97/849

⁵⁶ Se punkt 8

⁵⁷ Gevinstenes art og størrelsesorden kan man ikke slutte seg til på bakgrunn av vedtaksbegrunnelsen

⁵⁸ Sak 97/41

å avhende sine aksjer i Yggseth AS. Representanter fra Rendalen kommune påpekte at Norsk Kjøtts erverv av Yggseth innebar en trygging av arbeidsplassene i Yggseth (som var lokalisert i Rendalen), og at et tvangssalg ville oppfattes som en trussel mot bedriftens eksistens. *Departementet* uttaler at en konkurransefaglig vurdering tilsier at klagen ikke tas til følge, men legger imidlertid

...betydelig vekt på de innvendinger som er kommet vedrørende negative distriktspolitiske virkninger, knyttet til faren for nedleggelse av virksomheten i Rendalen.[...]På denne bakgrunn antar departementet derfor at det foreligger særlige distriktspolitiske hensyn i saken som tilsier at klagen likevel bør tas til følge.

Nærmere om tidsperspektiv og diskonteringsproblemer

En korrekt samfunnsøkonomisk avveining krever at man tar hensyn til at gevinster og kostnader vil kunne falle i ulike tidsrom. For *gevinstenes* del må man spørre seg når de ventes realisert - om seks måneder, ett år eller kanskje ennå lengre tid. Den samfunnsøkonomisk relevante gevinsten blir den nediskonterte verdien av gevinstene fra de først realiseres og fram til markedet ventes å realisere dem på en alternativ måte. Dersom dette vil skje like hurtig og effektivt som gjennom den aktuelle avtalen, er det ingen grunn til å vektlegge gevinsten. Synspunkt kan betraktes som en utdypning/presisering av kausalitetsvilkåret. Man spør ikke om avtalen er nødvendig for å realisere gevinstene, men om når gevinsten kan ventes realisert på en alternativ måte, og sitter dermed igjen med et vekt- snarere enn et relevansspørsmål. Altså; jo lengre tid det tar før gevinstene realiseres, og jo kortere tid det tar før markedet uansett ventes å realisere dem, jo mindre vekt bør de tillegges.

En dynamisk analyse av *kostnadspostene* er heller ikke enkelt. Som berørt ovenfor, er det vanskelig å si noe om hvordan konkurransen kommer til å utvikle seg etter bedriftservedet, og saken blir ikke enklere når man også bør ha en oppfatning om endringshastigheten.

Formelt kan det dynamiske regnskapet uttrykkes i likningen :

$$S(t) = \int_0^T (g(t) \div k(t)) e^{-rt} dt$$

der $g(t)$ er effektivitetsgevinstene og $k(t)$ de samfunnsøkonomiske kostnadene på et gitt tidspunkt. Multiplikasjon med e^{-rt} , der r en valgt diskonteringsfaktor, innebærer en nediskontering av både gevinster og kostnader til nåverdi. Integrasjon over intervallet $[0, T]$ gir oss summen av nåverdiene fra $t=0$ til $t=T$. Dersom summen av G s nåverdier er større enn summen av K s nåverdier, er $S > 0$, og avtalen er samfunnsøkonomisk lønnsom. Hvilken verdi man setter for T vil avhenge av hvor langt inn i fremtiden man finner det hensiktsmessig foreta beregningen.

Det er etter mitt skjønn uklart hvilket tidsperspektiv tilsynet legger til grunn for avveiningen. Retningslinjene fastslår at ”gevinstene må være realiserbare i løpet av en toårsperiode,”⁵⁹ men om dette bare er et krav om de anførte synergierne må komme i stand i løpet av to år, eller om det også innebærer at gevinster utelukkende bokføres i denne perioden, er uklart. Ettersom usikkerheten ved en avveining som strekker seg ut over en periode på to år blir stor, er den sistnevnte tolkningen mest naturlig. I praksis finner man dessuten holdepunkter for å anta at tilsynet begrenser seg til å bokføre gevinster i en to-års periode, jf. *Gresvig/Sport Holding*⁶⁰.

Selv om tilsynet begrenser seg en to-års periode, er det ikke dermed gitt at tilsvarende er tilfelle ved vurderingen av konkurransebegrensningen. Kostnadene ved konkurransebegrensningene blir imidlertid vektlagt på en så vidt skjønnsmessig måte at praksis ikke gir grunnlag for å uttale seg videre presist om dette.

Med unntak av enkelte generelle bemerkninger i praksis, er diskonterings synspunkter fraværende i tilsynets behandling av avveiningsproblemet.

Hvis tilsynet begrenser seg til å bokføre effektivitetsgevinstene i en to-års periode, innebærer dette en vesentlig begrensning av effektivitetsargumentets aksjonsradius. De fleste gevinster kan ikke realiseres umiddelbart etter bedriftservervet og vil først gi fullt utbytte etter kanskje to, tre eller fire år.

2.3.4.4.2 Konsumentstandard

Ved en konsumentstandard er gevinstene bare relevante i den grad de kommer etterspørerne til gode, dvs. i den grad de bidrar til økt konsumentoverskudd. Konsumentoverskuddet vil bare øke dersom den nye enheten velger en prispolitikk, som resulterer i en lavere markedspris enn hva som var tilfellet før fusjonen. Ettersom tilpassingen er uavhengig av endringer i faste kostnader, blir reduserte faste kostnader derfor irrelevante ved en prisstandard⁶¹. Selv om det derfor bare er reduserte marginalkostnader som er relevante, synes det å herske usikkerhet rundt *når* reduserte marginalkostnader kommer konsumentene tilgode. Særlig synes enkelte å tro at konkurranse er nødvendig for presse aktøren til å “videresende” gevinstene. Selv om utgangspunktet er riktig; markedsaktøren som oppnår gevinsten vil ha et incitament til å beholde mest mulig av den selv, overser resonnementet at optimalt kvantum øker med reduserte grensekostnader. For en aktør med markedsaktøren er derfor økt salg bare mulig gjennom redusert pris. I et frikonkurransemarked har derimot ikke tilbyder noe incitament til senke prisen og kan derfor ta ut hele kostnadsreduksjonen i økt profitt - en “effektivitetsrente” om man vil.

⁵⁹ Se punkt 4.1

⁶⁰ se punkt 7 i sak 97/482

⁶¹ Til gjengjeld kan det hevdes at gevinster knyttet til økt forhandlingsstyrke (se kap. 2.3.3.1.1) fremstår mer velbegrunnede ved en konsument- enn ved en totalvelferdsstandard. Etter mitt skjønn er slike gevinster så usikre at de uansett ikke kan vektlegges.

Det er imidlertid ikke holdbart å hevde, som *Yde og Vita*, at incitamentet til prisreduksjon som følge med reduserte kostnader, øker generelt med graden av den nye enhetens markedsrett. Artikkelforfatterne påpeker korrekt nok at konkurranse ikke er nødvendig for at gevinsten skal komme fusjonspartnerens kunder tilgode, men hevder videre at : "*Generally, for a given firm-specific cost reduction, the reduction in price will be greater the less elastic the firm specific-demand*".⁶² De understøtter påstanden med en grafisk analyse av markeder med ulik priselastisitet. Sannhetsverdien er imidlertid kritisk avhengig av om man med "given" mener en gitt *relativ* endring eller en gitt *absolutt* endring i marginalkostnadene. Vi ser først på hvordan fusjonspartnerens tilpasning varierer med priselastisiteten når marginalkostanden reduseres med et gitt prosentbeløp for ethvert produksjonsvolum. Profittfunksjonen til en aktør med markedsrett er gitt ved

$$(1) \Pi(X) = P(X)X - C(X)$$

der etterspørselen som retter seg mot fusjonspartnerne ("the residual demand curve") er representert av $P(X)$ og $C(X)$ er kostnadsfunksjonen. Profittmaksimum finner vi ved å sette

$$(2) \Pi'_X = 0 \Rightarrow P(X) + P'_X X = C'_X \quad \text{som kan skrives}$$

$$(3) P(X) \left(1 - \frac{1}{e} \right) = C'_X,$$

der e er absoluttverdien til etterspørselens (direkte) priselastisitet som tilnærmevis forteller hvor mye etterspørselen endrer seg når prisen på X endres med en prosent. Når vi forutsetter at annenordensbetingelsen er oppfylt, blir spørsmålet så:

Hvordan påvirkes bedriftens prispolitikk av at C'_X endres? Vi tenker oss en

$$(4) C'_{2X} = \left(\frac{1}{a} \right) C'_X, \text{ der } a > 1$$

Ettersom priselastisiteten er uavhengig av kostnadsreduksjonen, ser vi at når vi setter C'_{2X} inn i (3) må prisen reduseres med relativt like mye som marginalkostnaden. Artikkelforfatterens påstand er altså *usann* i tilfellet der kostnadsreduksjonen har en gitt relativ størrelsesorden.

⁶² Yde og Vita s. 736. Tatt på ordet er dette åpenbart en uholdbar påstand, men det er rimelig å forstå forfatterne slik at de taler om incitamentet til å redusere prisen som følger med reduserte kostnader.

ii) Absolutt endring

Vi tar utgangspunkt i likning 3 og tenker oss at marginalkostnaden reduseres med en konstant Z for ethvert produksjonsvolum. Vi får

$$(5) P_1 \left(1 - \frac{1}{e}\right) - Z = C'_x - Z$$

Ny optimal pris, P_2 , kan skrives

$$(6) P_2 \left(1 - \frac{1}{e}\right) = C'_x - Z$$

Fra (5) og (6) får vi

$$(7) P_2 \left(1 - \frac{1}{e}\right) = P_1 \left(1 - \frac{1}{e}\right) - Z \Rightarrow$$

$$(8) F = 1 - \left(\frac{Z}{\left(1 - \frac{1}{e}\right)} \right), \text{ der } F = \frac{P_2}{P_1}$$

Vi undersøker så hvordan F varierer med priselastisiteten og får

$$(9) \frac{dF}{de} = \left(\frac{Z}{(e-1)^2} \right) > 0 \text{ for alle verdier av } e.$$

I tilfellet der marginalkostnaden reduseres med en absolutt størrelse for ethvert produksjonsvolum ser vi at forholdet mellom prisen uten kostnadsreduksjonen (p_1) og prisen med kostnadsreduksjonen (p_2) avtar med økende priselastisitet. Dette må innebære at p_2 avtar med avtagende priselastisitet, og i dette tilfellet er altså artikkelforfatterens påstand sann.

Jeg understreker at regnestykkene bare er en kommentar til forfatterens påstand. En generell analyse av når en fusjon bidrar til reduserte priser/økt kvantum er selvsagt en langt større oppgave.

2.3.5 En vurdering av effektivitetsargumentet i konkurranseloven

Konkurransetilsynet har åpnet for at effektivitetsargumentet kan spille en avgjørende rolle i § 3-11. Fra et rettspolitisk ståsted er det imidlertid verd å peke på at effektivitetsargumentet er beheftet med atskillige svakheter: For det første kan ikke økonomisk teori gi særlig presise svar på hvor store gevinster som kreves i ulike situasjoner, og for det andre krever en konkret avveining i prinsippet enormt med informasjon. Dette skaper usikkerhet og gir grunn til å stille spørsmål ved avveiningens holdbarhet. I dette avsnittet skal jeg se nærmere på noen av disse spørsmålene. Dels viser jeg til sentrale synspunkter i internasjonal litteratur, og dels gjør jeg bruk av egne synspunkter.

Ideelt skulle man ha foretatt en fullstendig analyse av styrker og svakheter ved både en konkret og en generell avveining. Det er imidlertid ikke rom for et slikt prosjekt innenfor rammen av denne oppgaven. Den videre fremstillingen vil fokusere på svakheter som først og fremst gjør seg gjeldende ved en konkret avveining, og med henvisning til disse særlige svakhetene vil jeg trekke en tentativ konklusjon.

a) Avveiningen på skrivebordet - ulike beregningsresultater

Som nevnt innledningsvis⁶³ fikk den akademiske debatten et startskudd i 1968 da *Oliver Williamson* kritiserte amerikanske konkurransemyndigheter og domstoler for manglende vilje til å vektlegge effektivitetsgevinster ved tolkningen av forbudsnormen i the Clayton Act.⁶⁴ Bærebjelken i Williamsons argumentasjon, var at det i mange markeder kreves relativt små kostnadsreduksjoner – under 1% av partenes total kostnader – for oppveie prisøkninger på så mye som 10 %. Synspunktet har blitt flittig, og ofte ukritisk, sitert i litteraturen som begrunnelse for at effektivitetsargumentet fortjener en plass i inngrepsvurderingen. Problemet med Williamsons konklusjoner er at de bygger på svært mange forutsetninger og en svært enkel modell. Williamson innrømmer åpent dette når han avslutningsvis skriver om beregningene at *“there are [...] a variety of qualifications that may upset this general conclusion in any particular case, but absent these and the result clearly holds.”*⁶⁵

⁶³ Se kapittel 1.2.2

⁶⁴ The Clayton Act av 1914 section VII forbyr avtaler som medfører en ”substantial lessening of competition”

⁶⁵ Se Williamson s. 34

I virkelighetens verden er kvalifikasjoner alltid tilstede, og Williamsons beregninger kan derfor aldri tjene som argument for verken å anvende effektivitetsargument i alminnelighet eller for å tillate en konkret avtale. De er bare et startpunkt, og slik var de nok også ment. Artikkelen ble skrevet på et tidspunkt da *US Supreme Court* ikke bare hadde avvist effektivitetsargument, men også kommet til at effektivitetsgevinster kunne tale i partenes disfavør.⁶⁶ I en slik situasjon foreligger det selvsagt et helt annet behov for å diskutere effektivitetsgevinstenes rolle, enn i en situasjon der partens samlede markedsandel må være minst 40 % før inngrep overhodet blir vurdert.⁶⁷

Williamsons artikkel har gjennom årenes løp blitt diskutert og imøtegått på en rekke punkter, og mange av kritikerne har tatt i bruk mer realistiske modeller og forutsetninger⁶⁸. Ettersom beregningene som presenteres, alltid er avhengig av svært mange forutsetninger som alle er av signifikant betydning for konklusjonen, gir imidlertid ikke økonomisk teori grunnlag for å formulere enkle, presise og praktiske handlingsregler som kan fortelle hvor store gevinster som skal kreves i ulike tilfeller. Etter mitt skjønn er dette et vesentlig argument *mot* å gjøre bruk av et effektivitetsargument.

b) Informasjonsproblemer

At beregningene spriker, gjør det selvsagt vanskelig for konkurransemyndighetene å fastlegge gevinstkrav i ulike situasjoner. Et større problem er det imidlertid at konkurransemyndighetene mangler sikker kunnskap både om gevinstenes faktiske størrelsesorden og om hvordan konkurransen vil utvikle seg. Dette har ledet enkelte til å foreslå særlige metoder for å redusere usikkerheten, og enkelte til å avskrive effektivitetsargumentet fullstendig. Nedenfor gjennomgås noen av disse synspunktene.

*Brodley*⁶⁹ foreslår en to-trinns løsning der konkurransemyndighetene gir partene en viss tidsfrist til å realisere gevinstene som blir anført. På grunnlag av måloppfyllelsen ved vurderingstidspunktet tar konkurransemyndighetene stilling til avtalens endelige skjebne. Brodleys poeng er selvsagt at dette vil gi fusjonspartene er incitament til bare å anføre gevinster de er sikre på at kan realiseres. Konkurransemyndigheten vil altså få billig og effektiv tilgang på den nødvendige informasjon. Det hefter imidlertid svakheter ved Brodleys modell. For det første kan det bli en kostbar affære hvis det nye enheten må splittes opp, og for det andre synes Brodleys modell å erstatte ett informasjonsproblem med et annet. Det er nemlig ikke gitt at det blir enkelt å ta stilling til om partene faktisk har lyktes med å realisere de anførte gevinstene. Også her er det partene som sitter på den relevante informasjonen. Brodley foreslår riktignok ulike strategier for å løse dette problemet, som for eksempel at man

⁶⁶ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U. S. 294 (1962)

⁶⁷ Sam. retningslinjene kap. 2

⁶⁸ Se f.eks *Farrel&Shapiro* og *Fisher&Lande*

⁶⁹ Se *Brodley* s. 575-613

underkaster selskapets aksjekurs ulike statistiske tester, men ingen av disse synes etter mitt skjønn å løse problemet på en tilfredsstillende måte.⁷⁰

En annen mulighet er å erstatte selve avveiningsprosessen med en presumpsjonsregel, men holde fast ved at kostnadsbesparelsene skal fastlegges konkret. Et eksempel på en slik modell gir *Muris* når han foreslår at kostnadsbesparelser av “*substantiel*” størrelsesorden, bør antas “*sufficient to overcome a presumption of illegality based on market shares*”⁷¹ Skal man operere med en slik presumpsjonsregel, må man naturligvis ha en velbegrunnet oppfatning om hva som skal kreves for at en gevinst skal være “substantiel.” Jeg har vanskelig for å se hvordan dette skal la seg gjøre.

Økonomenene *Farrel&Shapiro*⁷² stiller seg kritiske til muligheten for å måle graden av privat-økonomisk lønnsomhet, og mener derfor at man er best tjent med å utelate effektivitetsargumentet fra vurderingen. De får følge av blant annet *Bork*⁷³ som uttaler:

The real objection to [...] efficiency defences in antitrust law is that they are spurious. They cannot measure the factors relevant to consumer welfare, so that after the economic extravaganza was completed we should know no more than before it began.

Enkelte forfattere er også av den oppfatning at et effektivitetsargument gjør mer vondt enn godt. Slik for eksempel *Fox*⁷⁴ når hun uttaler:

I am opposed to an efficiencies defence for anticompetitive mergers. [...] I believe that the law is wise to focus on competition as it does. In addition to other reasons for competition, competition-based law is more likely to foster efficient, innovative and responsive firms than a law based on the productive efficiency of a firm that desires a specific competition-lessening merger.

Man bør merke seg at Fox ser konkurranserettens formål som mer enn et spørsmål om samfunns-økonomisk effektivitet. Selv vurdert i et strengt økonomisk perspektiv, synes hun imidlertid å mene at effektivitetsargumentet er mer til skade enn til gagn.

c) Egne vurderinger

Elanor Fox' og Oliver Williamsons' tilnærminger representerer ytterpunkter på en skala som rommer en lang rekke av ulike forslag og ideer. De ulike tilnærmingene kan tolkes som ulike synspunkter på hvor stor usikkerhet som hersker. Den som argumenterer for et fullstendig “rule of reason”- regime vil nødvendigvis måtte mene at man har gode muligheter til foreta en korrekt vurdering i det konkrete tilfelle, mens den som fullstendig avviser effektivitetsargumentet vil måtte mene at dette er en

⁷⁰ Dessuten; hva om andre sider ved den opprinnelige vurderingen ikke holder stikk? Bør selskapet for eksempel splittes opp dersom det leverer 80 % av gevinstene, og konkurransen ikke synes svekket som forutsatt?

⁷¹ Se *Muris* s. 429

⁷² Se *Farrel&Shapiro* s. 109

⁷³ Se *Bork* s. 124

⁷⁴ Se *Fox* s. 730

vanskelig, eller umulig oppgave. Når man vurderer de ulike alternativene, er det viktig å ikke glemme at det er målsettingen om effektiv ressursbruk som begrunner effektivitetsargumentet. Dette innebærer at man må ta i betraktning både offentlige og private prosesskostnader og fokusere på hva som er optimalt i et langsiktig perspektiv. Særlig er det verd å peke på at det optimale i et langsiktig perspektiv ikke nødvendigvis er å lete etter den optimale løsningen i hver sak. Kanskje er andelen av feilvurderinger så stor at effektivitetsargumentet ikke er formålstjenlig.

For å kaste lys over denne problemstillingen skal vi spørre oss hvor mange feil tilsynet kan gjøre før effektivitetsargumentet koster mer enn det smaker. Vi tenker oss en gitt mengde av saker der tilsynet har konkludert med at det primære vilkåret er oppfylt. I noen av disse, vi vet ikke hvilke, foreligger det effektivitetsgevinster som gjør dem samfunnsøkonomiske lønnsomme. Disse tilfellene vil jeg heretter betegne snusaker, og uten et effektivitetsargument vil tilsynet alltid "bomme" i snusakene og frarøve samfunnet lønnsomme fusjoner. Tilsynet kan imidlertid også bomme med et effektivitetsargument, og da på to måter: Det kan for det første konkludere med at en snusak ikke er en snusak og for det andre med at ikke- snusak er en snusak. For enkelhets skyld kan man forutsette at den samfunnsøkonomiske kostnaden er like stor i alle tilfeller der tilsynet bommer. Hvor stor må da tilsynets treffprosent være for at det skal lønne seg å anvende et effektivitetsargument ? Svaret avhenger av frekvensen av snusaker. Uten et effektivitetsforvar vil tilsynet bomme i 10 % av sakene dersom det er 10 % snusaker og i 20 % av sakene dersom det er 20 % snusaker osv. Desto flere snusaker som finnes, desto mindre krav stilles det følgelig til tilsynets ferdigheter. Om man har 20 % snusaker, må tilsynet treffe i *mer enn* (husk prosesskostnadene !) 80 % av tilfellene og har man 10 % snusaker må tilsynet treffe i mer enn 90 % av tilfellene.

Effektivitetsforvaret springer ut fra et ønske om optimal ressursbruk og det er på denne, og bare på denne bakgrunnen, analysen finner sted. Hva man legger i begrepet "samfunnsøkonomisk lønnsom" er av mindre betydning for analysens generelle gyldighet. Poenget er at det sekundære vilkåret inviterer til en vurdering av bedriftservervets betydning for ressursbruken, en vurdering som kan beskrives i det ovennevnte skjema uavhengig av hvordan man tolker effektivitetsbegrepet i konkurranseloven. Jeg understreker for ordens skyld at spørsmålet om noe er en snusak eller ei, *ikke* har noe å gjøre med om tilsynet foretar en korrekt vurdering på grunnlag av de opplysninger som er tilgjengelige på avgjørelses-tidspunktet. Svaret på spørsmålet er tvert imot helt uavhengig av hvordan tilsynet vurderer den aktuelle saken.

Når man beveger seg innenfor dette analyseskjemaet, bør effektivitetsargumentets status avhenge av svaret på to spørsmål:

Hva er frekvensen av snusaker ?

Hvor stor er konkurransemyndighetenes treffprosent ?

Å uttale seg presist om frekvensen av snusaker er nærmest umulig. Når tilsynet konkluderer med at det primære vilkåret er oppfylt, er nok imidlertid sannsynligheten stor for at avtalen faktisk vil gi en merkbar konkurransesvekkelse. Generelt kan det derfor antas at eventuelle gevinster må være av en

viss størrelsesorden for at det skal være tale om en snusak. Det er imidlertid sjelden man ser *anførsler* som indikerer at man virkelig står overfor “*a marriage made in heaven*,”⁷⁵ og det er derfor naturlig å anta at frekvensen av snusaker er relativt lav. Hvor lav tør jeg ikke si, men mitt inntrykk, basert på en gjennomgang av den praksis jeg har hatt tilgang til, er at det neppe kan være tale om mer enn 15 -20 % av sakene.⁷⁶ Antar man at frekvensen av snusaker er i denne størrelsesordenen, må tilsynet treffe i oppimot 90 % av tilfellene for at effektivitetsargumentet skal være regningssvarende. Tatt i betraktning alle usikkerhetsfaktorene som er involvert, kan dette synes som en nærmest umulig oppgave. Man bør imidlertid ikke undervurdere tilsynets evne til foreta en korrekt vurdering. I mange av sakene er resultatet ganske opplagt ettersom det ikke finnes vesentlig gevinster som kan oppveie kostnadene knyttet til redusert konkurranse. Det er nok særlig grensetilfellene som byr på vanskeligheter, tilfellene der partene kan dokumentere store gevinster og de konkurransemessige virkningene er uklare, og det kan hevdes at det er tilsynets evne til å vurdere disse sakene som bør være avgjørende. Tenker man seg for eksempel at disse sakene utgjør dobbelt så mange som snusakene er det tilstrekkelig at tilsynet treffer i mer enn halvparten av disse tvilstilfellene for at effektivitetsargumentet skal kunne forsvares.⁷⁷

d) Oppsummering

i) Effektivitetsgevinstenes betydning for kompetansespørsmålet

Etter mitt skjønn kan verken rettsteorien eller argumentasjonen ovenfor tas til inntekt for at anvendelsen av et effektivitetsargument i § 3-11 er særlig mer enn regningssvarende. Hovedinntrykket er at det knytter seg svært stor usikkerhet til en avveining, og at det antageligvis er overdrevent ambisiøst å tro at man kan vurdere med tilstrekkelig nøyaktighet om en fusjon som skaper eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning, vil påvirke samfunnets ressursbruk positivt eller negativt. Vurdert i lys av hensynet til effektiv ressursbruk synes det like velbegrunnet å redusere ambisjonsnivået, og nøye seg med å inkorporere effektivitetshensynet i et analyseverktøy som bygger på en generell avveining mellom effektivitetsgevinster og kostnadene ved markedsakt. Et sentralt poeng blir da å velge en tilnærming som gir markedsaktørene tilstrekkelig handlefrihet til å realisere signifikante stordriftsfordeler. Ettersom muligheten til å realisere stordriftsfordeler tiltar med bedriftsstørrelsen, kan man spørre om dette må innebære at man legger mindre vekt på markedsandeler/hever

⁷⁵ Uttalt av Daimlers CEO, Jürgen Schrempp, i forbindelse Daimlers overtakelse av Chrysler i 1998, se Newsweek 8. juli 2002. Historiens dom levner uttalelsen lite ære.

⁷⁶ Jeg understreker at man selvsagt ikke kan bygge på tilsynets statistikk når man vurderer frekvensen av snusaker. I så fall ville man implisitt ha forutsatt noe om tilsynets vurderingsevne. Analysen bygger imidlertid på en forutsetning om at dette er noe vi ikke vet, jf. spørsmål b).

⁷⁷ Analysen er beheftet med atskillige svakheter og er ikke ment som en fullstendig analyse av effektivitetsargumentets rettspolitiske legitimitet. Betraktningmåten illustrerer imidlertid den usikkerhet effektivitetsargumentet er beheftet med.

presumpsjonsverdiene i retningslinjene. Mitt inntrykk er at dette neppe vil være nødvendig ettersom avtalepartene allerede i dag må ha relativt store markedsandeler før tilsynet foretar en nærmere vurdering av om det skapes eller forsterkes en vesentlig konkurransebegrensning. Inntrykket forsterkes av at man sjelden ser anførsler som involverer betydelig stordriftsfordeler i tilsynets avgjørelser.⁷⁸

Presumpsjonsverdiene i dagens retningslinjer synes med andre ord å fange opp hensynet til både konkurranse og stordriftsfordeler. Dette er vel også en rimelig forklaring på at effektivitetsargumentet sjelden spiller en avgjørende rolle i praksis. Markedet har allerede rukket å tømme seg for signifikante stordriftsfordeler, og de muligheter som gjenstår er ikke av tilstrekkelig størrelsesorden til å endre avgjørelsens innhold.

ii) Effektivitetsgevinstene og bruken av kompetansen

Selv om jeg er av den oppfatning at konkrete effektivitetsgevinstene ikke bør være relevante for kompetansevurderingen, er det ikke dermed sagt at effektivitetsgevinstene ikke kan spille en rolle ved stillingstagen til hvordan kompetansen skal brukes.

Ovenfor har jeg diskutert effektivitetsargumentets plass i en verden der bare to muligheter eksisterer: Enten så er effektivitetsgevinstene større enn kostnaden ved konkurransebegrensningen, og da har ikke tilsynet kompetanse til å gripe inn, eller så er det motsatte tilfellet, og da står tilsynet fritt til å forby *hele* avtalen. Det er med dét utgangspunktet effektivitetsargumentet normalt diskuteres i litteraturen, men virkelighetens verden er mer komplisert. Når kompetansevilkårene er oppfylt, kan tilsynet nemlig velge å stille vilkår fremfor å forby avtalen i sin helhet, jf. § 3-11 3. ledd. Dette gir tilsynet en mer fleksibel mulighet til å påvirke avtalens konkurransemessige implikasjoner, og å prioritere effektivitetsgevinstene er ikke lenger synonymt med å akseptere samtlige av avtalens negative konkurranseimplikasjoner.

Når det er adgang til å stille vilkår, blir det et mål å finne en løsning som gir færrest mulig konkurransebegrensninger og størst mulig rom for de anførte gevinstene. Å skulle lete etter en samfunnsøkonomiske *optimal* løsning med dette som utgangspunkt, er selvsagt håpløst, men dét utelukker ikke at man *forsøker* å gripe inn på en måte som muliggjør både realisering av gevinstene og virksom konkurranse. I en del saker vil nok disse to hensynene kunne ivaretas side om side, men der det ikke lar seg gjøre bør hovedregelen være at man prioriterer konkurransen.

En slik doktrine tar hensyn til at effektivitetsgevinstene er samfunnsøkonomiske goder, men styrer unna tvilsomme og ressurskrevende avveininger som vanskelig kan hevdes å bidra til mer effektiv ressursbruk med rimelig grad av sikkerhet.

I hvilken grad slike overveielser er avgjørende for tilsynets valg av inngrepsalternativer per i dag, tør jeg ikke uttale meg om. Jeg finner det imidlertid rimelig å anta at slike hensyn vektlegges, og effektivitetshensynet kan uansett tas til inntekt for at

⁷⁸ Gevinstenes størrelsesorden er normalt sladdet i den offentlig tilgjengelige utgaven, men anførslenes karakter vil likevel gi en god pekepinn om hva slags størrelsesorden det er tale om.

tilsynet har en slik rett og plikt. Det må imidlertid påpekes at tilsynets adgang til å stille vilkår ikke er ubetinget. For det første krever ordlyden at vilkåret må være ”nødvendig,” og for det andre må adgangen tolkes i lys av den alminnelige vilkårs læren. I praksis er dette en omfattende føring.⁷⁹

2.5 Internasjonal konkurranseevne og vedtakelsen av krrl. § 3-12

Kombinasjonen av teknologiske endringer og liberalisering av den internasjonale handelen, har ført til at konkurransen i stadig flere markeder skjer på tvers av landegrensene. Større markeder inviterer til større markedsaktører, og på denne bakgrunn hevder avtalepartene tidvis at fusjonen er nødvendig for at virksomhetene skal greie seg i den internasjonale konkurransen. Dette innebærer for det første at det må tas stilling til om økt internasjonal konkurransekraft er relevant i vurderingen av hva som er effektiv bruk av rikets ressurser,⁸⁰ og for det andre for om krrl. § 3-12 får anvendelse. Problemstillingene blir behandlet i nevnte rekkefølge.

a) Om betydningen av internasjonal konkurranseevne for effektiv ressursbruk

Innledningsvis må man kunne fastslå at en økning av partenes konkurranseevne *som sådan*, ikke er relevant for spørsmålet om effektiv ressursbruk i konkurranseloven. Spørsmålet er derfor om økt internasjonal konkurranseevne kan ha ringvirkninger som er relevante for vurderingen av hva som er effektiv ressursbruk. Slike ringvirkninger kan utvilsomt tenkes i form av for eksempel stordriftsfordeler⁸¹, samt økt sysselsetting og teknologisk kompetanse i Norge. Det vil imidlertid være spekulativt å vektlegge muligheten for slike effekter i det konkrete tilfellet. For det første må man da forutsette at fusjonen faktisk gir avtalepartene en mulighet til å vinne økte markedsandeler, noe som er svært vanskelig å uttale seg sikkert om, og for det andre må man ha en formening om hvordan slike markedsandeler vil påvirke ressursbruken i Norge - en nærmest umulig oppgave. Vurderingen blir ikke enklere når man legger det samfunnsøkonomiske overskudd til grunn, som målestokk for effektiv ressursbruk. Uansett om man anvender de enkle økonomiske modellene i konkurranselovens forarbeider, eller mer avansert økonomisk teori, blir svaret at man ikke kan ha en kvalifisert oppfatning om hvordan det samfunnsøkonomiske overskudd påvirkes. Det derfor uholdbart å ta formålsbetraktninger til inntekt for en avveining mellom redusert konkurranse på hjemmemarkeder, og økte markedsandeler på internasjonale markeder.

Forarbeidene gir støtte til en slik konklusjon. I Konkurranselovutvalgets innstilling drøftes behovet for å forsake konkurranse på innenlandske markeder for slik å skape sterke eksportbedrifter. Utvalget legger til grunn at det ikke eksisterer en reell interessekonflikt mellom hensynene til innenlandsk

⁷⁹ Om vilkårs læren, se Graver s. 140-155.

⁸⁰ Jf. §§ 1-1 og 1-5

⁸¹ Som kan tenkes å gi lavere produksjonskostnader og priser .

konkurranse og eksportindustrien. Tvert imot er det ”*som utgangspunkt viktig å stimulere til innenlandsk konkurranse for å øke Norges internasjonale konkurransekraft.*”⁸²

Anførsler om behov for økt internasjonal konkurranseevne fremmes gjerne av aktører med sterk tilknytning til Norge. Eksplisitt eller implisitt bygger argumentasjonen på en tanke om at ”norske” virksomheter bør hjelpes frem internasjonalt selv om dette går på bekostning det innenlandske konkurransetrykket. Drøftingen ovenfor gjelder imidlertid med like stor gyldighet for slike ”norske” bedrifter. Hvor avtalepartene har kjernevirksomhet sin, er i seg selv irrelevant for spørsmålet om effektiv ressursbruk.

Problemstillingen blir ikke behandlet i retningslinjene, men i praksis blir problemstillingen berørt i blant annet *Statskraft/Agder Energi*⁸³ hvor tilsynet vurderer om økt internasjonal slagkraft hos Statskraft kan kompensere for redusert konkurranse på nasjonale kraftmarkeder. Tilsynet avviser anførselen med den begrunnelse at Statskraft ikke synes å ha et behov for å vokse hjemme for å styrke sin internasjonale konkurransekraft. Tilsynet peker dessuten på at økt internasjonal konkurransekraft uansett ikke vil gi lavere strømpriser i Norge. Dersom tilsynet opererer med et slikt priskriterium, er det ganske klart at anførsler om økt internasjonal konkurransekraft vanskelig kan spille en nevneverdig praktisk rolle. For det første er det generelt liten sammenheng mellom markedsandeler på utenlandske markeder og prispolitikken i Norge, og selv der slike sammenhenger *kan tenkes*, er usikkerhetsfaktorene altfor mange til at sammenhengene med rimelighet kan vektlegges.

b) I kjølvannet av Statkraftsaken – vedtakelsen av konkurranse-loven § 3-12

Konkurransetilsynets behandling av Statkrafts anførsler om økt internasjonal konkurranseevne var både rettslig og økonomisk velfundert. Avgjørelsen fikk imidlertid blandet mottakelse i politiske kretser hvor mange var kritiske til tilsynets evne og vilje til stanse fremveksten av en større norsk-kontrollert kraftaktør. For å ivareta hensynet til det som ble betraktet som viktige *næringspolitiske* interesser, ble derfor følgende bestemmelse, etter forslag fra representanten Hedstrøm, vedtatt som konkurranse-loven § 3-12:⁸⁴

Dersom en eller flere aktører på det norske marked er så dominerende at konkurranse hindres, skal Konkurransetilsynet likevel ikke etter § 3-11 gripe inn dersom det i bransjen foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked, forutsatt at dominansen ikke virker negativt for de norske kunder.

Bestemmelsen innfører et unntak fra den inngrepskompetansen som ellers kan utledes av § 3-11. For at unntaket skal få anvendelse må tre vilkår være oppfylt: For det første må det foreligge et tilfelle der ”*en eller flere aktører på det norske marked er så dominerende at konkurranse hindres,*” for det

⁸² Se NOU 1991: 27, s. 107 annen spalte

⁸³ Sak nummer 02/26

⁸⁴ Lov nr. 59 av 27. juni 2003 om endring av konkurranse-loven

andre må det foreligge et ”*velfungerende nordisk eller europeisk marked i bransjen*,” og for det tredje må ikke ”*dominansen virke negativt for norske kunder*.” Jeg ser nærmere på vilkårene i denne rekkefølgen.

Uttrykket *dominerende aktør* er velkjent i EF-retten og rettsteorien, men glimrer med sitt fravær i både § 3-11 og konkurranseloven generelt. Dette kan imidlertid ikke bety at uttrykket skal tolkes i samsvar den forståelse som legges til grunn i EF-retten eller rettsteorien. Bestemmelsens forarbeider/forhistorie gir ingen holdepunkter for en slik forståelse, og formålsbetraktninger taler for at uttrykksmåten skal forstås med en annen referanse. Hensikten med bestemmelsen er jo klarligvis å etablere et unntak fra tilfellene der tilsynet *ellers* har inngrepskompetanse, dvs. der et bedriftsintervju vil ”*vil føre til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen*,” og det er derfor med denne referansen det er rimelig å forstå uttrykket.

Ordlyden i § 3-12 taler bare om tilfellet der en eller flere aktører *er* dominerende, mens ordlyden i § 3-11 refererer til tilfellene der en vesentlig konkurransebegrensning *skapes* eller *forsterkes*. Der en vesentlig konkurransebegrensning *skapes* kan det være unaturlig å si at det *er* en dominerende aktør på markedet, men dersom § 3-12 overhodet får anvendelse, taler formålsbetraktninger for at ordlyden tolkes (utvidende) til å omfatte også disse tilfellene.

Hva som skjuler seg bak vilkåret om et ”*velfungerende nordisk eller europeisk marked*,” er noe uklart. Det ligger imidlertid implisitt i ordlyden at det nordiske eller europeiske markedet kan være velfungerende selv om det foreligger en vesentlig konkurransebegrensning i Norge. Det kan da være fristende å spørre om tilsynet plikter å vurdere konkurransen på markeder som ikke omfattes av det ”relevante marked” i § 3-11 forstand. En slik tolkning gir imidlertid liten mening, og holdepunkter for en rimeligere forståelse får man når man leser følgende passus i Hedstrøms lovforslag:⁸⁵

Dersom en aktør på det norske markedet blir så dominerende at det er fare for at denne aktøren vil kontrollere markedet, vil dette stimulere utenlandske eller nye innenlandske aktører til å etablere seg i markedet for å ta del av den fortjeneste som finnes i det konkrete markedet

I lys av dette er det naturlig å forstå vilkåret slik at det krever en vurdering av den potensielle konkurransen fra nordiske og europeiske aktører. Det er imidlertid vanskelig å se hvorfor denne vurderingen skulle arte seg annerledes enn den som finner sted under det primære vilkåret i § 3-11, jf. retningslinjenes punkt 3.3. Hvis man legger til grunn at vilkåret *de facto* viser til samme vurdering som allerede finner sted under det primære vilkåret, følger det logisk at der det primære vilkåret er oppfylt, vil vilkåret om et ”*velfungerende nordiske eller europeisk marked*” ikke være det. Konsekvensen blir i så fall at § 3-12 er en bestemmelse uten selvstendig betydning.

Det tredje vilkåret er at kundene ikke påvirkes negativt av at tilsynet unnlater å gripe inn. Med ”*kunder*” må man forstå etterspørerne i det relevante markedet. Det kan bare tenkes ett tilfelle hvor

⁸⁵ Se Hedstrøms forslag til lovendring - Dok. nr. 8: 99 (2002-2003). Komiteflertallet synes å slutte seg til synspunktet i Innst.O.nr. 109 (2002/2003).

kundene ikke påvirkes negativt av et bedriftserved som skaper eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning - tilfellet der fusjonen resulterer i så store synergier at kundene opplever konstante eller reduserte priser. Dersom dette er tilfellet, har man imidlertid forutsatt at det sekundære vilkåret *ikke* er oppfylt, og det følger logisk at kompetansebegrensningen i § 3-12 bare kan få anvendelse der det allerede på forhånd er utelukket at tilsynet har inngrepskompetanse.

Generelle bemerkninger

Vedtakelsen av § 3-12 har sin bakgrunn i et ønske om å hindre at Konkurransetilsynet bruker § 3-11 til å stenge for næringsprosjekter av ”nasjonal” interesse. Man kan spørre seg om vedtakelsen av § 3-12 var nødvendig i så måte.

Konkurranseloven § 3-11 sier at tilsynet *kan* gripe inn mot bedriftserved som antas å skape eller styrke en vesentlig konkurransebegrensning. I alminnelighet⁸⁶ blir ordet *kan* i § 3-11 tolket som både en frihets- og en kompetansemarkør. Dette innebærer at konkurransemyndighetene står fritt til å velge om kompetansen skal brukes når kompetansevilkårene er oppfylt, og det er derfor mulig å klarere et bedriftserved som antas å ville skape eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning med henvisning til næringspolitiske hensyn. Tilsynet har klokkelig avstått fra å benytte seg av denne muligheten og i retningslinjene legges det til grunn at:⁸⁷

Særlige politiske hensyn som tilsier at det ikke skal gripes inn mot erverv selv om det primære og sekundære inngrepsvilkår er oppfylt, vil fortrinnsvis bli tatt hensyn til under en eventuell klagebehandling.

Departementet har på sin side vist vilje til å legge avgjørende vekt på andre forhold enn virksom konkurranse og effektiv ressursbruk, se for eksempel *Norsk Kjøtt/Yggseth*⁸⁸ hvor distrikts- og sysselsettingspolitiske hensyn ble tillagt større vekt enn de konkurransefaglige betraktningene.

Konkurranseloven § 3-12 er en unødvendig bestemmelse med en utforming som stenger for enhver praktisk funksjon. Det eneste man har oppnådd er å komplisere inngrepsvurdering med ditto kostnader for tilsynet. Det må være lov å si at bestemmelsen ikke fortjener sin plass i loven.

Bestemmelser som søker å begrense anvendelsen av konkurransereglene til fordel for ”norsk kontrollerte” aktører kan gi uønskede virkninger ettersom EØS-avtalen stenger for at reglene kan anvendes utelukkende på ”norske” foretak, jf. EØS-loven artikkel 6 og 31. Konsekvensen kan bli at ”utenlandske” foretak krever seg unntatt fra tilsynets inngrepskompetanse på bekostning av konkurransen i Norge. Med § 3-12 blir dette neppe et problem, men ved nye og mer velfundert forsøk bør lovgiver ha dette klart for seg.

⁸⁶ Forarbeidene gir klare holdepunkter for en slik tolkning, se Ot.prp. 41 (1992/1993) s. 64 annen spalte

⁸⁷ Se punkt 1.1.1

⁸⁸ Sak 97/41. Sakens faktum er referert i kapittel 2.3.4.4.1

2.6 Forslaget til ny konkurranselov

Den 9. april 2003 la Konkurransutvalget frem sin innstilling til ny konkurranselov. Utvalget finner at bestemmelsen i krrl. § 3-11, fungerer tilfredsstillende og foreslår derfor at den videreføres med den endring at konkurransemyndighetene heretter skal ha plikt til å gripe inn når kompetansevilkårene er oppfylt.

Konkurranseloven § 3-12 ble vedtatt etter at innstilling ble lagt fram og utvalget har derfor ikke vurdert bestemmelsen. Om forholdet mellom effektiv konkurranse på nasjonale markeder og internasjonal konkurranse for norsk eksportindustri, uttaler utvalget:⁸⁹

Et fungerende nasjonalt marked er også en forutsetning for foretakenes konkurranseevne på eksportmarkedet.[...] Behovet for å opprettholde effektiv konkurranse gjennom å forby skadelige foretakssammenslutninger vil derfor ikke nødvendigvis stå i motsetning til de anstrengelsene foretakene selv gjør for å styrke sin konkurranseevne nasjonalt og internasjonalt.

Dette er et rimelig synspunkt som samsvarer med det som ble lagt til grunn av det forrige konkurranselovutvalget.⁹⁰ Lovgiver bør derfor ikke videreføre bestemmelsen i den nåværende § 3-12, og desto mer slik fordi utvalget foreslår en bestemmelse som gir departementet adgang til å overprøve konkurransemyndighetens avgjørelse om inngrep når allmenne hensyn tilsier en slik løsning.⁹¹

⁸⁹ Se NOU 2003: 12 s. 81 første spalte

⁹⁰ Se NOU 1991: 27 s. 107 annen spalte.

⁹¹ Se NOU 2003: 12 s. 91 og § 4-6 i lovutkastet.

Kapittel 3 Effektivitetsargumentet i fusjonsforordningen

3.1 Innledning

Effektivitetsargumentets status i fusjonsforordningen er et omdiskutert tema. Diskusjonen dreier seg dels om hvorvidt det er rettslig holdbart å operere med et effektivitetsargument, og dels om hvilken rolle effektivitetsargumentet spiller i Kommisjonens praksis. Etter først å ha gjennomgått nødvendig bakgrunnsstoff, skal jeg se nærmere på disse spørsmålene i kapittel 3.4. I kapittel 3.5 behandles Kommisjonens forslag til ny fusjonsforordning.

Fusjonsforordningen er implementert i norsk rett gjennom forskrifter av 4. desember 1994 nr. 964 og 966 om henholdsvis materielle og prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen. Den norske transformasjonen er imidlertid uten rettskildemessig relevans for de fellesskapsrettslige håndhevelsesorganene, og jeg har derfor valgt den danske utgaven⁹² som utgangspunkt for fremstillingen.

3.2 Om EF-konkurranserett

EF-traktaten⁹³ trådte i kraft i 1957 med det siktemål å skape et fellesmarked på medlemsstatenes territorium, jf. EF artikkel 1. For å nå dette målet inneholder traktaten regler som skal sikre at konkurranse ikke «fordreies» på medlemsstatenes område, jf. EF avsnitt VI og artikkel 3 h).

EFs konkurranseregler er utformet som forbudsregler og retter seg mot både private og offentlige foretaks markedsatferd. De to sentrale bestemmelsene er EF artikkel 81 og 82. Artikkel 81 inneholder et generelt forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom selvstendige markedsaktører med et unntak for avtaler som bidrar til økt konsumentvelferd. Artikkel 82 inneholder et forbud mot misbruk av en dominerende stilling.

3.3 Generelt om fusjonsforordningen

Med hjemmel i EF artikkel 87 (nå 83) og 235 (nå 308) ble fusjonsforordningen vedtatt den 21. desember 1989 som et supplement til EFs konkurranseregler, jf. fortalet punkt 1 og 6. I 1997 ble fusjonsforordningen endret på enkelte punkter ved forordning 1310/97.

⁹² Som publisert i EFT [1990] L 257/13

⁹³ EF-traktaten benevnes heretter bare EF. Henvisningene til traktatteksten skjer i samsvar med nummereringen som benyttes etter Amsterdam og Nice, se konsolidert utgave av traktaten i EFT [2002] C 325/1.

3.3.1 Bakgrunnen for vedtakelsen

Romatraktaten inneholder ingen regler med særlig sikte på å regulere fusjoner. Medlemslandene ønsket å dyrke fram store internasjonale aktører som kunne gi arbeidsplasser, valutainntekter og verdiskapning, og en fusjonsregulering fryktet man ville bremse en slik utvikling.

Behovet for en felleseuropeisk fusjonsregulering gjorde seg imidlertid stadig mer gjeldende utover i '60- og '70-årene. I 1973 sendte EF-domstolen et sterkt signal da den anvendte EF artikkel 86 (nå 82) for å hindre et dominerende foretak i å overta en konkurrent.⁹⁴ Samme år la Kommisjonen fram forslag om en fusjonsforordning, men det skulle ta ytterligere 16 år med diskusjoner før sluttdokumentet ble vedtatt av Rådet. Disse 16 årene ble tilbakelagt med intense diskusjoner omkring en rekke ulike spørsmål, deri anvendelsen av et effektivitetsargument.

3.3.2 Hvilke avtaler omfattes av fusjonsforordningen ?

For at fusjonsforordningen skal få anvendelse, må det foreligge en "fusion"⁹⁵, jf. artikkel 3 nr. 1. Fusjonen må være av en viss størrelsesorden og avtalepartene må ha en viss omsetning i ulike medlemsstater. En fusjon kan for det første kvalifisere dersom de tre kumulative vilkårene i artikkel 1 nr. 2 er oppfylt, og for det andre dersom de fem kumulative vilkårene i artikkel 1 nr. 3 er oppfylt, jf. artikkel 1 nr. 2 og 3. Kravet til avtalepartenes samlede omsetningstall er 5 og 2,5 milliarder euro i henholdsvis nr. 2 og 3. Det er altså bare svært store fusjoner som omfattes.

Hovedregelen er at fusjoner av fellesskapsdimensjon vurderes eksklusivt med utgangspunkt i fusjonsforordningens bestemmelser, jf. artikkel 21 nr. 2. Man taler gjerne om et one-stop-shop-prinsipp. Sammen med regelen om Kommisjonens enekompetanse (se nedenfor) innebærer dette at fusjoner av fellesskapsdimensjon blir vurdert av en rettsanvender under ett regelsett. En slik løsning gir forutberegnelighet og effektiv saksbehandling for de berørte foretak.

3.3.3 Personell kompetanse

Med forbehold for Domstolens prøvelsesrett er det Kommisjonen og bare Kommisjonen som har kompetanse til å treffe de beslutninger fusjonsforordningen hjemler, jf. artikkel 21 nr. 1.

Kommisjonen bistås av *The Merger Task Force* som har særskilt kompetanse i fusjonssaker, og der det er tale om å treffe beslutninger med hjemmel i artikkel 8, plikter Kommisjonen å fremlegge saken for et rådgivende utvalg, jf. artikkel 19 nr. 3 - 7.

⁹⁴ Sak 6/72, sml. 1973 s. 215

⁹⁵ Begrepet er behandlet i kapittel 1.3.1.

Nærmere om Domstolens rolle

Domstolen kan prøve Kommisjonens beslutninger i samsvar med EFs regler om prøvelsesrett, jf særlig EF artikkel 230. Fusjonsforordningen gir i tillegg Domstolen rett til å oppheve, nedsette eller forhøye pålagte bøter eller tvangsbøter, jf. fusjonsforordningen artikkel 16.

Domstolen har så langt vært varsom med å etterprøve Kommisjonens vurderinger under de materielle vilkårene og har ennå ikke uttalt seg om effektivitetsgevinstenes betydning. Denne varsomheten er forståelig gitt vurderingenenes fagøkonomiske karakter. Selv om det godt kan tenkes at effektivitetsgevinstenes blir berørt fremtidig rettspraksis, kommer de neppe til å bli et sentralt tema.

Kompetansefordelingen mellom Kommisjonen og ESA

EØS-avtalens artikkel 57 nr. 2 fastlegger kompetansefordelingen mellom Kommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan (ESA) i fusjonssaker. I korthet kan man si at fusjoner som oppfyller terskelverdiene i *bare* EFTA skal vurderes av EFTAs overvåkingsorgan med utgangspunkt i EØS-avtalen artikkel 57 nr. 1, mens fusjoner som oppfyller terskelverdiene i fellesskapet, eller i både fellesskapet og EFTA, skal vurderes av Kommisjonen med utgangspunkt i fusjonsforordningen.

3.3.4 Saksgang

Fusjoner av fellesskapsdimensjon skal notifiseres Kommisjonen senest en uke etter at fusjonsavtalen er inngått/felles kontroll er etablert, jf. artikkel 4. Brudd på notifikasjonsplikten kan medføre bøter på opptil 50000 euro, jf. artikkel 14 nr. 1.

I henhold til artikkel 6 plikter Kommisjonen å starte arbeidet med notifikasjonen så snart den har innkommet og har som hovedregel en måned på seg til å trekke én av tre konklusjoner. Den kan for det første komme til at det ikke foreligger en fusjon av fellesskapsdimensjon og plikter da å fastslå dette med en erklæring, jf. artikkel 6 nr. 1 litra a). Kommisjonen kan for det andre konkludere med at det foreligger en fusjon av fellesskapsdimensjon, men at det ikke er grunn å tro at den er uforenlig med fellesmarkedet. Kommisjonen skal da avslutte undersøkelsen med å erklære fusjonen forenlig med fellesmarkedet, jf. artikkel 6 nr. 1 litra b). Som et tredje alternativ kan Kommisjonen komme til at det foreligger en fusjon av fellesskapsdimensjon som *"reiser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fellesmarkedet,"* jf. artikkel 6 nr. litra c). Kommisjonen innleder da en prosedyre med sikte på å ta endelig stilling til om den aktuelle fusjonen er forenlig med fellesmarkedet. De aller fleste saker blir avsluttet i løpet av denne første fasen.

Dersom Kommisjonen innleder prosedyren, har den fire måneder fra notifikasjonstidspunktet til å treffe en endelig beslutning vedrørende fusjonens forenlighet med fellesmarkedet. I fravær av en slik beslutning er avtalen automatisk å betrakte som forenlig med det fellesmarkedet, jf. artikkel 10 nr. 6

3.4 Materielle kompetansevilkår og effektivitetsgevinstenes plass

3.4.1 Innledning

I dette avsnittet ser jeg nærmere på hvilket spillerom det er for et effektivitetsargument i inngrepsvurderingen. Fremstillingen tar utgangspunkt i ordlyden og går videre til formålsbetraktninger, vedtakelseshistorie, kommisjonspraksis og juridisk teori. Reelle hensyn og enkelte teorisynspunkter blir behandlet i sammenheng med de andre rettskildedefaktorene. Det er verd å nevne at mitt eget syn på den overordnede rettspolitiske problemstillingen – spørsmålet om hvorvidt effektivitetsargumentet fortjener en plass i inngrepsvurderingen – gjelder generelt slik det kommer til uttrykk i kapittel 2.3.5.

3.4.2 Ordlyd

3.4.2.1 Vurderingsnormen i artikkel 2 nr. 2 og 3

I henhold til kriteriene fusjonsforordningen artikkel 2 vurderer Kommisjonen om fusjoner som tilfredsstillende terskelverdiene i artikkel 1 skal erklæres uforenlige med fellesmarkedet. Om en fusjon erklæres uforenlig med fellesmarkedet, avhenger av om den ”*skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hemmes betydeligt inden for fellesmarkedet eller en væsentlig del heraf*,” jf. artikkel 2 nr. 2 og 3. På samme måte som i krrl. § 3-11 er det altså et vilkår at fusjonen skaper eller styrker en kvalifisert konkurransesvekkelse. Det kommer imidlertid ikke til uttrykk et sekundært inngrepsvilkår som innebærer at effektivitetsgevinster skal veies mot kostnadene ved redusert konkurranse. Formuleringen i artikkel 2 nr. 3 synes dessuten å stenge for at Kommisjonen har *rett* til å ta slike gevinster i betraktning når den bestemmer at "*fusioner som skaber eller styrker*" skal erklæres uforenlig med fellesmarkedet. Kommisjonen har altså ingen skjønnfrihet der den finner at fusjonen skaper en dominerende stilling som bevirker at den effektive konkurransen hemmes betydelig.⁹⁶

Vurderingsnormen krever at man først tar stilling til om det skapes eller styrkes en dominerende stilling, og dernest om denne vil hemme den effektive konkurransen betydelig. Begrepet "dominerende stilling" er velkjent fra EF artikkel 82, og det er liten grunn til anta at begrepet skal forstås vesentlig annerledes i fusjonsforordningen⁹⁷. I *United Brands* defineres begrepet slik:⁹⁸

⁹⁶ Formuleringene i artikkel 2 nr. 2 og 3 innebærer at Kommisjonens rettigheter og plikter defineres uttømmende. Enten har Kommisjonen rett og plikt til å gripe inn eller så har den rett og plikt til å la være.

⁹⁷ Selv om dominansbegrepet har samme referanse i EF artikkel 82 og fusjonsforordningen, kan det selvsagt være tale om forskjellige vurderinger. I artikkel 82 må rettsanvender ta stilling til om det foreligger en dominerende stilling, mens temaet i fusjonsforordningen er om en dominerende stilling skape eller styrkes.

⁹⁸ Sak 27/76, Sml. s. 1978 s. 207, se premiss 65.

The dominant position referred to in this Article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers.

Det sentrale elementet i definisjon er evnen til i merkbar grad å opptre uavhengig av andre aktører i kraft av sin økonomiske styrke. Man kan altså si at det *juridiske* begrepet dominerende stilling er nært knyttet til det *økonomiske* begrepet markedsrett. Et påtrengende spørsmål blir da hva som skal kreves for at en dominerende stilling skal kunne sies å hemme den effektive konkurransen betydelig. Enkelte har valgt å se dette som en uttrykksmåte uten selvstendig meningsinnhold, mens andre har lagt til grunn at dette er et krav om at den dominerende stillingen må ha en viss negativ virkning på konkurransen i tid og/eller rom. Ettersom formuleringen presumptivt er meningsbærende, er det sistnevnte alternativet prinsipielt sett mest tilfredsstillende og harmonerer dessuten best med regelen i EF artikkel 82 som forbyr misbruk av dominerende stillinger, ikke dominerende stillinger som sådan.

I *Air France mot Kommissjonen*⁹⁹ legger Førsteinstansretten til grunn at man står overfor to vilkår når den uttaler at: "...the Commission is bound to declare a concentration compatible[...] where two conditions are fulfilled, the **first** being that the transaction in question should neither create nor strengthen a dominant position and the **second** being that competition in the common market must not be significantly impeded by the creation or strengthening of such a position."

(mine uthevinger)

Selv når man legger til grunn at man står overfor to vilkår, er det i beste fall begrenset rom for et effektivitetsargument. For det første; når man tar utgangspunkt i Domstolens definisjon, kan det vanskelig hevdes at markedsdominansen avtar med økende effektivitet, snarere tvert i mot. Spørsmålet må eventuelt være om man kan konkludere med at en fusjon som skaper eller styrker en dominerende stilling *ikke* hemmer konkurransen på en avgjørende måte *fordi* den gir effektivitetsgevinster. Svaret på dette avhenger av hvordan man forstår fusjonsforordningens konkurransebegrep og de hensyn begrepet hviler på. Forstås optimal konkurranse synonymt med den markedsløsning som trolig gir lavest priser/størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd, kan det hevdes at konkurransen tiltar med lavere priser/økt samfunnsøkonomiske overskudd. I så fall er det *mulig*¹⁰⁰ å etablere et *de facto* effektivitetsargument innenfor rammen av konkurransebegrepet. Forstås derimot "*den effektive konkurrence*" som synonymt med fravær markedsrett, blir det vanskeligere å innfortolke et effektivitetsargument. Økt effektivitet kan neppe sies å redusere markedsrettens evne til å tilpasse seg uavhengig av konkurrenter og kunder.

I alminnelighet, både i og utenfor en konkurranserettslig kontekst, innebærer konkurranse rivalisering, og språklig er det derfor unaturlig å sette likhetstegn mellom effektiv ressursbruk og

⁹⁹ Sak T- 2/93, Sml. 1994 s. II 323, se premiss 79.

¹⁰⁰ Et effektivitetsargument følger selvsagt ikke med logisk nødvendighet. Når man, som undertegnede, av den oppfatning at det neppe er mulig med tilfredsstillende grad av nøyaktighet, å fastslå hvordan en konkret avtale som skaper eller styrker en dominerende stilling vil påvirke ressursbruken, er effektivitetsargumentet neppe **tilstrekkelig** godt begrunnet i noe tilfelle.

konkurransen. Fusjonsforordningens konkurransebegrep må imidlertid tolkes i et videre perspektiv. For det første bestemmer fusjonsforordningen at vurderingsnormen i artikkel 2 nr. 2 og nr. 3 skal tolkes i lys av momentene som er listet opp i artikkel 2 nr. 1. For det andre må problemstillingen vurderes i lys av fortalen. For det tredje må man ta hensyn til at fusjonsforordningen ble vedtatt som et supplement til EF, jf. fortalen punkt 1 og 6, og for det fjerde ble effektivitetsgevinstenes rolle diskutert i forkant av vedtakelsen. Vurderingsnormen må rimeligvis tolkes i lys av denne diskusjonen. Nedenfor ser jeg nærmere på disse tolkningsfaktorene, før jeg går videre til kommisjonspraksis og juridisk teori.

3.4.2.2 Artikkel 2 nr. 1 litra b)

3.4.2.2.1 Passusen om "det tekniske og økonomiske fremskritt"

Artikkel 2 nr. 1 viser til et sett av hensyn som Kommisjonen plikter å ta i betraktning når den tar stilling til om en fusjon er uforenlig med fellesmarkedet. Av litra b) fremgår det at Kommisjonen skal vektlegge *"udviklingen i det tekniske eller økonomiske fremskritt, for så vidt som dette er til fordel for forbrukerne og det ikke udgør en hindring for konkurransen."* Gitt vurderingstemaet i artikkel 2 nr. 2 og 3, har dette skapt uklarhet rundt effektivitetsgevinstenes rolle i fusjonsforordningen.

En plikt til å vektlegge det tekniske fremskritt må innebære at Kommisjonen skal ta hensyn til muligheten for økt innovasjon og teknologisk utvikling. Videre skal Kommisjonen vektlegge det økonomiske fremskritt. I vid forstand omfatter vel dette alle forhold som gir økt økonomisk velferd, og det synes naturlig å hevde at en mer effektiv markedsstruktur representerer et økonomisk fremskritt. Jeg har derfor vanskelig for å se annet enn at effektivitetsgevinster er omfattet av formuleringen.

Et blikk på EF artikkel 81 nr. 3 kan gi grunn til å spørre om ikke uttrykket må forstås snevrere. Ett av vilkårene for at en konkurransebegrensende avtale kan fritas fra forbudet i 81 nr. 1, er at avtalen "*bidrager til at forbedre produksjonen eller fordelingen av varene eller* [min utheving] *til at fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen...*" Bestemmelsen synes altså å skille mellom forhold som "*bidrager til at fremme produksjonen*" og forhold som "*bidrager til at fremme den økonomiske utviklingen.*" Sistnevnte uttrykk ligger nær opptil fusjonsforordningens krav om at Kommisjonen skal vektlegge "*udviklingen i det [...] økonomiske fremskritt,*" mens mange effektivitetsgevinster vel nærmeste er å karakterisere som forhold som "*bidrager til at forbedre produksjonen.*" At ordlyden i EF artikkel 81 nr. 3 opererer med et slikt skille, er imidlertid neppe grunn nok til å tolke ordlyden i fusjonsforordningen innskrenkende.

Det tekniske og økonomiske fremskritt kan og skal bare vektlegges når det kommer konsumentene til gode. Det er altså ikke adgang til å vektlegge det tekniske og økonomiske fremskritt på konsumentenes bekostning, og man står eventuelt overfor en konsumentstandard.

Et ytterligere vilkår for å vektlegge det tekniske og økonomiske fremskritt, er at dette ikke utgjør en hindring for konkurransen. Det er naturlig å se dette som en understrekning av at inngrepsvurderingene og alene skal styres av konkurransemessige betraktninger, jf. artikkel 2 nr. 2 og 3. Hele idéen med et effektivitetsargument er imidlertid at man foretar en avveining mellom kostnader ved redusert konkurranse og effektivitetsgevinster. Plikten til å vektlegge tekniske og økonomiske fremskritt kan

derfor vanskelig åpne for et egentlig effektivitetsargument, og man må etter dette spørre seg hvilken rolle effektivitetsgevinstene kan tildeles i selve konkurranseanalysen.

En fristende mulighet er å konkludere med at fusjonsforordningens konkurransebegrep er av en slik art at det er holdbart å innfortolke et effektivitetsargument. Problemet med en slik tolkning, er at det da aldri vil kunne eksistere et motsetningsforhold mellom det tekniske og økonomiske fremskritt og konkurransen, slik formuleringen åpenbart forutsetter. En rimeligere tolkning blir derfor å ta passusen til inntekt for at Kommisjonen skal vektlegge effektivitetsgevinster i vurderingen av hvordan konkurranseprosessen vil utvikle seg. Den bakenforliggende tanken er da at effektive aktører gjerne er tjent med en konkurransestrategi der de bruker overtaket sitt til å vinne markedsandeler. Generelt skaper derfor kostnadssynergier evne og vilje til å konkurrere, og det kan således hevdes at kostnadssynergiene bør vektlegges som et moment ved siden av de øvrige momentene i konkurransevurderingen (konsentrasjon, markedets gjennomsiktighet, kjøpermakt etc.).

Wish¹⁰¹ m.fl. anvender et spesialtilfelle av dette argumentet når han hevder at kostnadsfordeler bør kunne brukes som argument for å tillate fusjoner i oligopolistiske markeder. Wish' poeng er at vanskelighetene forbundet med koordinert markedstilpassing øker med kostnadsforskjellene mellom samarbeidspartene og at kostnadssynergier derfor kan redusere sannsynligheten for kartellsamarbeid/parallelle tilpassing. Argumentet forutsetter imidlertid at man kjenner de ulike aktørenes kostnadsnivå med en relativt høy grad av nøyaktighet. Dersom man ikke har denne kunnskapen, kan resultatet bli at man snarere øker enn reduserer sannsynligheten for koordinert tilpassing. I praksis vil man neppe ha tilstrekkelig med informasjon til å si sikkert om det ene eller det andre er tilfellet, og man bør derfor være varsom med å vektlegge slike synspunkter.

Det er vanskelig å uttale seg presist om hvilken betydning denne betraktningmåten kan/bør få, men svaret må bero på en helhetlig vurdering av konkurransebegrepet i fusjonsforordningen.¹⁰² I alle tilfeller er det viktig å presisere at dette gir effektivitetsgevinstene en annen rolle enn i et effektivitetsargument. Det er for eksempel ingen grunn til å stille opp vilkår om kausalitet og samfunnsøkonomisk innhold når man vektlegger effektivitetsgevinstene som en slik konkurransevariabel.

Miguel¹⁰³ leser ordlyden annerledes når han hevder at rettsanvender står fritt til å vektlegge det tekniske og økonomiske fremskritt dersom fremskrittet, vurdert isolert, bidrar til økt konkurranse. Tanken er altså at effektivitetsgevinstene kan ha både positive og negative konkurransevirkninger. Positive i form av at de gir økt incitament til å konkurrere og negative ved at de kan bidra til at den effektive aktøren erobrer markedsrett. Selv om Miguels tolkning er velfundert rent språklig, er det tvilsomt om den er juridisk holdbar. For det første virker det underlig at Kommisjonens plikt til å vektlegge det tekniske og økonomiske fremskritt skulle avhenge av at det først er fastslått at gevinstene vil ha en positiv virkning på konkurransen. Hvorfor skulle ikke gevinstene være like relevante også i det motsatte tilfellet?

For det andre; der Kommisjonen har konkludert med at gevinstene vil ha en positiv virkning på konkurransen, synes Miguels forslag å stille Kommisjonen svært fritt til å vektlegge det tekniske og økonomiske fremskrittet. Ettersom lovgiver diskuterte og gikk bort fra en slik løsning i forkant av vedtakelsen (se nedenfor under 3.4.4), blir dette unaturlig. For det tredje kan det

¹⁰¹ Se Wish s. 779

¹⁰² Se kap. 3.4.7

¹⁰³ Se Miguel s. 26

innvendes at Miguel's tolkningsforslag gir anvisning på et svært vanskelig vurderingstema. Det har formodningen mot seg at lovtteksten har en så komplisert referanse.

3.4.2.2.2 Forbrukernes interesser

Kommisjonens plikt til å vektlegge det tekniske og økonomiske fremskritt er ikke det eneste holdpunktet man finner i artikkel 2 nr. 1 for å anvende et effektivitetsargument. I følge litra b) *skal* Kommisjonen ta hensyn til *"de interesser, som forbrukerne i mellemlidene og de endelige forbrugere har."* Der det synes klart at effektivitetsgevinster vil gi billigere og/eller bedre produkter, må det rimeligvis kunne hevdes at det er i forbrukernes interesse at disse tas i betraktning. Ettersom inngrepsvurderingen også kan ta hensyn til forbrukernes interesser uten et effektivitetsargument, bør man imidlertid være forsiktig med å legge videre vekt på et slikt synspunkt.

Formuleringens generelle og vilkårsløse karakter gir tilsynelatende et sterkere argument for et effektivitetsargument enn passusen om tekniske og økonomiske fremskritt. Det spesielle må imidlertid gå foran det generelle: Når lovtteksten sier at tekniske og økonomiske fremskritt bare er relevante på visse vilkår, ville det være illojalt å se bort fra disse vilkårene ved å vise til en annen og mer generell formulering.

3.4.2.3 Fortalen

3.4.2.3.1 Fortalen punkt 4

Fortalen punkt 4 hilser velkommen de fusjoner det indre marked antas å lede til da disse *"...er egnet til at forøge den europæiske industris konkurrenceevne, forbedring av vækstbetingelserne samt højnelse av levestandarden..."* Det synes da naturlig at man ønsker velkommen alle fusjoner som bidrar til økt vekst, stigning i levestandarden og økning i europeisk industris konkurransevne. Dersom lovkonstistenes hadde ment det var nødvendig for Kommisjonen å vektlegge konkrete effektivitetsgevinster for fremme disse målsettingene, ville det imidlertid presumptivt gått klarere frem av ordlyden i både artikkel 2 og fortalen.

3.4.2.3.2 Fortalen punkt 13

Ifølge fortalen punkt 13 skal Kommisjonen ta stilling til om en fusjon er forenlig med fellesmarkedet *"under hensyn til nødvendigheden af at bevare og udvikle en effektiv konkurrence på det fælles marked; i den forbindelse bør Kommissionen ved sin generelle vurdering, tage sit udgangspunkt i virkeliggørelsen af de grundlæggende mål i Traktatens artikel 2."* Kaster man et blick på EF artikkel 2 finner man at de grunnleggende mål innbefatter *"...en harmonisk, afbalanceret og bæredygtig udvikling av den økonomiske virksomhed, [...] en bæredyktig og ikke-inflationær vækst, [...] høy konkurrenceevne [...] og højnelse af levestandarden og livskvaliteten..."* Selv om formuleringene er vage og uklare, er det på det rene dette er forhold som stor grad er knyttet til effektiv

kapital utnyttelse. Man *kan* derfor ta fortalen punkt 13 til inntekt for at inngrepsvurderingen bør inneholde et effektivitetsargument.

3.4.3 Formåls- og sammenhengsbetraktninger

Fusjonsforordningen ble vedtatt som et supplement til EFs konkurranseregler og må tolkes i lys av de formålsbetraktninger som generelt ligger til grunn for EF-konkurranserett.

Konkurransereglene i EF avsnitt VI skal bidra til å realisere målsetningen om en "*ordning, der sikrer, at konkurransen inden for det indre marked ikke fordrejes,*" jf. EF artikkel 3 g). Kaster man et blikk på EF artikkel 2 og 3, går det tydelig fram at oppgavene fellesskapet pålegges i artikkel 3, derunder litra gs krav om at konkurransen ikke må fordreies, er å betrakte som virkemidler i et skjema der artikkel 2 definerer de overordnede målsetningene. Disse målsetningene, som økonomisk vekst og stigning i levestandarden, er i vesentlig grad knyttet til at medlemslandenes ressurser brukes effektivt. Slik synes det altså som om det er grunnlag for å hevde at man i EF-konkurranserett, som i konkurranseloven, kan snakke om effektivitet som et mål og konkurranse som et virkemiddel. Bildet i fellesskapsretten er imidlertid mer komplisert, dels fordi artikkel 2 inneholder ulike målsetninger, og dels fordi det understrekes at disse skal realiseres gjennom etableringen av et fellesmarked som dermed blir både et virkemiddel og en målsetning.

Reglene i fellesskapsretten- derunder konkurransereglene- må altså forstås i lys av ulike målsetninger. Dette illustreres gjennom utformingen av EFs konkurransebestemmelser. For eksempel gjelder effektivitetsargumentet i artikkel 81 nr. 3 bare dersom konkurransen ikke "*udelukke[s] for væsentlig del af de pågældende varer.*" Man kommer altså til et punkt hvor konkurransen er viktigere enn hva som synes å være den økonomisk optimale markedsløsning. Artikkel 82 inneholder ingen unntaksklausul av typen man finner i artikkel 81 nr. 3, men både dominans- og misbruksbegrepet favner vidt og gir rettsanvender stor frihet til å vektlegge ulike hensyn.

EF-domstolens utgangspunkt ved tolkningen av traktatens konkurranseregler er å betrakte disse som et virkemiddel fellesskapet disponerer for å løse de oppgaver det har blitt tildelt i EF artikkel 3 h). Poenget kan illustreres med uttalelser fra *Continental-Can*,¹⁰⁴ hvor Domstolen tok i bruk EF artikkel 86 (nå 82) for å hindre Continental-Can i å overta en konkurrent:

Article 86 is part of the chapter devoted to the common rules on the Community's policy in the field of competition. This policy is based on Article 3f [nåværende 3g] of the Treaty according to which the Community's activity shall include the institution of a system ensuring that competition in the Common Market is not distorted ... (premiss 23)

og videre i premiss 25:

...Articles 85 [nåværende 81] and 86 [nåværende 82] seek to achieve the same aim on different levels, viz the maintenance of effective competition within the Common market

¹⁰⁴ Sak 6/72, Sml. 1973 s. 215

Domstolen tolker altså konkurransereglene i lys av en målsetning om "*effective competition*." Hvordan denne målsetningen forholder seg til EFs grunnleggende målsetninger i artikkel 2 blir berørt i premiss 24:

Article 3 (f) [nåværende 3g] requires a forterio that competition must not be eliminated.[...]. Moreover, it corresponds to the precept of Article 2 of the Treaty according to which one of the tasks of the Community is "to promote throughout the Community a harmonius development of economic activities." Thus the restraints on competition, which the Treaty allows under certain conditions because of the needs to harmonise the various objectives of the treaty, are limited by the requirements of Articles 2 and 3. Going beyond this limit involves the risk that the weakening of competition would conflict with the aims of the Common Market

Det påpekes at kravet til konkurranse i artikkel 3 er utslag av målsetningen i artikkel 2 om en harmonisk utvikling av de økonomiske aktiviteter. Traktaten inneholder imidlertid også andre målsetninger, og av hensyn til disse åpner den for at det på gitte betingelser kan lempes på de kravene til konkurranse som normalt følger av artikkel 3. Der traktaten gjør en slik avveining mellom ulike målsetninger, skjer det imidlertid innenfor rammen av de grunnleggende krav til konkurranse som kan utledes fra artikkel 2 og 3. Eksempler på hvilke bestemmelser domstolen sikter til kan være artikkel 81 nr. 3 og artikkel 86 nr. 2

Continental-Can har rukket å bli 30 år gammel, men etterfølgende rettspraksis praksis etterlater ingen tvil om at konkurransekravet i EF artikkel 3 g) fortsatt er den overordnede tolkningsnormen ved anvendelsen av konkurransereglene.

Selv om man ikke finner noen åpenlys avveining mellom kravet til effektiv konkurranse og hensynet til effektiv ressursbruk i EF-domstolens avgjørelser, er det ikke dermed sagt at hensynet til konsument velferd og effektiv ressursbruk er uvesentlig når Domstolen vurderer om kravet til effektiv konkurranse er oppfylt. Å trekke klare konklusjoner er imidlertid vanskelig ettersom Domstolen har vært tilbakeholden med å redegjøre for hva den legger i begrepet. Et enslig eksempel finner man i *Metrodommen*:¹⁰⁵

The requirement contained in Articles 3 and 85 [nåværende 81] of the EEC treaty that competition shall not be distorted implies the existence on the market of workable competition, that is to say the degree of competition necessary to ensure the observance of the basic requirements and the attainment of the objectives of the Treaty [...] In accordance with this requirement the nature and intensiveness of competition may vary to an extent dictated by the products or services in question and the economic structure of the relevant market sectors.

Traktatens krav til konkurranse varierer altså med markedets karakter, men hvilke faktorer som styrer konkurransekravet forblir uklart. Skal man få en ytterligere forståelse av hva som skjuler seg bak konkurransekravet, må man se på hva Domstolen gjør snarere enn hva den sier. En generell analyse ligger utenfor rammen av denne fremstillingen, men det bemerkes at EF-domstolen ved flere

¹⁰⁵ Sak 26/76, Sml. 1977 s. 1875, premiss 20

anledninger har blitt beskyldt for å være mer opptatt av hensynet til konkurrentene og markedets konkurransestructur, enn av hensynet til konsumentene og effektiv ressursbruk. Et eksempel på en avgjørelse som har fostret slik kritikk er *Commercial Solvent*.¹⁰⁶

Commercial Solvent Corporation (CSC), som produserte råmaterialer som inngikk i produksjonen av en tuberkolosemedisin, ervervet 51 % av ISTUTIO, et italiensk selskap som kjøpte CSCs råmaterialer med tanke på videresalg. Etter at CSC fikk aksjemajoriteten forsøkte ISTUTIO og overta sine en av sine kunder, ZOJA, som produserte tuberkolosemedisin av råmaterialet. Da forhandlingene mellom ZOJA og ISTUTO ikke førte fram, økte ISTUTO prisen på råmaterialene med den følge at ZOJA fant en annen leverandør. Da den nye leveransen tok slutt, særlig som følge av press fra CSC som hadde en dominerende stilling på markedet for råvarer, nektet CSC å fornye leveransen av råmaterialer med den begrunnelsen at selskapet ønsket å integrere nedstrøms.

I teorien stilte man seg kritisk til at Domstolen, uten å drøfte virkningen på konsumentvelferden, tolket forbudet i EF artikkel 86 (nå 82) til å omfatte tilfeller der det dominerende foretaks forretningsnektelse er motivert utfra et ønske om nedstrøms integrasjon. *Craig&Burca*¹⁰⁷ sier det slik:

A rational firm will only seek to enter a new phase of the market downstream if it believes that it can produce the finished product more efficiently than the incumbent firms. If it is correct in this calculation then the consumer will benefit by the product being cheaper. If it is wrong then it will suffer accordingly. [...] This type of case exemplifies the tension mentioned earlier as to whether the Article is intended to protect consumers or competitors/the competitive market structure. There may, in other words, be situations in which actions by dominant firm may benefit consumers but be harmful to its competitors. *Commercial Solvents* signals the intent of the Court that, if forced to choose between these, it will opt to protect the latter.

Blant andre saker som har avfødt tilsvarende kritikk kan nevnes *Hugin mot Kommisjonen* og *Hilti mot Kommisjonen*.¹⁰⁸

De ovennevnte sakene illustrerer alle hvordan Domstolen fokuserer på behovet for å beskytte konkurransestructuren i markedet. Det synes irrelevant om CSC kan produsere tuberkolosemedisin rimeligere enn Zoja. Relevant er det derimot at CSCs forretningsnektelse ødelegger konkurransen for salg av tuberkolosemedisin. EF-domstolen ser altså kravet til effektiv konkurranse som et krav om at det må finnes en markedsstruktur der visse grunnleggende konkurransepremisses er tilstede. Hva som fremstår som den samfunnsøkonomisk optimale markedsstrukturen i det konkrete tilfellet, er av mindre betydning når disse premissene ikke foreligger.

Sammenfatning

Målsettingen med EF-konkurranserett er å sørge for ”effektiv konkurranse” på fellesmarkedet. Hva effektiv konkurranse egentlig innebærer, er vanskelig å si med få ord. Det kan imidlertid fastslås ”effektiv konkurranse” er mer enn en funksjon av effektiv ressursbruk og lave priser, begrepet synes

¹⁰⁶ Sak 6&7/73, Sml. 1974 s. 223

¹⁰⁷ Se *Craig&Burca* s. 959

også å stille opp visse grunnleggende krav til markedets struktur og funksjonsmåte. For tolkningen av konkurransebegrepet i fusjonsforordningen, innebærer dette at man skal være forsiktig med å betrakte muligheten for lavere priser/mer effektiv ressursbruk som ensbetydende med sterkere konkurranse. Konklusjonen blir derfor at formåls- og sammenhengsbetraktninger vanskelig kan brukes som et tungtveiende argument for å innfortolke et effektivitetsargument i fusjonsforordningen.

3.4.4 Vedtakelseshistorien

Som nevnt innledningsvis i dette kapittelet, var spenningen mellom konkurransepolitikk og industripolitikk en av årsakene til at en felleseuropeisk fusjonsregulering trakk ut i tid. Denne spenningen kom klart til syne når effektivitetsargumentets status ble diskutert. De første utkastene til en fusjonsforordning åpnet klart og utvetydig for at konkrete effektivitetsgevinster skulle kunne oppveie konkurransemessige ulemper. Så sent som i mai 1989 (altså 6 måneder før vedtakelsen) inneholdt artikkel 2 nr. 3 følgende tillegg:¹⁰⁹

...unless authorised on the ground that their contribution to improving production and distribution, to promoting technical or economic progress or to improving the competitive structure within the common market outweighs the damage to competition. In this respect, the competitiveness of the sectors concerned with regard to international competition and the interests of consumers shall be taken into account.

Med dette som premiss, var tanken at momentene i artikkel 2 nr. 1 litra a) skulle fastlegge rammene for den konkurransemessige vurderingen, mens momentene i litra b) skulle ha en tilsvarende funksjon i vurderingen av ikke-konkurransemessige hensyn. På veien fram til vedtakelsen i desember 1989 ble unntaksklausulen fjernet samtidig som ordlyden i litra b) ble revidert. Unntaksklausulen falt bort først og fremst som følge av press fra britiske myndigheter som fryktet at Kommisjonen ville få et redskap til utforme en felleseuropeisk industripolitikk på bekostning av nasjonale interesser. Det er uklart både hvorfor skille mellom litra a) og litra b) overlevde da unntaksklausulen i artikkel 2 nr. 3 ble fjernet, og hvorfor teksten fortsatt bestemmer at Kommisjonen plikter å legge vekt på tekniske og økonomiske fremskritt. Fra en juridisk synsvinkel er ordlyden og strukturen i artikkel 2 nå beheftet med så mange svakheter at bestemmelsen må betraktes som en del av en forhandlingsløsning, i en situasjon der det hersket uenighet om flere sentrale spørsmål. Det er rimelig å anta passusen om tekniske og økonomiske fremskritt ikke er videre gjennomtenkt fra lovgivers side. Vedtakelseshistorien gir likevel et vesentlig tolkningsmoment når den forteller oss at avveiningsproblemet ble utførlig diskutert av lovgiver, med det resultat at den foreslåtte avveiningsklausulen ble fjernet. Å anvende et effektivitetsargument av typen man finner i krrl. § 3-11, vil derfor fortone seg illojalt og kan vanskelig komme på tale.

¹⁰⁸ Henholdsvis sak 22/78, Sml. 1979 s. 1869 og sak T-30/89, Sml. 1990 II s. 1439. For en kritisk kommentar se Fishwick s. 107–112.

¹⁰⁹ Se EFT 1989 C 22/14

Fraværet av et klart definert effektivitetsargument, kan neppe sies å ha skapt en klar ubalanse mellom utformingen av fusjonsforordningen og de øvrige reglene i EF-konkurranserett. Det kan saktens hevdes at Kommisjonens forslag til unntaksklausul ville ha gitt større dissonans. Ordlyden i unntaksklausulen åpnet for et effektivitetsargument uten hensyn til de konkurransemessige konsekvensene. Dette ville ha avveket både fra den løsning man finner i EF artikkel 85 nr. 3 og det syn på EF-konkurranserett som kommer til uttrykk i EF-domstolens praksis.

3.4.5 Kommisjonspraksis

3.4.5.1 Innledning

Sommeren 2003 hadde Kommisjonen vurdert over 2200 fusjoner materielt, og i nærmere 10 % sakene har Kommisjonen grepet inn med vilkår eller forbud. Inngrepsprosenten kan synes lav, men inngrep bør være et unntak snarere enn en regel, og generelt blir fusjonsforordningen oppfattet som en sentral og velfungerende brikke i fellesskapets konkurranserett.

Effektivitetsgevinstene har spilt ulike roller i Kommisjonens avgjørelser. Dels har de blitt brukt som argument for å klarere fusjoner, og dels har de blitt brukt som argument for at det skapes eller styrkes en dominerende stilling. Nedenfor blir disse to kategoriene behandlet hver for seg med en generell kommentar til slutt. Aller først er det imidlertid nødvendig å se på hovedtrekkene i Kommisjonens konkurranseanalyse.

3.4.5.2 Generelt om Kommisjonens konkurranseanalyse

Kommisjonen tar utgangspunkt i ordlyden og vurderer om det skapes eller styrkes en dominerende stilling. Dominansbegrepet blir tolket i samsvar med Domstolens forståelse, og det vesentlige elementet i dominanstesten er derfor kunders og konkurrenters mulighet til å begrense den nye enhetens handlefrihet. Dersom denne muligheten ikke er tilstede i tilstrekkelig stor grad, vurderer Kommisjonen sannsynligheten for sterke nyetableringer. Med mindre det er trolig at nye aktører vil etablere seg og skape konkurranse, blir konklusjonen at det skapes eller styrkes en dominant stilling.

Vilkåret om at den dominerende stillingen må hemme konkurransen på en avgjørende måte har Kommisjonen tolket som et krav om at den dominerende stillingen må vedvare i et visst tidsrom, se for eksempel *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*.¹¹⁰ Der det fortoner seg sannsynlig at den dominerende stillingen vil være av forbigående karakter, hemmes altså ikke konkurransen på en avgjørende måte.

Vurderingstemaet i dominanstesten kan synes mer rigid enn vurderingstemaet i den såkalte SLC-testen, som ligger til grunn for fusjonsanalysen i flere store jurisdiksjoner.¹¹¹ I praksis er imidlertid forskjellene små. Dette skyldes for det første at Kommisjonen, med støtte i rettspraksis, har tolket

¹¹⁰ Sak IV/M053, [1991] EFT L 334/42, premiss 55.

¹¹¹ Anvendelsen av *significant lessening of competition* som nødvendig tilstrekkelig inngrepsvilkår/forbudsnorm er særlig utbredt i de store Anglo-Amerikanske jurisdiksjonene.

dominansbegrepet til å omfatte kollektiv dominans¹¹², og for det andre at Kommisjonen legger begrenset vekt på kvantitative kriterier. Sistnevnte innebærer at Kommisjonens analyser får en mer pragmatisk karakter enn hva som er tilfellet i mange SLC-jurisdiksjoner hvor ulike konsentrasjons indekser ofte tillegges større vekt.

3.4.5.3 Effektivitetsargumentets plass i Kommisjonens praksis

3.4.5.3.1 Innledning

Avgjørelsene hvor effektivitetsgevinstene vektlegges til partenes fordel, kan deles inn i to kategorier: Den første kategorien er avgjørelsene hvor Kommisjonen vurderer betydningen av ”det tekniske og økonomiske fremskritt.” Felles for disse er at vurderingen av det tekniske og økonomiske fremskritt skjer i *etterkant* av dominansspørsmålet. Den andre kategorien er avgjørelsene hvor Kommisjonen synes å vektlegge effektivitetsgevinstene som et ledd i dominansvurderingen.

3.4.5.3.2 Kommisjonens behandling av det tekniske og økonomiske fremskritt

Artikkel 2 nr. 1 litra b) bestemmer at Kommisjonen skal vektlegge det tekniske og økonomiske fremskritt når dette kommer konsumentene til gode og ikke utgjør en hindring for konkurransen. Med henvisning til denne passusen har Kommisjonen vurdert ulike effektivitetsgevinster, og i dette avsnittet skal jeg se nærmere på avgjørelsene hvor dette har vært tilfelle. Avgjørelsene under punkt a) til f) blir behandlet i kronologisk rekkefølge.

*a) Aerospatale-Alenia / de Havilland*¹¹³

Aerospatale og Alenia kontrollerte ATR, verdens- og fellesmarkedets største produsent av turbo propfly med 20 til 70 seter. Da Aerospatale-Alenia inngikk en avtale med Boeing om å overta markedets nest største aktør, det canadiske selskapet de Havilland, grep Kommisjonen inn og stanset fusjonen. Partenes anførsler om reduserte kostnader ble ikke vektlagt.

Kommisjonens vurderinger

Kommisjonen konkluderer med at den nye enheten vil få en dominerende stilling overfor flyselskapene¹¹⁴, og under "other general considerations"¹¹⁵ drøftes betydningen av anførselene om kostnadsbesparelser.

Den første posten er en besparelse i størrelsesorden 5 millioner ECU knyttet til delinnkjøp, markedsføring og produktstøtte. Kommisjonen tar et uttrykkelig forbehold om relevansen av å vurdere

¹¹² Se sak T-102/96, Sml. 1999 II s. 753 (Gencor)

¹¹³ Sak IV/M053 [1991] EFT L 334/42

¹¹⁴ Se premiss 51

¹¹⁵ Se premiss 65 flg.

kostnadsbesparelser og peker på at den aktuelle besparelsen bare utgjør 0,5 % av partenes samlede omsetning. Besparelsen synes altså å være for liten til å være relevant.

Kommisjonen viser videre til at partene har pekt på muligheten for å effektivisere driften av de Havilland. Denne anførselen blir avvist med henvisning til manglende årsakssammenheng med avtalen.

Heller ikke partenes anførsel om at avtalen vil gi den nye enheten et konkurransefortrinn i form av redusert valutarisiko når frem. Hovedbegrunnelsen synes å være at det fortoner seg lite sannsynlig at en slik fordel vil la seg realisere.

Kommisjon påpeker at partene ikke har påberopt seg kostnadsbesparelser knyttet til FoU, og at ATRs posisjon på verdensmarkedet ikke avhengiger av at selskapet får en partner å dele slike kostnader med.

Subsidiært tilføyes det at eventuelle tekniske og økonomiske fremskritt uansett ikke vil komme konsumentene til gode ettersom:

The consumers will be faced with a dominant position which combines the most popular aircraft families on the market. Choice will be significantly reduced. There is a high risk that in the foreseeable future, the dominant position of ATR/ de Havilland would be translated into a monopoly¹¹⁶

Kommentar

I *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* drøfter Kommisjonen for første gang om effektivitetsgevinster skal vektlegges til partenes fordel. Drøftingen avslører usikkerhet. Ideelt sett hadde Kommisjonen tatt klar stilling til muligheten for en avveining og dermed skapt klarhet og forutberegnlighet i fremtidige saker. Kommisjonens løsning, å vurdere det tekniske og økonomiske fremskritt uavhengig av spørsmålet om dominans, samtidig som den tar forbehold om holdbarheten av en slik tilnærming, er derimot lite ønskelig. Kommisjonens nøling er imidlertid lett å forstå. På den ene siden er det rettslig og politisk kontroversielt å foreta en avveining når lovgiver avviste en slik løsning seks måneder før vedtakelsen, og på den andre siden kan hensynet til konsumentvelferd og effektiv ressursbruk tale for at man holder døren åpen.

Trass i Kommisjonens forbehold, kaster avgjørelsen lys over hva som uansett kreves for at effektivitetsgevinstene skal være *relevant* i inngrepsvurderingen. For det første må anførsler om kostnadsbesparelser være av en viss størrelsesorden, en halv prosent av omsetningen er ikke tilstrekkelig. For det andre er det et vilkår at fusjonen er nødvendig for realiseringen av gevinstene, og for det tredje må gevinstene komme konsumentene til gode.

Ettersom Kommisjonen vurderer betydningen av reduserte utgifter knyttet til forskning og utvikling på eget initiativ, kan avgjørelsen skape inntrykk av at Kommisjonen anser seg forpliktet til å kartlegge

¹¹⁶ Se premiss 69

eventuelle effektivitetsgevinster uavhengig av hva partene har anført. Man skal imidlertid være forsiktig med å trekke en slik konklusjon, og antageligvis er det mer riktig å se bemerkningene som en kommentar til den industripolitiske debatt fusjonen vakte. I enkelte kretser ble nemlig avtalen betraktet som en mulighet til å skape/styrke en ”européen champion,” og et vesentlig argument for at dette faktisk ville være tilfellet lå i at fusjonen ville gi ATR et fortrinn i en industri preget av høye forsknings- og utviklingskostnader. Det kan derfor synes som om Kommisjonen, snarere enn å handle ut fra en følelse av rettsplikt, søker å imøtegå holdbarheten av et politisk argument.

b) Accor/Wagon-Lits¹¹⁷

ACCOR og CIWLT drev med blant annet restaurant- og kafeteriavirksomhet langs franske motorveier. Da ACCOR ervervet 69,5 % av aksjene i CIWLT, grep Kommisjonen inn og stilte vilkår. Partenes anførsler om effektivitetsgevinster synes ikke å ha spilt en nevneverdig rolle i Kommisjonens vurderinger.

Kommisjonens vurderinger

Partenes anførsler om mer effektiv drift blir avvist på ulike måter.¹¹⁸ Dels er det manglende årsaksammenheng mellom fusjonen og de anførte gevinstene, dels er de vage og usikre og dels vil ikke gevinstene komme konsumentene til gode fordi etterspørselselastisiteten er lav. Subsidiært, i den grad det skulle foreligge et teknisk og økonomiske fremskritt, legger Kommisjonen til grunn at:

[un] obstacle à la concurrence important que constitue la concentration sur les deux marchés de la restauration stricto sensu, et des prestations légères, ne permettrait pas, dans le cas d'espèce, de modifier la conclusion de la Commission quant à la création par la nouvelle entité d'une position dominante qui entraverait d'une manière significative la concurrence sur les marchés en cause.

Formuleringen er ikke entydig. Den kan for det første forstås slik at det tekniske og økonomiske fremskritt er generelt irrelevant der det skapes eller styrkes en dominerende stilling, og for det andre slik at anførselene blir irrelevante når det foreligger ”[un] obstacle a la concurrence important” av typen som forelå i *denne* saken. Det siste tolkningsalternativet kan virke mest naturlig og støttes av innskuddet ”dans le cas d'espèce.”

Kommentar

Sammenlignet med *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* kommer partenes dokumentasjonsplikt klarere frem. Videre tar ikke Kommisjonen forbehold om relevansen av å vektlegge kostnadsbesparelser/ effektivitetsgevinster, jf. *Aerospatiale-Alenia /de Havilland* premiss 65.

¹¹⁷ Sak IV/M. 126 [1992] EFT. L 204/1

¹¹⁸ Se punktene D, Y, 4) og D, Z, 2), f).

c) *Nordic Satellite Distributorship*¹¹⁹

Norsk Telekom (kontrollert av Telenor), Tele Danmark og det svenske selskapet Kinnevik (som blant annet eide og distribuerte ulike TV-kanaler) ønsket å etablere et joint venture (NSD) som skulle tilby satellittoverføring og videredistribusjon av TV-kanaler i Norden. Kommisjonen stilte vilkår og avviste effektivitetsgevinstene med henvisning til at konsumentene uansett ikke ville være tjent med avtalen.

Kommisjonens vurderinger

Etter å ha konkludert med at avtalen skaper og/eller styrker en dominerende stilling i flere ulike markeder¹²⁰, vurderer Kommisjonen mulighetene for tekniske og økonomiske fremskritt.¹²¹

Kommisjonen bemerker at en infrastruktur som beskrevet av partene, kan bli svært effektiv og fordelaktig for konsumentene. Kommisjonen stiller seg imidlertid tvilende til om nordiske TV-husholdninger er tjent med fusjonen som helhet. Særlig frykter den at Kinneviks sterke posisjon som eier og distributør av TV-kanaler, vil kunne lede til at andre programleverandører ikke får tilgang til den nye infrastrukturen med det resultat at husholdningene får et mindre variert programtilbud. Kommisjonen konkluderer med at vilkårene i artikkel 2 nr. 1 litra b) derfor ikke er oppfylt.

Kommentar

I *Aerospatiale-Alenia /de Havilland* og *Accor /Wagon-Lits* ble partenes anførsler i vesentlig grad avvist med henvisning til at det ikke var tale om et fusjonsspesifikt fremskritt. I *Nordic Satellite Distributorship* når partene lenger ettersom hovedtemaet er hva TV-husholdningene er best tjent med. Når synergiene er fusjonsspesifikke og tilstrekkelig godt dokumenterte, kan det altså synes som om Kommisjonen foretar en avveining med utgangspunkt i en konsumentstandard.

Det er verd å merke seg at Kommisjonen, fremfor å blokkere avtalen fullstendig, valgte å gripe inn med vilkår. Hvilken rolle gevinstene *de facto* spilte i denne sammenheng, er vanskelig å si, men generelt er det rimelig å anta at Kommisjonen, når den uttaler seg såvidt fordelaktig om mulighetene for synergier, forsøker å finne en løsning som gjør dem realiserbare.

d) *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*¹²²

Fellesskapets ledende produsenter av silisiumkarbid (SiC) ønsket å etablere et joint venture som skulle overta de fleste av avtalepartenes produksjons- og foredlingsaktiviteter. Kommisjonen stilte vilkår og var avvisende til partenes anførsler om at mer effektiv produksjon.

¹¹⁹ Sak IV/M.490 [1996] EFT. L 053/20

¹²⁰ Se premiss 108 flg., 132 og 144

¹²¹ Se premiss 145-152

¹²² Sak IV/M. 774 [1997] EFT L 247/1

Kommisjonens vurderinger

Kommisjonen drøfter det tekniske og økonomisk fremskritt¹²³ og anerkjenner at "*some synergies are achievable from a streamlining of the production in Delfzijl*," men peker så på tre grunner til at disse synergiene ikke bør spille en avgjørende rolle. For det første er det vanskelig å se hvordan synergiene skal kunne komme konsumentene til gode, for det andre vil muligheten for en prisøkning "*outweigh*" eventuelle synergier og for det tredje legger Kommisjon vekt på at en prisøkning vil ramme konkurranseevnen til virksomheter som viderefører partenes produkter. Ettersom denne nedstrømsvirksomheten er viktigere for fellesskapet, både målt i verdiskapning og antall sysselsatte, vil ulemmene ved fusjonen med all sannsynlighet overgå fordelene. Det er grunn til å understreke at man ikke står overfor tre uavhengige begrunnelser. Alle synes å bunne i en antagelse om at fusjonen vil medføre økte priser for fusjonspartenes kunder.

Kommentar

Kommisjonen foretar tilsynelatende en avveining mellom positive og negative effekter ved fusjonen. Vurderingsnormen synes å være fusjonens betydning for prisutviklingen, og avgjørelsen kan gi inntrykk av at Kommisjonen vil legge avgjørende vekt på synergier som er store nok til å medføre reduserte priser. *Saint-Gobain/ Wacker-Chemie/NOM* synes å være avgjørelsen hvor Kommisjonen går lengst i foreta en *åpen* avveining mellom markedsrett og effektivitetsgevinster. På samme måte som i *Nordic Satellite Distributorship* er det imidlertid vanskelig å si hvilken rolle gevinstene har spilt reelt sett.

*e) Danish Crown/Vestjyske Slagterier*¹²⁴

Danmarks to største slakterier, Danish Crown og Vestjyske Slagterier, inngikk en avtale om fullstendig sammenslåing som de mente ville gi ulike synergieffekter. Kommisjonen grep inn med vilkår og avviste at synergiene var relevante.

Kommisjonens vurderinger

Partenes anførsler om lavere kostnader, større sortiment og økt konkurransekraft på japanske markeder vis-a-vis amerikanske konkurrenter, blir alle avvist med den begrunnelse at:¹²⁵

As far as [...] efficiencies are concerned, it should be noted that under Article 2 (1) (b) of the Merger Regulation the Commission may take account of the development of the technical and economic progress only to the extent that it is to the consumers' advantage and does not form an obstacle to competition. The creation of a dominant position in the relevant markets identified above, therefore, means that the efficiencies argument put forward by the parties cannot be taken into account in the assessment of the present merger.

¹²³ Se premiss 244- 246

¹²⁴ Sak IV/M. 1313 [2000] EFT L 20/1

¹²⁵ Se premiss 198

Kommisjonen tilføyer at avtalen heller ikke synes nødvendig for å realisere brorparten av de anførte kostnadsbesparelsene. Anførselen om økt konkurransekraft vis-a-vis amerikanske konkurrenter på det japanske markedet blir ikke nærmere kommentert.

Kommentar

Avgjørelsen er interessant fordi Kommisjonen åpent og utvetydig avviser muligheten for at det tekniske og økonomiske fremskritt kan legitimere en dominerende stilling. Kommisjonen påpeker at ordlyden stenger for en slik avveining, noe som gir synspunktet generell gyldighet. I lys av dette virker det underlig at Kommisjonen velger å tilføye at vilkåret om årsakssammenheng bare delevis er oppfylt.

Kommisjonen forstår ordlyden slik at *en vektlegging* av det tekniske og økonomiske fremskritt ikke må utgjøre et hinder for konkurransen, ikke slik at det tekniske og økonomiske fremskritt er relevant dersom fremskrittet *som sådan* ikke utgjør et hinder for konkurransen. Uttalelsene i premiss198 innebærer derfor at Kommisjonen avviser Miguels tolkning (se kapittel 3.4.2.2.1).

f) Andre avgjørelser

Kommisjonen har vurdert det tekniske og økonomiske fremskritt også i andre avgjørelser, men etter mitt skjønn gir ingen av disse vesentlig ny innsikt. Blant disse avgjørelsene har det tekniske og økonomiske fremskritt fått mest spalteplass i *Bertelsmann/Kirh/Premiere* og *MSG Media Service*.¹²⁶ I begge tilfeller var det tale om å opprette et joint venture med den hensikt å muliggjøre raskere digitalisering av TV-kringkastingen i Europa, og i begge tilfeller ble partenes anførsler avvist med henvisning til at konkurransen ville rammes på en måte som ikke var forenlig med vilkåret i artikkel 2 nr. 1 litra b) om at det ikke må foreligge en hindring for konkurransen. Begrunnelsene har likehetstrekk med den man finner i *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, men er ikke like prinsipielt utformet.

g) Generelt om Kommisjonens behandling av det tekniske og økonomiske fremskritt

Kommisjonen behandler det tekniske og økonomiske fremskritt på en måte som gir klare assosiasjoner til Konkurransetilsynets behandling av effektivitetsargumentet i krrl. § 3-11. Det kan for det første vises til at vurderingen av det tekniske og økonomiske fremskritt skjer uavhengig konkurranse- (dominans)analysen, og for det andre til at Kommisjonen i det vesentlige opererer med de samme *relevansvilkår* som ligger til grunn for tilsynets behandling av effektivitetsgevinstene.

I tilsynets retningslinjer er det et grunnleggende vilkår at effektivitetsgevinstene må ha et samfunnsøkonomisk innhold. Kommisjonen har aldri gitt uttrykk for at dette er et vilkår i fusjonsforordningen, og forklaringen er rimeligvis at Kommisjonen tolker fusjonsforordningen i lys av et konsument- snarere enn i lys av et effektivitetshensyn. Uttrykt med

¹²⁶ Se sak IV/M. 993 [1999] EFT L 053/1 og sak IV/M. 469 [1994] EFT. L 364/1

økonomisk terminologi kan man si at det er konsumentoverskuddet, og ikke summen av produsent- og konsumentoverskudd som er tolkningsreferansen. En effektivitetsgevinst kan gi økt konsumentoverskudd uten at den nødvendigvis er samfunnsøkonomisk, og i avgjørelsene ovenfor nøyer Kommisjonen seg derfor med å vurdere om konsumenten vil være tjent med avtalen. Kravene i tilsynets retningslinjer om dokumentasjon og årsakssammenheng har kommet klart til uttrykk i flere av Kommisjonens avgjørelser, se henholdsvis *Accor/Wagon-Lits* og *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*. I Kommisjonspraksis finner man videre et vilkår som ikke opptrer i tilsynets praksis når Kommisjonen krever at anførsler om kostnadsbesparelser må være av en viss størrelsesorden, se særlig *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*.

Det er likevel grunn til å spørre om Kommisjonen virkelig aksepterer at det tekniske og økonomiske fremskritt kan legitimere en dominerende stilling. Uttalelsen i *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* om at det tekniske og økonomiske fremskritt er irrelevant når det foreligger en dominerende stilling, synes klart å utelukke en avveining. Aksepterer man disse uttalelsene som dekkende for Kommisjonens holdning, må man imidlertid spørre seg hva tanken har vært når Kommisjon i tidligere saker, har drøftet de ulike relevansvilkårene. Umiddelbart kan det synes naturlig å svare at *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* representerer en ny og mer restriktiv holdning. Om uttalelsene indikerer en kursendring, er imidlertid tvilsomt. I tillegg til den formelle avvisningen påpeker jo Kommisjon at det er tale om kostnadsbesparelser av begrenset størrelsesorden, som antageligvis kan realiseres uavhengig av den konkrete avtalen. Inntrykket blir derfor at man står overfor en av flere *avvisningsstrategier*. Sakens kjerne er antageligvis at Kommisjonen verken har, eller har hatt, en god strategi for hvordan den skal behandle anførsler om det tekniske og økonomiske fremskritt. Fusjonsforordningens lovtekniske svakheter har plassert Kommisjon mellom barken og veden: Dersom den åpner for en avveining, setter den seg utover det som kan forsvares med henvisning til ordlyd og forhistorie, og dersom den ikke gjør det, gir det inntrykk av manglende respekt for hensynet til effektiv ressursbruk. Resultatet har blitt en formell eksersis som er like ufruktbar for alle parter: Partene bruker tid og penger på å kartlegge og dokumentere ulike synergimuligheter, og Kommisjon på å avvise anførsler den ikke vet hvordan den skal behandle. Det anbefales at Kommisjonen heretter, uten å diskutere eventuelle relevansvilkår, avviser anførsler om det tekniske og økonomiske fremskritt med samme begrunnelse som i *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*. Dette vil fjerne all tvil og samsvarer best med den rettslig sett mest velbegrunnede løsningen.

3.4.3.5.3 Foretar Kommisjonen en avveining som ledd i dominansvurderingen ?

Velferdsøkonomiske betraktninger har alltid stått sentralt i Kommisjonens tolkning og anvendelse av konkurransereglene, og det er rimelig å anta Kommisjonen kan være åpen for å vektlegge effektivitetsgevinster i saker hvor det for øvrig kan herske tvil. Ettersom Kommisjonen neppe aksepterer en avveining mellom det tekniske og økonomiske fremskritt og en dominerende stilling, må dette logisk sett bety at avveiningen fanges opp i selve dominansvurderingen. Selv om praksis ikke gir eksempler på en åpen og utilslørt avveining av mellom markedsrett og effektivitetsgevinster som ledd i dominansvurderingen, åpner Kommisjonens relativt pragmatiske tilnærming til dominans spørsmålet for en viss

tilsløring av hvilke hensyn som egentlig tillegges. Man kan derfor spørre seg om effektivitetsgevinstene kan spille en faktisk, men ikke-uttalt rolle, i Kommisjonens dominansanalyse. Ettersom det er svært vanskelig å identifisere slike avgjørelser bare ved lese Kommisjonens begrunnelser, må jeg nøye meg med å se på avgjørelser som har blitt markedsført slik i rettsteorien.

a) Nedtones betydningen av høye markedsandeler ?

Enkelte har spurt seg om Kommisjonen er tilbøyelig til å legge mindre vekt på høye markedsandeler i saker der effektivitetsgevinster fortøner seg sannsynlig. En avgjørelse som har blitt tatt til inntekt for et slikt synspunkt er *Cyanamid/Shell*¹²⁷. Det amerikanske bioteknologi- og kjemikalieselskapet Cyanamid inngikk en avtale med Shell om å overta Shells aktiviteter innen plantevernmidler. I enkelte nasjonale markeder (Spania, Hellas og Italia) ville den nye enheten få markedsandeler i størrelsesorden 45% til 55%. Kommisjon peker imidlertid på at "...an analysis focusing on market shares alone is not particularly probative in a dynamic R&D intensive industry."¹²⁸ Halliday viser til denne uttalelsen og hevder at saken illustrerer "*The Commission's willingness to take efficiencies into account implicitly...*"¹²⁹

Det er på ingen måte enestående at Kommisjonen er tilbakeholden med å legge avgjørende vekt på høye markedsandeler i markeder med høy innovasjonstakt, se for eksempel *Siemens/ Italtel*¹³⁰. Man skal imidlertid være varsom med å hevde at slike avgjørelser illustrerer vilje til å vektlegge synergier i dominansvurderingen. Først og fremst illustrerer de en økonomisk velfundert analyse av dominans-/markedsmaktsproblemet. Markeder med sterk innovasjonskonkurranse fordrer andre analyseverktøy enn markeder der priskonkurransen spiller hovedrollen. I innovative markeder er markedsandeler langt mer labile, og når Kommisjonen ser med milde øyne på høye markedsandeler i de ovennevnte avgjørelsene, er det utvilsomt med slike betraktninger i tankene. Hallidays synspunkt synes å forutsette et formalistisk dominansbegrep der markedsandeler normalt er en tilstrekkelig vurderingsfaktor. Praksis illustrerer imidlertid med tydelighet at dominansvurderingen skjer på bakgrunn av flere faktorer enn partenes markedsandeler.

Kommisjonens dominansvurdering i *Cyanamid/Shell* og *Siemens/ Italtel* viser like fullt at den er opptatt av samfunnsøkonomisk effektivitet i konkurranseanalysen. Når Kommisjonen aksepterer høy konsentrasjon i disse tilfellene, er det tross alt økonomiske betraktninger som ligger til grunn. Poenget er imidlertid *ikke* at den aksepterer større grad av markedsakt i innovative markeder, men at *konkurransens karakter* gjør at man kan akseptere større konsentrasjon uten at dette går på bekostning av konkurranseintensiteten.

¹²⁷ Sak IV/M. 354 [1993] EFT C 273/0

¹²⁸ Se premiss 33

¹²⁹ Se Halliday s. 122

¹³⁰ Sak IV/M. 468 EFT [1995] L 161/27, premiss 40 og 50.

b) *Overdreven vektlegging av den potensielle konkurransen*

Det har blitt hevdet at Kommisjonen unngikk å konkludere med dominans i *Mannesmann/Vallourec/Ilva*¹³¹ ved å legge overdreven vekt på den potensielle konkurransen fra japanske konkurrenter.

Selskapene MRW, Vallourec og Dalmine, som alle drev med produksjon og salg av rustfrie stålrør, skulle drives videre av holdingselskapet DMV som var et joint venture kontrollert av de tre ovennevnte selskaperes moderselskaper. Kommisjonen vurderer om DMV og Sandvik, markedets nest største aktør, vil få en dominerende stilling (kollektiv dominans). Kommisjonen uttaler at “*Their mutual interdependence thus creates a strong common interest and incentive to maximize profits by engaging in anticompetitive parallel behaviour*”¹³² Forutsetningene for effektiv konkurranse svekkes altså vesentlig. Det manglende incitamentet til å konkurrere blir imidlertid ikke avgjørende ettersom “*any small but significant price increase is likely to provoke further entry by Japanese competitors [...] Such entry would be sufficient to constrain the behaviour of the two market leaders.*”¹³³ Kommisjonen konkluderer etter dette med at det ikke skapes en dominerende stilling.

*Jones&Suffrin*¹³⁴ hevder at henvisningen til muligheten for japanske nyetableringer er et skalkeskjul for den egentlige grunnen til at Kommisjonen ønsket å se avtalen gjennomført: Behovet for en restrukturering av europeisk industri. Mye kan tale for at dette er riktig, jf. blant annet premiss 53 hvor Kommisjonen uttaler:¹³⁵

While a merger can be the vehicle for reducing structural overcapacities in a market and mitigating the effects of a recession, it is important that the higher level of concentration which results does not lead to the creation of a position of joint dominance which could harm effective competition on a lasting basis.

Både the Merger Task Force og Den Rådgivende Komiteen anbefalte Kommisjonen å stanse fusjonen. Når Kommisjonen da velger en annen løsning, er det rimelig å anta at behovet for en restrukturering av tilbudssiden spiller en sentral rolle.

Kommisjonens vurderinger bygger neppe på en streng vurdering av hva som er samfunnsøkonomisk optimalt. Snarere er det nok tale om en bred og skjønsmessig analyse av hva fellesskapet og fellesskapets industripolitikk er best tjent med. Det er derfor like naturlig å se dette som en industripolitisk avgjørelse som en avgjørelse der Kommisjonen legger avgjørende vekt på samfunnsøkonomisk effektivitet i streng forstand.

¹³¹ Se sak IV/M. 315 [1994] EFT L 102/15

¹³² Se premiss 129

¹³³ Se premiss 131

¹³⁴ *Jones&Suffrin* s. 800

¹³⁵ Se også premiss 38

c) Effektivitetsgevinster som en konkurransefremmende faktor

Synergier mellom fusjonspartnerne gir økt konkurransevne, og økt konkurransevne gir økt incitament til å konkurrere. Kommisjonen anerkjenner dette synspunktet, og i enkelte avgjørelser synes den å vektlegge synergier som en konkurransefremmende faktor, se for eksempel *Cynamid/Shell* hvor det uttales:¹³⁶

Industry participants interviewed indicated that the combination of Cyanamid and SCPB would likely create a more viable competitor, enabling the combined entity to offer fuller product line and to increase market penetration...

Antagelsen om at det skapes en mer konkurransedyktig enhet er imidlertid neppe hovedårsaken til at Kommisjonen valgte å klarere avtalen. Samlet sett etterlater premissene inntrykk av at den nye og sterkere enheten er ønskelig nettopp fordi den oppstår i et marked der også de øvrige konkurransepremissene var tilstede. Dersom de øvrige konkurransepremissene ikke hadde vært tilstede, gir praksis grunn til å tro at synergiene tvert imot hadde blitt brukt *mot* partene, se kapittel 3.4.5.4

d) Sammenfatning

Det er vanskelig å dokumentere at Kommisjonen *i alminnelighet* vektlegger synergier til partenes fordel når den vurderer om det skapes eller styrkes en dominerende stilling.

Mannesmann/Vallourec/Ilva står for undertegnede som et enslig eksempel på at Kommisjonen prioriterer effektivitetsbetraktninger¹³⁷ på bekostning av konkurransemessige virkninger. Det er imidlertid ikke utelukket at Kommisjonen også i andre avgjørelser har lagt avgjørende vekt på effektivitetsgevinster. Dominansbegrepet er så vidt vagt at Kommisjonen har en faktisk mulighet til å vektlegge ulike økonomiske variabler i grensetilfeller.

3.4.5.4 Efficiency-offence doktrinen

3.4.5.4.1 Innledning

I Kommisjonspraksis finner man eksempler på at synergier brukes som argument for at det skapes eller styrkes en dominerende stilling. Synergier brukes altså som argument *mot* å klarere avtalen, og det tales gjerne om en efficiency-offence doktrine.

¹³⁶ Se premiss 25

¹³⁷ Et. andre økonomiske variabler enn markedsmaaktbetraktninger. Noen rendyrket avveining mellom markedsmaakt og effektivitetsgevinster er det som sagt neppe tale om.

3.4.5.4.2 Avgjørelser

Telekommunikasjonsspesialisten AT&T ervervet maskinvareprodusenten NCR.¹³⁸ I premiss 28 bemerker Kommissjonen:

There is a potential complementarity in the technical field and the marketing of workstations and communication products, and these synergies may give AT&T/ NCR the chance of developing more advanced communication features at lower cost, although to date in similar cases, such potential synergies have never been realised

Kommissjon anerkjenner muligheten for synergier. Om betydningen av disse synergiene uttaler den: "*It is not excluded that potential advantages flowing from synergies may create or strengthen a dominant position*"¹³⁹ Kommissjon åpner altså for at synergiene kan brukes som argument for at det skapes eller styrkes en dominerende stilling. Noen år frem i tid, er holdningen den samme i *Bertelsmann/CLT*¹⁴⁰ hvor Kommissjonen drøfter spørsmålet om dominans og uttaler at "*the mere combination of resources and possible synergies is not sufficient to establish a dominant position in the foreseeable future.*" Uttalelsen må etter mitt skjønn leses slik at synergier etter omstendighetene kan være en faktor som bidrar til at det skapes eller styrkes en dominerende stilling.

Som et ferskt eksempel kan nevnes *Metro/Svedala*¹⁴¹ som gjaldt en fusjon mellom to produsenter av steinknuser. Etter å ha fastslått at den nye enheten vil få en vesentlig større markedsandel enn nærmeste konkurrent, peker Kommissjonen på andre faktorer som trekker i retning av at det skapes eller styrkes en dominerende stilling. Skalafordeler blir tilsynelatende vektlagt som en slik faktor.¹⁴²

There are indications that size matters in the A&C sector, since competitors indicated that, in order to be competitive in the A&C sectors, relatively high quantities had to be sold so as to benefit from economics of scale [...]. In that context, it should be noted that the merged entity will become by far the largest producer of A&C cones (with 60-70% of sales), as well as (albeit to a lesser extent) jaw crushers (with 20- 30% of sales) in the EEA

Eksemplene viser hvordan både kostnadsfordeler og mulige teknologiske synergier kan tale i partenes disfavør. For ytterligere eksempler, se: *Dräger/IBM/HMP*,¹⁴³ *Delta Air lines/Pan AM*,¹⁴⁴ *Blokker/Toys*,¹⁴⁵ *AlliedSignal/Honywell*,¹⁴⁶ *Tetra Laval/Sidel*¹⁴⁷.

¹³⁸ Sak IV/M. 050 [1991] EFT C 16/0

¹³⁹ Se premiss 30

¹⁴⁰ Sak IV/M. 779 [1996] EFT C 364/3, premiss 40.

¹⁴¹ Sak IV/M. 2033 av 24.01.2001

¹⁴² Premiss 137 og 138

¹⁴³ Sak IV/M. 0101[1991] EFT C 236/0, premiss 18

¹⁴⁴ Sak IV/M. 0130 [1991] EFT C 289/0, premiss 20 og 21

¹⁴⁵ Sak IV/M. 890 [1998] EFT L 316/1, premiss 63-66.

¹⁴⁶ Sak IV/M. 1601[2001] EFT L 152/1, premiss 75 og 99.

¹⁴⁷ Sak IV/M. 2416, premiss 276. flg. i artikkel 8 (3)-avgjørelse av 30.10.2001

3.4.5.4.3 En kommentar til praksis

Markedsdominans innebærer en evne til i vesentlig grad å opptre uavhengig av andre markedsaktører, jf. premiss 65 i *United Brands*¹⁴⁸. Kommisjonen legger til grunn at denne evnen tiltar med økende effektivitet, noe som langt på vei kan forsvares med henvisning til EF-domstolens tolkning av dominansbegrepet i EF-artikkel 86. Et illustrerende eksempel fra rettspraksis er nettopp *United Brands* hvor skalafordeler og teknologiske fordeler blir vektlagt som en etableringshindring og dermed som et argument for dominans.

Mange teoretikere¹⁴⁹ har pekt på at en slik tolkning av dominansbegrepet innebærer en nedprioritering av velferdsøkonomiske hensyn. Dette er tilsynelatende riktig, og det er derfor verd å spørre seg hvilken begrunnelse Kommisjonens tolkning hviler på.

Efficiency-offence-doktrinen må forstås i lys av Kommisjonens fokus på å beskytte konkurransestrukturen. I mange av de ovennevnte avgjørelsene frykter Kommisjonen at avtalen vil samle de mest konkurransedyktige aktørene under felles kontroll og dermed rive bort grunnlaget for en reell rivalisering. At avtalene gir synergier, gjør det ekstra vanskelig for faktiske og potensielle konkurrenter å hevde seg. Dersom avtalen først påvirker markedsstrukturen på en måte som vanskelig lar seg forene med effektiv konkurranse, stiller Kommisjonen seg altså negativ til stordriftsfordeler/teknologiske fordeler som gjør det vanskelig for andre aktører å konkurrere/etablere seg. Den negative holdningen til effektivitetsgevinster handler nok mer om frykt for at effektivitetsgevinstene skal bidra til å sementere en uheldig markedsstruktur enn frykt for at de skal skape en.

Det er ikke alltid lett å si når og hvordan effektivitetsgevinstene vektlegges i partens disfavør. Kommisjonen er som nevnt opptatt av det ikke skapes en suveren markedsleder og undersøker i denne sammenheng om det den nye enheten vil få særlige konkurransemessige fortrinn, som for eksempel skalafordeler. Det avgjørende poenget er imidlertid ikke om fusjonen er årsak til skalafordeler, men om den nye aktøren *faktisk vil ha* vesentlige skalafordeler relativt til de andre aktørene etter fusjonen. For å oppnå dette er det ikke nødvendig (men tidvis tilstrekkelig) at avtalen genererer synergier. Poenget kan illustreres med *Metro/Svedala*, hvor de to største aktørene ønsker å fusjonere i et marked hvor det var nødvendig med relativt høy omsetning for å kunne realisere skalafordeler (premiss 137, se utdrag ovenfor). Dersom avtalen ble gjennomført, ville den nye enheten presumptivt få skalafordeler som de øvrige markedsaktørene ikke kunne matche, men i hvilken grad fusjonsavtalen bidro til skalafordeler som avtalepartene ikke hadde realisert på forhånd, er uklart. Det vesentlige for Kommisjonen var nok at avtalen truet med å eliminere de to aktørene som *hadde* realisert skalafordeler, og antageligvis var det mindre viktig, men neppe irrelevant, at avtalen også kunne skape ytterligere konkurransefordeler vis-a-vis tilbudssiden for øvrig.

Den ovennevnte forklaringen tar selvsagt ikke brodden fra kritikken i rettsteorien. Selv om man antok at effektivitetsgevinstene bidro til å styrke og/eller bevare et vesentlig konkurransefortrinn, er det ikke dermed sagt at effektivitetsgevinstene bidrar til mindre effektiv ressursbruk. Der det er tale om samfunnsøkonomiske synergier, virker det tvert imot velferdsøkonomisk tvilsomt å legge til grunn

¹⁴⁸ Sak 27/76, sml. 1978 s. 207

¹⁴⁹ Se Craig&Burca s. 997 og Jenny s. 603

at synergiene vil gi økt markedsrett med et kostnadselement som overgår gevinstenes egen størrelsesorden.¹⁵⁰

3.4.5.5 Effektivitetsgevinstenes to ulike roller – fellesbemerkinger

Vi har sett at effektivitetsgevinster kan vektlegges i partenes disfavør når Kommisjonen vurderer om det skapes eller styrkes en dominerende stilling. I kapittel 3.4.5.3 pekte jeg på rimeligheten av å anta at Kommisjonen kan vektlegge effektivitetsgevinster, om enn ikke like uttalt, som argument for å konkludere med at det ikke skapes eller styrkes en dominerende stilling. Det virker altså som om effektivitetsgevinster kan brukes som argument både for å heve og for å senke dominansterskelen. Denne tvetydigheten har skapt en forvirring som kommer til uttrykk i rettsteoriens behandling av Kommisjonens praksis. Forvirringen gir seg særlig utslag i at avgjørelser hvor Kommisjonen *de facto* bruker effektivitetsgevinster som argument for at det skapes eller styrkes en dominerende stilling, har blitt markedsført som avgjørelser hvor det motsatte er tilfellet. Det mest treffende eksempelet er *Mercedes-Benz/Kässbohrer*¹⁵¹ som gjaldt Mercedes-Benz overtakelse av Kässbohrer, en tysk bussprodusent. I avgjørelsens premiss 59 flg. vurderer Kommisjonen hvilken posisjon den nye enheten vil få på de relevante bussmarkedene og fastslår at markedsandelene vil ligge i størrelsesorden 44-73%. Kommisjonen påpeker at høye markedsandeler ikke i seg selv er tilstrekkelig til å konkludere med at det foreligger en dominant stilling, og fortsetter i premiss 66-69 med å undersøke andre faktorer som kan tale for at skapes eller styrkes en dominerende stilling. Premiss 66:

The proposed merger would allow Mercedes-Benz and Kässbohrer to achieve certain synergy effects. This applies in particular to research and development, production and administration. Kässbohrer will in future benefit from the size of Mercedes-Benz in joint purchasing. The further advantage of component standardization is limited, since Mercedes-Benz and Kässbohrer to a large extent use common components. Furthermore, it is not possible to apply further standardization in customer-sensitive and labour-intensive areas[...] Lastly, competitors have questioned whether the expected synergy effects are enough to offset the existing cost disadvantages of Mercedes-Benz in comparison to its competitors.

Lest alene kan dette gi inntrykk av at Kommisjonen, som ledd i en avveiningsprosess, foretar en kritisk gjennomgang av partenes anførsler om mer effektiv drift. Atskillige forfattere har konkludert slik.¹⁵² Når man leser premiss 66 i kontekst, er det imidlertid tydelig at synergiene vurderes med et ganske annet formål for øyet: Kommisjonen frykter at synergiene skal bidra til å gi den nye enheten en dominerende stilling. Klarest går dette frem av siste setning som blir fullstendig meningsløs hvis man forutsetter en avveining: I en avveining ville poenget ha vært om synergiene var fusjonsspesifikke og

¹⁵⁰ Der det ikke er tale om samfunnsøkonomiske størrelser kan det stille seg annerledes, men jeg tror det er vanskelig å finne godt belegg for at rene bedriftsøkonomiske synergier, utfra samfunnsøkonomiske betraktninger, generelt bør vektlegges mot fusjonspartene.

¹⁵¹ Sak IV/M. 477 [1995] EFT. L 211/1

¹⁵² Se for eksempel Kolstad s. 285, Halliday s. 122 og Noel s. 513-514

dokumenterte, ikke om de ville overgå Mercedes-Benz allerede eksisterende kostnadsulemper.¹⁵³ Det kan videre pekes på at i andre tilfeller, hvor Kommisjonen foretar en åpen avveining, skjer dette under etiketten ”det tekniske og økonomiske fremskritt” sammen med et sett av mer eller mindre standardiserte vilkår, jf. kapittel 3.4.5.3.2. Slik ikke her.

Sett fra en praktisk synsvinkel, er det viktig å forstå hva som styrer Kommisjonens behandling av effektivitetsgevinster i det konkrete tilfellet. Ettersom effektivitetsgevinstenes to ulike roller reflekterer ulike vurderingstemaer i Kommisjonens analyser, dominstemaet og effektivitetstemaet, er det imidlertid viktig å ha klart for seg at man ikke står overfor et enten-eller spørsmål. Effektivitetsgevinstene kan i prinsippet spille ulike roller i en og samme avgjørelse, men hvilken rolle som blir mest fremtredende i det konkrete tilfellet, kan desverre være vanskelig å forutse.

3.4.6 Juridisk teori

Rettsteorien har generelt stilt seg avvisende til muligheten for å anvende et effektivitetsargument i fusjonsforordningen. Hovedinnvendingen er rimelig nok at ordlyden i artikkel 2 nr. 2 og 3 stenger for en slik tolkning, og at passusen om det tekniske og økonomiske fremskritt ikke kan gjøre noen forskjell.¹⁵⁴

Enkelte forfattere hevder imidlertid at det er rettslig holdbart å innfortolke et effektivitetsargument. En omfattende drøftelse foretar Miguel¹⁵⁵ som konkluderer med at en dominerende stilling som resulterer i lavere priser *ikke* hemmer konkurransen i betydelig grad. Miguel tar utgangspunkt i at EF-konkurranserett har som formål å fremme konsumentvelferden og slutter herfra at spørsmålet om hvorvidt en dominerende aktør vil hemme konkurransen på en avgjørende måte, må avgjøres i et konsumentperspektiv. Sett fra konsumentens ståsted kan det i Miguels øyne vanskelig hevdes at konkurransesituasjonen forverres når resultatet blir lavere priser, og han konkluderer derfor med at en avtale som skaper eller styrker en dominerende stilling som resulterer i lavere priser, *ikke* hemmer konkurransen i betydelig grad.

Svakheten ved Miguels argumentasjon er at den bygger på en snever forståelse av *hvordan* EF-retten søker å ivareta konsumentvelferden. EF-konkurranserett bygger på en forutsetning om at fellesskapets overordnede målsettinger best fremmes gjennom ”effektiv konkurranse,” som inneholder visse grunnleggende krav til markedsstruktur og rivalisering mellom markedsaktørene. Selv om *Metro*¹⁵⁶ klart nok

¹⁵³ Merk at setningen innledes med "lastly", noe som indikerer at setningen inneholder et argument med samme valør som de foregående (implisitt; de andre argumentene i premiss 66 like lite ledd i et effektivitetsargument som argumentet i siste setning).

¹⁵⁴ Se for eksempel Noel s. 504 og Halliday s. 121

¹⁵⁵ se Miguel s. 26-39

¹⁵⁶ Se note 105

sier at disse kravene kan variere med markedets karakter, er det uholdbart å hevde at de ene og alene er en funksjon av markedsresultatet¹⁵⁷ slik Miguel synes å forutsette.

Såvidt undertegnede bekjent, er Miguel den som har gått lengst i å argumentere for at det er rettslig holdbart å *ikke* gripe inn overfor effektivitetsfremmende fusjoner som skaper eller styrker en dominerende stilling. Jones&Suffrin¹⁵⁸ nøyer seg med å hevde at ”*it could possibly be argued that, since the merger increases consumer welfare as a whole, the dominant position created or strengthened does not result in a significant impediment to effective competition.*” Uttrykksmåten er svært reservert, og kan vanskelig tas til inntekt for at forfatterne mener det er rettslig holdbart å foreta en avveining.

Rettsteoriens syn på Kommisjonens praksis

I rettsteorien er det ulike oppfatninger om effektivitetsgevinstenes rolle i Kommisjonspraksis. *Noël*¹⁵⁹ konkluderer med at ”*..it seems that for the time being, economic efficiencies are unlikely to play a decisive role in the vast majority of merger reviews conducted by the Commission.*” På linje med dette finner *Griffin&Sharp*¹⁶⁰ at ”*...although the concept of dominance is decisive, the Commission will encourage innovative resubmissions of proposed “concentrations” that capture efficiencies but do not result in the creation or strengthening of market dominance.*” *Miguel*¹⁶¹ går noe lengre og uttaler ”*...it is probably the case that efficiencies are an undisclosed factor, if not necessarily the deciding one, in some Commission decisions approving mergers.*” *Halliday*¹⁶² mener imidlertid å ha belegg for å hevde at Kommisjonen kan legge avgjørende vekt på effektivitetsgevinster og hevder at praksis ”*Clearly show that the Commission is prepared to rely on efficiency assertions to permit a merger.*” Mitt inntrykk er imidlertid at *Halliday* i noen grad misforstår Kommisjonens resonnementer når hun tar nærmest enhver referanse til synergier som et argument i partenes favør.

3.4.7 Sammenfatning

Det er språklig sett lite naturlig å hevde at en fusjon som skaper/styrker en dominerende stilling *ikke* svekker konkurransen i avgjørende grad *fordi* den gir effektivitetsgevinster. I samme retning trekker det faktum at lovgiver valgte å sensurere Kommisjonens forslag til avveiningsklausul.

Enkelte har vist til at konsumentvelferd og effektiv ressursbruk er de sentrale hensynene i EF-konkurranserett, og at fusjoner som antas å ville øke konsumentvelferden derfor må passere konkurransetesten i artikkel 2. Ovenfor har jeg vist at målsettingen om effektiv konkurranse er den overordnede tolkningsnormen i EF-konkurranserett, og at dette begrepet ikke nødvendigvis er

¹⁵⁷ Jf. kapittel 3.4.3.

¹⁵⁸ Se Jones&Suffrin s. 796

¹⁵⁹ se Noël s. 514

¹⁶⁰ Se Griffin&Sharp s. 670

¹⁶¹ se Miguel s. 29

¹⁶² Se Halliday s. 122

ensbetydende med en målsetting om størst mulig konsument- eller samfunnsøkonomisk overskudd i streng økonomiske forstand. Selv finner jeg det derfor vanskelig å akseptere den ovennevnte synsmåten som holdbar.

Artikkel 2 nr.1 litra b) pålegger Kommisjonen en plikt til å vektlegge det tekniske og økonomiske fremskritt så lenge det ikke hindrer konkurransen. Det kan argumenteres for at effektivitetsgevinster kan fungere som en konkurransekatalysator og således spille en rolle i inngrepsvurderingen uten å ramme konkurransen. Når man tar utgangspunkt i kravet til effektiv konkurranse, er det imidlertid grenser for hvor langt man kan gå i å vektlegge slike synspunkter. Å etablere et *de facto* effektivitetsargument innenfor rammen av en slik argumentasjon er etter mitt skjønn uholdbart.

Kommisjonens praksis

Enkelte rettsteoretikere har hevdet at det finnes et effektivitetsargument i Kommisjonens praksis. Selv har jeg vanskelig for å se at dette er en dekkende påstand. Kommisjonen har åpent og utvetydig avvist muligheten for at effektivitetsgevinster kan redde en avtale som skaper eller styrker en dominerende stilling¹⁶³, og jeg heller ikke har jeg funnet holdepunkter for å hevde at Kommisjonen, uttalt eller uuttalt, foretar en rutinemessig og standardisert avveining som ledd i dominansvurderingen. Med dette mener jeg imidlertid ikke å hevde at effektivitetsgevinster er irrelevante i Kommisjonens praksis.

For det første synes praksis å gi minst ett eksempel på at andre økonomiske variabler enn markeds-makt, har blitt tillagt avgjørende vekt.¹⁶⁴ Selv om Kommisjonen ikke foretar en standardisert avveining mellom markeds-makt og effektivitetsgevinster, synes altså perspektivet å være vidt nok til at effektivitetsgevinster unntaksvis kan spille en sentral og avgjørende rolle.

For det andre er det rimelig å anta Kommisjonen tar hensyn til effektivitetsgevinster ved valg av inngrepsalternativ. I denne prosessen har Kommisjonen stor skjønnsfrihet, og det kan neppe være kontroversielt, verken de lege lata eller de lege ferenda, dersom Kommisjonen velger å gripe inn på en måte som tilgodeser både hensynet til eventuelle effektivitetsgevinster og hensynet til konkurransen. Til støtte for en slik hypotese, kan det vises til at Kommisjonen har oppfordret avtaleparter til å komme med nye avtaleforslag slik at de anførte gevinstene realiseres uten at inngrep er påkrevd.¹⁶⁵ En slik strategi illustrerer hvordan Kommisjon søker å ivareta hensynet til konkurransen og effektivitetsgevinstene side om side.

For det tredje blir effektivitetsgevinster tidvis brukt som argument mot å klarere en avtale. Denne tilnærmingen må forstås et resultat av en rigid og uheldig tolkning av dominansbegrepet og er derfor ikke et uttrykk for at Kommisjonen er kritisk til effektivitetsgevinster som sådan.

¹⁶³ Sak IV/M. 1313 [2000] EFT L 020/1, premiss 198.

¹⁶⁴ Sak IV/M. 315 [1994] EFT L 102/15

¹⁶⁵ Ifølge Sharp&Griffin var dette tilfellet i for eksempel *Nordic Satellite Distributorship* (sak IV/M.490), se Sharp&Griffin s. 670.

3.5 Kommisjonens endringsforslag

Den 11. desember 2002 la Kommisjonen fram forslag til ny fusjonsforordning samt forslag til retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner.¹⁶⁶ Effektivitetsgevinstenes status er gjenstand for behandling i begge forslag. I dette avsnittet ser jeg nærmere på hvordan.

Med enkelte presiseringer foreslår Kommisjonen å beholde den nåværende artikkel 2 som bærer av de materielle inngrepskriteriene i den nye fusjonsforordningen. En avveiningsklausul av typen man fant i Kommisjonens utkast til den nåværende fusjonsforordningen, blir ikke foreslått.¹⁶⁷ Dette begrunnes med at:

Kommisjonen mener, at en eksplisitt behandling af effektivitetsgevinster er juridisk mulig med de nuværende materielle kriterier og den foreslåede formulering af fusjonsforordningen. Dette synspunktet deles af mange[...] Fusjonsforordningens artikkel 2, stk., 1 litra b), giver hjemmel hertil, idet det her fastsettes, at Kommissionen bl.a.skal tage hensyn til "udviklingen i det tekniske eller økonomiske fremskridt, for så vidt som dette er til fordel for forbrugerne og ikke udgør en hindring for konkurrencen."¹⁶⁸

Kommisjonen sier ingenting om hvilken form for eksplisitt behandling den mener er mulig, men *utkastet til retningslinjer* gir atskillige holdepunkter, jf. punktene 87 til 95 i utkastet. Grunntanken i retningslinjenes tilnærming til effektivitetsgevinstene kan spores under punkt 88:

Kommisjonen [kan] på grundlag af tilstrækkelige beviser konkludere, at de effektivitetsgevinster, som fusionen medfører, vil kunne øge den fusionerede virksomheds incitament til at deltage aktivt i konkurrencen til fordel for forbrugerne, fordi de oppvejer de konkurrencemæssige virkninger, som fusionen ellers kunne få.

Tanken er tilsynelatende at effektivitetsgevinstene skal vektlegges som en konkurransevariabel.¹⁶⁹ Dette harmonerer godt med at Kommisjonens bruker passusen om det tekniske og økonomiske fremskritt som begrunnelse for at det er adgang til *en eksplisitt* behandling av effektivitetsgevinstene. Retten og plikten til å vektlegge det tekniske og økonomiske fremskritt er jo betinget av at vektleggingen ikke hindrer konkurransen.

Når man leser videre, blir imidlertid inntrykket at Kommisjonen legger opp til et effektivitetsargument nært beslektet med det Konkurransetilsynet gjør bruk av i krl. § 3-11. Særlig blir dette klart når utkastet krever at gevinstene må være: 1) direkte til fordel for forbrukerne, 2) fusjonsspesifikke, 3) betydelige, 4) hurtig oppnåelige, 5) dokumenterte. Flere av disse vilkårene er overflødige dersom gevinstene bare skal vektlegges i den grad de påvirker avtalepartenes konkurranseincitament. For det første er det naturlig å legge til grunn at forbrukerne per definisjon vil være tjent med gevinster som

¹⁶⁶ Se henholdsvis EFT [2003] C 20/4 og EFT [2002] C 331/18

¹⁶⁷ Se kap. 3.4.4

¹⁶⁸ Premiss 60 i begrunnelsen

¹⁶⁹ Dvs. en størrelse som, på linje med markedskonsentrasjon, kjøpermakt etc., brukes til å vurdere markedsinntekt/graden av rivalisering mellom tilbyderne.

gir økt konkurranseincitament og rivalisering på tilbudssiden, og for det andre gir kravet om årsaks-sammenheng bare mening når det er tale om en avveining mellom effektivitetsgevinster og markeds-makt. Poenget med dette vilkåret er jo at det er en kostnad forbundet med å vektlegge effektivitets-gevinstene, og at gevinstene ikke skal kunne realiseres uten denne kostnaden. Denne kostnaden er ikke tilstede når man vektlegger gevinstene som en konkurransevariabel.

Etter mitt skjønn går utkastet lenger enn hva som er rettslig holdbart i dag. Effektivitetsgevinster får en potensiell vekt/rolle som neppe er forsvarlig sett i lys av den overordnede målsettingen i EF-konkurranserett om ”effektiv konkurranse,” og dessuten synes Kommisjonens begrunnelse å bygge på en selvmotsigelse: Når vektleggingen av det tekniske og økonomiske fremskritt ikke må hindre konkurransen,¹⁷⁰ innebærer dette implisitt at det kan finnes en motsetning mellom konkurranse-intensitet og en vektlegging av effektivitetsgevinster. Forslaget til retningslinjer synes å ignorere denne spenningen når de opererer med et konkurransebegrep som blir nærmest entydig knyttet til konsumentvelferd i streng økonomisk forstand. Det hjelper lite å vise til at synspunktet ”deles av mange” når det ikke underbygges med mer konkrete og substansielle begrunnelser.

Kommisjonen har åpenbart ikke latt seg overbevise helt av sin egen argumentasjon og foreslår derfor å endre fortalen slik at det skal gå klarere fram at effektivitetsgevinster kan redde en ellers utillatelig fusjon. Det foreslås at fortalen punkt 24 skal lyde:

For at afgøre, hvilke virkninger en fusion vil få for fællesmarkedet, bør der tages hensyn til enhver begrundet effektivitetsgevinst, som de deltagende virksomheder kan påvise. Det er muligt, at en fusion på grund af de effektivitetsgevinster, den resulterer i, ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, der medfører at konkurrencen hæmmes betydeligt på fællesmarkedet eller en betydelig del af det. Kommissionen bør klarlægge, hvornår den kan tage effektivitetsgevinster i betragtning

Det er selvsagt et helt vesentlig tolkningsmoment at fortalen heretter sier med rene ord at effek-tivitetsgevinster kan redde en ellers utillatelig fusjon. Likevel er det grunn til å spørre om det ikke hadde vært mer hensiktsmessig med en åpen og eksplisitt avveiningsklausul av typen som ble forkastet i forkant av den nåværende fusjonsforordningens vedtakelse. En slik løsning ville løftet problemet ut av en juridisk gråsoner og skapt klare linjer for både rettsanvender og private parter. Når Kommisjonen ikke har fremmet et slikt forslag, er nok årsaken først og fremst en frykt for at forslaget vil lide samme skjebne som i 1989. Kommisjonen mener åpenbart at effektivitetsgevinstene har en naturlig plass i inngrepsvurderingen, men den vet at emnet er politisk kontroversielt og velger derfor en forsiktig tilnærming.

Hvordan vil praksis utvikle seg ?

Det er påfallende hvordan relevansvilkårene i utkastet er mer eller mindre sammenfallende med de som i praksis blir brukt til å vurdere anførsler om tekniske og økonomiske fremskritt. Utkastet sier

¹⁷⁰ Se artikkel 2 nr.1 litra b) og utdraget fra premiss 60 ovenfor.

imidlertid også at Kommisjonen heretter skal behandle effektivitetsgevinstene eksplisitt og at effektivitetsgevinstene skal kunne oppveie en ellers utillatelig konkurransesvekkelse. Dette er uttrykk for ambisjoner som ikke er forenlig med den nåværende praksis. Sist gang Kommisjonen foretok en eksplisitt vurdering av effektivitetsgevinster, i *Danish-Crown*, ble de avvist med den begrunnelse at det allerede var fastslått at avtalen ville skape/styrke en dominerende stilling. Når effektivitetsgevinstene heller ikke ble vurdert eksplisitt i dominansvurderingen, er en eksplisitt behandling av effektivitetsgevinstene utelukket med logisk nødvendighet. Hvis forslaget til retningslinjer legges til grunn i fremtiden, må det derfor bli endringer i praksis. Enten må effektivitetsgevinstene vurderes eksplisitt som ledd i dominansvurderingen, eller så må man akseptere at de at de kan legitimere dominans/økt dominans. En tredje mulighet er selvsagt at effektivitetsgevinstene heretter blir ett av flere momenter¹⁷¹ i en helhetlig vurdering av om fusjonen ”*skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hemmes betydeligt.*” Uttryksmåten som er valgt i forslaget til fortalen punkt 24, kan indikere at dette er tanken, men tiden får vise hvor pendelen svinger.

¹⁷¹ Ved siden av for eksempel markedskonsentrasjon og kjøpermakt.

Kapittel 4 Sammenfattende synspunkter

Både fusjonsforordningen og krrl. § 3-11 har som hovedformål å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. For å fremme dette formålet, har Kommisjonen og Konkurransetilsynet lagt stor vekt på anbefalingene man finner i moderne økonomisk teori. Det bør derfor ikke overraske at tolkningen av fusjonsforordningen og krrl. § 3-11 har svært mange likhetstrekk. I begge tilfeller spiller det økonomiske begrepet markedsrett en veiledende rolle i konkurranseanalysen, og en nærmere studie avslører at valg og vektlegging av inngrepskriterier i all hovedsak er de samme i fusjonsforordningen og krrl. § 3-11. Særlig kan man merke seg at både Kommisjonen og Konkurransetilsynet er tilbakeholdne med å gripe inn overfor avtaler der partenes markedsandeler er under 40-45%. Ettersom både evnen til å utøve markedsrett og evnen til å realisere synergier er knyttet til virksomhetsstørrelsen, kan det da hevdes at avveiningen mellom effektivitetsgevinster og kostnader ved (økt) markedsrett, *generelt* skjer på samme måte i fusjonsforordningen og krrl. § 3-11. Det er imidlertid forskjeller. For det første regulerer bestemmelsene ulike avtaler og markedstyper. Dette innebærer at anvendelsen av samme inngrepskriterier *de facto* kan gi seg ulike samfunnsøkonomiske utslag. For det andre, der markedsrettanalysen taler for inngrep, foretar Konkurransetilsynet en standardisert og rutinemessig avveining mellom kostnader ved økt markedsrett og konkrete samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster. Kommisjonen har inntil nå stilt seg avvisende til anvendelsen av et slikt effektivitetsargument.

Kommisjonen og Konkurransetilsynet har neppe ulikt syn på ønskeligheten av et effektivitetsargumentet i fusjonsanalysen. Kommisjonens lovutkast til fusjonsforordninger¹⁷² vitner klart om at den finner et effektivitetsargument velbegrunnet, og det er lite som tyder på at Konkurransetilsynet føler seg rettslig forpliktet til å foreta en uhensiktsmessig avveining. Den ulike tolkningen skyldes derfor presumptivt at Kommisjonen ikke har funnet det rettslig holdbart å anvende et effektivitetsargument.

Sammenligner man utformingen av de materielle inngrepsvilkårene i fusjonsforordningen og krrl. § 3-11, er en påfallende forskjell at krrl. § 3-11 er alene om å kreve en vurdering av forholdet til lovens formålsbestemmelse. Fraværet av et slikt vilkår i fusjonsforordningens ordlyd er imidlertid ingen fullgod forklaring på hvorfor Kommisjonen har vært vist liten vilje til å foreta en åpen avveining. Hvis Kommisjonen hadde funnet det klart at et effektivitetsargument var nødvendig for å fremme fusjonsforordningens formål, ville ordlyden i artikkel 2 neppe ha vært et tilstrekkelig motargument. Kanskje like viktig er det nok derfor at fusjonsforordningens formål i noen grad avviker fra konkurranselovens.

¹⁷² Så vel utkastet til den nåværende fusjonsforordningen som utkastet til ny fusjonsforordning

I konkurranselovens formålsbestemmelse og forarbeider går det tydelig fram at lovens målsetting om virksom konkurranse har status som hjelpemiddel i et skjema der den overordnede målsettingen er effektiv ressursbruk i streng økonomisk forstand. Målsettingen om virksom konkurranse har således ingen egenverdi og må vike der den overordnede målsettingen om effektiv ressursbruk synes å kreve en slik tolkning. Er man av den oppfatning at et effektivitetsargument kan bidra til mer effektiv ressursbruk, slik tilsynet synes å være, har man da en fullgod begrunnelse for å foreta en konkret avveining.

Selv om også fusjonsforordningen har som sitt sentrale formål å bidra til effektiv ressursbruk, er det tvilsomt om man her kan begrunne et effektivitetsargument med henvisning til et tilsvarende tanke-skjema. Fra EF-traktaten og EF-domstolens praksis kan man nemlig slutte at reglene i EF-konkurranserett må tolkes i lys av kravet om effektiv konkurranse i EF artikkel 3 g). I all hovedsak må dette konkurransekravet tolkes og forstås i samsvar med hva man kan slutte fra økonomisk teori om effektiv ressursbruk, men det er rimelig å hevde at det er visse forskjeller. Særlig viktig i denne sammenheng, er det at ”effektiv konkurranse” synes å stille opp visse grunnleggende krav til rivalisering og konkurransestrukturer som kan komme i konflikt med hensynet til effektiv ressursbruk i streng økonomisk forstand. Disse forskjellene mellom ”effektiv *ressursbruk*” i økonomisk forstand og ”effektiv *konkurranse*” i EF-rettslig forstand, er relevante nettopp der markedene er/blir så konsentrerte at inngrep, og dermed effektivitetsargumentet, blir aktuelt. Selv om det generelt kan hevdes at konkurranseloven og EF-konkurranserett bygger på samme mål-middel skjema, finnes det altså visse (subtile) forskjeller som gjør seg gjeldene når man vurderer effektivitetsargumentet i lys av formålsbetraktninger.

Utkastet til ny fusjonsforordning vitner om at Kommisjonen legger begrenset vekt på de føringer ”effektiv konkurranse” måtte legge på anvendelsen av et effektivitetsargument. Den tredje, og antageligvis viktigste forklaringen på Kommisjonens tilbakeholdenhet, er derfor Rådets sensur av den avveiningsklausulen Kommisjonen ønsket å inkludere i fusjonsforordningen. En avveining av typen som Konkurransetilsynet benytter i krrl. § 3-11, ville kort og godt være i strid med Rådets stillingstagen i et politisk betent spørsmål. Et interessant poeng i denne sammenheng er at *Rådets* vurderinger antageligvis hadde lite å gjøre med formålsbetraktninger og økonomiske teori. Derimot var de knyttet til en frykt for at Kommisjonen skulle benytte avveiningsklausulen til skjønsmessig å velge ut ”europeen champions” på bekostning av konkurransen i fellesskapet.

Når det rettslige grunnlaget for anvendelsen av et effektivitetsargument har blitt forskjellig i fusjonsforordningen og krrl. § 3-11, kan det altså ikke forklares med en ulik vurdering av effektivitetsargumentets samfunnsøkonomiske hensiktsmessighet. Mer dekkende er det å se forskjellen som et utslag av spenningen mellom fellesskapets og nasjonalstatenes og interesser som så fundamentalt preger all fellesskapsrett.

Kommisjonens utkast til ny fusjonsforordning og retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner, forteller at Kommisjonen ønsker å gi effektivitetsargumentet en mer sentral rolle. Dette kan betraktes som del av en internasjonal trend. De siste årene har effektivitetsargumentet fått gradvis innpass i flere vest-europeiske og anglo-amerikanske jurisdiksjoner, og et beskrivende tilfellet er USA hvor konkurransemyndighetenes retningslinjer¹⁷³ har gitt effektivitetsgevinstene stadig mer spalteplass de siste to tiårene. I den siste utgaven fra 1997 får effektivitetsgevinstene en plass som i kan sammenlignes med den man finner i både Konkurransetilsynets retningslinjer og Kommisjonens utkast til retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner.

Effektivitetsargumentets tiltagende betydning i konkurransemyndighetens analyser har skjedd i vekselvirkning med at temaet har blitt drøftet i juridisk og økonomisk teori. Teorien rommer imidlertid mange ulike synspunkter både m.h.t *om* og *hvordan* et effektivitetsargument skal anvendes. Det generelle vurderingstemaet er imidlertid svært enkelt: Et effektivitetsargument kan bare begrunnes meningsfullt med henvisning til at det skaper økt økonomiske velferd, og spørsmålet er derfor om man finner det rimelig å anta at effektivitetsargumentet har et slikt potensiale.¹⁷⁴ Man er m.a.o. spart for avveininger mellom inkommensurable størrelser der argumentenes vekt i større eller mindre grad vil avhenge av den enkeltes verdisyn og livserfaring.

I enkle økonomiske modeller er det lett å vise at fusjoner som skaper eller forsterker markedsmakt kan resultere i økt samfunnsøkonomisk effektivitet når de også gir samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster. Når man vurderer kravet til gevinstenes størrelsesorden, vil svaret imidlertid avhenge av hvordan konkurransen *faktisk* utvikler seg, og *når* gevinster *eventuelt* blir realisert. Dette gjør den praktiske analysen svært usikker, og det blir etter mitt skjønn lite troverdig å hevde at en konkurransebegrensende fusjon må klareres fordi synergier innebærer at nettoresultatet blir økt samfunnsøkonomisk overskudd. Poenget er slett ikke at den motsatte påstanden generelt har større sannhetsverdi, men at man ikke kan si med rimelig grad av sikkerhet hva som er tilfellet.

Hvilken rolle effektivitetsargumentet får i fusjonsanalysen er av liten samfunnsøkonomisk betydning, men for konkurranseretten er det av stor *prinsipiell* betydning at den gjør skjønnsom bruk av anbefalingene man finner i økonomisk teori. Det er lite skjønnsomt å bygge på anbefalinger som forutsetter kunnskap man i liten eller ingen grad har tilgang til. For at fusjonsanalysen skal være velbegrunnet, må den derfor ta utgangspunkt i forhold man kjenner med rimelig grad av sikkerhet. Man vet med rimelig grad av sikkerhet at markedsmakt er et samfunnsøkonomisk onde, og at effektivitetsgevinster er et samfunnsøkonomisk gode. Videre vet man en god del om hvilke forhold som påvirker muligheten til å utøve markedsmakt. Dette er tilstrekkelig til å formulere retningslinjer av typen man finner i for eksempel Konkurransetilsynets retningslinjer kapittel 2 og 3, men er på ingen måte

¹⁷³ For nærmere henvisning, se note 51.

¹⁷⁴ Rådets begrunnelse for ikke å inkludere en avveiningsklausul illustrerer riktignok at denne vurderingen ikke behøver å være et avgjørende pro-argument.

tilstrekkelig til å foreta presise samfunnsøkonomiske analyser av fusjonsavtaler som skaper eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurranse. Da foretar man reelt sett *et valg* med et misvisende skinn av rasjonalitet.

5 Rettskilder og litteratur

5.1 Rettskilder

5.1.1 Norsk rett

Lover

EØS-loven	Lov nr. 109 av 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.
Forvaltningsloven	Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Konkurranseloven	Lov nr. 65 av 11. juni 1993 om konkurranse i ervervsvirksomhet
Prisloven	<i>Opphevet</i> lov nr. 4 av 26. juni 1953 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold.

Forskrifter

Forskrift nr. 964 av 4. desember 1992 om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen	
Forskrift nr. 966 av 4. desember 1992 om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen	

Forarbeider

NOU 1991:27	Konkurranse for effektiv ressursbruk
Ot.prp. nr. 41 (1992-93)	Om lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) og lov om pristiltak
Innst. O. Nr 127 (1992-1993)	Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om konkurranse i ervervsvirksomhet

NOU 2003:12

Ny konkurranselov

St.dok. nr. 8:99 (2002-2003)

Privat forslag om endring av konkurranseloven

Innst. O. Nr. 109 (2002/2003)

Innstilling fra familie- kultur- og administrasjonskomiteen om endring i lov nr. 65 av 11. juni 1993 om konkurranse i ervervsvirksomhet

Rettspraksis

Rt. 1995 s. 1427

Konkurransetilsynets praksis

Sak 97/41

Norsk Kjøtt/Yggseth

Sak 97/482

Gresvig/Sport Holding

Sak 97/849

Tomra/Halton

Sak 98/43

SAS/Widerøe

Sak 01/21

SAS/Braathens

Sak 02/26

Statskraft/Agder Energi

Andre kilder

Konkurransetilsynets retningslinjer for inngrep mot bedriftserverv (lang versjon) av 04.11.96

5.1.2 EF-/ EØS- rett

Traktater

EØS-avtalen

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

EF-traktaten Traktat om opprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab - Roma 25. mars 1957 - som endret ved Enhetsakten, Maastricht-, Amsterdam- og Nicetraktaten.

Sekundærlovgivning

Fusjonsforordningen Rådets forordning nr. 4064/89 av 21. desember 1989 om kontroll med fusjoner og virksomhetsoverdragelser som publisert i EFT [1990] L 257/13 og endret gjennom Rådets forordning 1310/97 av 9. juli 1997 som publisert i EFT [1997] L 180/1.

Forarbeider

Utkast til fusjonsforordning Kommisjonens utkast til fusjonsforordning som publisert i EFT [1989] C 22/14

Utkast til ny fusjonsforordning Kommisjonens utkast til *ny* fusjonsforordning som publisert i EFT [2003] C 20/4

Avgjørelser fra EF- domstolen

Sak 6/72 Continental Can mot Kommisjonen, Sml. 1973 s. 215

Sak 6&7/73 Comercial Solvents mot Kommisjonen, Sml. 1974 s. 223

Sak 26/76 Metro SB-Großmärkte mot Kommisjonen, Sml. 1977 s. 1875

Sak 27/76 United Brands Company mot Kommisjonen, Sml. 1978 s. 207

Sak 22/78 Hugin mot Kommisjonen, Sml. 1979 s. 1869

Avgjørelser fra Førsteinstansretten

Sak T-30/89 Hilti mot Kommisjonen, Sml. 1990 II s. 1439

Sak T-2/93 Air-France mot Kommisjonen, Sml. 1994 II s. 323

Sak T-102/96 Gencor Ltd. mot Kommissjonen, Sml. 1999 II s. 753

Kommisjonspraksis

Sak IV/M. 0050 AT&T/NCR [1991] EFT C 16/0

Sak IV/M. 0053 Aérospatiale- Alenia/ de Havilland [1991] EFT L 334/42

Sak IV/M. 0101 Dräger/ IBM/HMP [1991] EFT C 236/0

Sak IV/M. 0126 Accor/Wagon-Lits [1992] EFT L 204/1

Sak IV/M. 0130 Delta Air lines/ Pan AM [1991] EFT C 289/0

Sak IV/M. 0315 Mannesmann/Valourec/Ilva [1994] EFT L 102/15

Sak IV/M. 0354 Cyanamid/Shell [1993] EFT C 273/0

Sak IV/M. 0468 Siemens/ Italtel [1995] EFT L 161/27

Sak IV/M. 0469 MSG/Media Service [1994] EFT L 364/1

Sak IV/M. 0477 Mercedes-Benz/Kässbohrer [1995] EFT L 211/1

Sak IV/M. 0490 Nordic Satellite Distribution [1996] EFT L 053/20

Sak IV/M.0 774 Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM [1997] EFT L 247/1

Sak IV/M. 0779 Bertelsmann/CLT [1996] EFT C 364/3

Sak IV/M. 0890 Blokker/Toys 'R' Us [1998] EFT L 316/1

Sak IV/M. 0993 Bertelsmann/Kirch/Premier [1999] EFT L 053/1

Sak IV/M. 1313 Danish Crown/Vestjyske Slagterier [2000] EFT L 020/1

Sak IV/M. 1601 AlliedSignal/ Honeywell [2001] EFT L 152/1

Sak IV/M. 2033 Metso/Svedala avgjørelse av 24.01.2001

Sak IV/M. 2416 Tetra Laval/Sidel avgjørelse av 30.10.2001

Andre kilder

Retningslinjer Kommisjonens utkast til retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner som publisert i EFT [2002] C 331/18

5.1.3 Amerikansk rett

Lover

The Clayton Act av 1914

Avgjørelser fra U.S. Supreme Court

370 U. S. 294 (1962) *Brown Shoe Co. v. United States*

5.2 Litteraturliste

5.2.1 Bøker

Arnesen, Finn *Introduksjon til rettskildelæren i EF* 3.utg. Oslo, 1995

Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox* New York, 1993

Craig, Paul *EU LAW*, Paul Craig, Gráinne de Búrca 2.utg. Oxford, 1998

Eckhof, Torstein *Forvaltningsrett* 5.utg. Oslo, 1993

Fishwick, Frank *Making Sense of Competition Policy* London, 1993

Graver, Hans Petter *Materiell forvaltningsrett* Oslo, 1995

Jones Alison *EC Competition Law*, Alison Jones, Brenda Sufrin London, 2000

Kolstad, Olav *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett* Oslo, 1998

Konkurranseloven Harald Evensen (red), Oslo, 1999

Scherer F.M. *Industrial Market Structure and Economic Performance* F.M. Scherer, David Ross
3.utg. Boston, 1990

Wish, Richard *Competition Law* 4. utg. London, 2001

5.2.2 Tidsskrifter

Brodley, Joseph F. *Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures* I:
Antitrust Law Journal Årg. 64 (1996) nr. 3 s. 575- 613.

Farrel, Joseph og Shapiro, Carl: *Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis* I: The
American Economic Review Årg. 80 (1990) nr. 1 s. 107-126

Fisher, A.A og R.H., Lande *Efficiency Considerations in Merger Enforcement* I: California
Law Review Årg. 71 (1983) s. 1580- 1708

Fox, Eleanor M. *Efficiencies and Failing Firms in Perspective* I: Antitrust Law Journal Årg.
64 (1996) nr. 3 s. 725-735

Griffin, Joseph P. og Sharp, Leeanne T. *Efficiency Issues in Competition Analysis in Australia, the
European Union, and the U.S.* I: Antitrust Law Journal Årg. 64 (1996) nr. 3 s. 649- 682

Halliday, Jennifer *The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger* I: World
Competition, Årg. 22 (1999) nr. 4 s. 91-127

Yde, Paul L. og Vita, Michael G. *Merger Efficiencies: Reconsidering the "Passing On"
Requirement* I: Antitrust Law Journal Årg. 64 (1996) nr. 3 s. 735-749

Jenny, Frédéric *EEC Merger Control: Economies as an Antitrust Defence or an Antitrust Attack ?* 1 : Fordham Corporate Law Institute (1992) s. 591-604.

Miller, Karen Lowry *The Giants Stumble* 1: Newsweek, 8. juli 2002 s. 14-20.

Noël, Pierre-Emmanuel *Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European And U.S. Antitrust Law* 1: European Competition Law Review Årg. 18 (1997) nr. 8 s. 498-519

Muris, T.J. *The Efficiency Defence Under Section 7 of the Clayton Act* 1: Case W.Res.L.Rev. Årg. 30 (1980) s. 426-431.

Williamson, Oliver E. *Economies as an Antitrust Defence: The Welfare Tradeoffs* 1: The American Economic Review, årg. 58 (1968) nr. 1 s. 18-36

5.2.3 Elektroniske publikasjoner

Miguel de la Mano *For the Customer's sake: The competitive effects of efficiencies in European merger control* [Entreprise papers No11] Tilgang:

<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/>