



Mot enda mer usikre tider ved oppkjøp av oppstartsbedrifter?



Kjetil Haare Johansen
Partner, Country Managing
Partner



Line Voldstad
Partner, Avdelingsleder
regulatorisk og FPR



Ingunn Martinsen
Advokatfullmektig

Generaladvokaten tar i en ny uttalelse til orde for at forbudsbestemmelsen om misbruk av dominerende stilling bør kunne anvendes på transaksjoner som ikke har vært gjenstand for kontroll hos nasjonale konkurransemyndigheter. Begrunnelsen oppgis å være et økende behov for å tette hulrommet i beskyttelsen av konkurransen ved dominerende aktørers oppkjøp av innovative oppstartsbedrifter (såkalte "killer acquisitions"). DLA Pipers konkurranserettsadvokater stiller spørsmål om denne håndhevsings- og reguleringsiveren utelukkende skaper mer usikkerhet ved oppkjøp av oppstartsbedrifter.

Franske domstoler har i forbindelse med behandling av om et oppkjøp (tre til to) utgjør misbruk av dominerende stilling, etterspurt EU-domstolen om en rådgivende uttalelse (sak C-449/21 (Towercast)). Mer konkret er spørsmålet om Artikkel 21 (1) i EUs fusjonsforordning ("ECMR") skal tolkes slik at nasjonale konkurransemyndigheter er avskåret fra å kunne (re)vurdere om en foretakssammenslutning, som opprinnelig ikke var gjenstand for fusjonskontroll, i seg selv utgjør et brudd på Art. 102 TFEU.

Til dette spørsmålet konkluderer Generaladvokaten Juliane Kokott bekreftende, og mener at forbudsbestemmelsen står på egne ben, uavhengig av fusjonskontrollen. Oppfatningen er at etterfølgende anvendelse av forbudet mot misbruk av dominerende stilling overfor dominerende foretak som har kjøpt opp en konkurrent, sannsynlig vil bidra til mer effektiv beskyttelse av konkurransen på det relevante markedet.

Generaladvokaten understreker likevel at en foretakssammenslutning som *har* vært gjenstand for kontroll hos nasjonale konkurransemyndigheter uten at det besluttet inngrep, ikke senere kan være gjenstand for sanksjoner etter Artikkel 102 isolert sett.

Dersom EU-domstolen legger til grunn samme tolkning som Generaladvokatens tolkning, vil det kunne skape usikkerhet for dominerende foretak om et oppkjøp i realiteten er "klarert" av nasjonale konkurransemyndigheter. Fusjonskontrollen reguleres etter nasjonale meldepliktskter. Tersklene er bestemt etter hvilke transaksjoner som ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv har potensiale for å skade konkurransen. De fastsatte terskelverdiene gir i seg selv veiledning og mekanismer for å fange opp hvilke transaksjoner som presumtvt kan ha konkurransebegrensende effekter og som dermed bør være gjenstand for en nærmere vurdering av konkurransemyndighetene. Behovet for en etterfølgende håndhevelse av Art. 102 (tilsvarende konkurranseloven § 11) på transaksjoner som faller utenfor disse fastsatte rammene, synes dermed som svært lite.

Dette vil uansett fra et norsk perspektiv være tilnærmet et teoretisk handlingsrom for Konkurransetilsynet. Norsk og svensk konkurranserett har nemlig allerede implementert spesifikke mekanismer i lovgivningen for å kunne gripe inn i konkurranseskadelige foretakssammenslutninger som i utgangspunktet har falt under meldepliktskter. Konkurransetilsynet har hjemmel til å pålegge meldeplikt på slike sammenslutninger i kraft av konkurranseloven § 18 (3), så fremt det gis innen tre måneder etter avtale er inngått eller kontroll er ervervet. Det mest omtalte eksempelet de senere år er Konkurransetilsynets vedtak om inngrep i [Schibsteds oppkjøp av Nettbil](#).

Et annet spørsmål som vil oppstå i kjølvannet av en slik eventuell tolkningsoppfatning, er i hvilke sammenhenger en transaksjon faktisk kan utgjøre "*utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling*". Generaladvokaten trekker i denne sammenheng frem *Continental Can* (C-6/72), hvor domstolen uttaler at misbruk kan foreligge hvis et dominerende foretak gjennom transaksjonen styrker sin dominerende stilling i så stor grad at konkurransen begrenses vesentlig. Det understrekes derimot at *Continental Can* ble av sagt på et tidspunkt hvor fusjonsforordningen ikke inneholdt en inngreps hjemmel i foretakssammenslutningen som styrket en allerede dominerende stilling. En slik hjemmel er derimot utvilsomt regulert av dagens fusjonsforordning. Rekkevidden og overføringsverdien av rettsoppfatningen i *Continental Can* er dermed begrenset.

Ettersom vi har fastsatte meldepliktskter og det finnes en egen hjemmel for å pålegge meldeplikt for foretakssammenslutningen under terskelverdi i Norge, burde terskelen for at Konkurransetilsynet skal kunne åpne etterforskningssak på bakgrunn av et rent oppkjøp / fusjon, uavhengig av hva EU-domstolens senere skulle konkludere med i Torwecast-saken, være svært høy.

Fagområder EU/EØS- og Konkurranserett, Internasjonal handel

Bransjer Government Contracting
