

A 3D illustration of a maze made of light blue blocks. A small, stylized human figure stands in the maze, holding a scale of justice. The figure is light blue with a dark blue 'S' on its chest.

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Schibsted/Nettbil

Prof. Dr. juris Erling Hjelmeng

BECCLE, 11. april 2023



## Tilsynets skadehypotese(r)

- Killer acquisition
  - Pålagt meldeplikt
  - Tilsynet i OECD:
    - "...could ...potentially harm competition..."
    - "...could be viewed as an acquisition of a start-up or a 'nascent' firm."
    - "Tidsnært bevis" for hva som var tilsynets egentlige bekymring
      - » DAF/COMP/WD/(2020)21
- "Gap case"?
  - Ingen dominans, men likevel ensidige virkninger
  - "Gap" tettet ved endringer i fusjonsforordningen 2004

# Tre (horisontale) typetilfeller i SIEC-testen

<p>Individuell <b>dominans</b> = Ensidige virkninger</p>	<p>"Gap cases" = Ingen dominans men likevel ensidige skadevirkninger (non-collusive oligopolies)</p>	<p>Kollektiv <b>dominans</b> = Koordinerte virkninger</p>
--	--	---

"Skape eller styrke en  
dominerende stilling"

Omtalt i fortalen pkt. 25:

- Special circumstances
- Eliminering av "important competitive constraints"
- Konkurrenter vil følge prisøkning
- + "betydelig"

Koordineringsbetingelser og koordineringsmekanismer må være tilstede

# Tilsynets skadehypotese(r)

- Killer acquisition
  - Vedtaket pkt. 220: «legger Konkurransetilsynet til grunn at Finn har en svært sterk markedsposisjon i markedet for nettbasert formidling av bruktbiler gjennom plattformer.»
  - Pkt. 231: «...Finn som den klart største aktøren forsterker sin allerede svært sterke markedsposisjon.»
- "Gap case"
  - Pkt. 232 ff. - konkurransenærhet + pkt. 273 ff – Nettbils konkurransekraft
  - Pkt. 272: "Basert på ovennevnte legger tilsynet til grunn at Nettbil er en nær konkurrent av Finn, og at Finn er å anse som Nettbils nærmeste konkurrent."
  - Pkt. 352: "Nettbil viser evne og vilje til å vokse i markedet for nettbasert formidling av bruktbiler gjennom plattformer, og at dette vil føre til at konkurransepresset fra Nettbil vil fortsette å øke fremover."
  - Videre vurdering følger klassisk "gap case" vurdering
    - Andre aktører?
    - Etablering?
- Tilsynets vedtak bygger på flere skadehypoteser uten å være eksplisitt– burde rendyrket den ene?
  - Hva gikk galt i Tine-saken?: Blanding av § 10- og § 11-argumenter førte til at hele saken kokte bort
- "Gap-case" skade "fristende" skadehypotese: bortfall av important competitive force = inngrep?
  - Men mange usikkerhetsmomenter og generelt vanskelig å etablere
  - DnB/Sbanken og CK Telecoms

# Nemndas vurdering

- Nemndas uttalelser om bevis (35-40)
- Nemndas markedsavgrensning (70-133)
  - Kvalitativ vurdering!
- Alternativscenarioet (134-177)
  - Hovedspørsmål: Nettbils videre vekst
  - Særlig om historisk utvikling (143)
- Konkurransanalyse (178-321)
  - Nærhetsanalyse
  - Kvalitativ vurdering! (245)
- Effektivitetsgevinster
  - Bevisbyrde og forhold til konkurransanalysen
- Gjennomgående kvalitative vurderinger med begrenset empirisk grunnlag

## Men: Hva skjedde i nemnda?

- Ingen egentlig overprøving av tilsynets vedtak
- Egen begrunnelse for å gripe inn
  - "Nemnda ser ikke grunn til å gå detaljert inn i de ulike synspunktene, ettersom nemnda avgjør saken på eget grunnlag og gjør selvstendige bevisvurderinger slik det fremgår gjennomgående av dette vedtaket." (Om bevisvurderinger, pkt. 35)
- Basert på én skadehypotese
  - Reelt ren "gap case" vurdering – og hvor ble det av "killer acquisition"?
  - Valgte "feil" skadehypotese?
- Tilsynets vedtak egentlig aldri realitetsvurdert
- Nemndas privilegium, ref. full prøving, men heldig?
- Tilsynets vedtak står sterkere enn nemndas?
  - Selv om blanding av skadehypoteser

# Lagmannsretten

- Konkret overprøving av nemndas vedtak
- Markedsavgrensning:
  - "Det er dermed ikke sannsynliggjort at det forelå slik konkurransenærhet før sammenslutningen at en mindre prisøkning hos Finn ville ha drevet et større antall kunder over til Nettbil."
  - Kun "gap-case" hypotesen!
- Alternativscenario:
  - "...Nettbil ville ha fortsatt som en nisjeaktør som stadig ville hatt behov for kapitaltilførsel."
- Konkurransanalyse
  - Konkurransenærhet avvises med samme begrunnelse som markedsavgrensningen
- Alternative skadehypoteser (påberopt for LR) som innovasjonstap, avvises
- Hadde det vært større sjanse for opprettholdelse dersom KT hadde rendyrket sin opprinnelige skadehypotese (jf. OECD-bidrag og KTs vedtak pkt. 232)?

# Høyesterett: Oversikt

1. Rettslig rammeverk
  - EØS, prøving, bevis
2. Vilkår for inngrep
  - Markedsavgrensning, virkningsanalyse, inngrepsterskel
3. Konkret vurdering
  - Produktene anses ikke i samme relevante marked
  - Konkurransanalyse da ikke nødvendig (ifølge HR)



# Høyesterett om inngrepsvilkår

- Beskriver markedsavgrensning
  - Med henvisning til ESAs retningslinjer
  - Særlig om differensierte produkter
    - Avgrensning kan være "vanskelig"
    - Åpner for at man må "hjelp seg med andre parametre" (konkurransenærhet) (96)
    - KT/KKN hadde uansett foretatt en markedsavgrensning
- Konkurransenalysen
  - Virknings- terskel og bevisspørsmål (100)
  - Alternativscenario sammenlignet med sannsynliggjort utvikling(102)
  - Jf. også generell uttalelse om beviskrav (67 ff.)
  - Ikke nødvendig å gå inn på CK Telecoms (nok fordi KT/KKN uansett ikke hadde bevist at "terskelen" var overskredet)
  - Inngrepsterskelen "i betydelig grad": "høy" terskel iht. ordlyden

## Høyesteretts konkrete vurdering: markedet

- "Overlapp" vs. substitusjon
  - Litt uklart, men poenget er at "overlapp" gir et upresist utgangspunkt for vurderingen (113)
- Manglende SSNIP-vurdering
  - Tar ikke prinsipielt stilling
  - Vurderer holdet i de bevis som er fremlagt (118)
- Produkt, egenskaper og pris
  - 'Hvordan selge bruktbil?' vs. konkret innhold i tjenesten (119-123)
  - Prisforskjeller underspilt i vedtaket
  - Faktorer "til hinder for" substitusjon vs. bevis for substitusjon (126)

## Høyesteretts konkrete vurdering: markedet 2

- Kundeundersøkelser som grunnlag
  - Undersøkelser blant Nettbils kunder ingen reell bevisverdi (129)
  - Sier intet om substitusjon ved prisøkning
- Partenes interne dokumenter
  - Den egentlige grunnen til statens anke?
  - Kan være utarbeidet for andre formål enn konkurranseanalyse!
  - Velkjent utfordring at foretak i interne dokumenter skryter
    - Eksempler: Dominans og rovprising

## Høyesteretts konkrete vurdering: konkurransanalyse

- KT og KKN valgte å gå veien om markedsavgrensning
  - Hvorfor, hvis vil rendyrke konkurransenærhet?
- Når produktene ikke er i samme relevante marked
  - "faller grunnlaget for en konkurranseanalyse bort" (142)
  - Støtte i Statens anførsler: Hvis ikke i samme marked "vil det ikke være grunnlag for..." en nærmere analyse
  - Og vurderingstemaene henger uansett sammen, så når markedsavgrensningen faller faller og en nærhetsanalyse
  - Glemmer både Staten og HR potensiell konkurranse?
- Skadehypotese om innovasjonsskade avvises

## Domstolsprøving: Introduksjon

- Utgangspunkt etter krrl. § 39(3):
  - "Retten kan prøve alle sider av saken"
- Opprinnelig begrenset til overtredelsesgebyr, jf. forordning 1 art. 31 "unlimited jurisdiction" (tidl. krrl. § 29(4))
  - Gitt generell anvendelse i Prop. 37 L (2015-2016) – uten nærmere begrunnelse
  - Kf. NOU 2014:11, s. 132:
    - "Utvalget legger til grunn at de særlige hensyn som ligger til grunn for den omfattende domstolsprøvingen av gebyrsaker, ikke gjør seg gjeldende i fusjonssakene eller andre konkurransesaker."
- Lite konsistens i tidligere retspraksis
  - Sml. Rt. 2011 s. 910 (Tine) med Gulating i Telenor

## Domstolsprøving: Introduksjon 2

- Tilbakeholdenhet med henvisning til "den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag" et organ besitter, jf. Rt. 1975 s. 603 Swingball?
  - Også der full prøvelsesrett
- Gulating i Telenor:
  - «det ved domstolenes overprøving av forvaltningsavgjørelser etter omstendighetene kan være grunn til å vise tilbakeholdenhet dersom forvaltningsavgjørelsen i høy grad bygger på forvaltningens 'spesielle sakkunnskap og brede erfaringsgrunnlag' ... Ved overprøving av KKNs vedtak gjør elementet av sakkunnskap seg særlig gjeldende i relasjon til vurdering av om et foretak er 'dominerende' i markedet»
  - Kan bety at prøvingen svikter der den kanskje trengs mest, ref. Gulating som tvungent verneting?
- Gulating i Schibsted/Nettbil:
  - «Retten har full kompetanse, og kan bygge sin avgjørelse på annet faktisk og rettslig grunnlag enn konkurransemyndighetene, så lenge det har vært tilstrekkelig kontradiksjon og saken er godt nok opplyst. ... Selv om enkelte vurderinger som inngår som del av lovens vilkår, er skjønnsmessige, er det her tale om rettsanvendelsesskjønn som retten kan prøve.»

# Domstolsprøving: Høyesterett

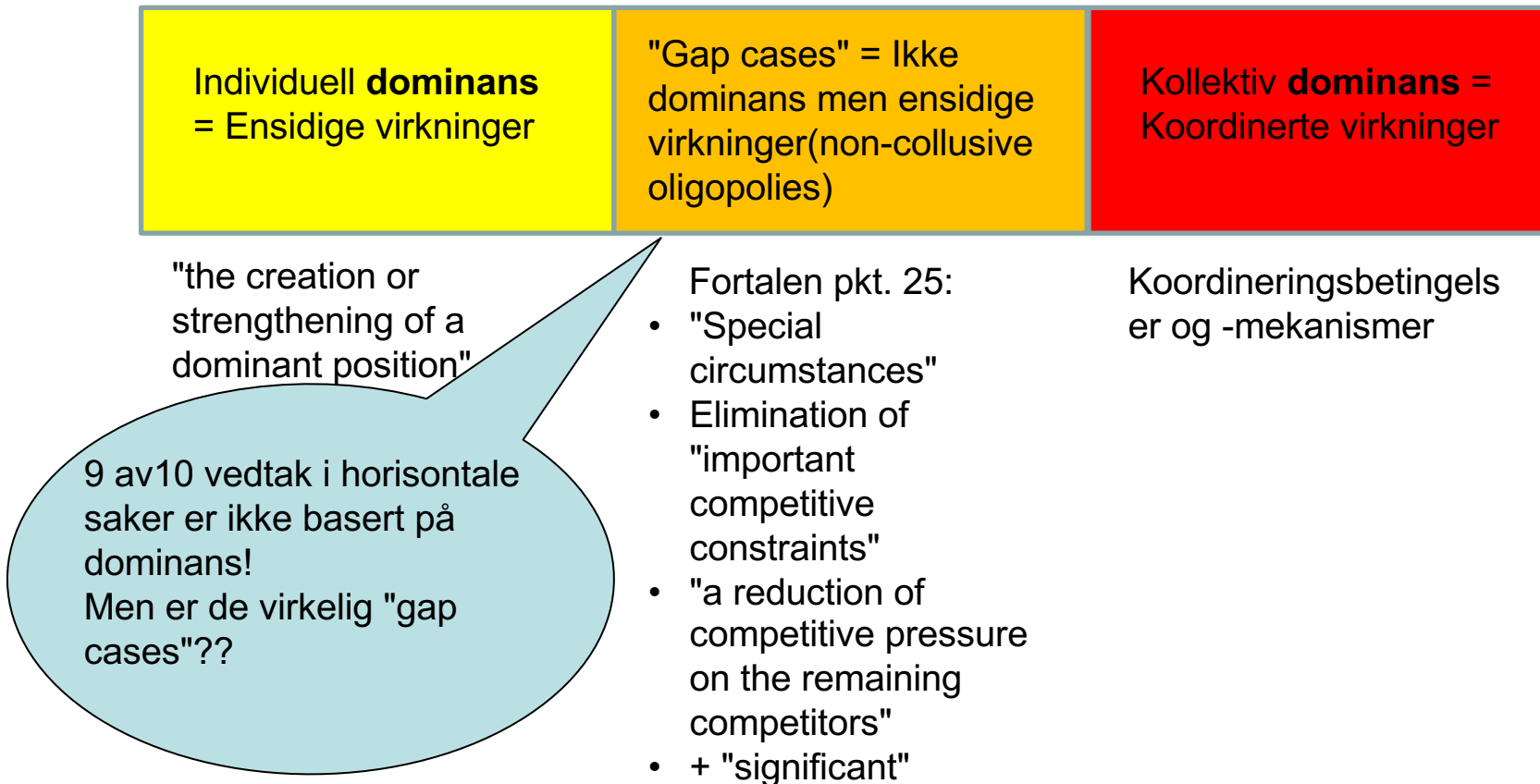
- Utgangspunkt i krrl. § 39(3)
  - Prøve alle sider av saken (61)
- Swingball opprettholdes:
  - "Konkurransklagenemndas medlemmer er jurister og sivil- og samfunnsøkonomer med spesialkompetanse i konkurranserett og konkurranseøkonomi. Nemndas særlige fagkompetanse og sakstilfang gjør den til et faglig ekspertorgan" (63)
- Men for økonomiske vurderinger velges samme tilnærming som i EU-retten om "complex economic matters"
- Etterprøve:
  - "Konkurransemyndighetenes tolkning av informasjon av økonomisk karakter"
  - "Om bevisene er troverdige og konsistente"
  - "Om de gir tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre saken og om de er egnet til å underbygge konklusjonen" (65)
- Også i EU- og EØS-retten er det full etterprøving av faktagrunnlaget for analysene, jf. senest sak E-12/20 Telenor prem. 81

## Det Høyesterett ikke tok opp

- Inngrepsterskelen utenfor dominanstilfellene
  - Dvs. "gap'et" i fusjonskontrollen (ikke individuell eller kollektiv dominans men likevel betydelig begrensning)
  - Forsøkt tettet ved fusjonsforordningen 2004
- Verserer for Domstolen i sak C-376/20 P CK Telecoms
  - Ikke tatt opp av Høyesterett (110)
  - Fordi Statens argumentasjon for inngrep uansett sviktet (ikke konkurrenter i samme relevante marked)



## Men hva er trenden i norsk fusjonspraksis etter 2016?



## Refleksjoner

- Praksis tyder på at Konkurransetilsynet har valgt "konkurransenærhet" som hovedargument for inngrep
- Og anvender ikke dominanskriteriet selv i åpenbare tilfeller
  - Vedtak V2022-10 – Bewi ASA – Jackon Holding AS
- Forholder seg ikke til det rettslige inngrepsgrunnlaget
  - Dominans som det primære + gap cases
  - Inngrepsterskelen KAN selvsagt være oppfylt allikevel
- Gir et spinkelt inngrepsgrunnlag
  - Og de to inngrepsvedtakene som er påklaget er opphevet (DnB/Sbanken + Schibsted/Nettbil)