

UiO : **Det juridiske fakultet**

Fallittbedriftforsvaret ved foretakssammenslutninger

Kan det forankres i årsaksvurderinger?

Kandidatnummer: 560

Leveringsfrist: 25.04.2019

Antall ord: 17984



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskildebildet	1
2	GENERELT OM FUSJONSKONTROLLEN	3
2.1	Innledning	3
2.2	Begrepet «foretakssammenslutning»	4
2.3	Det materielle vilkåret for inngrep mot foretakssammenslutninger	5
3	ÅRSAKSKRAVET I FUSJONSKONTROLLEN	7
3.1	Innledning	7
3.2	Det kontrafaktiske scenariet.....	7
3.3	Fastleggelse av det kontrafaktiske scenariet	9
3.3.1	Status quo som utgangspunkt	9
3.3.2	Beviskrav og bevisbyrde	10
4	FALLITTBEDRIFTFORSVARET OG SAMMENHENGEN MED ÅRSAKSKRAVET	12
4.1	Vilkårene i fallittbedriftforsvaret	12
4.2	Forankringen i årsakskravet	14
4.3	Betydningen av at de tre vilkårene er oppfylt	16
4.4	Gir fallittbedriftforsvaret andre resultater enn standard kontrafaktisk analyse?.....	19
4.4.1	Innledning	19
4.4.2	Fellestrekk og ulikheter mellom fallittbedriftforsvaret og alminnelig kontrafaktisk analyse i praksis fra Europakommisjonen	20
4.4.3	Et normativt element i årsaksvurderingen	27
4.4.4	Andre mulige opphav til inkonsistens mellom fallittbedriftforsvaret og standard kontrafaktisk analyse	30
4.4.5	Oppsummering	36
5	ALTERNATIVE TILNÆRMINGER TIL FALLITTBEDRIFTSKENE	37
5.1	Innledning	37
5.2	Utforming av regler om fusjonskontroll	38
5.3	Hensyn som taler for og imot en streng tilnærming til fallittbedriftsakene	39
5.4	Alternative løsninger.....	44

5.4.1	En virkningsbasert kontrafaktisk analyse	44
5.4.2	Fallittbedriftforsvaret som separat unntak fra inngrepsvilkåret.	44
5.4.3	Endring av bevisbyrden	46
5.4.4	En mindre streng tolkning av de enkelte vilkårene	47
6	AVSLUTTENDE KOMMENTARER	50
	KILDELISTE	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

En virksom konkurranse mellom foretak som tilbyr varer og tjenester er en grunnleggende forutsetning for en velfungerende samfunnsøkonomi. Konkurransemyndighetene er derfor gitt en vidtrekkende kompetanse til å gripe inn overfor transaksjoner eller tiltak som er egnet til å svekke konkurransen. Helt sentralt i denne sammenheng står reglene om konkurranserettslig kontroll med fusjoner og oppkjøp, som innebærer at konkurransemyndighetene skal hindre gjennomføring av foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse i markedet.¹ I dette ligger det et krav om årsakssammenheng mellom transaksjonen og den påfølgende konkurransebegrensningen, for at myndighetene skal kunne gripe inn. Fallittbedriftforsvaret bygger på at partene i en foretakssammenslutning kan argumentere for at en slik årsakssammenheng ikke foreligger, fordi alternativet til den meldte transaksjonen er at den ene parten går konkurs og forsvinner ut av markedet. Konkurranseskaden vil derfor inntruffe uansett, og myndighetene har ikke hjemmel til å gripe inn.

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven er i hvilken grad fallittbedriftforsvaret, slik det praktiseres i dag, kan forankres i et krav om årsakssammenheng. For å finne ut av dette, vil jeg først kartlegge innholdet i fallittbedriftforsvaret og bruken av alminnelige årsaksanalyser under fusjonskontrollen, herunder kontrafaktiske scenarier. Deretter vil jeg sammenligne fremgangsmåtene og undersøke hvor stor grad av konsistens det er mellom dem, slik at de gir samme resultater. Det innebærer også en drøftelse av hvilke elementer ved fallittbedriftforsvaret som skiller seg fra alminnelige årsaksvurderinger, med sikte på å avdekke mulige kilder til inkonsistens. Til slutt vil jeg se på om det finnes andre måter å løse problematikken knyttet til fallittbedrifter på, og hvilke fordeler og ulemper de alternative tilnærmingene innebærer, sammenlignet med dagens løsning.

1.2 Rettskildebildet

Det EU-rettslige grunnlaget for fusjonskontrollen er Rådsforordning (EF) nr.139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger (fusjonskontrollforordningen). Inngrepskriteriet fremgår av artikkel 2 nr. 3. Regelen er inntatt i EØS-avtalen artikkel 57, og gjort til norsk lov gjennom Lov 27. november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-

¹ Jf. Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 16 første ledd og Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger (fusjonskontrollforordningen) art. 2 nr. 3.

loven). De norske reglene om fusjonskontroll fremgår også av Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) kapittel 4, og inngrepskriteriet er inntatt i § 16. Inngrepskriteriet i den norske loven ble harmonisert med EU-retten gjennom en lovendring i 2016, og skal derfor tolkes på samme måte.²

Det finnes bare én rettsavgjørelse som omhandler fallittbedriftforsvaret, EU-domstolens dom i *Kali & Salz*, fra 1998.³ Av øvrige kilder finnes det en del vedtakspraksis fra Europakommisjonen og noe fra Konkurransetilsynet.⁴ I tillegg har Kommisjonen gitt ut retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner, som tillegges stor vekt, både i Kommisjonens egen praksis og i praksis fra norske konkurransemyndigheter.⁵ I norsk sammenheng har fallittbedriftforsvaret blitt påberopt i 10 saker fra 1998 og frem til i dag. Kun i én av dem, *SAS/Braathens-saken*, fikk partene gjennomslag for at vilkårene i forsvaret var oppfylt.⁶ Også i EU-retten har terskelen vært høy.

Denne fremstillingen vil, i tillegg til *Kali & Salz*, i stor grad bygge på vedtakspraksis, med hovedvekt på avgjørelser fra EU-kommisjonen. I flere av sakene fra Kommisjonen er det bare den engelske versjonen av teksten som regnes som autentisk. Jeg vil derfor i det følgende anvende de engelske utgavene av de EU-rettslige kildene.

Fallittbedriftforsvaret har sitt opphav i amerikansk rett, og ble først utviklet av amerikansk høyesterett med *International Shoe* i 1930.⁷ EU-retten har imidlertid sin egen variant av forsvaret, som skiller seg fra det amerikanske på flere punkter. At amerikansk rett ikke får direkte betydning for innholdet i det europeiske fallittbedriftforsvaret ble understreket av EU-domstolen i *Kali & Salz*.⁸ Denne fremstillingen vil derfor i hovedsak avgrenses mot amerikansk rett.

² Prop.37 L (2015-2016). Nærmere om dette i punkt 2.3.

³ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*.

⁴ Vedtakene fra Konkurransetilsynet er tidvis sterkt sladdet, særlig de delene som omhandler subsumsjonen under fallittbedriftforsvaret, og det vil derfor variere hvor mye det er mulig å trekke ut av denne praksisen.

⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31.

⁶ Avgjørelse A2001-21 *SAS/Braathens*.

⁷ *International Shoe v FTC*, 280 U.S. 291 (1930).

⁸ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*, avs. 112.

2 Generelt om fusjonskontrollen

2.1 Innledning

Konkurranserettslig kontroll av fusjoner og oppkjøp innebærer at foretakssammenslutninger må meldes til og klareres av konkurransemyndighetene før de kan gjennomføres. Dette oppnås gjennom et system av meldeplikt, kombinert med gjennomføringsforbud frem til saken er ferdigbehandlet.⁹ Kontrollen utføres av Europakommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter. I Norge er det Konkurransetilsynet som fører tilsyn med fusjoner og oppkjøp, og Konkurranseskjennemnda som er klageinstans (tidligere departementet).

Kompetansefordelingen mellom Europakommisjonen og Konkurransetilsynet er regulert i EØS-avtalen artikkel 57.¹⁰ Bestemmelsen gir uttrykk for «one-stop shop»-prinsippet, som er nedfelt i fusjonskontrollforordningen artikkel 21, og går ut på at en foretakssammenslutning bare skal meldes til og behandles av ett rettssystem, enten EU-retten eller nasjonal konkurranserett.¹¹ På den måten sikrer man seg mot overlappende behandling og muligheten for motstridende avgjørelser, og sparer dermed både partene og konkurransemyndighetene for unødvendig ressursbruk. Norske konkurransemyndigheter kan derfor bare føre tilsyn med foretakssammenslutninger som ikke har EU- eller EFTA-dimensjon. Hvorvidt en slik dimensjon foreligger, avhenger blant annet av om visse terskelverdier knyttet til foretakenes omsetning er oversteget.¹² I tillegg gjelder det en nedre terskelverdi for meldeplikt til Konkurransetilsynet. Det følger av konkurranseloven § 18 annet ledd, at en foretakssammenslutning ikke er meldepliktig hvis de involverte foretakene har en samlet årlig omsetning i Norge under 1 milliard kroner, eller ett av foretakene har en årlig omsetning i Norge på under 100 millioner kroner. Konkurransetilsynet kan likevel pålegge meldeplikt i noen tilfeller, etter bestemmelsens tredje ledd.

Under EU-retten klareres meldepliktige foretakssammenslutninger ved at Kommisjonen fatter et vedtak som tillater transaksjonen. I Norge er derimot Konkurransetilsynets kompetanse begrenset til å fatte vedtak som enten forbyr en foretakssammenslutning eller tillater den på

⁹ For 139/2004/EF art. 4 og 7 og konkurranseloven §§ 18 og 19.

¹⁰ EØS-avtalen art. 57 legger også kompetansen for visse saker til EFTAs overvåkingsorgan (ESA), men dette er lite praktisk og det foreligger heller ingen slike avgjørelser fra ESA.

¹¹ For 139/2004/EF art. 21, jf. EØS-avtalen art. 57 (2)(b).

¹² For 139/2004/EF art. 1.

vilkår foreslått av partene.¹³ Dermed vil en foretakssammenslutning i Norge være tillatt så lenge Konkurransetilsynet ikke fatter vedtak om inngrep.¹⁴

Bakgrunnen for systemet med forhåndskontroll av fusjoner og oppkjøp er at foretakssammenslutninger endrer strukturen i markedet. I de fleste tilfeller er dette positivt, og kan føre til en styrking av konkurransen. Strukturendringer kan imidlertid i noen tilfeller ha en rekke konkurranseskadelige virkninger, som økte priser, mindre innovasjon, dårligere utvalg eller lavere kvalitet for kundene. I det følgende vil prisøkning brukes som fellesbetegnelse for de ulike konkurranseskadelige effektene som kan inntreffe.

Risikoen for konkurranseskade gjør seg særlig gjeldende ved fusjoner mellom konkurrenter, kalt «horisontale fusjoner». I slike tilfeller vil den nye enheten normalt ha en større markedsandel enn det partene hadde hver for seg før transaksjonen, noe som igjen kan gi økt markedsrett. Ved at to aktører blir til én, vil dessuten konkurransepresset mellom dem forsvinne, og dette kan blant annet gi den nye enheten anledning og insentiv til å øke prisene. I tillegg kan fusjonen redusere konkurransepresset på de øvrige konkurrentene i markedet, slik at også disse kan reagere med å sette opp prisene. De beskrevne virkningene betegnes ofte ensidige eller ikke-koordinerte virkninger. Foretakssammenslutninger kan også resultere i koordinerte virkninger, ved at det reduserte antallet konkurrenter skaper en type markedsforhold der aktørene, selv uten direkte kontakt, kan tilpasse sin atferd til hverandre i en form for koordinert markedsatferd (tacit collusion).

Det er viktig å huske på at fusjoner kan ha både negative og positive konsekvenser for konkurransen, og at utgangspunktet er at fusjoner er tillatt og ønskelig.¹⁵ Dersom en sammenslutning totalt sett vil ha betydelige negative virkninger for konkurransen, har konkurransemyndighetene, på nærmere vilkår, en plikt til å gripe inn mot den ved å nedlegge et forbud eller gi en tillatelse på vilkår.¹⁶

2.2 Begrepet «foretakssammenslutning»

Definisjonen av en foretakssammenslutning/«concentration» er gitt i fusjonskontrollforordningen artikkel 3 og konkurranseloven § 17. Det fremgår av fusjonskontrollforordningen at:

¹³ Konkurranseloven § 16 annet ledd.

¹⁴ Prop. 75 L (2012-2013) s. 145.

¹⁵ Positive effekter i form av effektivitetsgevinster skal tas med i konkurransemyndighetenes helhetsvurdering av transaksjonens innvirkning på markedet, jf. For 139/2004/EF, fortalen avsnitt 29 og Prop. 37 L (2015-2016) s. 56-57.

¹⁶ Konkurranseloven § 16 første og annet ledd. For 139/2004/EF art. 2 nr. 3.

“[a] concentration shall be deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from:

- (a) the merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings, or
- (b) the acquisition, by one or more persons already controlling at least one undertaking, or by one or more undertakings, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, of direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings.”

Det følger av dette at definisjonen er svært vid, og rommer mer enn det som ellers omfattes av begrepet fusjon/«merger» i selskapsrettslig forstand. Det sentrale er at det skjer en varig endring i kontrollen over hele eller deler av ett eller flere uavhengige foretak. Det samme følger av konkurranseloven § 17. Med kontroll menes «the possibility of exercising decisive influence on an undertaking», eller «mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet». ¹⁷ Et foretak er i denne sammenheng «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet». ¹⁸ I det følgende vil begrepene «fusjon» og «foretakssammenslutning» benyttes om hverandre, og omfatte både selskapsrettslige fusjoner, oppkjøp og joint ventures.

2.3 Det materielle vilkåret for inngrep mot foretakssammenslutninger

Inngrep mot foretakssammenslutninger er hjemlet i konkurranseloven § 16 første ledd og i fusjonskontrollforordningen artikkel 2 nr. 3, som er tatt inn i EØS-avtalen artikkel 57. Ved en lovendring i 2016, ble det norske inngrepsvilkåret harmonisert med den tilsvarende bestemmelsen i fusjonskontrollforordningen. Vilket er dermed sammenfallende mellom de to retts-systemene, og skal ifølge forarbeidene til endringen tolkes likt, ved at rettsanvendelsen etter den nye bestemmelsen skal følge «eksisterende og fremtidig retts- og forvaltningspraksis fra EU-domstolen, Europakommisjonen, og EFTAs overvåkningsorgan». ¹⁹

Av fusjonskontrollforordningen artikkel 2 nr. 3 fremgår det at inngrep kun kan skje hvis sammenslutningen

¹⁷ For 139/2004/EF art. 3 nr. 2 og konkurranseloven § 17 tredje ledd.

¹⁸ Konkurranseloven § 2. Se også sak C-41/90 *Höfner og Elser mot Macrotron*, avsnitt 21.

¹⁹ Prop.37 L (2015-2016), s. 56.

«... would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position».

Dette kalles også «SIEC-standarden» (Significant Impediment to Effective Competition). Frem til 2004 bygget inngrepskriteriet i EU-retten på en dominantstest. Bakgrunnen for endringen var at noen tilfeller av konkurransebegrensning ikke ble fanget opp av denne typen test.²⁰ Dominansbegrepet er likevel beholdt i den nye standarden, men da som et eksempel på hvordan konkurransen kan hindres. En av grunnene til dette er at man ønsket at tidligere praksis fortsatt skulle ha samme vekt ved rettsanvendelsen.²¹ I tillegg var det forventet at de fleste sakene fortsatt ville dreie seg om at en dominerende stilling enten skapes eller styrkes.²²

I den norske konkurranseloven § 16 er inngrepskriteriet formulert som et krav om at foretaks-sammenslutningen:

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

Før endringen i 2016 var vilkåret i den norske bestemmelsen at sammenslutningen «vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen», en SLC-standard (Substantial Lessening of Competition). En viktig forskjell mellom de to inngrepstestene viser seg i markeder der konkurransen allerede er vesentlig begrenset. I et slikt marked vil selv en minimal konsentrasjonsøkning kunne «forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen», og gi grunnlag for inngrep under SLC-testen. SIEC-testen gir derimot normalt ikke grunnlag for inngrep i en slik situasjon, fordi virkningene av foretakssammenslutningen i seg selv må være betydelige, uansett hva som er utgangspunktet i markedet. Departementets oppfatning har imidlertid vært at forskjellen mellom kriteriet om konkurransebegrensende virkning i den dagjeldende bestemmelsen og i den tilsvarende bestemmelsen i fusjonskontrollforordningen var «relativt begrenset, i den utstrekning det i praksis er en forskjell».²³

²⁰ Dette gjaldt visse former for ikke-koordinerte virkninger i oligopolmarkeder, jf. for 139/2004/EF, fortalen avsnitt 25.

²¹ For 139/2004/EF, fortalen avsnitt 26.

²² Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31 avs. 4.

²³ NOU 2012:7, s. 99. Se også prop.37 L (2015-2016) s. 56.

3 Årsakskravet i fusjonskontrollen

3.1 Innledning

I *Kali & Salz* fastslo EU-domstolen at det må være årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurranseskaden for at fusjonskontrollforordningens inngrepsbestemmelse skal komme til anvendelse:

“Thus if a concentration is not the cause of the creation or strengthening of a dominant position which has a significant impact on the competitive situation on the relevant market, it must be declared compatible with the common market.”²⁴

Dette har siden blitt gjentatt i en rekke saker. I tillegg kommer det til uttrykk i Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner:

“In assessing the competitive effects of a merger, the Commission compares the competitive conditions that would result from the notified merger with the conditions that would have prevailed without the merger.”²⁵

Årsakskravet i fusjonskontrollen gjelder også etter norsk rett, og i forarbeidene til konkurranseloven uttales det at gjeldende rett videreføres, slik at det fortsatt stilles krav om årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og den vesentlige konkurransebegrensningen.²⁶

3.2 Det kontrafaktiske scenariet

I begge regelsettene er det altså et krav om at den svekkede konkurransen er et resultat av den aktuelle foretakssammenslutningen. Det må kunne påvises en årsakssammenheng. Ettersom fusjonskontroll gjøres i forkant av en eventuell gjennomføring av sammenslutningen, vil det alltid eksistere et element av usikkerhet. Vurderingen av årsakssammenheng gjøres på grunnlag av analyser av sannsynligheten av ulike fremtidige scenarier og konsekvensene av disse. Det må foretas en vurdering av hvordan konkurransen i markedet vil utvikle seg både med og uten den meldte foretakssammenslutningen, og deretter gjøres en sammenligning av disse. Den fremtidige situasjonen i fravær av sammenslutningen kalles ofte det kontrafaktiske scenariet eller alternativsituasjonen, og kan være særlig utfordrende å fastlegge. Situasjonen med

²⁴ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*, avs. 110.

²⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 9.

²⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 81.

foretakssammenslutningen kalles gjerne det faktiske scenariet, men også dette er basert på antakelser om fremtidige forhold. Begrepet kan derfor være misvisende.²⁷

Kravet om årsakssammenheng ble behandlet av EU-domstolen i *Tetra Laval*-saken, der spørsmålet var om den fremtidige hindringen av konkurransen ville skyldes foretakssammenslutningen i seg selv, eller en forventet atferd fra det nye foretaket, i form av utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. I den forbindelse uttalte domstolen:

“Thus, the prospective analysis consists of an examination of how a concentration might alter the factors determining the state of competition on a given market in order to establish whether it would give rise to a serious impediment to effective competition. Such an analysis makes it necessary to envisage various chains of cause and effect with a view to ascertaining which of them are the most likely.”²⁸

Hensikten med analysen er altså å etablere hvorvidt foretakssammenslutningen vil forårsake (give rise to) en konkurransebegrensning. For å få svar på det, er det ifølge domstolen nødvendig å identifisere hvilke fremtidige hendelsesforløp som er mest sannsynlige, dersom transaksjonen ikke gjennomføres. Dette vil i sin tur representere det kontrafaktiske scenariet, som danner sammenligningsgrunnlaget for SIEC-vurderingen. Den skisserte prosessen er også kjent som «betingelseslæren», «but for»-testen eller «conditio sine qua non».²⁹ Virkningen av fusjonen finnes ved å sammenligne de konkurransemessige forholdene i markedet med og uten den.³⁰ Hvis foretakssammenslutningen fører til en SIEC sammenlignet med det kontrafaktiske scenariet, vil det være grunnlag for inngrep. Hvis den derimot gir samme eller bedre markedsforhold, må den tillates.³¹ Hvilket kontrafaktisk scenario som legges til grunn har dermed stor betydning for utfallet av saken, fordi det vil avgjøre hvorvidt man kommer til at inngrepskriteriet er oppfylt, ved at foretakssammenslutningen i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse.

Også i norsk praksis vurderes årsakssammenheng ved hjelp av et faktisk og et kontrafaktisk scenario. I *Aspiro*-saken formulerte departementet dette slik:

²⁷ Malinauskaite (2012) s. 313.

²⁸ Sak C-12/03 P *Kommisjonen mot Tetra Laval*, avs. 43.

²⁹ Ryssdal (2018) s. 194.

³⁰ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 9.

³¹ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 89.

«I vurderingen av de konkurransemessige virkningene av en foretakssammenslutning, tar departementet utgangspunkt i konkurransesituasjonen i de relevante markedene som berøres av foretakssammenslutningen. Med dette som utgangspunkt, vurderer departementet det hypotetiske utfallet av foretakssammenslutningen, sammenliknet med om den ikke hadde funnet sted.»³²

Den samme fremgangsmåten har blitt benyttet i Konkurransetilsynets avgjørelser, både før og etter harmoniseringen av inngrepskriteriet i 2016.

3.3 Fastleggelse av det kontrafaktiske scenariet

3.3.1 Status quo som utgangspunkt

Ved fastleggelsen av alternativsituasjonen tas det som hovedregel utgangspunkt i de markedsforholdene som foreligger i det relevante markedet før gjennomføringen av foretakssammenslutningen, også kalt *status quo* eller *status quo ante*.³³ Det betyr ikke at den potensielle skadevirkningen av en fusjon finnes gjennom en sammenligning mellom markedsforholdene før og etter fusjonen, men at status quo som regel vil være det beste anslaget for hvordan markedsforholdene vil være i fremtiden uten fusjonen.³⁴

Dette utgangspunktet kan likevel fravikes hvis det foreligger omstendigheter som gjør en bestemt utvikling i markedet sannsynlig. Det fremgår blant annet av Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, hvor det uttales at:

“In most cases the competitive conditions existing at the time of the merger constitute the relevant comparison for evaluating the effects of a merger. However, in some circumstances, the Commission may take into account future changes to the market that can reasonably be predicted. It may, in particular, take account of the likely entry or exit of firms if the merger did not take place when considering what constitutes the relevant comparison.”³⁵

Det stilles etter dette et krav om at det alternative kontrafaktiske scenariet må kunne «reasonably be predicted», før man kan gå bort fra status quo ante. Det er ikke helt klart hva som

³² Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009, i klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22, punkt 7.1.

³³ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 9.

³⁴ Amelio (2018) s. 674.

³⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 9.

nærmere ligger i dette, men det er naturlig å tolke det slik at det må finnes konkrete holdepunkter for å legge et annet kontrafaktisk scenario til grunn. Det kreves med andre ord en særskilt begrunnelse.³⁶

Status quo har også i norsk praksis dannet utgangspunktet for den kontrafaktiske vurderingen. I *Aspiro*-saken uttrykte departementet at:

«[n]ormalt vil konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen være det beste anslaget på hvordan denne vil utvikle seg dersom foretakssammenslutningen ikke hadde funnet sted».³⁷

Uttalelsen har blitt lagt til grunn av Konkurransetilsynet i senere saker, senest i *Eimskip*-saken, hvor man ikke fant grunnlag for å fravike status quo som kontrafaktisk scenario.³⁸

3.3.2 Beviskrav og bevisbyrde

Det er som hovedregel konkurransemyndighetene som har bevisbyrden, og som dermed må sannsynliggjøre at en foretakssammenslutning vil føre til en betydelig hindring av effektiv konkurranse. Dette har blitt understreket av EU-domstolene i flere saker.³⁹ I norsk rett fremgår plasseringen av bevisbyrden hos Konkurransetilsynet implisitt av forarbeidene til konkurranseloven, ved at det uttrykkelig angis i hvilke tilfeller bevisbyrden er snudd.⁴⁰ I tillegg tilsier alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper at det må være forvaltningsorganets ansvar å sannsynliggjøre at vilkårene for inngrep er oppfylt.⁴¹

Beviskravet kan deles i to elementer: det første er hvilken grad av sannsynlighet som kreves for å anse noe som bevist, basert på de bevismidlene som foreligger, det andre er hvilken kvalitet og omfang det må være på dokumentasjonen som underbygger påstandene. Til en viss grad vil disse kunne gå over i hverandre.

Det er ikke klart definert hva som ligger i beviskravet i fusjonskontrollen. EU-domstolen understreket i *Bertelsmann* at det ikke finnes noen presumsjoner, verken for at en foretakssam-

³⁶ Hjelmeng (2016), punkt 4.3.

³⁷ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009, i klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22, punkt 7.1.

³⁸ Vedtak V2017-19 *Eimskip Norway/Nor Lines*. Se også vedtak V2015-1 *TeliaSonera/Tele2* og vedtak V2015-24 *Coop/Ica*.

³⁹ Se for eksempel sak T-342/99 *Airtours mot Kommisjonen*, avs. 63.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 81, jf. Hjelmeng (2016) punkt 4.2.

⁴¹ Hjelmeng (2016) fotnote 44.

menlutning er forenlig eller uforenlig med det indre markedet, men at Kommisjonen må komme frem til det mest sannsynlige utfallet.⁴² Dette taler for at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, eller «balance of probabilities».

Det stilles imidlertid krav til dokumentasjonen, som det fremgår av rettens formulering i *Tetra Laval*:

“(…) the quality of the evidence produced by the Commission in order to establish that it is necessary to adopt a decision declaring the concentration incompatible with the common market is particularly important, since that evidence must support the Commission’s conclusion that, if such a decision were not adopted, the economic development envisaged by it would be plausible.”⁴³

Norsk praksis har fulgt de samme prinsippene, og i *Aspiro/Opplysningen Mobil* uttalte departementet følgende om beviskravet i fusjonskontrollen:

«Departementet følger det alminnelige beviskrav som gjelder for forvaltningens sivilrettslige avgjørelser om inngrep. Alminnelige prinsipper for bevisvurdering er lagt til grunn. Etter departementets syn foreligger det ikke særlige hensyn som tilsier et annet krav til bevis eller andre prinsipper for bevisvurdering, enn det som følger av alminnelige sivilrettslige regler og prinsipper. (...) Det mest sannsynlige hendelsesforløpet legges til grunn.»⁴⁴

Uttalelsen er knyttet til inngrepstesten slik den var formulert før harmoniseringen i 2016, men det er ingen holdepunkter for at man har ment å endre innholdet i beviskravet.⁴⁵ Det gjelder derfor også i norsk rett et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt i fusjonskontrollen.

⁴² Sak C-413/06 *Bertelsmann og Sony Corporation of America mot Impala*, avs. 48.

⁴³ Sak C-12/03 P *Kommisjonen mot Tetra Laval*, avs. 44.

⁴⁴ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009, i klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22, punkt 7.1.

⁴⁵ Hjelmeng (2016) punkt. 4.2

4 Fallittbedriftforsvaret og sammenhengen med årsakskravet

4.1 Vilkårene i fallittbedriftforsvaret

Første gang fallittbedriftforsvaret ble anerkjent i EU-retten var i EU-domstolens avgjørelse *Kali & Salz* i 1998.⁴⁶ Dommen gjaldt en klage over Kommisjonens vedtak om å tillate en foretakssammenslutning, i form av et joint venture mellom Kali und Salz AG (K&S) og Treuhandsanstalt, som eide Mitteldeutsche Kali AG (MdK). Partene fikk tillatelse til å slå MdK sammen med den tilsvarende virksomheten i K&S, til et joint venture der K&S eide 51 % og Treuhandsanstalt eide 49 %.

Sammenslutningen ville redusere antall konkurrenter på markedet for kaliumsalt og stensalt, og ifølge Kommisjonen føre til betydelig konkurranseskade i form av et de facto monopol i det tyske markedet for kaliumsalter og et duopol i fellesskapsmarkedet. K&S hadde fra før av en markedsandel på 79 % i Tyskland, og MdK hadde 19 %. MdK var imidlertid i store økonomiske problemer, og ville ifølge Kommisjonen ha forsvunnet ut av markedet i fravær av et salg. I dette kontrafaktiske scenariet, ville selskapets markedsandeler også tilfalle K&S. Dermed var det ikke årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og fusjonen, fordi resultatet ville bli det samme i det faktiske og det kontrafaktiske scenariet. Kommisjonen slo fast at en foretakssammenslutning som normalt vil føre til konkurranseskade, likevel kan anses for ikke å forårsake denne, hvis skaden ville oppstått uansett. Transaksjonen ble dermed godkjent under fallittbedriftforsvaret.

Vedtaket ble klaget inn for retten av den franske staten, Société Commerciale des Potasses et de l'Azote og Entreprise Minière et Chimique. Domstolen ga sin tilslutning til Kommisjonens anvendelse av fallittbedriftforsvaret. Denne var bygget opp rundt tre kumulative vilkår som måtte oppfylles for at forsvaret skulle komme til anvendelse. For det første måtte målselskapet i nær fremtid bli tvunget ut av markedet dersom fusjonen ikke ble gjennomført, som en følge av økonomiske problemer. For det andre måtte markedsandelene gå over til det overtakende selskapet hvis målselskapet ble tvunget ut av markedet. For det tredje måtte det ikke finnes noe mindre konkurranseskadelig alternativt oppkjøp.⁴⁷

Vilkårene som ble formulert i *Kali & Salz* har siden blitt anvendt av Kommisjonen i flere saker, men i 2001 ble en endring introdusert med *BASF/Eurodiol/Pantochim*.⁴⁸ Saken gjaldt en

⁴⁶ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*.

⁴⁷ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*, avs. 110.

⁴⁸ COMP/M. 2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*, avs. 142

foretakssammenslutning der BASF Antwerpen N.V. tok over to belgiske kjemiske selskaper, Eurodiol og Pantochim. Den nye enheten ville få en dominerende stilling i flere markeder for kjemiske produkter, men Kommisjonen kom til at det ikke var årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurranseskaden.

Mens man i *Kali & Salz* la til grunn at markedsandelen måtte tilfalle det overtakende selskapet i fravær av transaksjonen, innførte man i stedet et krav om at målselskapets aktiva ville forsvinne ut av markedet. Dersom selskapets aktiva selges til andre aktører i samme marked, i forbindelse med en eventuell konkurs, kan dette ha en lignende effekt som et salg av hele bedriften. Bakgrunnen for endringen av vilkåret var at markedet i *BASF/Eurodiol/Pantochim* ikke var et duopol, slik tilfellet hadde vært i *Kali & Salz*. Kriteriet om at fallittbedriftens markedsandeler måtte tilfalle det overtakende selskapet ble derfor ansett for å være for strengt. Et konkursscenario ble fortsatt regnet som mer skadelig for konkurransen enn fusjonen, fordi aktivaene, i form av kjemiske fabrikker, ville forsvinne ut av markedet. Dermed ville kundene sannsynligvis endt opp med et dårligere tilbud og høyere priser, som følge av at produksjonsmidler ville forsvinne fra markedet og totalkapasiteten ville gå ned.⁴⁹

I Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner oppsummeres innholdet i fallittbedriftsforsvaret med de tre vilkårene slik de praktiseres av Kommisjonen i dag:

“The Commission considers the following three criteria to be especially relevant for the application of a ‘failing firm defence’. First, the allegedly failing firm would in the near future be forced out of the market because of financial difficulties if not taken over by another undertaking. Second, there is no less anti-competitive alternative purchase than the notified merger. Third, in the absence of a merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the market.”⁵⁰

Etter harmoniseringen av inngrepskriteriet i 2016, er det ingen materiell forskjell mellom norsk rett og EU-retten med hensyn til disse vilkårene.⁵¹ Konkurransetilsynet viser også til Kommisjonens forståelse av fallittbedriftsforsvaret i sine avgjørelser, både før og etter harmoniseringen av inngrepskriteriet i 2016. Denne fremstillingen tar derfor utgangspunkt i de tre vilkårene som er oppstilt i EU-retten.

⁴⁹ COMP/M. 2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*, avs. 162 og 163.

⁵⁰ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 90. I fotnote 111 bemerkes at det at selskapets aktiva vil forsvinne ut av markedet kan føre til at markedsandelene blir overtatt av den andre parten, særlig i tilfeller der det oppstår et monopol.

⁵¹ Hjelmeng (2016) punkt 5.3, fotnote 73.

I forarbeidene til den forrige § 16 i den norske konkurranseloven vises det til forsvarets innhold i EU-retten, men vilkårene formuleres litt annerledes:

«Dette innebærer at konkurransemyndighetene kun bør akseptere erverv som vil innebære en vesentlig konkurransebegrensning dersom erververne:

- 1) Har sannsynliggjort at det ikke vil være lønnsomt å videreføre virksomheten, eller betydelige deler av den, som en uavhengig enhet i det samme markedet.
- 2) Har sannsynliggjort at det ikke finnes konkurransemessig gunstigere alternative kjøpere.
- 3) Har godtgjort at det ikke er erververs atferd i markedet som gjør det ulønnsomt for andre aktører i markedet å føre virksomheten videre.
- 4) Har godtgjort at den tilleggs kapasitet erverver får gjennom ervervet, ikke medfører en så stor trussel for andre aktører at den utgjør et reelt etableringshinder i markedet.
- 5) Har sannsynliggjort at erververs overtagelse av kundemassen er konkurransemessig gunstigere enn om kundemassen fordeles mellom gjenværende aktører.»⁵²

Vilkårene skiller seg noe fra de tre som er formulert av EU-kommisjonen, men de inneholder likevel momenter som vil kunne komme inn i den helhetsvurderingen som Kommisjonen skal foreta.

4.2 Forankringen i årsakskravet

Fallittbedriftforsvaret regnes som et særskilt utslag av kravet om årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og foretakssammenslutningen. I *Kali & Salz* viste EU-domstolen til Kommisjonens avgjørelse, hvor det ble uttalt at:

“as a general matter, a concentration is not the cause of the deterioration of the competitive structure if it is clear that: ...”⁵³

hvorpå de tre kumulative vilkårene i fallittbedriftforsvaret fulgte. Etter en anvendelse av disse kriteriene på faktum, konkluderte Domstolen med at fraværet av årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og forverringen av de konkurransemessige forholdene i det tyske markedet ikke hadde blitt motbevist.⁵⁴ Vilårene ble altså presentert som en integrert del av årsaksvurderingen.

I Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner fremgår forankringen av fallittbedriftforsvaret i årsakskravet av avsnitt 89:

“The Commission may decide that an otherwise problematic merger is nevertheless compatible with the common market if one of the parties is a failing firm. The basic requirement is that the deterioration of the competitive structure that follows the merger

⁵² Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 82.

⁵³ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*, avs. 110.

⁵⁴ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*, avs. 124.

cannot be said to be caused by the merger. This will arise where the competitive structure of the market would deteriorate to at least the same extent in the absence of the merger.”⁵⁵

Kommisjonen har også understreket at fallittbedriftforsvaret er

“...a particular application of the legal standard under Article 2 of the Merger Regulation of *causality* between any given merger and any deterioration of competitive conditions in the market that can be expected to occur in the near future.”⁵⁶

Når man i «failing firm»-tilfellene ikke anser foretakssammenslutningen for å være årsaken til konkurransebegrensningen, må det skyldes at den egentlige, bakenforliggende årsaken er en annen, nemlig det at målselskapet forsvinner ut av markedet.⁵⁷ Den nærstående konkursen fører enten til fusjon eller likvidasjon, men resultatet for markedet blir det samme. Dette er et eksempel på bruk av «but for»-testen i årsaksanalyser.

I norsk rett, før harmoniseringen i 2016, fremgikk forankringen i årsakskravet av forarbeidene til konkurranseloven:

«Dersom det ervervede foretaket uansett er på vei ut av markedet på grunn av økonomiske problemer, og dermed vil opphøre å utgjøre en konkurransemessig faktor, kan det argumenteres for at konkurransen vil være den samme uansett om ervervet gjennomføres eller ikke. Det er dette argumentet som kalles fallittbedriftforsvaret. (...) Prinsippet er et uttrykk for at det ikke er en årsakssammenheng mellom bedriftservervet og konkurransebegrensningen, og konkurransetilsynet har således ikke hjemmel til å gripe inn overfor bedriftservervet/foretakssammenslutningen.»⁵⁸

Det er også enighet internasjonalt om at fallittbedriftforsvaret er forankret i kravet til årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og den meldte transaksjonen.⁵⁹

⁵⁵ OJ [2004] C 31.

⁵⁶ Kommisjonens bidrag til OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009), s. 183.

⁵⁷ Kokkoris (2006), s. 498.

⁵⁸ NOU 2003:12, s. 90.

⁵⁹ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 11.

4.3 Betydningen av at de tre vilkårene er oppfylt

Forankringen av fallittbedriftforsvaret i årsakskravet går igjen i alle de sentrale kildene. Selv om det er bred enighet på dette punktet, er det imidlertid en del uklarhet knyttet til hvilken konkret funksjon forsvaret har i årsaksvurderingen. Dette blir et spørsmål om hva som er virkningene eller rettsfølgen av at vilkårene er oppfylt eller ikke oppfylt.

Både oppfyllelse og manglende oppfyllelse kan potensielt utløse to alternative virkninger, avhengig av hvilket innhold man gir regelen. Oppfyllelse av vilkårene kan for det første føre til at man konkluderer med manglende årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og transaksjonen. Da er det ikke grunnlag for inngrep, og foretakssammenslutningen må klareres. Alternativt kan man tolke regelen slik at oppfyllelse av vilkårene bare gir grunnlag for å legge et bestemt kontrafaktisk scenario til grunn (fallittscenariet). Deretter må man foreta en årsaksanalyse på bakgrunn av dette scenariet. Det innebærer at man må kartlegge de konkurransemessige virkningene og sammenligne disse med virkningene av situasjonen med foretakssammenslutningen. Dette tolkningsalternativet gir altså ikke grunnlag for å trekke slutninger om en transaksjons lovlighet direkte fra vilkårenes oppfyllelse.

De to tolkningsalternativene svarer til skillet mellom fallittbedriftforsvaret som et absolutt og et relativt forsvar, som man særlig finner i amerikansk litteratur.⁶⁰ I USA gjelder det et absolutt forsvar, og oppfyllelse av kriteriene fører til godkjenning av fusjonen.⁶¹ I EU og Norge er situasjonen ikke like klar.

Også manglende oppfyllelse av vilkårene kan gi to alternative resultater. Enten kan det føre til at man konkluderer med årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og transaksjonen, eller til at man bare utelukker fallittscenariet som alternativsituasjon, og dermed må tilbake til utgangspunktet med en alminnelig kontrafaktisk analyse. I det første tilfellet vil man falle tilbake på status quo som alternativsituasjon, mens man i det siste må undersøke om det finnes andre plausible kontrafaktiske scenarier som skal legges til grunn.

Valg av tolkningsalternativ kan dermed ha stor betydning for utfallet av den enkelte sak, og for graden av konsistens mellom fallittbedriftforsvaret og alminnelige kontrafaktiske vurderinger. Formuleringene i de ulike rettskildene er noe forskjellige med hensyn til hvilke alternativer som skal legges til grunn.

⁶⁰ Oinonen (2013) s. 544.

⁶¹ Amerikanske Horizontal Merger Guidelines (2010), avsnitt 8. Merk at vilkårene i det amerikanske fallittbedriftforsvaret skiller seg noe fra de europeiske.

I *Kali & Salz* viser retten til Kommisjonens avgjørelse, hvor det sies at “(...) as a general matter, a concentration is not the cause of the deterioration of the competitive structure if it is clear that (...)” de tre vilkårene er oppfylt.⁶² Dette kan tale for at oppfyllelse av vilkårene i seg selv er tilstrekkelig for å konstatere manglende årsakssammenheng og dermed for å klarere transaksjonen. Domstolens videre argumentasjon støtter også denne tolkningen.⁶³ Derimot gir formuleringen ikke holdepunkter for en antitetisk tolkning, der manglende oppfyllelse fører til en slutning om at det foreligger årsakssammenheng.

Kommisjonens horisontale retningslinjer gir på sin side uttrykk for at oppfyllelse av de tre vilkårene ikke nødvendigvis er nok til å påvise manglende årsakssammenheng:

“The Commission considers the following three criteria to be especially relevant for the application of a ‘failing firm defence’.”⁶⁴

Ordlyden tyder på at kriteriene ikke er uttømmende, slik at også andre momenter kan komme inn i vurderingen. Det vil da ikke være grunnlag for å trekke konklusjoner kun basert på innfrielse av de tre vilkårene. Kommisjonen har i tråd med dette uttalt at:

“While especially relevant, these factors are not exclusive and exhaustive in establishing that a merging party is a failing firm. Other factors may be equally relevant depending on the circumstances of the case.”⁶⁵

Sammenholdt med uttalelsene i avsnitt 9 av de horisontale retningslinjene, kan det tyde på at vilkårene i forsvaret bare kan brukes som del av en begrunnelse for å legge et annet kontrafaktisk scenario enn status quo til grunn for vurderingen av en transaksjons virkninger. Det følger av dette at en antitetisk slutning om årsakssammenheng, basert på manglende oppfyllelse av vilkårene, ikke er aktuell.

Kommisjonens forbehold om at kriteriene ikke er uttømmende kan muligens ha sammenheng med at vilkårene som er oppstilt i de horisontale retningslinjene omfatter flere tilfeller enn de opprinnelige vilkårene fra *Kali & Salz*. Ved å holde muligheten åpen for at også andre faktorer kan være relevante, sikrer man seg mot at forsvaret blir for omfattende.

⁶² Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*, avs. 111.

⁶³ Se for eksempel avs. 114, 115 og 124.

⁶⁴ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 90.

⁶⁵ Kommisjonens bidrag til OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 183, pkt. 2.

I forarbeidene til den norske loven står det at «[h]vis det ikke er grunnlag for lønnsom drift etter en eventuell konkurs, er det ikke årsakssammenheng mellom konkurransebegrensningen og foretakssammenslutningen.»⁶⁶ Umiddelbart kunne det derfor synes som at rettsfølgen er en konstatering av manglende årsakssammenheng og klarering av transaksjonen. I avsnittet under står det imidlertid at «[d]et er også relevant å vurdere om et opphør av virksomheten av andre grunner kan føre til en bedre konkurransemessig situasjon enn om ervervet gjennomføres». Dette viser blant annet til det femte vilkåret, slik det er formulert i de norske forarbeidene, og antyder en bredere vurdering. Før oppregningen av vilkårene, presiseres det at «(...) konkurransemyndighetene kun bør akseptere erverv som vil innebære en vesentlig konkurransebegrensning» dersom vilkårene er oppfylt. Det er nærliggende å tolke dette slik at den konkurransebegrensningen det siktes til er sammenlignet med status quo. Formuleringen er ikke helt klar, men rettsvirkningen som skisseres ved oppfyllelse av vilkårene er at ervervet «aksepteres», selv om det ikke derfra kan sluttes at dette vil gjelde uten unntak. Bruken av ordet «kun» kan tolkes som at manglende oppfyllelse fører til at ervervet ikke kan aksepteres. Uttalelsene er imidlertid så uklare, også på grunn av henvisningen til «erverv som vil innebære en vesentlig konkurranseskade», at det er begrenset hvor langt man kan strekke slutningene fra dem. Etter harmoniseringen av inngrepskriteriet i 2016, vil disse uttalelsene ha liten vekt, men de illustrerer noe av den uklarheten som også de øvrige kildene gir uttrykk for på dette punktet.

De ovennevnte kildene gir ikke et entydig svar på spørsmålet om hva som er den umiddelbare virkningen av at vilkårene er innfridd i en sak, men de har det til felles at ingen av dem gir grunnlag for å konkludere med årsakssammenheng som følge av at vilkårene *ikke* er innfridd. Dette stemmer med at det er det mest sannsynlige kontrafaktiske scenariet som skal legges til grunn. Ettersom fallittbedriftscenariet ofte bare er ett av flere mulige scenarier, kan man ikke automatisk falle tilbake på status quo, før også disse andre scenariene er vurdert.

Europakommisjonen uttaler selv i sitt bidrag til OECD Roundtable on the Failing Firm Defence at selv om vilkårene ikke er oppfylt, skal det foretas en grundig kontrafaktisk analyse av hvordan markedet vil utvikle seg uten foretakssammenslutningen.⁶⁷

Praksis fra Kommisjonen synes å underbygge dette. *JCI/VB/FIAMM* og *IAG/bmi* er eksempler på at Kommisjonen går videre til å vurdere hva som er det mest sannsynlige scenariet uten

⁶⁶ Ot.prp.nr.6 (2003-2004), s. 81

⁶⁷ Kommisjonens bidrag til OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 187.

fusjonen, etter at det er klart at vilkårene i fallittbedriftforsvaret ikke er oppfylt.⁶⁸ Også i saker der vilkårene er oppfylt, slik at fallittscenariet anvendes som kontrafaktisk scenario, har Kommisjonen gått videre til å vurdere virkningene for markedet i den konkrete saken, slik som i *BASF/Eurodiol/Pantochim og Shell/Nynas/Harburg Refinery*.⁶⁹ Mye tyder derfor på at Kommisjonen i stor grad anvender fallittbedriftforsvaret som en del av en bredere kontrafaktisk årsaksvurdering.

4.4 Gir fallittbedriftforsvaret andre resultater enn standard kontrafaktisk analyse?

4.4.1 Innledning

Kriteriene i fallittbedriftforsvaret kan ses på som hjelpemomenter i en komplisert årsaksvurdering, og kan potensielt bidra til raskere saksbehandling. Spørsmålet er likevel om man faktisk kommer frem til samme resultat som man ville ha gjort uten disse vilkårene som rettesnor, altså ved en ren sannsynlighetsvurdering av den fremtidige markedssituasjonen i fravær av fusjonen. Med andre ord: er kriteriene bare ledd i en årsaksvurdering, eller er de noe mer?

Flere kommentatorer har uttalt at det i realiteten har blitt innført et normativt element i årsaksvurderingen gjennom vilkårene i fallittbedriftforsvaret.⁷⁰ Ifølge Hjelmeng innebærer dette at det samlet sett «oppstilles et normativt krav om at der noen ønsker å kjøpe en fallittbedrift og vil overta markedsandelene, vil dette kjøpet bare kunne godtas dersom det representerer det minst restriktive alternativet».⁷¹ Det vil i så fall bety at forsvaret ikke kan forankres fullt ut i kravet om årsakssammenheng, slik det opprinnelig var forutsatt i *Kali & Salz* og i fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3. Etersom ingen saker har vært oppe for domstolene siden *Kali & Salz*, er det vanskelig å si med sikkerhet hvordan EU-domstolen ville ha stilt seg til Kommisjonens praksis i dag.

Hvis vilkårene i fallittbedriftforsvaret representerer et normativt element i årsaksvurderingen, må det innebære at de også kan føre til andre resultater enn en standard «but for»-test, slik den er beskrevet over. Flere kritikere har hevdet at dette er tilfellet, og at dagens praktisering av fallittbedriftforsvaret fører til for mange uriktige forbud mot foretakssammenslutninger, eller tillatelser på vilkår. I OECD Roundtable on the Failing Firm Defence uttaler sekretariatet:

⁶⁸ COMP/M.4381 *JCI/VB/FIAMM* og COMP/M.6447 *IAG/bmi*. Se også Andersen-sakene, som gjennomgås i avsnitt 4.4.2.1.

⁶⁹ COMP/M. 2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim* og COMP/M.6360 *Nynas/Shell/Harburg Refinery*.

⁷⁰ Se for eksempel Bavasso (2007) s. 194, Kyprianides (2012), s. 582 og Malinauskaite (2012), s. 313.

⁷¹ Hjelmeng (2016) punkt 1.

“This may be the case in a number of circumstances. For example, it would be the outcome of the failing firm defence assessment if restructuring is possible but highly inefficient, or if there are potential buyers for the failing firm’s assets but those purchasers are unlikely to use those assets efficiently, or when there is an alternative purchaser for the failed firm’s business, which is however less likely to compete effectively in the market, and the merging parties find it too difficult to discharge their burden of proof.”⁷²

Det konkluderes deretter med at anvendelse av fallittbedriftforsvaret kan føre til konklusjoner knyttet til den meldte fusjonen, som skiller seg fra det som ville vært resultatet av en «proper counterfactual analysis».⁷³

Dersom dette stemmer, kan det særlig skyldes tre ting. For det første kan det være at anvendelsen av forsvaret fører til at konkurransemyndighetene legger til grunn en alternativsituasjon som ikke er den mest sannsynlige. For det andre kan det skyldes at konsekvensene av de ulike kontrafaktiske scenariene feilvurderes, blant annet som en følge av underliggende presumsjoner. For det tredje kan det skyldes at de kravene som stilles til fusjonens innvirkning på konkurransen, sammenlignet med det kontrafaktiske scenariet, er strengere i disse sakene.

I det følgende vil jeg undersøke om det faktisk er slik at resultatene av fallittbedriftforsvaret skiller seg fra resultatene av en ren kontrafaktisk vurdering. Det taler i så fall for at fallittbedriftforsvaret, slik det praktiseres dag, går ut over det som kan forankres i kravet til årsaks-sammenheng i fusjonskontrollen. For å finne ut av dette, vil jeg først ta for meg praksis fra Europakommisjonen, og peke på likheter og ulikheter mellom fallittbedriftforsvaret og alminnelig kontrafaktisk analyse. Jeg vil deretter forsøke å identifisere mulige årsaker til inkonsistens. Særlig vil jeg undersøke hvorvidt det eksisterer et normativt element i årsaksvurderingen ved fallittbedriftforsvaret, og om underliggende presumsjoner eller forskjeller i bevisbyrde og beviskrav virker inn på resultatene.

4.4.2 Fellestrekk og ulikheter mellom fallittbedriftforsvaret og alminnelig kontrafaktisk analyse i praksis fra Europakommisjonen

⁷² OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 35.

⁷³ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 36.

4.4.2.1 Andersen-sakene⁷⁴

For å kunne vurdere om vilkårene i fallittbedriftforsvaret fører til andre resultater enn rene årsaksanalyser etter betingelseslæren, er det nyttig å se på avgjørelser der forsvaret kunne ha blitt brukt, men hvor man i stedet har valgt andre fremgangsmåter. EU-kommisjonens argumentasjon i Andersen-sakene kan tas til inntekt for at vilkårene i fallittbedriftforsvaret er noe mer enn momenter i en årsakstest, og at de kan gi svært avvikende utfall.

Kommisjonen har kompetanse til å basere en avgjørelse på fallittbedriftforsvaret, selv om ikke partene eksplisitt har påberopt seg det. Det fremgår blant annet av *Olympic/Aegean I*.⁷⁵ Kommisjonen kunne derfor ha valgt å anvende fallittbedriftforsvaret i Andersen-sakene, men, som jeg kommer til senere, kan det være flere grunner til at dette ikke ble ansett som hensiktsmessig.

Andersen var et regnskaps- og revisjonsfirma som i kjølvannet av Enron-skandalen led et stort omdømmetap, og dets globale nettverk var i ferd med å gå i oppløsning. Som et resultat av dette, innledet selskapet i 2002 fusjonsforhandlinger med de fire gjenværende av «the Big Five», de store internasjonale aktørene innenfor regnskaps- og revisjonstjenester for store og børsnoterte selskaper. Fusjonene i tre nasjonale markeder ble vurdert og klarert av EU-kommisjonen.

I disse sakene anvendte Kommisjonen ikke eksplisitt vilkårene i fallittbedriftforsvaret, men kom frem til resultatet ved hjelp av årsaksanalyser. Fremgangsmåten kan enten forstås som en standard kontrafaktisk vurdering etter fusjonskontrollforordningen artikkel 2 nr. 3, eller som en kombinasjon av dette og elementer fra fallittbedriftforsvaret.⁷⁶ Baccaro har beskrevet den som en pragmatisk tilnærming til doktrinen om fallittbedriftforsvaret, der oppløsningen av Andersens verdensomspennende nettverk nærmest ble betraktet som en situasjon med tilsvarende virkning som en fallittbedrift.⁷⁷

I *Deloitte & Touche/Andersen (UK)* og *Ernst and Young/Andersen (France)* kom kommisjonen til at en overgang fra fem til fire konkurrenter i markedet kunne føre til kollektiv dominans, men at Andersen-nettverkets prekære stilling gjorde reduksjonen av aktører uunngåelig.

⁷⁴ COMP/M.2824 *Ernst & Young/Andersen (Germany)*, COMP/M.2816 *Ernst & Young/Andersen (France)* og COMP/M.2810 *Deloitte & Touche/Andersen (UK)*.

⁷⁵ COMP/M.5830 *Olympic/Aegean I*, avs. 1988.

⁷⁶ Joergens (2003), s. 365.

⁷⁷ Baccaro (2004), s. 21.

Det var dermed ikke årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og foretakssammenslutningene.⁷⁸

Kommisjonen anerkjente at Andersen på egenhånd ikke lenger kunne fortsette som en konkurrent i markedet. Videre ble flere kontrafaktiske scenarier vurdert, både alternative oppkjøp og en situasjon uten oppkjøp, der Andersens klienter og markedsandeler ville fordele seg mellom de gjenværende konkurrentene. Ingen av disse alternativene ble ansett for å være mindre skadelige for konkurransen enn de meldte transaksjonene.

Det er etter dette en viss grad av sammenfall mellom Kommisjonens argumentasjon og fallittbedriftsforsvarets vilkår om at det ikke må finnes en mindre konkurranseskadelig kjøper. Avgjørelsene skiller seg likevel fra forsvaret på flere punkter. Når det gjelder de to vilkårene om at henholdsvis målselskapet og dets aktiva må forsvinne ut av markedet i fravær av transaksjonen, fokuserte Kommisjonen i stedet på at Andersen ikke lenger ville være i stand til å konkurrere med de andre «Big Five», slik at utfallet for konkurransen ville bli det samme. I *Deloitte & Touche/Andersen (UK)* tok Kommisjonen derfor ikke direkte stilling til om selskapet innen nær fremtid ville tvinges ut av markedet, men uttalte i stedet at:

“[e]ven if Andersen UK could continue as an independent audit and accounting services firm, the market investigation has shown that Andersen UK could no longer exist as a viable competitor in the market for audit and accounting services to quoted and large companies.”⁷⁹

Selskapets aktiva ville etter all sannsynlighet ikke ha forsvunnet ut av markedet. Ifølge Kommisjonen var det to alternativer til den meldte transaksjonen; enten ville et annet av de gjenværende fire store firmaene ta over selskapet, eller så ville dets aktiva fordele seg mellom konkurrentene.⁸⁰ Det tredje vilkåret i fallittbedriftsforsvaret var dermed ikke oppfylt. Likevel kom Kommisjonen til at fordelingen av aktiva mellom de gjenværende aktørene ikke ville være gunstigere for markedet enn den meldte transaksjonen. Tvert imot, uttales det i avsnitt 57 at en fordeling mellom konkurrentene av Andersens personell og nøkkelpersoner ville gjø-

⁷⁸ COMP.M.2810 *Deloitte & Touche/Andersen (UK)* avs. 44 og COMP/M.2816 *Ernst & Young/Andersen (France)* avs. 75.

⁷⁹ COMP.M.2810 *Deloitte & Touche/Andersen (UK)* avs. 45.

⁸⁰ COMP.M.2810 *Deloitte & Touche/Andersen (UK)* avs. 49.

re markedet enda mer gjennomsliktig og dermed øke risikoen for stilltiende samarbeid og kollektiv dominans. Presumsjonen om det motsatte, slo med andre ord ikke til i dette tilfellet.⁸¹

Uansett om man velger å se på fremgangsmåten som en standard kontrafaktisk analyse eller som en kombinasjon av dette og momenter fra fallittbedriftsforsvaret, kan det være grunn til å anta at en streng anvendelse av fallittbedriftsforsvaret ville gitt et annet resultat i *Andersen-sakene*, fordi det hadde blitt svært vanskelig å sannsynliggjøre at alle kriteriene var innfridd, spesielt vilkåret om at selskapets aktiva må forsvinne ut av markedet. Dette tyder på at vilkårene ikke fullt ut kan forankres i kravet til årsakssammenheng, og at de derfor representerer noe mer.

Flere har hevdet at grunnen til at forsvaret ikke ble nevnt i disse sakene nettopp er at det ikke ville ha ført frem.⁸² Det kan i så fall være problematisk, fordi det indikerer at konkurransemyndighetene gjennom sitt valg mellom to alternative fremgangsmåter kan påvirke sannsynligheten for at en foretakssammenslutning blir klarert eller forbudt. Joergens mener på sin side at den endrede tilnærmingen skyldes at vilkårene i forsvaret ikke passer til den særlige situasjonen som oppstår når fallittbedriften er en tjenesteyter innenfor det som betegnes som «professional services». Det skyldes blant annet at de aktuelle aktiva ikke er materielle, men personelle og immaterielle (som ansatte, klienter, know-how, nettverk og omdømme).⁸³ I tillegg konstaterte Kommisjonen i *Deloitte & Touche/Andersen (UK)* at fordelingen av markedsandeler i det aktuelle markedet var av begrenset betydning for konkurransen, fordi kontrakter inngås for flere år og på bakgrunn av anbudsprosesser.

Ettersom fallittbedriftsforsvaret ikke nevnes i disse sakene, gis det heller ikke noen forklaring på hvorfor det ikke ble anvendt. Avgjørelsene kan uansett tyde på at en friere analyse, fokusert på å avdekke en eventuell årsakssammenheng mellom den meldte foretakssammenslutningen og konkurranseskaden, vil kunne gi andre resultater enn en ren anvendelse av fallittbedriftsforsvaret. Sistnevnte metode vil dermed, i ytterste konsekvens, kunne føre til at fusjoner forbyes, som i virkeligheten ikke er årsaken til en konkurransebegrensning. Ifølge Bavasso og Lindsay kan dette ha vært tilfellet i *Newscorp/Telepiù*.⁸⁴ De hevder videre at det ikke finnes noe rasjonelt grunnlag for å anvende én tilnærming til årsaksproblematikken i flestparten av fusjonssakene, og en annen i saker som involverer fallittbedrifter. Når EU-kommisjonen

⁸¹ En annen viktig forskjell fra en tradisjonell anvendelse av fallittbedriftsforsvaret er at bevisbyrden ikke ble snudd. Se mer om dette i avsnitt 4.4.4.2.

⁸² Se for eksempel Bavasso (2007), s. 196 og Clark (2012), s. 323.

⁸³ Joergens (2003), s. 371.

⁸⁴ COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiù*.

ikke har gitt noen forklaring på hvilke kriterier den vektlegger ved valg av fremgangsmåte i den enkelte sak, fremstår sonderingen dessuten som vilkårlig.⁸⁵ Dette fører i sin tur til redusert forutberegnelighet for selskaper som vurderer å slå seg sammen.

4.4.2.2 *Newscorp/Telepiù*⁸⁶

I denne saken overtok den australske mediegruppen Newscorp kontroll over Telepiù, for å slå selskapet sammen med sin egen betal-TV-tjeneste, Stream. Foretakssammenslutningen ville ifølge Kommisjonen ha en rekke konkurranseskadelige virkninger, deriblant tilnærmet monopol for den nye enheten i det italienske markedet for betal-TV-tjenester. Newscorp hevdet imidlertid at det ikke var årsakssammenheng, og påberopte seg fallittbedriftforsvaret. Etter deres syn ville Stream forsvinne ut av markedet i fravær av fusjonen, og markedsandelene ville dermed tilfalt Telepiù.

Kommisjonen kom til at de to første vilkårene i forsvaret ikke var innfridd, og tok derfor ikke endelig stilling til det tredje. Selv om den påståtte fallittbedriften, Stream, var et selvstendig rettssubjekt, ble den ansett som en divisjon av Newscorp (kjøperselskapet). Ifølge Kommisjonen gjorde dette at viktigheten av å bevise manglende årsakssammenheng ble enda større. Hvis Stream skulle forsvinne fra markedet, ville det ikke skyldes at den ble tvunget ut som en følge av de økonomiske problemene, men derimot at morselskapet, Newscorp, tok et valg om å legge ned en ulønnsom del av virksomheten. Det ble også vektlagt at det ikke var noen fare for at Newscorp selv ville bli tvunget ut av markedet.

Denne delen av avgjørelsen har vært gjenstand for kritikk, fordi essensen i fallittbedriftforsvaret er en manglende årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og transaksjonen. Der som den mest sannsynlige alternativsituasjonen er at fallittdivisjonen blir borte, er det dette som bør legges til grunn for SIEC-vurderingen, uavhengig av hvorvidt morselskapet står i fare for å gå konkurs.⁸⁷ Det er imidlertid flere gode grunner til å stille strenge krav til bevis i en slik situasjon. For det første er det vanskelig å vurdere objektivt den økonomiske tilstanden til en divisjon, fordi denne er et resultat av hvordan interne forhold i selskapet, som systemer for internprising, er organisert. For det andre vil det kunne være en risiko for at partene påvirker bevisene på en slik måte at de økonomiske problemene til divisjonen fremstår som verre enn de er. Dette taler for at beviskravet bør være høyt i disse tilfellene.

⁸⁵ Bavasso (2007) s. 196.

⁸⁶ COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiù*

⁸⁷ Bavasso (2007) s. 188.

Kommisjonen avviste også at det ikke fantes mindre konkurranseskadelige alternative kjøpere. Grunnen var at Newscorp ikke hadde forsøkt å innhente bud fra andre interessenter. Newscorp hadde i stedet argumentert for at markedsanalyser viste at det ikke eksisterte noen kjøpere som ville være i stand til å overta virksomheten og gjøre den lønnsom igjen. Bavasso og Lindsay er kritiske til Kommisjonens behandling av dette spørsmålet, og mener at den skulle ha utført egne markedstester for å undersøke om dette stemte, ettersom det var lite hensiktsmessig for partene å pådra seg kostnadene med å forsøke å selge en virksomhet som ingen ville være interessert i.⁸⁸ Det kan også argumenteres for at dette ville vært mer i tråd med alminnelig kontrafaktisk analyse, der fokuset er på å identifisere den mest sannsynlige alternativsituasjonen.

På tross av at vilkårene i falllittbedriftforsvaret ikke ble ansett for å være oppfylt, foretok Kommisjonen en helhetsvurdering som tok hensyn til risikoen for at Stream ville forsvinne ut av markedet, og kom til at en tillatelse på vilkår var mer gunstig for markedet enn et forbud.

4.4.2.3 *Nynas/Shell/Harburg Refinery*⁸⁹

I *Nynas/Shell/Harburg Refinery* klarerte EU-kommisjonen Nynas' overtagelse av kontroll over Harburg-raffineriet til Shell, på tross av at foretakssammenslutningen ville resultere i et duopol i det europeiske markedet for naftenske base- og prosessoljer, med en markedsandel på 70-80% til Nynas. Begrunnelsen for klareringen var at Shell ville ha lagt ned raffineriet i fravær av transaksjonen, slik at det ikke var årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og foretakssammenslutningen.

Falllittbedriftforsvaret blir ikke eksplisitt nevnt i avgjørelsen, men den kontrafaktiske vurderingen følger delvis oppbyggingen til forsvaret, og Kommisjonen viser til tidligere praksis knyttet til forsvaret og til avsnitt 9 og 89-91 i Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner.⁹⁰ I tillegg har visstnok kommisjonær Almunia i ettertid bekreftet at falllittbedriftforsvaret ble anvendt i avgjørelsen.⁹¹ I stedet for de tre vilkårene følger imidlertid argumentasjonen to ledd; 1) hvorvidt Shell ville legge ned Harburg-raffineriet i fravær av transaksjonen og 2) hvorvidt det fantes en alternativ kjøper som ville virke mindre konkurransebegrensende.⁹² Derimot behandles ikke eksplisitt, som separat vilkår, at raffineriets aktiva i fravær av transaksjonen ville ha forsvunnet ut av markedet. Kommisjonen uttaler likevel i avsnitt 360 at det

⁸⁸ Bavasso (2007) s. 189, fotnote 37.

⁸⁹ COMP/M.6360 *Nynas/Shell/Harburg Refinery*

⁹⁰ Avs. 307-310 med fotnoter.

⁹¹ Jf. Fountoukakos (2015) s. 3, som viser til pressekonferanse 9. oktober 2013.

⁹² Bretz (2014) s. 483.

følger av vurderingene under de to leddene at også dette vilkåret er innfridd. Det kan forklares med at det dreide seg om en «failing division» og ikke et «failing firm».⁹³

Harburg-raffineriet var ikke en selvstendig bedrift, men en del av Shells større virksomhet. Selv om det hadde gått med tap i flere år, ville det ikke blitt tvunget ut av markedet som en følge av de økonomiske problemene, fordi Shell kunne ha understøttet videre drift. Etter en streng tolkning av fallittbedriftforsvaret var dermed ikke det første vilkåret oppfylt. Det var likevel på det rene at videre drift ikke ville være økonomisk rasjonelt, og Shell hadde planlagt å kvitte seg med avdelingen, enten ved et salg, eller ved nedleggelse.⁹⁴ Kommisjonen godtok derfor at fortsatt drift av raffineriet under Shell ikke var et sannsynlig kontrafaktisk scenario.

Denne tilnærmingen ble ønsket velkommen av mange, men Kommisjonen fikk også kritikk for ikke å diskutere eksplisitt anvendelsen av fallittbedriftforsvaret på en fallittdivisjon, og hvorvidt avgjørelsen innebar en kursendring for disse tilfellene.⁹⁵ Tradisjonelt har fallittdivisjoner blitt behandlet strengere, med krav til økonomiske problemer også hos bedriften som helhet, slik det ble gjort i *Newscorp/Telepiù*.⁹⁶

Det andre vilkåret i forsvaret var oppfylt, ettersom den eneste andre interessenten, det amerikanske selskapet Ergon, ikke fremsto som en sannsynlig kjøper. Som følge av at de to første vilkårene var oppfylt, ble også det tredje ansett for å være det, i det de aktuelle aktivaene ville forsvinne fra markedet. Det var dermed riktig å legge til grunn som kontrafaktisk scenario at Harburg-raffineriet ville stenges.

EU-kommisjonen konkluderte ikke direkte med manglende årsakssammenheng, men sammenlignet situasjonen etter foretakssammenslutningen med den fastlagte alternativsituasjonen, der raffineriet legges ned, og kom til at prisene ville stige mest i det sistnevnte scenariet. Det var derfor ikke årsakssammenheng mellom transaksjonen og konkurranseskaden, og foretakssammenslutningen ble godkjent.

Nynas-saken var den første som ble klarert på grunnlag av fallittbedriftforsvaret på 12 år og første gang for en «failing division» noensinne.⁹⁷ I kjølvannet av avgjørelsen, og *Olympic/Aegean II*, som kom like etter, har det blitt stilt spørsmål ved om Kommisjonen er i ferd med

⁹³ Bogdanov (2015) s. 324.

⁹⁴ COMP/M.6360 *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, avs. 317.

⁹⁵ Se for eksempel Bretz (2014) s. 484.

⁹⁶ COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiù*.

⁹⁷ Bretz (2014) s. 486.

å myke opp de strenge vilkårene i forsvaret, og skifte mot et større fokus på den kontrafaktiske vurderingen.⁹⁸ Bretz, Gore og Schallenberg påpeker at det fortsatt stilles strenge krav til bevis, men at avgjørelsene bærer preg av en mindre formalistisk tilnærming til de tre kriteriene og et større fokus på de konkrete forholdene i det aktuelle markedet.⁹⁹ Dette kan i så fall imøtegå noe av den kritikken som tidligere praksis har vært utsatt for.

4.4.3 Et normativt element i årsaksvurderingen

4.4.3.1 Det minst skadelige alternativet

Ved foretakssammenslutninger mellom velfungerende virksomheter, vil det som regel være status quo som er det rette sammenligningsgrunnlaget for SIEC-vurderingen, med mindre det finnes konkrete holdepunkter for å forvente en endring i nær fremtid.¹⁰⁰ Dette stiller seg annerledes der den ene parten er en fallittbedrift, fordi status quo neppe vil være representativt for den fremtidige konkurransemessige situasjonen i markedet i fravær av sammenslutningen.¹⁰¹ Da vil en rekke ulike scenarier måtte vurderes for å finne riktig sammenligningsgrunnlag. Særlig vil dette gjelde kriteriet om at det ikke må finnes et mindre konkurranseskadelig alternativ, typisk en potensiell kjøper av fallittbedriften.

Utgangspunktet i fusjonskontrollen er at det mest sannsynlige scenariet skal legges til grunn.¹⁰² Et spørsmål som oppstår er om man i fallittsakene fraviker dette utgangspunktet, og hvilke hensyn som kan tas med i vurderingen. Skal det utelukkende foretas en ren sannsynlighetsberegning, må det kontrafaktiske scenariet være et alternativ som konkurransemyndighetene vil tillate og som eierne av fallittbedriften frivillig ville ha valgt i fravær av den opprinnelig planlagte foretakssammenslutningen. Her vil det ofte være en interessemotsetning.

Både EU-kommisjonen og Konkurransetilsynet synes å bygge på at det minst konkurranseskadelige alternativet skal legges til grunn som kontrafaktisk scenario i fallittbedriftsakene.¹⁰³ Dette ligger også implisitt i vilkåret som ble formulert i *Kali & Salz*, om at det ikke må finnes noe mindre konkurranseskadelig alternativt oppkjøp («no less anticompetitive alternative purchase»)¹⁰⁴ I *Coop/Ica* uttalte Konkurransetilsynet at bud ned mot likvidasjonsverdien tro-

⁹⁸ COMP/M.6796 *Olympic/Aegean Airlines II*.

⁹⁹ Bretz (2014) s. 486, se også Fountoukakos (2015) s. 2 og 10.

¹⁰⁰ Jf. Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 9.

¹⁰¹ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009), s. 33.

¹⁰² Se kapittel 3.3.2.

¹⁰³ Hjelmeng (2016) punkt 5.3.

¹⁰⁴ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen* avs. 110.

lig måtte aksepteres som alternativt bud, og at partene derfor måtte «sannsynliggjøre at det ikke finnes en konkurransemessig gunstigere kjøper som vil være villig til å kjøpe Ica for en slik pris.»¹⁰⁵ Spørsmålet er hvorvidt dette fører til at fastleggelsen av alternativsituasjonen i disse sakene skiller seg fra det som gjelder for årsaksvurderinger i fusjonskontrollen ellers. Det vil være tilfellet dersom det minst skadelige alternativet ikke er det mest sannsynlige.

Hvis fastleggelsen av alternativsituasjon skal bygge på en vurdering av hva som mest sannsynlig vil skje i fravær av den meldte transaksjonen, må det logisk sett være tre hovedkriterier som skal oppfylles før man kan legge til grunn at målselskapet ville blitt kjøpt av en annen interessent. For det første må det finnes en annen aktør som ønsker å ta over fallittbedriften, og for det andre må eierne av fallittbedriften være villige til å akseptere det budet som blir fremsatt. Dette følger av at partene har avtalefrihet, så lenge de holder seg innenfor lovens rammer. Begge disse vilkårene vil på sin side kunne by på praktiske problemer, når det kommer til innhenting av informasjon og bevis.

Det tredje vilkåret som må være oppfylt for at et alternativt oppkjøp skal anses som en sannsynlig alternativsituasjon er at denne foretakssammenslutningen ville blitt godkjent av konkurransemyndighetene.¹⁰⁶ Det må innebære at den tenkte alternativsituasjonen underlegges samme vurdering som den faktiske foretakssammenslutningen. Den må med andre ord heller ikke representere en SIEC, for da er den ikke et reelt alternativ.

Problemet er at man også her må ha et sammenligningsgrunnlag for å kunne foreta en SIEC-vurdering. Dersom det finnes flere andre potensielle interessenter, vil man kunne ende opp med en form for domino-effekt: For at en alternativsituasjon med interessent 1 skal godkjennes, må virkningene av den ikke være verre enn virkningene av en sannsynlig alternativsituasjon med interessent 2. Denne er igjen bare et sannsynlig alternativ dersom den hadde blitt godkjent, men for å vurdere det, må man sammenligne med en alternativsituasjon med interessent 3. På denne måten kan det synes som om man alltid vil ende opp med det minst konkurranseskadelige alternativet som det mest sannsynlige kontrafaktiske scenariet. Sagt med andre ord: så lenge det finnes et mindre konkurranseskadelig alternativ, vil ingen andre kontrafaktiske scenarier være sannsynlige, fordi de til syvende og sist ville blitt sammenlignet med det minst skadelige alternativet, og dermed ikke blitt godkjent av konkurransemyndighe-

¹⁰⁵ Vedtak V2015-24 *Coop/Ica*, avs. 1666.

¹⁰⁶ Dette var oppe i vedtak V2015-24 *Coop/Ica*, avs. 135, der Konkurransetilsynet utelukket et salg til en annen aktør som hadde vært aktuell for Ica, på bakgrunn av at også dette salget ville være i strid med konkurranseloven § 16

tene. Dette taler for at fastleggelsen av alternativscenario i fallittbedriftsakene ikke skiller seg fra det som gjelder i fusjonskontrollen ellers.

Det er likevel et par problemer med metoden over. For det første knytter det seg mange usikkerhetsmomenter til én slik sannsynlighetsvurdering. Setter man en rekke slike vurderinger etter hverandre, der hver av dem bygger på den forrige, vil man til slutt ende med et resultat som det hefter mye usikkerhet ved.

For det andre forutsetter resonnetet at differansen mellom minst konkurranseskadelige alternativ og nest minst skadelige alternativ representerer en SIEC, ellers ville ikke konkurransemyndighetene hatt anledning til å gripe inn mot det sistnevnte. Uten dette forbeholdet vil alle avtaler som involverer en fallittbedrift bli ulovlige så lenge det finnes et mindre konkurransebegrensende alternativ. Tilsvarende kan bud ned mot likvidasjonsverdien bare legges til grunn som alternativsituasjon hvis differansen til nest minst skadelige alternativ tilsvarer en SIEC og salg til dette beløpet fremstår som mer ønskelig for fallittbedriftens eiere enn å la selskapet gå konkurs.

Drøftelsen over viser at det minst skadelige alternativet ikke alltid vil være det mest sannsynlige. Et ubetinget krav om at det er dette som skal legges til grunn som alternativsituasjon i fallittbedriftsakene kan derfor ikke forankres i årsaksvurderingen under inngrepskriteriet. Det kan likevel synes som at det er slik vilkåret om alternativ kjøper praktiseres. Det betyr i så fall at man med fallittbedriftsforsvaret har innført et normativt element i årsakskravet.

4.4.3.2 *Kravet om nøytral effekt*

Kravet til årsakssammenheng i fusjonskontrollen er en del av inngrepskriteriet i fusjonskontrollforordningen artikkel 2 nr. 3 og konkurranseloven § 16 første ledd, som består i at foretakssammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Dersom dette ikke er oppfylt, kan ikke konkurransemyndighetene gripe inn. Det gjelder selv om det finnes alternativer som hadde vært enda bedre for konkurransen, og til og med selv om den meldte transaksjonen vil føre til en forverring, så lenge denne ikke er «betydelig» eller «significant».¹⁰⁷

I saker der fallittbedriftsforsvaret har vært oppe, uttales derimot ofte at foretakssammenslutningen minst må ha en nøytral effekt på konkurransen i markedet, eller som Kommisjonen uttrykte i *BASF/Eurodiol/Pantochim*:

¹⁰⁷ I Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 4 uttales at den gamle dominstesten gir en viktig indikasjon på hva som skal til for at en foretakssammenslutning hindrer konkurransen «to a significant degree».

“[i]n any event, the application of the concept “rescue merger” requires that the deterioration of the competitive structure through the merger is at least no worse than in the absence of the merger”.¹⁰⁸

Det samme fremgår av Kommissjonens horisontale retningslinjer:

“The basic requirement is that the deterioration of the competitive structure that follows the merger cannot be said to be caused by the merger. This will arise where the competitive structure of the market would deteriorate to at least the same extent in the absence of the merger.”¹⁰⁹

BASF/Eurodiol/Pantochim ble behandlet før innføringen av SIEC-standarden, men synspunktet om at markedsforholdene med transaksjonen i hvert fall ikke må være verre enn situasjonen uten den har blitt gjentatt i flere avgjørelser også etter innføringen av den nye standarden.¹¹⁰ Kravet om minst en nøytral effekt på konkurransen skiller seg fra inngrepskriteriet slik det fremgår av fusjonskontrollforordningen og konkurranseloven, og slik det praktiseres i saker uten fallittbedriftforsvaret, hvor det stilles krav om en kvalifisert forverring, og at denne kan knyttes til fusjonen. Dette kan tyde på at det stilles høyere krav til foretakssammenslutninger der den ene parten er en fallittbedrift. Det taler igjen for at fallittbedriftforsvaret inneholder et normativt element, som ikke kan forankres i årsakskravet under inngrepskriteriet.

4.4.4 Andre mulige opphav til inkonsistens mellom fallittbedriftforsvaret og standard kontrafaktisk analyse

4.4.4.1 Underliggende presumsjoner

Vilkårene i fallittbedriftforsvaret bygger på en rekke presumsjoner om de konkurransemessige virkningene av ulike hendelser. For å finne ut om anvendelsen av fallittbedriftforsvaret fører til at virkningene feilvurderes, kan det derfor være nyttig å undersøke hva disse presumsjonene går ut på, og i hvilken grad de faktisk stemmer.

Dersom disse presumsjonene faktisk stemmer, på tvers av alle tenkelige situasjoner som involverer en fallittbedrift, kan bruken av vilkårene effektivisere vurderingen av årsakssammenhengen, fordi deler av virkningene allerede er analysert. I tillegg vil man da komme frem

¹⁰⁸ COMP/M. 2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*, avs. 143.

¹⁰⁹ Kommissjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 89.

¹¹⁰ Se for eksempel COMP/M.6360 *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, avs. 307 og 310.

til samme resultat som man ville ha gjort ved en ren årsaksvurdering, der alle sider ved saken analyseres fra grunnen av. Det vil i så fall være til fordel for alle parter, særlig med tanke på det tidspresset som ofte preger disse sakene.

Vilkåret om at den påståtte fallittbedriften innen nær fremtid må tvinges ut av markedet som en følge av økonomiske problemer bygger på en presumsjon om at det er gunstigere for konkurransen at den blir værende i markedet.¹¹¹ Problemet med denne antakelsen er at, selv om konkurs ikke er nært forestående, kan selskapets økonomiske problemer være så alvorlige at det ikke lenger vil make å konkurrere med de andre aktørene i markedet. Det konkurransepresset selskapet tidligere representerte vil dermed reduseres eller forsvinne, selv om selskapet i seg selv består. Et slikt selskap betegnes ofte «flailing firm» eller «ailing firm». EU-kommisjonens argumentasjon i *Andersen-sakene* bærer likhetstrekk med et «flailing firm defence», ettersom Andersen ikke lenger ble ansett for å være en «viable competitor», uansett om tilstedeværelsen i markedet hadde blitt videreført.¹¹² Kommisjonen godtok derfor foretakssammenslutninger mellom Andersen og henholdsvis Ernst & Young og Deloitte & Touche.

Vilkåret om at selskapets aktiva må forsvinne ut av markedet i fravær av foretakssammenslutningen bygger på en forutsetning om at det beste for konkurransen er at aktivaene bevares i markedet, til og med hvis de overtas av en dominant aktør. Bakgrunnen for dette er at det, på tross av den økte konsentrasjonen, antas at det er gunstigst for konkurransen at markedets totalkapasitet opprettholdes, slik at produktiviteten ikke går ned.¹¹³ Vilkåret ble først formulert av Kommisjonen i *BASF/Eurodiol/Pantochim*, en sak der manglende tilgang til produksjonsmidler var et viktig hinder for konkurrentenes mulighet til å utvide virksomheten.¹¹⁴ De kunne derfor ikke ta over fallittbedriften sin markedsandel ved å øke produksjonen, og på den måten møte kundenes behov. I et slikt scenario, kan det beste for konkurransen være at aktivaene blir værende i markedet slik at kapasiteten kan opprettholdes. Det er likevel ikke sikkert at den skisserte presumsjonen slår til i alle typer markeder.

I markeder med store etablerings- og utvidelsehindringer vil kanskje en «rescue merger» være den beste muligheten til å opprettholde totalkapasiteten. Det vil derimot ikke nødvendigvis være tilfellet i markeder som er åpne for nyetableringer. Da kan det beste for konkur-

¹¹¹ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009), s. 21.

¹¹² COMP.M.2810 *Deloitte & Touche/Andersen (UK)* avs. 45. Se også COMP.M.5141 *KLM/Martinair* avs. 175.

¹¹³ Oinonen (2013) s. 539.

¹¹⁴ COMP/M. 2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*

ransen være at kapasiteten på kort sikt går ned, men deretter økes som følge av at en ny konkurrent entrer markedet. Det samme gjelder der de gjenværende aktørene til sammen har mulighet til å øke produksjonen, slik at kapasiteten i markedet opprettholdes. Dersom markedet i utgangspunktet er preget av overkapasitet, er det heller ikke sikkert at det beste er å beholde fallittbedriftens aktiva i markedet.

Videre kan det stilles spørsmål ved om en fordeling av aktivaene mellom aktørene i markedet alltid er bedre enn at de tas over av én av dem gjennom en foretakssammenslutning. Hvis markedet består av flere, like store aktører, kan denne likevekten i seg selv være et problem for konkurransen, slik at det hadde vært bedre med færre, men mindre symmetriske aktører.¹¹⁵ I tillegg vil det i noen tilfeller gi høyere produktivitet om aktivaene holdes samlet. Begge disse momentene ble behandlet i *Andersen*-sakene.

Det har også blitt hevdet at vilkåret om at selskapets aktiva må forsvinne ut av markedet i fravær av transaksjonen sikrer at kjøperselskapets motivasjon bak transaksjonen ikke er å begrense konkurransen.¹¹⁶ Dersom alternativet til transaksjonen er at andre konkurrenter overtar aktivaene, kan det å hindre at dette skjer være et mål i seg selv. Presumsjonen er dermed at hvis alternativet i stedet er at de aktuelle aktiva forsvinner ut av markedet, vil kjøperselskapets motivasjon bak kjøpet være å bruke aktivaene til å øke sin egen produktivitet, noe som gagnar markedet. En begrensning ved denne presumsjonen er at den bare sier noe om kjøperselskapets motivasjon når vilkåret er oppfylt, og ikke så mye om det motsatte tilfellet. Det er heller ikke grunnlag for å trekke slutninger fra selskapets motivasjon bak transaksjonen og direkte til de konkurransemessige virkningene av en foretakssammenslutning.

Det følger av dette at hvorvidt de underliggende presumsjonene faktisk stemmer avhenger av markedsforholdene i den enkelte sak. Det vil derfor være avgjørende at konkurransemyndighetene foretar en videre helhetsvurdering som tar hensyn til dette. Praksis tyder på at dette i stor grad blir gjort. Dermed er det mindre sannsynlig at de underliggende presumsjonene i seg selv fører til at anvendelsen av fallittbedriftsforsvaret gir andre resultater enn standard kontraktfaktisk analyse. Ulempen er likevel at forsvaret blir lite håndgripelig og mister noe av sin funksjon.

¹¹⁵ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 35.

¹¹⁶ Oinonen (2013) s. 539-540.

4.4.4.2 Bevisbyrde og beviskrav i fallittbedriftsakene

Dersom EU-kommisjonen eller Konkurransetilsynet kommer til at en foretakssammenslutning innebærer en SIEC sammenlignet med status quo, flyttes bevisbyrden over på partene, som må bevise at vilkårene i fallittbedriftforsvaret er oppfylt.¹¹⁷ I Kommisjonens horisontale retningslinjer formuleres dette slik:

“It is for the notifying parties to provide in due time all the relevant information necessary to demonstrate that the deterioration of the competitive structure that follows the merger is not caused by the merger.”¹¹⁸

Dette understrekes også i EU-kommisjonens bidrag til OECD Roundtable on the Failing Firm Defence, hvor det sies at:

“[t]he burden of proof to establish these criteria lies with the parties”.

I tillegg til at bevisbyrden er snudd, praktiseres et skjerpet beviskrav.^{119,120} Det strenge beviskravet fremheves i forarbeidene til konkurranseloven, hvor det uttales at:

«[k]ravene for å sannsynliggjøre at målselskapet uten oppkjøp vil gå konkurs bør imidlertid være strenge, og bevisbyrden for at vilkårene ved fallittbedriftforsvaret er oppfylt bør ligge på partene.»¹²¹

Det er ikke fastlagt hva som nærmere ligger i det skjerpede beviskravet, men det er naturlig å tolke det slik at det i hvert fall kreves noe mer enn en ren sannsynlighetsovervekt, som ellers er det vanlige både i EU-retten og i norsk rett.

Den reverserte bevisbyrden var oppe i *Swarco/Peek Trafikk*, der Konkurransetilsynet avviste Swarcos anførsel om at det er tilsynet som har bevisbyrden for at det finnes alternative opp-

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 80.

¹¹⁸ Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner, OJ [2004] C 31, avs. 91.

¹¹⁹ Jf. Amelio (2018) s. 675 fotnote 71. Artikkelen er skrevet av medlemmer fra Chief Economist Team (CET) ved Europakommisjonens Directorate-General for Competition (DG COMP), og argumenterer blant annet for at kravene som stilles til bevisene i den enkelte sak til en viss grad avhenger av hvor langt man beveger fra status quo som kontrafaktisk scenario. Fallittbedriftscenariet regnes som et ekstremt avvik fra status quo, og det gjelder derfor en «high evidentiary standard». Se også COMP/M.6458 *Universal Music Group/EMI Music*, avs. 410.

¹²⁰ Ifølge Bavasso (2007) s. 191, kan et skjerpet beviskrav også leses ut av formuleringen av det tredje vilkåret, ved at aktivaene «inevitably» må forsvinne ut av markedet i fravær av transaksjonen.

¹²¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 80.

kjøpere som er gunstigere for konkurransen.¹²² Swarco hadde påberopt seg praksis under 1993-loven, men Konkurransetilsynet anså ikke dette som relevant for den nye konkurranse-loven og viste til at uttalelsene i forarbeidene var klare. Resultatet var at partene ikke hadde sannsynliggjort at det ikke fantes gunstigere alternativer.

Ordlyden i de norske forarbeidene kan tyde på at bevisbyrden er lagt til partene for alle de tre vilkårene, mens det skjerpede beviskravet bare gjelder for vilkåret om at målselskapet ville gått konkurs uten oppkjøpet. I praksis stilles det likevel strenge krav til bevis i tilknytning til alle kriteriene. I *Coop/Ica* uttales for eksempel:

«Det er fremhevet i forarbeidene til konkurranse-loven at kravene for å utelukke årsaks-sammenheng bør være strenge, og at bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt ligger på partene.»¹²³

Det kan være krevende å sannsynliggjøre at vilkåret knyttet til målselskapets økonomiske situasjon er innfridd. En særlig utfordring er det tidspresset som målselskapet gjerne befinner seg i. Dersom prosessen blir så omfattende og tidkrevende at selskapet går konkurs i mellom-tiden, kan dette vise seg å være ugunstig for konkurransen. Likevel finnes det hensyn som taler for å legge bevisbyrden for dette vilkåret til partene. Viktigst er at det er fallittbedriften selv som har best tilgang til den nødvendige dokumentasjonen. Det skjerpede beviskravet kan på sin side forsvares med at man går bort fra status quo som alternativsituasjon, med den usikkerheten det medfører og de komplekse analysene som da må til.

Har man derimot først sannsynliggjort at målselskapet er i ferd med å gå konkurs og forsvinne ut av markedet, er det er ikke lenger like åpenbart at det er partene selv som bør ha bevisbyrden for de to resterende vilkårene, eller at beviskravet må være like høyt. Det er fordi man allerede har fastslått at status quo ikke er en god indikator på hva situasjonen vil bli i fremti-den i fravær av fusjonen. Da kan det argumenteres for at det ikke bare bør være partenes an-svar å bevise hva som er det mest sannsynlige utfallet i fravær av fusjonen.

Særlig vilkåret om at det ikke må finnes mindre konkurranseskadelige alternative transaksjo-ner kan by på problemer når det gjelder bevis. Det er allment kjent at det å bevise eller sann-synliggjøre at noe ikke eksisterer, er svært krevende i seg selv.¹²⁴ For det første, må målselsk-apat undersøke om det finnes andre interessenter og innhente eventuelle tilbud. For det andre

¹²² Vedtak V2005-3 *Swarco Norge/Peek Trafikk*, punkt 4.5.

¹²³ Vedtak V2015-24 *Coop/Ica*, avs. 1660. Tilsvarende i vedtak V2005-3 *Swarco Norge/Peek Trafikk* punkt 4.5.

¹²⁴ Bidraget fra BIAC til OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 204.

må det, dersom alternative interessenter eksisterer, sannsynliggjøre at disse ikke representerer et mindre konkurranseskadelig alternativ enn den meldte transaksjonen. Dette er, som vist over, i seg selv en komplisert og ressurskrevende prosess, og mye av den nødvendige informasjonen vil bare være tilgjengelig for fallittbedriften hvis den begir seg ut i individuelle forhandlinger med de potensielle interessentene, noe som igjen kan påvirke markedsverdien negativt.¹²⁵ Det vil dessuten i de fleste tilfeller være lite attraktivt for en alternativ kjøper å bruke ressurser på en slik prosess, dersom det er tydelig at hensikten er å bevise for konkurransemyndighetene at det ikke eksisterer mindre konkurransebegrensende alternative kjøpere. Og selv om den alternative kjøperen skulle være villig til å begi seg ut i slike forhandlinger, kan det eksistere informasjon som denne ikke vil gi til en konkurrent, men som den kanskje ville gitt til konkurransemyndighetene.

Det finnes også en risiko for at konkurrenter av partene vil melde sin interesse i å kjøpe fallittbedriften, utelukkende i den hensikt å få konkurransemyndighetene til å nedlegge forbud mot partenes transaksjon. Dette tok Kommisjonen riktignok i betraktning i *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, der Ergon ikke ble ansett for å ha insentiver utover dette for å melde sin interesse i å kjøpe Harburg-raffineriet fra Shell.¹²⁶ Likevel kan det øke belastningen for partene, fordi det er opp til dem å bevise at slike tilbud ikke er seriøse.

Geradin og Girgenson har tatt til orde for at kontrafaktiske scenarier med alternative kjøpere bare bør vurderes av konkurransemyndighetene hvis potensielle kjøpere tydelig har uttrykt interesse for å kjøpe målselskapet, når sistnevnte har alvorlige økonomiske problemer og opererer i et konsentrert marked. Ellers er det en risiko for at et rent hypotetisk kontrafaktisk scenario med en alternativ kjøper brukes som et middel til å få partene til å foreslå avhjelpende tiltak.¹²⁷

Vilkåret om at selskapets aktiva vil forsvinne ut av markedet i fravær av foretakssammenslutningen er også krevende å bevise. Partene må vise at ingen nåværende eller potensielle aktører på markedet vil være interesserte i å kjøpe en meningsfull andel av de aktuelle eiendelene i forbindelse med en likvidasjonsprosess.¹²⁸ Det innebærer igjen at man må vurdere flere mulige scenarier opp mot hverandre, herunder ulik oppdeling av aktiva og hvilke aktører som ville ha vært interessert i hvilke aktiva, samt sannsynligheten for at hvert av disse scenariene inntreffer.

¹²⁵ Bidraget fra BIAC til OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 204.

¹²⁶ COMP/M.6360 *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, avs. 346-350.

¹²⁷ Geradin (2013) s. 10.

¹²⁸ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 32.

Som vist, er det store utfordringer knyttet til å bevise innfrielsen av hvert av de tre vilkårene. Plasseringen av bevisbyrden hos partene, kombinert med et skjerpet beviskrav, har derfor stor sannsynlighet for å innvirke på resultatet, i form av hvilken alternativsituasjon som legges til grunn. Dette taler for at fallittbedriftforsvaret i mange tilfeller innebærer noe mer enn en ren årsaksvurdering.

4.4.5 Oppsummering

Gjennomgangen over tyder på at fallittbedriftforsvaret kan gi andre resultater enn alminnelig kontrafaktisk analyse. Det skyldes sannsynligvis i mindre grad mangler ved analysen av hvilke konsekvenser de ulike scenariene vil få for konkurransen. Forsvaret bygger riktignok på en rekke presumsjoner som ikke alltid medfører riktighet, men nyere praksis tyder på at disse ikke legges ukritisk til grunn ved at det trekkes slutninger om årsakssammenheng direkte fra oppfyllelse eller manglende oppfyllelse av vilkårene. I de fleste sakene vurderes de konkurransemessige virkningene av alternativsituasjonen i lys av de konkrete markedsforholdene i den enkelte sak. Dette reduserer risikoen for uriktige avgjørelser. Det kan imidlertid spørres hvor mye som gjenstår av vilkårenes funksjon ved denne tilnærmingen.

Derimot kan det synes som at bruken av de tre vilkårene fører til at sannsynligheten for at fallittbedriftscenariet vil inntreffe undervurderes i noen tilfeller. Det kan for det første skyldes de strenge beviskravene og den omvendte bevisbyrden. For det andre kan det skyldes et krav om at det minst konkurranseskadelige alternativet skal legges til grunn som alternativsituasjon. Dette innebærer som nevnt et normativt element, som også viser seg ved at det tilsynelatende stilles strengere krav til en foretakssammenslutning som involverer en fallittbedrift enn det er grunnlag for, ut fra inngrepskriteriet i fusjonskontrollforordningen artikkel 2 nr. 3 og konkurranseloven § 16 første ledd, ved at innvirkningen på konkurransen minst må være nøytral.

5 Alternative tilnærminger til fallittbedriftsakene

5.1 Innledning

Etter at finanskrisen slo til for fullt i 2008, var det flere kommentatorer som forventet en økt forekomst av fusjoner der partene påberoper seg fallittbedriftforsvaret.¹²⁹ Dette viste seg likevel ikke å stemme. Antakelig kan det forklares med at sannsynligheten for å nå frem på dette grunnlaget er liten. Praksis fra Kommisjonen kan tyde på at transaksjoner som involverer fallittbedrifter, eller bedrifter i store økonomiske vansker, har større sannsynlighet for å godkjennes når de bedømmes etter en ren årsaksvurdering enn når de tre vilkårene i fallittbedriftforsvaret anvendes.¹³⁰ I tillegg forutsetter en anvendelse av argumentene i forsvaret, til en viss grad, at partene vedgår at transaksjonen innebærer en konkurransebegrensning sammenlignet med status quo.¹³¹ Dermed vil en standard kontrafaktisk analyse ofte fremstå som mer ønskelig sett fra partenes side.

Clark og Foss anbefaler derfor partene i en meldt foretakssammenslutning å utvikle argumenter basert på kontrafaktiske scenarier utenfor vilkårene i fallittbedriftforsvaret, for å sannsynliggjøre at det ikke er årsakssammenheng mellom transaksjonen og en eventuell konkurranse-skade.¹³² Tanken er at dette vil invitere konkurransemyndighetene til å foreta en videre kontrafaktisk analyse, som anses som gunstigere fra partenes ståsted. Det vil særlig være aktuelt i fire typesituasjoner:¹³³ 1) Hvis exit fra markedet kan sannsynliggjøres på annet grunnlag enn insolvens. Det kan for eksempel være manglende lønnsomhet eller en endring av forretningsstrategi, og vil typisk være tilfellet for en avdeling av et foretak eller del av et joint venture. 2) Hvis aktiviteten i markedet ikke opphører, men nedskaleres gjennom en restrukturering, slik at markedsandelen kan ventes å synke. 3) Hvis selskapets aktiva ikke nødvendigvis vil forsvinne ut av markedet. 4) Hvis fallitt ikke er sannsynlig innen nær fremtid, men på et senere tidspunkt.

Kapittel 4 i denne fremstillingen viser at det er knyttet en rekke problemer til dagens anvendelse av fallittbedriftforsvaret. Kanskje viktigst er at det er mye som tyder på at det som oppgis som det rettslige grunnlaget for forsvaret, nemlig inngrepskriteriet i fusjonskontrollforordningen artikkel 2 nr. 3 og det tilhørende årsakskravet, ikke fullt ut kan støtte opp under gjel-

¹²⁹ Se for eksempel OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 41.

¹³⁰ Malinauskaite (2012) s. 315.

¹³¹ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 36

¹³² Clark (2012) s. 331.

¹³³ Clark (2012) s. 325.

dende praksis. Det kan gi seg utslag i at man ved anvendelse av fallittbedriftforsvaret risikerer å få andre resultater enn ved rene kontrafaktiske analyser. Hvorvidt dette resultatet er ønskelig kan det være ulike syn på, men uklarheter i den rettslige forankringen vil likevel kunne oppfattes som et problem. I tillegg har dagens system vist seg å være lite forutsigbart, samt svært tid- og ressurskrevende for partene.

Spørsmålet i det følgende er om noen av de nevnte problemene kan løses gjennom en alternativ tilnærming til fallittbedriftsakene, og hvilke hensyn denne i så fall skal bygge på.

5.2 Utforming av regler om fusjonskontroll

Formålet med fusjonskontrollen er å fremme konkurranse, i tråd med prinsipper om fri markedsøkonomi og effektiv bruk av samfunnets ressurser.¹³⁴ For å oppnå dette har man utformet et sett med regler, på bakgrunn av en avveining av ulike hensyn. Ideelt sett bør reglene maksimere sannsynligheten for riktige avgjørelser, minimere de forventede kostnadene ved uriktige avgjørelser, være enkle og billige å anvende, samt gi forutsigbare resultater.¹³⁵ Flere av disse hensynene kan virke motstridende, og det vil være tilnærmet umulig å ivareta alle fullt ut, på en og samme tid. Ved utformingen av reglene må det derfor foretas prioriteringer, og det vil alltid være ulike syn på hvordan de forskjellige hensynene bør vektes.

For eksempel er det ulike synspunkter på hvilken type feil som gir de største kostnadene for samfunnet. De som mener at kostnadene er størst ved en feilaktig forbudsavgjørelse (også kalt type I-feil) vil gjerne ta til orde for en mindre streng anvendelse av fallittbedriftforsvaret, mens de som mener at kostnadene er størst ved en feilaktig klarering, (type II-feil), vil ønske en strengere anvendelse.

Kostnadene ved feilaktig å forby en foretakssammenslutning vil avhenge av hva virkningen for konkurransen hadde blitt etter en gjennomføring. Det er kun dersom transaksjonen ville gitt vesentlige effektivitetsgevinster, at kostnadene ved å forby den blir store, ellers vil de være minimale.¹³⁶ Kostnaden ved feilaktig å tillate en transaksjon vil på sin side være størst hvis foretakssammenslutningen gir liten eller ingen effektivitetsgevinst, men derimot fører til økt markedsmakt for den nye enheten og prisstigning.¹³⁷

¹³⁴ Jf. For 139/2004/EF, fortalen avsnitt 2-6 og konkurranseloven § 1.

¹³⁵ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 42.

¹³⁶ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 42.

¹³⁷ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 42.

Fusjonskontrollens prospektive element fører naturlig nok til at det vil hefte usikkerhet ved en del av avgjørelsene, og dermed også til at det nødvendigvis må forekomme avgjørelser som i ettertid viser seg å være feil. Som vist over, er mange av den oppfatning at fallittbedriftsforsvaret, slik det praktiseres i dag, gir en overvekt av type-I feil fremfor type-II feil.¹³⁸ Spørsmålet er hvilke grunner som taler for denne løsningen, og eventuelt hvilke som taler i motsatt retning. Dette vil være relevante hensyn ved fastleggelsen av en eventuell alternativ tilnærming til fallittbedriftsakene.

5.3 Hensyn som taler for og imot en streng tilnærming til fallittbedriftsakene

En viktig grunn til at mange foretrekker en streng anvendelse av fallittbedriftsforsvaret er at foretakssammenslutninger medfører permanente endringer i markedsstrukturen. I tilfelle av en feilaktig klarering, vil det ikke være mulig å reversere fusjonen tilbake til de forholdene som eksisterte før gjennomføringen. Konkurransemyndighetene kan redusere noen av de negative virkningene gjennom en strikt håndheving av atferdsreglene, som for eksempel forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i artikkel 102 av Traktaten om Den europeiske unions virkemåte og konkurranseloven § 11. Denne muligheten for ex post kontroll har ført til at mange anser type II-feil for å være mindre alvorlige enn type-I feil.¹³⁹ Argumentet vil først og fremst være gyldig der konkurransebegrensningen tar form av en dominerende stilling, fordi det stort sett er da atferdsreglene har mulighet til å motvirke negative virkninger. Dette vil imidlertid være en ressurskrevende og utfordrende løsning på sikt, og det er ikke sikkert at konkurransemyndighetene vil klare å fange opp alle tilfellene av misbruk.

Selv om atferdsreglene kan motvirke noen av de konkurranseskadelige virkningene av en foretakssammenslutning, veier de ikke nødvendigvis opp for alle negative konsekvenser over tid, som vanskeligheter for nyetableringer eller for utvidelser hos eksisterende konkurrenter. Dersom markedet blir mer gjennomsiktig, med få gjenværende aktører, og produktene som de forskjellige konkurrentene tilbyr i stor grad er like, kan fusjonen legge til rette for en koordinert markedsatferd, som ikke fanges opp av atferdsreglene. Det kan derfor virke som at konsekvensene av en feilaktig klarering kan være mer langvarige og fastlåste enn konsekvensene av et feilaktig forbud, fordi markedet i det sistnevnte tilfellet kan ha bedre mulighet til å tilpasse seg de nye forholdene og rette opp skjevheter over tid.

¹³⁸ Se også OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 43.

¹³⁹ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 42.

Et restriktivt fallittbedriftforsvar kan bidra til å gjøre det mindre attraktivt å inngå avtaler om konkurransemessig betenkelige transaksjoner, både for kjøperen og for målselskapet, fordi sjansen for godkjennelse er liten. Dette kan ha flere implikasjoner. I forarbeidene til konkurranseloven nevnes at muligheten for å kunne få en fusjon tillatt under fallittbedriftforsvaret kan føre til at ledelsen styrer selskapet mot konkurs for å oppfylle vilkårene, fremfor å forsøke å redde det:

«Slik sett kan eksistensen av fallittbedriftforsvaret lede til at bedriften faktisk går konkurs og konkurransen blir begrenset, selv om dette kanskje ikke ville ha blitt utfallet dersom foretaket ikke hadde kunnet påberope seg slike argumenter for å unngå inngrep.»¹⁴⁰

Det bemerkes likevel at dette «kanskje er lite sannsynlig, fordi eierne tar en stor risiko ved å styre mot konkurs». Samtidig pekes det på at denne risikoen vil kunne være tilstede ved de fleste handlingsalternativene i en slik situasjon. Sannsynligheten for at eierne av en fallittbedrift vil velge en slik strategi er nok liten, men en streng praksis vil i alle fall kunne redusere den ytterligere, fordi sjansen for å lykkes med den er liten.

Hvis et strengt fallittbedriftforsvar fører til et redusert antall meldte fusjoner, vil det begrense arbeidsmengden for konkurransemyndighetene, noe som igjen kan føre til mer effektiv ressursbruk for samfunnet og muligens kortere behandlingstid for andre saker. I tillegg kan den reverserte bevisbyrden i fallittbedriftsakene som likevel meldes ha samme virkning, ved å lette myndighetenes arbeid på dette punktet.

En streng praksis kan også bidra til å forhindre at forsvaret brukes som et middel til å presse konkurrenter ut av markedet. Det kan skje hvis et selskap i økonomiske vansker inngår avtale med en dominerende aktør som i virkeligheten ønsker å «blø ut» selskapet mens saksbehandlingen pågår, samtidig som at andre (og mindre konkurranseskadelige) selskaper forhindres fra å inngå avtale med målselskapet. Det kan innvendes at denne risikoen vil være til stede uansett, men ved en streng praksis vil kanskje eierne av fallittbedriften heller ønske å finne en mindre konkurranseskadelig konkurrent som avtalepart, for å øke sjansen for klarering.

En lav terskel for å klarere fusjoner på bakgrunn av fallittbedriftforsvaret kan på sin side virke som insentiv for rovprising og andre strategier for å svekke konkurrenter. Det kan skje ved at en dominerende aktør gjennom sin rovatferd presser en konkurrent mot konkurs, for så å få et

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 79-80.

oppkjøp godkjent under fallittbedriftforsvaret. Det er fremhevet i de norske forarbeidene at fallittbedriftforsvaret ikke gjelder i disse tilfellene. Dette er en problematikk som kan tas med i vurderingen av forsvaret i den enkelte sak, men den kan også behandles under atferdsreglene, som skal hindre slik opptreden i utgangspunktet.

Ved en streng tilnærming kan man også hindre at fallittbedriftforsvaret brukes som et middel til å oppnå høyest mulig vederlag for fallittbedriften, til skade for konkurransen. En nær konkurrent kan være villig til å gi et høyere bud enn en virksomhet med mindre grad av overlapp, nettopp på grunn av synergieffekter og muligheten for økt markedsrett, som vil kunne innebære en svekkelse av konkurransen.¹⁴¹ Det kommer særlig til uttrykk gjennom det strenge beviskravet i fallittbedriftforsvaret, som dels er begrunnet i at partene kan ha insentiver til å overdrive omfanget av de økonomiske vanskene til målselskapet. Dette kan særlig være en risiko i «failing division»-sakene, fordi selskapet, ved hjelp av kreativ regnskapsføring, kan forsterke inntrykket av divisjonens økonomiske problemer.¹⁴²

En streng praksis kan motvirke risikoen for manipulering av bevis. Kombinert med risikoen for manipulering av de faktiske forholdene, for eksempel ved at ledelsen bevisst styrer selskapet mot konkurs, har dette også ført til at konkurransemyndighetene kun vil bygge avgjørelser på faktum som forelå på tidspunktet for avtaleinngåelsen. I *Eimskip/Nor Lines* uttrykker Konkurransetilsynet dette slik:

«Interne dokumenter og øvrige bevis utarbeidet etter dette tidspunktet, vil kunne være påvirket av den foreliggende transaksjon og således være lite egnet som grunnlag for tilsynets vurdering av den mest sannsynlige markedsutvikling uten foretakssammenslutningen. Det vil også gjelde for interne beslutninger fattet etter dette tidspunkt.»¹⁴³

I dette ligger et bevisst valg om at forebygging av misbruk prioriteres høyt, og i noen tilfeller vil kunne gå på bekostning av «riktig» fastleggelse av den mest sannsynlige alternativsituasjonen. Synspunktet er i tråd med den linjen EU-kommisjonen har lagt seg på.¹⁴⁴

De hensynene som er behandlet her tilsier en streng anvendelse av fallittbedriftforsvaret. Det gjenspeiles også i praksis. En annen mulig forklaring på konkurransemyndighetenes strenge tilnærming er at det kan fremstå som mer forutsigbart og ønskelig å tillate en fusjon på vilkår

¹⁴¹ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 205.

¹⁴² OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s 12.

¹⁴³ Vedtak V2017-19 *Eimskip/Nor Lines*, avs. 283.

¹⁴⁴ Se for eksempel COMP/M.7278 *General Electric/Alstom* avs. 1201-1204.

enn å tillate eller forby den, særlig i tilfeller hvor det er vanskelig å fastlegge riktig alternativ-situasjon. Vilkårene kan både være strukturelle og atferdsmessige. Typiske strukturtiltak vil være å selge deler av virksomheten som gir særlig grunn til bekymring, mens atferdstiltak kan innebære å gi andre aktører tilgang til viktig infrastruktur, eller forpliktelser til ikke å gå inn i bestemte markeder.

Det følger av konkurranseloven § 16 første ledd at en foretakssammenslutning skal forbys dersom den i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. I bestemmelsens annet ledd (som ble endret i 2014) fastslås det videre at:

«Dersom konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av melderne vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen kan føre til, skal tilsynet fatte vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på disse vilkår.»

Etter ordlyden kan det synes uklart om det forutsettes at det allerede er foretatt en fullstendig vurdering etter første ledd, hvor det er konstatert konkurranseskade. Dersom foretakssammenslutningen ikke innebærer en SIEC, skal den jo i utgangspunktet tillates uten vilkår. Med en slik lovforståelse skulle det altså først foretas en selvstendig årsaksanalyse etter første ledd, der det gjennom en sammenligning av det faktiske og det kontrafaktiske scenariet konstateres konkurranseskade. Deretter kunne man vurdere om denne skaden kan avbøtes ved avhjelpende tiltak foreslått av partene.

Det fremgår imidlertid av forarbeidene til endringen i 2014 at det ikke stilles krav om at det er foretatt en fullstendig utredning eller virkningsanalyse før vedtak om tillatelse på vilkår fattes.¹⁴⁵ Fordelen for partene er at det åpner for en raskere behandling av saken. Spørsmålet blir hvor mye som kreves av Konkurransetilsynet på dette punktet. Uttrykket «kan føre til» kan tyde på at det er tilstrekkelig for en vurdering etter annet ledd at foretakssammenslutningen muligens vil føre til konkurranseskade. Det er likevel et kriterium at tilsynet «finner» at de avhjelpende tiltakene «vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene». Dette må i det minste forutsette at det er på det rene hva slags konkurransebegrensende virkninger det dreier seg om. Det taler for at vurderingen må foretas i to trinn, som skissert ovenfor, men med mindre strenge krav til den første årsaksanalysen. I EU-retten kan Kommisjonen akseptere

¹⁴⁵ Prop. 75 L (2012-2013) s. 97 og 144.

«commitments» fra partene før undersøkelsene av fusjonen er satt i gang, så lenge konkurransekaden er lett å identifisere og med enkelhet kan repareres.¹⁴⁶

Det kan stilles spørsmål ved om det i praksis i stedet skjer en sammenblanding av de to stadiene av vurderingen, slik at det kontrafaktiske sammenlignes direkte med situasjonen med fusjonen pluss avhjelpende tiltak, uten å gå veien om fusjonen uten vilkår som faktisk scenario. Ifølge Bavasso og Lindsay var dette tilfellet i *Newscorp/Telepiù*.¹⁴⁷ Det har også vært hevdet at denne saken er et eksempel på at fusjonskontrollen brukes som et middel til å pålegge partene regulering (i form av «remedies») i forkant av en fusjon, som konkurransemyndighetene ikke ville hatt kompetanse til å pålegge dem i etterkant, gjennom atferdsreglene.¹⁴⁸ Kanskje fremstår utfallet av en fullstendig kontrafaktisk analyse under falllittbedriftforsvaret som så usikkert for både partene og konkurransemyndighetene, at en tillatelse på vilkår blir mer oversiktlig og attraktiv. Det kan potensielt føre til at antallet saker som klareres på bakgrunn av falllittbedriftforsvaret reduseres, noe som igjen kan øke terskelen ytterligere for å få en slik transaksjon godkjent uten vilkår.

Dette gjenspeiles også i praksis fra norske konkurransemyndigheter fra 1998 til i dag. En gjennomgang av vedtak fra Konkurransetilsynet, der falllittbedriftforsvaret har vært oppe, viser at det kun er *SAS/Braathens* som har blitt tillatt uten vilkår, på grunnlag av falllittbedriftforsvaret.¹⁴⁹ Av de resterende 9 sakene ble én tillatt på annet grunnlag,¹⁵⁰ 5 ble tillatt på vilkår,¹⁵¹ og i tre saker ble det fattet vedtak om inngrep mot foretakssammenslutningen.¹⁵² Det er imidlertid vanskelig å forutse med sikkerhet hva som ville ha blitt utfallet av sakene som har blitt tillatt på vilkår, dersom dette ikke hadde vært et alternativ.

Partene har anledning til å tilby avhjelpende tiltak på et hvilket som helst stadium i saken.¹⁵³ Sammen med den begrensede utredningsplikten i disse tilfellene, vil dette kunne spare både partene og konkurransemyndighetene for tid og ressurser, noe som vil være av særlig stor

¹⁴⁶ For 139/2004/EF, fortalen avs. 30. Adgangen til å foreslå avhjelpende tiltak fremgår av art. 6 nr. 2 og art. 8 nr. 2.

¹⁴⁷ Bavasso (2007) s. 189, jf. COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiù*, avs. 211.

¹⁴⁸ Caffara (2003) s. 626.

¹⁴⁹ Avgjørelse A2001-21 *SAS/Braathens*

¹⁵⁰ Avgjørelse A1998-15 *NorBillett/Billettsservice*.

¹⁵¹ Vedtak V2015-24 *Coop/Ica*, vedtak V2004-14 *NorBetong/NCC Roads*, vedtak V2001-27 *Norsk Kjøttssamvirke/Gudmundsen Eiendom*, vedtak V2001-26 *Simo Invest/Brio Barnvagnar*, vedtak V1999-89 *Aschehoug og Gyldendahl/Universitetsforlaget*.

¹⁵² Vedtak V2017-19 *Eimskip Norway/Nor Lines*, vedtak V2005-3 *Swarco Norge/Peek Trafikk*, vedtak V2004-21 *Joh-System/Engrospartner*.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 84. For 139/2004/EF, fortalen avs. 30.

betydning i fallittbedriftsakene. Det kan likevel spørres hvilke implikasjoner dette har for årsaksvurderingen og hensynet til forutberegnelighet i senere saker, samt om partene ved å foreslå avhjelpende tiltak i realiteten gir avkall på muligheten til å få transaksjonen godkjent som den er.

5.4 Alternative løsninger

5.4.1 En virkningsbasert kontrafaktisk analyse

Den løsningen som sekretariatet argumenterer for i rapporten fra OECD Roundtable on the Failing Firm Defence er en totrinns effektbasert kontrafaktisk analyse. Først vurderer man hva som er den mest sannsynlige alternativsituasjonen, uten noen presumsjoner eller a priori (vilkårene i forsvaret). Deretter sammenlignes konkurranseforholdene under dette scenariet med de som vil gjelde under foretakssammenslutningen.¹⁵⁴ Hvis situasjonen med fusjonen er det beste for konkurransen, skal den godkjennes.

For at denne fremgangsmåten skal kunne forankres i årsakskravet i fusjonskontrollforordningen artikkel 2 nr. 3 og konkurranseloven § 16 første ledd, kan foretakssammenslutningen bare forbys hvis den representerer en konkurransebegrensning i forhold til det eller de mest sannsynlige kontrafaktiske scenariene. Denne begrensningen må også representere en SIEC, ellers vil ikke inngrepskriteriet være innfridd. Man kan dermed ikke stille krav om at foretakssammenslutningen minst må ha en nøytral effekt på konkurranseforholdene sammenlignet med alternativsituasjonen.

Dette ville sannsynligvis redusere antallet feilaktige forbud (type I-feil), fordi det ikke inkluderer en presumsjon om at situasjonen med sammenslutningen er mer skadelig enn den uten. Fremgangsmåten vil imidlertid kunne føre til flere feilaktige klareringer (type II-feil), og muligens innebære en mer krevende prosess med hensyn til innsamling og analyse av materiale. I tillegg kan det være at mangelen på faste kriterier ville gjøre utfallet i den enkelte sak enda mer uforutsigbart.

5.4.2 Fallittbedriftforsvaret som separat unntak fra inngrepsvilkåret.

Det kan stilles spørsmål ved hvor godt årsaksvurderinger basert på betingelseslæren egentlig passer inn i fusjonskontrollen når man beveger seg bort fra status quo som alternativsituasjon. Er det strengt tatt riktig i disse sakene å si at en foretakssammenslutning ikke er årsaken til en konkurranseskade, fordi skaden også ville oppstått uten den? En alternativ tilnærming er å si

¹⁵⁴ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 44

at foretakssammenslutningen er årsaken, men at man i alternativsituasjonen ville fått samme resultat (eller verre), bare med en annen årsak. En slik formulering bærer likhetstrekk med læren om alternative årsaksfaktorer fra erstatningsretten.¹⁵⁵ Forskjellen fra erstatningsretten er likevel den at skaden i konkurranseretten ikke alltid vil være kvalitativt den samme i de ulike scenariene, selv om den på en tenkt skala over graden av konkurranseskade kanskje vil score likt.¹⁵⁶ Dette gjelder særlig sakene som har blitt behandlet i tiden etter *Kali & Salz*.¹⁵⁷ I den opprinnelige dommen var konkurranseskaden også kvalitativt tilnærmet den samme i det faktiske og det kontrafaktiske scenariet. Det skyldtes at markedet ville endret seg fra et duopol til et monopol i begge tilfellene, og *Kali & Salz* uansett ville overta markedsandelen til MdK. I etterfølgende praksis har det stort sett vært enda mer utfordrende å fastlegge den korrekte alternativsituasjonen og å sammenligne virkningene av denne med virkningene av foretakssammenslutningen. Det skyldes til dels at vilkåret om overtakelse av markedsandeler er erstattet med et vilkår om at aktivaene vil forsvinne ut av markedet i fravær av fusjonen.

Forankringen av falllittbedriftforsvaret i manglende årsakssammenheng kan i mange tilfeller virke oppkonstruert. Det kan tale for en separat løsning, der avveiningen av ulike scenariers ønskerverdighet faller mer naturlig. Et alternativ til dagens løsning kunne derfor være å la falllittbedriftforsvaret være en separat unntakshjemmel fra inngrepsbestemmelsen. Det første skrittet ville være å sannsynliggjøre at status quo ante ikke vil videreføres. Deretter kunne man stå friere til å lovfeste konkrete vilkår for når man i disse situasjonene vil gjøre unntak fra inngrep, uten å presse disse inn under en årsaksanalyse. Der forsvaret ikke får gjennomslag, kan man eventuelt velge å falle tilbake på en standard kontrafaktisk vurdering, slik at det fortsatt vil være mulig å komme til at det ikke er årsakssammenheng mellom transaksjonen og konkurranseskaden.

Ved å lage en separat unntaksbestemmelse kan man unngå de problemene som oppstår ved at forsvaret skal forankres i kravet om årsakssammenheng. Da vil også lovgiverne stå friere til å vektlegge de hensynene som anses som viktige, og kan legge til rette for å oppnå de resultatene de ønsker. Dersom vilkårene i en slik unntaksbestemmelse formuleres på en klar og utvetydig måte, vil det kunne gi økt forutberegnelighet i fusjonskontrollen. I tillegg kan det bidra til økt effektivitet. På den andre siden kan det, avhengig av hvordan kriteriene utformes, øke risikoen for at fusjoner forbyes som i virkeligheten vil være det gunstigste alternativet for konkurransen. En uklar regel kan gi større handlingsrom for konkurransemyndighetene, mens et

¹⁵⁵ Hjelmeng (2016) punkt 5.3.

¹⁵⁶ I konkurranseretten brukes for eksempel ofte Herfindahl-Hirschmann-indeksen (HHI) som et mål på graden av konsentrasjon i et marked.

¹⁵⁷ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*.

klart definert unntak vil kunne øke sannsynligheten for misbruk. I tillegg må det bemerkes at gjennomføringen av en slik endring i EU-systemet ville innebære en svært omfattende prosess og by på mange praktiske utfordringer som jeg ikke skal gå inn på her, men som gjør denne løsningen lite sannsynlig.

5.4.3 Endring av bevisbyrden

En viktig årsak til at det er vanskelig å nå frem med fallittbedriftforsvaret er at bevisbyrden i disse tilfellene snus. Dersom man i stedet kan få den meldte foretakssammenslutningen vurdert etter en standard kontrafaktisk analyse, blir det konkurransemyndighetenes oppgave å bevise at det er årsakssammenheng mellom konkurranseskaden og fusjonen. Dette kan imidlertid også oppnås ved at man beholder vilkårene i fallittbedriftforsvaret, men lar være å snu bevisbyrden i disse sakene.

Dr. Jorge Padilla tar til orde for at partene fortsatt bør ha ansvaret for å skaffe til veie relevant dokumentasjon og undersøke om det finnes alternative interessenter.¹⁵⁸ Dette betegnes «evidentiary burden of proof». Derimot mener han at «the substantive burden of proof» bør ligge hos myndighetene. Det innebærer at det er myndighetene som må sannsynliggjøre at det er grunnlag for inngrep, og ikke omvendt. De har dermed ansvaret for å vurdere bevisene, utføre analyser, og balansere negative og positive effekter mot hverandre. Kravene som stilles til kvaliteten, koherensen og omfanget av de bevisene som legges til grunn, kan imidlertid fortsatt være strenge.

Denne tilnærmingen bygger ikke på noen presumsjon om at den meldte foretakssammenslutningen er årsaken til en eventuell etterfølgende konkurranseskade. Sjansen blir dermed større for at man kommer frem til det mest sannsynlige kontrafaktiske scenariet, fordi sannsynligheten for at fallittscenariet inntreffer ikke undervurderes. Hvis alternative kjøpere bare vurderes dersom de faktisk har vist interesse for å inngå en avtale med målbedriften eller dens eiere, unngår man også noen av problemene knyttet til det å skulle «bevise en negativ».

Ved å benytte samme system for bevis som i andre fusjonssaker, kan man redusere graden av inkonsistens mellom fallittbedriftforsvaret og alminnelig kontrafaktisk analyse. Risikoen for feilaktige forbud kan reduseres, og forsvarets forankring i årsakskravet under inngrepskriteriet styrkes. Fullstendig samsvar mellom de to «sporene» blir det likevel ikke, så lenge vilkårene i forsvaret består.

¹⁵⁸ OECD Roundtable on the Failing Firm Defence (2009) s. 211.

En ulempe ved denne tilnærmingen er at man raskere ender opp i kompliserte hypotetiske vurderinger av alternativsituasjoner utenfor status quo ante. Det vil kunne innebære en økt belastning for konkurransemyndighetene, og mindre forutsigbarhet. En mulig løsning på dette problemet kan være å fortsatt gi avtalepartene ansvaret for å sannsynliggjøre at selve inngangskriteriet til fallittbedriftforsvaret er innfridd, altså at målselskapet er i ferd med å gå konkurs og forsvinne ut av markedet. Dersom de klarer det, er det er fastlagt at status quo ikke er den korrekte alternativsituasjonen, og bevisbyrden kan gå tilbake til konkurransemyndighetene, som må sannsynliggjøre at det er årsakssammenheng mellom fusjonen og skaden. Begge de skisserte fremgangsmåtene kan imidlertid øke risikoen for feilaktige klareringer, og potensielt redusere de forebyggende virkningene av et strengt fallittbedriftforsvar, som er beskrevet i punkt 5.3.

5.4.4 En mindre streng tolkning av de enkelte vilkårene

Et annet alternativ til dagens løsning kan være å beholde fallittbedriftforsvaret slik det er, men med en mindre streng tolkning og anvendelse av de enkelte vilkårene. Dette kan både innebære en lemping av beviskravet og en mer fleksibel og pragmatisk tilnærming til den enkelte sak. Særlig kan det være aktuelt å redusere kravene som stilles til alvorlighetsgraden av målselskapets økonomiske vansker.

Ifølge blant andre Kokkoris, Mason og Weeds kan det argumenteres for at en mindre streng anvendelse av forsvaret vil virke konkurransefremmende, fordi det kan bidra til å fjerne etableringshindringer i markedet.¹⁵⁹ Ved at et foretak har muligheten til å få tilbake noe av sine investeringer gjennom en såkalt «rescue merger», kan risikoen ved å etablere seg i et nytt marked eller utvide virksomheten i samme marked reduseres. På denne måten balanseres de konkurransebegrensende virkningene av en fusjon ex post med de konkurransefremmende virkningene ex ante.¹⁶⁰ Denne effekten vil imidlertid være mindre jo mindre andel av overskuddet fra fusjonen fallittbedriftens eiere sitter igjen med. Hvis forsvaret kun aksepteres i tilfeller der det er helt åpenbart at bedriften innen kort tid vil gå konkurs, vil det, som en følge av den svake forhandlingsposisjonen ved et salg, være begrenset hvor mye av investeringen som kan reddes for fallittbedriften. Dermed vil en potensiell gunstig innvirkning på nyetablering og konkurranse i markedet være størst hvis forsvaret får gjennomslag også for selskaper i alvorlige økonomiske vansker, men som ikke er like nær en konkurs (såkalte «flailing firms») og for avdelinger av selskaper («failing divisions»)¹⁶¹

¹⁵⁹ Kokkoris (2006) s. 506-507, Mason (2013) s. 23 og 35, se også Komminos (2014), s. 614.

¹⁶⁰ Mason (2013) s. 23.

¹⁶¹ Kokkoris (2006) s. 507, Mason (2013), s. 23.

Behovet for en slik «nødutgang» vil særlig gjøre seg gjeldende i markeder der det kun er plass til et begrenset antall aktører. Grunnen er at i disse markedene vil ofte den eneste mulige kjøperen være en nær konkurrent av målselskapet.¹⁶² Dermed vil en streng praktisering av fallittbedriftforsvaret kunne gjøre det tilnærmet umulig å redde deler av etableringsinvesteringen gjennom en «rescue merger». Satt på spissen, vil det være «tantamount to condemning the investor to losses for a substantial period, until he or indeed his investment ‘bleeds to death’, so that the stringent conditions of the failing firm defence be satisfied or be seen to be satisfied».¹⁶³ En streng anvendelse av vilkårene vil derfor særlig kunne virke som et etableringshinder i denne typen marked, fordi risikoen ved etablering blir høy. Det gjelder på tross av at nettopp slike markeder ofte kan trenge det konkurranselementet som nyetableringer representerer.

Komninos og Jeram hevder på denne bakgrunn at *Olympic/Aegean* burde ha blitt klarert allerede i den første omgangen i 2011.¹⁶⁴ Saken gjaldt en fusjon mellom de to største greske flyselskapene, Olympic Air og Aegean Airlines. I 2011 la Kommisjonen ned forbud mot foretakssammenslutningen, og fant at ingen av vilkårene i fallittbedriftforsvaret var oppfylt. Det økonomiske underskuddet hos Olympic ble ikke ansett som tilstrekkelig til å betegne selskapet som en fallittbedrift. Under tre år senere ble fusjonen meldt på nytt, og denne gangen ble den klarert, på bakgrunn av at forholdene hadde endret seg på en slik måte at vilkårene denne gangen var oppfylt.

Dersom fusjonen hadde blitt klarert allerede i første omgang, ville man ha spart kostnadene ved at begge selskapene parallelt måtte foreta omstruktureringer, for så, etter to år med tap, å måtte gjøre det en gang til sammen, når fusjonen endelig ble klarert.¹⁶⁵ Det skal imidlertid sies at de økonomiske forholdene i Hellas på den tiden var mye av årsaken til at det gikk som det gikk, og at det var vanskelig for Kommisjonen å skulle forutse den utviklingen på tidspunktet for den første meldingen.

Det kan innvendes at den beskrevne tilnærmingen i virkeligheten bare erstatter etableringshindringer ex ante med en etableringshindring ex post, i form av en ny dominerende aktør i markedet. I tillegg vil risikoen for uriktige klareringer øke, og prevensjonselementet ved et strengt forsvar reduseres. Som et resultat av dette, kan det tenkes at antallet meldinger av

¹⁶² Komninos (2014) s. 614.

¹⁶³ Komninos (2014) s. 614.

¹⁶⁴ COMP/M.5830 *Olympic/Aegean I* og COMP/M.6796 *Olympic/Aegean II*.

¹⁶⁵ Komninos (2014) s. 614.

konkurransmessig betenkelige transaksjoner går opp samtidig som at risikoen for misbruk øker.

6 Avsluttende kommentarer

I denne fremstillingen har jeg forsøkt å peke på noen av utfordringene som knytter seg til fallittbedriftforsvaret, og å skissere mulige alternativer til dagens løsning. Etter mitt syn er det største problemet at det tilsynelatende er en inkonsistens mellom fallittbedriftforsvaret og fusjonskontrollen ellers, slik at forsvaret ikke fullt ut kan forankres i årsakskravet under inngrepskriteriet, som forutsatt. Det er også noe uklart hva som er begrunnelsen for å anvende en annen fremgangsmåte for å vurdere virkningene av en foretakssammenslutning i disse tilfellene. Det kan derfor være grunn til å stille spørsmål ved hva som egentlig er hensikten med fallittbedriftforsvaret og de tre vilkårene, og hvorfor man skal beholde det. Et mulig svar er at det gir en form for fordeler, som andre tilnærminger ikke gir. Det kan for eksempel være ressursbesparelser i form av raskere og mer effektiv saksbehandling. En gjennomgang av praksis på området tyder imidlertid på at dette ikke nødvendigvis er tilfellet. Fallittbedriftsakene er ofte gjenstand for omfattende analyser, og som vist fatter ikke konkurransemyndighetene konklusjoner om (manglende) årsakssammenheng kun basert på hvorvidt vilkårene er oppfylt. Det later derfor til at hensynet til riktige avgjørelser prioriteres over hensynet til hurtighet, noe det er vanskelig å være uenig i. Det gjør likevel at det etter mitt syn ville vært mest hensiktsmessig å behandle disse sakene som andre saker, ved en standard kontrafaktisk analyse. Det er klart at momentene fra fallittbedriftforsvaret fortsatt vil være relevante i de fleste sakene, men forskjellen er at de vil være det på lik linje med andre momenter.

De tre vilkårene i fallittbedriftforsvaret ble først utformet i tilknytning til et helt spesielt saks-kompleks, i *Kali & Salz*, og graden av overføringsverdi varierer fra sak til sak og marked til marked.¹⁶⁶ En friere kontrafaktisk analyse vil kunne ta hensyn til dette. I tillegg får man et mer enhetlig system for fusjonskontroll.

¹⁶⁶ Forente saker C-68/94 og C-30/95 *Frankrike mfl. mot Kommisjonen*.

Kildeliste

Lover

EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Konkurranseloven	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

Forarbeider

NOU 2003:12	Ny konkurranselov.
NOU 2012:7	Mer effektiv konkurranselov.
Ot.prp. nr. 6 (2003-2004 A)	Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).
Prop. 75 L (2012-2013)	Endringer i konkurranselov.
Prop.37 L (2015-2016)	Endringer i konkurranselov (Konkurranseskjennemnda, kartellforlik mm.).

Vedtak og avgjørelser fra Konkurransetilsynet og departementet

V2017-19	<i>Eimskip Norway/Nor Lines</i>	Vedtak 3. april 2017
V2015-24	<i>Coop/Ica</i>	Vedtak 4. mars 2015
V2015-1	<i>TeliaSonera/Tele2</i>	Vedtak 5. februar 2015

V2005-3	<i>Swarco Norge/Peek Trafikk</i>	Vedtak 4. februar 2004
V2004-21	<i>Joh-System/Engrospartner</i>	Vedtak 2. april 2004
V2004-14	<i>NorBetong/NCC Roads</i>	Vedtak 31. mars 2004
A2001-21	<i>SAS/Braathens</i>	Avgjørelse 23. oktober 2001
V2001-27	<i>Norsk Kjøttssamvirke/Gudmundsen Eiendom</i>	Vedtak 6. mars 2001
V2001-26	<i>Simo Invest/Brio Barnvagnar</i>	Vedtak 6. mars 2001
V1999-89	<i>Aschehoug og Gylden- dal/Universitetsforlaget</i>	Vedtak 20. desember 1999
A1998-15	<i>NorBillett/Billettsservice</i>	Avgjørelse 20. august 1998

Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009, i klage på Konkurransetilsynets vedtak V2008-22, Opplysningen Mobil/Aspiro.

Traktater og forordninger

Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, engelsk utgave:

Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2016), OJ C 202, 7.6.2016

For 139/2004 Rådsforordning (EF) nr.139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger (fusjonskontrollforordningen)

Europakommisjonens kunngjøringer

OJ [2004] C 31/05 Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.

Avgjørelser fra EU-domstolen (tidligere EF-domstolen) og Retten (tidligere førsteinstansdomstolen)

Sak C-12/03 P *Kommisjonen mot Tetra Laval* ECLI:EU:C:2005:87

Forente saker C-68/94 og C-30/95, *Frankrike mfl. mot Kommisjonen* ECLI:EU:C:1998:148

Sak C-41/90, *Höfner og Elser mot Macrotron* ECLI:EU:C:1991:161

Sak C-413/06 P *Bertelsmann og Sony Corporation of America mot Impala* ECLI:EU:C:2008:392

Sak T-342/99 *Airtours mot Kommisjonen* ECLI:EU:T:2002:146

Sak T-102/96 *Gencor mot Kommisjonen* ECLI:EU:T:1999:65

Vedtak fra EU-kommisjonen

COMP/M.7278 *General Electric/Alstom* OJ C 139, 4.5.2017

COMP/M. 6796 *Olympic/Aegean Airlines II* OJ C 25, 24.1.2015

COMP/M.6360 *Nynas/Shell/Harburg Refinery* OJ C 368, 17.10.2014

COMP/M.6458 *Universal Music Group/EMI Music* OJ C 220, 1.8.2013

COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines I* OJ C 195, 3.7.2012

COMP/M. 6447 *IAG/BMI* 30.3.2012

COMP/M.4381 *JCI/VB/FIAMM* OJ C 241, 8.10.2009

COMP/M.5141 *KLM/Martinair* OJ C 51, 4.3.2009

COMP/M.2876 *NewsCorp/Telepiù* OJ L 110, 16.4.2004

COMP/M.2824 *Ernst & Young/Andersen Germany* OJ C 246, 12.10.2002

COMP/M.2816	<i>Ernst & Young/Andersen (France)</i>	OJ C 232, 28.9.2002
COMP/M.2810	<i>Deloitte & Touche/Andersen (UK)</i>	OJ C 200, 23.8.2002
COMP/M.2314	<i>BASF/Eurodiol/Pantochim</i>	OJ L 132, 17.5.2002

Litteratur:

- Amelio, Andrea mfl. “Recent Developments at DG Competition:2017/2018”, *Review of Industrial Organization* nr. 53(4) (2018), s. 653-679 (siteret fra Springer Link: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11151-018-9671-7>).
- Baccaro, Vincenzo. «Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe of two closely related concepts”, *European Competition Law Review* nr. 25(1) (2004), s. 11-24 (siteret fra Westlaw UK Journals and Law Reviews).
- Bavasso, Antonio og Alistair Lindsay. “Causation in EC merger control”, *Journal of Competition Law and Economics* nr. 3(2), s. 181-202 (siteret fra HeinOnline).
- Bretz, Oliver, Daniel Gore og Katrin Schallenberg «A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger”, *European Competition Law Review* nr. 35(10) (2014), s. 480-486 (siteret fra Westlaw UK Journals and Law Reviews).
- Caffara, Christina og Andrea Coscelli “Merger to monopoly: NewsCorp/Telepiu”, *European Competition Law Review* nr. 24(11) (2003) s. 625-627 (siteret fra Westlaw UK Journals and Law Reviews).

- Clark, Emily og Celia Foss “When the Failing Firm Defence Fails”, *Journal of European Competition Law & Practice* nr. 3(4) (2012), s. 317-331 (sitert fra Oxford University Press Journals).
- Fountoukakos, Kyriakos og Lisa Geary «The Failing Firm Defence – Some Further Thoughts Post Nynas/Shell and Aegean/Olympic II», *Competition Policy International* 24. Mai 2015, www.competitionpolicyinternational.com.
- Geradin, Damien og Ianis Girgenson «The Counterfactual Analysis in EU Merger Control” (19. November 2013). Tilgjengelig fra SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2357026>.
- Hjelmeng, Erling. «Årsaksvurderinger i konkurranseretten – særlig om det kontrafaktiske scenariet», *Tidsskrift for forretningsjus* nr. 1 (2016), s. 10-45 (sitert fra Idunn).
- Joergens, Konstantin “Andersen and the “Failing Firm””, *World Competition* nr. 26(3) (2003), s. 363-380 (sitert fra HeinOnline Kluwer Law International Journal Library)
- Kokkoris, Ioannis. «Failing firm defence in the European Union: a panacea for mergers?», *European Competition Law Review* nr. 27(9) (2006), s. 494-509 (sitert fra Westlaw UK Journals and Law Reviews).
- Komninos, Assimakis og Jan Jeram «Changing Mind in Changed Circumstances: Aegean/Olympic II and the Failing Firm Defence”, *Journal of European Competition Law & Practice* nr. 5(9) (2014), s. 605-615 (sitert fra Oxford University Press Journals)

Kyprianides, George P. «Assess the importance of the counterfactual in merger assessment with regards to the failing firm defence», *European Competition Law Review* nr. 33(12) (2012), s. 576-578 (Sitert fra Westlaw UK Journals and Law Review)

Malinauskaite, Jurgita “The failing firm defence in EU merger control: the story of Sisyphus?”, *International Company and Commercial Law review* nr. 23(9) (2012), s. 308-316 (sitert fra Westlaw UK Journals and Law Reviews)

Mason, Robin og Helen Weeds “Merger policy, entry, and entrepreneurship”, *European Economic Review* nr. 57 (2013), s. 23-38 (sitert fra Elsevier ScienceDirect Journals Complete, www.sciencedirect.com).

Oinonen, Mika “Mergers with a financially distressed company in the United States and European Union: alike, but not the same”, *European Competition Law Review* nr. 34(10) (2013), s. 538-547 (sitert fra Westlaw UK Journals and Law Reviews).

Ryssdal, Anders og Håkon Størdal. og Cosma *Norsk konkurranserett: Bind II: Fusjonskontroll*, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Internasjonale kilder:

Horizontal Merger Guidelines of the United States Department of Justice and the Federal Trade Commission, August 19, 2010. Tilgjengelig fra www.ftc.gov/public-statements.

International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 (1930). Dom fra Amerikansk høyesterett/ US Supreme Court.

OECD Policy Roundtables, *The Failing Firm Defence* (2009), tilgjengelig fra www.oecd.org/competition.