

Inngrep mot foretakssammenslutninger ved pålegg av vilkår

**En evaluering av bruken av vilkår i norske
fusjonssaker**

Linn Bratberg



SNF

Et selskap i NHH-miljøet

**SAMFUNNS - OG
NÆRINGSLIVSFORSKNING AS**

*Institute for Research in Economics
and Business Administration*

SNF

Samfunns- og næringslivsforskning AS

- er et selskap i NHH-miljøet med oppgave å initiere, organisere og utføre eksterntfinansiert forskning. Norges Handelshøyskole, Universitetet i Bergen og Stiftelsen SNF er aksjonærer. Virksomheten drives med basis i egen stab og fagmiljøene ved NHH og Institutt for økonomi (UiB).

SNF er Norges største og tyngste forskningsmiljø innen anvendt økonomisk-administrativ forskning, og har gode samarbeidsrelasjoner til andre forskningsmiljøer i Norge og utlandet. SNF utfører forskning og forskningsbaserte utredninger for sentrale beslutningstakere i privat og offentlig sektor. Forskingen organiseres i programmer og prosjekter av langsiktig og mer kortsiktig karakter. Alle publikasjoner er offentlig tilgjengelig.

SNF

Institute for Research in Economics and Business Administration

- is a company within the NHH group. Its objective is to initiate, organize and conduct externally financed research. The company shareholders are the Norwegian School of Economics and Business Administration (NHH), the University of Bergen (UiB) and the SNF Foundation. Research is carried out by SNF's own staff as well as faculty members at NHH and the Department of Economics at UiB.

SNF is Norway's largest and leading research environment within applied economic administrative research. It has excellent working relations with other research environments in Norway as well as abroad. SNF conducts research and prepares research-based reports for major decision-makers both in the private and the public sector. Research is organized in programmes and projects on a long-term as well as a short-term basis. All our publications are publicly available.

Arbeidsnotat nr. 13/12

**Inngrep mot foretakssammenslutninger
ved pålegg av vilkår
En evaluering av bruken av vilkår i norske fusjonssaker**

av

Linn Bratberg

SNF prosjekt 1215
”Konkurransopolitikk”

Prosjektet er finansiert av
Det kongelige fornyings-, administrasjons- og kirkedepartement

SAMFUNNS- OG NÆRINGSLIVSFORSKNING AS
BERGEN, JANUAR 2012
ISSN 1503 – 2140

© Materialet er vernet etter åndsverkloven. Uten uttrykkelig samtykke er eksemplarframstilling som utskrift og annen kopiering bare tillatt når det er hjemlet i lov (kopiering til privat bruk, sitat o.l.) eller avtale med Kopinor (www.kopinor.no)
Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatnings- og straffeansvar.

I

Sammendrag

Formålet med denne utredningen har vært å evaluere bruken av vilkår i norske fusjonssaker. Målsetningen med pålegg om vilkår er å motvirke den begrensningen av konkurransen som kan oppstå ved foretakssammenslutninger jf. konkurranselovens §16. For å kunne vurdere i hvilken grad denne målsetningen er oppnådd er det foretatt undersøkelser for å avdekke hvilke vilkår som ble pålagt ved behandlingen av de ulike sakene, i hvilken grad vilkårene er gjennomført i henhold til vedtaket i saken, og om de pålagte vilkårene har lyktes i å eliminere de konkurransebegrensningene som ble påvist. Utredningen konkluderer med at vilkårene, i noen utvalgte saker, ikke kan anses å ha oppnådd sin målsetning om å motvirke konkurransebegrensningen i det relevante marked. Det må imidlertid en mer omfattende studie til for å kunne konkludere mer helhetlig i forhold til effektiviteten av inngrep gjennom pålegg av vilkår i Norge.

Forord¹

Denne utredningen er en del av masterstudiet i økonomi og administrasjon ved Norges Handelshøyskole, med hovedprofil i samfunnsøkonomi.

Det har vært spennende å jobbe med en konkurransepolitisk problemstilling der samspillet mellom juss og økonomi er avgjørende. I forhold til min bakgrunn som økonom har det til tider vært utfordrende å jobbe med juridiske problemstillinger. Jeg vil i denne forbindelse få takke Erling Hjelmeng for gode råd og innspill når jeg har kommet over vanskelige juridiske spørsmål.

Arbeidet med denne oppgaven har fordret bidrag fra en rekke personer og bedrifter innen norsk næringsliv. Det har til tider vært utfordrende å få tak i opplysninger, spesielt da oppgaven omfatter saker så langt tilbake som til 2004. Jeg vil derfor få takke alle som har tatt seg tid til å besvare mine spørsmål og henvendelser.

I tillegg vil jeg få rette en stor takk til Jostein Skaar for hjelp til å besvare spørsmål rundt Konkurransetilsynets arbeid. Dette har vært svært viktig for min forståelse av de utfordringene tilsynet står ovenfor i sitt virke.

Avslutningsvis må jeg få rette en spesielt stor takk til min veileder, Lars Sørgard, for meget god oppfølging og støtte. Det har vært avgjørende for mitt arbeid med denne utredningen.

Bergen, 16. desember 2011

Linn Bratberg

¹ Denne utredningen er gjennomført som et ledd i masterstudiet i økonomi og administrasjon ved Norges Handelshøyskole og godkjent som sådan. Godkjenningen innebærer ikke at høyskolen inntår for de metoder som er anvendt, de resultater som er fremkommet eller de konklusjoner som er trukket i arbeidet.

Innholdsfortegnelse

SAMMENDRAG	1
FORORD	2
INNHALDSFORTEGNELSE	3
1. INNLEDNING	7
2. PRINSIPIELT OM BEHANDLINGER AV FUSJONSSAKER.....	9
2.1 KLARGJØRING AV REGELVERKET VED KONTROLL AV FORETAKSSAMMENSLUTNINGER.....	9
2.1.1 <i>Det norske regelverket.....</i>	<i>10</i>
2.1.2 <i>Det Europeiske regelverket.....</i>	<i>11</i>
2.2 ANALYSE I FUSJONSSAKER	12
2.2.1 <i>Definere det relevante markedet.....</i>	<i>13</i>
2.2.2 <i>Beregne markedskonsentrasjonen</i>	<i>14</i>
2.2.3 <i>Krrl. § 16(1) Konkurransbegrensning</i>	<i>14</i>
2.2.4 <i>Krrl. § 16(2) I strid med lovens formål.....</i>	<i>15</i>
3. INNGREP VED Å PÅLEGGE VILKÅR.....	17
3.1 STRUKTURELLE VILKÅR	18
3.1.1 <i>Utfordringer ved bruk av strukturelle vilkår.....</i>	<i>20</i>
3.2 ATFERDS VILKÅR.....	26
3.2.1 <i>Utfordringer ved bruk av atferdsvilkår.....</i>	<i>29</i>
3.3 ANDRE UTFORDRINGER	32
3.3.1 <i>Todelingen av vilkår</i>	<i>32</i>
3.3.2 <i>Bruk av vilkår i høy-teknologi industrier.....</i>	<i>33</i>
3.3.3 <i>Implikasjoner ved bruk av vilkår i små økonomier.....</i>	<i>33</i>

3.4	BRUK AV FORVALTER	35
3.5	SÆRSKILTE TREKK VED NORSK KONKURRANSERETT	37
3.5.1	<i>Bruk av totalvelferdsstandard</i>	37
3.5.2	<i>Ansvar for fremleggelse av vilkår</i>	38
3.5.3	<i>Politisk overprøving</i>	39
4	BRUK AV VILKÅR I NORSKE FUSJONER	41
4.1	GENERELL OVERSIKT	41
4.2	GJENNOMGANG AV ALLE SAKENE	42
4.2.1	<i>Ahlsell Holding AB - AS Bergens Rørhandel og AS Stavanger Rørhandel 2004</i>	42
4.2.2	<i>Bankenes Betalingssentral AS og ZebSign AS 2005</i>	44
4.2.3	<i>Orkla og Collett Pharma 2005</i>	45
4.2.4	<i>Telenor og Tiscali 2005</i>	45
4.2.5	<i>Findus Norge AS og Gro Industrier AS 2007</i>	46
4.2.6	<i>Media Norge 2007</i>	47
4.2.7	<i>BBS og Teller</i>	48
4.2.8	<i>Nortura og Hå Rugeri 2007</i>	49
4.2.9	<i>Rema 1000 og Lidl Norge GmbH 2008</i>	51
4.2.10	<i>Eurofins og Lantmännen Analycen 2008</i>	53
4.2.11	<i>Shell og YX Energi 2008</i>	53
4.2.12	<i>Norli Gruppen og NorgesGruppen 2011</i>	54
4.2.13	<i>Lemminkäinen Norge AS og Mesta 2011</i>	55
4.3	OPPSUMMERING.....	56
5	UTFORDRINGER KNYTTE TIL NORSKE FUSJONSSAKER	58

5.1	STRUKTURELLE VILKÅR	58
5.1.1	<i>Risiko forbundet med å finne en egnet kjøper</i>	58
5.1.2	<i>Stilltiende samarbeid</i>	61
5.1.3	<i>Konkurransen er begrenset før fusjonen</i>	62
5.1.4	<i>Bevare utskilt enhet</i>	63
5.2	ATFERDSVILKÅR.....	64
5.2.1	<i>Overvåkning av etterfølgende atferd</i>	64
5.2.2	<i>Tidsbegrensning</i>	65
5.3	ANDRE UTFORDRINGER	67
5.3.1	<i>Markeder preget av rask teknologisk utvilking</i>	67
5.3.2	<i>Bruk av vilkår i små økonomier</i>	69
6	TILTAK FOR Å EFFEKTIVISERE BRUK AV VILKÅR	73
6.1	BRUK AV SIMULERINGSMODELLER	73
6.2	TILTAK FOR Å HINDRE KOLLEKTIV DOMINANS VED BRUK AV VILKÅR.....	75
6.3	GJENNOMFØRE STUDIER AV TIDLIGERE FUSJONSVEDTAK	77
6.4	ANDRE TILTAK	77
6.4.1	<i>Bruk av informasjonsskjema</i>	77
6.4.2	<i>Bruk av "up-front-buyers"</i>	78
6.4.3	<i>Grundig vurdering av potensiell kjøper</i>	79
6.4.4	<i>Krav om fremleggelse av et annet alternativt vilkår</i>	80
6.4.5	<i>Pålegge partene forpliktelser i overgangsfasen</i>	81
6.4.6	<i>Bruk av forvalter i overgangsperioden</i>	82
6.4.7	<i>Annen form for overvåkning</i>	82

6.5	OPPSUMMERING.....	84
7	SAMMENDRAG OG KONKLUSJON.....	87
8	LITTERATURLISTE.....	90

1. Innledning

Ved behandlingen av fusjonssaker vil det avgjørende være om Konkurransetilsynet finner at den planlagte foretakssammenslutningen vil ”føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål” jf. konkurranseloven kapittel 4 §16. Om dette er tilfellet, vil tilsynet måtte forby fusjonen i sin helhet, eller godkjenne den på gitte vilkår jf. krrl. § 16 tredje ledd. Uten mulighet til å pålegge vilkår ville avgjørelsen i forbindelse med fusjoner således være binær (Papandropoulos & Tajana, 2006, s. 443), der den aktuelle konkurransemyndighet ville vært tvunget til å forby fusjonen i sin helhet om man finner at foretakssammenslutningen vil medføre en vesentlig konkurransebegrensning. Dette betyr at muligheten til å pålegge vilkår utgjør et ekstra verktøy for konkurransemyndighetene, der målsetningen er å eliminere konkurranseproblemene, samtidig med at man ivaretar de effektivitetsgevinstene som kan oppstå som følge av fusjonen (Papandropoulos & Tajana, 2006, s. 443). Om et vilkår er dårlig tilpasset, eller feilaktig pålagt, vil man kunne ende i en situasjon der ingen av de to målsetningene oppnås. Partene vil pålegges indirekte kostander ved at effektivitetsgevinstene ikke kan innfris, og konsumentene skades ved at konkurransen i markedet begrenses. Det er dermed meget viktig at riktig type vilkår pålegges. Gjennom Konkurranselovens forarbeider påpeker lovutvalget at manglende oppfyllelse av vilkårene kan innebære at selve sammenslutningen er ulovlig (Ot. prp. nr. 6 2003-2004 s. 102).

I følge en rekke høringsuttalelser mottatt ved utarbeidelsen av ”Merger remedies review project” utført av ICN (International Competition Network) uttaler mange land at det foretrukne utfallet i saker som reiser konkurransemessige problemstillinger, er at man klarer å utarbeide et passende og effektivt vilkår, heller enn å ty til forbud eller nedstenging (ICN Merger Working Group, 2005). Dette taler i retning av at muligheten til å pålegge vilkår i fusjonssaker der begrensninger i konkurransen kan påvises, vil benyttes i størst mulig grad. Dette øker behovet for en forståelse for de utfordringene som knytter seg til bruken av vilkår, samt økt fokus på å utarbeide konkrete tiltak som kan redusere, eller eliminere, disse utfordringene.

Målsetningen med denne oppgaven er å evaluere bruken av vilkår i norske fusjonssaker fra 2004 og frem til i dag. For å kunne gjøre dette må man se på hvor effektive vilkårene, som et konkurransepolitisk virkemiddel, har vært i å oppnå målsetningen om å eliminere

begrensningene i konkurransen samtidig med at man ivaretar de effektivitetsgevinstene som kan oppstå som følge av fusjonen. Utfordringen vil her være finne det rette virkemiddelet til å løse konkurranseproblemene, herunder det konkrete vilkåret som vil gjenopprette konkurranse i det berørte markedet etter fusjonen.

Det kan imidlertid være utfordrende å skulle evaluere konkurransepolitiske tiltak, som eksempelvis bruk av vilkår. Det er vanskelig å avgjøre hvor mye av en eventuell positiv effekt som skyldes konkurransepolitiske inngrep ettersom vi grunnleggende sett ikke vet hva som hadde skjedd uten et inngrep. Selv om vi kan identifisere en positiv effekt av et konkurransepolitisk inngrep, så kan vi ikke i prinsippet vite om effekten hadde blitt enda større om myndighetene ikke hadde grepet inn (Konkurransetilsynet, 2009 s. 12).

For å kunne foreta en evaluering av bruken av vilkår i Norge vil det innledningsvis være hensiktsmessig å se på regelverket, og prosessene, rundt behandlingen av fusjonssaker. Jeg vil derfor starte med en gjennomgang av det norske og det Europeiske regelverket, samt en kort gjennomgang av den analysen som gjennomføres i fusjonssaker. Etter dette vil jeg se generelt på bruk av vilkår i fusjonssaker, før jeg går over til en diskusjon rundt de ulike utfordringene knyttet til bruk av vilkår. For å kunne knytte dette opp mot kontroll av foretakssammenslutninger i Norge, vil jeg kort gjennomgå alle saker i Norge der Konkurransetilsynet har grepet inn ved å pålegge vilkår. Her fokuserer jeg på å presentere de vilkår som ble pålagt ved behandlingen av saken, i hvilken grad de ulike vilkårene er gjennomført i henhold til vedtaket i saken, og om de pålagte vilkårene har lyktes i å eliminere de konkurransebegrensningene som ble påvist. Etter dette går jeg over til å snakke om hvilke av disse utfordringene vi finner igjen i norske fusjonssaker, før jeg ser på hvilke konkrete tiltak som kan gjennomføres for å effektivisere bruken av vilkår, herunder både tiltak hentet fra litteraturen og tiltak som allerede er gjennomført av både Kommisjonen og Konkurransetilsynet. Avslutningsvis forsøker jeg å sammenfatte hva gjennomgangen av de norske fusjonssakene har avdekket av utfordringer, samt å se på i hvilken grad de pålagte vilkårene har oppfylt sin hensikt, nemlig å ”motvirke begrensningen av konkurransen” jf. krrl. § 16 tredje ledd bokstav c.

2. Prinsipielt om behandlinger av fusjonssaker

For å kunne evaluere bruken av vilkår vil det innledningsvis være hensiktsmessig å se på regelverket som regulerer konkurransemyndighetenes kompetanse til gripe inn. Jeg vil først se nærmere på kompetansefordelingen mellom EU-kommisjonen og Konkurransetilsynet, før jeg går inn på henholdsvis det norske og det europeiske regelverket. Videre vil jeg se nærmere på den analysen konkurransemyndighetene benytter i fusjonssaker for å avgjøre om en foretakssammenslutning bør godkjennes, eller om man bør gripe inn ved forbud eller godkjenning på vilkår.

2.1 Klargjøring av regelverket ved kontroll av foretakssammenslutninger

EØS-avtalen artikkel 57 fastsetter regler for kompetansefordelingen mellom Europakommisjonen, EFTAs overvåkningsorgan og nasjonale konkurransemyndigheter (EØS-loven, 1992). Konkurransetilsynet vil etter dette ha kompetanse til føre tilsyn med fusjoner som *ikke* er av fellesskaps- eller EFTA-dimensjon. Dette er videre avhengig av om de berørte foretakenes omsetning overstiger visse terskelverdier som er fastsatt i artikkel 1 nr. 2 eller 3 i forskrift av 4. Desember 1992 nr. 964 om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen kapittel XIV, jf. Artikkel 1 nr. 2 og nr. 3 i rådsforordning 139/2004/EF (Vedtak V2007-10). Om de fastsatte terskelverdiene ikke er oversteget, vil Konkurransetilsynets hjemmel for inngripen være fastsatt i Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (Konkurranseloven). Om fusjonen anses å ha en fellesskaps- eller EFTA-dimensjon vil fusjonen vurderes etter Council Regulations (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings.

Som beskrevet i foregående avsnitt vil terskelverdiene fastsatt i EØS-avtalen være avgjørende for hvilken konkurransemyndighet som vil inneha kompetanse til å føre tilsyn med fusjonen, og således fastsette hvilket regelverk som skal benyttes. Det er imidlertid klare likhetstrekk ved utformingen av konkurransereglene, da det i Konkurranselovens forarbeider (Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 74) er fremsatt flere argumenter som taler til fordel for en harmonisering med EØS-reglene. Utvalget påpeker at det ved kontroll med

foretakssammenslutninger ikke vil være et like stort behov for harmoniserte regelverk, men at behovet for forutberegnelighet gjør at utvalget har valgt en tilnærming til EØS-reglene der dette har blitt ansett som nødvendig. Videre fremheves det at harmonisering med et eksisterende regelsett er positivt, da praksis og omfattende retningslinjer allerede foreligger. Dette vil igjen øke forutberegneligheten for markedsaktørene (Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 74). Man kan ut fra dette argumentere for at rettspraksis og retningslinjer som foreligger for det europeiske regelverket også kan benyttes ved behandlingen av norske fusjonssaker når det kommer til materielle spørsmål. Jeg anser det derfor som hensiktsmessig å både presentere det norske regelverket som fastsetter kontrollen med foretakssammenslutninger, men også å kort legge frem det europeiske regelverket.

2.1.1 Det norske regelverket

Etter konkurranseloven kapittel 4 §16 skal Konkurransetilsynet "gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål." Det settes ved dette to kumulative vilkår som må være oppfylt for at tilsynet skal kunne gripe inn mot sammenslutningen. For det første må foretakssammenslutningen medføre eller forsterke en "vesentlig begrensning av konkurransen" jf. §16(1). Gjennom uttrykket "føre til eller forsterke" ligger det et krav om at det må være en årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurransebegrensningen. I tilfeller der konkurransen allerede er vesentlig begrenset før fusjonen vil der være tilstrekkelig at foretakssammenslutningen "vil (...) forsterke" konkurransebegrensningen. Dette kan etter ordlyden tolkes som en forverring av konkurransebegrensningen i negativ retning. Det følger videre av forarbeidene til konkurranseloven at det i slike tilfeller ikke stilles noe minimumskrav til hvor mye ervervet må forsterke denne begrensningen (Ot.prp nr. 6 (2003-2004), s. 229).

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at tilsynet skal kunne gripe inn er at konkurransebegrensningen må skje "i strid med lovens formål" jf. §16(1). Lovens formål er etter konkurranseloven "å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser" jf. Krrl. §1. Dette gir grunnlag for en totalvelferdsstandard der alle kostnadsbesparelser skal tas hensyn til. Etter krrl. §1 siste setning skal det imidlertid legges spesielt vekt på å ivareta "forbrukernes interesser." Dette kan, etter lovens ordlyd, indikere at

effekter som påvirker forbrukerne skal veie tyngre enn virkinger av sammenslutningen som påvirker de fusjonerende partene. På tross av det nye leddet i § 1 vil det avgjørende, ifølge Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD), være det totale samfunnsøkonomiske overskuddet jf. FAD vedtak av 6. februar 2006. Man vil derfor se på om fusjonen er skadelig for samfunnet som helhet, der taps- og vinningsstørrelsene skal avregnes mot hverandre uavhengig av hvem som berøres. Dette er i praksis en særnorsk bestemmelse, der de fleste andre land benytter en konsumentvelferdsstandard. Her vil ikke en fusjon kunne godkjennes med mindre effektivitetsgevinstene som følge av fusjonen kommer konsumentene til gode.

Dersom det kan påvises at en foretakssammenslutning vil medføre en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål, skal konkurransetilsynet gripe inn jf. §16 første ledd. Krrl. § 16 tredje ledd fastsetter regler om hva et inngrepsvedtak kan gå ut på, herunder nedlegge forbud eller gi påbud, samt å gi tillatelse på vilkår som ” er nødvendige for å motvirke begrensningen av konkurransen” jf. § 16 tredje ledd bokstav c. Etter ordlyden i bestemmelsen gis det vide fullmakter til Konkurransetilsynet, men adgangen til å stille vilkår vil inneha visse begrensninger. Det må for det første være en saklig sammenheng mellom godkjenningen av foretakssammenslutningen og det vilkår som stilles (NOU: 2003 12 pkt. 5.4.9), herunder at vilkåret faktisk motvirker den konkurransebegrensningen som oppstår. Videre må vilkåret som stilles være forholdsmessig. Dette følger av det alminnelige kravet om forholdsmessighet i norsk forvaltningsrett, der vedtaket ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe de negative konkurransevirkningene av foretakssammenslutningen (Ot.prp. nr.6 (2003-1004) s. 83). Videre vil realiseringen av konkurranselovens formål være av avgjørende betydning for utformingen av inngrepsvedtaket (V2008-10 s. 8 pkt. 7.2).

2.1.2 Det Europeiske regelverket

EU Kommisjonens hjemmel for å godkjenne en foretakssammenslutning ved påleggelse av vilkår er fastsatt i Council Regulations (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings. Denne vil ofte refereres til som The Merger Regulation. Under artikkel 6(2) og 8(2) gis Kommisjonen hjemmel til å godkjenne en fusjon om Kommisjonen, etter en vurdering av partenes foreslåtte vilkår, finner at fusjonen ikke

lenger "raises serious doubts as to its compatibility with the common market" jf. artikkel 6(2) jf. paragraf 1 (b). Her gis Kommisjonen mulighet til å kunne pålegge de fusjonerende partene vilkår de forpliktes til å gjennomføre innen en viss tidsperiode før eller etter fusjonen er gjennomført.

Gjennom The Commission Notice (2004) gis det retningslinjer for fremsettelse av vilkår ved godkjenning av en fusjon (Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004). Vilkårene skal ha som målsetning å eliminere "competition concerns" jf. Commission Notice s. 2. Om en fusjon anses å kunne være en vesentlig hindring for effektiv konkurranse kan partene "seek to modify the concentration in order to resolve the competition concerns and thereby gain clearance of their merger" jf. Commission Notice (2004) s. 3. Her vil altså partene kunne fremme forslag om vilkår som kan løse konkurranseproblemene, og derigjennom oppnå at fusjonen godkjennes på de gitte vilkår.

Det foreligger visse betingelser for at de foreslåtte vilkårene skal kunne aksepteres. For det første må vilkårene anses, med tilstrekkelig grad av sikkerhet, som i stand til å forhindre en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet etter fusjonen. Videre vil det stilles krav om av dem er "comprehensive and effective from all points of view" jf. General Electric v Commission, 2005 paragraf 105. Avslutningsvis må de foreslåtte vilkårene kunne implementeres effektivt innen en kort tidsperiode, dette for å forsikre at minst mulig skade påføres konkurransen i markedet. Kommisjonen kan avvise vilkår om de finner at tiltakene ikke kan overvåkes effektivt. Dette da mangel på effektiv overvåkning kan redusere, og i visse tilfeller eliminere, effekten av vilkåret.

2.2 Analyse i fusjonssaker

Om terskelverdiene, som er avgjørende for om en sammenslutning skal kunne regnes for å ha fellesskaps- eller EFTA-dimensjon, *ikke* er oppfylt, følger det at Konkurransetilsynet har kompetanse til å behandle saken. Tilsynet vil dermed foreta en *analyse* for å avgjøre om den innmeldte fusjonen "føre(r) til eller forsterke(r) en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål" jf. krrl. § 16.

2.2.1 Definere det relevante markedet

For å kunne avgjøre om foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, vil tilsynet måtte foreta en analyse av de forventede virkningene av fusjonen på markedet. Her må først det relevante markedet avgrenses. Det tas her et utgangspunkt i kjøpers mulighet til å velge alternative varer og/eller tjenester på bakgrunn av varen/tjenestens egenskaper og tilgjengelighet. For å identifisere hvilke faktiske konkurrenter som er i stand til å begrense de berørte foretakenes markedsatferd, og på den måten hindre dem i å opptre uavhengig av sine konkurrenter, vil man måtte ta en vurdering både i forhold til det relevante produktmarked, og det relevante geografiske markedet. Det *relevante produktmarked* omfatter ”alle varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde” (Konkurransetilsynet, 2011). Det *relevante geografiske marked* omfatter ”området der de berørte foretakene tilbyr varer eller tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensende områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige.” (Konkurransetilsynet, 2011)

Ved vurderingen av kjøpers reelle valgmuligheter vil man se på hvilke varer kunden anses som substituerbare. Man vil her kunne benytte en SSNIP test (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price) for å vurdere substitusjonsvirkningene av at en hypotetisk monopolist varig gjennomfører en liten, men signifikant, prisøkning. Størrelsen på prisøkningen man betrakter er vanligvis ca. 5-10 %. Om dette er lønnsomt, det vil si at kundene ikke går over til å kjøpe andre liknende produkter, vil markedet anses som avgrenset. Dersom prisøkningen viser seg å bli ulønnsom ved at effekten av tapt omsetning overstiger merverdien av økt pris, vil det nærmeste alternative produktet inngå i det relevante markedet. Denne testen vil bli gjentatt inntil man står igjen med et sett produkter der små, varige prisøkninger vil være lønnsomme (V2008-10 s. 4). Det er viktig at man ved gjennomføringen av SSNIP-testen tar utgangspunkt i hva prisnivået ville vært ved konkurranse. Om aktørene i markedet allerede har en viss markedsakt, vil man ved benyttelse av det observerte prisnivået kunne ende opp med en for vid markedsavgrensning. Man vil dermed inkludere foretak i det relevante markedet som ikke i realiteten vil kunne begrense de berørte foretakenes markedsatferd. Dette fenomenet er kjent som ”the cellophane fallacy”.

For å kunne avgrense det relevante markedet vil man også kunne vurdere tilbudssubstitusjonen i markedet, om denne kan sies å ha samme umiddelbare og direkte effekt som etterspørselssubstitusjonen (Konkurransetilsynet, 2011). Man vil her se på andre leverandørers mulighet til substituerer seg over til å tilby de samme produktene som partene ved en liten men signifikant prisøkning. Det vil her foreligge er krav om at omstillingen kan skje uten betydelige tilleggskostnader eller vesentlig risiko. Videre må endringen kunne skje hurtig, og den må være lønnsom å gjennomføre.

2.2.2 Beregne markedskonsentrasjonen

Når det relevante markedet er avgrenset vil man kunne beregne konsentrasjonen i markedet. Markedskonsentrasjonen vil være en indikator på bedriftenes størrelse i forhold til industrien de opererer innenfor, samt en indikator på konkurransen mellom dem. Man vil her kunne benytte Herfindahl-Hirschman-indeksen (HHI) som beregnes ved å summere hver aktørs kvadrerte markedsandeler. Indeksen går fra 0 til 10 000, der det høyeste nivået kun oppnås i en monopolsituasjon der aktøren har 100 % av markedet. EU-kommisjonen opererer med et sett terskelverdier ved vurderingen av HHI. Kommisjonen uttaler at det er lite sannsynlighet for inngripen der HHI er under 1000 etter at fusjonen er gjennomført (EU-Kommisjonen 2004, guidelines on the assessment of horizontal mergers). Verdier på mellom 1000 og 2000 indikerer at markedet er moderat konsentrert, mens verdier over 2000 er et uttrykk for at markedet har høy konsentrasjon (V2011-8 s. 16, fotnote 42). Videre vil fusjonen mest sannsynlig godkjennes om HHI er mellom 1000 og 2000 sammen med at endringen i HHI er under 250, eller at HHI er over 2000 men endringen i indeksen er under 150. Disse terskelverdiene er imidlertid satt med visse forbehold (EU-Kommisjonen 2004, guidelines on the assessment of horizontal mergers). Kommisjonen uttaler at terskelverdiene kan være en *indikasjon* på fravær av konkurransebegrensninger, men at de ikke alene gir grunnlag for å konkludere med at konkurransen ikke påvirkes (EU-Kommisjonen 2004, guidelines on the assessment of horizontal mergers).

2.2.3 Krrl. § 16(1) Konkurransbegrensning

Konkurranseloven pålegger Konkurransetilsynet å gripe inn mot fusjoner som vil "føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen" jf. §16. Dette kan skje ved at

partene oppnår ensidig eller kollektiv markedsrett. Ved oppnåelse av ensidig markedsrett vil ikke-koordinerte effekter medføre fortsatt konkurranse etter ervervet, men denne vil være mindre hard da fusjonert enhet får en sterkere stilling i markedet. Her avlyses konkurransen mellom de fusjonerte selskaper om disse i utgangspunktet konkurrerte i samme marked. Foruten oppnåelse av sterkere stilling for partene, kan det oppstå kollektiv markedsrett der koordinerte effekter gir grunnlag for samordnet opptreden mellom rivaliserende bedrifter. Her vil fusjonen kunne gi færre samt likeverdige aktører som gir større sannsynlighet for samordnet opptreden. I dette tilfellet vil fusjonen kunne medføre at konkurransen avlyses i markedet.

Ved bedømmelsen av en eventuell konkurransebegrensning vil man først måtte vurdere konkurransesituasjonen i de berørte markeder før sammenslutningen, for deretter å se på hvordan konkurransen påvirkes om fusjonen gjennomføres. Her vil momenter som markedsandeler og konsentrasjon før og etter fusjonen være avgjørende, sammen med etableringsmuligheter, potensiell konkurranse og kjøperrett.

2.2.4 Krfl. § 16(2) I strid med lovens formål

Om Konkurransetilsynet vurderer at fusjonen medfører eller forsterker en konkurransebegrensning, vil det avgjørende være om begrensningen er ”i strid med lovens formål” jf. §16(2). Som beskrevet innledningsvis opererer vi i Norge med en totalvelferdsstandard. Dette betyr at endringene for konsumentene og produsentene således er likestilte ved en vurdering av det sekundære vilkåret, der det samfunnsøkonomiske tapet holdes opp mot det samfunnsøkonomiske overskuddet. Om fusjonen kun resulterer i at konkurransen begrenses vil det være slik at den negative virkningen for konsumentene er større enn den positive virkningen for produsentene. Om fusjonen imidlertid gir effektivitetsgevinster som overstiger de negative virkningene for konsumentene må ervervet aksepteres da det gir en positiv effekt på det totale samfunnsøkonomiske overskuddet.

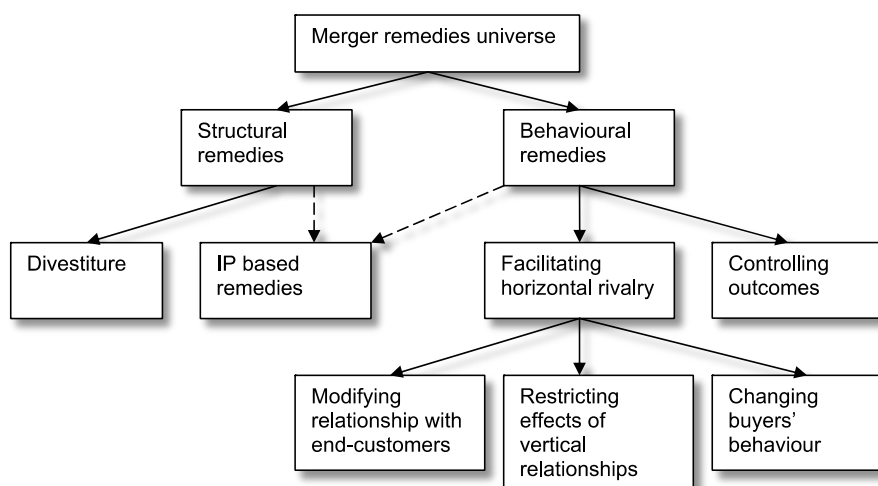
Det samfunnsøkonomiske tapet kan oppstå på bakgrunn av flere forhold. Ved høyere konsentrasjon i markedet vil det være større mulighet for å utøve selgerrett. Dette vil normalt sett lede til høyere priser, som igjen gjør at produktet gjøres utilgjengelig for noen

forbrukergrupper. Videre vil kostnader i forbindelse økt risiko for sløsing kunne være avgjørende når man ser på tapet forbudet med en fusjon.

En eventuell fusjon vil imidlertid kunne godkjennes om det samfunnsøkonomiske tapet oppveies av relevante effektivitetsgevinster. Det foreligger her et krav om at kostnadsbesparelsene må være fusjonsspesifikke, tilstrekkelig dokumenterte, gi en nettogevinst i samfunnsøkonomisk forstand og kunne realiseres innen rimelig tid (V2007-10 s. 17).

3. Inngrep ved å pålegge vilkår

Om tilsynet finner at det etter Konkurranseloven § 16 er grunnlag for å gripe inn mot fusjonen, vil tilsynet kunne forby fusjonen i sin helhet eller godkjenne den på gitte vilkår. Vilkårene vil bli en del av den endelig avgjørelsen, og vil representere formelle forpliktelser og betingelser som partene må godta som en del av kontroll med foretakssammenslutningen (Hoehn, 2009). Ved tillatelse på vilkår vil det være aktuelt med bruk av både strukturelle vilkår og atferds vilkår. Et strukturelt vilkår vil ta sikte på å endre den planlagte strukturen for selskapet, ved eksempelvis å pålegge partene å selge ut nærmere anførte deler av virksomheten. Målsetningen med pålegg om salg er å skape en ny, eller styrke en allerede aktiv, konkurrent for på den måten å erstatte den konkurransen som ellers ville forsvunnet som følge av fusjonen (Kwoka & Moss, 2011, s. 5). Når det gjelder de atferdsmessige tiltakene vil partene kunne integreres fullt ut, men det pålegges visse begrensninger for deres atferd i ettertid av fusjonen. Disse begrensningene kan varieres i utforming, men vil kunne omhandle vilkår der konkurrenter eller andre aktører gis tilgang til ytelser fra partene på ellers like vilkår, eller at partene forbys å anvende eksklusivitets- og koblingsavtaler (NOU 2003:12 Ny Konkurranselov, 2003 s. 74). Under fremstilles en oversikt over noen av de typer vilkår som kan benyttes:



Figur 1. Kilde: ICN-rapport 2005 s. 7. Overview of the merger remedies universe

I Ot.prp.nr 6 (2003-2004) vises det til at erfaringer fra Kommisjonen tilsier at strukturelle vilkår i de fleste tilfeller er best egnet til å motvirke begrensninger av konkurransen. Dette

argumentet støttes av både lovutvalget og departementet. Uttalelsen er begrunnet i at atferds vilkår krever en stadig overvåkning og håndheving fra tilsynets side frem i tid. Videre påpekes det at atferds vilkår er tidsbegrenset, og at når virkningstiden er utløpt er det neppe hjemmel for å fornye vilkårene gjennom foretakssammenslutningsbestemmelsene ettersom tidsfristen for inngrep har utløpt (NOU:2003 12 avsnitt 5.4.9). Både utvalget og departementet konkluderer imidlertid med at avgjørelsen om hvilke tiltak som skal benyttes overlates til konkurransetilsynet, og bør ikke spesifiseres eller reguleres i loven. På tross av generell skepsis til bruk av atferds vilkår viser en oversikt over hvilke vilkår som er benyttet på konkrete saker fra 2004 og frem til i dag at Konkurransetilsynet har akseptert atferds vilkår i fem av tretten saker der tilsynets vedtak ikke er endret i ettertid.

I de neste avsnittene vil jeg mer detaljert diskutere bruken av henholdsvis strukturelle- og atferds vilkår samt trekke inn ulike utfordringer som kan oppstå ved bruk av de ulike vilkårene. Videre vil jeg kort kommentere regelverket for bruk av forvalter i saker som inkluderer vilkår, samt se på omfanget av bruk av forvalter i norske fusjonssaker. Avslutningsvis vil jeg trekke frem noen momenter fra norsk konkurranserett der vår praksis skiller seg fra andre jurisdiksjoner, og der dette kan ha betydning for bruk av vilkår i fusjonssaker.

3.1 Strukturelle vilkår

Som beskrevet innledningsvis vil et strukturelt vilkår ta sikte på å endre den planlagte strukturen for fusjonert enhet, ved eksempelvis å pålegge partene å selge ut nærmere anførte deler av virksomheten. Det er en generell oppfatning at strukturelle vilkår i de fleste tilfeller er best egnet til å motvirke begrensninger av konkurransen, se både The Commission Notice s.6 og Konkurranselovens forarbeider. Dette er begrunnet med at behovet for overvåkning er mindre, samt at selve målsetningen med påleggelse av vilkår er å opprettholde en konkurransedyktig markedsstruktur. Dette gjør at vilkår som tar sikte på å endrer foretakenes struktur anses å være best egnet til å oppnå denne målsetningen (Commission Notice, 2004 s. 6). Det argumenteres videre for at strukturelle vilkår vil være det beste alternativet ved konkurransebegrensninger forårsaket av horisontale fusjoner, men også muligens ved vertikale fusjoner og konglomerater.

Pålegg om avhendelse av nærmere anførte deler av virksomheten er den mest vanlige formen for strukturelle vilkår. Slike vilkår søker å bevare konkurransen i det berørte markedet gjennom å skape en ny kilde til konkurranse gjennom salg til en aktør som ikke er aktiv i markedet, eller styrke en eksisterende kilde til konkurranse gjennom salg til en konkurrent som allerede er tilstede i markedet.

Ved benyttelse av strukturelle vilkår der dette omfatter å selge ut deler av virksomheten, settes det gjennom The Commission Notice (2004) en del krav. For det første må den delen av virksomheten som skal selge ut anses å være levedyktig i ettertid av utsalget om virksomheten blir overtatt og drevet av en passende kjøper. Det settes videre krav til at enheten vil fungere som en effektiv konkurrent til de fusjonerte partene på lang sikt. Man må her ta hensyn til den risikoen som kan påløpe ved slike transaksjoner, herunder tredjeparts rettigheter i forhold til virksomheten, risikoen for å finne en passende kjøper samt risikoen knyttet til nedbrytning av eiendeler før salget har funnet sted. Etter The Commission Notice påhviler det partene å fjerne slike usikkerhetsmomenter før forslaget sendes til de aktuelle konkurransemyndighetene. Når det gjelder omfanget av virksomheten som selges ut må denne inkludere alle eiendeler og personell som er nødvendig for fortsatt konkurransedyktig drift. Det er gjennom The Commission Notice fremsatt preferanser for at man ved påleggelse om utsalg fokuserer på frittstående virksomheter da disse har større sannsynlighet for å overleve på lang sikt etter fusjonen.

I tillegg til krav om fortsatt levedyktighet og konkurransevne fremsettes det krav om at virksomheten blir solgt til en "suitable" kjøper jf. The Commission Notice avsnitt 47. Etter norsk rettspraksis brukes begrepet "egnet" kjøper, der hva som er en egnet kjøper beror på en konkret vurdering. jf. V2011-5 s. 35 avsnitt 283. Det stilles her et krav om at kjøper er uavhengig, og på ingen måte knyttet, til partene. I tillegg må kjøper ha tilstrekkelig med ressurser, beviselig har den relevante ekspertisen for å drive virksomheten videre, samt ha insentiver og mulighet til å opprettholde og videreutvikle virksomheten til en levedyktig og aktiv konkurrent til partene og andre konkurrenter i markedet (V2011-5 s. 35) Kravene til en egnet kjøper må videre, om nødvendig, supplementeres med tilleggskrav som er tilpasset hvert enkelt tilfelle.

3.1.1 utfordringer ved bruk av strukturelle vilkår

Strukturelle vilkår er som beskrevet tidligere den type vilkår som er uttalt mest foretrukket av konkurransemyndighetene. Det bør imidlertid stilles spørsmålsteget ved om denne type vilkår alltid vil fremme det beste resultatet, da det gjennom ulike studier har blitt avdekket en rekke utfordringer og begrensninger ved denne type vilkår. For at et vilkår som forplikter partene å selge ut hele, eller deler, av virksomheten skal fungere effektivt, må det skje et salg av en egnet og levedyktig del av virksomheten til en passende kjøper gjennom en effektiv overtakelsesprosess (ICN Merger Working Group, 2005, s. 8). Disse tre elementene kan imidlertid være underlagt betydelige begrensninger i individuelle fusjonssaker. Dette belyses gjennom en studie av vilkår utført av EU-kommisjonen i 2005. Målsetningen med studie var å avdekke eventuelle svakheter ved utforming og implementering av vilkår. Studie ble gjennomført ved hjelp intervjuer med ansatte og ledelse i bedrifter som hadde blitt pålagt ulike vilkår ved godkjenning av foretakssammenslutninger. Konklusjonene som trekkes er tatt på bakgrunn av kvalitativ informasjon, og det er verken innhentet informasjon om den faktiske innvirkningen fusjonen har hatt på konkurransen, eller foretatt en evaluering av markedssituasjonen etter fusjonen. Dette kan sies å være en svakhet ved studie som gjør at den vil være begrenset i sin omfang (Papandropoulos & Tajana, 2006). Den vil likevel bidra med viktig informasjon i forhold til hvilke spesifikke tiltak som kan innføres for å bedre effektiviteten til vilkår pålagt ved foretakssammenslutninger. Av de 96 ulike avhjelpende tiltak som er inkludert i studie er hele 84 stykker strukturelle (Kopke 2005, s. 3), herunder pålegg om å selge ut deler av virksomheten. Jeg vil i det følgende trekke frem utfordringer som er avdekket i forbindelse med bruk av strukturelle vilkår i fusjonssaker.

3.1.1.1 Risiko forbundet med sammensetning av utskilt enhet

I følge studie utført av EU-kommisjonen i 2005 var den mest utbredte problemstillingen ved pålegg om strukturelle vilkår vanskeligheter med å definere omfanget av den delen av virksomheten som selges ut. Her vil hensynet til å skape en levedyktig konkurrent som med sikkerhet eliminerer konkurransebegrensningene måtte veies opp mot kravet om forholdsmessighet. Denne problemstillingen vil være mest relevant i såkalte ”mix-and-match” tilfeller, der en rekke eiendeler selges ut uten å være en frittstående virksomhet. I slike tilfeller, der en blanding av eiendeler fra begge parter overdras, vil

sammensetningsrisikoen øke. Her må det stilles høyere krav til evner og erfaring til en potensiell kjøper enn ved slag av en frittstående virksomhet (ICN Merger Working Group 2005, s. 9). Papandropoulos & Tajana (2006) s. 446 argumenterer for at omfanget av den delen av virksomheten som skilles ut, ofte kun avhenger av en vurdering av markedsandeler. Det vil i slike tilfeller legges for mye vekt på markedsstruktur, og for lite vekt på den faktiske evnen den utskilte delen har til å opprettholde konkurransen i markedet etter fusjonen. Dette betyr at momenter som opp- og nedstrøms avhengighet av den fusjonerte enheten, geografiske begrensninger, størrelse på enheten og varekretsløpet må vurderes når man skal avgjøre hvilken del av virksomheten som skal selges ut (Kopke 2005, s. 4). Dette problemet forverres i tilfeller der kjøper ikke er aktiv i det berørte markedet før transaksjonen, og således mangler viktig kunnskap om hva som er nødvendig for å opprettholde driften av virksomheten. Videre vil den fusjonerende parten, og dermed selger av virksomheten, ikke inneha incentiver til å utlevere informasjon om hvilke deler av virksomheten som er avgjørende for overlevelse. Dette kan føre til opportunistisk atferd av selger der ikke-konkurransedyktige deler av virksomheten overlates til små og uerfarne kjøpere som ikke innehar den kompetansen som trengs for å opprettholde en levedyktig potensiell konkurrent. En løsning vil være å i størst mulig grad utskille frittstående virksomheter da disse mest sannsynlig vil være mer effektive i ettertid av fusjonen (Papandropoulos & Tajana 2006, s. 446). Strengere krav til informasjon om den utskilte delen bør også pålegges.

3.1.1.2 Risiko forbundet med å bevare utskilt enhet

En annen problemstilling som er avdekket gjennom studie er vanskeligheter med å bevare levedyktigheten, salgbarheten og konkurranseevnen til den delen av virksomheten som selges. Selger vil kunne ha incentiver til å redusere verdien av virksomheten i salgsperioden ved å overføre verdifull personell, kvitte seg med patenter eller merkevarer samt ikke i tilstrekkelig grad vedlikeholde produksjonsenheter eller utsalgssteder (Motta et al. 2003). Videre viser studie at man i en avhendingsperiode vil kunne oppleve at kunde- og leverandørforhold neglisjeres, samt at investeringsplaner legges på is. Jo lenger overgangsfasen varer, jo mer skade vil dette kunne påføre den utsolgte virksomheten i ettertid (Kopke 2005, s. 5). Dette vil påvirke konkurranseevnen, noe som igjen vil ha en innvirkning på konkurransesituasjonen i det relevante marked etter fusjonen. I tillegg har

man i tilfeller avdekket at den fusjonerte enheten i tiden før overdragelse selger tilstrekkelig med kvantum av produktet som skal selges ut slik at ny eier møter lav etterspørsel rett etter overtakelse (The Competition Commission 2010, s. 14). Dette kalles ”front loading”, og gjøres for å redusere sjansene for at den utskilte enheten i fremtiden vil skape reell konkurranse for partene. Sammen med dette har man avdekket tilfeller der de fusjonerende partene før overdragelse innfører utilstrekkelige ordninger for å beholde personell. Dette gjør at mange ansatte velger å slutte i virksomheten rett før, eller rett etter overdragelse av virksomheten til ny eier (The Competition Commission 2010, s. 14). Dette kan skape problemer for kjøper i forhold til å opprettholde konkurransedyktig drift av selskapet.

3.1.1.3 *Risiko forbundet med å finne en egnet kjøper*

Valg av en egnet kjøper vil i mange tilfeller være svært avgjørende for hvor effektive vilkårene vil være i forhold til å motvirke de forventede begrensningene i konkurransen. Om kjøper ikke har den rette ekspertisen eller de finansielle ressurser som kreves for å drifte virksomheten videre, vil antall aktører i markedet kunne reduseres. Dette gjør at konkurransesituasjonen forverres som følge av fusjonen. Det er dermed svært viktig at kjøper klarer å videreføre driften av virksomheten på lang sikt. Studie viser at det i 48 % av tilfellene som er inkludert oppstår ulike problemer knyttet til valg av kjøper (Papandropoulos & Tajana, 2006, s. 446). Det er imidlertid kun i to tilfeller at valg av feil kjøper er registrert som den viktigste grunnen til vilkårets ineffektivitet (Kratsas 2009, s. 554). Motta et al. (2003) peker her på manglende insentiver fra selger til å finne en egnet kjøper da dette i mange tilfeller vil innebære å skape en sterk konkurrent til eget foretak. Mange av de som ble intervjuet i forbindelse med studie kan fortelle om tilfeller der kjøper av den utskilte virksomheten er for små, eller ikke innehar nok erfaring til, på en god måte, å kunne drifte selskapet i etterkant av adskillelsen (Kopke 2005, s. 5). Man ser at mange utskilte selskaper raskt selges videre, eller ikke er villige til, på en tilstrekkelig måte, å konkurrere med den fusjonerte enheten.

3.1.1.4 *Fare for stilltiende samarbeid*

Som nevnt tidligere er den mest utbredte oppfatningen at strukturelle vilkår på en bedre måte løser eventuelle konkurransebegrensninger forårsaket av en fusjon. Dette vil som sagt ikke alltid være tilfellet der selger har sterke insentiver til å unngå å skape en sterk

konkurrent. Men det er ikke bare selger som kan vil kunne ha en interesse i å svekke konkurransen i markedet. Også en potensiell kjøper av den utskilte virksomheten kan ønske å dempe konkurransen om vedkommende opererer i samme marked. Motta et al. (2003) viser her til tilfeller der pålegg om avhending kan legge til rette for samordnet opptreden ved at salg av deler av virksomheten restrukturerer en industri slik at den fremkommer mer symmetrisk. I vedtaket fattet i forbindelse med fusjonen mellom Shell og YX uttaler tilsynet at symmetri mellom aktørene har betydning for å kunne etablere koordinering i et marked. Normalt vil forholdene ligge best til rette for koordinering der aktørene er relativt jevnstore (V2008-3 s. 14). Med samordnet opptreden menes at foretak, uten at det foreligger avtale, opptrer i samforstand på en bestemt måte jf. krrl. §10. For at det skal være tale om samordnet opptreden kreves at det har vært en eller annen form for kontakt mellom de involverte foretakene jf. §10. Om aktørenes markedsandeler blir mer symmetriske øker også faren for stilltiende samarbeid. Med stilltiende samarbeid menes en koordinert og parallell markedstilpasning som gir aktørene kollektiv markedsrett uten at aktørene inngår avtale eller opptrer samordnet på en måte som er i strid med konkurranseloven §10 (V2006-490 s. 15).

I tillegg til mer symmetriske aktører nevnes også tilfeller der det har vært nødvendig med en eller annen form for relasjon mellom kjøper og selger i ettertid av salgsprosessen som begrunnelse for at stilltiende samarbeid mellom partene og kjøper har oppstått. I saker der kjøper har hatt behov for eksempelvis teknisk assistanse etter fusjoneringen kan det påvises at det i 13 av 19 tilfeller har forekommet stilltiende samarbeid eller ineffektiv drift av utskilt enhet (Motta et. al. 2003, s. 112).

I Norge ble den planlagte fusjonen mellom Falck og Viking Redningstjeneste i 2006 ikke godkjent da Konkurransetilsynet fant at oppkjøpet ville kunne legge forholdene til rette for samordnet opptreden. Oppkjøpet ville gi Falck/Viking en høy markedsandel i bedriftsmarkedet, mens NAF beholdt sin sterke posisjon i abonnementsmarkedet. Fusjonen ville med andre ord gi to likeverdige aktører, der hver av aktørene er store i hvert sitt marked med en fot innenfor det andre markedet. Begge vil dermed inneha insentiver til ikke å konkurrere hard mot hverandre i markedet der den ander har store markedsandeler. Dette skaper rom for fredelig sameksistens, noe som begrenser konkurransen. Etter varsel om inngrep kom Falck med forslag til tiltak som kunne reduserer de negative virkningene av

ervert. Det foreslåtte tiltaket gikk ut på at Falck/Viking innen en angitt frist skulle gi avkall på eksklusivitet med samtlige bilbergere med unntak av 17 bilbergere som Falck hadde franchiseavtale med. Tiltaket ble imidlertid ikke ansett som tilstrekkelige av tilsynet (V2006-490).

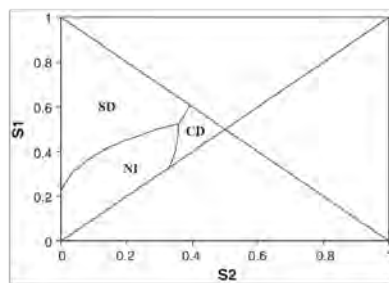
Det er ikke bare endringer i markedsstrukturen i form av en mer symmetrisk fordeling av markedsandeler som vil gi økt fare for samordnet opptreden eller stilltiende samarbeid. Også der konkurrenter møtes i flere ulike markeder (multimarket contact) øker sannsynligheten for at samarbeid kan oppstå (Bernheim og Whinston 1990). Dette fenomenet vil kunne ha følger for bruk av vilkår i fusjonssaker. Om tilsynet pålegger vilkår om salg av et utsalgssted til en konkurrent som ikke på daværende tidspunkt er til stede i det relevante lokalk markedet, vil dette medføre at partene og den aktuelle konkurrenten nå møtes i flere ulike markeder enn tidligere. Dette øker sannsynligheten for stilltiende samarbeid og/eller samordnet opptreden. Pålegg om vilkår vil dermed indirekte kunne medføre at graden av konkurranse i de markedene rivalene møtes reduseres.

3.1.1.5 *Vilkår i marked der konkurransen er begrenset før fusjonen*

Davies og Olczk (2010) diskuterer i sin artikkel dilemmaet konkurransemyndighetene står ovenfor i fusjonssaker der konkurransen er begrenset i markedet allerede før fusjonen. For de fleste konkurransemyndigheter vil målsetningen med å pålegge vilkår i fusjonssaker være å *gjenopprette* konkurransen i markedet etter fusjonen. Etter norsk konkurranserett skal Konkurransetilsynet, dersom det kan påvises et en foretakssammenslutning vil forsterke eller medføre en vesentlig begrensning av konkurransen, gripe inn jf. krrl. §16 første ledd. Inngrep kan her skje gjennom pålegg av vilkår. Som nevnt tidligere må vilkåret som stilles være forholdsmessig, noe som betyr at vedtaket ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe de negative konkurransevirkningene av foretakssammenslutningen (Ot.prp. nr.6 (2003-1004) s. 83). En tolkning av denne uttalelsen er at tilsynet ikke vil ha anledning til å pålegge vilkår der målsetningen er å *forbedre* konkurransesituasjonen i markedet målt i forhold til situasjonen før fusjonen. I tilfeller der det relevante markedet allerede er begrenset før fusjonen, vil tilsynet altså stå ovenfor et valg om å godkjenne en fusjon som kan begrense konkurransen ytterligere, eller godkjenne fusjonen på gitte vilkår der man returnerer markedet til en situasjon der konkurransen er begrenset.

Gjennom en studie av 62 fusjonssaker som inkluderer pålegg av vilkår avgjort av the European Commission (EC), prøver Davies og Olczak (2010) å identifisere den påvirkningen strukturelle vilkår har på markedsstrukturen i de berørte markeder. Artikkelen skiller seg fra studiene utført av FTC (1999) og EC (2005) ved at man fokuserer på markedsstrukturen etter fusjonen, heller enn levedyktigheten til utskilt enhet. Forfatterne finner at i 85 % av tilfellene vil en forpliktelse til å selge ut deler av virksomheten, returnere markedsandelen til den fusjonerte enheten til den andelen en av partene hadde før fusjonen. Videre er det mest vanlige utfallet av avhending (67% av tilfellene) at markedsstrukturen returneres til den strukturen markedet hadde før fusjonen (Davies og Olczak 2010, s. 87). Dette betyr at strukturelle vilkår, i de fleste tilfeller, vil fjerne økningen i markedsandeler for partene, og dermed gjenopprette strukturen i markedet til den status den hadde før fusjonen.

Videre ønsker forfatterne å se på hvilke implikasjoner bruk av strukturelle vilkår har på ”konkurransedyktigheten” til det relevante marked i ettertid av fusjonen. For å kunne vurdere graden av konkurransedyktighet, benyttes en modell utviklet av Davies og Olczak i en tidligere artikkel der forfatterne ønsket å forklare Kommissjonens avgjørelser i fusjonssaker basert på dens vurdering av markedsstrukturen etter den aktuelle fusjonen. I det følgende presenteres en figur som søker å forutse Kommissjonens avgjørelse i fusjonssaker basert på markedsandelene til de to største virksomhetene i markedet før fusjonen. I fusjonssaker vil man ha tre mulige utfall: inngrep begrunnet i kollektiv markedsrett (CD), inngrep begrunnet i ensidig markedsrett (SD) eller tilfeller der den aktuelle konkurransemyndighet ikke griper inn (NI). For en nærmere forklaring av de ulike begrepene, se avsnitt 2.2.3.



Figur 2. Kilde: Davies, S. W., Olczak, M., & Coles, H. (2010). *Tacit collusion, firm asymmetries and numbers: Evidence on EC merger cases.*

Gjennom å bruke denne klassifisering av utfall etter fusjonen, gjør forfatterne to viktige funn. For det første finner de at 47 % av alle vilkår om avhending resulterer i markedsstrukturer som anses å begrense konkurranse, det vil si strukturer der Kommisjonen ville ønsket å pålegge vilkår om resultatet hadde stammet fra en fusjon. Dette kan forklares ved at konkurransen i mange av disse markedene (39 %) var begrenset også før fusjonen. For det andre finner de at for en gitt markedsstruktur etter fusjonen, er det mindre sannsynlig at Kommisjonen vil pålegge vilkår på bakgrunn av kollektiv dominans, om partene etter fusjonen vil være den nest største virksomheten. Forfatterne mener dette tilsier en større toleranse for potensiell kollektiv dominans, om alternativet er å akseptere økt potensiell ensidig dominans (Davies og Olczak 2010, s. 97).

3.1.1.6 Andre utfordringer

Andre utfordringer med strukturelle vilkår, herunder spesielt pålegge om å selge ut hele eller deler av virksomheten, er vanskeligheter med å forhindre informasjonsutveksling mellom virksomheten som selges ut og den tidligere eieren (Lèvéque 2000). Utveksling av informasjon kan være vanskelig å avdekke, og vil kunne kreve en form for overvåking i ettertid. Videre vil det i noen tilfeller være nødvendig å separere regnskapet tilknyttet visse aktiviteter der en tredjepart skal ha tilgang til essensielle fasiliteter (Lèvéque 2000). Dette vil også være tilfeller der etterfølgende granskning kan være nødvendig. I tillegg er det i visse tilfeller argumentert for at konkurransemyndighetene går lenger enn strengt tatt nødvendig for å gjenopprette konkurransen i det berørte markedet (Vasconcelos 2007, s. 29). I tilfeller der partene pålegges å selge ut deler av virksomheten kan det argumenteres for at vilkåret gjør at konkurransen i markedet blir høyere enn før fusjonen, altså at forpliktelsen går lenger enn det som skal til for å gjenopprette konkurransen. Dette bryter med prinsippet om proporsjonalitet. En slik tendens kan medføre at bedrifter avstår fra å inngå mer effektive fusjoner da de frykter at reaksjonene fra myndighetene vil skape mer konkurranse i markedet enn før fusjonen (Vasconcelos 2007, s. 29).

3.2 Atferds vilkår

Mens strukturelle vilkår i de fleste tilfeller endrer strukturen for den fusjonerte enheten, vil atferds vilkår sette visse begrensninger på partenes atferds og valgmuligheter uten at

eiendomsrettigheter påvirkes (Motta et al. 2003). Et videre trekk ved atferds vilkår er at de søker å få partene til å handle på en måte som er inkonsistent med deres egentlige profitt maksimerende insentiver (Kwoka og Moss, 2011, s. 5). Hadde partene i ettertid av fusjonen ikke vært begrenset av de krav atferdsvilkårene pålegger, ville de mest sannsynlig handlet på en måte som maksimere egen profitt. Dette vil innebære blant annet utestengelse av nåværende, og nye, rivaler, samt å vanskeliggjøre konkurranse for konkurrenter gjennom diskriminerende leveringsvilkår i tilfeller der konkurrenter er avhengig av levering eller tilgang til visse ressurser som partene kontrollerer. Alle former for konkurranse reduserer partenes profitt, og det vil være i deres interesse å forsøke å begrense denne. Dermed vil det være i samfunnets interesse å pålegge visse forpliktelser for å opprettholde konkurransen i markedet.

Som utledet i det foregående avsnittet vil strukturelle vilkår involvere en overføring av eiendeler som forandrer strukturen i en industri. Således vil vilkår som "kun" legger føringer på partenes fremtidige atferd virke mindre drastiske da de er mer reversible enn strukturelle endringer, og kan dermed justeres over tid ettersom markedsforholdene endres. Likevel foreligger det en generell skepsis mot å benytte atferds vilkår ved behandlingen av foretakssammenslutninger. I The Commission Notice s. 6-7 avsnitt 17 uttales det at forpliktelser som knytter seg til foretakenes fremtidige atferd kun skal aksepteres unntaksvis ved meget spesielle omstendigheter. Ved benyttelse av andre vilkår enn strukturelle er det et minimumskrav at de aktuelle vilkårene har tilsvarende virkning på konkurransebegrensningen som strukturelle vilkår ville hatt jf. The Commission Notice avsnitt 61. Det vil imidlertid kunne oppstå tilfeller der det vil være vanskelig å pålegge strukturelle vilkår. I saken som omhandlet fusjonen mellom Boeing og McDonnell Douglas var det ikke mulig å finne en eksisterende produsent av fly som var villig eller interessert i å kjøpe Douglas Aircraft Company (se eksempelvis Motta et al. (2003)). Dette gav et behov for å kunne benytte andre avhjelpende tiltak for å opprettholde konkurransen i markedet etter fusjonen. Også tilfeller der det foreligger eksklusive avtaler, nettverkseffekter eller ulike patenter vil andre type tiltak kunne bli aktuelle (Motta et al. 2003, s. 116). Det er videre argumentert for atferds vilkår er å foretrekke i industrier der faste kostander er høye og det er en begrenset antall aktører (Ray 2003). Et eksempel som er nevnt i denne sammenheng er fusjoner mellom etablerte aktører i bransjen for telekommunikasjon. Slike fusjoner kan medføre store effektivitetsgevinster, men en ulempe kan være reduksjon i et allerede

begrenset antall aktører i tillegg til fare for utestengelse av nye. Her vil pålegg om å gi tilgang til nye aktører kunne være mer hensiktsmessig enn bruken av strukturelle vilkår. I ”Merger Remedies Review Project” utgitt av ICN i 2005 nevnes det tre tilfeller der atferds vilkår kan være hensiktsmessige. Det første tilfellet er der pålegg om avhendelse ikke er gjennomførbart eller utsatt for uakseptabel risiko, samtidig med at forbud heller ikke er mulig. Videre nevnes tilfeller der begrensningen i konkurransen er forventet å ha begrenset varighet grunnet blant annet rask teknologisk utvikling. Avslutningsvis anføres tilfeller der effektivitetsgevinstene som følge av fusjonen er signifikante. Her vil atferds vilkår være mer effektive enn strukturelle vilkår i å bevare disse gevinstene (ICN Merger Working Group, 2005 s. 12).

Det nevnes i The Commission Notice tre ulike vilkår som ikke går på endringer av strukturen til de berørte partene. Den første er bruken av tilgangsvilkår. Her gis konkurrenter eller andre tilgang til infrastruktur, nettverk eller viktig teknologi på ikke-diskriminerende og gjennomsiktige vilkår jf. The Commission Notice avsnitt 62. Dette kan gjøres for å sikre at nye aktører har mulighet til å etablere seg i markedet. Et eksempel som kan nevnes her er tilgang til telefon- og TV-nettverk. Tilgangsvilkår er ofte komplekse og vil således kreve at vilkårene for tilgang er detaljert og klart utformet.

En annen form for ikke-strukturelle vilkår er pålegg om endring av langsiktige eksklusivkontrakter. Her vil endringen i markedsstrukturen som følge av fusjonen kunne gjøre at allerede inngåtte avtaler vil hindre effektiv konkurranse. Dette vil spesielt gjelde langsiktige leveranseavtaler jf. The Commission Notice avsnitt 67. Her kan konkurransemyndighetene pålegge oppsigelse eller konkrete endringer i eksisterende avtaler.

Foruten tilgangsvilkår og endring av eksklusivavtaler nevnes andre ikke-strukturelle vilkår, eksempelvis lovnad fra partene som å avstå fra visse former for atferd. Det argumenteres her for at det spesielt ved horisontale fusjoner ikke vil være tilstrekkelig med en forpliktelse om ikke å heve prisen eller redusere produktsortimentet jf. The Commission Notice avsnitt 17. Dette grunnet fravær av effektiv overvåkning og vanskeligheter med å bekrefte at partene møter de betingelsene som settes. Det oppfordres dermed til kun å benytte ikke-strukturelle vilkår ved spesielle omstendigheter jf. The Commission Notice avsnitt 69.

3.2.1 utfordringer ved bruk av atferdsvilkår

Hovedandelen av vilkårene inkludert i studie utført av EU-kommisjonen i 2005 omfattet påleggelse av strukturelle vilkår. Kun 13 tilfeller omhandlet atferdsregulerende vilkår. Hovedproblemet med slike typer vilkår er kravet om omfattende overvåkning samt utfordringer forbundet med å utforme passende og tilstrekkelige vilkår for tilgang (Davies og Lyons 2007, s. 26). Videre viser en studie utført av United Kingdom Competition Commission i 2008 at atferds vilkår er mer komplekse enn strukturelle vilkår, og således krever mer arbeid fra konkurransemyndighetenes side (The Competition Commission 2010, s. 9) Studiet viser imidlertid at om vilkåret er tilstrekkelig godt utformet, og om aktiv og omgående overvåkning er på plass, vil atferds vilkår kunne fungere effektivt i mange fusjonssaker (The Competition Commission 2010, s. 9).

3.2.1.1 *Krav til overvåkning av etterfølgende atferd*

Den generelle oppfatningen er at atferds vilkår er vanskelige å håndheve, og at de er kostbare å overvåke. For strukturelle vilkår vil det i utgangspunktet ikke lenger være behov for overvåkning av partene etter at overføringen av den utskilte delen har blitt formalisert. Ved bruk av atferds vilkår vil det være nødvendig med en form for overvåking av partene i ettertid for å påse at de følger de forpliktelsene som er pålagt i den fastsatte tidsperioden. Dette kan være svært ressurskrevende for den aktuelle konkurransemyndighet.

Et krav som ofte settes i tilfeller der partene forpliktes til å innvilge tilgang til andre aktører, er at dette gis på ikke-diskriminerende vilkår. Dette kan det dessverre være vanskelig å kontrollere, selv med omfattende overvåkning, da diskriminering av tredjepart kan skje på ulike nivåer. Videre vil slik atferd ofte ikke avdekkes kun ved å observere den konkrete transaksjonsprisen, og det kan være nødvendig med industrispesifikk kunnskap for å avsløre noen former for diskriminering. Det er i denne sammenheng fremsatt argumenter for at overvåking av atferds vilkår ofte allerede er til stede i markedet gjennom konkurrenter og andre aktører. Det vil være i deres interesse at de fusjonerte partene overholder de forpliktelse de påtar seg ved en fusjonsprosess, og de vil dermed følge partenes atferd for å sikre at dette gjøres. Konkurransemyndighetene kan imidlertid ikke regne med at dette gjøres automatisk, og en form for regulert og myndighetspålagt overvåkning må være tilstede.

Kwoka & Moss (2011) argumenterer for at måten atferds vilkår søker å endre bedrifters atferd slik at den er inkonsistent med deres profittmaksimerende insentiver, setter ekstra krav til løpende tilsyn og overvåkning. De argumenterer for at den type atferd som disse vilkårene søker å forby kan være vanskelig å spesifisere. Om en handling anses for å være diskriminerende ovenfor en rival, vil i mange tilfeller kunne være vanskelig å bevise. Videre vil denne type atferd være såpass integrert i en virksomhets handlingsmønster at det vil være urealistisk å anta bedriften vil kunne unngå å handle på denne måten (Kwoka Moss 2011, s. 6). Kravene heller ikke fjerne insentiver til å forfølge profitt, eller insentiver til å forsøke å omgå forbudene. Dette setter som nevnt ekstra krav til oppfølging av partene i ettertid.

3.2.1.2 *Problemer knyttet til spesifisering av vilkår*

I noen fusjonssaker forpliktet den fusjonerte enheten å gi tilgang til infrastruktur, teknologi eller eksklusive rettigheter. Dette gjøres for å opprettholde faktisk eller potensiell konkurranse ved å forhindre utestengelse fra vital infrastruktur eller teknologi som kan være nødvendig for drive virksomhet i bransjen. Kommisjonens studie viser imidlertid at det kan være problematisk å sette de konkrete vilkårene som skal regulerer denne adgangen. Motta et al. (2003) påpeker at det i de fleste tilfeller ikke vil være tilstrekkelig å kun pålegge de fusjonerende partene å gi konkurrenter tilgang. Her vil partene sette prisen på tilgang på et nivå som i seg selv er ekskluderende, eller i beste fall pålegger konkurrentene en stor ulempe. En løsning vil være å gi tilgang på ikke-diskriminerende vilkår, noen som tilsier at konkurrentene gis tilgang på samme vilkår som eksempelvis partenes egne integrerte nedstrøms aktiviteter. Det kan imidlertid være svært vanskelig å avdekke om tilgang gis på like vilkår da slike interpriser ikke er transparente.

For omfattende og konkret spesifisering av vilkår som søker å regulere fremtidig atferd kan hindre virksomheten i å respondere effektivt ved endrede markedsforhold. Dette taler for at vilkårene ikke bør binde bedriftene mer enn strengt tatt nødvendig. På den andre siden vil det kunne være alvorlige konkurransemessige konsekvenser om vilkårene ikke i tilstrekkelig grad gjør at konkurransebegrensningene som følge av fusjonen elimineres. Dette taler i retning av strenge vilkår som binder på lang sikt. Denne avveiningen mellom således motstående hensyn kan være en utfordring ved bruk av atferds vilkår (Kwoka og Moss 2011, ss. 24-31).

3.2.1.3 *Tidsbegrenset*

En ulempe ved atferdsregulerende vilkår er at slike vilkår er tidsbegrenset. Dette gjør at de forventede konkurransebegrensningenes om følge av fusjonen vil kunne gjøre seg gjeldene igjen når virkningstiden for atferdsvilkårene utløper. Som nevnt tidligere er det uttalt i konkurranselovens forarbeider at det neppe er hjemmel for å fornye vilkårene gjennom foretakssammenslutningsbestemmelsene ettersom tidsfristen for inngrep har utløpt (NOU:2003 12 avsnitt 5.4.9). På spørsmål om det finnes hjemmel for tilsynet til å forlenge en slik tidsperiode svarer Erling Hjelmeng, professor ved Universitetet i Oslo, at han ikke mener vilkårene kan fornyes etter at de er utløpt. Etter hans formening kan omgjøring kun skje der markedsforholdene endrer seg, typisk slik at partene kan søke seg fritatt fra vilkår som ikke lenger er nødvendige. Men omgjøringsadgangen kan ikke hjemle nye og strengere vilkår. Dette følger av at inngrep, eller pålegg av forpliktelser overfor borgerne, må ha hjemmel i lov, og en skjerpelse av vilkårene har ikke hjemmel i konkurranseloven. På det samme spørsmålet svarer Jostein Skaar, avdelingsdirektør i Konkurransetilsynet at Konkurranseloven §6 åpner for en adgang til å fornye enkeltvedtak. Etter krrl. § 6 skal enkeltvedtak etter konkurranseloven ”normalt gjelde for et bestemt tidsrom”, der de ”normalt ikke gjelde mer enn fem år og aldri i mer enn ti år” jf. §6. Krrl. §6 åpner imidlertid for at enkeltvedtak kan fornyes da, det heter at ”regelen i første ledd er ikke til hinder for at enkeltvedtak kan fornyes” jf. §6.

I ICN-rapporten fra 2005 argumenteres det for at det ved pålegg om vilkår er nødvendig å vurdere den passende, og mest hensiktsmessige, varigheten for enhver sammensetning av atferds vilkår. Atferds vilkår kan gjelde for et vist antall år, varigheten kan spesifiseres etter et vist utfall, eller det kan fastsettes et tidspunkt der vilkårene er gjenstand for evaluering. Utfallet av denne evalueringen kan være at vilkårene beholdes, fjernes, forlenges eller justeres. Det anbefales ikke at en sammensetning av atferds vilkår pålegges for ubestemt tid. Dette begrunnes med at ettersom tiden går vil det være en økt sannsynlighet for at de pålagte vilkårene ikke vil være hensiktsmessige for de endrede markedsforholdene, og dermed skape ønskede bivirkninger (ICN Merger Working Group 2005, s. 13). I Norge benyttes kun varighet i et vist antall år.

3.3 Andre utfordringer

3.3.1 Todelingen av vilkår

Lèvéque (2000) argumenterer for at den strikte todelingen av type vilkår i henholdsvis strukturelle- og atferds vilkår ikke er hensiktsmessig. I mange sammenhenger blir strukturelle og atferds vilkår behandlet som to ulike sett med instrumenter. Atferds vilkår foreskriver eller forbyr en viss type atferd, mens strukturelle vilkår tar sikte på å endre en virksomhets struktur. Videre er det, som nevnt tidligere, en oppfatning om at strukturelle vilkår er mer effektive, strengere og kan håndheves lettere. Lèvéque argumenterer for at en slik todeling er forvirrende. Han mener at man heller bør skille på hvilken tilnærming som brukes, og hvilken del av virksomheten som er målsetningen for vilkåret.

Det er videre stadfestet gjennom avgjørelser fra the European Court of Justice (ECJ) at de ikke anser det som nødvendig eller vesentlig med en slik todeling. I Tetra Laval saken (Case C-12/03 2005) fra 2005 uttales det at en kategorisering av vilkår som henholdsvis strukturelle eller atferds vilkår er uvesentlig, og at det ikke kan utelukkes at vilkår som regnes som atferds regulerende kan være i stand til å forhindre fremveksten eller forsterkningen av en dominant posisjon (Kratsas 2009, s. 552).

Også i The Merger Remedies Study (2005) går man i en viss grad bort fra den tradisjonelle todelingen av vilkår. I dette studiet er det foretatt en "form-basert" gruppering av de ulike vilkårene, der det er skilt mellom vilkår som omfatter overføring og/eller salg av deler av virksomheten, uttredelse fra Joint Ventures og innvilgelse av ulike tilganger (Papandropoulos og Tajana 2006, s. 444). Denne tilnærmingen kan tolkes som å være i samsvar med forståelsen av vilkår som tilbys av CFI i tidligere saker, se forrige avsnitt. Papandropoulos og Tajana mener denne brede kategoriseringen kan signalisere at Kommisjonen er åpen for å utvikle praksisen rundt benyttelse av vilkår i fusjonssaker til å fungere mindre formelt.

Det kan i denne sammenheng også argumenteres for at en i ulike fusjonssaker også bør se på muligheten for at atferds vilkår kan fungere som et godt supplement til strukturelle vilkår. I noen tilfeller vil ikke de strukturelle vilkårene kunne løse alle konkurranseproblemene som

følge av en fusjon, og strukturelle vilkår må dermed kombineres med atferds vilkår. I noen utvalgte saker vil man dermed måtte benytte en ”pakke” med ulike vilkår, noe som betyr at de to typene vilkår i noen tilfeller fungerer som supplerende tiltak (Motta et al. 2003). I tillegg vil atferds vilkår kunne benyttes til å gi beskyttelse i overgangsperioden før de strukturelle vilkårene er fullt operative (ICN Merger Working Group 2005, s. 12).

3.3.2 Bruk av vilkår i høy-teknologi industrier

Problemer med å finne vilkår som på en god måte vil eliminere de forventede konkurransebegrensningene som følge av en fusjon vil gjøre seg ekstra sterkt gjeldende i industrier som preges av stadige endringer. I slike markeder vil det være ekstra vanskelig å skulle forutsi hvilke virkninger ulike vilkår vil ha, samt hva situasjonen i markedet vil være noen år frem i tid. Spesielt for markeder preget av en høy grad av innovasjon og ny teknologi vil det være svært krevende å skulle si noe om antall aktører og graden av konkurranse i fremtiden. Crandall & Jackson (2011) tar opp dette problemet i sin artikkel om konkurransepolitikk i høyteknologi-industrier. De konsentrerer seg i utgangspunktet om påleggelse og implementering av vilkår i forbindelse med brudd på seksjon 2 i The Sherman Act, men det kan trekkes paralleller til fusjonssaker som krever bruk av vilkår. I artikkelen belyses problemstillingen med at vilkår som vil løse konkurransebegrensningene i dagens marked, ikke nødvendigvis vil være like effektive i morgen. Forfatterne uttaler derfor at konkurransemyndighetene bør utvise forsiktighet ved påleggelse av vilkår i slike industrier. Spesielt bør de være påpasselige med å ofre mulige effektivitetsgevinster til fordel for å beskytte et marked om kan være overflødig eller utdatert noen år frem i tid (Jenny 2003).

3.3.3 Implikasjoner ved bruk av vilkår i små økonomier.

Studier viser at det på tvers av ulike land er forskjellige tilnærminger til hvilke type vilkår som foretrekkes. Hoehn (2009) ser på praksisen rundt påleggelse av vilkår i fusjonssaker på tvers av syv europeiske land. Studiet viser at landene kan grupperes i forhold til om de foretrekker strukturelle vilkår (Storbritannia, Nederland og Tyskland) og de som foretrekker atferds vilkår (Frankrike, Spania, Italia og Sveits) (Hoehn 2009). Denne forskjellen mellom land kan forklares ved hjelp av ulike teorier. Paas (2008) mener størrelsen til en økonomi påvirker hvorvidt et lands konkurransemyndigheter foretrekker strukturelle- eller atferds

vilkår. Små økonomier vil ofte være mer konsentrerte med høyere etableringshindringer grunnet begrenset etterspørsel. På grunn av behovet for å oppnå skalafordeler for de aktive bedriftene, vil det ofte være et begrenset antall aktører i markedet. Behovet for et minimum av produksjon vil igjen gjøre det vanskelig for nye virksomheter å etablere seg. Disse karakteristikene sannsynliggjør at fusjoner som virkelig gjør store effektivitetsgevinster vil resultere i uakseptable konsentrasjonsnivåer i markedet. Dette gjør at atferdsvilkår vil ha en større rolle i små økonomier. I tillegg til man i relativt små økonomier mangle makt til å håndheve strukturelle vilkår, spesielt i tilfeller der en, eller flere, av de fusjonerende partene er utenlandske/internasjonale aktører. Her vil trusselen om at aktørene trekker seg ut av det nasjonale markedet gjøre at konkurransemyndighetene vil være mer medgjørige til å pålegge atferds vilkår, som generelt anses å være mindre byrdefulle for partene. Om aktørene trekker seg ut av markedet vil de lokale konsumentene kunne komme dårligere ut enn om man godkjenner fusjonen på vilkår (Paas 2008, s. 100). Videre vil det i små økonomier kunne være vanskeligere å finne en passende kjøper. Grunnet markedsstørrelsen og begrensninger i etterspørselen vil det det kun være plass til et vist antall effektive enheter. Om pålegg om salg av hele eller deler av virksomheten innebærer at man skaper en ny aktør i markedet vil det kunne være vanskelig for vedkommende å overleve. Videre vil man ved pålegg om salg av et lokalt utslagsted ha vanskeligheter med å finne en aktør som er aktiv på det nasjonale markedet, men ikke det lokale, da antall aktører totalt i markedet er begrenset. Dett gjør at bruk av atferds vilkår i slike tilfeller kan være mer hensiktsmessig. Også når det gjelder behovet for overvåkning kan størrelsen på en økonomi spille inn i forhold til preferansene for henholdsvis strukturelle eller atferds vilkår. For mindre økonomier med en begrensning i antall aktører i markedet, vil man lettere kunne overvåke atferden til de bedriftene som er tilstede i markedet. Dette da antallet er mindre og markedene mer oversiktlige (Paas 2008, s. 102). Dette gjør at man lettere kan pålegge atferds vilkår.

Forfatteren legger avslutningsvis til at effektene som følger av å være en liten økonomi i global sammenheng kan reduseres gjennom å åpne markedet for handel. Utenlandske markeder kan utvide etterspørselen, og således øke potensialet for å kunne oppnå skalafordeler i produksjonen.

3.4 Bruk av forvalter

Etter Konkurranselovens § 16 kan Konkurransetilsynet ”oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak om inngrep etter første eller annet ledd.” Forvalteren oppnevnes ved mandat fra tilsynet, men partene gis anledning til å uttale seg om utkastet til mandat, samt at de gis anledning til å komme med forslag til forvalter jf. Forskrift om forvalter (2008). Etter Forskrift om forvalter § 4 stilles det krav om at den utnevnte forvalter er ”skikket” til oppgaven, og at vedkommende er uavhengig av partene. Videre må det ikke foreligge en interessekonflikt som kan medføre at forvalters integritet og upartiskhet kan trekkes i tvil jf. Forskrift om forvalter § 4 siste setning. Forvalteren får sin godtgjørelse dekket av, og kan inngå avtaler på vegne av, dem som vedtaket retter seg mot jf. krrl. §16. Gjennom Forskrift om forvalter (2008) fastsettes det at forvalter kan gi partene de pålegg som er nødvendig for at inngrepsvedtaket skal gjennomføres, jf. § 9. Dette kan innebære avhending av formuesgoder der partene ikke overholder den tidsfristen som er satt gjennom vedtaket om inngrep. I slike tilfeller skal forvalter holde partene informert om salgsprosessen, jf. Forskrift om forvalter § 9. Dette er i tråd med Konkurranselovens forarbeider, der utvalgte mener at utgangspunktet for en effektiv håndheving av vilkårene i vedtaket, bør være at forvalteren normalt gis en ugjenkallelig fullmakt fra partene til å selge til høyest oppnåelige pris (Ot. prp. nr. 6 2003-2004 s.103). Dette kan sies å legge et ekstra press på partene for å gjennomføre de pålagte vilkårene innenfor den tidsfristen som er satt, og således ha en disiplinerende virkning på partene.

I Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) påpeker lovutvalget at oppfølging av at partene innretter seg etter vilkår som er fastsatt, er like viktig som selve fastsettelsen av vilkårene. De peker her på konsekvensene av at partene ikke overholder de vilkår som pålegges, nemlig at den forventede konkurransebegrensningen ikke elimineres. Lovutvalget mener derfor at det kreves en tett oppfølging av de forskjellige fasene av gjennomføringen. I NOU 2003:12, uttaler Konkurranselovutvalget at det kan oppstå situasjoner der det vil være behov for ekstern bistand ved gjennomføringen av vilkår. De nevner spesielt behovet for tilsyn i saker der partene pålegges å selge ut deler av virksomheten i forhold til å bevare uavhengigheten, den økonomiske levedyktigheten, salgbarheten og konkurranseevnen til utskilt enhet, samt der strukturelle vilkår medfører slag og nedleggelse av enheter innenfor foretaket. Utvalget

er imidlertid skeptiske til bruk av forvalter for å sikre tilsyn av ulike atferds vilkår som tilgang til essensielle fasiliteter eller levering på ikke-diskriminerende vilkår. I slike tilfeller mener utvalget at tilsynet er nærmest til å overvåke egne vilkår da de har spesialkompetanse på de konkurransemessige spørsmålene som kan oppstå (NOU 2003:12 pkt. 5.4.10). En noe mer positiv, dog moderat, holdning til bruk av forvalter til å overvåke partenes atferd i forhold til ikke-strukturelle vilkår finner vi i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) pkt. 7.8.4. Her sier departementet seg enige i at tilsynet er nærmest til å overvåke egne atferds vilkår, men at det vil kunne oppstå situasjoner der det vil være behov for en ekstern person med spesialkompetanse. De åpner derfor for at det bør være adgang til å oppnevne en forvalter til å overvåke både strukturelle og atferds vilkår. I tillegg mener utvalget at en forvalterordning i enda større grad vil tvinge tilsynet til å utrede og klargjøre sine egne vilkår. Dette er positivt i forhold til hensynet til forutberegnelighet.

En oversikt over bruken av forvalter i fusjonssaker viser at Konkurransetilsynet regelmessig oppnevner forvalter. Dette har vært særdeles tydelig de siste årene (Stemshaug og Valla 2009).

Tabell 1. *Kilde: Stemshaug og Valla (2009) og Konkurransetilsynets vedtak fra tilsynets nettsider.*

Vedtak	Fusjon	Tilsynets vedtak	Klagevedtak	Forvalter
V2004-32	Ahlsell/Bergens/Stavang-Rørhandel	Strukturelt vilkår		
V2005-6	Telenor / Tiscali	Strukturelt vilkår		
V2005-10	BBS / ZebSign	Atferdsregulering		
V2005-12	Prior / Norgården	Forbud	Opphevet	X
V2005-18	Orkla / Collett Pharma	Strukturelle vilkår		
V2007-10	Findus / GRO Industrier	Atferdsregulering		X
V2007-13	Media Norge	Atferdsregulering		X
V2007-17	BBS / Teller	Atferdsregulering		X
V2007-27	Nortura / Hå Rugeri	Atferdsregulering		X
V2008-3	Shell / YX Energi	Strukturelt vilkår		
V2008-10	REMA 1000 / Lidl	Strukturelt vilkår		
V2008-12	Eurofins / Lantmännen Analycen	Strukturelt vilkår		X
V2011-5	Norli Gruppen / NorgesGruppen	Strukturelt vilkår		
V-2011-8	Lemminkäinen Norge AS / Mesta	Strukturelt vilkår		

I fire av de fem sakene der tilsynet har gjort bruk av atferds vilkår, er en forvalter oppnevnt for å bistå med gjennomføringen og overvåkingen av vilkårene. I tillegg ble en forvalter

oppnevnt i forbindelse med fusjonen mellom Prior og Norgården i 2005. Denne fusjonen ble opprinnelig ikke godkjent av tilsynet, men regjeringen vedtok ved kongelig resolusjon den 10. februar 2006 å tillate Priors kjøp av Norgården på vilkår. Det er første gang Konkurransetilsynet benytter seg av muligheten til å oppnevne forvalter i slike saker (Konkurransetilsynet 2006). I kun én av de åtte sakene der strukturelle vilkår er pålagt, har tilsynet oppnevnt en forvalter. Denne praksisen kan sies å skille seg ut fra diskusjonen rundt bruk av forvalter som kommer frem gjennom Konkurranselovens forarbeider. Her argumenterer utvalget for at bruk av forvalter først og fremst vil gjøre seg gjeldende i saker der tilsynet pålegger strukturelle vilkår, herunder behovet for tilsyn i forhold til å bevare uavhengigheten, den økonomiske levedyktigheten, salgbarheten og konkurranseevnen til utskilt enhet. Når tilsynet i ettertid kun oppnevner forvalter i én av åtte saker der partene må selge ut hele, eller deler av virksomheten, kan man stille spørsmålsteget ved om dette hensynet blir overholdt. Videre benyttes forvalter klart mest i saker som inkluderer bruk av atferds vilkår. Dette kan også sies å skille seg fra forarbeidenes intensjoner, der det uttales at Konkurransetilsynet i slike saker vil være nærmest til å overvåke egne vilkår. Utvalget påpeker at tilsynet har spesialkompetanse på de konkurransemessige spørsmål som oppstår da vilkårene ofte inneholder skjønnspregede kriterier. Eksempler som kan nevnes i denne sammenheng er vilkår som forplikter partene til å tilby ”ikke-diskriminerende” leveringsbetingelser eller forpliktelser om å levere på ”like” vilkår. Her må det en skjønnsmessig vurdering til for å avdekke om partenes atferd kan anses å bryte med de pålagte vilkårene

3.5 Særskilte trekk ved norsk konkurranserett

I de neste avsnittene vil jeg gjennomgå noen områder i norsk konkurranserett der vår praksis skiller seg i en viss grad fra EU-retten og/eller andre jurisdiksjoner. Dette kan ha innvirkningen på praksisen rundt bruk av vilkår.

3.5.1 Bruk av totalvelferdsstandard

I Norge har vi andre materielle vilkår for å gripe inn mot foretakssammenslutninger enn det som er tilfelle i EU (Sørgard 2009, s. 28). Konkurransetilsynet skal grip inn om fusjonen vil

”føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål” jf. konkurranseloven kapittel 4 §16. Dette betyr at vi i Norge har to kumulative vilkår for inngrep. Den største forskjellen ligger i det andre materielle vilkåret for å gripe inn, der Norge praktiserer en totalvelferdsstandard. Det betyr at en skal summere virkningene for alle parter i økonomien som følge av en fusjon, inkludert både forbrukere og bedrifter (Sørgard, 2009 s. 29). Norsk konkurranserett skiller seg her fra praksis i EU, der man kun vurderer virkningen for forbrukerne (Sørgard 2009, s. 29). Dette skillet vil kunne ha stor betydning ettersom det er avgjørende for når man griper inn mot fusjonen. Videre vil det kunne være avgjørende for bruk av vilkår.

I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) heter det at Konkurransetilsynet kan sette vilkår som er ”nødvendige for å motvirke at ervervet begrenser konkurransen i strid med formålet” jf. avsnitt 74. Dette kan tolkes som at vilkår både skal vurderes etter sin evne til å eliminere de forventede konkurransebegrensningene samt sin evne til å bevare effektivitetsgevinster. For den samme vurderingen i EU-retten heter det at ”the Commission has power to accept only such commitments that are deemed capable of rendering the concentration compatible with the common market so that they will prevent a significant impediment of effective competition” jf. Commission Notice avsnitt 9. En tolkning av dette kan være at et vilkår kun vurderes ut fra dets mulighet til å hindre en begrensning i konkurransen, og at dets mulighet til å bevare gevinster for partene ikke tas med i betraktningen. Her vil Norge kunne skille seg ut i forhold til hvilke vilkår som vurderes i fusjonssaker.

3.5.2 Ansvar for fremleggelse av vilkår

Også når det kommer til ansvaret for å fremlegge vilkår kan det se ut til at norsk praksis skille seg ut fra EU retten. I the Commission Notice fra 2004 fastslås de at det er partenes ansvar å formulere ”appropriate and corresponding remedies proposals” der Kommisjonen *ikke* er “in a position to impose unilaterally any conditions to an authorization decision, but only on the basis of the parties’ commitments” jf. avsnitt 6. Kommisjonen vil være ansvarlig for å fremlegge bevis for at den aktuelle fusjonen kan begrense konkurransen i markedet. Mistanken om mulig konkurransebegrensning som følge av fusjonen må kommuniseres til partene slik at disse gis en mulighet til å fremlegge forslag til passende og avhjelpende tiltak. Om det fremlegges forslag til vilkår som går lenger enn strengt tatt nødvendig for å

oppretholde konkurransesituasjonen slik den foreligger før fusjonen, vil ikke Kommisjonen kunne avvise forsalget eller implementere andre tiltak. Ved fremleggelse av tiltak som Kommisjonen ikke finner er tilstrekkelige for å eliminere en begrensning av konkurransen, vil Kommisjonen være nødt til å forby fusjonen (Commission Notice 2004, s. 4). Dette kan sies å legge et press på de fusjonerende partene i forhold til hvilke avhjelpene tiltak de velger å foreslå. Det vil lønne seg for partene å fremlegge tiltak man med tilstrekkelig grad av sikkerhet vet vil eliminere frykten for en konkurransebegrensning som følge av fusjonen, samtidig som man ikke vil ønske å gå mye lenger enn som er strengt tatt nødvendig. Dette vil bli en avveining som det er opp til partene å foreta.

Når det kommer til norsk konkurranserett uttaler departementet i Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) at de i likhet med lovutvalget mener at det er partenes ansvar å fremlegge avhjelpende tiltak så snart de konkurransemessige problemer er identifisert. De legger imidlertid til at Konkurransetilsynet bør gå inn i en ”konstruktiv dialog med partene, med sikte på å finne fram til de tiltak som etter en helhetsvurdering best avhjelper de konkurransemessige problemer, lar seg kontrollere av tilsynet og samtidig er minst mulig byrdefulle for partene” jf. avsnitt 7.4.4. Ut fra dette kan man trekke at det ikke er utelukkende partenes ansvar å fremlegge vilkår, men at tilsynet plikter å gå inn en dialog med partene for sammen å finne vilkår som eliminerer den forventede konkurransebegrensningen. Det er usikkert hvilke konsekvenser dette kan ha for type vilkår som pålegges, men det kan ikke utelukkes at det vil ha en innvirkning.

Både Erling Hjelmeng og Jostein Skaar kan bekrefte at det norske regelverket imidlertid praktiseres mer eller mindre likt som i EU, der tilsynet ikke vil diktere vilkår, men avvente forslag fra partene. Jeg har på dette punktet mottatt signaler om at Konkurranselovutvalget vil legge frem forslag til endringer i betydningen harmonisering på mange av disse punktene. Fristen for dette er satt til 1. februar 2012.

3.5.3 Politisk overprøving

Etter Konkurranseloven § 21 kan Kongen i statsråd ”tillate en foretakssammenslutning eller et erverv av andeler som Konkurransetilsynet har grepet inn mot etter § 16 om saken er av ”prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning.” Dette betyr at regjeringen kan omgjøre

forbud til en tillatelse, med eller uten vilkår. Etter krrl. §21 annet ledd kan regjeringen også selv fatte vedtak i saker der tilsynet har unnlatt å fatte vedtak. Også her foreligger det er krav om at saken må være av ”prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning”, samt at vilkårene i § 16 første eller annet ledd må være oppfylt. Konkurranseloven § 21 er særnorsk. Verken de andre nordiske landene eller EU hjemler en tilsvarende hjemmel til politisk overprøving (Teigum 2009, s. 86). Formålet med konkurranseloven § 21 er å sikre politisk styring i enkeltsaker (Ot.prp.nr.6 (2003- 2004) s. 234), der man åpner for å kunne ta andre hensyn enn de konkurransemessige (Teigum 2009, s. 86). Teigum (2009) argumenterer for at muligheten til politisk overprøving er en sikkerhetsventil som kan skape en større forutberegnelighet fordi man får et klarere skille mellom politikk og juss. Spørsmålet er imidlertid om det er hensiktsmessig at regjeringen, etter §21(2), kan fatte egne konkurranserettslige vedtak i strid med Konkurransetilsynets avgjørelse. Denne regelen innebærer at partene til en foretakssammenslutning, som er vurdert og tillatt på konkurranserettslig grunnlag, risikerer at transaksjonen forbys opptil 12 måneder etter at endelig avtale er inngått eller kontroll er overtatt, igjen på konkurranserettslig grunnlag (Teigum 2009, s. 87).

Muligheten for politisk overprøving ble benyttet for fusjonen mellom Prior og Norgården. Denne fusjonen ble i utgangspunktet ikke godkjent av verken Konkurransetilsynet eller Departementet, men Regjeringen vedtok ved kongelig resolusjon den 10. februar 2006 å tillate Priors kjøp av Norgården på vilkår. Begrunnelsen var at oppkjøpet var med på å ivareta viktige landbrukspolitiske omsyn (Fornyings- og administrasjonsdepartementet 2006), som man mente veide tyngre enn de konkurransepolitiske. Tillatelsen ble imidlertid gitt på det vilkåret at Norgården sine aksjer i Eggprodukter blir solgt, samt at Prior påtar seg å forsyne denne virksomheten med råstoff som erstatning for leveransene fra Norgården (Fornyings- og administrasjonsdepartementet 2006). Det er Konkurransetilsynets oppgave å påse at vilkårene følges opp. Muligheten for politisk overprøving gjør dermed at vilkår ikke bare settes av Konkurransetilsynet i saker som omhandler konkurransepolitiske hensyn, men at vilkår også benyttes i saker der man ønsker å ta andre politiske hensyn.

4 Bruk av vilkår i norske fusjoner

4.1 Generell oversikt

Etter en gjennomgang av Konkurransetilsynets vedtak og avgjørelser slik de er fremstilt på konkurransetilsynets nettsider finner jeg at Konkurransetilsynet siden ny lov i 2004 har fattet 22 inngrepsvedtak. Her er det i totalt åtte saker pålagt strukturelle vilkår, i fem saker pålagt atferds regulerende vilkår, og ved fem tilfeller en det lagt ned forbud mot fusjonen. I fire tilfeller er Konkurransetilsynets opprinnelige vedtak opphevet. Ved behandlingen av fusjonen mellom Swarco Norge AS og Peek Trafikk AS i 2005 forbød Konkurransetilsynet foretakssammenslutningen, men departementet fant at tilsynet ikke hadde fattet vedtaket i henhold til fristen etter krrl. § 20 tredje ledd tredje punktum. Denne feilen gjorde at tilsynet manglet kompetanse til å gripe inn overfor den aktuelle foretakssammenslutningen, og vedtaket ble erklært ugyldig (Moderniseringsdepartementet 2005). I tilfellet med fusjonen mellom National Oilwell og Varco, godkjente tilsynet fusjonen på vilkår, men Moderniseringsdepartementet opphevet vedtaket og godkjente fusjonen i sin helhet. For fusjonen mellom Prior og Norgården ble denne opprinnelig ikke godkjent av tilsynet, men regjeringen vedtok ved kongelig resolusjon den 10. februar 2006 å tillate Priors kjøp av Norgården på vilkår. I det siste saken, som omhandler den planlagte fusjonen mellom Gilde og prior, opphevet Fornyings- og administrasjonsdepartementet Konkurransetilsynet sitt vedtak om å forby fusjonen. På bakgrunn av informasjon hentet fra vedtakene fattet i de ulike fusjonssakene kan følgende oversikt settes opp:

Tabell 2. Kilde: www.konkurransetilsynet.no

	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	Totalt
Strukturelt	2			3			2		8
Atferd					4		1		5
Forbud			1	1	1	1		1	5
Opphevet						1	3		4
Totalt	2	0	1	4	5	2	6	1	22

4.2 Gjennomgang av alle sakene

I det følgende vil de tretten ulike sakene der Konkurransetilsynet har godkjent en fusjon på gitte vilkår, og der vedtaket har blitt stående, gjennomgås mer detaljert. Bakgrunnsinformasjon om fusjonsbehandlingen, og det vedtak som ble pålagt, er hentet fra Konkurransetilsynets hjemmesider. Informasjon om utfallet av fusjonen, her regnet som situasjonen i det berørte markedet i dag, er hentet fra henholdsvis partenes hjemmesider, artikler fra ulike forum, og epost-korrespondanse med representanter fra partene og andre. I tilfeller der representanter fra de ulike virksomhetene har bidratt med informasjon eller faktaopplysninger pr epost eller telefon, legger jeg til grunn av denne informasjonen er korrekt. Når det kommer til å arbeidet med å avdekke i hvilken grad partene har overholdt de vilkårene som er pålagt gjennom fusjonsbehandlingen, vil det det være lettere å avdekke avvik fra strukturelle vilkår som avhending, enn ved vilkår som regulerer atferd. Overholdelse av vilkår om avhending vil kunne bekreftes av partene, for deretter å kontrolleres gjennom andre kanaler. Denne vurderingen vil ikke være like lett for atferds regulerende vilkår da avvik fra påbudt atferd kan være svært vanskelig å avdekke uten svært grundige undersøkelser.

4.2.1 Ahlsell Holding AB - AS Bergens Rørhandel og AS Stavanger Rørhandel 2004

Ved behandlingen av fusjonen mellom Ahlsell og Bergen/Stavanger Rørhandel kom Konkurransetilsynet i sitt vedtak frem til at partene hadde overlappende virksomhet i markedene for varme-, ventilasjon- og sanitærprodukter (heretter VVS-produkter), vann- og avløpprodukter (heretter VA-produkter) og skips- og industribyggingsprodukter (heretter SI-produkter). Det ble videre vedtatt at fusjonen ville medføre en begrensning av konkurransen i utvalgte lokalmarkeder grunnet en økning i markedskonsentrasjonen, kombinert med svekkede innkjøpsavtaler for Heidenreich, liten sannsynlighet for nyetableringer og liten grad av kjøpermakt. Tilsynet påla derfor avhendelse av avdelinger i Svolve, Molde og Ålesund til en konkurrent som ikke var representert i disse områdene. Avdelingene måtte avhendes med lokale, inventar, lager, personale og annet som var nødvendig for driften. Det

ble her stilt krav om at driften i avdelingen måtte fortsette inntil erververen kunne overta (Vedtak V2004-32).

I følge tilsynets vedtak, og opplysninger fra Ahlsell, var den kun én aktuell kjøper av de lokale utsalgsstedene. I følge epost fra Morten Hartweg, som er salgsdirektør VVS for Ahlsell Norge, overtok Heidenreich AS ansatte, varelager og kunder for de nevnte avdelingene i 2005. Dette bekreftes videre gjennom en alminnelig melding mottatt den 29.08.2005 (Konkurransetilsynet 2005). Det var ikke anledning for Ahlsell å tilby stillinger til ansatte i de solgte avdelingene, og det var ikke anledning for Ahlsell til å gjøre framstøt mot kunder av de solgte avdelingene.

Etter opplysninger gitt i nevnte epost fra Hartweg tok det ikke mer enn to til tre år før Heidenreich avvirket sine avdelinger i Molde og Ålesund. Avdelingen til Heidenreich er fortsatt tilstede i Svolvær men Ahlsell opplyser at de etter hvert ble nødt til å avvikle sin avdeling her. Disse opplysningene bekreftes i mail fra Frode Vikebø, salgssjef VVS i Heidenreich. Han opplyser at hovedårsaken for nedleggelse i Molde og Ålesund var at beliggenheten til avdelingene de overtok var helt feil for kundene i forhold til hvor nye Ahlsell AS var, og er, lokalisert. Han opplyser at Heidenreich vurderte å flytte, men da nøkkelpersoner etter en tid valgte å slutte, og gå over til henholdsvis Ahlsell AS og Brødrene Dahl AS, ble det vanskelig å fortsette driften. Heidenreich fortsatte en tid med hjelp fra personell som pendlet fra Bergen, men det var en situasjon som ikke fungerte over tid, så da var veien kort til nedlegging.

Når det kommer til dagens situasjon har Ahlsell fortsatt avdelinger i både Ålesund og Molde (Ahlsell 2011). Dette bekreftes videre gjennom epost korrespondanse med Per-Erik Strømmen, regionssjef for nordvest i Brødrene Dahl. Han bekrefter at Ahlsell er den eneste som er etablert i Molde og Ålesund i tillegg til Brødrene Dahl. Heidenreich er fortsatt inne hos noen kunder men altså ikke etablert med et utsalgssted. Når det gjelder lokalk markedet i Svolvær kan Lars Møgster, regionssjef i Brødrene Dahl Nordland, bekrefte at det kun er Heidenreich som har en avdeling her. Brødrene Dahl har kun et salgskontor i Svolvær.

Dette betyr at fusjonen har medført at antall aktører har blitt redusert fra tre til to i henholdsvis Molde og Ålesund. Når det kommer til markedet i Svolvær er det kun Heidenreich som har avdeling her, da Ahlsell måtte trekke seg ut. Således kan man

argumentere for at de pålagte vilkår ikke har lyktes i å eliminere de begrensningene fusjonen la på konkurransen i de tre lokale markedene.

4.2.2 Bankenes Betalingssentral AS og ZebSign AS 2005

Fusjonen mellom Bankenes Betalingssentral (BBS) og ZebSign AS ble innvilget på vilkår i 2005. Konkurransetilsynet kom i sitt vedtak frem til at foretakssammenslutningen ville medføre en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for basis PKI-tjenester i Norge. Med basis PKI-tjenester menes i denne sammenheng utvikling og utstedelse av sertifikater for eID og e-signatur, samt autentisering av rett ID og signatur. Bekymringen var at fusjonen ville kunne lede til høyere priser samt at ervervet kunne skade konkurransen i tilstøtende markeder. En rekke atferds vilkår ble dermed pålagt, herunder pålegg for BBS om å tilby PKI-tjenester til ikke-diskriminerende vilkår, pålegg om at det må anvendes en ikke-diskriminerende prismodell, og pålegg om bruk av en klausul i kontrakten, der ID-leverandører får muligheter til å sjekke hvorvidt disse vilkårene overholdes (V2005-10).

I vedtaket fra 2005 er det oppgitt at det relevante markedet omfattet tre leverandører: BBS, ZebSign og Buypass. Buypass registrerte seg som kvalifisert leverandør av basis PKI-tjenester 10.mai 2005, men uttalte at de i all hovedsak vil utstede sertifikater til eget bruk. De var dermed ikke i direkte konkurranse med partene. Dette bekreftes av May-Britt Eikemo, markedssjef i Buypass. Når det gjelder situasjonen i det berørte markedet i dag kan Eikemo bekrefte at Buypass fortsatt er tilstede i markedet sammen med BBS (nå Nets) og en ny, og forholdsvis liten aktør som heter Commfides. Eikemo opplyser videre at markedet har endret seg som følge av fusjonen. Før fusjonene var det to "blokker" i markedet bestående av bankene med BankID (produsert av BBS) og Telenor/Posten ved ErgoGroup med ZebSign. Etter fusjonen er det fortsatt to "blokker", men disse er nå henholdsvis bankene med BankID (Nets) og Buypass. Markedet kan anses å være segmentert i bank/finans preget av BankID, og offentlig sektor preget av Buypass med Commfides som en direkte konkurrent. I følge Eikemo jobber bankene kontinuerlig for å komme i posisjon også i offentlig sektor.

Det har gjennom mine undersøkelser ikke fremkommet informasjon om at vilkårene fastsatt i vedtaket fra 2005 har blitt brutt, og vilkårene må dermed anses som oppfylt.

4.2.3 Orkla og Collett Pharma 2005

Konkurransetilsynet kom i denne saken frem til at fusjonen mellom Orkla og Collett Pharma ville medføre begrensninger i konkurransen for salg av tran og omega-3 produkter i Norge. Orkla ASA ble dermed pålagt å avhende samtlige rettigheter til Lofottran til en uavhengig kjøper. I tillegg ble Orkla ASA pålagt å selge ut samtlige rettigheter til Triomega, eller inngå en tidsbegrenset lisensieringsavtale for varemerket Triomega Norge med en uavhengig lisenstaker. Dette innebærer at lisenstaker må foreta en merkevareendring av Triomega for salg i Norge, herunder foreta en endring av varemerket i lisensperioden. Både salg, og eventuelt inngåelse av lisensieringsavtale må godkjennes av Konkurransetilsynet (V2005-18).

Etter samtale med Axcellus (Orkla ASA) har jeg fått opplyst at Triomega ble solgt ut til Midelfart Sonesson AS, nå Midsona Norge AS. Midelfart inngikk avtale med Orkla om kjøp av rettighetene til MöllerCollett-varemerket Triomega i Norden, med overtagelse senest 7. juni 2006. Midelfart overtok da det totale ansvaret og eierskapet for Omega 3 produktene Triomega, Triomega Woman og Triomega Kids (Hegnar Online 2006). Dette bekreftes videre gjennom en alminnelig melding til Konkurransetilsynet i 2006 (Konkurransetilsynet 2006). Triomega selges av Midsona Norge i dag (Midsona Norge AS, 2011). Når det kommer til salget av Lofottran kan Sigvald Rist, daglig leder i Lofotprodukt AS, bekrefte at de kjøpte Lofottran fra Orkla pr juni 2006. Rist kan videre bekrefte at produktet fortsatt selges i Coop sine butikker.

Vilkårene må i denne saken anses som oppfylt da begge produktene ble solgt ut i henhold til vedtaket. Etersom produktene fortsatt er i salg vil man kunne konkludere med at vilkårene har lyktes i å opprettholde konkurransen i de relevante markedene.

4.2.4 Telenor og Tiscali 2005

Telenor Telecom Solutions AS ønsket i 2005 å kjøpe opp Tiscali. Konkurransetilsynet fant at fusjonen ville forsterke en begrensning av konkurransen i sluttmarkedet for bredbånd, oppringt Internett, og i grossistmarkedet for bredbåndsaksess. Tilsynet konkluderte videre med at fusjonen muliggjør en rekke samfunnsøkonomiske kostnadsbesparelser, men at det

hersker stor usikkerhet omkring størrelsesorden på både gevinster og tap i forbindelse med fusjonen. Tilsynet godkjente imidlertid fusjonen mot at Telenor selger Tiscalis dial-up-base (kundebase) for oppringt internett til en aktør utenfor Telenorkonsernets kontroll (V2005-6).

I henhold til avtalen med tilsynet solgte Telenor Tiscali sin kundemasse på oppringt Internett til MTU Gruppen. Dette ble kunngjort gjennom en pressemelding fra Telenor den 1. juli 2005. Vilåret må dermed anses som oppfylt. MTU Gruppen gikk imidlertid konkurs i begynnelsen av 2009 (Dagens Næringsliv 2009). Ettersom kjøper ikke lenger er aktiv i markedet, og således ikke vil fungere som en konkurrent til partene, kan det konkluderes med at vilåret ikke har lyktes i å opprettholde konkurransen. Markedet for oppringt internett har imidlertid vært i tilbakegang siden 2005, og da konkursen skjer fire år etter vedtakstidspunktet kan det vanskelig trekkes en sammenheng mellom fusjonen og konkursen. Marked for telekommunikasjon endres stadig, og den kan ikke forventes at tilsynets vurdering om kjøper skal gjelde flere år frem i tid. På bakgrunn av dette må vilåret anses å ha oppretthold konkurransen i markedet i tilstrekkelig tid etter fusjonen.

4.2.5 Findus Norge AS og Gro Industrier AS 2007

Den 16. mai 2007 vedtok konkurransetilsynet å gripe inn mot den planlagte foretakssammenslutningen mellom Findus Norge og Gro Industrier. Etter en gjennomgang av saken fant konkurransetilsynet at foretakssammenslutningen vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markeder for blanding og pakking av frysede grønnsaker med tollbeskyttelse. Da de videre var av den oppfatning at effektivitetsgevinstene ikke var tilstrekkelige for å oppveie for det samfunnsøkonomiske tapet, ble det med hjemmel i krrl. § 16 besluttet å gripe inn mot fusjonen. I forbindelse med behandlingen av saken fremla Findus forslag om en rekke avhjelpende tiltak som ble videreført i det endelige vedtaket. Tiltakene omhandlet en forpliktelse til å videreføre leveranser av dypfrysede grønnsaker til Norrek Dypfrys AS, en forpliktelse til å tilby dagligvarehandelen fortsatt leveranse av såkalte EMV-produkter og en utvidelse av leveringsplikten til også å gjelde andre og /eller nye aktører på leddet for blanding og pakking av frysede grønnsaker. Her inngikk en forpliktelse til å videreføre de vilkår som forelå i den gjeldende avtalen mellom Norrek og Gro, samt leveranser til nye aktører til kostnadsbaserte priser, og på ikke-diskriminerende vilkår. Tilsynet mente vilkårene vil styrke konkurrentenes responsmuligheter samt sikre

leveransen av råvarer. Det ble videre besluttet at vedtaket skulle gjelde i fem år da dette ble ansett som påkrevd for at vilkårene skulle ha den ønskede effekten i markedet (V2007-10).

Gjennom mailkorrespondanse med administrerende direktør i Norrek AS, Trond Manvik, kommer det frem at samarbeidet mellom Norrek og Findus/Gro og Norrek har fungert bra i ettertid av fusjonen. Ettersom leveringsavtaler er konfidensielle er det vanskelig for Norrek å kunne dokumentere at deres leveringsvilkår ikke har vært diskriminerende, men Manvik uttaler at de ikke er kjent med at dette har forekommet. Videre var betingelsene som ble satt gjennom vedtaket i 2007 som forventet for Norrek, og de så ikke noen umiddelbare problemer med fusjonen mellom Findus og Gro. Når det gjelder overvåkning av partenes atferd i ettertid har Norrek hatt årlige telefonsamtaler med en representant for konkurransetilsynet. Dette har ikke medført merarbeid for Norrek. Det eneste Norrek har å utsette på vedtaket er at tidsperioden med fordel kunne vært lengere. Nå, da forpliktelsene til Findus/Gro utløper i mai 2012, forventer Norrek at de vil få dårligere leveringsvilkår, og de arbeider nå med andre alternativer uten at dette kan utdypes nærmere. Findus Norge ønsker ikke å svare på hva de nå kommer til å gjøre med levering til Norrek etter at deres forpliktelser utløper.

Da det ikke fremkommer opplysninger som tyder på at partene har handlet i strid med atferden pålagt gjennom vilkår må vilkårene anses som oppfylt.

4.2.6 Media Norge 2007

Media Norge-fusjonen gjelder en fusjon mellom Media Norge AS og Aftenposten AS, Bergens Tidende AS, Fædrelandsvennen AS og Stavanger Aftenblad ASA. Fusjonen ble gjennomført ved at Aftenposten, Bergens Tidende, Fædrelandsvennen og Stavanger Aftenblad overdro sine eiendeler, rettigheter og forpliktelse til nystiftede datterselskaper i Media Norge. Etter transaksjonene vil Schibsted ASA eie 50,1 % av aksjene i Media Norge. Konkurransetilsynet kom i denne saken frem til at fusjonen ville føre til eller forsterke en konkurransebegrensning i markedet for trykking av riks- og større regionsaviser Bergensområdet, Vest-Agder og Sør-Rogaland. Tilsynet godkjente imidlertid fusjonen på visse vilkår som skulle sikre at kunder og konkurrenter fikk nødvendig tilgang til trykkeritjenester i lang tid etter fusjonen. Disse vilkårene inkluderer blant annet en plikt for

Media Norge til å videreføre gjeldende avtaler som de fusjonerende partene har inngått vedrørende trykk av større riks- og regionsaviser, samt å tilby disse kundene rett til å forlenge avtalene på gjeldene, eller for kundene mer gunstige, vilkår. Videre ble partene forpliktet til å tilby eventuelle nye kunder å få trykker større riks- og regionsaviser ved trykkeriene til Bergens Tidende, Fædrelandsvennen og Stavanger Aftenblad på tilsvarende vilkår sammenliknet med øvrige kunder (V2007-13).

Vigdis Torblaa, distribusjons- og opplagssjef i AS Dagbladet, kan per epost bekrefte at samarbeidet mellom Dagbladet og Bergens Tidende har vært like bra etter Media Norge fusjonen. De inngikk en 10 års avtale med Bergens Tidende om trykking etter at vedtaket var besluttet, og er godt fornøyd med det. Når det gjelder situasjonen i Stavanger er trykkeriavtalen her for tiden under forhandling, men Torblaa kan uttaler at ingenting tyder på at Dagbladet blir behandlet på en annen måte en før fusjonen. Dette tyder på at partene har overholdt de forpliktelsene som ble pålagt gjennom vedtaket fattet i 2007, og at vilkårene således må anses som oppfylt.

4.2.7 BBS og Teller

Konkurransetilsynet mente at fusjonen mellom Bankenes Betalingssentral (BBS) og Teller AS ville svekke konkurransen innenfor markedet for innløsning av internasjonale betalingskort ved at Teller får kontroll over BBS sin innsamlingsvirksomhet. Videre kom tilsynet frem til at ervervet ville forsterke en allerede begrensning av konkurransen i markedet for betalingsterminaler. Konkurransetilsynet vedtok dermed å pålegge en rekke vilkår for å avhjelpe de begrensninger av konkurransen som fusjonen ellers ville føre til. Disse forpliktet partene til å gi tilgang til innsamlingstjenester på ikke-diskriminerende vilkår, ha egne produktregnskaper for Teller AS og BBS Infrastruktur AS, gi tilgang til grensesnittspesifikasjoner for programvare for alle som ønsker å tilby terminaler, spesifikke krav til behandling av konkurransesensitiv informasjon samt etablere et system for innmelding av terminaler direkte til infrastrukturvirksomheten (V2007-17 2007). I tillegg oppnevnte Konkurransetilsynet en forvalter som skulle kontrollere at overnevnte vilkår ble gjennomført i samsvar med vedtaket.

Gjennom en artikkel på forbrukerportalen.no uttrykker Forbrukerrådet bekymring for at

fusjonen mellom BBS og Teller vil kunne føre til høyere gebyrer til forbrukerne. De frykter at samarbeidet mellom bankene og BBS gir bankene interesse av å presse BBS sine konkurrenter ut at markedet (Andersson 2007). Disse bekymringene bekreftes videre gjennom et høringsbrev der Forbrukerrådet kommenterer forslag til avhjelpende tiltak i fusjonen mellom Bankenes Betalingssentral AS og Teller AS (Forbrukerrådet 2007). De mener at så lenge bankenes eierandeler i BBS tilsvarer bankenes markedsandeler så er det liten sannsynlighet for å oppnå virksom konkurranse i markedene på kort og mellom lang sikt uten regulering. Videre bemerker de at vilkåret om at alle som driver, eller ønsker å drive innløsning, skal gis tilgang til BBS Infrastruktur AS' innsamlingstjenester på ikke diskriminerende vilkår, stiller betydelige krav til myndighetenes detaljkunnskap om disse tjenestene. Videre vil det påløpe kostnader med å kontrollere at vilkårene i praksis ikke blir diskriminerende. I forhold til punktet om behandling av konkurransesensitiv informasjon, kommenterer Forbrukerrådet at enhetene skal være fysisk skilt med vanntette skott så langt det lar seg gjøre for at dette skal virke. I en artikkel på forbrukerportalen.no uttaler daværende rådgiver i forbrukerrådet Christer Tonheim at forbrukerrådet vil følge utviklingen i saken nøye i tiden fremover (Andersson 2007).

Jeg har dessverre ikke klart i å avdekke om de vilkår som ble pålagt har lyktes i eliminere de konkurranseproblemene som både tilsynet og Forbrukerrådet påpeker under behandlingen av fusjonssaken. Jorge Jensen, fagdirektør finans i Forbrukerrådet, bekrefter pr telefon at Forbrukerrådet ikke har fulgt saken særlig nøye siden fusjonen i 2007. De har dermed ingen forutsetning for å uttale seg om bankene har påført forbrukerne høyere gebyrer som følge av fusjonen eller om vilkårene har vært effektive.

4.2.8 Nortura og Hå Rugeri 2007

Nortura BA ønsket i 2007 å kjøpe opp Hå Rugeri AS. Begge aktørene drev rugeri som leverte daggamle slaktekyllinger til bønder som produserer slaktekyllinger. Foruten Hå Rugeri og Nortura BA, gjennom sitt datterselskap Samvirkekylling, var det kun en annen konkurrent i markedet, nemlig Hugaas. Gjennom oppkjøpet av Hå Rugeri vil Nortura få en vesentlig høyere markedsandel i markedet for salg av daggamle slaktekylling, og konkurransen ville bli ytterligere avgrenset. Tilsynet mente Nortura ikke vil inneha insentiver til å utøve markedsrett ovenfor slaktekylling-produsenter som lever til Nortura

sine egne slakterier. Dette da Nortura er representert i alle ledd i verdikjeden. Tilsynet fant imidlertid at Nortura kunne ha insentiver til å utøve markedsrett ovenfor slaktekyllingprodusenter som *ikke* leverer til deres slakterier. For å sikre konkurransen i rugerimarkedet, satte Konkurransetilsynet som vilkår at alle eksisterende og eventuelle nye slaktekyllingprodusenter skulle få tilgang til daggamle slaktekyllinger på ikke-diskriminerende vilkår med mindre leveringen vil være urimelig byrdefull. Leveringsplikten innebar at produsenter skal tilbys ”likeverdige betingelser”; herunder priser, kredittbetingelser, rabatter, eventuelle andre volumavhengige vilkår eller tilsvarende. Vedtaket gjelder til november 2012 (V2007-27).

Vilkårene som ble pålagt gjennom vedtaket i 2007 var ment å sikre at alle eksisterende og fremtidige uavhengige produsenter får tilgang på daggamle kyllinger fra Nortura på ikke-diskriminerende vilkår. Uavhengige produsenter er gjennom vedtaket definert som slaktekylling produsenter som *ikke* leverer til Nortura sine slakterier. Tilsynet fokuserer med dette på salget av daggamle slaktekylling fra Nortura/Hå sine rugerier til uavhengige slaktekylling produsenter, der formålet med vilkårene pålagt gjennom vedtaket klart er å beskytte de produsentene som velger å selge daggammel slaktekylling til andre slakterier enn Nortura sine. Så lenge Nortura leverer daggamle slaktekyllinger til uavhengige produsenter på ikke-diskriminerende vilkår vil deres atferd ikke bryte med påbudene i vedtaket.

I følge en pressemelding fra Hugaas den 29.06.2010 (Hugaas 2010) går det frem at Nortura fra 21.06.10 reduserte kiloprisen på slakteklar kylling med 40 øre. Dette betyr at slaktekylling produsenter som leverer slakteklar kylling til slakteriene til Nortura får 40 øre mindre betalt enn tidligere. De 40 ørene blir imidlertid utbetalt til produsenter som kjøper daggamle kyllinger fra Nortura-rugeri i form av et såkalt «rugeritillegg». Dette betyr at slaktekylling-produsenter som kjøper slaktekylling fra Hugaas i realiteten får 40 øre mindre betalt enn de som kjøper fra Nortura sine egne rugerier. Denne prisstrategien går i utgangspunktet ikke ut over de slaktekyllingprodusentene som ikke leverer til Nortura sine slakterier, altså de uavhengige produsentene som tilsynet fokuserte på i vedtaket i 2007, men de slaktekyllingprodusentene som velger å kjøpe daggammel slaktekylling fra Hugaas istedenfor Nortura og samtidig ønsker å levere slakteklar kylling til Nortura sine slakterier. Informasjonssjef i Nortura (pr. 6.7.2010), Tor Olav Brandtzæg, forvarer prisstrukturen med at de kyllingprodusentene som også kjøper daggammel kylling fra Nortura, deltar i hele

verdikjeden i Nortura. De bidrar dermed til større verdiskaping i konsernet enn de som kjøper daggammel kylling fra konkurrentene. Brandtzæg mener derfor det er naturlig at disse produsentene skal ha sin andel av den verdiskapingen (Torvik 2010).

Hugaas mener denne prisstrukturen er i strid med konkurranselovens forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, og krever derfor midlertidig forføyning med krav om at endringene i prismatrisen ikke gjennomføres (Hugaas 2010). Saken ble behandlet i Oslo Byfogdembete 15. Juli 2010 der Hugaas ikke fikk medhold i sitt krav om midlertidig forføyning mot Nortura. Retten tok imidlertid ikke stilling til påstandene fra Hugaas om brudd på Konkurranseloven (Nortura 2010).

Hugaas sendt også inne en klage til Konkurransetilsynet. Thomas Lidal Jamne, advokat i Pretor Advokat AS som representerer Hugaas, kan bekrefte pr epost at de nå, etter ca. 1,5 år, mottok en tilbakemelding fra tilsynet om at saken var lagt til side grunnet ressursmessige årsaker. Hugaas valgte derfor å trekke klagen, og vurderer nå søksmål direkte for de ordinære domstoler. På spørsmål om hvordan Hugaas stiller seg til Nortura sin overholdelse av vilkåret om levering på "likeverdige betingelser" jf. V2007-27, svarer Jamne at Hugaas mener vilkåret var ment å stoppe nettopp slik atferd Nortura nå foretar seg gjennom sitt prissystem. Jamne legger imidlertid til at Hugaas ikke tar stilling til hvorvidt Nortura har overholdt dette vilkåret eller ikke, da deres klage omhandler begjæring om midlertidig vedtak i henhold til krrl. §12 grunnet mulig brudd på krrl. § 10.

4.2.9 Rema 1000 og Lidl Norge GmbH 2008

Ved behandlingen av fusjonen mellom Rema 1000 og Lidl kom Konkurransetilsynet frem til at det relevante produktmarkedet ble avgrenset til dagligvarer solgt gjennom dagligvarebutikker i lokale marked (Vedtak V2008-10). Etter en konkret vurdering av de ulike lokalmarkedene kom Konkurransetilsynet frem til at foretakssammenslutningen vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i Nordfjordeidområdet. Tilsynet konkluderte dermed med at fusjonen kunne godkjennes på det vilkår at Rema 1000 AS *tilbyr* ett av de to forretningslokalene for dagligvarehandel foretaket disponerer i Nordfjordeid til en konkurrent som i dag ikke er etablert i markedet i Nordfjordeidområdet. Det ble videre satt krav om Rema 1000 skulle tilby overtakelse av eiendommen enten ved slag eller ved

inngåelse av en leiekontrakt med minst 10 års varighet samt at tilbudet skulle være gitt på markedsvilkår.

Eiendommen ble i 2008 tilbudt ICA, men kjeden ønsker ikke å leie lokalet. Gjennom en epost fra Andreas Hellstrøm, eiendomssjef i ICA Eiendom Norge AS, kommer det frem at eiendommen i Nordfjordeid ble vurdert av ICA-kjeden, men at potensialet ikke ble vurdert som godt nok for etablering. Konkurransetilsynet har i ettertid vært i kontakt med ICA Norge AS angående det nevnte tilbudet. Etter Konkurransetilsynets vurdering er tilbudet i overensstemmelse med pålegget i vedtaket. Konkurransetilsynet finner etter dette at vilkårene pålagt Rema 1000 AS i vedtak V2008-10 er oppfylt (Konkurransetilsynet 2008). Expert tok over en liten periode men lokalet står nå tomt.

På fusjonstidspunktet var også Coop og Bunnpris etablert i markedet i tillegg til Rema 1000 og Lidl (V2008-10 s. 8). Disse er begge fortsatt tilstede i markedet i dag. Dette betyr at antall aktører i markedet er redusert fra fire til tre aktører. I vedtaket fra 2008 kommer det frem at en slik reduksjon i antall aktører vil føre til en økning i HHI, som etter tilsynets vurderinger tilsier at markedet vil bli svært konsentrert, og at det foreligger betydelig potensial for utøvelse av markedsmakt. Da markedet for dagligvarer solgt gjennom dagligvarebutikker i Nordfjordeidområdet ikke var vesentlig begrenset før fusjonen (se vedtaket s. 7), betyr dette at fusjonen har bidratt til en forverret konkurransesituasjon i Nordfjordeid, og at bruk av vilkår ikke har bidratt til å eliminere de forventede begrensningene i konkurransen.

På spørsmål om hvorfor tilsynet benyttet seg av denne relativt uforpliktende utformingen av vilkåret, svarer Jostein Skaar, avdelingsdirektør i Konkurransetilsynet, at vedtaket ble fattet før den formelle fristen, men etter at Rema 1000 hadde foreslått et avhjelpende tiltak i det markedet som gjenstod som problematisk i saken. Det var etter tilsynets oppfatning ikke grunnlag for å stille et strengere vilkår.

Denne saken kan sies å skille seg ut gjennom at Lidl uansett skulle ut av markedet. Tilsynet ble dermed stilt ovenfor en avveining mellom å godkjenne fusjonen på et noe uforpliktende vilkår, eller risikere at Lidl trekker seg ut av markedet uten av noen overtar driften av de 50 utsalgsstedene konsernet har i Norge (Rema1000 2008). Dette kunne bety tap av ca. 600 arbeidsplasser, og en forverret konkurransesituasjon i en rekke lokalmarkeder der antall aktører ble redusert i det Lidls utsalgssteder stengte. Det vil i denne saken også bli en

vurdering av hvilken makt en kan legge bak kravene. Om man i vedtaket satte et krav om at Lidl sitt lokale i Nordfjordeid måtte selges eller leies ut for at fusjonen kunne gjennomføres i sin helhet, ville man risikert at hele fusjonen ble stoppet grunnet vanskeligheter med å finne en egnet kjøper i et enkelt lokalmarked. Dette kan være grunnen til at tilsynet valgte å utforme vilkåret på en måte som kun påla Rema 1000 en forpliktelse til å tilby lokalet til en konkurrent.

4.2.10 Eurofins og Lantmännen Analycen 2008

I 2008 mottok Konkurransetilsynet melding om at Eurofins Danmark AS ønsket å fusjonere med Lantmännen Analycen AB. Gjennom oppkjøpet av Analycen forsvinner Eurofins' største konkurrent i markedet for næringsmiddelanalyser, og Eurofins blir den eneste tilbydereren av kornanalyser i Norge. Gjennom vedtaket fattet 25. juni 2008 ble Eurofins pålagt å selge ut datterselskapet LabNett AS til en uavhengig ekstern aktør. LabNett har en betydelig produksjon av næringsmiddelanalyser, og står også for alle kornanalyser Eurofins utfører for norske kunder. LabNett vil fremstå som en stor og attraktiv leverandør av laboratorietjenester og en levedyktig konkurrent til Eurofins(V2008-12).

LabNett eies i dag av den internasjonale laboratoriegruppen ALcontrol Laboratories. ALcontrol er et av de største laboratorie-selskapene i Europa, med virksomhet i Norden, kontinentale Europa og i UK. På LabNett sine nettsider (LabNett 2011) opplyses det om at LabNett også i dag er et spesiallaboratorium for korn-gradering og for kvalitetskontroll av korn. På nettsiden til Norsk Landbruk ligger det en artikkel datert 11. april 2011 der det opplyses det at Eurofins og LabNett den dag i dag er to separate korn-laboratorier (Mellemstrand 2011). Etter dette må det kunne konkluderes med at vilkåret er oppfylt, og at konkurransen således er opprettholdt i det relevante markedet.

4.2.11 Shell og YX Energi 2008

Etter avtale inngått mellom Norske Shell og YX Energi i august 2007 får Shell en eksklusiv bruksrett til eiendommer med tilhørende drivstoffinfrastruktur (pumper, tanker, overbygg etc.) ved 92 bensinstasjoner i Norge eid av YX. YX vil fortsatt eie infrastrukturen men Shell vil ha kontroll over salget av drivstoff. Etter en gjennomgang av avtalen vedtar

konkurransetilsynet å gripe inn mot fusjonen gjennom å forby overtakelse av XY sine stasjoner i Egersundområdet, og en i Fåvang. Dette da de finner at fusjonen ville medført konkurransebegrensninger i lokalmarkedene for salg av drivstoff i henholdsvis Egersund og Fåvang (V2008-3).

I følge Uno-YX sine egne nettsider er det i dag en YX stasjon i drift i både Fåvang og Egersund, henholdsvis YX Eie og YX Kvittfjelltunet. Dette bekreftes videre av Annar Sletvold, administrerende direktør i YX Betjent AS. Vilkåret satt gjennom vedtaket i 2008 må dermed anses som oppfylt (Unox 2011).

4.2.12 Norli Gruppen og Norgesgruppen 2011

Den 17. mars 2011 kom vedtaket om at fusjonen mellom Norli Gruppen AS og Norgesgruppen Bok og Papir AS ble godkjent på vilkår. Etter en vurdering av saken kom Konkurransetilsynet frem til at foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for salg av bøker fra allmennbokhandlere i en rekke lokalmarkeder. I forbindelse med behandlingen av saken har partene fremlagt forslag til avhjelpende tiltak som innebærer utsalg av bokhandlere i de relevante markedene der konkurransen anses å begrenses som følge av den planlagte fusjonen. Dette mener partene vil hindre en økning av markedsandeler, og vil dermed medføre at konkurransesituasjonen i markedene forblir tilnærmet lik det den var før fusjonen.

Konkurransetilsynet finner at de foreslåtte tiltak avhjelper de begrensningene i konkurransen som følger av fusjonen. Det er imidlertid et krav om at butikkene som selges ut er levedyktige enheter som kan konkurrere effektivt i det relevante markedet, samt at de selges som fullt operative enheter. Videre må salget skje til en egnet kjøper som er uavhengig av partene, og som må godkjennes av Konkurransetilsynet. Avslutningsvis må ikke fusjonen gjennomføres før det er inngått en endelig bindende avtale om utsalg (V2011-5).

Den 11. april 2011 vedtar Konkurransetilsynet å oppheve gjennomføringsforbud pålagt i vedtak V2011-5 (V2011-6). Vedtaket begrunnes i at partene har iverksatt en rekke tiltak for å oppfylle kravene i det opprinnelige vedtaket om avhending av syv utsalgssteder. Partene opplyser i et brev til Tilsynet at de den 23. mars 2011 inngikk endelig avtale om salg av

Magneten Libris i Levanger, Norli Sandens i Kristiansand, Alfa Libris i Kongsberg, Norli Torget Vest i Drammen og Øksendal Libris i Trondheim til Notabene ASA. Videre har partene inngått endelig avtale om salg av Norli Lillehammer til Gravidahl AS. Etter dette gjenstår kun Norli i Haugesund hvor partene ikke har lyktes med å få i stand en endelig salgavtale. Ny frist for salg av Norli Haugesund ble satt til 15. oktober 2011 (V2011-6). Nils Sund, administrerende direktør i Norli Libris, kan i en epost bekrefte at pr. 24. oktober 2011 har Norli fortsatt ikke funnet en egnet kjøper til Norli Haugesund. har lykket med å opprettholde konkurransen i seks av syv berørte lokalmarked, men vilkårene kan likevel ikke anses som oppfylt i sin helhet.

4.2.13 Lemminkäinen Norge AS og Mesta 2011

Den 16. mai 2011 vedtok Konkurransetilsynet å gripe inn mot fusjonen mellom Lemminkäinen og Mesta. Begge aktørene er vertikalt integrert og etablert på alle ledd i verdikjeden i asfaltmarkedet. Tilsynet fant at det relevante markedet kunne avgrenses til produksjon og legging av asfalt fra nord i Nordland til Vest-Finnmark. Her ville fusjonen medføre at antall aktører ble redusert fra tre til to, samt at de to største aktørene vil bli mer symmetriske. De to aktørene ville bli relativt like med tanke på både antall verk og beliggenhet. Dette gjorde at Konkurransetilsynet fant at forholdene i markedsstrukturen i asfaltmarkedet i Nord-Norge lå til rette for etablering av koordinert atferd. Partene ble dermed pålagt å selge ut selskapets asfaltverk i Harstad. Asfaltverket skulle selges som en operativ enhet til en uavhengig kjøper som måtte godkjennes av tilsynet (V2011-8).

Gjennom mailkorrespondanse med Hans Jørgen Sundby, teknisk direktør i Lemminkäinen Norge AS, får jeg bekreftet at asfaltfabrikken i Harstad fortsatt er eid av Lemminkäinen. Sundby kan bekrefte at de har vært i forhandlinger med en aktuell kjøper, men at vedkommende trakk seg av frykt for at oppkjøpet kunne føre til negativ omtale og spekulasjoner om mulig samarbeid som en konsekvens av den håndteringen bransjer har fått i media den siste tiden. Sundby kan videre bekrefte at Lemminkäinen for tiden er i dialog med to andre interessenter, men at flertallet av de Lemminkäinen har vært i kontakt med ønsker å kjøpe fabrikken for å flytte den til et annet område. Sundby mener dette kan tolkes slik at markedsmulighetene blir vurdert til å være begrenset i Harstad samt/eller at konkurransen er for stor. Lemminkäinen har avvist de som ønsker å flytte fabrikken, da dette

ikke var intensjonen i vedtaket fra tilsynet. På grunn av den lave interessen har de søkt konkurransetilsynet om utsettelse på tidsfristen med å selge fabrikken. Det vil være for tidlig å nå skulle konkludere i forhold til om vilkåret pålagt har lyktes med å opprettholde konkurransen i markedet, men pr i dag er vilkåret ikke oppfylt.

4.3 Oppsummering

Etter en gjennomgang av de åtte sakene der Konkurransetilsynet har godkjent en fusjon på strukturelle vilkår kan følgende oversikt settes opp:

Tabell 3. *Kilde: Egne undersøkelser*

Fusjon	Konkurransen opprettholdt?
Ahlsell/BRSR	Nei
Orkla/Collett	Ja
Telenor/Tiscali	Ja
Rema 1000/Lidl	Nei
Eurofins/Lantmännen	Ja
Shell/YX	Ja
Norli/NorgesGruppen	Ja (6 av 7)
Mesta/Lemminkäinen	?

Om vi ser på de to foretakssammenslutningene der konkurransen ikke kan anses å være opprettholdt i ettertid av fusjonen, kan disse sies å ha et viktig likehetstrekk når det kommer til kjøper av utskilt enhet. Både for fusjonen mellom Ahlsell og Bergen/Stavanger Rørhandel, og for fusjonen mellom Rema 1000 og Lidl, var det kun én potensiell kjøper av de lokale utsalgsstedene. Dette da tilsynet, gjennom fusjonsvedtakene, hadde satt et krav om at kjøper måtte være en konkurrent av partene som ikke allerede var tilstede i det lokale markedet. Det finnes gode grunner for at disse kravene ble satt, men de medførte likevel at antall potensielle kjøpere ble kraftig begrenset. En nærmere diskusjon rundt dette kommer i avsnitt 5.1.1.

Når det kommer til fusjoner der partene er pålagt atferdsregulerende vilkår vil det som nevnt tidligere ikke være like lett å avdekke avvik fra dette. For å kontrollere graden av gjennomføring og overholdelse fra partenes side har jeg i de fleste tilfeller tatt kontakt med tredjepart, som gjennom å være konkurrent eller kunde/leverandør av partene, har blitt berørt av vilkårene.

Når det gjelder gjennomføring og overholdelse av atferds vilkår er det kun for fusjonen mellom Nortura og Hå Rugeri at det kan stilles spørsmålstegn om etterfølgende atferd kan sies å være i overensstemmelse med atferd pålagt gjennom fusjonsvedtaket. En nærmere diskusjon rundt denne saken kommer under avsnitt 5.2.1. For de resterende fire sakene har jeg ikke funnet noe som tyder på at partene ikke har overholdt de forpliktelsene som er pålagt av Konkurransetilsynet. Jeg mener imidlertid at det ikke av den grunn kan konkluderes med at overtredelser ikke har forekommet. Her kreves det grundigere og mer omfattende undersøkelser for å kunne konkludere med at dette ikke er tilfellet.

5 Utfordringer knytte til norske fusjonssaker

Når vi nå har sett på de generelle utfordringene knyttet til inngrep mot foretakssammenslutningen gjennom bruk av vilkår, samt erfaringer i forbindelse med bruk av vilkår i norske fusjonssaker, vil det kunne være nyttig å forsøke å knytte dette sammen. Som nevnt tidligere vil de utfordringene som er avdekket gjennom studier av tidligere avgjørelser i andre jurisdiksjoner både kunne sammenfalle med, og skille seg fra, erfaringer gjort i Norge. Dette da både regelverk, størrelsen på markeder og konkurransemyndighetenes holdninger til henholdsvis strukturelle og atferds vilkår, vil kunne vært ulikt. I det følgende vil jeg forsøke å koble de erfaringene som er gjort i norske fusjonssaker opp mot de utfordringene med bruk av vilkår som er avdekket i studier samt omtalt i litteraturen.

5.1 Strukturelle vilkår

5.1.1 Risiko forbundet med å finne en egnet kjøper

I Norge er det siden 2004 fattet åtte vedtak der tilsynet har pålagt partene strukturelle vilkår. Det fremkommer av undersøkelsene som er foretatt i forbindelse med denne oppgaven at risiko forbundet med å finne en egnet kjøper representerer den største utfordringen i norske fusjonssaker. Det kan trekkes frem fire saker der man finner ulike problemer knyttet til det å finne en egnet kjøper. Både ved fusjonen mellom Ahlsell og Bergen/Stavanger Rørhandel, og mellom Rema 1000 og Lidl, var det etter partenes anførsler kun én aktuell kjøper av den/de utskilte utsalgsstedene. I forbindelse med fusjonen mellom Ahlsell og Bergen/Stavanger Rørhandel i 2004 er konkurransesituasjonen forverret som følge av fusjonen, der de pålagte vilkår ikke har lyktes i å eliminere de begrensningene som ble påvist. Dette gjelder også for fusjonen mellom Rema 1000 og Lidl, der Rema 1000 i ettertid ikke har lyktes i å leie ut, eller selge, de gamle lokalene til Lidl til en konkurrent som ikke er tilstede i markedet. Det kan dermed se ut til at det for saker der det foreligger en betydelig begrensning i antall potensielle kjøpere, kan være en utfordring å pålegge vilkår om avhending for å eliminere konkurransebegrensninger. I Norge, som i global sammenheng anses som en relativt liten økonomi, vil dette problemet kunne gjøre seg gjeldene i enda sterkere grad. Etersom det norske markedet må betraktes som relativt lite, vil den

begrensede etterspørselen kunne sette skranker i forhold til antall aktører som er aktive i det relevante markedet. Det å finne en passende kjøper som er villig, og/eller i stand til å drifte utskilt enhet videre som en konkurransedyktig rival til den fusjonerte enheten, kan dermed være vanskelig. Dette problemet er også aktuelt for fusjonen mellom Norli og NorgesGruppen, og for fusjonen mellom Lemminkäinen og Mesta. Partene i Norli/NorgesGruppen-fusjonen har fortsatt ikke klart å finne en passende kjøper for det siste utsalgsstedet i Haugesund. Når det kommer til fusjonen mellom Lemminkäinen og Mesta har partene ikke klart å finne en passende kjøper til asfaltverket som ønsker å fortsette driften i Harstad. Her kan det igjen se ut til at begrensninger i antall potensielle kjøpere vanskeliggjør prosessen med å få gjennomført vilkår om avhending i et lokalmarked.

På den andre siden finner vi de fire resterende sakene som inkluderer pålegg om strukturelle vilkår der avhendelsen må anses som vellykket. Både for fusjonen mellom Orkla og Collett Pharma, Telenor og Tiscali, Eurofins og Lantmännen Analycen, og mellom Shell og YX lykkes partene i å finne en egnet kjøper som kunne videreføre driften til utskilt enhet. Spørsmålet blir dermed hva som skiller disse fire sakene fra de øvrige, der man dessverre opplevde utfordringer knyttet til kjøper av utskilt enhet.

Om vi ser på fusjonen mellom Orkla og Collett Pharma ble partene blant annet forpliktet til å avhende Lofottran til en uavhengig kjøper. I vedtaket ble det ikke stilt noen videre krav til kjøper annet enn at vedkommende måtte være "uavhengig" av partene. Om tilsynet her hadde stilt liknende vilkår som i eksempelvis fusjonen mellom Rema 1000 og Lidl, der tilsynet påla partene å tilby en av sine eiendommer til en konkurrent innen en spesifikk bransje, ville man endt opp med kun én aktuell kjøper. Dette da den eneste aktøren i markedet for salg av tran i Norge, i tillegg til partene, var Nycomed Pharma (V2005-18 s. 12). Det at et slikt krav ikke ble fremsatt økte dermed antall potensielle kjøpere ettersom kjøper ikke nødvendigvis trengte å være aktiv i markedet for salg av tran. Lofottran ble som sagt solgt ut til et selskap som heter Lofotprodukt AS, en matvareprodusent som på fusjonstidspunktet ikke var aktiv i det relevante markedet. Her godkjennes altså en kjøper som ikke innehar erfaringer når det kommer til produksjon og salg av det konkrete produktet, men som kan sies å ha erfaring med salg innenfor en av de samme distribusjonskanalene, altså dagligvarebransjen. I og med at Lofottran fortsatt selges i utvalgte dagligvarebutikker, må avhendelsen anses som suksessfull. Et videre vilkår som ble

satt var at partene skulle selge samtlige rettigheter til Triomega, eller inngå en tidsbegrenset lisensieringsavtale for varemerket Triomega med en uavhengig lisenstaker. Heller ikke her ble det stilt krav til at kjøper måtte være en nåværende konkurrent, men kun at kjøper var ”uavhengig” av partene. Dette økte dermed antall potensielle kjøpere. Triomega ble solgt til Midlerfart AS, som på fusjonstidspunktet ikke ble oppgitt som en aktiv konkurrent i markedet for salg av omega 3-produkter (V2005-18 s. 15). Også denne avhendelsen må anses som vellykket da Midelfart, nå Midsona Norge, fortsatt selger produktet i dag.

For fusjonen mellom Telenor og Tiscali ble partene pålagt å selge ut Tiscali sin kundebase for oppringt internett til en aktør utenfor Telenorkonsernets kontroll. I markedet for oppringt internett fantes det flere aktive aktører. MTU Gruppen, som kjøpte Tiscali sin kundebase, var imidlertid ikke på fusjonstidspunktet oppgitt som en aktiv aktør. MTU Gruppen gikk dessverre konkurs i 2009. Dette betyr at kjøper ikke maktet å videreføre driften av utskilt enhet. Konkursen skjer imidlertid 4 år etter fusjonen. Dette må sies å være tilstrekkelig med tid til at man vanskelig kan trekke noen direkte sammenheng mellom fusjonen og konkursen. I tillegg ble det anført i vedtaket at markedet for oppringt internett var i tilbakegang da det var ventet at flere konsumenter ville gå over til bredbånd. Man kan dermed vanskelig si at MTU Gruppen på daværende tidspunkt ikke var en passende kjøper grunnet nåværende kunnskap om konkursen i 2009. Avhendelsen må dermed anses som vellykket.

For fusjonen mellom Eurofins og Lantmännen Analycen ble partene pålagt å selge ut samtlige aksjer i LabNett AS. I vedtaket oppgis det at det i Norge fantes flere mindre aktive aktører i markedet, samt at det kunne være aktuelt for utenlandske bedrifter å kjøpe opp allerede etablerte norske aktører. Dette taler i retning av at det fantes flere potensielle kjøpere. Tilsynet oppgav imidlertid i vedtaket at de hadde mottatt opplysninger om at utenlandske aktører anså at det ikke fantes aktuelle oppkjøpskandidater i Norge (V2008-12 s. 16). LabNett ble likevel solgt ut til den internasjonale laboratoriegruppen ALcontrol Laboratories. Også her må avhendelsen anses som vellykket da kjøper i dag er en aktiv konkurrent til partene.

For fusjonen mellom Shell og YX satte tilsynet er forbud mot salg av to lokale bensinstasjoner, noe som medførte at YX fortsatt drifter disse stasjonene i dag. Denne saken skiller seg ut fra de øvrige da begge partene i ettertid av fusjonen er aktive i markedet for salg av drivstoff. Her vil ikke vilkårenes effektivitet avhenge av at man finner en egnet

kjøper da det ikke skjer noen overdragelse av utsalgssteder i de lokalmarkedene der tilsynet fant at konkurransen ble begrenset. Da YX fortsatt drifter de to stasjonene må vedtaket fattet av tilsynet således anses som vellykket.

Etter dette kan det konkluderes med at antall potensielle kjøpere vil kunne påvirke hvor effektivt et vilkår om avhending er i å gjennomrette konkurransen. For fusjonen mellom Ahlsell og Bergen/Stavanger Rørhandel, og mellom Rema 1000 og Lidl, gjorde kravet om at salget måtte skje til en allerede aktiv konkurrent at antall potensielle kjøpere ble redusert til en. Selv om det finnes gode grunner til at slike krav ble stilt, herunder krav til erfaring og kjedetilknypning, vil det lave antallet ha kunnet medvirke til de utfordringene som ble avdekket. Når det kommer til Norli/NorgesGruppen-fusjonen ble det ikke stilt krav om at kjøper måtte være en aktiv konkurrent. Likevel blir utsalgsstedene i Norli/NorgesGruppen-fusjonen solgt ut til konkurrenter av partene, henholdsvis Notabene og Gravidahl. Selv om partene ikke har lyktes i å oppfylle vilkårene i sin helhet, må salg av seks av syv bokhandlere kunne tolkes dit hen at det å finne en passende kjøper har gått tilsynelatende bra. Heller ikke for fusjonen mellom Lemminkäinen og Mesta ble det stilt krav om at kjøper måtte være en konkurrent. Her har man likevel ikke lyktes i å finne en passende kjøper. Det kan se ut til at det er tilstrekkelig med interessenter, med at disse har et ønske om å flytte driften av asfaltverket ut fra Harstad. Dette vedtaket ble imidlertid fattet den 16. mai 2011, med opprinnelig frist for slag den 15. oktober. Det kan derfor være litt tidlig å konkludere noen i denne saken i forhold til effektiviteten til pålagt vilkår.

5.1.2 Stilltiende samarbeid

For fusjonen mellom Lemminkäinen og Mesta i 2011 ble partene pålagt vilkår om salg av asfaltverket i Harstad. Dette ville hindre en reduksjon i antall aktører i markedet, og ville medføre at konkurransesituasjonen i markedet forble tilnærmet lik det den var før foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynet mente derfor at utsalg ville være et egnet tiltak for å avhjelpe de identifiserte konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen (V2011-8 s. 25-26). Tilsynet fant imidlertid at markedsstrukturen i asfaltmarkedet i Nord-Norge la til rette for etablering av koordinert atferd allerede før fusjonen (V2011-8 s. 21). Dette betyr at vilkåret som ble pålagt var ment å skulle eliminere den forventede *forsterkningen* i grunnlaget for koordinering, men altså ikke eliminere

grunnlaget for samordnet opptreden i sin helhet. Dette følger av det alminnelige kravet til forholdsmessighet, der Konkurransetilsynets vedtak ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe de negative konkurransevirkningene av foretakssammenslutningen. Her vil altså vilkårene gjenopprette en markedsstruktur der konkurransemyndighetene ville ønsket å forby fusjonen, eller pålegge vilkår, hadde strukturen vært resultatet av en foretakssammenslutning. Dette var også tilfellet ved fusjonen mellom Shell og YX, der et vilkår om forbud for Shell om overtakelse av to bensinstasjoner ble ansett som tilstrekkelig for å avhjelpe de skadelige virkningene av foretakssammenslutningen (V2008-3 s. 20). Også her fant tilsynet at forholdene i markedene la til rette for koordinert atferd allerede før fusjonen.

Jeg har ikke klart å identifisere en sak der pålegg om avhending ser ut til å ha restrukturert markedet slik at det fremkommer mer symmetrisk, og dermed kan ha lagt til rette for samordnet opptreden. Det kan dermed ikke konkluderes med at dette ikke har forekommet. I de offentlige versjonene av fusjonsvedtak er opplysninger om markedsandeler ofte unntatt, og det kan være vanskelig å konkludere ut fra vedtaksteksten hva fordelingen i markedet blir etter gjennomføringen av salget. Dette er et punkt som bør undersøkes nærmere ved et senere tidspunkt gjennom en mer omfattende gjennomgang av norske fusjoner godkjent på vilkår.

5.1.3 Konkurransen er begrenset før fusjonen

Etter en gjennomgang av sakene der tilsynet har godkjent en fusjon på gitte vilkår, og der vedtaket har blitt stående, finner jeg at konkurransen i de relevante markedene var begrenset allerede før fusjonen i ni av tretten saker. Disse opplysningene er hentet fra de ulike fusjonsvedtakene under tilsynets vurdering av konkurransesituasjonen i markedene før fusjonen. En mer detaljert oversikt er fremsatt i følgende tabell:

Tabell 4. Kilde: *www.konkurransetilsynet.no*

Fusjon	Konkurransen begrenset før fusjonen?
<i>Ahlsell AB - AS Bergens/Stavanger Rørhandel 2004</i>	Ja VA-markedet i Molde
<i>Bankenes Betalingssentral AS/ ZebSign AS 2005</i>	Nei
<i>Orkla / Collett Pharma 2005</i>	Ja. Tran-markedet
<i>Telenor / Tiscali 2005</i>	Ja. Alle relevante markeder
<i>Findus Norge AS og Gro Industrier AS 2006</i>	Ja
<i>Media Norge 2007</i>	Ja. Bergensområdet
<i>BBS / Teller 2007</i>	Ja. Alle tre markedene er begrenset
<i>Nortura / Hå Rugeri 2007</i>	Ja
<i>Rema 1000 og Lidl Norge GmbH 2008</i>	Nei
<i>Eurofins / Lantmännen Analycen 2008</i>	Nei
<i>Shell / YX Energi 2008</i>	Ja. Fåvang
<i>Norli Gruppen / NorgesGruppen 2011</i>	Ja. Fem av syv er begrenset før fusjonen.
<i>Lemminkäinen Norge AS / Mesta</i>	Ikke tatt endelig stilling til dette punktet

Dette betyr at tilsynet i nesten 70 % av sakene der vilkår er pålagt returnerer markedet til en situasjon der konkurransen er begrenset. Med pålegg av vilkår vil de forhindre at konkurransebegrensningen forsterkes, men de vil ikke kunne pålegge vilkår med sikte på å forbedre konkurransen. Dette ville som sagt bryte med kravet om forholdsmessighet.

5.1.4 Bevare utskilt enhet

For fusjonen mellom Ahlsell og Bergen/Stavanger Rørhandel overtok i utgangspunktet Heidenreich driften av utsalgsstedene i de tre berørte lokalmarkedene, men så seg nødt til å legge ned avdelingene i Molde og Ålesund etter to til tre års drift. Dette kan, i følge salgssjef VVS i Heidenreich, begrunnes i uheldig beliggenhet i forhold til konkurrenter samt tap av nøkkelpersoner til rivaler. Som nevnt tidligere vil selger av utskilt enhet kunne ha insentiver til å redusere verdien til selskapet, gjennom blant annet å tilbakeføre verdifull personell. Det kan således tenkes at det var i Ahlsell sin interesse om nøkkelpersoner valgte å forlate Heidenreich til fordel for dere selv eller andre konkurrenter. Det fremkommer imidlertid ikke av de opplysningene som er gitt av Heidenreich noen begrunnelse for hvorfor de nevnte nøkkelpersonene valgte å slutte. Man kan derfor ikke etter dette konkludere med at Ahlsell på noen måte har bidratt til at dette skjedde.

Foruten denne saken har det ikke fremkommet noen indikasjoner på at utfordringer rundt det å bevare utskilt enhet har vært en fremtredende problemstilling i Norge.

5.2 Atferdsvilkår

5.2.1 Overvåkning av etterfølgende atferd

Bruk av vilkår som søker å regulere partenes atferd i ettertid av fusjonen vil fordre en form for overvåkning for å påse at partene overholder sine forpliktelser. Dette da det, for profittmaksimerende bedrifter, ofte vil være i deres interesse å bryte med den atferden som pålegges. For fusjonen mellom Nortura og Hå i 2007 var Konkurransetilsynets hovedbekymring at Nortura fikk økt markedsrett på rugeriledet ved at en konkurrent forsvant. Dette ville øke muligheten for utøvelse av markedsrett i form av prisdiskriminering, eller andre former for diskriminering, overfor uavhengige produsenter jf. vedtak V2007-27 s. 16. Vilkårene som ble pålagt var ment å skulle forhindre at Nortura kunne øke kostnadene til sine konkurrenter ved å sette opp prisen, eller på annen måte forverre betingelsene ved leveranser av daggamle kyllinger til uavhengige produsenter. Nortura innførte imidlertid nye avregningspriser på kylling pr. 21. juni 2010 som gjorde at det lønnet seg for produsenter som leverte slakteklar kylling til Nortura sine slakterier og også kjøpe daggamle slaktekyllinger fra Nortura/Hå sine rugerier. Det at Nortura reduserer kiloprisen på slakteklar kylling med 40 øre for alle sine leverandører kan ikke sies å være et brudd på de vilkår som ble satt av tilsynet i 2007 da dette i seg selv ikke kan sies å være en forskjellsbehandling av slaktekyllingprodusenter. Prisreduksjonen kompenseres imidlertid i form av et ”rugeritillegg” som utbetales under den forutsetning av at man har kjøpt den daggamle kyllingen hos et Nortura-rugeri (Hugaas 2011). Dette vil medføre en ulempe for de produsentene som velger andre leverandører enn Nortura, herunder Hugaas som eneste konkurrent i rugerimarkedet. Tilsynet fryktet ved behandlingen av fusjonssaken at Nortura ville inneha insentiver til å utøve markedsrett ovenfor slaktekyllingprodusenter som ikke leverer til deres slakterier, og påla dermed vilkår som plikter til ”ikke-diskriminerende” atferd. Det som skjer i ettertid er at Nortura innfører en prisstrategi som ikke direkte forskjellsbehandler etter valg av slakteri, men etter valg av rugeri. De ”binder” dermed produsenter som leverer til deres slakterier til også å kjøpe daggamle kyllinger fra deres rugerier. De produsentene som kjøper daggammel kylling hos Hugaas Rugeri AS for så å levere til Nortura-slakterier, rammes av prisreduksjonen, men kompenseres således ikke på noen måte. For disse produsentene er faktum at de får 40 øre mindre pr kilo levert

slaktekylling fordi de kjøper råvaren fra en konkurrent av Nortura (Hugaas 2011). Dette vil i praksis bety en forskjellsbehandling av produsenter. Det kan mot dette anføres at slaktekyllingprodusenter står fritt til å velge andre slakterier enn Nortura. Hugaas bemerker imidlertid at det for samtlige produsenter på Østlandet ikke eksisterer noen alternativ mottaker av slaktekyllingen enn nettopp Nortura (Hugaas 2011). For disse produsentene vil ”rugeritillegget” bety en reell forskjellsbehandling i forhold til deres valg av rugeri. Etter vedtaket fra Konkurransetilsynet plikter Nortura å ”levere daggamle slaktekyllinger til alle slaktekyllingprodusenter som etterspør slike, på ikke-diskriminerende vilkår” jf. vedtak 2007-27 s. 17. Det kan dermed diskuteres om Nortura sitt prissystem kan anses å være i strid med dette.

I denne saken vil altså partene kunne ha en interesse av å handle i strid med de vilkår som ble pålagt, og det vil kreves en form for oppfølging av partene i ettertid for å klare å avdekke om et brudd har forekommet. I dette tilfellet ble atferden meldt inn av en konkurrent i form av en klage om brudd på krrl. § 10 om misbruk av dominerende stilling. Selv om klagen ikke omhandlet brudd på vilkårene satt i vedtaket fra 2007 bør tilsynet, som ansvarlig for etterfølgende overvåkning av partenes atferd, undersøke om prisstrukturen likevel kan være i strid med kravet om ”like betingelser.” Det er imidlertid oppnevnt en forvalter i denne saken som, etter krrl. § 16, skal ”bistå ved gjennomføringen av vedtak.” Her bør forvalter kunne overvåke partenes atferd i ettertid, og dermed kunne rapportere til tilsynet om de opplever at partene handler på en måte som kan sies å stride med de pålagte vilkår. Jeg har ikke mottatt opplysninger om at dette har skjedd. På den andre siden er både departementet og lovutvalget skeptiske til bruk av forvalter for å sikre tilsyn av ulike atferds vilkår da de mener Konkurransetilsynet er nærmest til å overvåke egne vilkår (NOU:2003:12 pkt 5.4.10 og Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) pkt. 7.8.4). Dette taler i retning av at det ikke bør kreves en klage fra en konkurrent, eller et varsel fra forvalter, før tilsynet aktivt undersøker om partenes atferd i ettertid kan anses å bryte med de pålagte vilkår.

5.2.2 Tidsbegrensning

Ved fusjonen mellom Findus Norge og Gro Industrier ble det satt en tidsperiode på fem år som ble ansett som påkrevd for at vilkårene skulle ha den ønskede effekt i markedet. Det ble argumentert for at dette var tilstrekkelig med tid for konkurrenter til å forberede og

gjennomføre eventuelle tiltak for å møte konkurransen fra Findus når vilkårsperioden utløp (Vedtak V2007-10). Gjennom mailkorrespondanse med administrerende direktør i Norrek AS kommer det frem at tidsperioden for vilkårene med fordel kunne vært lenger. Dette da Norrek forventer dårligere leveringsbetingelser når forpliktelsene opphører. Det ble imidlertid påpekt i vedtaket at vilkårene kan fornyes når perioden utløper (V2007-10 s. 21). Jeg har ikke klart å få klarhet i om det ved den fastsatte tidsperiodens utløp blir foretatt noen form for undersøkelser fra tilsynet side for å vurdere om varigheten har vært tilstrekkelig for å eliminere de forventede konkurransebegrensningene.

Når det kommer til fusjonen mellom Prior og Norgården vedtok regjeringen, ved kongelig resolusjon, å tillate Priors kjøp av Norgården på vilkår. I vedtaket ble Prior blant annet pålagt å selge Norgårdens aksjer i Eggprodukter AS, samt å forsyne Eggprodukter med tilstrekkelig råstoff (Konkurransetilsynet 2006). Pålegg om levering av råstoff til Eggprodukter ble begrunnet med behovet for å opprettholde Eggprodukters konkurransekraft i markedet for videreforedling og salg av eggprodukter etter Priors erverv av Norgården. Leveringsplikten ble satt til å gjelde i fem år fra vedtakstidspunktet, da det følger av konkurranseloven § 6 at enkeltvedtak normalt ikke skal gjelde mer enn fem år og aldri mer enn ti år (Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet 2005). Eggprodukter søkte i ettertid om forlengelse av denne leveringsplikten. Daglig leder i Eggprodukter AS, Bjørn Arild Bøhleng, kan bekrefte pr telefon at anmodningen ble avslått av departementet jf. saksnummer 2006/403 dokumentnummer 20. Dette dokumentet er unntatt fra offentligheten. Jeg søkte om innsyn i dokumentet, men på det tidspunktet denne oppgaven gikk i trykken var begjæringen fortsatt under behandling hos FAD. Jeg vil dermed ikke kunne vise til departementets vurderinger når det kommer til hvilken hjemmel det er for å forlenge slike vilkår som pålagt i denne saken. Det kan dermed se ut til at Konkurranselovens § 6 åpner for en ”fornyelse” av enkeltvedtak, men at en anmodning om ”forlengelse” av en leveringsplikt ikke ble godkjent. Jeg kan dessverre ikke gå nærmere inn på begrunnelsen for dette da dokumentet som sagt er unntatt fra offentligheten.

Diskusjonen rundt adgangen til å forlenge varigheten til et vilkår kan trekkes videre til å gjelde det tidsperspektivet Konkurransetilsynet skal forholde seg til ved en fusjonsvurdering. Når tilsynet skal vurdere om en fusjon vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, må tilsynet foreta en konkurransefaglig analyse av de fremtidige virkninger

foretakssammenslutningen vil få på de markedene som berøres (Stemshaug og Valla 2009 s. 2). Hvor langt fremover i tid denne vurderingen skal foretas er imidlertid uklart. Før fusjonen mellom DnB og Gjensidige NOR i 2003 praktiserte tilsynet en regel om at de kun så to år frem i tid. Da partene i denne saken kunne fremlegge troverdige estimater på at de ville ha store kostnadsgevinster også etter to år, ble tilsynets ståsted på dette punktet utfordret. Det kan se ut til at tilsynet i ettertid av denne saken ikke har uttalt et de kun tar hensyn til effekter to år frem i tid.

Når det kommer til fastsettelse av varighet for vilkår vil tilsynet også måtte foreta en vurdering av konkurranseforholdene i markedet i fremtiden. Her vil tilsynet måtte foreta en avveining mellom ulike interesser. På den ene siden er det viktig at vilkårene pålegges i en tilstrekkelig tidsperiode slik at man er sikker på at konkurransebegrensningene elimineres. På den andre siden er det viktig at vedtaket ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med inngrepet, nemlig å gjenopprette konkurranse slik den forekom før fusjonen. I denne vurderingen vil det være hensiktsmessig å ta hensyn til hastigheten på utviklingen i markedet, der rask teknologisk utvikling og høy grad av innovasjon bør tilsi kortere varighet for vilkår. Ved fusjonen mellom BBS og ZebSign uttrykte partene at tre års varighet ville være tilstrekkelig. Tilsynet fant det imidlertid nødvendig at vilkårene for å godta ervervet gjelder i fem år fra den dag vedtaket fattes. Dette ble begrunnet med tilsynets vurdering av mulighetene for fremtidig internasjonal konkurranse på området (V2005-10 s. 13). Et poeng er uansett at man bør se fremover, og på best mulig måte foreta grundige vurderinger av den fremtidige utviklingen. Dette begrenses imidlertid av at jo lenger frem man ser, jo mer usikre blir estimatene. En bør derfor fokusere på de nærmeste årene.

5.3 Andre utfordringer

5.3.1 Markeder preget av rask teknologisk utvikling

Som nevnt tidligere i oppgaven vil det kunne oppstå ulike utfordringer med å finne vilkår som på en god måte vil eliminere de forventede konkurransebegrensningene som følge av en fusjon i industrier som preges av stadige endringer. I slike markeder vil det være ekstra vanskelig å skulle forutsi hvilke virkninger ulike vilkår vil ha, samt hva situasjonen i

markedet vil være noen år frem i tid. Siden 2004 er det grepet inn mot to fusjoner som kan sies å operere i et marked preget av en høy grad av teknologisk utvikling, og således raske endringer. I 2005 grep Konkurransetilsynet inn mot fusjonen mellom Bankenes Betalingssentral (BBS) og ZebSign gjennom å pålegge ulike atferds vilkår. Gjennom vedtaket uttaler tilsynet at markedet er i etableringsfasen. I tillegg nevnes det faktum at det er muligheter for at den geografiske avgrensningen vil endre seg på sikt (V2005-10 s. 9). Disse uttalelsene taler i retning av at tilsynet erkjenner det faktum at partene opererer i et marked preget av relativt raske endringer, både i forhold til teknologisk utvikling og antall aktører i markedet. Dette støttes av partene da de gjennom tilbakemelding på begrunnet varsel om vedtak uttrykker bekymring for at markedsforholdene vil endre seg i forhold til det som er lagt til grunn av Konkurransetilsynet (V2005-10 s. 2). Den andre saken der partene kan sies å operere i et marked preget av en høy grad av teknologisk utvikling er fusjonen mellom Telenor og Tiscali i 2005. Her la tilsynet til grunn at fusjonen ville forsterke en vesentlig begrensning i sluttmarkedene for bredbånd og oppringt internett., samt forsterke en vesentlig begrensning i grossistmarkedet for bredbåndaksess. Dette er markeder som kan sies å ha utviklet seg betraktelig de siste årene. I vedtaket ble det anført at markedet for oppringt internett var i tilbakegang da det var ventet at flere konsumenter ville gå over til bredbånd. Dette bekreftes gjennom en rapport utarbeidet av Post- og teletilsynet i 2011. Totalt var det 1,603 millioner private bredbåndsabonnement ved utgangen av første halvår 2011. Til sammenlikning ble det rapportert om lag 20.000 kunder med oppringt Internettforbindelse ved utgangen av første halvår 2011. (Post- og teletilsynet 2011, s. 18). Dette viser at andelen kunder med oppringt internett er svært liten. I tillegg viser rapporten at det har vært en jevn økning i antall private bredbåndskunder fra 2004 og frem til i dag (Post- og teletilsynet, 2011 s. 17). Siden vedtaket ble fattet i 2005 har bruk av internett, og dermed også krav til hastighet, endret seg. Også andre produkter, som eksempelvis mobilt bredbånd, har vokst kraftig de siste årene. Etter dette kan det konkluderes med at telekommunikasjonsmarkedet er et marked i rask endring.

Det kan dermed argumenteres for at Konkurransetilsynet bør utvise forsiktighet ved påleggelse av vilkår i disse sakene da det knytter seg en grad av usikkerhet til utviklingen i markedene. Tilsynet argumenterer imidlertid for at de endringen som nevnes i vedtaket for fusjonen mellom BBS og ZebSign ikke er forventet å skje innenfor den tidsperiode som Konkurransetilsynet tidligere har lagt til grunn i fusjonsvurderinger (V2005-10 s. 9). I tillegg

uttaler tilsynet at den alminnelige omgjøringsadgangen som gjelder for forvaltningens avgjørelser i tilstrekkelig grad vil kunne ivareta partenes bekymring om endrede markedsforhold (V2005-10 s. 2). Her vil partene kunne søke seg fritatt fra vilkår som ikke lenger er nødvendige. Dette vil imidlertid ikke beskytte forbrukerne om de pålagte vilkår ikke er tilstrekkelige i forhold til å eliminere begrensninger i konkurransen. Det er her tvilsomt om det finnes hjemmel for å skjerpe vilkår om man i ettertid, grunnet en uforutsett utvikling, ser at vilkårene ikke er tilstrekkelige. Det kan her ikke sies å være utenkelig at utviklingen i slike marked tar en annen retning enn det tilsynet legger til grunn ved sine vurderinger på fusjonstidspunktet. Dette kan på den ene siden tale for at man bør pålegge vilkår med kortere varighet ved bruk av atferds vilkår. Mot dette kan det argumenteres at kortere varighet minker sannsynligheten for at vilkårene vil eliminere konkurranseproblemene. Når det kommer til strukturelle vilkår bør omfanget av utskilt enhet vurderes særlig nøye sammen med kravet til egnet kjøper. Selv om bruk av vilkår vil være utfordrende der partene opererer i marked preget av raske endringer, må det være opp til tilsynet å foreta vurderingen mellom godkjenning, forbud eller inngrep ved vilkår.

5.3.2 Bruk av vilkår i små økonomier

Norsk økonomi er liten i global sammenheng med et lite hjemmemarked. Paas (2008) definerer i sin artikkel en liten økonomi som et land med et innbyggertall under 10 millioner mennesker (Paas 2008, s. 94). Norge vil etter denne definisjonen dermed kunne omtales som en liten økonomi med sine ca. 4 920 000 innbyggere pr 1. januar 2011 (Statistisk Sentralbyrå 2011). Mange av de utfordringene Paas (2008) trekker frem i sin artikkel vil dermed kunne være aktuelle for Norge sin del. Som nevnt tidligere vil behovet for skalafordeler, og en viss størrelse på produksjonen, kunne gjøre at vårt hjemmemarked kun har plass til et vist antall aktører i utvalgte industrier. Dette kan medføre utfordringer i forhold til å finne egnede kjøpere som er kapable til å drifte den utskilte virksomheten videre som en konkurransedyktig rival til de fusjonerte partene. Her vil størrelsen på norsk økonomi kunne medføre en utfordring i forhold til bruk av strukturelle vilkår. Om vi ser på fusjonen mellom Rema 1000 og Lidl i 2008, ser vi at utformingen av dagligvarebransjen i Norge setter visse begrensninger i forhold til hvilke aktører som kan karakteriseres som potensielle kjøpere. Visse momenter, som kravet til kjedetilknypning, og et marked som i 2008 har en butikkflora som kan betjene 7,5 millioner mennesker (Hagen 2008) men med en reell kundemasse på ca.

4 millioner, gjorde at det kun var de fire store butikkkjede grupperingene som ble ansett som passende kjøpere. Da tre av disse allerede var tilstede i markedet, stod man igjen med en aktuell kjøper. Her kan man argumentere for at størrelsen på, og utformingen av, markedet representerer visse utfordringen ved påleggelse av vilkår som innebærer salg av hele, eller deler, av virksomheten.

Også det at vi i Norge har mange små og lokale marked, og at disse lokale markedene i mange saker blir ansett som det relevante marked i en fusjonssak, medfører visse utfordringer. I forarbeidene til konkurranseloven er det forutsatt at Konkurransetilsynet skal legge betydelig vekt på konkurranseforholdene i lokale markeder. Dette fremgår blant annet av Innst. O. Nr 50 (2003-2004) pkt. 2.6 og ble også uttalt under debatten i Odelstinget (V2004-32 s. 10). I St. meld. nr. 15 (2004-2005) uttalt det at for spredbygde områder i Norge vil valgmulighetene når det kommer til forretninger eller tjenesteleverandører være begrenset. Det er en stor utfordring å legge til rette for virksom konkurranse i slike markeder, særlig fordi mange av de lokale markedene opplever synkende folketall og dermed dårligere grunnlag for å drive lønnsom næringsvirksomhet (Konkurransetilsynet (2009) Konkurransen i Norge s. 29). I Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) blir behovet for alminnelig meldeplikt begrunnet i behovet for å oppdage foretakssammenslutninger i henholdsvis smale markeder, markeder for innsatsvarer/tjenester og i lokale markeder (Konkurransetilsynet (2009) Konkurransen i Norge s. 30).

Her erkjenner man at det i Norge finnes mange smale og lokale markeder, som gjennom behandlingen av en rekke fusjonssaker defineres som egne avgrensede markeder i konkurransemessig betydning. Også det faktum at Norge, nest etter Island, er Europas minst tett befolkede land (Statistisk Sentralbyrå 2008), taler i retningen av mange små, lokale markeder. Når man vurderer de konkurransemessige følgene av en fusjon for hvert enkelt lokalk marked, og ikke ser på det nasjonale markedet under ett, vil dette kunne få ulike følger for utfallet av fusjonsbehandlingen. Om man ser på en fusjon mellom to landsdekkende kjeder, vil en analyse av nasjonale effekter kunne medføre at fusjonen som helhet ikke medfører konkurranseproblemer om man ser på det norske markedet under ett. Om man imidlertid analyserer konkurransemessige virkninger for hvert enkelt lokalk marked isolert, vil man kunne finne at fusjonen begrenser konkurransen i utvalgte lokalk marked. Her vil fokuset på lokale markeder versus nasjonale markeder kunne gi to ulike utfall.

I fusjonssaker som eksempelvis Rema 1000/Lidl, Shell/YX, Norli/Libris og Lemminkäinen/Mesta ble det relevante marked ansett som lokalt, og partene ble pålagt å selge ut lokale utslagssteder for å gjenopprette konkurransen i de lokale markedene. Om det er korrekt å ignorere den nasjonale dimensjonen kan diskuteres, men det er klart at man ved behandlingen av norske fusjonssaker i noen tilfeller må ta andre hensyn enn ved behandlingen av foretakssammenslutninger mellom store internasjonale aktører som opererer på store internasjonale markeder.

Når det kommer til fusjonen mellom Rema 1000 og Lidle må imidlertid bemerkes at tilsynet i vedtaket sier seg enig i at det kan være en nasjonal dimensjon i markedsavgrensningen (V2008-10 s. 5), men de konkluderer med at de relevante markedene for dagligvarer solgt til forbruker gjennom dagligvarebutikker er lokale. Når de da finner at foretakssammenslutningen vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i Nordfjordeidområdet, vil tilsynet måtte gripe inn gjennom forbud eller pålegge av vilkår. Den løsningen tilsynet velger i denne saken er å pålegge et vilkår som i utgangspunktet i teorien vil løse de påviste konkurransebegrensningene, men der man gjennom en spesifikk formulering ikke pålegger partene en faktisk plikt til å gjennomføre salget/utleie. Om dette begrunnes med at det nasjonalt sett vil være uforholdsmessig å forby hele fusjonen grunnet problemer med å finne passende kjøper i et lokalk marked, legger de således en nasjonal dimensjon til grunn. Her kan det sies at tilsynet går mot egen vurdering i saken der de faktisk konkluderer med at det relevante markedet er lokalt.

6 Tiltak for å effektivisere bruk av vilkår

For å kunne bedre praksisen rundt bruk av vilkår, og således gjøre strukturelle- og atferds vilkår mer effektive, er det viktig å kjenne til de utfordringer som kan oppstå når de aktuelle konkurransemyndighetene griper inn mot en foretakssammenslutning gjennom å pålegge vilkår. Når disse utfordringene er identifisert vil man kunne utlede ulike tiltak som kan avhjelpe de konkrete utfordringene man vet kan oppstå.

6.1 Bruk av simuleringsmodeller

Lyons og Davies (2007) argumenterer for bruk av simuleringsmodeller for å kunne fastslå effektiviteten av inngrep ved bruk av vilkår. De forutsetter at ethvert vilkår må evalueres etter hvor effektive de er i å gjennomrette konkurransen i markedet etter en fusjon. Dette krever en forståelse av både konkurransen i markedet før fusjonen, hva som hadde skjedd etter fusjonen om det konkrete vilkåret ikke hadde blitt pålagt, samt hva som kan forventes å skje etter fusjonen om man griper inn ved bruk av vilkår. Lyons og Davies fremsetter at man best kan forutse slike utfall gjennom simuleringer av markedet. De foreslår å bruke enkle simuleringsmodeller for å tallfeste virkningen av en fusjon på eksempelvis pris og produksjon i et marked. Tar man dette videre til evalueringen av ulike vilkår, vil man kunne sammenlikne situasjonen i markedet med og uten bruk av vilkår. Dette gjør at konkurransemyndighetene, gjennom bruk av enkle simuleringsmodeller, kan avgjøre om samfunnet er tjent med at vilkår pålegges eller ikke. Dette vil dermed bidra til å gjøre bruken av vilkår mer effektivt.

Slike type simuleringer vil ofte være svært tid- og ressurskrevende. Ved behandlinger av fusjonssaker vil konkurransemyndighetene være utsatt for et tidspress, der det i mange tilfeller ikke vil være anledning til verken å innhente nok informasjon for å kunne kalibrere de ulike parameterne, eller å foreta selve simuleringen. Det kan derfor være et behov for å kunne utlede enklere versjoner av simuleringsmodellene som kan utføres raskere, og der behovet for data er mindre. Lyons & Davies nevner i sin bok tre eksempler av mer grunnleggende simuleringer som de mener vil kunne fungere godt ved behandlinger av

fusjonssaker, herunder modeller som kan benyttes ved både homogene og differensierte produkter.

For horisontale fusjoner der strukturelle vilkår pålegges i form av salg av hele eller deler av virksomheten i et spesifikt marked, vil modelleringen være relativt enkel. Om den fusjonerte enheten pålegges å selge ut hele sin virksomhet i et relevant marked til en aktør som ikke er aktiv i markedet, vil situasjonen sett i forhold til markedsandeler, være som før fusjonen. Det ”eneste” som endres er eierforhold. Det vil imidlertid kunne forekomme endringer i ettertid om ikke den nye eieren klarer å videreføre driften, men dette tar den opprinnelig simuleringen et steg videre. For vertikale fusjoner vil det være en større utfordring å skulle forutsi effektene av det å pålegge vilkår. Dette skyldes at det kan være vanskeligheter med å forutse hvilke effekter en vertikal fusjon kan ha på markeder. Dette gjelder både i forhold til utestengelse av konkurrenter og beregning av blant annet effektivitetsgevinster og eliminering av dobbel marginalisering.

I tillegg til ulikheter i forhold til type fusjon, vil også type vilkår være avgjørende for hvor vanskelig det vil være å forutsi effekten av det pålagte vilkåret på markedet. Igjen vil strukturelle vilkår være enklere å modellere da vi kun kan forholde oss til endringer i markedsstrukturen. Når det gjelder atferds vilkår vil det være større utfordringer knyttet til å forutsi hvordan bedrifter kan endre atferd, og således endre karakteren av oligopolspillet.

Bruk av simuleringen for å kunne forutsi effekten av pålagte vilkår ved fusjoner har en rekke svakheter. I vekstmarkeder der markedsandeler endres raskt, eller der nye produkter introduseres fortløpende, vil det ofte være svært vanskelig å benytte seg av slike grunnleggende simulering som er gjennomgått her. I tillegg vil det som sagt være lettere å benytte seg av slike metoder ved horisontale fusjoner pålagt strukturelle vilkår, enn ved vertikale fusjoner pålagt ulike atferds vilkår. Det som det imidlertid er viktig å fremheve er at slike simuleringer kan være et nyttig verktøy som kan brukes i tillegg til vurderinger av markedsandeler. Som forfatterne av boken illustrerer vil ulike estimater for elastisiteter gi et svært ulikt resultat. Det argumenteres derfor for at grunnleggende simuleringer vil kunne gjøre at man er i stand til å kombinere evnen to varer har til å substituere hverandre sammen med en vurdering av markedsandeler.

6.2 Tiltak for å hindre kollektiv dominans ved bruk av vilkår

Om man i fusjonssaker forplikter partene å selge ut hele, eller deler, av virksomheten for å eliminere en forventet begrensning i konkurransen, vil man ofte ende opp med å endre hele symmetrien i markedet. Om den endrede symmetrien i markedet gjør at partene og en, eller flere, av deres konkurrenter blir mer symmetriske i forhold til markedsandeler, vil man kunne ende opp med å eliminere ett konkurranseproblem, men skape et annet.

Det er foretatt noen grep fra Kommissjonens side for å begrenser risikoen for kollektiv utøvelse av markedsrett. Gjennom the Commission Notice fra 2004 settes det en rekke krav til kjøper for å sikre at det ikke forekommer noen form for samarbeid mellom kjøper og selger i ettertid, verken aktivt eller stilltiende. For det første må kjøper være uavhengig og uten tilknytning til partene jf. paragraf 48. Begrepet "unconnected" (uten tilknytning), kan etter ordlyden tolkes som at foretakene ikke må ha noen form for forbindelse eller sammenheng med hverandre, men det er uklart hva som konkret legges i begrepet. Videre fremsettes det at kjøper må "have the incentive (...) to maintain and develop the divested business as a (...) active competitor with the parties" jf. paragraf 48. Her kan man anta at det siktes til blant annet stilltiende samarbeid, men det er videre usikkert hvordan konkurransemyndighetene vil ha muligheten til å avdekke eventuelle avvik fra dette kravet hos en potensiell kjøper. Enhver potensiell og interessert kjøper vil i en forhandlingssituasjon hevde at vedkommende innehar insentiver til å konkurrere aktivt med partene i ettertid. Den aktuelle konkurransemyndighet vil imidlertid kunne benytte de samme retningslinjene som brukes ved undersøkelser i forbindelse med en fusjonsbehandling der man mistenker at fusjonen vil medføre fare for stilltiende samarbeid. Dette betyr at tilsynet, ved påleggelse av strukturelle vilkår som således endrer markedsstrukturen, bør sjekke ut om denne endringen som følge av vilkåret vil legge til rette for et marked som oppfyller sentrale kriterier for dannelse av koordinerte effekter. For en oversikt over hva disse kriteriene innebærer se blant annet Nese & Solberg (2007). Avslutningsvis settes det krav om at oppkjøpet ikke med sannsynlighet vil skape nye konkurranseproblemer jf. paragraf 48. Her kan man anta at Kommissjonen sikter til alle former for utfall som kan skape problemer for konkurransen, også stilltiende samarbeid.

I denne sammenheng foreslår Motta et al. (2003) at konkurransemyndighetene følger den samme todelte tilnærmingen som benyttes i fusjonsanalyser. Her vil man ved pålegg om strukturelle vilkår måtte analysere faren for både ensidige effekter, og kollektive effekter. Vilkår bør kun aksepteres, og fusjonen klareres, om begge testene er bestått (Motta et al. 2003). Dette er dessverre ikke alltid like lett å gjennomføre i praksis. Om markedet allerede er begrenset før fusjonen, vil forslaget om at vilkår kun skal aksepteres om de resulterer i et marked fritt for både ensidige og kollektive markedsbegrensninger, være urealistisk. Som sagt vil konkurransemyndigheten i saker der konkurransen allerede er begrenset måtte velge mellom å godkjenne en fusjon som kan begrense konkurransen ytterligere, eller godkjenne fusjonen på gitte vilkår der man returnerer markedet til en situasjon der konkurransen er begrenset. Valget blir dermed i noen tilfeller mellom to onder - ensidig eller kollektiv dominans etter fusjonen.

Sammen med forslaget om bruk av en tosidig test, argumenterer Motta et al. (2003) for at Kommisjonen (eller den aktuelle konkurransemyndighet) bør bruke sin forhandlingsmakt, bestående av deres mulighet til ikke å godkjenne en fusjon, til å eliminere ulike praksiser som kan skape stilltiende samarbeid. I tilfeller der avtaler om informasjonsutveksling, eller andre liknende forretningsavtaler, legger til rette for kollektiv dominans uten at tilhørende effektivitetsgevinster er fremlagt, bør myndigheten kreve at partene ikke lenger overholder slike avtaler. Også krav om forhåndsgodkjent kjøper bør benyttes mer systematisk, da det er viktig at konkurransemyndighetene kjenner identiteten til kjøper. Kun på denne måten kan de sikre at bruk av vilkår ikke fremmer kollektiv dominans i ettertid av fusjonen. Mer om dette vil bli gjennomgått i avsnitt 6.4.2.

En annen løsning er fremsatt av Werden, Froeb og Tschantz (2005) om bruk av incentivkontrakter. Forslaget innebærer at de fusjonerte partene inngår en bindende avtale med en tredje part, kontraktøren, som innehar de rette insentiver og muligheter til å overvåke den fusjonerte enhetens handlinger. Kontrakten fastsetter at den fusjonerte enheten må betale kontraktøren en sum pr enhet om prisene øker eller kvantum reduseres, og at kontraktøren må betale de fusjonerte partene en belønning om kvantum økes eller prisene reduseres. Om størrelsen på straffegebyret/gevinsten er riktig satt vil insentivene til å handle på en måte som kan redusere velferden elimineres (Werden et al. 2005).

6.3 Gjennomføre studier av tidligere fusjonsvedtak

For å kunne videreutvikle, og således forbedre, praksisen rundt godkjenning av fusjoner på gitte vilkår, vil det være nødvendig å gjennomføre studier av tidligere saker der vilkår er pålagt. Kun gjennom å se på utfallet av tidligere saker vil man kunne tilegne seg erfaring som vil kunne bedre praksisen rundt vilkår i fremtiden. I Europa finnes det en rekke eksempler på at dette er gjort. Gjennom en rapport utarbeidet av the Competition Commission (CC) i 2010 kommer det frem at CC er forpliktet til å delta i forskning av tidligere pålagte vilkår med den målsetning å forsikre at erfaring fra tidligere saker benyttes i videreutviklingen av retningslinjer og praksis rundt bruk av vilkår (The Competition Commission 2010, s. 2). I 2008 gjennomførte de en studie av åtte fusjonssaker, der henholdsvis strukturelle- og atferds vilkår ble pålagt som betingelse for at fusjonen ble godkjent. Også ICN (International Competition Network) har gjennomført en liknende studie av tidligere fusjonssaker. Hovedfokuset i rapporten var å tilby en praktisk guide som skisserer hovedprinsippene, og det verktøy, som kan brukes ved inngrep mot fusjoner gjennom pålegg om vilkår, basert på, og illustrert ved, praksis rundt vilkår i ulike jurisdiksjoner (ICN Merger Working Group 2005, s. ii). I tillegg publiserte EU-kommisjonen i 2005 et studie av 40 fusjonsvedtak i en 5 års periode fra 1996 til 2000 (Kopke 2005). Målsetningen med studie var å avdekke eventuelle svakheter ved utforming og implementering av vilkår, samt å se på hvor effektive de faktiske avhjelpene tiltak er. Alle disse studiene har bidratt til å avdekke vesentlige svakheter ved de ulike vilkårene, noe som igjen vil kunne hjelpe de aktuelle konkurransemyndighetene til å pålegge mer effektive vilkår. Etter min kunnskap er det ikke gjennomført liknende studier i Norge.

6.4 Andre tiltak

6.4.1 Bruk av informasjonsskjema

Gjennom Commission Regulation no 1033/2008 tilføres en endring til The Merger Regulation fra 2004. I artikkel 20 settes det inn en paragraf som utvider partenes plikter i forhold til å bidra med informasjon og opplysninger i forbindelse med forslag til vilkår i en fusjonssak. Partene pliktes å fremlegge et skjema, et såkalt Form RM, som spesifiserer den

informasjonen, og de dokumentene, som skal sendes samtidig med at forslag til vilkår fremlegges. Type informasjon som kreves vil kunne variere i forhold til hvilke vilkår som foreslås. Partene vil kunne diskutere med Kommisjonen hvilke type informasjon den krever fra sak til sak. Informasjonen anses som nødvendig for Kommisjonen i forhold til å avgjøre om de foreslåtte vilkår vil eliminere konkurransebekymringene.

Når det gjelder type informasjon, stilles det krav om detaljert informasjon om formålet med vilkåret samt betingelsene for implementering. Videre skal det gis opplysninger om blant annet vilkårenes egnethet til å fjerne konkurransebegrensningene, samt generell informasjon om virksomheten som selges ut. Dette gjør at Kommisjonen på en bedre måte kan avgjøre levedyktigheten og salgbarheten til virksomheten, samt egnetheten til en eventuell kjøper.

Gjennom å pålegge konkrete krav til type informasjon som må fremlegges av partene, vil Kommisjonen kunne veie opp for den ulempen den har i forhold til mangel på informasjon. Man har også tidligere kunne krevd den informasjonen som nå nærmere spesifiseres. Under det nye rammeverket vil imidlertid Kommisjonen kunne utøve større kontroll over partene, og tilpasse informasjonen til hver enkelt sak. Gjennom å formalisere og konkretisere kravene til å gi informasjon vil Kommisjonen videre legge større press på partene i forhold til å overgi fullstendig informasjon (Kratsas 2009). I tillegg vil skjemaet gi verdifull veiledning til partene i forhold til hva som kreves av informasjon, og på denne måten gjøre kontroll med foretakssammenslutninger mer forutsigbart (Kratsas 2009).

6.4.2 Bruk av "up-front-buyers"

Paragraf 53-56 i Commission Notice (2004) gir eksempler på når det kan være hensiktsmessig å benytte seg av en såkalt "up-front-buyer". Dette innebærer at fusjonen ikke kan gjennomføres i sin helhet uten at en bindende avtale med en identifiserbar kjøper er inngått. Dette vil være særlig aktuelt i saker der det er betydelige hindringer for et salg, eller i tilfeller der det er vanskeligheter med å finne en passende kjøper. Ved bruk av en forhåndsgodkjent kjøper vil tilsynet med enda større sikkerhet kunne konkludere med at vilkårene vil bli implementert, og at konkurransesituasjonen i markedet således ikke forverres som følge av fusjonen jf. paragraf 54.

Forbud mot gjennomføring av foretakssammenslutningen før endelig avtale om salg er inngått vil gjøre at partene fullt ut må forplikte seg til å finne en passende kjøper som tilsynet vil godkjenne. Det vil være i partenes interesse at dette skjer så snart som mulig da enhver forlengelse av fusjonsprosessen betyr tap for den fusjonerte enheten. I tillegg til at partene vil få et insentiv til å finne en passende kjøper raskest mulig, vil man også kunne anta at de vil få et ekstra insentiv til å finne en kjøper de vet tilsynet vil godkjenne. Det å foreslå en kjøper som ikke tilfredsstillende de kravene tilsynet setter, vil forlenge prosessen, og dermed ikke være i partenes interesse. Et gjennomføringsforbud som gjelder etter at endelig vedtak er fattet vil således kunne avhjelpe mot partene insentiver til å finne en kjøper som ikke representerer en reell konkurrent i ettertid, samt et om salgsprosessen fremskyves vil partene ha mindre mulighet til å handle på en måte som kan skade utsolgt enhet.

En ulempe med å forby gjennomføring før endelig salgavtale er på plass er at fusjonsprosessen kan bli ytterligere forsinket. I tilfellet med fusjonen mellom Norli og Libris opphevet tilslutt tilsynet gjennomføringsforbudet da partene kunne fremlegge avtale om salg for seks av syv bokhandlere. Om tilsynet hadde opprettholdt forbudet til avtale forelå for alle de syv utsalgsstedene, ville fusjonen enda ikke vært gjennomført (pr. 24. oktober 2011). Dette vil kunne anses som urimelig byrdefullt for partene. Også for fusjonen mellom Rema 1000 og Lidl ville et krav om bindende salgavtale før gjennomføring av fusjonen kunne anses som urimelig da vanskeligheter med å finne en kjøper av et utsalgssted kunne stoppet overtakelse av 49 andre butikker. Det som imidlertid må bemerkes er at den byrde et slikt forbud medfører for partene må holdes opp mot den potensielle skaden på konkurransen en fusjon uten gjennomført avhending kan påføre. Erling Hjelmeng, professor ved Universitetet i Oslo, mener et gjennomføringsforbud etter at endelig vedtak er fattet, må hjemles som et vilkår for gjennomføringen, jf. § 16 tredje ledd.

6.4.3 Grundig vurdering av potensiell kjøper

I de fleste tilfeller der de fusjonerte partene blir pålagt å selge ut hele, eller deler, av virksomheten vil det være avgjørende for vilkårets effektivitet å finne en egnet kjøper som tilfredsstillende de krav om settes. I denne forbindelse argumenteres det for viktigheten av å foreta en grundig vurdering av potensielle kjøpere. Studier av konkrete saker viser at en inngående vurdering og undersøkelse av potensielle kjøpere er nødvendig, da utsagn fra

kjøpere ikke er en tilstrekkelig indikatorer på genuin interesse for å drifte virksomheten videre som en sterk konkurrent til partene. Erfaring fra tidligere saker tilsier at det er viktig å forstå hvilke intensjoner kjøper har med oppkjøpet eller overtakelsen. Her vil myndighetene kunne ha en dialog med potensielle kjøpere om deres spesifikke planer for den ervervede virksomheten, samt hvordan oppkjøpet passer med deres overordnede strategi (The Competition Commission 2010, s. 8). Dette vil skape mer arbeid for konkurransemyndigheten, men slike tiltak vil være en forsikring om at den utskilte enheten i fremtiden vil representere faktisk konkurranse for partene. I denne sammenheng nevnes også viktigheten av å ta hensyn til interessene til ledelsen i den virksomheten som selges ut. I tilfeller der ledelsen er i mot salget, vil dette øke faren for en ineffektiv salgsprosess. Her bør man vurdere muligheten for å benytte forvalter for å overse denne prosessen (The Competition Commission 2010, s. 8).

6.4.4 Krav om fremleggelse av et annet alternativt vilkår

I mange tilfeller vil partenes mest foretrukne vilkår være usikre i forhold til utfallet etter fusjonen. Dette kan skyldes forkjøpsrettigheter til en tredjepart, usikkerhet i forhold til overførbarheten til nøkkelkontrakter eller andre eiendomsrettigheter, sammen med usikkerhet i forbindelse med å finne en egnet kjøper. I slike tilfeller vil Kommisjonen kunne kreve at partene må fremlegge et forslag til et annet alternativt vilkår som partene er forpliktet til å gjennomføre om de ikke er i stand til å gjennomføre sitt mest foretrukne vilkår. Alternativet må anses som minst like godt som det vilkåret partene i utgangspunktet foretrekker i forhold til det å skape en levedyktig konkurrent, og det må ikke være knyttet usikkerhet til implementeringen. Videre må vilkåret kunne implementeres ”raskt” jf. The Commission Notice paragraf 45. Det settes også krav til at det etableres klare kriterier for hvordan og når det foreslåtte alternativet vil tas i bruk. Mer spesifikt må alternativet bestå av en annen virksomhet enn i det som foreslås i det foretrukne forslaget. I tilfeller der det er vanskeligheter med å finne en egnet kjøper vil en ekstra virksomhet eller ekstra eiendeler kunne legges til den opprinnelige pakken. Videre argumenteres det for at om det alternative vilkåret er mer inngripende enn det opprinnelige, vil man legge et ekstra press på partene for å få gjennomført det først pålagte vilkåret. I en fusjonssak i Storbritannia holdt man mulighetene åpne for å pålegge avhending av deler av virksomheten om ikke de pålagte atferds vilkårene ble gjennomført. Dette gjorde at partene fokuserte på å legge frem en

effektiv pakke av atferds regulerende påbud (The Competition Commission 2010, s. 7). Alle de overnevnte tiltakene vil legge et press på partene for å gjennomføre de vilkår konkurransemyndighetene mener er de mest foretrukne.

En ulempe med krav om alternativt vilkår er at dette kan skape forsinkelser i salgsperioden. I tilfeller der partene foreslår salg av ulike deler av virksomheten som ulike alternativer, kreves det at partene bevarer og holder separat alle eiendeler for både første-og andrevalget i hele salgsperioden.

Ved usikkerhet i forhold til implementeringen av vilkåret i forbindelse med tredjeparts rettigheter, eller vanskeligheter med å finne en passende kjøper, vil partene kunne velge mellom å benytte ”up-front-buyer” eller fremlegge forslag om et alternativt vilkår jf. paragraf 46.

6.4.5 Pålegge partene forpliktelser i overgangsfasen

Som nevnt tidligere i oppgaven vil man i en overgangsperiode ved salg av deler av en virksomhet kunne oppleve at selger innehar insentiver til å redusere verdien til utsolgt enhet. For å unngå at dette skjer har Kommisjonen nedsatt en rekke krav til partene i forbindelse med en midlertidig bevaring av utskilt enhet i overgangsperioden. The Commission Notice (2004) paragraf 106 fastsetter at det er partenes ansvar å redusere risikoen som er forbundet den usikkerheten som kan oppstå ved overdragelse av en virksomhet. Kommisjonen vil kunne kreve at partene tilbyr ulike forpliktelser for å opprettholde uavhengigheten, den økonomiske levedyktigheten, salgbarheten og konkurransevnen til den utskilte enheten. Disse forpliktelsene bør utformes for å holde utskilt enhet separat fra den fusjonerte enheten samt forsikre at den driftes som en uavhengig og salgbar virksomhet i dets egen beste interesse jf. the Notice paragraf 107. Videre bør forpliktelsene sørge for at partene iverksetter alle rimelige tiltak for å oppmuntre nøkkelpersonell til å bli værende i den utskilte enheten jf. the Notice paragraf 108. Dette vil kunne innebære å innføre ulike insentivordninger for de ansatte. Når det kommer til å holde utskilt virksomhet separat fra den fusjonerte enheten i overgangsperioden, vil dette blant annet innebære at personell som jobber i den enheten som selges ut ikke på noen som helst måte kan være involvert med partene etter at avgjørelsen om salg har kommet jf. the Notice paragraf 109. I denne

forbindelse er partene som oftest forpliktet til å oppnevne en ”hold-separate manager” som er ansvarlig for styringen av virksomheten samt implementeringen av forpliktelsene i overgangsperioden. Vedkommende bør handle under oppsyn av oppnevnt forvalter jf. the Notice paragraf 110. Mer om dette i avsnitt 6.4.6.

Slike krav som er gjennomgått her kan reduserer risikoen forbundet med å bevare utskilt enhet, men konkurransemyndighetene bør likevel innføre noen form for overvåkning av partene i denne perioden. I tillegg til dette bør konkurransemyndighetene i større grad sjekke at vilkårene i salg- og kjøpsavtalen overholdes (The Competition Commission 2010, s. 15), da dette kan være avgjørende for en effektiv salgsprosess, og dermed avgjørende for opprettelsen av en konkurransedyktig rival.

6.4.6 Bruk av forvalter i overgangsperioden

En utfordring ved avhending er å bevare utskilt enhet i overgangsperioden. For å forsikre at partene ikke utfører handlinger som kan skade virksomheten som selges ut kan man utnevnte en forvalter, eller en ”hold-separate manager”, som vedkommende er definert som jf. Commission Notice pkt. 2.52. Vedkommende vil handle i tråd med den utskilt virksomhetens interesser, og det er viktig at personen(e) er uavhengig av de fusjonerte partene, at de er lojale til den utskilte virksomheten, og at de har tilstrekkelig med erfaring på området (Kopke 2005). En forvalters oppgave vil være å overvåke de forpliktelsene som de fusjonerende partene påtar seg. Da de ulike konkurransemyndighetene kan ha knappe ressurser, og i mange tilfeller kan mangle industrispesifikk kunnskap som er nødvendig for å kunne utføre oppdraget, vil det være behov for å utnevne en uavhengig og kvalifisert forvalter som kan komme inn på et tidlig stadiet i salgsprosessen. I forhold til dagens ordning er det argumentert for at forvalter har vært utnevnt for sent for å kunne påvirke viktige beslutninger i den kritiske overgangsfasen. En løsning vil her være at utnevnt forvalter kommer inn på et tidligere stadiet.

6.4.7 Annen form for overvåkning

Den kanskje største utfordringen ved bruk av atferds vilkår er kravet om overvåkning av partenes atferd i ettertid av fusjonen. Det finnes imidlertid ulike løsninger for å lette på

kravet til overvåkning fra myndighetens side. Kratsas (2009) nevner i sin artikkel eksempler på saker der den fusjonerte enheten ble overvåket av mottaker/betalingsmottaker gjennom en voldgiftklausul. Voldgift er en form for privat rettergang, der partene oppretter sin egen domstol for å løse tvisten dem imellom. Avgjørelsen er endelig og uangripelig, og det er bare når det foreligger avtale om voldgift i egentlig forstand at gjeldende voldgiftsregler i tvistemålsloven kapittel 32 kommer til anvendelse med de rettsvirkninger det innebærer for partene (Ot. prp. nr. 27 2003-2004). Videre vil konkurrenter eller konsumenter i markedet også kunne fungere som kontrollører i forhold til partenes etterfølgende atferds. Det vil klart være i deres interesse at partene overholder de forpliktelser de pålegges, særlig om dette omhandler krav om levering til rivaler på ikke-diskriminerende vilkår, eller andre krav til prising i markedet. Dette momentet er også diskutert i Kwoka & Moss (2011), der de uttaler at man i saker som inkluderer atferds vilkår i stor grad belager seg på at etterfølgende problemer rapporteres av tredjepart som opplever å bli negativt påvirket. Det vil imidlertid være forhold som kan hindre rivaler eller andre markedsdeltakere i å rapportere avvik fra pålagt atferd. Risikoen for å skade sitt forholdet til partene, eller risikoen for å havne i kostbare voldgiftforhandlinger, kan gjøre at rivaler frastår å rapportere slike avvik (Kwoka og Moss 2011, ss. 28-29). Også vanskeligheter med å avdekke eksempelvis avvik fra en forpliktelse om ikke-diskriminerende leveringsvilkår grunnet konfidensielle avtaler gjør det vanskelig for konkurrenter å opptre som fullverdige kontrollører. I tillegg vil andre markedsaktører alltid søke å oppnå fordeler for egen del. Dette kan gjøre at de ikke er godt egnet om uavhengige kontrollører av partenes atferd i ettertid av fusjonen. Om man likevel ønsker deres deltakelse i overvåkingen, må disse aktørene gis klar informasjon om hvilke type vilkår som er pålagt, samt hva partene konkret må gjøre for å overholde disse. De bør også informeres om hvordan, og hvem, de skal oppsøke om de skulle ønske å sende inn klage på avvikende atferd fra partenes side (ICN Merger Working Group 2005, s. 15). Det argumenteres imidlertid for at konkurransemyndighetene bør være pro-aktive når det gjelder overvåking, og ikke kun stole utelukkende på klager fra andre markedsaktører (ICN Merger Working Group 2005, s. 15).

I tillegg til konkurrenter og konsumenter, kan konkurransemyndighetene få støtte fra tilstedeværende regulator når det gjelder etterfølgende overvåking, om den berørte industrien er underlagt regulering. Gjennom studier av tidligere fusjonssaker kommer det frem at involvering av den konkrete regulator når det kommer til overvåking kan være

svært positivt. Tilstedeværende regulator vil ofte inneha relevant ekspertise som gjør overvåkningsarbeidet av partenes atferd lettere. I tillegg vil virksomhetens kontinuerlige kontakt med industri-regulatoren gi et ekstra insentiv fra partenes side til å overholde de pålagte vilkår (The Competition Commission 2010, s. 10). Studiet viser også at bedrifter som er underlagt regulering i større grad innehar kapasiteten til å innrette seg, og overholde, pålagte vilkår enn uregulerte bedrifter (The Competition Commission 2010, s. 10).

6.5 Oppsummering

Når man kjenner de utfordringene som kan oppstå ved bruk av vilkår i fusjonssaker vil man kunne utarbeide konkrete tiltak i et forsøk på å redusere, eller i beste fall eliminere, disse. Det vil her kunne oppstå utfordringer knyttet til bruk av både strukturelle- og atferds vilkår, samt andre utfordringer som ikke nødvendigvis knytter seg direkte til en spesifikk type vilkår. Lyons & Davies (2010) foreslår å benytte enkle simuleringmodeller for å kunne sammenlikne situasjonen i markedet med og uten bruk av vilkår slik at konkurransemyndighetene, i hver enkelt sak, kan avgjøre om samfunnet er tjent med at vilkår pålegges eller ikke. Gjennom å kunne beregne fusjonens påvirkning på pris og produksjon i markedet, vil man kunne sammenlikne situasjonen med og uten vilkår. Det kan påpekes en rekke svakheter med benyttelse av slik modeller, men denne type simuleringer kan likevel være et nyttig verktøy da de gjør at man er i stand til å kombinere evnen to varer har til å substituere hverandre, sammen med en vurdering av markedsandeler.

I tillegg til vanskeligheter med å fastslå hvilken innvirkning pålegg om vilkår vil ha på markedet, vil en stor utfordringen knyttet til bruk av vilkår være der krav om avhending av deler av virksomheten øker faren for kollektiv dominans. Her fremlegges det et forslag om å benytte den samme tosidige testen som ved fusjonsanalysen når man pålegger strukturelle vilkår som endrer strukturen i markedet. Motta et el. mener at konkurransemyndighetene må foreta en test for å utelukke av den endringen i markedsstrukturen et strukturelt vilkår medfører ikke øker sjansen for stilltiende samarbeid mellom aktørene. Om man finner at det er en reell mulighet for dette, bør muligens type vilkår omgjøres, eventuelt kravene til potensiell kjøper revurderes. Vil nødvendigvis det beste være å kreve en kjøper som allerede er tilstede i samme marked nasjonal, men ikke lokalt, eller bør man se etter en ny aktør som

ikke er tilstede i dagens marked. Vedkommende vil muligens stille svakere med hensyn til erfaring, men man vil bringe inn en ny aktør slik at ikke salget medfører at forholdet mellom nåværende aktører kun blir mer symmetrisk.

Når det gjelder utfordringene knyttet til henholdsvis strukturelle- og atferds vilkår, har Kommisjonen iverksatt en rekke tiltak for å avhjelpe noen av de påviste utfordringene. Når det kommer til problemstillingen rundt asymmetrisk informasjon, og det faktum at partene selv best kjenner egen organisasjon og eget marked, har Kommisjonen innført en plikt om at partene må fremlegge et informasjonsskjema. Her vil klarere, og mer formaliserte krav til informasjon, legge større press på partene i forhold til å overgi fullstendig informasjon samt at kravene til informasjon blir mer forutsigbare for partene. Dette vil hjelpe Kommisjonen i arbeidet med påse at foreslåtte vilkår faktisk vil fungerer effektivt. Et annet tiltak som kan benyttes i samme henseende er å sette krav om fremleggelse av et alternativt vilkår. Dette vil også legge større press på partene om å gjennomføre sitt foretrukne vilkår, særlig om alternativet anses som mer inngripende eller omfattende av partene. Dette kan både benyttes ved forslag om strukturelle og atferds vilkår.

Når det kommer til vilkår om salg av hele, eller deler, av virksomheten er det foreslått en rekke tiltak som kan avhjelpe i forhold til de utfordringene som er påvist. Når det kommer til å bevare utskilt enhet i overgangsperioden har Kommisjonen gjennom Commission Notice pålagt partene en rekke forpliktelser. Fokuset ligger på å separere de to virksomhetene i størst mulig grad for å unngå at partene deltar i aktiviteter som på noen måte kan skade utskilt enhet. I dette arbeidet kan Kommisjonen benytte en såkalt "hold-separate manager", og senere en forvalter, for å påse at partene ikke bryter med de plikter som er pålagt dem. I forhold til problemer rundt det å finne en egnet kjøper som vil videreføre driften i ettertid av fusjonen, vil konkurransemyndighetene kunne sette krav om forhåndsgodkjent kjøper (up-front-buyer) der partene pålegges et gjennomføringsforbud før bindende avtale som salg kan fremlegges. Dette kan være spesielt aktuelt i saker der å finne en passende kjøper er meget avgjørende for at konkurransesituasjonen i markeder skal gjenopprettes. I tillegg vil en inngående undersøkelse av potensielle kjøpere redusere sannsynligheten for at upassende kjøper velges ut, og dermed at en potensiell sterk konkurrent til partene forsvinner fra markedet.

Når det kommer til bruk av atferds vilkår vil hovedutfordringene være å overvåke etterfølgende atferd, i passende grad konkretisere vilkår for tilgang, og kontrollere at tidsperioden satt for vilkårene er tilstrekkelig for å eliminere de forventede begrensningene i konkurransen. Kravet til overvåkning vil om mulig representere den største utfordringen da dette både er en utfordrende, til tider vanskelig, og en kostbar oppgave. Det vil være utfordrende da ikke all atferd er like lett å overvåke direkte. I tillegg vil det kunne være en skjønsmessig vurdering i hva som eksempelvis legger i ”ikke-diskriminerende” eller ”like” leveringsbetingelser. Her vil både tredjepart og Konkurransetilsynet måtte stole på at forvalter utfører en tilfredsstillende jobb men hensyn til å overvåke partenes atferd, spesielt i tilfeller det leveringsavtaler i utgangspunktet er konfidensielle. Det kan argumenteres for at overvåkning av partenes atferd i visse tilfeller kan overlates til andre aktører i markedet, eller en regulator om dette finnes i det relevante markedet, men Konkurransetilsynet vil måtte ta hovedansvaret for at dette gjøres i tilstrekkelig grad.

Et av de viktigste tiltakene som kan iverksettes i arbeidet med å effektivisere bruken av vilkår vil være å gjennomføre studier av tidligere saker der konkurransemyndighetene griper inn mot en foretakssammenslutning ved å pålegge ulike vilkår. Kun gjennom slike studier kan man innhente informasjon og kunnskap om hvilke vilkår som har lyktes i å eliminere konkurransebegrensningene, og hvilke som har medført at konkurransen er forverret som følge av fusjonen. Som nevnt tidligere er slike studier utført både andre jurisdiksjoner, men jeg kan ikke klart å avdekke at dette er gjort i Norge.

7 Sammendrag og konklusjon

Målsetningen med denne oppgaven har vært å evaluere bruken av vilkår i norske fusjonssaker fra 2004 og frem til i dag. For å utføre dette arbeidet har det vært nødvendig med en gjennomgang av alle sakene der Konkurransetilsynet har pålagt vilkår for derigjennom å undersøke hvilke type vilkår som ble pålagt ved behandlingen av saken, i hvilken grad de ulike vilkårene er gjennomført i henhold til vedtaket i saken, og om de pålagte vilkårene har lyktes i å eliminere de konkurransebegrensningene som ble påvist. Det er klart at det har vært lettere å avdekke eventuelle avvik fra de forpliktelser pålagt i saker der partene pålegges å selge ut deler av virksomheten (strukturelle vilkår) enn i tilfeller der vilkår søker å regulere atferd etter foretakssammenslutningen (atferds vilkår). Dette da salg eller overdragelse av en virksomhet er lettere å observere og kontrollere for utenforstående enn atferd som eventuelt ikke overholder de krav satt gjennom fusjonsvedtaket. For å avdekke slike avvik i atferd må man i mange tilfeller kjenne til detaljer i tidligere handelsavtaler, eller kjenne innholdet i konfidensielle leveringsavtaler. I tillegg vil brudd på en plikt til å gi ”like” eller ”ikke-diskriminerende” leveringsbetingelser bero på en skjønnsmessig vurdering jeg ikke vil ha et godt nok grunnlag for å foreta. Det vil dermed være grunnlag til å konkludere med at det er behov for en grundigere, og mer omfattende, studie av i hvilken grad de ulike vilkårene er gjennomført i henhold til vedtaket i saken, og om de pålagte vilkårene har lyktes i å eliminere de konkurransebegrensningene som ble påvist. Slike studier er gjennomført i en rekke andre jurisdiksjoner, men det er etter det jeg kjenner til ikke utført i Norge.

For å avdekke i hvilken grad de ulike vilkårene er gjennomført i henhold til vedtaket i saken har jeg i all hovedsak kontaktet partene i saken for opplysninger. I tilfeller der representanter fra de ulike virksomhetene har bidratt med informasjon eller faktaopplysninger pr epost eller telefon, har jeg i størst mulig grad forsøkt å foreta en kontroll av de mottatte opplysningene gjennom andre kilder, her fortrinnsvis internett. Jeg har imidlertid i utgangspunktet lagt til grunn at denne informasjonen kan anses som korrekt.

Når det kommer til graden av gjennomføring av de pålagte vilkår vil det av nevnte grunner være avvik fra vilkår om avhending som i størst grad ser ut til å ha forekommet. I to tilfeller er ikke vilkårene pr dags dato gjennomført i tråd med tilsynets vedtak. Begge disse sakene er

imidlertid fra 2011 så det vil være for tidlig å konkludere i forhold til det endelige utfallet i disse sakene. I to andre saker har ikke vilkårene pålagt lykkes i å opprettholde konkurransen i markedet i ettertid av fusjonen. Her ser det ut til at antall potensielle kjøpere har innvirket på hvor effektive vilkårene har vært i å gjenopprette konkurransen. Det kan dermed tenkes at tilsynet bør foreta en nærmere undersøkelse av potensielle kjøpere, og deres evne og/eller interesse i å overta utskilt enhet før de pålegger vilkår om avhending.

Når det gjelder gjennomføring og overholdelse av atferds vilkår i ettertid av fusjonen har jeg ikke funnet noe som tyder på at partene ikke har overholdt de forpliktelsene som er pålagt av Konkurransetilsynet. Jeg mener imidlertid at det ikke av den grunn kan konkluderes med at overtredelser ikke har forekommet. For de to sakene som inkluderer BBS (Bankenes Betalingssentral) er det både pålagt flere ulike vilkår, i tillegg til at de relevante markedene som er identifisert i saken er svært kompliserte. Med den tiden og de ressursene jeg har hatt til rådighet har jeg ikke lykkes i å kunne konklusjon i forhold til om vilkårene pålagt har oppfylt sin hensikt. Når det kommer til foretakssammenslutningen mellom Findus Norge og Gro Industrier, og for Media Norge fusjonen, har tredjepart uttalt at de ikke har opplevd noen problemer med å samarbeide med partene i ettertid, og at de ikke har opplevd noe som tyder på at forpliktelsene pålagt partene er brutt. Det kan dermed se ut til at partene har overholdt de vilkårene som er pålagt, og at vilkårene har lykkes i å eliminere de forventede begrensningene i konkurranse. For fusjonen mellom Findus og Gro innebærer dette imidlertid en kontroll av leveringsbetingelser som i utgangspunktet er konfidensielle. Dette bør gjennomføres for å kunne si med sikkerhet at vilkårene er overholdt. I tillegg kommer diskusjonen rundt prisstrukturen som er innført av Nortura i ettertid av fusjonen mellom Nortura og Hå Rugerier. Om denne type atferd ikke direkte bryter med de vilkår som ble pålagt kan det diskuteres om ikke denne type prising gjør at Nortura får enda større markedsrett på rugeriledet, og at de pålagt vilkår ikke var tilstrekkelige for å forhindre ulike betingelser for produsenter.

Om man sammenlikner de utfordringene som er avdekket gjennom studiet utført av Kommisjonen i 2005 med de utfordringene vi kan finne ved en gjennomgang av de norske fusjonssakene finner vi noen likheter, herunder spesielt utfordringer i forhold til det å finne en passende kjøper. Dette gjelder både utfordringer knyttet til å finne en kjøper som tilfredsstillende de krav satt av tilsynet samt det å finne en kjøper om makter å drifte

virksomheten videre som en reell konkurrent til partene. Det er imidlertid en rekke utfordringer avdekket i Kommisjonens studie som derimot ikke kan påvises ved denne gjennomgangen av norske fusjonssaker. Dette trenger nødvendigvis ikke å bety at de ikke er tilstede, men at undersøkelsene gjort i forbindelse med denne oppgaven ikke er tilstrekkelige for å kunne avdekke de. Dette er momenter som igjen taler for at det foreligger et behov for en mer omfattende gjennomgang av norske fusjonssaker der vilkår er pålagt.

Oppsummert kan det se ut til noen fusjonssaker der partene er pålagt vilkår ikke har utviklet seg akkurat slik man kan anta at tilsynet hadde ønsket. For å kunne videreutvikle praksisen rundt bruk av vilkår, for derigjennom å kunne øke sjansene for at de pålagte vilkårene faktisk oppfyller sin hensikt om å ”motvirke begrensningen av konkurransen” jf. krrl. § 16 tredje ledd bokstav c, må man lære av erfaring. Det er derfor viktig at man utfører grundige og omfattende studier av tidligere saker, der man må søke å avdekke om vilkårene har eliminert de forventede konkurransebegrensningene, og eventuelt hva som kan gjøres annerledes om dette ikke er tilfellet.

8 Litteraturliste

1. Ahlsell: *Finn avdeling* <www.Ahlsell.no> (19.10.2011)
2. Andersson, John E. (2007): *Griper inn mot fusjonen BBS/Teller?*
<http://forbrukerportalen.no/Artikler/2007/griper_inn_mot_fusjonen_bbs_teller>
(13.03.2007).
3. Bernheim, D. B. og Whinston, M. D. (1990): *Multimarket Contact and Collusive Behavior*. (I: RAND Journal of Economics nr. 21 ss. 1-26).
4. Competition Commission (2010): *Understanding past merger remedies: report on case study research (CC-rapport)*. Storbritannia.
5. Crandall, R. W. og Jackson, C. L. (2011): *Antitrust in High-Tec Industries*.
Technology Policy Institute, Washington DC, USA.
6. Dagens Næringsliv (2009): *MTU konkurs* <www.dagensit.no> (10.02.2009)
7. Davies, S. og Lyons, B. (2007): *Merger and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition* (Vol. 2007). Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited.
8. Davies, S. og Lyons, B. (2007): *Merger and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition* (vol. 2007). Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited.
9. Davies, S. og Olczak, M. (2010): *Assesing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm?* Publisert: Springer
Science+Business Media, LLC (24.07.2010).
10. DG Comp (2005): *Merger Remedies Study*. Oktober, 2005.
(http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf).
11. EØS-loven. *Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.* 27. november 1992 nr 109.
12. EU-kommisjonen (2004): *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004*. (Commission Notice).
13. EU-kommisjonen (2004): *Council Regulations (EC) on the control of concentrations between undertakings*, 20. januar 2004 nr. 139, Official Journal L 24 s.1.

14. EU-kommisjonen (2004): *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. Official Journal of the European Union (C 31).
15. European Commission (2008): *Commission Regulation (EC) amending Regulation (EC) No 802/2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*. Official Journal of the European Union L 279/3 nr. 1033/2008 (20.10.2008).
16. European Court of Justice (2005): Sak T-210/01, General Electric v. Commission, ECR II-000, paragraph 73.
17. Forbrukerrådet (2007): *Hørings brev- Forespørsel om kommentarer til forslag til avhjelpende tiltak i fusjonen mellom Bankenes Betalingssentral AS og Teller AS*. Oslo, (29.05.2007).
18. Fornyings- administrasjons, og kirke departementet (2008): *Forskrift om forvalter* (15.09.2008).
19. Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2006): *Klage på Konkurransetilsynets vedtak V2005-12 – Forbud mot Prior Norge BAs erverv av Norgården AS – Konkurranseloven § 16*. (6. februar 2006).
20. Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2006): *Prior får beholde Norgården*. Pressemelding nr. 4/2006 <www.regjeringen.no/nn/dep/fad> (06.02.2006).
21. Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (2005): *Vedtak om utfyllende vilkår og gjennomføring av salg av Norgården AS' aksjer i Eggprodukter AS, jf. kongelig resolusjon 10. februar 2006 om tillatelse for Prior Norge BA til å kjøpe Norgården AS* (10.02.2006).
22. Hagen, Guro Aardal (2008): *Derfor floppet Lidl*
S<<http://www.dn.no/forsiden/naringsliv/article1352174.ece>> (14.03.2008).
23. Hegnar online (2006): *Celina Midelfart kjøper varemerke* <www.hegnar.no> (13.05.2006).
24. Hoehn, T (2009): *Structure versus conduct - a comparison of the national merger remedies practice in seven European countries*. Imperial College Business School London, Intellectual Property Research Centre. London: Imperial College Business School London. 17 INT. J. ECON. BUS. 9 (2010).

25. Hugaas (2010): *Hugaas Rugeri AS går rettens vei for å hindre maktmisbruk fra Nortura*. Pressemelding <www.nfl.no> (29.06.2010).
26. Hugaas (2011): *Begjæring om midlertidig vedtak iht. Konkurranselovens § 12*. Brev adressert til Konkurransetilsynet. (15.12.2011)
27. ICN Merger Working Group (2005): *Merger Remedies Review Project*. Bonn.
28. Innst. O. Nr 50 (2003-2004): *Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.* (12.02.2004)
29. Jenny, F. (2003): *Design and Implementastion of Merger Remedies in High-Technology Industries*. (I: F. Lèvêque, & H. Shelanski, *Merger Remedies in American and European Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited.
30. Konkurranseloven. *Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger m.v* 5. mars 2004 nr 12.
31. Konkurransetilsynet (2004): *Vedtak V2004 - 32: Ahlsell Holding AB - AS Bergens Rørhandel / AS Stavanger Rørhandel – vedtak om inngrep mot foretakssammenslutning*. (1.10.2004)
32. Konkurransetilsynet (2005): *Heidenreich AS - Ahlsell Norge AS*. Alminnelig melding mottatt den 29.08.2005.
33. Konkurransetilsynet (2005): *Vedtak V2005 - 18: Orkla ASA – Collett Pharma AS - inngrep mot foretakssammenslutning* (3.11.2005).
34. Konkurransetilsynet (2005): *Vedtak V2005 – 10: Bankenes Betalingssentral AS erverv av ZebSign AS - vedtak om inngrep mot foretakssammenslutning* (22.06.2005).
35. Konkurransetilsynet (2005): *Vedtak V2005 – 6: Telenor Telecom Solutions/Tiscali AS - inngrep mot foretakssammenslutning* (15.03.2005).
36. Konkurransetilsynet (2006): *Konkurransetilsynet oppnevner forvalter i Prior-Norgården-saken*. <<http://www.konkurransetilsynet.no>> (27.06.2006).
37. Konkurransetilsynet (2006): *Konkurransetilsynet oppnevner forvalter i Prior-Norgården-saken*. (27.06.2006)

38. Konkurransetilsynet (2006): *Midelfart AS - Orkla ASA*. Alminnelig melding mottatt den 12.05.2006.
39. Konkurransetilsynet (2006): *Vedtak V2006 – 490: Falck Danmark A/S – Viking redningstjeneste AS, Inngrep mot foretakssammenslutning* (22.09.2006)
40. Konkurransetilsynet (2007): *Vedtak V2007 – 13: Media Norge ASA – Aftenposten AS – Bergens Tidende AS – Fædrelandsvennen AS – Fædrelandsvennen Trykkeri AS – StavangerAftenblad ASA – inngrep mot foretakssammenslutning* (11.06.2007)
41. Konkurransetilsynet (2007): *Vedtak V2007 – 17: Bankenes Betalingsentral (BBS) – Teller AS - Inngrep mot foretakssammenslutning* (04.07.2007).
42. Konkurransetilsynet (2007): *Vedtak V2007 – 27: Nortura BA – Hå Rugeri AS - inngrep mot foretakssammenslutning* (27.11.2007).
43. Konkurransetilsynet (2007): *Vedtak V2007-10: Findus Norge AS - Gro Industrier, Inngrep mot foretakssammenslutning* (16.05.2007).
44. Konkurransetilsynet (2008): *Bekreftelse på at vilkår i vedtak V2008-10 ansees oppfylt*. (14.08.2008).
45. Konkurransetilsynet (2008): *Vedtak V2008 – 10: Rema 1000 AS - Lidl Norge GmbH, Inngrep mot foretakssammenslutning* (30.5.2008).
46. Konkurransetilsynet (2008): *Vedtak V2008 – 3: AS Norske Shell – spesifiserte eiendeler fra YX Energi Norge AS, Inngrep mot foretakssammenslutning* (01.02.2008).
47. Konkurransetilsynet (2008): *Vedtak V2008-12 - Eurofins Danmark A/S - Lantmännen Analycen AB - vedtak om inngrep* (25.06.2008).
48. Konkurransetilsynet (2009): *Konkurransen i Norge*. Bergen, januar 2009.
49. Konkurransetilsynet (2011): *Konkurranseloven: Det relevante marked*. Temaark, (24.05.2011).
50. Konkurransetilsynet (2011): *Vedtak V2011 – 5: Norli Gruppen AS - NorgesGruppen Bok og Papir AS, Inngrep mot foretakssammenslutning* (17.03.2011)
51. Konkurransetilsynet (2011): *Vedtak V2011-6: Opphevelse av gjennomføringsforbud pålagt i vedtak V2011-5* (11.04.2011).
52. Konkurransetilsynet (2011): *Vedtak V2011-8: Lemminkäinen Norge AS- Mesta Industri AS - konkurranse-loven § 16 jf. § 20 - inngrep mot foretakssammenslutning* (16.05.2011)

53. Kopke, A (2005): *Merger Remedies Study*. EC Competition Policy Newsletter (3), p. 3. Competition Directorate - General of the European Commission.
54. Kratsas, G. (2009): *Structural or not? A Critical Analysis of the Commission`s New Notice on Remedies*. (I: The Columbia Journal of European Law, vol 15 nr. 3 ss. 549-559).
55. Kwoka, J. E. og Moss, D. L. (2011): *Behaviour Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement*. The American Antitrust Institute (14.11.2011).
56. LabNett (2011): *Om LabNett* <<http://www.labnett.com/om-labnett>> (14.12.2011).
57. L v que, François (2000): *The Conduct v. Structural Remedies Controversy: An Irrelevant Dichotomy of Antitrust Policy Instruments*, Working Paper, Cerna-2000-6, Paris.
58. Mellemstrand, Camilla (2011): *Mindre betalt for korn med mykotoksiner*. <www.norsklandbruk.no> (14.04.2011).
59. Midsona Norge AS (2011): *Triomega* <<http://www.midsona.no>> (14.12.2011.)
60. Moderniseringsdepartementet (2005): *Klage over Konkurransetilsynets vedtak V2005-3 – Swarco Norge AS sitt erverv av Peek Trafikk AS – Vedtak om inngrep*. (24.5.2005).
61. Motta, M. Polo, M. og Vasconcelos, H. (2003): *Merger Remedies in the European Union: An Overview*. (I: F. L v que og H. Shelanski, *Merger Remedies in American and European Union Competition Law* (p. 212). Northampton, USA: Edward Elgar Publishing Limited.)
62. Nese, G. og Solberg, H. J. (2007): *Koordinerte effekter i saker om foretakssammenslutninger*. Bergen: Konkurransetilsynet.
63. Nortura (2010): *Hugaas fikk ikke medhold i rettsaken mot Nortura*. <<http://www.nortura.no/nyhetsarkiv-2010/hugaas-fikk-ikke-medhold-i-rettsaken-mot-nortura-article27707-15861.html>> (16.07.2010).
64. NOU:2003 12 Ny Konkurranselov.
65. Ot. prp. nr. 27 (2003-2004): *Lov om voldgift* (19.12.2003).
66. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

67. Paas, K. (2008): *Implications of the Smallness of an Economy for Merger Remedies*. *Juridica International* (XV).
68. Papandropoulos, P og Tajana, A. (2006): The Merger Remedie Study - In Divestiture We Trust? (I: *European Competition Law Review* , ss. 443-454)
69. Post- og teletilsynet (2011): *Det norske markedet for elektroniske kommunikasjons tjenester 1. halvår 2011*. Oslo: Post- og teletilsynet.
70. Ray, P. (2003): *Economic Analysis and the Choice of Remedies*. (I: F. Lèvêque, & H. Shelanski, *Merger Remedies in American and European Union Competition Law* (ss. 129-134). Edward Elgar Publishing Limited.
71. Rema 1000 (2008): *Pressemelding: Lidl Norge overfører all sin virksomhet til REMA 1000*. <www.cisionwire.no> (14.03.2008).
72. Sørgard, L. (2009): *Fusjonskontroll i Norge: Bør vi fortsatt være anderledeslandet?* Oslo: Næringslivets Hovedorganisasjon.
73. Sørgard, L. (2010): *Økonomisk analyse av fusjoner og oppkjøp: Markedsavgrensning vs konkurranseanalyse*. *Samfunnsøkonomen* nr. 9.
74. St. meld. nr. 15 (2004-2005): *Om konkurransepolitikken* (18.02.2004)
75. Statistisk Sentralbyrå (2008): <<http://www.ssb.no/norge/natur/>> (2008).
76. Statistisk Sentralbyrå (2011): *Minifakta* <http://www.ssb.no/minifakta/main_03.html#tab0301> (24.11.2011)
77. Stemshaug, H. og Valla, K. (2009): *Behovet for helhetlig evaluering av fusjonskontrollregimet*. Oslo: Næringslivets Hovedorganisasjon.
78. Teigum, S. (2009): *Konkurranseloven og rettsikkerhet – Behov for revisjon av konkurranseloven*. Oslo: Næringslivets Hovedorganisasjon.
79. Torvik, Eir (2010): *Verdt 50 øre mindre enn Samvirkekylling* <www.nationen.no> (06.07.2010)
80. Unox (2011): *Finn stasjoner* <www.unox.no/web/stasjoner> (14.12.2011)
81. Vasconcelos, Helder. (2007): *Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control*. Centre for Economic Policy Research Discussion Paper nr. DP6093. United Kingdom. www.cepr.org/pubs/dps/DP6093.asp (Februar, 2007)
82. Werden, G. J. Froeb, L. og Tschantz, S. (2005): *Incentives Contracts as Merger Remedies*. Vanderbilt Law and Economic Research Paper (05-27).

Formålet med denne utredningen har vært å evaluere bruken av vilkår i norske fusjonssaker. Målsetningen med pålegg om vilkår er å motvirke den begrensningen av konkurransen som kan oppstå ved foretakssammenslutninger, jf. konkurranselovens §16. For å kunne vurdere i hvilken grad denne målsetningen er oppnådd er det foretatt undersøkelser for å avdekke hvilke vilkår som ble pålagt ved behandlingen av de ulike sakene, i hvilken grad vilkårene er gjennomført i henhold til vedtaket i saken, og om de pålagte vilkårene har lyktes i å eliminere de konkurransebegrensningene som ble påvist. Utredningen konkluderer med at vilkårene, i noen utvalgte saker, ikke kan anses å ha oppnådd sin målsetning om å motvirke konkurransebegrensningen i det relevante marked. Det må imidlertid en mer omfattende studie til for å kunne konkludere mer helhetlig i forhold til effektiviteten av inngrep gjennom pålegg av vilkår i Norge.



Et selskap i NHH-miljøet

**SAMFUNNS - OG
NÆRINGS- LIVSFORSKNING AS**

*Institute for Research in Economics
and Business Administration*

Breviksvæien 40
N-5045 Bergen
Norway
Phone: (+47) 55 95 95 00
Fax: (+47) 55 95 94 39
E-mail: publikasjon@snf.no
Internet: <http://www.snf.no/>

Trykk: Allkopi Bergen