

# Behovet for helhetlig evaluering av fusjonskontrollregimet

Advokat **Helge Stemshaug** og advokat **Kristin Hjelmaas Valla**, BA-HR <sup>1</sup>

## 1. Innledning

Gjeldende konkurranselov (lov 5. mars 2004 nr. 12) trådte i kraft 1. mai 2004. Loven innførte omfattende endringer i reglene om konkurransemyndighetenes kontroll med foretakssammenslutninger (fusjonskontrollreglene). Formålet med disse reglene er å føre forhåndskontroll med varige endringer i markedsstrukturen, bl.a. ved fusjoner og oppkjøp, ut fra konkurransemessige hensyn.

Særlig ble saksbehandlingsreglene gjenstand for betydelige endringer. De materielle vilkårene som må være oppfylt for at konkurransemyndighetene kan gripe inn mot en foretakssammenslutning, ble i all hovedsak videreført.

Når det gjelder konkurransemyndighetenes organisering, videreførte 2004-loven tidligere klageordning. Det vil si at overordnet departement (Fornyings- og administrasjonsdepartementet) er klageorgan der Konkurransetilsynet griper inn mot en foretakssammenslutning. Dog ble det innført noen endringer for å tydeliggjøre tilfeller av overprøving på politiske grunnlag. Dette ble dels gjennomført ved at konkurransemyndighetene, dvs. Konkurransetilsynet og departementet, alltid skal gripe inn der inngrepsvilkårene er oppfylt.

Dels kommer det til uttrykk ved at Kongen i statsråd ble gitt kompetanse til å tillate en fusjon som konkurransemyndighetene har grepet inn mot ”[i] saker av prinsipiell eller stor samfunnsøkonomisk betydning”, jf. § 21. Tidligere hadde konkurransemyndighetene en skjønsmessig adgang til ikke å gripe inn, selv om vilkårene for inngrep var oppfylt. Kun ved 1-2 anledninger benyttet departementet denne muligheten til å tillate en konkurransebegrensende foretakssammenslutning ut fra andre hensyn enn de konkurransepolitiske.

Etter vår vurdering er det nå behov for å foreta en helhetlig gjennomgang og vurdering av fusjonskontrollreglene. Det gjelder især for saksbehandlingsreglene hvor det ble innført omfattende endringer ved 2004-loven, og hvor det dessuten har vært mange lov- og forskriftsendringer i perioden 2004-2009.

Dersom fusjonskontrollreglene som sådan skal evalueres, kan det være grunn til også å evaluere de materielle reglene. Det er i første rekke et spørsmål om EØS-harmonisering, dvs. om inngrepsvilkårene i konkurranseloven bør være de samme som i EØS-avtalens fusjonskontrollregler.

Ved en bredere evaluering kan det dessuten igjen være grunn til å drøfte konkurransemyndighetenes organisering. Vi viser her til at både lovutvalget som var nedsatt i forkant av 2004-loven og lovutvalget for den tidligere konkurranseloven av 1993, anbefalte å opprette et uavhengig klageorgan. Dette organet skulle behandle klager over Konkurransetilsynets vedtak bl.a. i fusjonssaker, i stedet for at klagebehandlingen skulle skje i overordnet departement.

Endelig kan det være behov for en bredere analyse av fusjonskontrollens rolle i norsk økonomisk politikk. En slik analyse har ikke vært gjennomført av lovgiver, siden man i 1988 innførte fusjonskontrollregler gjennom et tillegg til daværende prislov. Heller ikke forøvrig har det vært ført noen slik diskusjon. Gitt at konkurranselovens fusjonskontrollregler antakelig er et viktigere strukturpolitisk virkemiddel i dag enn da regimet ble innført i 1988 – flere år før EØS-avtalens ikrafttredelse – kan det være på sin plass med en slik analyse. Betydelig inspirasjon og lærdom bør kunne hentes fra den internasjonale debatt om hvilken konkurransepolitikk generelt, og fusjonskontroll spesielt, som bør føres av land med liten økonomi.

I punkt 2 nedenfor vil det bli gitt en oversikt over fusjonskontrollreglene. Deretter vil behovet for evaluering av saksbehandlingsreglene bli drøftet i punkt 3, mens behovet for evaluering av de materielle inngrepsvilkårene blir drøftet i punkt 4. Behovet for en evaluering av konkurransemyndighetenes organisering samt fusjonskontrollens rolle vil ikke bli ytterligere drøftet.

## 2. Fusjonskontrollreglene

### 2.1 Strukturendringer som omfattes av fusjonskontrollreglene

Konkurranseloven gir konkurransemyndighetene hjemmel til å gripe inn mot *foretakssammenslutninger*. Foretakssammenslutningsbegrepet er hentet fra EU- EØS-retten. Innholdsmessig er det ment å samsvare med tilsvarende begrep i den

såkalte fusjonsforordningen på dette punkt, jf. Rådsforordning 139/2004.

Foretakssammenslutninger omfatter transaksjoner som leder til en varig endring i markedsstrukturen ved at antall aktører reduseres. Gjennom en foretakssammenslutning bortfaller konkurransen mellom tidligere uavhengige foretak. Såvel fusjoner som oppkjøp der én eller flere aktører får direkte eller indirekte kontroll i et annet foretak, utgjør en foretakssammenslutning. Med *kontroll* i konkurranserettslig forstand menes muligheten til å utøve avgjørende innflytelse over den forretningsmessige virksomheten i et annet foretak. Slik kontroll kan oppnås gjennom rettigheter, avtaler eller på annen måte, og betinger ikke at man eier mer enn 50 % av eierandelene i et annet foretak.

Konkurransemyndighetene kan også gripe inn mot erverv av andeler i et foretak selv om erververen ikke får kontroll over foretaket (minoritetserverv). I slike tilfeller skjer ingen endring av markedsstrukturen. Det er likevel nødvendig å ta stilling til om en transaksjon innebærer en *foretakssammenslutning* i lovens forstand, fordi det bare er slike transaksjoner som er meldepliktige, jf. nedenfor i punkt 2.3.

### 2.2 Vilkår for inngrep

To vilkår må være oppfylt for at Konkurransetilsynet skal gripe inn mot en foretakssammenslutning.

For det første må foretakssammenslutningen føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Når Konkurransetilsynet skal vurdere om dette vilkåret er oppfylt, må tilsynet foreta en konkurransefaglig analyse av de fremtidige virkninger foretakssammenslutningen vil få på de markedene som berøres.

For det andre må foretakssammenslutningen være i strid med lovens formål om (samfunnsøkonomisk) effektiv ressursbruk. Det betyr at de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster ved

en foretakssammenslutning må veies mot de samfunnsøkonomiske ulempene ved redusert konkurranse. Et typisk eksempel på samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster er kostnadsbeparelser på grunn av stordriftsfordeler.

Under 1993-loven ble effektivitetsvilkåret forstått slik at konkurransemyndighetene ikke hadde inngrepskompetanse dersom de samfunnsøkonomiske gevinstene var større enn det samfunnsøkonomiske tapet den aktuelle foretakssammenslutningen medførte. Dette er vanligvis omtalt som en *”totalvelferdsstandard”* fordi det er irrelevant på hvilken hånd (produsenter og/eller konsumenter) den samfunnsøkonomiske gevinst oppstår, og om konsumenter som gruppe kommer dårligere ut i forhold til situasjonen før foretakssammenslutningen, f.eks. i form av høyere priser. Totalvelferdsstandarder var begrunnet i at lovens formålsbestemmelse kun hadde til formål å bidra til en (samfunnsøkonomisk) effektiv bruk av samfunnets ressurser. Ett alternativ til totalvelferdsstandarder er en konsumentvelferdsstandard som betinger at konsumentene som gruppe ikke kommer verre ut.

Ved Stortingets behandling av forslaget til dagens konkurranselov, ble det vedtatt en endring av lovens formålsbestemmelse. Dette skjedde gjennom et tillegg til den foreslåtte formålsbestemmelsen, som i forslag forelagt Stortinget, i innhold var identisk med formålsbestemmelsen i 1993-loven, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). Tillegget som ble vedtatt, fastsetter at det ved anvendelsen av konkurranseloven skal *”tas særlig hensyn til forbrukernes interesser”*.

Ifølge daværende statsråd Victor Norman ville tillegget *”i de fleste tilfeller neppe ha noen særlig praktisk konsekvens, rett og slett fordi hensynet til effektiv bruk av ressursene og hensynet til forbrukerne vil være sammenfallende”*. Samtidig understreket han, under Odelstingets forhandling, at *”noen ganger – fusjoner kan være ett eksempel – vil begrensninger i konkurransen føre til at forbrukerne taper, mens de involverte driftene tjener. I slike situasjoner må tillegget til*

*formålsbestemmelsen forstås dit hen at det skal påvirke skjønnsutøvelsen etter loven, slik at forbrukernes tap vil bli tillagt større vekt enn gevinsten for foretakene”*, jf. Forh. O. 2004 side 314 annen spalte.

Til tross for ovennevnte, har departementet i senere praksis lagt til grunn at tillegget ikke skal ha noen betydning i fusjonssaker. Myndighetene praktiserer fortsatt en totalvelferdsstandard, på samme måte som under 1993-loven. Denne tolkningen ble lagt til grunn av departementet i behandling av klagen over Konkurransetilsynets vedtak i Prior/Norgården i 2006. Departementet avviste i sitt vedtak at Stortinget hadde noen intensjon om å endre innholdet i effektivitetsforsvaret i forhold til 1993-loven: *”[A]vveiningen mellom positive og negative samfunnsøkonomiske virkninger av en foretakssammenslutning skal skje på samme måte etter den någjeldende lov som etter den forrige”*, jf. FADs vedtak av 6. februar 2006. Departementets rettsanvendelse ble bekreftet av statsråd Grande Røys i brev av 11. juni 2006 til Forbrukerombudet. Grande Røys’ brev var et svar på en forbrukerpolitisk bekymringsmelding fra Forbrukerrådet, hvor rådet hadde stilt spørsmål ved om departementets avgjørelse i Prior/Norgården var i strid med lovgivers forutsetning.<sup>2</sup>

## 2.3 Saksbehandlingsregler

Konkurranseloven inneholder detaljerte og tekniske saksbehandlingsregler, som dels kommer i stedet for og dels i tillegg til forvaltningsloven og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Gjeldende konkurranselov innførte til dels omfattende endringer i de prosessuelle regler knyttet til fusjonskontrollen. Nedenfor gis en oversikt over hvordan disse reglene var ved ikrafttredelse 1. mai 2004. I punkt 2.4 vil det bli gitt en oversikt over lov- og forskriftsendringer gjennomført etter lovens ikrafttredelse.

### 2.3.1 Meldeplikt

2004-loven innførte en generell meldeplikt for alle foretakssammenslutninger. Tidligere var det

ingen slik obligatorisk meldeplikt. Formålet med meldeplikten er å effektivisere myndighetenes kontroll med foretakssammenslutninger, slik at myndighetene ikke på egen hånd skal behøve å drive overvåkning for å fange opp strukturendringer som kan ha skadelige virkninger for konkurransen.

Gjennom den såkalte meldepliktforskriften som trådte i kraft samtidig med konkurranseloven,<sup>3</sup> ble den generelle meldeplikten noe innskrenket ved at det ble innført omsetningsterskler som må være oppfylt for at foretakssammenslutningen skal være meldepliktig.

I henhold til meldepliktforskriften skulle foretakssammenslutninger, der de involverte foretakene til sammen har en årlig omsetning i Norge på mer enn MNOK 20, samtidig som minst to av de involverte foretakene hver har en årlig omsetning i Norge på mer enn MNOK 5, være omfattet av meldeplikten.

Som vi kommer tilbake til nedenfor, var resultatet av meldepliktsreglene at Konkurransetilsynet i årene 2005-2007 mottok mellom 550 og snau 900 meldinger pr. år.

Plikten til å melde gjelder såkalt alminnelig melding. Dette er en relativt begrenset rapporteringsordning, eller var i hvert fall i utgangspunktet tenkt å være det. Alminnelig melding skal inneholde informasjon om partene og de konsern disse inngår i, informasjon om foretakssammenslutningen, en beskrivelse av markeder hvor partene (inkludert selskap i samme konsern som de direkte berørte partene) får en markedsandel på over 20 % som følge av transaksjonen og partenes fem viktigste kunder, konkurrenter og leverandører i markeder i Norge hvor partene har overlappende virksomhet.

Bakgrunnen for ordningen med en begrenset første melding var den meget omfattende meldeplikten hva gjelder hvilke foretakssammenslutninger som skulle meldes.

Dersom Konkurransetilsynet, etter å ha mottatt alminnelig melding, ønsker å foreta en grundigere vurdering av foretakssammenslutningen, må tilsynet pålegge en fullstendig melding. Kravene til innrapportering ved fullstendig melding er betydelig mer omfattende enn for alminnelig melding. Her skal bl.a. konkurranseforholdene og markedsstrukturen på markedene som berøres av transaksjonen beskrives i detalj, det skal redegjøres for mulige etableringshindringer og for eventuelle effektivitetsgevinster foretakssammenslutningen fører til.

Partene kan selv velge å inngi fullstendig melding direkte, uten først å innlevere alminnelig melding. I så fall må meldingen som leveres, innholdsmessig tilfredsstillende kravene som stilles til fullstendig melding. Fordelen med dette er at partene sparer tid ved at man unngår den innledende fase på 15 virkedager, jf. nedenfor i punkt 2.3.2.

### 2.3.2 Saksbehandlingsfrister

Dagens konkurranselov innførte mer presise saksbehandlingsfrister enn under tidligere lov. Loven inneholder definerte "etapper" som innebærer at Konkurransetilsynet mister sin kompetanse til å gripe inn mot en foretakssammenslutning, dersom ikke Konkurransetilsynet meddeler at tilsynet går videre med saken innenfor de forhåndsdefinerte fristene.

Formålet med saksbehandlingsfristene var å søke å skape mer forutberegnelighet for lovens adressater og stramme inn myndighetenes frister for å gripe inn. Det har bl.a. sammenheng med at for å kunne realisere synergier ved foretakssammenslutninger og begrense kostnadene, er det viktig at sammenslutningen kan gjennomføres raskt. De norske saksbehandlingsfristene er likevel de lengste i Norden.<sup>4</sup>

Det normale utgangspunkt for å utløse lovens saksbehandlingsfrister, er innlevering av alminnelig melding.<sup>5</sup> Slik melding skulle, da 2004-loven trådte i kraft, innleveres senest når endelig avtale om ervervet var inngått eller kontroll ervervet.

Når Konkurransetilsynet har mottatt alminnelig melding, har tilsynet 15 virkedager på å bestemme hvorvidt man vil pålegge fullstendig melding. Gis ikke slikt pålegg innen fristen, kan ikke Konkurransetilsynet senere gripe inn mot foretakssammenslutningen.

Det er ingen frist for å innlevere fullstendig melding. Fra pålegg om fullstendig melding ble gitt, gjaldt imidlertid et gjennomføringsforbud, se punkt 2.3.3 nedenfor.

Fra Konkurransetilsynet mottar fullstendig melding, må tilsynet innen 25 virkedager varsle at inngrep kan bli aktuelt (såkalt Fase I). Dersom slikt varsel ikke gis, kan ikke Konkurransetilsynet senere gripe inn mot foretakssammenslutningen. Tilsynet behøver ikke gi noen begrunnelse for sin beslutning om hvorfor inngrep kan bli aktuelt.

Der Konkurransetilsynet har varslet at inngrep kan bli aktuelt, må tilsynet innen 70 virkedager fra mottak av fullstendig melding fremlegge et begrunnet forslag til inngrepsvedtak. Dette er en særregulering av det kravet til forhåndsvarsling som følger av forvaltningsloven. Dersom slikt begrunnet forslag til vedtak ikke gis, kan ikke Konkurransetilsynet senere gripe inn mot foretakssammenslutningen.

Partene har en frist på 15 virkedager til å kommentere det begrunnete forslag til vedtak. Deretter må Konkurransetilsynet treffe sitt endelige vedtak innen 15 virkedager fra mottak av partenes kommentarer. Dersom partene fremmet forslag om avhjelpende tiltak og anmodet om fristforlengelse, kunne fristen for å treffe vedtak forlenges med 25 virkedager.

Også for departementets klagebehandling gjelder særskilte tidsfrister. For det første må Konkurransetilsynets vedtak påklages av partene innen 15 virkedager. Deretter må Konkurransetilsynet bringe klagen inn for departementet senest 15 virkedager etter at klagen er mottatt. Loven regulerer ikke hvilke konsekvenser det vil få om Konkur-

ransetilsynet oversitter denne fristen. Når klagen er mottatt av departementet, har departementet 60 virkedager på å treffe vedtak i klagesaken.

### 2.3.3 Gjennomføringsforbud

Et gjennomføringsforbud innebærer noe forenklet et forbud mot å overføre eierandeler eller innmat fra et foretak til et annet, eller på annen måte opp- tre koordinert i markedet. Forbudet skal sikre at partene fortsetter å opptre uavhengig av hverandre i tilsynets prøvingsperiode.

Gjeldende lov innførte et forbud mot å gjennomføre meldepliktige foretakssammenslutninger. Gjennomføringsforbudet gjaldt imidlertid først dersom og fra det tidspunkt tilsynet ga pålegg om å levere fullstendig melding. Gjennomføringsforbudet gjaldt tilsvarende der partene leverte frivillig, fullstendig melding. Det var derfor ikke i strid med gjennomføringsforbudet å gjennomføre den meldte foretakssammenslutningen før Konkurransetilsynet eventuelt ga et pålegg om fullstendig melding.

Formålet med et gjennomføringsforbud er å sikre myndighetene reell mulighet til en effektiv håndheving. Forbudet er derfor til hinder for at partene skal kunne gjennomføre tiltak som gjør det vanskelig eller umulig for myndighetene på et senere tidspunkt å treffe et inngrepsvedtak som gjenoppretter konkurranseintensiteten forut for transaksjonen.

## 2.4 Lov- og forskriftsendringer siden 2004

Det er gjennomført en rekke lov- og forskriftsendringer i fusjonskontrollreglene siden lovens ikrafttredelse 1. mai 2004. Disse vil kort bli gjennomgått nedenfor.

### 2.4.1 Endringslov av 17. desember 2004

Allerede et drøyt halvår etter konkurranselovens ikrafttredelse kom den første endringsloven, jf. lov av 17. desember 2004 nr. 100. Den innførte blant annet justeringer og presiseringer i kravene

til alminnelig melding. Samtidig ble det innført gjennomføringsforbud også for minoritetserverv når det ble gitt pålegg om fullstendig melding, eller partene leverte fullstendig melding til Konkurransetilsynet på eget initiativ.

### 2.4.2 Revisjon av meldepliktforordningen fra 1. januar 2007

I november 2006 ble det gjort endringer i meldepliktforordningen. Denne endringen resulterte i en beskjeden økning av omsetningstærsklene som må være oppfylt for at en foretakssammenslutning skal utløse meldeplikt. De nye omsetningstærsklene forutsetter at meldeplikt utløses dersom partene har en samlet omsetning i Norge på over MNOK 50. I tillegg må minst to parter hver ha en omsetning i Norge på over MNOK 20. Disse endringene trådte i kraft 1. januar 2007.

### 2.4.3 Endringslov av 20. juni 2008

I juni 2008 kom ny, og omfattende, endringslov til konkurranseloven, jf. lov av 20. juni 2008 nr. 43. Disse endringene trådte i kraft 1. juli 2008.

Endringsloven innførte for det første en endring i forhold til såkalte § 21-tillatelser, det vil si saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning, hvor Kongen i statsråd kan tillate foretakssammenslutninger konkurransemyndighetene har grepet inn mot. Lovendringen presiserer at det ikke er nødvendig å avvete konkurransefaglig prøving i departementet, men at Kongen i Statsråd kan ta saken direkte. Lovendringen kom i kjølvannet av den tidligere omtalte Prior/Nordgården-avgjørelsen. I klagebehandlingen opprettholdt departementet tilsynets vedtak etter en konkurransefaglig vurdering, jf. vedtak av 6. februar 2006. I vedtaket fremgår imidlertid at departementet, siden ervervet har positive virkninger for landbrukspolitiske mål, vil legge frem forslag for Kongen i Statsråd om å tillate sammenslutningen så snart som mulig. To dager senere treffer Kongen i Statsråd vedtak om å tillate foretakssammenslutningen på vilkår. Den nærmere utforming av vedtaket ble delegert til departementet.

For det andre ble det innført flere inngrepene endringer i de prosessuelle fusjonskontrollreglene. Det var en rekke høringsinstanser som var kritiske til forslagene, bl.a. Den norske advokatforening.<sup>6</sup>

### • Automatisk gjennomføringsforbud for alle meldepliktige foretakssammenslutninger

Lovendringen innebærer at meldepliktige foretakssammenslutninger ikke kan gjennomføres før tidligst etter utløpet av den innledende 15-dagersperioden. Tidligere kunne meldte foretakssammenslutninger gjennomføres umiddelbart hvis partene ønsket dette, og et gjennomføringsforbud gjaldt bare dersom og når tilsynet ga pålegg om fullstendig melding. Lovendringen får store praktiske konsekvenser i det store flertall av saker som ikke reiser konkurransemessige problemer. Som det fremgår av punkt 2.5 nedenfor, er det normalt bare 2-3 % av de 550-870 årlige meldingene som eventuelt reiser slike problemer.

Som følge av innføringen av et automatisk gjennomføringsforbud, opphevet man samtidig bestemmelsen om at en foretakssammenslutning senest måtte meldes ved inngåelse av endelig avtale. Følgelig er det ikke lenger noen frist for å melde en foretakssammenslutning.

### • Økte informasjonskrav i alminnelig melding

Informasjonskravene til alminnelig melding ble igjen utvidet ved at det skal oppgis navn på konkurrenter, kunder og leverandører i alle markeder hvor selskapene har overlappende virksomhet. Før lovendringen var det kun i markeder hvor partene fikk en samlet markedsandel på over 20 %, at partene skulle rapportere slik informasjon. I en rekke saker vil partene kunne ha overlappende virksomhet i en rekke markeder, det være seg i flere produktmarkeder eller flere geografiske markeder, typisk innenfor ulike typer detaljhandel. Endringen medfører således en betydelig merbyrde for partene i mange foretakssammenslutninger.

- **Ensidig adgang for Konkurransetilsynet til å forlenge vedtaksfristen**

Dersom partene fremsetter forslag til avhjelpende tiltak, gis Konkurransetilsynet en ensidig adgang til å forlenge vedtaksfristen med 25 virkedager. Tidligere var slik fristforlengelse betinget av at partene anmodet om det.

#### **2.4.4 Forskrift om bruk av forvalter (september 2008)**

15. september 2008 kom det forskrift om forvalter i fusjonssaker med ikrafttredelse 1. januar 2009. I henhold til forskriften oppnevnes forvalter av Konkurransetilsynet ved mandat. Partene skal få anledning til å komme med kommentarer til mandatet og forslag til forvalter. Forskriften regulerer forvalters og partenes plikter. Partene plikter bl.a. å dekke forvalters vederlag og utgifter, som fastsettes av tilsynet.

#### **2.4.5 Forskrift om unntak fra gjennomføringsforbudet (mars 2009)**

16. mars 2009 kom det forskrift om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet for visse typer erverv av verdipapirer. Forskriften trådte i kraft 1. april 2009. Unntaket omfatter offentlig overtakelsestilbud og serier av transaksjoner i verdipapirer som omsettes på et regulert marked (typisk handel på Oslo Børs). Forskriften er inspirert av og utformet etter mønster av det liknende unntaket i fusjonsforordningen artikkel 7 (2).

#### **2.4.6 Mulig veileder for behandling av foretakssammenslutninger**

I november 2008 sendte Konkurransetilsynet et brev på høring hvor det fremgår at tilsynet skal vurdere om det er hensiktsmessig å utarbeide en veileder til saksbehandlingen i saker som omhandler kontroll med foretakssammenslutninger. Bakgrunnen er signaler om ønske om noe mer formaliserte rammer for kontakten mellom tilsynet og partene i fusjonssaker, herunder på hvilke stadier i saken det vil kunne være naturlig med møter, og hva som da kan forventes å være tema.

Bruken av denne type instrumenter er velkjent i EU, hvor Kommisjonen har utgitt retningslinjer for såkalte "Best Practices". Både svenske og danske konkurransemyndigheter har også utgitt liknende retningslinjer som regulerer kontakten mellom myndighetene og partene i fusjonssaker.

Konkurransetilsynet har ikke pr. 1. april 2009 fremsatt konkret forslag til slike retningslinjer.

#### **2.5 Fusjonskontroll i praksis**

På grunn av de meget lave omsetningstersklene som regulerer hvilke foretakssammenslutninger som må meldes til Konkurransetilsynet, har Konkurransetilsynet årlig mottatt flere hundre alminnelige meldinger. Konkurransetilsynet mottok i 2006 hele 867 meldinger, mens antallet var noe lavere i 2007 (ca. 550 meldinger). Det lavere antallet i 2007 skyldes bl.a. at omsetningstersklene ble hevet noe med virkning fra 1. januar 2007, jf. punkt 2.4.2 ovenfor.

Av dette høye antall meldte foretakssammenslutninger, er det kun et meget lite antall hvor Konkurransetilsynet har behov for å foreta en grundigere vurdering. Av de 867 mottatte alminnelige meldingene i 2006, påla Konkurransetilsynet fullstendig melding kun i 26 saker. Tilsvarende tall i 2007 var henholdsvis 558 og 17. I tillegg ble fem foretakssammenslutninger meldt direkte ved frivillig fullstendig melding i 2006, mens det i 2007 var tre slike. Med andre ord ble fullstendig melding pålagt kun i ca. 3 % av sakene. Det store flertall av foretakssammenslutninger som meldes, ca. 97 % av alle meldinger, reiser overhodet ingen konkurransemessige problemer og klareres ut etter den initiale perioden på 15 virkedager.

Når det gjelder antall saker hvor Konkurransetilsynet formelt grep inn mot en foretakssammenslutning, skjedde dette kun i fire saker i 2006 mot tre i 2007.

Pr. april 2009 har Konkurransetilsynet siden lovens ikrafttredelse 1. mai 2004 grepet inn mot 19 foretakssammenslutninger. En oversikt over disse

Tabell 1

## Statistikk - foretakssammenslutninger

	Alminnelig melding	Fullstendig melding			Fase II ("ubegrunnet varsel")	Formelle vedtak		
		Pålagt	Frivillig	Totalt		Forbud	Vilkår	Totalt
2004	308	14	5	19	6	1	4	5
2005	620	19	3	22	12	1	2	3
2006	867	26	5	31	10	1	3	4
2007	558	17	3	20	7	0	3	3

Kilde: Konkurransetilsynets årsrapport 2007

er gitt i Tabell 2 nedenfor. Som oversikten viser, har Konkurransetilsynet nedlagt fem forbud. I de resterende 14 saker har Konkurransetilsynet tillatt foretakssammenslutningen på vilkår. Vilkårene skal avhjelpe negative konkurransemessige virkninger av foretakssammenslutningen.

Avhjelpende tiltak kan være såkalte strukturelle tiltak, som går ut på avhendelse av deler av virksomheten eller atferdsmessige vilkår, der partene påtar seg å opptre/agere på en bestemt måte, eksempelvis en plikt til å gi tredjeparter tilgang til infrastrukturtenester på ikke-diskriminerende vilkår.

Selv om konkurransemyndighetene generelt er meget skeptiske til såkalte atferdsmessige vilkår, har Konkurransetilsynet likevel akseptert slike i ca. halvparten av de sakene hvor foretakssammenslutningen er tillatt på vilkår. Andelen av saker

hvor Konkurransetilsynet har akseptert atferdsmessige vilkår, antas å være meget høy i internasjonal sammenheng.

Tabell 2

## Inngrepsvedtak foretakssammenslutninger

	Sak	KTs vedtak	Forvalter	FADs vedtak	§ 21-tillatelse
V2004-32	Ahlsell Holding – Bergens Rørhandel/ Stavanger Rørhandel	Strukturelle vilkår			
V2004-33	Ticketmaster / Ticnet	Atferdsmessig vilkår		Forbud	
V2005-3	Swarco Norge / Peek Trafikk	Atferdsmessig vilkår		Opphevelse	
V2005-6	Telenor / Tiscali	Strukturelle vilkår			
V2005-10	BBS / ZebSign	Atferdsmessig vilkår			
V2005-11	National Oilwell / Varco	Strukturelle vilkår		Opphevelse	
V2005-12	Prior / Norgården	Forbud	x	Forbud	Tillatelse på vilkår
V2005-18	Orkla / Collett Pharma	Strukturelle / atferdsmessig vilkår			
V2006-223	Gilde / Prior	Forbud		Opphevelse	
V2006-490	Falck / Viking	Forbud	x	Forbud, delvis opphevelse	
V2007-1	Trøndertaxi / Sør-Trøndelag Taxi	Forbud		Forbud	
V2007-10	Findus / GRO Industrier	Atferdsmessig vilkår	x		
V2007-13	Media Norge	Atferdsmessig vilkår	x		
V2007-17	BBS / Teller	Atferdsmessig vilkår	x		
V2007-27	Nortura / Hå Rugeri	Atferdsmessig vilkår	x		
V2008-3	Shell / YX Energi	Strukturelle vilkår			
V2008-10	REMA 1000 / Lidl	Strukturelle vilkår			
V2008-12	Eurofins / Lantmännen Analycen	Strukturelle vilkår	x		
V2008-22	Opplysningen Mobil / Aspiro Søk	Forbud		Forbud	FADs vedtak indikerer at §21-tillatelse vil bli vurdert

Omtrent halvparten av de foretakssammenslutninger som Konkurransetilsynet har grepet inn mot, har blitt påklaget til departementet (totalt åtte klagesaker. I tre av disse åtte sakene har Konkurransetilsynets vedtak blitt opphevet helt av departementet. I ytterligere ett tilfelle ble Konkurransetilsynets vedtak delvis opphevet. I alle omgjøringssakene har departementet gjennomført sin egen konkurransefaglige analyse.

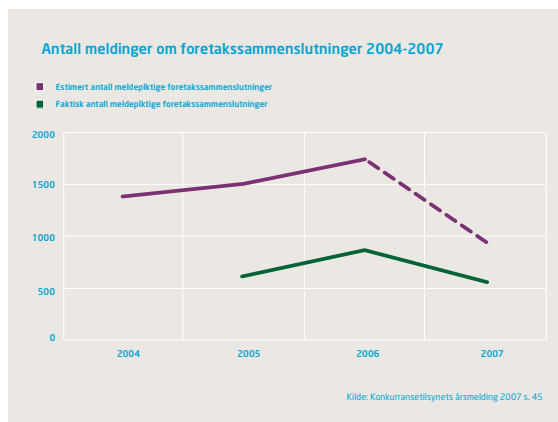
Kun én gang har Kongen i statsråd benyttet sin adgang etter § 21 til å tillate en foretakssammenslutning konkurransemyndighetene har grepet inn mot. Dette skjedde i Prior/Norgården i 2006, hvor både Konkurransetilsynet og departementet konkluderte med at sammenslutningen ville føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning. I denne saken fant Regjeringen likevel grunn til å tillate foretakssammenslutningen, bl.a. under henvisning til at foretakssammenslutningen hadde positiv betydning for landbrukspolitiske mål. Det ble blant annet vektlagt at sammenslutningen ville bidra til å opprettholde norsk eggproduksjon og at den ville sikre inntekter til eggprodusentene i tråd med Jordbruksavtalen. Dessuten mente departementet at foretakssammenslutningen ville bidra til at man sto sterkere rustet mot fremtidig importkonkurranse ved å ha en sterk markedsposisjon. I departementets vedtak av 17. april 2009 vedrørende Opplysningen Mobils kjøp av Aspiro Søk, åpnes det for at § 21-tillatelse vil bli vurdert. Utfallet av Regjeringens vurdering er pr. dags dato ikke kjent.

Tabell 2 viser også at Konkurransetilsynet regelmessig oppnevner forvalter der tilsynet griper inn mot en foretakssammenslutning. Særlig har dette vært tydelig de seneste par årene.

Brudd på fusjonskontrollreglene kan sanksjoneres. Blant annet har Konkurransetilsynet sanksjonert en rekke brudd på meldeplikten. I disse tilfeller har Konkurransetilsynet ilagt et overtredelsesgebyr i størrelsesorden NOK 10 000-95 000.<sup>7</sup>

Til tross for at brudd på meldeplikten har vært regelmessig sanksjonert av Konkurransetilsynet, antar Konkurransetilsynet selv at det er en rekke meldepliktige foretakssammenslutninger som likevel ikke er meldt. Ifølge Konkurransetilsynets egne vurderinger meldes kun ca. halvparten av alle meldepliktige foretakssammenslutninger.

### Fusjoner: Fremdeles mange foretakssammenslutninger som ikke meldes?



Ved endringen av de prosessuelle fusjonskontrollreglene fra og med annet halvår 2008 gjelder det ikke lenger noen frist for når en foretakssammenslutning må meldes til Konkurransetilsynet. Foranledningen er at det samtidig ble innført et automatisk gjennomføringsforbud fra dag én, som overflødiggjør behovet for meldefrist. Følgelig vil det for fremtiden være viktig for Konkurransetilsynet å sikre at gjennomføringsforbudet respekteres. Konkurransetilsynet har etter innføringen av det automatiske gjennomføringsforbudet sanksjonert brudd på forbudet i ett tilfelle. For denne overtredelsen ila Konkurransetilsynet et overtredelsesgebyr på NOK 150.000, jf. V2009-3 R.S. Platou / Glitnir Security.

### 3 Behovet for en helhetlig evaluering av saksbehandlingsreglene

#### 3.1 Innledning

Konkurranseloven har virket i ca. fem år. Tidsaspektet i seg selv tilsier at det bør foretas en evaluering av om fusjonskontrollreglene fungerer etter sin hensikt, herunder om intensjonen bak de endringer i fusjonskontrollen som ble innført med gjeldende lov er oppfylt, og om de bidrar til effektiv kontroll med markedene og en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Behovet for en evaluering forsterkes ved at det i disse fem årene også har vært gjennomført en rekke regelverksendringer gjennom lov og forskrift. Etter vår vurdering har disse endringene dels vært fragmentariske, slik at endringene er gjennomført uten et helhetsperspektiv, dels har de gjennomførte endringene vært ensidig i favør av myndighetene. Tilsvarende gir Den norske advokatforeningen uttrykk for at de lovendringene som ble gjennomført med virkning fra 1. juli 2008, jf. punkt 2.4.3 ovenfor, er ensidige og ikke hensyntar fusjonskontrollprosessen som en helhet, jf. Advokatforeningens høringsuttalelse av 30. november 2007. Dette vil bli utdypet nedenfor i punkt 3.2. I punkt 3.3 vil det bli gitt konkrete eksempler på behovet for en evaluering av saksbehandlingsreglene.

En evaluering av saksbehandlingsreglene bør omfatte samtlige saksbehandlingsregler. Det er også viktig å drøfte de ulike saksbehandlingsregler i sammenheng, slik at man får balanserte saksbehandlingsregler med god indre sammenheng. De endringene som er gjort siden ikrafttredelsen av gjeldende lov, har etter vår vurdering svekket så vel balansen som den indre sammenheng i de prosessuelle reglene.

Som en del av evalueringen bør det også vurderes hvilke saksbehandlingsregler som mest hensiktsmessig reguleres i henholdsvis lov og forskrift, og i hvilken utstrekning formelle regler bør suppleres med ”*soft law-instrumenter*” som retningslinjer knyttet til håndtering av fusjonssaker. Vi kan ikke se at konkurransemyndighetene på noe tidspunkt har foretatt en slik vurdering.

#### 3.2 Gjennomførte endringer mangler helhetsperspektiv og er ensidig i favør av myndighetene

Siden lovens ikrafttredelse er det gjennomført en rekke endringer i loven. Det er vår påstand at disse endringene er gjennomført uten noe helhetlig perspektiv. Dette har medført et mer fragmentert system uten indre sammenheng mellom de ulike prosessuelle regler. Flere av endringene går også på tvers av de forutsetninger som ble lagt til grunn av lovgiver i forbindelse med innføringen av loven.

I tillegg kommer at de gjennomførte endringer nesten utelukkende har hatt et ensidig fokus på myndighetenes påståtte behov, uten noen grundig avveining av de merverdier mer byrdefulle regler gir, sammenliknet med de ytterligere kostnader regelendringene påfører samfunnet og lovens adressater.

Ett eksempel på ovennevnte er endringene i gjennomføringsforbudet. Det ble med virkning fra 1. juli 2008 innført et automatisk gjennomføringsforbud fra dag én. Det automatiske gjennomføringsforbudet er meget omfattende og inngripende overfor lovens adressater. Som redegjort for i punkt 2.5 over, er det kun et fåtall (< 3%) av de foretakssammenslutningene som blir meldt, som reiser konkurranserettslige problemer. Gjennomføringsforbudet medfører imidlertid at også de konkurransemessige uproblematiske foretakssammenslutningene må utsettes i 15 virkedager, før de kan gjennomføres. Det er normalt meget viktig å få gjennomført en sammenslutning raskt for å kunne realisere synergier og unngå unødige kostnader knyttet til gjennomføringen. Et automatisk gjennomføringsforbud for alle transaksjoner er dermed meget inngripende.

Ved Vedtakelsen av gjeldende lov om fullstendig melding der et gjennomføringsforbud først trådte i kraft, dersom og når Konkurransetilsynet kom med et pålegg om fullstendig melding, var resultatet av en bevisst avveining mellom kostnader for næringslivet og nytten for myndighetene. Dette

er kommentert, men ikke tillagt vekt i forbindelse med endringen som ble gjennomført i 2008. I de siste lovforarbeidene vises det til at partene kan redusere kostnadene ved å melde tidligere, og at hevingen av meldepliktsklene med virkning fra 2007 medførte et noe lavere antall meldinger, og at det derfor ikke vil være like inngripende med et automatisk gjennomføringsforbud. Det er likevel uomtvistet at det store flertallet av meldte foretakssammenslutninger, som utgjør flere hundre foretakssammenslutninger pr. år, må utsette gjennomføringen med tre uker som følge av lovendringen.

Gitt det meget store antall meldinger som (fortsatt) er helt uproblematisk, synes ikke løsningen særlig balansert. En løsning med automatisk gjennomføringsforbud som nå er valgt, gjelder riktignok i en rekke andre jurisdiksjoner. Den store forskjellen i forhold til de norske reglene er imidlertid at Norge har meget lave meldepliktskter, slik at svært mange flere transaksjoner vil være omfattet av meldepliktsreglene og dermed gjennomføringsforbudet, sammenlignet med andre jurisdiksjoner. Reglene er derfor uansett ikke direkte sammenliknbare.

Det er etter vår oppfatning også illustrerende at det først 1. april 2009, ni måneder etter innføringen av det automatiske gjennomføringsforbudet, trer i kraft en forskrift som gjør visse unntak fra det omfattende gjennomføringsforbudet. Disse unntakene burde selvfølgelig vært på plass samtidig med endringene i gjennomføringsforbudet 1. juli 2008.

Et annet eksempel på ensidig fokus på myndighetenes behov er utvidelsene av de krav som stilles til innrapportering i forbindelse med alminnelig melding. Slik utvidelse er alt gjennomført ved to anledninger. Når det nå skal rapporteres om kunder, konkurrenter og leverandører i alle markeder hvor partene har virksomhetsmessig overlap, kan det føre til meget omfattende rapporteringskrav i saker som uomtvistet ikke har negative konkurransemessige virkninger. Det vil typisk

gjelde foretak/konsern med virksomhet i mange markeder, det være seg produktmarkeder eller geografiske markeder, typisk innenfor detaljhandelen, og hvor partene kan ha en helt marginal markedsandel. Også på dette punkt er det således innført endringer, uten å hensynta begrunnelsen for den opprinnelige regel om at kravene til rapportering i alminnelig melding skulle være svært lite ressurskrevende. Ordningen blir desto mer byrdefull, og kostnads-krevende for lovens adressater, gitt de meget lave omsetningsterskler som er opprettholdt.

Selv om omfanget av meldeplikten er utvidet, er det ikke gjennomført noen analyse av de kostnader dette vil medføre, sammenholdt med den eventuelle økte nytten for tilsynet. Tilsynet har dessuten den fleksibilitet i systemet at det på et hvert tidspunkt og med kort tidsfrist kan be om ytterligere informasjon fra partene, der det mener det er nødvendig for å belyse saken. Det kan derfor reises spørsmål ved om behovet ikke alt var dekket av gjeldende regler.

En tredje endring ensidig i favør av myndighetene, er at Konkurransetilsynet har fått kompetanse til ensidig å forlenge vedtaksfristen i fusjonssaker med 25 virkedager ved fremsettelse av forslag til avhjelpende tiltak. Tidligere gjaldt en slik fristforlengelse kun dersom partene anmodet om dette. Ett hovedformål ved innføringen av saksbehandlingsfrister i gjeldende konkurranselov var å stramme inn på maksimale frister for behandling av fusjonssaker. Dette har sammenheng med behovet for rask avklaring for å kunne realisere gevinster og begrense kostnader knyttet til gjennomføring av fusjoner. Denne opprinnelige intensjonen er kommentert av høringsinstansene, men drøftes ikke av departementet i forslag til endringer som ble gjennomført.

Som det fremgår over, er det gjennomført flere endringer som har påført betydelige merkostnader og belastninger for næringslivet, uten at gevinsten for samfunnet, gjennom mer effektive virkemidler, og behovet for myndighetene er

dokumentert. Etter vår vurdering er det nå behov for en bredere gjennomgang, der man i større grad foretar en balansert avveining av ulike interesser. Ensidigheten i endringsforslagene blir desto mer påfallende i lys av næringslivets stadige anmodninger om at myndighetene må gjøre noe med meldepliktstersklene, slik at disse heves og blir mer på linje med våre naboland og alle andre jurisdiksjoner. En vesentlig heving av meldepliktersklene ville medført at de byrder som blir pålagt foretakene, blir forholdsmessig redusert ved at en rekke mindre foretakssammenslutninger ikke lenger trenger å meldes. Ettersom inngrepskompetansen kan opprettholdes uavhengig av meldepliktstersklene, er det dessuten lite sannsynlig at en slik heving vil påvirke effektiviteten i fusjonskontrollen negativt.

### 3.3 Konkrete eksempler på behov for evaluering

#### 3.3.1 Meldepliktstersklene

Det mest åpenbare behovet for regelendring gjelder omsetningstersklene for meldeplikt. Meldeplikt inntreffer i Norge dersom partene har en samlet omsetning i Norge på minst MNOK 50 og hver av minst to parter har en norsk omsetning på over MNOK 20. Kostnadene knyttet til ordningen synes på ingen måte å stå i forhold til eventuelle gevinster.

I alle sammenliknbare jurisdiksjoner er omsetningstersklene for meldeplikt betydelig høyere enn i Norge. Det synes ingen rimelig grunn til at omsetningstersklene i Norge skal ligge på et så mye lavere nivå enn våre naboland.

I Sverige kreves for eksempel at partene har en samlet omsetning i Sverige på minst SEK 1 mrd., og at minst to parter hver har en svensk omsetning på over MSEK 200. De nye omsetningstersklene ble innført med virkning fra 1. november 2008. Tidligere var det krav om at partene hadde en samlet global omsetning på over SEK 4 milliarder, og at minst to parter hver har en omsetning i Sverige på over MSEK 100.

I Danmark er omsetningstersklene enda høyere enn i Sverige. Der må partenes samlede omsetning i Danmark være over DKK 3,8 mrd., og minst to av partene må hver ha en dansk omsetning på over MDKK 300. Alternativt må en av partene ha en omsetning i Danmark på over DKK 3,8 mrd. og minst en annen part en global omsetning på over DKK 3,8 mrd. De danske meldepliktsterskler er nylig foreslått endret. Et utvalg under ledelse av den danske konkurransedirektøren har foreslått å senke omsetningstersklene noe, jf. Rapport fra utvalget om ændring av fusjonskontrolreglerne (December 2008). Som ny omsetningsterskel foreslår utvalget at partenes samlede omsetning i Danmark må være over MDKK 900, samt at minst to av partene hver må ha en omsetning i Danmark over MDKK 100.

Tabell 1 ovenfor viser at det kun er et meget lite antall meldte foretakssammenslutninger hvor tilsynet finner grunn til å foreta en nærmere vurdering og gir pålegg om fullstendig melding. Av totalt 558 alminnelige meldinger i 2007, ble det pålagt fullstendig melding i kun 17 av sakene, og det ble truffet inngrepsvedtak i kun tre av sakene. Mye ressurser går således med for Konkurransetilsynet til å behandle uproblematisk meldinger. I tillegg medfører de lave omsetningstersklene at lovens adressater påføres en uforholdsmessig byrde gjennom meldeplikten. Kostnadene knyttet til ordningen er dessuten blitt mer og mer omfattende i takt med de endringer som har funnet sted siden loven trådte i kraft. Det har for det første sammenheng med at kravene til den informasjon som må innrapporteres ved alminnelig melding, stadig er blitt mer omfattende. Videre skyldes det endringen knyttet til gjennomføringsforbudet, som nå gjelder automatisk for alle meldepliktige foretakssammenslutninger.

Hensynet til en effektiv strukturpolitikk kan dessuten i meget stor utstrekning opprettholdes ved at myndighetenes inngrepskompetanse gjelder generelt, og at den ikke begrenses til meldepliktige foretakssammenslutninger, slik situasjonen er allerede i dag. Sammenslutninger

som gir åpenbare konkurranseskadelige effekter, vil for de aller fleste tilfeller trolig uansett fanges opp av myndighetene, eksempelvis gjennom bekymringsmeldinger fra kunder som kontakter Konkurransetilsynet eller selv gjennom media.

Uansett synes det påkrevet med en grundig konsekvensanalyse av kostnader og gevinster for konkurransemyndigheter og næringslivsaktørene ved ulike modeller, slik at beslutningen og avveiningen kan treffes på et adekvat og realistisk grunnlag. I denne sammenheng vises til de omfattende vurderinger som nylig er gjort i eksempelvis Danmark og Sverige knyttet til utredninger av fusjonskontrollregimet, herunder ulike modeller for terskelverdier med estimat over antall meldinger det vil avstedkomme, og gevinster og kostnader knyttet til de ulike løsninger.<sup>8</sup>

Skulle de lave omsetningstersklene bli videreført, er det et akutt behov for unntak for enkelte bransjer og typer transaksjoner. Det gjelder bl.a. kjøp og salg av næringseiendom. Markedet for kjøp og salg av næringseiendom er karakterisert ved et stort antall aktører, og disse foretakssammenslutningene gir normalt ingen grunn til konkurransemessig bekymring.

Videre vil det være behov for unntak for såkalte ”*foreign-to-foreign*” transaksjoner, dvs. foretakssammenslutninger der ingen av partene er norske og heller ikke fysisk etablert i Norge med datterselskaper, men hvor partene selger til norske kunder. Omsetningen til norske kunder kan være innenfor vidt forskjellige virksomhetsområder, dvs. at salg til norske kunder fra ett av selskapene kan være innenfor et helt annet virksomhetsområde enn salget til norske kunder fra den andre parten. I slike tilfeller vil foretakssammenslutningen ikke ha negativ virkning på konkurransen i Norge. Det kan i disse sakene også stilles spørsmål ved om man overhodet er innenfor lovens stedlige virkeområde. Konkurranselovens anvendelse krever at en avtale eller handling foretas, har virkning eller er egnet til å ha virkning i Norge. Det er antakelig tvilsomt om en foretakssammenslutning mel-

lom to utenlandske selskaper, der ingen er fysisk etablert i Norge, og hvor salg til norske kunder er innenfor ulike markeder, kan sies å være egnet til å ha virkning i Norge. Til tross for dette, er også disse foretakssammenslutningene omfattet av meldeplikten. Dette bør vurderes og avklares, og uansett bør det innføres særlige – og betydelig høyere – terskelverdier for ”*foreign-to-foreign*”-transaksjoner.

### 3.3.2 Gjennomføringsforbudet

Etter vår oppfatning er gjeldende gjennomføringsforbud uproporsjonalt og urimelig tyngende for lovens adressater. Et gjennomføringsforbud skal hindre at partene gjennom gjennomførings- og integrasjonstiltak gjør det umulig eller vanskelig for konkurransemyndighetene på et senere tidspunkt å gripe inn mot en konkurransebegrensende foretakssammenslutning på en effektiv måte. De fleste foretakssammenslutninger har positive samfunnsøkonomiske virkninger. Kun et lite antall virker konkurransebegrensende. Et gjennomføringsforbud bør derfor begrenses i omfang. Ettersom det er vanskelig på et tidlig tidspunkt å foreta en vurdering av sannsynligheten for inngrep, er det normalt mest hensiktsmessig å begrense gjennomføringsforbudet gjennom en mer begrenset meldepliktsordning.

Det er således viktig at tidspunkt for når gjennomføringsforbudet inntreffer og forbudets omfang, vurderes i sammenheng med omfang av meldeplikten. Jo færre transaksjoner som vil være meldepliktige, desto mindre inngripende vil et generelt og automatisk gjennomføringsforbud være. Det er heller ikke alle tiltak som vil være til hinder for et senere effektivt inngrep, hvis det skulle være grunnlag for inngrep. Blant annet vil fysisk integrering av virksomhetene vanskeliggjøre et inngrep i større utstrekning enn overtakelse av aksjer. Dette er forhold som bør evalueres nærmere og i sammenheng med øvrige deler av regelverket.

### 3.3.3 Systemet med alminnelig og fullstendig melding

Dagens lov opererer med to typer meldinger. Meldeplikten knytter seg til såkalt alminnelig melding. Dersom Konkurransetilsynet finner at foretakssammenslutningen bør vurderes nærmere, må tilsynet gi pålegg om fullstendig melding. Fullstendig melding pålegger omfattende rapporteringsplikter, mer på linje med de krav som gjelder for melding til EU-kommisjonen.

Dette tottrinssystemet må sees i sammenheng med de lave meldepliktstersklene. Dersom meldepliktstersklene heves vesentlig, bør det vurderes om det er hensiktsmessig å opprettholde gjeldende system med to typer meldinger.

Fordelen med gjeldende system, uavhengig av omsetningstersklene for meldeplikt, er at det gir grunnlag for en første screening fra myndighetene uten at næringslivet pålegges for omfattende forpliktelser. En rekke foretakssammenslutninger er konkurranserettslig uproblematisk, uavhengig av om de involverte parter har høy omsetning eller ikke.

Gitt at partene uansett kan velge å levere fullstendig melding direkte, gir systemet også fleksibilitet for lovens adressater.

Det er således flere forhold som taler for å opprettholde tottrinssystemet selv om meldepliktstersklene heves.

### 3.3.4 Avhjelpende tiltak

En annen problemstilling hvor det er et behov for avklaring, gjelder mulighetene for rask avklaring av saker gjennom avhjelpende tiltak. Med avhjelpende tiltak menes vilkår som kan avhjelpe eventuelle konkurransmessige bekymringer foretakssammenslutningen måtte reise. Det kan være såkalte strukturelle tiltak, som går ut på avhendelse av deler av virksomheten eller atferdsmessige tiltak, der partene påtar seg å opptre/agere på en bestemt måte.

Forslag til avhjelpende tiltak blir ofte fremsatt av partene. Dersom konkurransemyndighetene finner disse akseptable, blir foretakssammenslutningen godkjent på vilkår – hvor vilkårene materielt sett gjenspeiler de avhjelpende tiltak.

En raskere avklaring av flere fusjonssaker vil være ressursbesparende for både myndighetene, ved at de frigjør ressurser som kan benyttes på andre saker, og for lovens adressater. Ved raskere avklaring vil partene kunne gjennomføre foretakssammenslutningen på et tidligere tidspunkt og dermed øke sannsynligheten for å kunne realisere kostnadssynergier. I tillegg vil man kunne begrense kostnader bl.a. som følge av tvil rundt mulighetene for å kunne gjennomføre hvis en prosess drar ut i tid, med den betydelig økning i tap av nøkkelpersonell det kan medføre. Partene i en sak vil derfor også ofte være beredt til å tilby vilkår, selv om man skulle mene at det ikke er grunnlag for inngrep etter loven for å få en raskere avklaring.

Rask avklaring på vilkår er vanlig i bl.a. EU/EØS. Av saker som avsluttes med avhjelpende tiltak, avsluttes langt de fleste i Fase 1, dvs. innenfor en periode på 25 virkedager. I 2007 godkjente eksempelvis Kommisjonen 18 transaksjoner på vilkår i Fase 1, mens fire saker ble avsluttet med avhjelpende tiltak i Fase 2. I EU/EØS er det dog eksplisitt regulert i Fusjonsforordningen artikkel 6 (2) at Kommisjonen kan treffe vedtak som innebærer at partene pålegges vilkår i Fase 1. I konkurranseloven finnes ingen slik eksplisitt hjemmel.

Konkurransetilsynet har ved flere anledninger uttrykt tvil med hensyn til om det har kompetanse til å treffe vedtak som innebærer at partene pålegges vilkår uten en omfattende utredning, og med hensyn til hvilken grad av sikkerhet som må foreligge for at inngrepsvilkårene anses oppfylt. Etter vår vurdering vil den tvil som tilsynet har uttrykt, uansett kunne avhjelpes ved partenes aksept, eventuelt i kombinasjon med myndighetenes inngrepskompetanse.<sup>9</sup> Konkurransetilsynet har imidlertid hittil ikke ønsket å gå inn på løsninger som hviler på partenes aksept. På denne

bakgrunn mener vi hjemmelsgrunnlaget for å avslutte en sak tidlig i prosessen gjennom fastsettelse av avhjelpende tiltak, tilsvarende ordningen i EU, må tydeliggjøres.

Det er i dag dessuten vesentlige ulikheter mellom konkurranselovens løsning knyttet til fastsettelse, håndtering og kontroll med oppfølging av avhjelpende tiltak og det systemet man har i EU/EØS, herunder med hensyn til oppnevning av bruk av forvalter til å overvåke etterlevelsen av inngrepsvedtak. Etter vår vurdering bør en EU/EØS-harmonisering på dette området vurderes, og det bør uansett gjennomføres en omfattende evaluering av ordningene knyttet til avhjelpende tiltak.

### 3.3.5 Begrunnelsesplikt for Konkurransetilsynet ved varsel om at inngrep kan bli aktuelt

Konkurransetilsynet har i dag ingen plikt til å begrunne overfor partene hvorfor tilsynet treffer en beslutning om å varsle at inngrep kan bli aktuelt, dvs. såkalt "*ubegrunnet varsel*". En slik beslutning må treffes innen 25 virkedager etter mottak av fullstendig melding og innebærer at saken bringes inn i det som ofte omtales som "*Fase 2 behandling*", hvoretter tilsynet innen 70 virkedager fra mottak av fullstendig melding eventuelt må sende partene et begrunnet varsel om vedtak.

En beslutning om å varsle at inngrep kan bli aktuelt, krever naturlig nok at Konkurransetilsynet har foretatt en intern vurdering av om tilsynet mener at inngrep kan bli aktuelt eller ikke, og hviler således på en foreløpig kvalitativ vurdering av foretakssammenslutningen. Etter vår vurdering bør tilsynet ha plikt til å formidle denne foreløpige vurderingen skriftlig til partene. Det vil gi grunnlag for en mer effektiv prosess, bl.a. ved at partene ved å kjenne tilsynets foreløpige hypoteser om mulige konkurransebegrensende virkninger, bedre vil være i stand til å fremskaffe ytterligere opplysninger som kan bidra til å opplyse saken.

Ettersom en beslutning fra tilsynet om å varsle at inngrep kan bli aktuelt uansett må hvile på en foreløpig kvalitativ vurdering, kan vi dessuten vanskelig se noen mothensyn som skulle gjøre seg gjeldende mot en ordning der partene blir gjort kjent med begrunnelsen bak tilsynets vurdering om å bringe saken i Fase 2.

### 3.3.6 Annet

Som nevnt innledningsvis mener vi en evaluering bør baseres på en full og helhetlig gjennomgang av samtlige prosessuelle regler knyttet til håndteringen av foretakssammenslutninger. I tillegg til de spørsmål og problemstillinger som er reist i punktene 3.3.1 til 3.3.5 ovenfor, vil vi kort også nevne bl.a. følgende problemstillinger som bør inngå i en evaluering:

#### • Saksbehandlingsfristene

Ved innføringen av gjeldende lov, var det et mål å korte ned saksbehandlingstiden for fusjonssaker, bl.a. under henvisning til fristregler i andre jurisdiksjoner. Som det fremgår ovenfor, har Norge i dag de lengste saksbehandlingsfristene i Norden. Dessuten har de endringer som er gjennomført etter lovens ikrafttredelse, medført en ytterligere, mulig forlengelse av saksbehandlingstiden, på grunnlag av tilsynets diskresjonære kompetanse til å forlenge inngrepsfristen der det er fremsatt forslag om avhjelpende tiltak. En full evaluering bør derfor omfatte en vurdering av saksbehandlingsfristene knyttet til kontroll med foretakssammenslutninger, herunder om det er grunnlag for å stramme disse inn. Etter vår vurdering kan tidsfristene strammes betydelig inn, uten at dette svekker Konkurransetilsynets mulighet for grundig saksbehandling. Konkurransetilsynets saksbehandling av foretakssammenslutninger har således et stort effektiviseringspotensial.

#### • Krav om at saksbehandlingen avsluttes ved formell beslutning?

Konkurranselovens gjeldende system er bygget opp slik at tilsynets kompetanse til å gripe inn

mot en foretakssammenslutning bortfaller dersom tilsynet ikke foretar en aktiv handling for å bringe saken videre innenfor de saksbehandlingsfrister loven oppstiller. Dersom tilsynet godkjenner en foretakssammenslutning, treffes ikke formelt vedtak om dette. Det er heller ikke noen kjent, fast praksis med hensyn til når tilsynet treffer en skriftlig avgjørelse om ikke å gripe inn eller bare lukker saken, uten at dette kommer til uttrykk i offentlige tilgjengelige dokumenter.

I blant annet EU-/EØS er systemet at Kommisjonen treffer formell beslutning uansett utfall av saken, dvs. også der Kommisjonen mener det ikke er grunnlag for inngrep, og hvor den konstaterer at foretakssammenslutningen er forenlig med reglene om kontroll med foretakssammenslutninger.

Dersom det skal foretas en evaluering, og der det eventuelt foretas en ytterligere harmonisering til EU-/EØS-reglene om kontroll med foretakssammenslutninger, bør det også vurderes om man skal innføre en EU-/EØS-harmonisering på dette punkt. En fordel er at desto større innsyn i tilsynets vurderinger, desto større forutberegnelighet. Også beslutninger om ikke å gripe inn/erklære en foretakssammenslutning forenlig med reglene, vil ofte innholde vurderinger av allmenn interesse. Det kan knytte seg til forståelse av begrepet foretakssammenslutning, markedsavgrensninger eller vurderingene av konkurranseforholdene i bestemte markeder. På den annen side kan det argumenteres med at EU-/EØS-løsningen vil være mer ressurskrevende, særlig dersom man opprettholder et system med lave meldepliktsterskler der et meget stort antall saker vil bli behandlet av Konkurransetilsynet. Dette kan imidlertid unngås ved at ordningen kun gjelder der det pålegges og inngis fullstendig melding.

Uavhengig av ovennevnte bør Konkurransetilsynet alltid ha plikt til skriftlig å underrette partene om at en sak er avsluttet.

#### • **Klargjøring av rutiner for behandling av forespørsel om overføring av saker til/fra Kommisjonen**

I utgangspunktet er det en klar kompetansefordeling mellom EU-kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter i fusjonssaker. Dette gjelder også i forhold til norske konkurransemyndigheter som følge av EØS-avtalen. Dersom en foretakssammenslutning har såkalt EU-dimensjon, dvs. at den oppfyller meldepliktstersklene i EUs fusjonsforordning, skal denne meldes til Kommisjonen, og kun Kommisjonen har kompetanse til å vurdere og eventuelt gripe inn mot foretakssammenslutningen, jf. EØS-avtalen artikkel 57. Tilsvarende faller foretakssammenslutninger uten EU-dimensjon utenfor Kommisjonens kompetanse, og vil måtte meldes i nasjonale jurisdiksjoner hvor meldepliktstersklene eventuelt er oppfylt. I EØS innebærer det at en rekke foretakssammenslutninger som ikke har EU-dimensjon, ofte må meldes i en lang rekke jurisdiksjoner.

Det er enkelte unntak fra ovennevnte utgangspunkt om klar kompetansedeling – både slik at saker kan henvises fra Kommisjonen og til nasjonale konkurransemyndigheter, og slik at saker kan overføres fra nasjonale konkurransemyndigheter til Kommisjonen. Siden 2004, og som følge av endringer i EUs regler med fusjonskontroll, ble mulighetene til slik overføring utvidet. Dette gjelder tilsvarende i EØS, slik at norske konkurransemyndigheter kan henvide en sak til Kommisjonen og vice versa. Det har medført en sterk økning i antall saker som søkes overført, særlig fra nasjonal behandling til behandling av Kommisjonen. Formålet var bl.a. å redusere antall saker med parallelle meldinger i en rekke jurisdiksjoner. Kommisjonen har utstedt retningslinjer der det bl.a. oppfordres til kontakt med berørte konkurransemyndigheter før søknad om overføring sendes. Konkurransetilsynet har ikke offentlig tilkjennegitt hvordan tilsynet vil stille seg til den typen henvendelser. En evaluering av reglene bør etter vår vurdering omfatte spørsmål knyttet til overføring av saker mellom norske konkurransemyndigheter og Kommisjonen.

### • Offentlighet/innsyn

En full evaluering av saksbehandlingsreglene for fusjonskontroll bør også omfatte en evaluering av reglene knyttet til offentlighet og innsyn. Dette gjelder så vel partenes som allmennhetens innsynsrett.

Partsinnsyn er en sentral rettsikkerhetsgaranti for å sikre retten til kontradiksjon. Et spørsmål som bør vurderes, er bl.a. konkurransemyndighetenes mulighet til å legge vekt på forhold som unntas partsinnsyn i et vedtak, slik myndighetene har lagt til grunn at man kan i dag. I realiteten innebærer en slik løsning av partene ikke har mulighet til å etterprøve grunnlaget for konklusjonen og utøve kontradiksjon.

Høring av tredjeparter, kunder og konkurrenter, inngår normalt som del av saksbehandlingen i fusjonssaker som underlegges en grundigere vurdering. Kildekontroll av slike uttalelser er viktig. Det bør derfor vurderes om tredjeparter kun skal kunne fremlegge opplysninger som partene kan få innsyn i. Som minimum bør tredjeparter pålegges å levere offentlig resymé av uttalelsene. På den annen side kan det vurderes om allmennhetens innsynsrett kan begrenses i selve saksbehandlingsperioden, bl.a. for å spare myndighetenes tid og ressurser til behandling av selve saken, især dersom saksbehandlingsfristene strammes inn.

## 4 Behovet for evaluering av inngrepsvilkårene

### 4.1 Innledning

Ved en bredere gjennomgang av fusjonskontrollreglene kan det være naturlig også å foreta en evaluering av de materielle vilkårene for inngrep. Som nevnt i punkt 2.2, må to vilkår være oppfylt for at det skal gripes inn mot en foretakssammenslutning, jf. § 16 første ledd. For det første må foretakssammenslutningen lede til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning. For det

andre må det samfunnsøkonomiske tapet være større enn de samfunnsøkonomiske gevinster som følger av foretakssammenslutning. Dette følger av at foretakssammenslutningen må være i strid med lovens formål om samfunnsøkonomisk effektivitet.

For det tredje følger det av § 16 fjerde ledd at det ikke kan gripes inn mot en foretakssammenslutning ”dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked og foretakssammenslutningen [...] heller ikke virker negativt for norske kunder.” Alle disse tre vilkårene kan det være grunn til å se nærmere på ved en evaluering, jf. punkt. 4.2 til 4.4 nedenfor.

### 4.2 EØS-harmonisering av konkurransebegrensningsvilkåret?

Kravet om at foretakssammenslutningen må lede til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning er tydelig inspirert av amerikansk lovgivning.

I EU (og dermed EØS) har man inntil nylig hatt et annet inngrepsvilkår: Her har spørsmålet vært om foretakssammenslutningen skaper eller styrker en dominerende stilling som fører til at effektiv konkurranse i betydelig grad hindres. Ved forbedelsen av dagens konkurranselov fant lovutvalget at det var vesentlige forskjeller mellom de to inngrepsvilkårene, og at det ikke var ønskelig med en EØS-harmonisering av konkurransebegrensningsvilkåret.

I 2004 ble imidlertid konkurransebegrensningsvilkåret i fusjonsforordningen endret, ved at man gikk over til den såkalte SIEC-testen. Regelen er nå at en foretakssammenslutning som ”*hæmmer den effektive konkurranse betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet*”, jf. Rådsforordning 139/2004. Overgangen fra den såkalte dominanstesten til nåværende SIEC-test innebærer at det nå er svært vanskelig å se noen

realitetsforskjell mellom konkurransebegrensningsvilkårene i henholdsvis fusjonsforordningen og konkurranseloven. I så fall kan det stilles spørsmål om det ikke er hensiktsmessig å endre konkurransebegrensningsvilkåret. I den forbindelse kan nevnes at Sverige, med virkning fra 1. november 2008, innførte SIEC-testen, mens Danmark innførte denne ved lovendring i 2004.

### 4.3 EØS-harmonisering av effektivitetsforsvaret

For at konkurransemyndighetene skal kunne gripe inn mot en foretakssammenslutning, må det samfunnsøkonomiske tapet som følger av konkurransebegrensningen overstige de samfunnsøkonomiske gevinster foretakssammenslutningen genererer. Dersom gevinstene ved sammenslutningen overstiger det samfunnsøkonomiske tapet, har myndighetene således ikke inngreps hjemmel. Til tross for at det under stortingsbehandlingen av gjeldende lov kom inn et tillegg i formålsbestemmelsen om at det ved anvendelsen av loven skal tas særlig hensyn til forbrukernes interesser, har vi i dag det samme effektivitetsforsvaret som under den forrige konkurranseloven. Som drøftet ovenfor i punkt 2.2.2, og som Forbrukerrådet har påpekt, kan det stilles spørsmål om dette er i overensstemmelse med lovgivers forutsetning for å ta inn tillegg.

Det forhold at konkurransemyndighetene i praksis synes å ha tolket bort det tillegget lovgiver inntok i forhold til effektivitetsforsvaret, tilsier etter vår vurdering i seg selv at utformingen av effektivitetsforsvaret bør være gjenstand for en bredere evaluering. I så henseende bør man vurdere om dagens totalvelferdsstandard skal videreføres eller erstattes av en annen standard, f.eks. EØS-avtalens konsumentvelferdsstandard.

Videre synes myndighetene i stor grad å ha tolket bort vilkåret om at foretakssammenslutningen må være i strid med lovens formål. Dette er gjort gjennom de strenge krav til dokumentasjon og sannsynliggjøring som stilles til partene, hva

gjelder kvantifisering av samfunnsøkonomiske gevinster knyttet til foretakssammenslutninger. Også på dette punktet er det følgelig behov for en tydeliggjøring av loven.

### 4.3 Velfungerende nordisk eller europeisk marked

Konkurransemyndighetene synes i praksis også å ha tolket vekk innholdet i presiseringen om at inngrep ikke skal finne sted dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked, og foretakssammenslutningen ikke vil ha negative virkninger for norske kunder. Denne bestemmelsen er en litt endret videreføring av tidligere § 3-12 som ble vedtatt av Stortinget 17. juni 2003: *”Dersom en eller flere aktører på det norske marked er så dominerende at konkurranse hindres, skal Konkurransetilsynet likevel [...] ikke gripe inn dersom det i bransjen foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked, forutsatt at dominansen ikke virker negativt for de norske kunder”*. Slik vilkåret i dag praktiseres av konkurransemyndighetene, er det uten reelt innhold. Det kan derfor reises spørsmål ved om det vil være like hensiktsmessig å fjerne denne bestemmelsen.

## 5 Konklusjon og oppsummering

Vi har ovenfor argumentert for hvorfor vi mener det nå er på tide med en helhetlig evaluering av det fusjonskontrollregimet som ble innført med dagens konkurranselov. For det første mener vi at tidsaspektet i seg selv tilsier at det er behov for en evaluering av om reglene fungerer etter sin hensikt, fem år etter at dagens regime ble innført. For det andre mener vi at behovet for evaluering forsterkes ved at det i disse fem årene har vært gjennomført en rekke regelverksendringer gjennom lov og forskrift. For det tredje mener vi at det er et behov for en evaluering, gitt at konkurransemyndighetene i praksis har tilsidesatt Stortingets endring av lovens formålsbestemmelse.

Når det gjelder selve evalueringen, har vi, i tillegg til å påpeke konkrete eksempler som bør evalu-

eres, understreket behovet for å drøfte de ulike bestemmelser i sammenheng, slik at man får et fusjonskontrollregelverk som er balansert og med god indre sammenheng. Etter vår vurdering har de gjennomførte lov- og forskriftsendringene ikke bidratt til et balansert regelverk med god indre sammenheng.

Dersom det skal gjennomføres en helhetlig evaluering, er vi dessuten av den oppfatning at det bør vurderes om det kan være hensiktsmessig med en større grad av EØS-harmonisering enn det dagens lov legger opp til. Dette skyldes dels at også EØS-regelverket på dette området har endret seg siden 2004, dels at norske konkurransemyndigheter i praksis har lagt seg tett opp til EØS-reglene, også der dette ikke var forutsatt av lovgiver.

- 
- <sup>1</sup> Artikkelen bygger på et innlegg holdt på et seminar i regi av NHO 16. desember 2008 om Evaluering av konkurranseloven.
  - <sup>2</sup> Se også Olav Kolstad, Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme forbrukernes interesser, Tfr 2005 nr. 1-2 side 1.
  - <sup>3</sup> Forskrift om melding av foretakssammenslutninger av 28. april 2004 nr. 673.
  - <sup>4</sup> Se Rapport fra utvalget om ændring af fusjonskontrolreglerne, Figur 6.3 på s. 85, tilgjengelig på [www.ks.dk/konkurrenceomraadet](http://www.ks.dk/konkurrenceomraadet)
  - <sup>5</sup> Eventuelt frivillig fullstendig melding.
  - <sup>6</sup> Høringsnotatet og -uttalelsene er tilgjengelige på FADsFornyings- og administrasjonsdepartementets hjemmeside, jf. [www.regjeringen.no/nh/dep/fad/dok/horinger](http://www.regjeringen.no/nh/dep/fad/dok/horinger)
  - <sup>7</sup> Det gjøres oppmerksom på at i noen av disse tilfellene har det vært flere brudd på meldeplikten.
  - <sup>8</sup> Jf. Rapport fra utvalget om ændring av fusjonskontrolreglerne (December 2008) og Tröskelvärden för koncentrationsprövningar – Bättre omsättningsgränser för anmälan av företagskoncentrationer (2006), Mats Bergman m.fl.
  - <sup>9</sup> Se bl.a. Eckhoff og Smith "Forvaltningsrett", 8.utg side 398