



NORGES HØYESTERETT

DOM

avsagt 16. februar 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg
dommer Wilhelm Matheson
dommer Henrik Bull
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Knut Erik Sæther

HR-2023-299-A, (sak nr. 22-076582SIV-HRET)
Anke over Gulating lagmannsretts dom 23. mars 2022

Staten v/Konkurransetilsynet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Lisa-Mari Moen Jünge
– til prøve)
(Rettslig medhjelper:
advokat Pål Erik Wennerås)

mot

Schibsted ASA

(advokat Håkon André Cosma Størdal
– til prøve)
(Rettslig medhjelper:
advokat Stephan Lange Jervell)

S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer **Matheson:**

Sakens spørsmål og bakgrunn*Generelt*

- (2) Saken gjelder gyldigheten av vedtak etter konkurranseloven § 16 om å forby Schibsted ASAs kjøp av aksjemajoriteten i Nettbil AS.

Om Schibsted og Finn

- (3) Schibsted ASA er et nordisk mediekonsern. Selskapet eier en rekke markedsplasser, mediehus og teknologiselskaper både i og utenfor Skandinavia.
- (4) Schibsted er majoritetseier i Finn AS. Finn driver «Finn.no». Dette er en markedsplass på internett som formidler reklame og ulike typer annonser for kjøp og salg av varer og tjenester. Annonsene er inndelt i mange forskjellige kategorier – også kalt rubrikker. Bruktbiler er én av dem. Både privatpersoner og bilforhandlere benytter Finn.no til annonsering av biler til salgs.
- (5) Enhver som ønsker å selge en bruktbil – det være seg en privatperson eller en bilforhandler – kan kjøpe annonseplass på Finn.no av forskjellig synlighet og varighet. Ved kjøp av annonsetjenesten får kunden tilgang til digital kjøpekontrakt og en meldingstjeneste hvor det kan kommuniseres med interessenter. Kunden utformer selv annonsen og kan gjøre bruk av en priskalkulator på Finn.no. Kalkulatoren viser hva tilsvarende biler ligger annonsert for.
- (6) Alt arbeid i forbindelse med salget, slik som klargjøring av bilen, kontakt med interesserte og gjennomføringen av salget, utføres av bilselgeren selv. Dersom det inngås kjøpekontrakt, besørges oppgjøret av selger og kjøper. Finn er ikke involvert i noen del av salgsprosessen og er heller ikke part i transaksjonen. Selgeren har følgelig kredittrisikoen og ansvaret for eventuelle reklamasjoner, ikke Finn.
- (7) Gjennomsnittsprisen for privatpersoner som kjøper rubrikkannonser på Finn.no, er 918 kroner for biler med salgpris over 50 000 kroner, og 440 kroner for biler med lavere salgsverdi. Prisen avhenger av hvilken synlighet og varighet kunden har valgt for annonsen. Betaling skjer ved opprettelsen av annonsen og uten hensyn til om bilen blir solgt eller ikke.

Om Nettbil

- (8) Nettbil AS ble grunnlagt i 2017. Før Schibsteds kjøp av aksjene var Nettbil eid av Aller Media AS (heretter Aller) og Tjuvholmen Ventures AS, samt de tre gründerne Anders Espelund, Erik Thorsen og Thomas Oland Hage. Selskapet driver «Nettbil.no», som er en nettbasert markedsplass for brukt biler som selges fra privatpersoner til bilforhandlere

gjennom en nettbasert auksjon. På den samme plattformen finnes også en løsning for bedrifter som vil selge biler til bilforhandlere.

- (9) For private bilselgere tilbyr Nettbil en sammensatt tjeneste: Etter å ha registrert bilen på selskapets hjemmeside, får bilselgeren umiddelbart en datagenerert salgspris. En kundebehandler kontakter deretter selgeren og gir en veiledende verdivurdering. I det neste steget organiserer Nettbil en teknisk kontroll hos Norges Automobilforbund (heretter NAF) eller Viking Kontroll. Kjøretøyet leveres til et testsenter, men i utvalgte områder tilbys også henting hos selger. Når kontrollen er gjennomført, sørger Nettbil for fotografering og legger deretter bilen ut for salg på den digitale plattformen.
- (10) Det er for Høyesterett opplyst at nettstedet som bilen annonseres på, bare er tilgjengelig for forhandlere som har registrert seg hos Nettbil. Slik registrering krever brukthandelbevilling og tilgang til Autosys. Autosys er informasjonssystemet til Statens vegvesen om blant annet kjøretøy, EU-kontroller og avgifter.
- (11) Straks bilen er annonsert kan bilforhandlerne legge inn bud på en lukket og digital auksjon.
- (12) Dersom budet blir akseptert, kjøper Nettbil bilen fra selgeren og videreselger den til forhandleren. Videre salget skjer imidlertid før kjøretøyet er kjøpt fra selgeren. Ved at transaksjonen er organisert som et kjøp fra selgeren til Nettbil og et videre salg fra Nettbil til forhandleren, er det *Nettbil* og ikke bilselgeren, som har kredittrisiko og ansvaret for eventuelle reklamasjoner. Dersom salg kommer i stand, mottar selgeren oppgjør fra Nettbil innen to dager.
- (13) Bilselgeren betaler ingenting for Nettbils tjeneste dersom salg ikke kommer i stand. Det gjelder også om selgeren som avslår budet. Bilselgeren kan eventuelt kjøpe NAF/Vikingtesten fra Nettbil.
- (14) I tilfelle salg tar Nettbil seg betalt ved å trekke selskapets kostnader og en fortjeneste fra salgssummen som er oppnådd på auksjonen. Fratrekket varierer etter auksjonsprisen. Bilforhandleren tar i sitt bud hensyn til en margin ved videre salget til forbruker. Partene i saken har oppgitt noe forskjellige tall for hva som er bilselgerens effektive kostnad ved å benytte Nettbils tjeneste. Staten har antydnet et beløp omkring 9 000 kroner, mens Schibsted har beregnet at kostnaden kan bli på mer enn 30 000 kroner. Beløpene reflekterer altså forskjellen i den prisen som kan oppnås på Finn.no sammenlignet med prisen som selgeren blir sittende igjen med ved et salg gjennom Nettbil.

Andre aktører i markedet for formidling og salg av bruktbiler

- (15) Det finnes også flere andre aktører i markedet for nettbasert og fysisk handel med bruktbil. Jeg begrenser meg her til å trekke frem «Facebook Marketplace» som den største blant de digitale annonsetjenestene. Facebook-plattformen har en egen rubrikk for kjøretøy, og tjenesten er gratis.

Foretakssammenslutningen og melding til Konkurransetilsynet

- (16) Etter å ha gjort opp 2018-regnskapet med et negativt resultat på 6,3 millioner kroner fikk Nettbil behov for å bli tilført ny kapital i størrelsesorden 20–30 millioner kroner. Det viste seg vanskelig å finne nye investorer. Man lyktes til slutt å få til en kombinert aksjekjøps- og investeringsavtale med Schibsted der selskapet kjøpte 57 prosent av aksjene i Nettbil fra Aller og Tjuvholmen Ventures. Det ble samtidig gjennomført en kapitalutvidelse ved en rettet emisjon på 30 millioner kroner der Schibsteds eierandel i Nettbil økte til 67 prosent. Avtalene ble inngått 13. desember 2019. Schibsted fikk etter dette enekontroll i Nettbil.
- (17) I transaksjonen inngikk også en rekke andre ytelser fra Schibsted. Nettbil fikk blant annet adgang til å utnytte ledig reklameplass i Schibsteds mange kanaler til subsidierte priser. På den måten kunne Nettbil redusere sine markedsføringsutgifter betraktelig.
- (18) Konkurransetilsynet skal etter konkurranseloven § 16 forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. I og med at Schibsted ved transaksjonen fikk enekontroll i Nettbil, foreligger en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand, jf. konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b.
- (19) Som ledd i tilsynet med fusjoner har konkurranseloven regler om meldeplikt og om adgang for Konkurransetilsynet til å gi pålegg om melding. Tilsynet påla 12. mars 2020 Schibsted å melde foretakssammenslutningen, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd.

Konkurransetilsynets vedtak

- (20) Tilsynet traff 11. november 2020 slikt vedtak:
- «Foretakssammenslutningen mellom Schibsted ASA og Nettbil AS forbys. Vedtaket trer i kraft straks.»
- (21) Schibsted er i vedtaket pålagt innen seks måneder «å selge samtlige av sine aksjer i Nettbil til en uavhengig og egnet kjøper». Det er stilt en rekke krav om hvem som kan være kjøper av aksjene. Videre er det stilt krav til blant annet gjennomføringen av salgsprosessen, til driften av selskapet og forholdet mellom Schibsted, Nettbil og Finn frem til det pålagte salget har funnet sted.
- (22) Bakgrunnen for vedtaket er at foretakssammenslutningen gir Schibsted enekontroll i Nettbil i tillegg til den enekontrollen foretaket allerede har i det heleide datterselskapet Finn. Tilsynet mener annonseproduktene til Nettbil og Finn er i det samme produktmarkedet, og at fusjonen gir «insentiver til å tilby tjenester til høyere priser og med lavere kvalitet» enn ellers. Foretakssammenslutningen vil slik tilsynet ser det, dessuten redusere partenes insentiver til å utvikle nye produkter og tjenester, jf. vedtakets avsnitt 497.
- (23) Inngrepet ble den 13. november 2020 gitt utsatt iverksettelse frem til en eventuell klage var avgjort.
- (24) Schibsted og Nettbil påklaget 21. desember 2020 vedtaket til Konkurransklagenemnda.

Konkurransklagenemndas vedtak

- (25) Konkurransklagenemnda traff 27. mai 2021 enstemmig slikt vedtak:
- «Konkurransetilsynets vedtak stadfestes.»
- (26) Nemnda kom i likhet med tilsynet til at Finns og Nettbils annonsetjeneste inngår i det samme relevante produktmarkedet.
- (27) Den konkluderer med at «Finn har sterke insentiver til å øke sin kvalitetsjusterte pris som følge av foretakssammenslutningen», jf. avsnitt 318, og at sammenslutningen «i betydelig grad hindrer effektiv konkurranse», jf. avsnitt 321. Nemnda går ikke nærmere inn på om klagerne, dersom sammenslutningen ikke hadde funnet sted, ville ha utviklet nye produkter eller tjenester som gjør at de blir nærere konkurrenter, se avsnitt 228.
- (28) Etter anmodning fra Schibsted besluttet nemnda 8. juni 2021 å gi vedtaket utsatt iverksettelse frem til en eventuell rettskraftig dom foreligger.

Prosesshistorien

Søksmål for lagmannsretten

- (29) Schibsted reiste 27. august 2021 søksmål ved Gulating lagmannsrett som tvungent verneting, jf. konkurranseloven § 39 tredje ledd, jf. fjerde ledd. Selskapet nedla påstand om at Konkurransklagenemndas vedtak oppheves.
- (30) Gulating lagmannsrett avsa 23. mars 2022 dom med slik domsslutning:
- «1. Konkurransklagenemndas vedtak i sak V03-2021 oppheves.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Staten v/Konkurransklagenemnda til Schibsted ASA 8 371 104,85 – åttemillionertrehundreogsyttientusenetthundreogfire 85/100 – innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt.»
- (31) Lagmannsretten er uenig med nemnda i at Finns og Nettbils produkter inngår i det samme produktmarkedet. Den foretar likevel en analyse av sammenslutningens virkninger på konkurransen, men finner i motsetning til nemnda at det ikke er sannsynliggjort at fusjonen vil føre til at Finn øker sine priser eller at utviklingen av Nettbil.no eller Finns bilannonsetjenester vil stoppe opp.

Anken til Høyesterett

- (32) Staten ved Konkurransetilsynet anket 4. mai 2022 lagmannsrettens dom til Høyesterett. Det er under henvisning til tvisteloven § 29-3 første ledd angitt at anken gjelder dommen i sin helhet, det vil si bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen og saksbehandlingen.
- (33) For Høyesterett er fremlagt skriftlige forklaringer om de konkurransemessige virkningene av foretakssammenslutningen fra Schibsteds sakkyndige vitne, Miguel de la Mano, og fra

statens sakkyndige vitne, professor Kurt Brekke. Videre er det fremlagt skriftlige forklaringer fra Anders Espelund, daglig leder i Nettbil, og fra Eddie Sjølie, daglig leder i Finn.

- (34) I medhold av forberedende dommers kjennelse 14. desember 2022 – HR-2022-2386-F – er bevis underlagt lovbestemt taushetsplikt ført for lukkede dører.
- (35) Saken står for øvrig i samme stilling som for lagmannsretten.

Partenes syn på saken

- (36) Den ankende part, *staten ved Konkurransetilsynet*, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (37) Domstolene bør etter etablert praksis vise tilbakeholdenhet i intensiteten i prøvingen av vedtaket til et organ med faglig spesialinnsikt, slik som Konkurransklagenemndas avgjørelse.
- (38) Konkurransklagenemndas avgrensning av markedet er foretatt i samsvar med gjeldende retningslinjer for markedsavgrensning og bygger derfor på riktig rettsanvendelse.
- (39) Det gjelder ikke noe krav om å benytte en såkalt SSNIP-test for å avgrense produktmarkedet; det vil si en undersøkelse eller vurdering av om det ville lønne seg for en tenkt monopolist å øke prisene med 5–10 prosent. Det er derfor feil når lagmannsretten etterspør en vurdering av hva som vil skje ved en 5–10 prosent økning i de relative priser. Interne dokumenter viser imidlertid at Finn og Nettbil uansett oppfatter hverandre som konkurrenter i det samme relevante marked.
- (40) Bevisene viser også at Nettbil hadde et stort vekstpotensial og ville ha fortsatt å vokse i markedet dersom sammenslutningen ikke hadde funnet sted.
- (41) Lagmannsrettens tar ved konkurranseanalysen uriktig utgangspunkt i et spørsmål om Finn ensidig kan øke annonseprisene med 5–10 prosent. Det benektende svaret er en følgefeil av at lagmannsretten uriktig mener Finns og Nettbils produkter ikke tilhører samme relevante marked.
- (42) Spørsmålet om sammenslutningen vil hindre effektiv konkurranse i betydelig grad beror på en helhetlig vurdering av ulike faktorer, og ikke på noen SSNIP-test. Ettersom foretakssammenslutningen fjerner konkurransen mellom Finn og Nettbil og gir økt markedsrett, er det sannsynlig at dette vil resultere i prisøkning eller redusert kvalitet, og dessuten redusere innovasjon.
- (43) Vilkåret om at konkurransen skal hindres i «betydelig grad» setter en terskel som er nådd dersom hindringen er stor nok til å påvirke konkurransen. Det er tilfellet i saken her.
- (44) Staten ved Konkurransetilsynet har nedlagt slik påstand:
 - «1. Staten v/Konkurransetilsynet frifinnes.
 - 2. Subsidiært: Gulating lagmannsretts dom 23. mars 2022 oppheves.

3. I alle tilfeller: Staten v/Konkurransetilsynet tilkjennes sakskostnader.»

- (45) Ankemotparten, *Schibsted ASA*, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (46) Saken reiser ikke spørsmål som gir grunn til at intensiteten i domstolsprøvingen bør begrenses.
- (47) Finns og Nettbils produkter representerer alternative fremgangsmåter for salg av bruktbil. De er ikke av den grunn ombyttelige i konkurranserettslig forstand.
- (48) Selv om det ved markedsavgrensningen ikke gjelder et krav om SSNIP-test, er det en svakhet at det ikke er gjennomført noen undersøkelse av eventuell substitusjon ved mindre prisøkninger. Dette gjelder særlig når nemnda mener konkurranseskaden vil skje i form av prisøkninger.
- (49) Den kvalitative analysen nemnda i stedet har valgt å foreta uavhengig av SSNIP-rammeverket, bygger uansett på grunnleggende feilslutninger og uriktig bedømmelse av hva interne dokumenter beviser.
- (50) Ettersom lagmannsretten kom til at Finn og Nettbil ikke er i samme marked i konkurranserettslig forstand, var det hverken nødvendig eller riktig av lagmannsretten å foreta en konkurranseanalyse. Spørsmålet kan stille seg annerledes for såkalt innovasjonsskade, som staten ved domstolsprøvingen har anført som en alternativ skadeteori.
- (51) Men lagmannsretten har uansett foretatt en riktig konkurranseanalyse når den kommer til at Nettbil mest sannsynlig ville ha fortsatt som en nisjeaktør som stadig ville hatt behov for kapitaltilførsel.
- (52) Vilkåret om at konkurransen må begrenses «i betydelig grad» innebærer at sammenslutningen, i et tilfelle som her, både må eliminere et betydelig konkurransepress mellom partene, og føre til et redusert konkurransepress på de øvrige konkurrentene. I en ikke rettskraftig dom fra EU-domstolen er dette lagt til grunn. Vilkåret er ikke oppfylt.
- (53) Det finnes uansett ikke holdepunkter for at Finn ved en mindre prisøkning kan flytte kunder til de svært mye dyrere tjenestene hos Nettbil. Noen holdepunkter for at sammenslutningen vil føre til innovasjonsskade finnes heller ikke.
- (54) Schibsted har nedlagt slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Schibsted ASA tilkjennes saksomkostninger.»

Mitt syn på saken

Innledning

- (55) Konkurransetilsynet skal etter konkurranseloven § 16 første ledd forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Spørsmålet i saken er om lovens vilkår for å forby transaksjonen er oppfylt.

Rettslig rammeverk for rettsanvendelsen under konkurranseloven § 16

Forholdet til konkurranseregler i EØS/EU-retten

- (56) Konkurranseloven § 16 skal etter lovforarbeidene tolkes på samme måte som artikkel 2 nr. 3 i rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger (heretter «fusjonsforordningen»). Se om dette Prop. 37 L (2015–2016) side 56. Artikkelen lyder:

«En foretakssammenslutning som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse på det felles marked eller i en vesentlig del av det, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes, skal erklæres uforenlig med det felles marked.»

- (57) Det er i proposisjonen lagt til grunn at rettsanvendelsen etter den harmoniserte lovbestemmelsen skal følge eksisterende og fremtidig retts- og forvaltningspraksis fra henholdsvis EU-domstolen, EU-kommisjonen (heretter Kommisjonen) og EFTAs Overvåkningsorgan (heretter ESA). Praksisen det her siktes til følger blant annet av de retningslinjer Kommisjonen har utarbeidet for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger, jf. Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2004/C 31/03). Kommisjonen har også utarbeidet en meddelelse om avgrensning av det såkalte relevante marked i konkurranseretten. Denne meddelelsen er “speilet” og gjort tilsvarende gjeldende i EØS, jf. Kunngjøring fra EFTAs Overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) av 4. mars 1998.
- (58) Den norske lovharmoniseringen innebærer at Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger og ESAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked skal legges til grunn ved tolkningen og anvendelsen av konkurranselovens regler.
- (59) Kommisjonen sendte 8. november 2022 et utkast til reviderte retningslinjer for markedsavgrensningen på høring, jf. «Kommisjonens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret». Dokumentet er en ajourføring i lys av de seneste 20 års praksis. Det er derfor av interesse i saken her også å se hen til dette dokumentet, selv om det kun er tale om et utkast.
- (60) Det som er sagt om Kommisjonen i sitater fra de dokumentene som jeg nylig har vist til, vil få tilsvarende anvendelse for de nasjonale konkurransemyndighetene.

Domstolenes kompetanse, prøvingens intensitet m.m.

- (61) Etter konkurranseloven § 39 tredje ledd andre punktum kan retten ved søksmål om Konkurransklagenemndas vedtak prøve alle sider av saken. Retten kan dermed prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn, jf. Rt-2011-910 *Tine* avsnitt 51.
- (62) Staten har gjort gjeldende at domstolene bør være tilbakeholdne med å sette til side forvaltningens vurderinger der de beror på særskilt sakkunnskap eller fagkyndighet, jf. blant annet Rt-1975-603 *Swingball* på side 606 og Rt-2008-1555 *Biomar* avsnitt 38 som gjaldt Patentstyrets avgjørelser. Denne doktrinen gjelder også utenfor patentrettens område. Jeg nøyer meg her med å vise til eksempelvis HR-2021-2552-A *Ung utfør* avsnitt 32 og HR-2022-718-A *Hyttekarantene* avsnitt 75–76 som begge gjaldt medisinskfaglige vurderinger.
- (63) 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.
- (64) Hvor tilbakeholdne domstolene bør være ved prøving av vedtak i en konkurransesak er behandlet blant annet i en dom fra Underretten ved EU-domstolen 22. juni 2022 i sak T-584/19 *Thyssenkrupp* avsnitt 276 med ytterligere henvisninger. Der heter det at «it is not for the Court to substitute its own economic assessment for that of the Commission». Domstolen skal altså ikke erstatte konkurransemyndighetenes økonomiske analyser med sine egne. Dernest heter det i avsnitt 277:

«However, as indicated in paragraph 35 above, although the Commission has a measure of discretion with regard to economic matters, that does not mean that the EU judicature must refrain from reviewing the Commission's interpretation of information of an economic nature. Not only must it, inter alia, establish whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it.»

- (65) Begrenset prøving betyr altså *ikke* at domstolen skal avstå fra å etterprøve konkurransemyndighetenes tolkning av informasjon av økonomisk karakter. Domstolene må dessuten kunne prøve om bevisene er troverdige og konsistente, om de gir tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre saken og om de er egnet til å underbygge konklusjonen.
- (66) Etter mitt syn gir bør de anvisninger jeg her har referert, også være retningsgivende for norske domstoler ved prøvingen av utpregede konkurranseøkonomiske skjønnstemaer i Konkurransklagenemndas vedtak.

Bevis, bevisbedømmelse og beviskrav

- (67) Spørsmålet i saken er om foretakssammenslutningen «vil» hindre effektiv konkurranse i betydelig grad. Et bekræftende svar krever *sannsynlighetsovervekt* for at slike hindringer vil inntre. En mulighet er altså ikke nok.

(68) Bevistemaet gjelder forhold som ligger inn i fremtiden. Dette setter bevisbedømmelsen på særskilt prøve. I alminnelighet gjelder et krav om at prognoser må være forsvarlige på det tidspunkt de blir foretatt, jf. blant annet Rt-2012-1985 *Lengeværende barn I* avsnitt 77 med videre henvisninger. I Kommisjonens utkast til reviderte retningslinjer for markedsavgrensningen avsnitt 77 er en ellers rikholdig praksis fra EU-domstolen om kravene til fremtidsvurderinger i fusjonssaker sammenfattet slik:

«Hvis saken kræver en fremadrettet vurdering, og når markedsafgrænsningen er baseret på ændringer i konkurrencedynamikken i den vurderede periode, skal sådanne ændringer understøttes af pålidelige oplysninger, der med en tilstrækkelig grad af sikkerhed viser, at de forventede ændringer rent faktisk vil blive til virkelighed.»

(69) Opplysninger som fremkommer i partenes interne dokumenter, må tolkes i lys av dokumentets formål og vurderes i sin rette sammenheng, jf. dom fra Underretten 12. desember 2018 i sak T-691/14 *Servier* avsnitt 1470. Det ble der pekt på at innholdet i de interne dokumentene måtte analyseres «in the light of their promotional purpose». Man kan altså ikke uten videre legge til grunn hva et internt dokument uttrykker etter sin ordlyd, men må fastlegge dets innhold og bevisverdi ut fra en bredere kontekst.

(70) I Underrettens dom 18. mai 2022 i sak T-251/19 *Wieland-Werke* gis det i avsnitt 117 anvisning på faktorer som kan gi interne dokumenter særlig stor bevisverdi, slik som dokumenter som er «drawn up in close connection with the events or by a direct witness of those events». Dette understreker blant annet betydningen av tidsnære bevis, jf. Rt-1998-1565 på side 1570 med videre henvisninger. Også partens egne utsagn som «run counter to the interests of the declarant» – altså partens ufordelaktige utsagn om egen sak – kan ha stor verdi.

Vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16

Innledning

(71) Konkurranseloven § 16 første ledd første punktum lyder:

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

(72) Som det fremgår, er det et vilkår for å kunne gripe inn mot en foretakssammenslutning at den «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger angir metoder for å avklare dette. I retningslinjenes punkt 10 gis det anvisning på en fremgangsmåte i to etapper:

- «a) afgrænsning af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked
- b) vurdering af fusionens konkurrencemæssige virkninger.»

(73) Det må altså foretas en *markedsavgrensning* og en *konkurransanalyse*.

- (74) Hovedformålet med markedsavgrensningen er «på en systematisk måte at påvise det konkurrencemæssige pres, som det fusionerende selskab umiddelbart står overfor». I ESAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked punkt 2 er uttrykksmåten at markedsavgrensningen benyttes «som et middel til å trekke opp grensene for konkurransen mellom foretak».
- (75) Det konkurranserettslige *relevante marked* har både en produktdimensjon og en geografisk dimensjon. Ettersom det i saken her er enighet om at det relevante geografiske markedet er Norge, går jeg ikke inn på spørsmål knyttet til avgrensningen av et slikt marked, hverken i sin alminnelighet eller konkret i saken her. Den videre drøftelsen gjelder derfor bare avgrensning av det relevante *produktmarkedet*.
- (76) Markedsavgrensningen er bare et steg på veien til å analysere transaksjonens mulige konkurransebegrensende virkninger. Avgrensningen er dermed ikke et mål i seg selv, slik det også fremgår av Kommisjonens utkast til reviderte retningslinjer for markedsavgrensningen punkt 13. Men dersom undersøkelsen viser at produktene ikke tilhører det samme produktmarkedet, er det vanskelig å se at lovens vilkår for inngrep vil kunne være oppfylt.
- (77) Jeg ser først på metoden for avgrensningen av det relevante produktmarkedet.

Avgrensning av det relevante produktmarked

- (78) I ESAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked punkt 7 er «relevant produktmarked» definert på følgende måte:
- «Et relevant produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.»
- (79) Det er først og fremst risikoen for at kunden etterspør et substituerbart produkt – såkalt *etterspørselssubstitusjon* – som har «den mest umiddelbare og effektive disiplinerende virkning på leverandører av et gitt produkt, særlig med hensyn til prisfastsettelsen», jf. ESAs kunngjøring punkt 13. Undersøkelse av etterspørselssubstitusjon anses derfor gjerne som den mest effektive vurderingsmåten for avgrensning av markedet, jf. dom 4. juli 2006 fra den daværende førsteinstanseretten ved EU-domstolen i sak T-177/04 *EasyJet* avsnitt 99. Det fremgår av ESAs kunngjøring punkt 13 at man da må undersøke «hvilke reelle alternative forsyningskilder de aktuelle foretakenes kunder har, både med hensyn til varer/tjenester og leverandørenes geografiske beliggenhet». Deretter heter det i punkt 15 blant annet:
- «Vurderingen av etterspørselssubstitusjon innebærer en undersøkelse av hvilke produkter forbrukeren anser som substituerbare. Dette kan f.eks. skje ved et tankeeksperiment, der man forutsetter en liten, men varig økning i de relative priser, og vurderer kundenes sannsynlige reaksjon på denne prisøkningen.»
- (80) Det avgjørende spørsmålet er etter punkt 17
- «om partenes kunder ville skifte over til lett tilgjengelige substituerbare produkter eller til leverandører andre steder som svar på en slik hypotetisk, liten

(i størrelsesorden 5 %–10 %), men varig relativ prisøkning for de produkter og områder som undersøkes.»

- (81) Ofte brukes betegnelsen SSNIP om denne undersøkelsen. SSNIP er en forkortelse for Small but Significant Non-transitory Increase in Prices. Dersom undersøkelsen viser at tilstrekkelig mange kunder ved en mindre prisøkning vil velge å bytte til et annet produkt slik at økningen blir ulønnsom, anses produktene for å tilhøre det samme produktmarkedet og for å være i konkurranse med hverandre.
- (82) En SSNIP-vurdering kan gjennomføres som en kvantitativ eller kvalitativ undersøkelse.
- (83) Ved en *kvantitativ undersøkelse* rettes spørsmål først og fremst til kunder om hvordan de vil reagere på en mindre prisøkning. Konkurransemyndighetene søker ved denne fremgangsmåten å få et empirisk grunnlag for hvordan markedet vil reagere på en slik økning. I ESAs kunngjøring punkt 40 sies i så måte at «[b]egrunnede svar fra kunder og konkurrenter med hensyn til hva som ville skje ved en mindre økning (f.eks. 5 %–10 %) i de relative priser på de aktuelle produktene i det aktuelle geografiske område, vil bli tatt i betraktning dersom de er tilstrekkelig underbygget av faktiske opplysninger».
- (84) En *kvalitativ undersøkelse* gjennomføres derimot som et «tankeeksperiment», jf. ESAs kunngjøring punkt 15. Man vurderer da kundenes *sannsynlige reaksjon* på en mindre prisøkning; altså en teoretisk analyse basert på tankegangen i en kvantitativ SSNIP-undersøkelse. Dette betegnes gjerne som en undersøkelse der *SSNIP-rammeverket* benyttes.
- (85) Dette er imidlertid ikke de eneste måtene å undersøke etterspørselssubstitusjon på. Når det i kunngjøringen punkt 15 heter at en slik undersøkelse «kan f.eks. skje» ved et tankeeksperiment, viser det at tilnærmingen til markedsavgrensningen er nokså åpen.
- (86) ESAs kunngjøring punkt 25 bekrefter dette. Der er det pekt på at «en rekke ulike faktorer [kan] legges til grunn» for å vurdere i hvilken grad substitusjon finner sted. Det samme er slått fast i EU-domstolens praksis. Jeg viser blant annet til Thyssenkrupp-saken avsnitt 75–76 med henvisning til Underrettens dom 11. januar 2017 i sak T-699/14 *Topps* avsnitt 82. Der heter det dessuten at Kommisjonen kan benytte andre verktøy «such as market studies or an assessment of consumers' and other competitors' points of view». Jeg viser også til ESAs kunngjøring punkt 33–35, som gir anvisning på fremgangsmåter for innhenting og kategorisering av opplysninger som konkurransemyndighetene anser som relevante for å avgjøre spørsmålet om etterspørselssubstitusjon.
- (87) En kategori opplysninger som ikke er særskilt nevnt i ESAs kunngjøring, er interne dokumenter som kan kaste lys over markedsavgrensningen. EU-domstolens praksis gir mange eksempler på relevansen av opplysninger i slike dokumenter. Dette er også fremhevet i Kommisjonens utkast til reviderte retningslinjer for markedsavgrensningen avsnitt 79. Der heter det at denne type dokumenter «er særlig relevante, når de er udarbejdet som led i den normale drift, ...». Om fastleggelse av slike dokumenters innhold og bevisverdi, viser jeg til hva jeg tidligere har sagt om interne dokumenter som bevis.
- (88) Undersøkelsesmåter av etterspørselssubstitusjon som ikke gjøres som del av en SSNIP-basert vurdering, er av staten for Høyesterett betegnet som en rent kvalitativ analyse *uavhengig av SSNIP-rammeverket*.

- (89) Etter det jeg kan se, er det ikke uenighet mellom partene om det jeg så langt har gjennomgått om avgrensning av det relevante produktmarked.

Markeder med differensierte produkter – betydningen av store prisforskjeller

- (90) Det kan i fusjonssaker skilles mellom transaksjoner der partene tilbyr homogene produkter og der de tilbyr differensierte produkter. Differensierte produkter kjennetegnes ved at kundene ikke vurderer dem som identiske, selv om de har en felles kjerne. Kommisjonen har i note 32 i retningslinjene for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger nevnt at produkt differensiering kan bero på merkeimage, tekniske spesifikasjoner, kvalitet eller servicenivå. Hvis forskjellene er av betydning for kundens valg er spørsmålet om produktene likevel tilhører samme relevante marked.

- (91) Jeg forstår staten slik at den mener differensierte produkter som har meget store prisforskjeller, kan tilhøre samme produktmarked dersom prisforskjellen har en plausibel forklaring som kan motivere kundens valg. En slik grunn kan etter statens oppfatning være stor kvalitetsforskjell mellom produktene. Kunden vet da hva man får for pengene og kan velge ut fra egne preferanser.

- (92) Her nevner jeg for det første at forskjeller i pris etter Kommisjonens praksis kan begrunne at produktene tilhører to forskjellige markeder, se gjengivelsen i en dom fra den daværende førsteinstansretten 6. juni 2002 i sak T-342/99 *Airtours* avsnitt 28. Kommisjonen hadde kommet til at de betydelige forskjellene i prisene på langdistanse og korttidsdistanse pakkereiser var tilstrekkelig til å begrunne separate produktmarkeder, selv om det var et visst sammenfall i priser. Sammenfallet knyttet seg til at tilbyderen av langdistanse pakkereiser i sitt sortiment også hadde noen reiser på samme prisnivå som tilbyderen av kortdistanse pakkereiser. Dette sammenfallet var imidlertid i den konkrete saken ikke tilstrekkelig til at «the two products may be regarded as substitutes or that the prices of one constrain prices of the other». Ved den rettslige prøvingen kom retten til at Kommisjonens vurderinger var «well founded», se dommens avsnitt 37.

- (93) Staten har til støtte for sitt syn om at store prisforskjeller likevel ikke begrunner separate produktmarkeder, vist til en dom fra Underretten 23. mai 2019 i sak T-370/17 *KPN* avsnitt 76. Spørsmålet var der om forskjellen i prisen på to TV-betalingskanaler med store kvalitetsforskjeller hva gjaldt innholdet, kunne begrunne at de ikke var substituerbare. Domstolen uttalte i avsnitt 76 at det for etterspørselssubstitusjon ikke var nødvendig at de ble tilbudt til samme pris, men la til:

«A low quality product or service sold at a low price could well be an effective substitute to a higher quality product sold at a higher price. What is important is the likely responses of consumers following a relative price increase.»

- (94) Jeg kan i likhet med Schibsted ikke se at dommen gir støtte for statens anførsel. *KPN* avsnitt 76 klargjør at prisforskjeller *er* en relevant faktor ved vurdering av substituerbarhet alt ettersom hva som vil være kundenes sannsynlige svar – «the likely responses» – på en relativ prisøkning. For å fravike utgangspunktet om at store prisforskjeller er en relevant faktor ved vurderingen av substituerbarhet, kreves altså at det er *sannsynlig* at kunden vil bytte til det dyrere produktet etter at lavprisproduktet har økt moderat i pris.

- (95) Etter min oppfatning sier det seg selv at kundens vurdering av hva man «får for pengene» ved å bytte til et langt dyrere produkt ved en mindre prisøkning, vil være helt avhengig av hvor mye dyrere høyprisproduktet er. Substituerbarhet vil altså bli et spørsmål om hvor langt kunden er villig til å strekke seg «i kroner», selv om motytelsen har en høyere kvalitet. I mangel av andre holdepunkter, har det formodningen mot seg at et kvalitetsprodukt til *en svært mye høyere pris* vil kunne være et substitutt til et lavprisprodukt dersom dette får en begrenset prisøkning. Dersom det er mindre prisforskjeller mellom produktene, kan svaret være et annet.
- (96) Etter mitt syn gjør Kommisjonens utkast til reviderte retningslinjer for markedsavgrensningen avsnitt 86 ikke noen endring i dette. Det sies der at når produktene er differensierte, kan *markedsandelene* være en mindre pålitelig indikator for markedsstyrke. Kommisjonen vil som ledd i konkurranseanalysen da heller vurderer om fusjonspartene og andre tilbydere konkurrerer tett. Det heter at dette kan redusere betydningen av markedsandeler «og dermed af markedsafgrænsningen». Se også Ryssdal og Størdal, *Norsk konkurranserett*, Bind II (2018) side 166 hvor det sies at det synes «å være en akseptert oppfatning at markedsavgrensningen har begrenset verdi i saker som gjelder differensierte produkter». Etter mitt syn reflekterer ikke uttalelsen i Kommisjonens utkast noe annet enn at markedsavgrensningen kan være vanskelig ved differensierte produkter, og at man ved konkurranseanalysen da må hjelpe seg med andre parametere. Men dette endrer ikke utgangspunktet om at produkter som har en svært høy pris på grunn av svært høy kvalitet, kan utgjøre et eget relevant produktmarked.

Oppsummering markedsavgrensning

- (97) En markedsavgrensning bygger på en undersøkelse som har til formål å avklare konkurransesituasjonen for produktet. Den vanligste fremgangsmåten er å gjøre en empirisk eller teoretisk undersøkelse av om kunden som svar på en tenkt, mindre prisøkning vil skifte til et annet produkt, når produktenes egenskaper, bruksområde og prisforskjeller tas i betraktning. I så fall tilhører produktene samme produktmarked. Men produktmarkedet kan også avgrenses ved bruk av andre metoder og informasjonskilder, for eksempel ved hjelp av markedsanalyser eller analyser av oppfatninger hos kunder og konkurrenter om substituerbarhet.
- (98) Dersom produktene er differensierte, er store prisforskjeller ikke nødvendigvis til hinder for at de er substituerbare. Men det har formodningen mot seg at produktene da tilhører samme produktmarked.

Konkurranseanalysen – generelt

- (99) Vilkåret for å kunne gripe inn mot en foretakssammenslutning er etter konkurranseloven § 16 at sammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Det følger av bestemmelsen at inngrep kan være særlig aktuelt der sammenslutningen resulterer i «at en dominerende stilling skapes eller styrkes».
- (100) Foretakssammenslutningens virkninger på konkurransen vurderes gjennom en såkalt *konkurranseanalyse*. Om fusjonen vil «hindre» effektiv konkurranse er et virkningsspørsmål, mens vilkåret om at det vil skje «i betydelig grad» er et

terskelspørsmål. Hvorvidt en konkurransehindring av et slikt omfang faktisk «vil» inntre, er et bevisspørsmål. Dette tar også et beviskrav opp i seg.

- (101) Jeg skal nå se nærmere på virkningsspørsmålet og terskelspørsmålet. Om bevisspørsmålet viser jeg til min tidligere drøftelse av dette.

Analysen av virkningsspørsmålet

- (102) Det følger av Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger punkt 9 at man ved konkurranseanalysen skal sammenligne «de konkurrenceforhold, som den anmeldte fusjon ville medføre, med de forhold, der ville gjøre sig gældende, hvis fusjonen ikke gennemførtes». Vurderingen av om konkurransen vil hindres i betydelig grad skal med andre ord foretas ut fra hva som på transaksjonstidspunktet vil være *den alternative situasjonen*, altså hva situasjonen ville ha vært uten foretakssammenslutningen. Denne skal så sammenlignes med den konkurransesituasjonen som mest sannsynlig vil bli resultatet av transaksjonen. Ved sammenligningen skal det normalt tas utgangspunkt i konkurranseforholdene på fusjonstidspunktet.
- (103) I en dom fra Underretten ved EU-domstolen 28. mai 2020 i sak T-399/16 *CK Telecoms* behandles for første gang spørsmålet om inngrep mot foretakssammenslutninger i et såkalt oligopolistisk marked der transaksjonen ikke skaper eller styrker en dominerende stilling, se dommens avsnitt 85. Et oligopolistisk marked er et marked der det aller meste av tilbudet kommer fra noen få store foretak. En slik situasjon har mye til felles med saken her. Domstolen kom i den nevnte avgjørelsen til at inngrep i slike tilfeller krever at transaksjonen i tillegg til å eliminere et betydelig konkurransepress som partene utøver på hverandre, *også* må føre til et redusert konkurransepress på de gjenværende markedsaktørene. Bakgrunnen for dette er uttalelser i punkt 25 i fortalen til fusjonsforordningen. Avgjørelsen er etter Kommisjonens anke imidlertid ikke rettskraftig. Som det senere vil fremgå av min konkrete vurdering i saken her, er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til spørsmålet som står til prøving for EU-domstolen. I en slik situasjon vil det være lite hensiktsmessig om Høyesterett skulle gå inn på dette.

Terskelkravet – «i betydelig grad»

- (104) Vilkåret for inngrep er som allerede flere ganger nevnt, at sammenslutningen vil hindre en effektiv konkurranse «i betydelig grad».
- (105) Hvor terskelen for hva som er «betydelig» ligger, lar seg ikke angi eksakt. Staten har gjort gjeldende at formuleringen i § 16 oppstiller et krav om at hindringen er *stor nok* til å påvirke konkurransen. Jeg forstår staten slik at den med dette mener at det for inngrep er tilstrekkelig at hindringen ikke er ubetydelig i betydningen bagatellmessig, ofte omtalt som «de minimis».
- (106) Etter mitt syn gir allerede ordlyden motstand mot en slik forståelse. Den har heller ikke støtte i andre språkversjoner av forordningen, jf. eksempelvis «substantial» i den engelske, «erheblich» i den tyske og «påtagligt» i den svenske teksten.

- (107) Også de norske lovforarbeidene gir anvisning på at det stilles krav om en kvalifisert virkning, jf. Prop. L 37 (2015–2016) side 56 med henvisning til NOU 2012: 7 side 107. Der heter det:

«Etter ordlyden i fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3 er det dessuten slik at det må være en kvalifisert virkning av foretakssammenslutningen for å kunne erklære den uforenlig med det indre markedet/EØS-avtalens virkemåte, selv om konkurransen er vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen. Etter Kommisjonens retningslinjer punkt 20 fremgår det klart at en liten konsentrasjonsøkning normalt ikke vil gi grunnlag for konkurransemessige bekymringer, selv i konsentrerte markeder. I sin praksis har Kommisjonen lagt til grunn at en svært liten økning i konsentrerte markeder ikke kan lede til eller forsterke en dominerende stilling.»

- (108) Det er i de samme forarbeidene pekt på at inngrepsterskelen er høy, og at det dreier seg om et «ekspropriasjonslignende inngrep», jf. NOU 2012: 7 side 104 med henvisning til tidligere utredninger. I den tidligere lovteksten var det – frem til endringen i 2016 – for inngrep derfor krevd at sammenslutningen ville føre til «en vesentlig begrensning av konkurransen». I Prop. L 37 (2015–2016) side 56 heter det at endringen ikke er ment å få betydning for hvilke foretakssammenslutninger det gripes inn mot. Loven må etter dette forstås etter sin ordlyd på dette punktet.

Oppsummering konkurranseanalyse

- (109) I en konkurranseanalyse sammenlignes konkurransesituasjonen med og uten foretakssammenslutningen. Det er et vilkår for inngrep at fusjonen vil hindre konkurransen i betydelig grad, sammenlignet med konkurransesituasjonen uten transaksjonen. Kravet om at virkningen må være «betydelig» innebærer at virkningen må være kvalifisert og derfor ligge over en viss terskel. Denne terskelen kan ikke angis generelt eller eksakt, men må vurderes konkret.
- (110) Det kan i et oligopolistisk marked etter omstendighetene også gripes inn mot sammenslutninger som ikke skaper eller styrker en dominerende stilling. Hvorvidt det for inngrep i slike situasjoner gjelder særlige vilkår, er omstridt og står for tiden til prøving for EU-domstolen. Det er imidlertid ikke nødvendig, og derfor heller ikke hensiktsmessig, å ta stilling til dette spørsmålet i saken her.

Den konkrete vurderingen

Utgangspunkter

- (111) Konkurransklagenemnda angir i vedtaket avsnitt 91 at den skal vurdere «hvorvidt Nettbil og Finn inngår i det samme relevante marked». Under kapitteloverskriften «Klagernes overlappende virksomhet» heter det deretter i avsnitt 95 blant annet:

«Ved vurderingen av om produktene er nære substitutter har nemnda foretatt en analyse basert på kvalitative forhold for å vurdere om produktene er nære nok substitutter, og ikke en tradisjonell SSNIP-test med utgangspunkt i en potensiell prisøkning av produktene.»

- (112) Nemnda tilføyer at den mener fremgangsmåten er i tråd med rammeverket for markedsavgrensning og ESAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.
- (113) Det er for meg noe uforklart hvorfor nemnda når den skal foreta den konkrete bedømmelsen av om Finn og Nettbil inngår i det samme relevante produktmarkedet, bedømmer graden av *overlapp* mellom produktene slik kapitteloverskriften gir varsel om. Tilnærmingen «overlapping» er enda mer fremtredende i Konkurransetilsynets avgjørelse, se dette vedtakets punkt 5. «Overlapp» besvarer ikke spørsmålet om produktene er «substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde», jf. ESAs kunngjøring om avgrensning av det relevante marked punkt 7. Med «overlapp» får man dessuten med seg produkter som er *alternativer*. Et alternativ er ikke nødvendigvis et substitutt etter de kriterier som ESAs kunngjøring angir. Jeg kommer tilbake til betydningen av dette senere. Det avgjørende slik saken står for Høyesterett, vil uansett være om det kan anses bevist, slik staten anfører, at Finns og Nettbils produkter tilhører det samme relevante produktmarkedet i konkurranserettslig forstand.
- (114) Lagmannsretten mener at Konkurransklagenemnda ikke har gitt «noen overbevisende argumentasjon for at Finn og Nettbil inngår i det samme produktmarkedet» og at det «i stor grad [er] trukket konklusjoner ut fra at fusjonspartene er omtalt som konkurrenter i interne dokumenter». Etter lagmannsrettens oppfatning er det 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».
- (115) Jeg skal i det følgende se nærmere på dette og tilstøtende spørsmål. Ettersom Schibsted anfører at det må få betydning for gyldigheten av vedtaket at nemnda ikke har gjennomført en undersøkelse der SSNIP-rammeverket benyttes, tar jeg først stilling til dette.

Betydningen av at en undersøkelse innenfor SSNIP-rammeverket ikke er gjennomført

- (116) Som jeg tidligere har gjort rede for, er det rettslig sett ingen tvil om at konkurransemyndighetene ikke er forpliktet til å anvende en SSNIP-vurdering ved markedsavgrensningen. Det er heller ingen uenighet mellom partene om dette. Også andre kriterier og bevis kan benyttes for å bestemme det relevante marked. Det er derfor klart at det ikke er noen ugyldighetsgrunn i seg selv at det i saken her ikke er gjennomført en analyse innenfor SSNIP-rammeverket.
- (117) Jeg forstår imidlertid Schibsted slik at selskapet mener Konkurransklagenemnda for å kunne foreta en riktig markedsavgrensning, *burde* ha anvendt det konseptuelle rammeverket for en SSNIP-vurdering. Den skulle med andre ord ha analysert hvordan kundene vil reagere på en prisøkning; noe nemnda uttrykkelig sier den ikke har gjort. Schibsted har i denne forbindelse vist til at slike analyser heller er regelen enn unntaket i Konkurransetilsynets praksis.
- (118) Det er ikke nødvendig for meg å ta stilling til om det bør vises tilbakeholdenhet med å overprøve den *metoden* konkurransemyndighetene har benyttet for å avgrense det relevante marked. Som jeg tidligere har gjort rede for, kan domstolene vurdere om de bevis som markedsavgrensningen bygger på, gir tilstrekkelig grunnlag for – eller er egnet til – å underbygge en bestemt konklusjon. Domstolene må i sin bevisvurdering på vanlig måte kunne vektlegge eventuell usikkerhet som skapes ved at det mangler informasjon som det

er naturlig å spørre etter. Jeg kommer senere tilbake til hvilken betydning dette får i saken her.

Produkt, produktegenskaper og prisforhold som grunnlag for markedsavgrensningen

- (119) Jeg har tidligere beskrevet hva som er innholdet i henholdsvis Finns og Nettbils tjenester. Selv om begge tilbyr en annonsetjeneste i forbindelse med salg av bruktbil, er produktene innholdsmessig svært forskjellige og tilbys til høyst ulik pris.
- (120) Konkurransklagenemnda har i vedtaket avsnitt 96–98 redegjort for disse forskjellene. Den fremhever at Finns tjeneste først og fremst er en annonsetjeneste. Nettbil derimot, er involvert i selve salgsprosessen gjennom auksjonsløsningen og tilbyr et raskt bilsalg med et «risikofritt og ... sikret oppgjør» direkte fra selskapet. Det pekes også på prisforskjellene mellom løsningene og på at Nettbil selger til en forhandler og ikke til en sluttkunde. Dette gjør at man ved salg gjennom annonsering på Finn.no normalt oppnår en høyere pris for bilen.
- (121) På tross av disse forskjellene er nemndas konklusjon at begge tilbyr «tjenester som er transaksjonsaktiviteter som er nødvendige for salg av bruktbil for privatpersoner», men at Finn bare tilbyr noen av disse, se avsnitt 99.
- (122) De «transaksjonsaktiviteter» som både Finn og Nettbil tilbyr, er en annonsetjeneste og en digital standard kjøpekontrakt. Hvorvidt Finns priskalkulator kan sammenlignes med den prisvurderingen Nettbil foretar etter direkte kontakt med kunden, er ikke helt klart, men uansett av underordnet betydning.
- (123) Etter mitt syn yter ikke nemndas tilnærming produktforskjellene full rettferdighet. Ved å ta utgangspunkt i «transaksjonsaktiviteter» som begge foretakene tilbyr, tilslører nemnda at Finns produkt for alle praktiske formål er begrenset til selve rubrikkannonsetjenesten, mens Nettbils produkt ikke er den iboende annonsetjenesten, men overtakelse av hele *biltransaksjonen*, herunder den kredittrisiko og det mangelsansvar kunden ellers ville hatt overfor bilkjøperen.
- (124) Nemndas omtale av forskjeller i annonsepriser og oppnåelige salgspriser underspiller også de reelle prisforskjellene mellom produktene. Gjennomsnittsprisen for en annonse på Finn.no er som nevnt 918 kroner for biler i kategorien over 50 000 kroner, mens de sammenlignbare kostnadene hos Nettbil i sum kan bli mellom 9 000 kroner og 30 000 kroner; altså 10 til 30 ganger mer.
- (125) De faktorene jeg her har pekt på, utfordrer etter min oppfatning nemndas konklusjon om at produktene er substituerbare. Hva Konkurransklagenemnda har lagt vekt på for å nå et slikt resultat, fremgår av avsnitt 100 hvor det heter:

«Konkurransklagenemnda legger vekt på kundens underliggende behov som er å få solgt en bruktbil til en best mulig pris. Hvorvidt kundene ønsker å forestå en stor eller liten del av salgsprosessen selv, er ikke avgjørende for om produktene er substitutter. Det er som beskrevet ovenfor, store prisforskjeller mellom de ulike løsningene, det gjelder også mellom rubrikkannonsører som for eksempel Facebook Marketplace og Finn. Den betydelige prisforskjellen mellom disse er likevel ikke til hinder for at klagerne anser disse aktørene som en del av samme relevante produktmarked.»

- (126) Det er uklart hva det siktes til med kundens behov for best mulig pris. Prisforventningene i de to salgskanalene vil måtte være forskjellige av grunner også nemnda har pekt på. Det er dermed ikke tale om to forskjellige veier til den samme prisforventningen. Prismålet er forskjellig. Dertil kommer at nemndas begrunnelse viser at den ved sin markedsavgrensning først og fremst har vurdert hvorvidt det er faktorer som er *til hinder for* at produktene er substituerbare. Dette kan ikke være en riktig tilnærming. Det er substituerbarhet som skal bevises. Nemnda etterlater her inntrykk av å ha tatt utgangspunkt i at produktene *overlapper* hverandre, slik jeg tidligere har påpekt. Men overlapp er som nevnt ikke uten videre det samme som substituerbarhet i konkurranserettslig forstand. Jeg kan etter dette ikke se at nemnda gjennom den første delen av sin begrunnelse har bevist at produktene er substituerbare.
- (127) Nemnda mener også at ettersom Finns og Facebook Marketplaces produkter er i samme relevante marked, til tross for store prisforskjeller, kan det ikke være noe i veien for at Finns og Nettbils produkter, som også har store prisforskjeller, er i samme produktmarked. Jeg er heller ikke enig i denne tilnærmingen. Forskjellen mellom gratistjenesten hos Facebook Marketplace og en gjennomsnittspris hos Finn, er 918 kroner. Kostnaden ved å benytte Nettbil er 10 til 30 ganger høyere enn ved å benytte Finn. Jeg har med utgangspunkt i EU-rettslig praksis tidligere redegjort for at det har formodningen mot seg at et kvalitetsprodukt til en betydelig høyere pris vil substituere et lavprisprodukt ved en mindre prisøkning. Vi står her overfor prisforskjeller av en slik størrelse. Jeg kan da ikke se at de holdepunkter nemnda har vist til, er egnet til å underbygge en konklusjon om at produktene befinner seg i det samme produktmarkedet til tross for de store prisforskjellene.

Kundeundersøkelser som grunnlag for markedsavgrensningen

- (128) Konkurranselagenemnda har i vedtaket avsnitt 102 blant annet pekt på at interne undersøkelser utført av Nettbil viser at «et tilstrekkelig antall kunder anser produktene for privat salg av bruktbil gjennom Nettbil og Finn som substitutter».
- (129) Etter mitt syn er Nettbils undersøkelser blant sine kunder av begrenset verdi for spørsmålet om Finn og Nettbil er i det samme produktmarkedet. Undersøkelsene sier bare at *Nettbils* kunder ville valgt Finn dersom Nettbil ikke fantes. De forteller ingenting om hvilken virkning en moderat prisøkning på Finns produkt ville hatt på Finn-kundenes valg av salgskanal. Spørsmålet vil være om en økning av Finns priser fra 918 kroner til i overkant av 1 000 kroner, gir kunden incitament til å bytte til et produkt av høyere kvalitet og som effektivt sett koster mellom 8 000 og 29 000 kroner mer. Etter mitt syn har dette i mangel av holdepunkter for noe annet, formodningen mot seg. Jeg nevner her at det av EFTA-domstolens avgjørelse 5. mai 2022 i sak E-12/20 *Telenor* avsnitt 117 følger at man ved asymmetrisk substitusjon ikke kan bygge på at substitusjonen går like mye en vei som den andre. I avgjørelsen heter det at «substitution from fixed to mobile broadband does not necessarily prove an ability to substitute from mobile to fixed broadband». Uttalelsen i rapporten til statens ekspertvitne om at det ikke er sannsynlig at kunder divergerer bare én vei, er ikke nærmere begrunnet. Jeg kan etter dette heller ikke på dette punktet se at nemnda har bygget på noe som i tilstrekkelig grad underbygger konklusjonen.

Partenes interne dokumenter som grunnlag for markedsavgrensningen

- (130) Nemnda uttaler i vedtaket avsnitt 102 at den ved markedsavgrensningen har lagt vekt på at Nettbil og Finn omtaler hverandre som konkurrenter i egne interne dokumenter.
- (131) De omtalene det siktes til har vært grundig gjennomgått for Høyesterett. De består for det meste av interne power-point presentasjoner i stikkords form. Verken dokumentene eller noterte priser etter at Nettbil ble lansert i 2017, viser at Schibsted eller Finn har vurdert Nettbil som en konkurransetrussel som har krevd tiltak i noen form. Det er opplyst at Finns priser har vært stabile i hele perioden og ikke hatt annen utvikling enn den generelle prisutviklingen.
- (132) I de av dokumentene der Nettbil er vurdert som investeringsobjekt, er selskapet først og fremst sett på som en mulighet til å legge et nytt produkt til i porteføljen. Jeg viser her til betegnelsen «complementary to the current portfolio» i Business Plan for Norway som Schibsted utarbeidet i november 2019. Karakteristikk som en «acquisition opportunity» i flere andre dokumenter, må forstås i dette lys. I en presentasjon til Schibsteds konsernledelse 6. desember 2019 heter det:
- «In Norway, acquiring Nettbil is not perceived as a strategic imperative. Nettbil fits well into FINN's strategy to get closer to the transaction, but there are no indications as of today that Nettbil or other similar models will radically change the dynamic in the market or FINN's profitability potential.»
- (133) Jeg kan vanskelig forstå strategidokumentet annerledes enn at det bekrefter at Schibsted kort før transaksjonen ikke vurderte Nettbil som en konkurrent til Finn.
- (134) Synspunktet bekreftes i Schibsteds presentasjon overfor Norges Bilbransjeforbund 12. desember 2019; altså dagen før transaksjonen. Der heter det blant annet:
- «Vi ønsker å utvikle en spennende nisje og tilby et supplement til dagens P2P løsning
...
Et alternativ/supplement til de som sliter med å finne kjøpere på FINN»
- (135) Staten har til støtte for sitt syn særlig vist til at Schibsted i et internt dokument har beregnet en såkalt «cannibalization effect», det vil si den økonomiske effekten av at Finn taper et bruktbilsalg til Nettbil. Det gjøres gjeldende at man av beregningen kan utlede at Schibsteds perspektiv har vært at et betydelig antall av Nettbils bilsalg vil komme fra kunder som er flyttet fra Finn.
- (136) Ut over at dokumentets status og beregningen som sådan kan være usikker, kan man av dette ikke slutte at Schibsted har ment at Nettbil utøver et konkurransepress på Finn som transaksjonen vil fjerne, og med den konsekvens at Finns kunder flytter til Nettbil. En kannibalisering kan mer sannsynlig følge av at Nettbils produkt har et fortrinn og vil tiltrekke et økt antall kunder etter Schibsteds inntreden på eiersiden.
- (137) Staten har også anført at en e-post internt i Schibsted like før transaksjonen bekrefter at man i selskapet har ment at Finn og Nettbil tilhører samme produktmarked. Det ble der gitt uttrykk for at «[h]vis vi ikke satser, så vil uansett Nettbil (eller lignende konsepter) vokse i markedet og spise andeler fra PtP-markedet over tid», altså fra markedet for bruktbilhandel mellom privatpersoner. Videre heter det blant annet:

«Markedsposisjonen vår vil gradvis svekkes. Facebook fra bunnen. Nettbil i midten – og passive merkeforhandlere på toppen er ikke oppskriften på langsiktig posisjonering.»

- (138) Etter det som er opplyst, oppsummerer e-posten møtet Schibsted hadde holdt med Norges Bilbransjeforbund 12. desember 2019 og som jeg tidligere har referert fra. Møtets formål var å høre merkeforhandlerne mening om Schibsteds eventuelle kjøp av Nettbil. Bakgrunnen for dette var at bilbransjeforbundets medlemmer er store annonsører på Schibsteds ulike plattformer. Utviklingen av Nettbil.no kunne utfordre merkeforhandlerne forretningsgrunnlag, og motreaksjoner kunne trekke betydelige annonse- og reklamemidler bort fra Schibsted.
- (139) Utsagnene i e-posten er ikke selvforklarende. Det meste taler imidlertid for at det ikke er Finns konkurransevne man her har hatt i tankene. Uttalelsene lest i lys av Schibsted presentasjon under møtet, og som jeg allerede har referert fra, bekrefter dette. Det som fremkommer i e-posten er uansett ikke egnet til å endre det bevisbildet som ellers har avtegnet seg omkring markedsavgrensningen.

Konklusjon hva gjelder det relevante produktmarked

- (140) Jeg er etter dette kommet til at det ikke kan anses bevist at Finns og Nettbils produkter tilhører det samme produktmarkedet. Bakgrunnen for dette er at en analyse basert på kvalitative forhold ikke med tilstrekkelig grad av sannsynlighet viser at produktene er nære nok til å være substitutter.

Konkurransanalysen – generelt

- (141) Som tidligere nevnt er en markedsavgrensning bare et analytisk hjelpemiddel i konkurranseanalysen. Av og til må denne analysen foretas uten en på forhånd avklart markedsavgrensning på grunn av vanskeligheter med grensedragningen.
- (142) I saken her er imidlertid situasjonen at både Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda, til tross for de utfordringer selve avgrensningen kan by på, har funnet grunn til å gå veien om en markedsavgrensning. Når det endelige svaret er at produktene ikke er i det samme produktmarkedet og dermed ikke anses for å konkurrere med hverandre, faller grunnlaget for en konkurranseanalyse bort. Jeg nevner at også staten er enig i dette og viser til statens anke hvor det avslutningsvis i punkt 4.2 heter at «[d]ersom Finn og Nettbil ikke engang er i samme marked, vil det ikke være grunnlag for å vurdere om transaksjonen vil føre til betydelig konkurranseskade etter krrl. § 16».
- (143) Jeg konstaterer at lagmannsretten tok et annet utgangspunkt når den i sin dom tilbakeviste Schibsteds oppfatning om det samme. Lagmannsretten gjennomførte derfor en konkurranseanalyse. Etter mitt syn er det verken nødvendig eller riktig for så vidt gjelder pris og kvalitet.
- (144) Ut fra min konklusjon om at Finns og Nettbils produkter ikke er i det samme relevante produktmarkedet, er det etter dette ikke grunnlag for å vurdere spørsmålet om

sammenslutningen vil hindre effektiv konkurranse i betydelig grad med tanke på pris og kvalitet. Jeg føyer til at den kvalitative vurderingen som nemnda har foretatt i tilknytning til markedsavgrensningen, og som jeg har tilbakevist, uansett vil være et hovedelement under en eventuell analyse av hvor nært partene i transaksjonen konkurrerer. Jeg kan derfor vanskelig se at en eventuell konkurranseanalyse ville kunne lede til et annet resultat.

Konkurranseanalyse vedrørende innovasjonsskade

- (145) Ved spørsmålet om konkurransebegrensninger i form av innovasjonsskade vil en markedsavgrensning ut fra dagens relevante produktmarked ikke uten videre kunne tjene som et analytisk hjelpemiddel for en konkurranseanalyse. Innovasjon ligger inn i fremtiden. Konkurranseanalysen må da knytte seg til spørsmålet om det med tilstrekkelig grad av sannsynlighet kan slås fast at det i en situasjon uten foretakssammenslutningen ville skjedd innovasjon som fusjonen nå vil hindre.
- (146) Konkurransetilsynet la i sitt vedtak til grunn at foretakssammenslutningen vil redusere partenes insentiver til å utvikle nye produkter og tjenester, jf. avsnitt 497. Konkurransklagenemnda fant for sin del ikke grunn til å gå nærmere inn dette, se avsnitt 228. Staten har imidlertid ved den rettslige prøvingen fastholdt tilsynets synspunkt om at foretakssammenslutningen vil føre til innovasjonsskade i form av mindre produktutvikling hos både Schibsted og Nettbil.
- (147) Lagmannsretten har tilbakevist dette. Jeg er enig i at det ikke er holdepunkter for at Nettbil i fremtiden ville ha utviklet rubrikkannonser i konkurranse med Finn. Det er heller ingen bevis for at Finn ville ha utviklet et eget konkurrerende konsept. Den transaksjonsreisen – «transaction journey» – som beskrives i deler av den interne dokumentasjonen, støtter ikke statens oppfatning. Utsagn som «create a complete user transaction journey for vehicle sales», kan ikke forstås som at Finns ambisjon var selv å utvikle en plattform i konkurranse med Nettbil. Dokumentasjonen viser snarere at forretningsstrategien har vært oppkjøp av komplementære plattformer fremfor å utvikle noe slikt fra bunnen. Presentasjonen for Norges Bilbransjeforbund like før transaksjonen bekrefter dette. Der heter det:

- «- Det er ikke et alternativ å overta kontroll uten å utvikle konseptet. ...
- ...
- Et alternativ/supplement til de som sliter med å finne kjøpere på FINN»

Konklusjon og sakskostnader

- (148) Jeg er etter dette kommet til at anken forkastes. Schibsted har vunnet saken fullstendig og skal tilkjennes kostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Jeg kan ikke se at unntaksregelen i § 20-2 tredje ledd kommer til anvendelse.
- (149) Schibsted har fremmet krav om å bli tilkjent i alt 8 098 950 kroner i sakskostnader for Høyesterett. Beløpet fordeler seg med 6 891 767 kroner i salær og 1 207 181 kroner i honorar til sakkyndig vitne og ekspertrapport. Staten mener kravet er vesentlig for høyt.

- (150) Av kostnadsoppgaven fremgår at i alt seks advokater har utført arbeid i saken. Det er ført 1 465,75 timer frem til ankeforhandling og 177,75 timer frem til sakens avslutning, det vil si totalt 1 643,50 timer. For brorparten av timene varierer timeprisen fra 5 697 kroner til 3 033 kroner, avhengig av hvilken advokat i teamet som har gjort arbeidet. Prosessfullmektigen og den rettslige medhjelperen, som også holdt en del av hovedinnlegget for Høyesterett, har krevd godtgjørelse for til sammen 733 timer.
- (151) Schibsted er i lagmannsrettens dom tidligere tilkjent 8 371 105 kroner i sakskostnader. Schibsteds samlede sakskostnadskrav i anledning den rettslige prøvingen av Konkurransklagenemndas vedtak, utgjør etter dette 16 470 055 kroner.
- (152) Ankeutvalget har i HR-2020-1515-U avsnitt 21 flg. under henvisning til forarbeidene til tvisteloven pekt på domstolenes ansvar for å styre kostnadsnivået i sivile saker. Utvalget nevner blant annet at de totale kostnadene må måles mot en proporsjonalitetsbegrensning, at vurderingen av advokatsalæret må omfatte både advokatens timepris og antallet medgåtte timer, og at merkostnaden ved særlig kostbar bistand som den klare hovedregel ikke kan kreves erstattet av motparten. Hva som vil være særlig kostbar bistand, vil etter utvalgets oppfatning «måtte bero på en skjønnsmessig vurdering av omstendighetene i den aktuelle saken, samt hva det må antas at en alminnelig dyktig advokat ville ha krevd av salær i en slik sak». Blant de øvrige faktorer som trekkes frem nevner jeg her særlig tvistegenstandens økonomiske verdi og at arbeid i én instans i betydelig grad må kunne forventes gjenbrukt i neste instans ved samme prosessfullmektig.
- (153) Jeg legger for avgjørelsen av sakskostnadsspørsmålet utgangspunktene i HR-2020-1515-U til grunn.
- (154) Saken her gjelder et utpreget juridisk spesialområde med et stort og komplisert internasjonalt rettskildetilfang. Tvistegenstanden har ikke bare høy verdi, men gjelder også Schibsteds mulighet til å fortsette utviklingen av det forretningspotensialet Nettbil utgjør i selskapets portefølje.
- (155) I utgangspunktet forsvarer disse momentene at flere kan delta i arbeidet med sakens forberedelse og gjennomføring, at timeforbruket blir høyt, og at bistanden fra advokater med spesialkompetanse kan bli særlig kostbar, vurdert ut fra timepris. Det må også godtas at det i et slikt sakskompleks utføres arbeid som ikke direkte speiles i det som til slutt anføres og presenteres for domstolen.
- (156) Etter mitt syn vil det likevel bryte med en proporsjonalitetsbegrensning å tilkjenne sakskostnader ved bare å multiplisere antall utførte timer med en høy timepris. Med det til dels voldsomme timetallet som et slikt sakskompleks genererer gjennom et stort advokatteam, sier det seg selv at ikke alle timer er like effektive eller spesialiserte og at ikke enhver del av det arbeidet som er blitt utført har vært nødvendig. Arbeid utført i perioden fra oppstart av ankeforhandlingen og frem til sakens avslutning illustrerer dette. Ankeforhandlingen strakk seg over fire rettsdager. Det kreves imidlertid dekning for mer enn 177 timers arbeid. Det var intet ved ankeforhandlingens gjennomføring som nødvendiggjorde et slikt arbeidsomfang. På denne bakgrunn er jeg ut fra en samlet betraktning kommet til at salæret reduseres med 1 000 000 kroner.
- (157) Når det gjelder honoraret til den sakkyndige, kan jeg ikke se at dette arbeidet var nødvendig i saken for Høyesterett. For så vidt gjelder markedsavgrensningen, reiste dette i

hovedsak rene juridiske spørsmål. Det ble under ankeforhandlingen dessuten gjort begrenset bruk av rapporten og det er uansett uklart for meg på hvilket grunnlag det etter lagmannsrettens dom, der Schibsted hadde vunnet frem, var nødvendig å supplere den rapporten som da var utarbeidet, og som allerede er belastet saken med et beløp i samme størrelsesorden som nå kreves. Jeg finner etter dette ikke å kunne tilkjenne kostnader til Schibsteds sakkyndige for Høyesterett.

(158) Det tilkjente beløpet er for enkelhets skyld avrundet til nærmeste hele hundre kroner.

(159) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader betaler staten ved Konkurransetilsynet til Schibsted ASA 5 891 800 – femmillioneråttehundreogtrentusenåttehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

(160) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(161) Dommer **Sæther:** Likeså.

(162) Dommer **Arntzen:** Likeså.

(163) Dommer **Indreberg:** Likeså.

(164) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader betaler staten ved Konkurransetilsynet til Schibsted ASA 5 891 800 – femmillioneråttehundreogtrentusenåttehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.