

# **EU-KOMMISSJONENS HÅNDTERING AV FUSJONER I ENERGISEKTOREN**

Kandidatnummer: 327

Veileder: Ulf Hammer

Leveringsfrist: 27. november 2006

( \* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html> )

Til sammen 17506 ord

07.06.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	METODE	3
1.3	VIDERE DISPOSISJON OG AVGRENSNING	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>LIBERALISERING AV ENERGIMARKEDET</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	HISTORIKK	6
2.2	ELEKTRISITETS- OG GASSDIREKTIVENE	8
<b><u>3</u></b>	<b><u>FUSJONER I ENERGISEKTOREN</u></b>	<b><u>11</u></b>
3.1	FUSJONSFORORDNINGEN 139/2004	11
3.2	FUSJONSKONTROLL	12
3.2.1	TERMINOLOGI – BEGREPET FUSJON	12
3.2.2	JURISDIKSJON	15
3.2.3	DEN MATERIELLE VURDERINGEN AV FUSJONEN	21
3.2.4	DEN MATERIELLE ”TESTEN”	23
3.2.5	FORMER FOR FUSJONSVILKÅR	27
3.3	FUSJONSSAKER I ENERGISEKTOREN I DEN SENERE TID MED GRENSEOVERSKRIDENDE BETYDNING	30
3.3.1	TYPER AV FUSJONER	30
3.3.2	FORMER FOR FUSJONSVILKÅR I ENERGISEKTOREN	32
3.3.3	ENERGIAS DE PORTUGAL/GÁZ DE PORTUGAL	34
3.3.4	E.ON/MOL	36

<b>3.4</b>	<b>FRANKRIKES HÅNTERING AV LIBERALISERINGEN AV ENERGI- MARKEDET</b>	<b>40</b>
3.4.1	TOTAL/GAZ DE FRANCE	46
3.4.2	GAZ DE FRANCE/SUEZ	48
<b>3.5</b>	<b>KONKLUSJON FUSJONSKONTROLL I ENERGISEKTOREN</b>	<b>52</b>
<b>4</b>	<b><u>FREMTIDSPERSPEKTIVER</u></b>	<b><u>54</u></b>
<b>5</b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b><u>57</u></b>
<b>6</b>	<b><u>KILDER</u></b>	<b><u>59</u></b>
	<b>Bøker og hefter</b>	<b>59</b>
	<b>Tidsskrift artikler</b>	<b>59</b>
	<b>Avis artikler</b>	<b>60</b>
	<b>Lovgivning</b>	<b>62</b>
	<b>Fransk lovgivning</b>	<b>62</b>
	<b>Dokumenter fra EU-kommisjonen</b>	<b>62</b>
	<b>Saker fra kommisjonen</b>	<b>63</b>
	<b>Europa domstolen</b>	<b>64</b>
	<b>Forarbeider</b>	<b>64</b>
	<b>Internettider</b>	<b>64</b>

# 1 INNLEDNING

## 1.1 PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING

Energisektoren er en nøkkelvirkosomhet for det meste av nasjonal økonomi over hele verden. Pålitelig energitilførsel og fornuftlige priser for både profesjonelle parter og forbrukere er avgjørende for en velfungerende europeisk økonomi.

På 1990-tallet besluttet EU sammen med medlemslandene at det skulle gjennomføres en gradvis åpning for konkurranse i det lite effektive energimarkedet preget av monopoler. Liberaliseringen av energimarkedet skulle øke effektiviteten i produksjon, overføring og distribusjon av energi.

På bakgrunn av den pågående liberaliseringen i energisektoren lanserte EU-kommisjonen i juni 2005 en sektorundersøkelse av konkurranseforholdene i gass- og elektrisitetmarkedene.<sup>1</sup> Velfungerende energimarkeder er avgjørende for å få en konkurransedyktig europeisk industri som er et av hovedmålene i Lisboa strategien. De forventede fordelene av liberaliseringen som tredjepartsadgang til nettet, fritt valg av leverandør og lavere priser skal kunne merkes hos forbrukerne.<sup>2</sup>

De foreløpige resultatene fra sektorundersøkelsen avslører store problemer i energimarkedet. Svarene fra både industrien og forbrukerne er at det europeiske energimarkedet fortsatt ikke fungerer som det skal konkurranserettslig. Særlig fem hovedpunkter gis som grunner for at energisektoren ikke er like velfungerende som man

---

<sup>1</sup> IP/05/716.

<sup>2</sup> IP/05/716.

skulle ønske.<sup>3</sup> Først og fremst settes det i undersøkelsen fingeren på sterke markedskonsentrasjoner, for liten markedsåpning, liten markedsintegrering, liten gjennomsiktighet i sektoren og fortsatt høye priser.<sup>4</sup>

Disse fem hovedproblemene utdypes i det faktum at de fleste medlemslandenes elektrisitets- og gassmarkeder er preget av noen få selskapers dominerende stilling som også fører til at disse påvirker prisnivået. Markedene er heller ikke åpne for nye aktører som følge av at langtidskontrakter sperrer for inntreden. Det fjerde hovedproblemet sektorundersøkelsen har vist gjelder gjennomsiktigheten i deler av energisektoren. Særlig dreier dette seg om åpenhet rundt adgang til nettverk og innsyn i informasjon som skal være tilgjengelig for alle. 84 % av leverandørene og produsentene er av den oppfatning at tilgangen på viktig og nyttig informasjon er mangelfull. Siste hovedbekymring påvist av sektorundersøkelsen er at prisene stiger. Gassprisen henger sammen med prisen på olje som er meget høy. I elektrisitetsmarkedet er forbrukeren av den oppfatning at prisene ikke reflekterer en rettferdig konkurranse, samtidig som en sameksistens av både regulerte og ikke-regulerte priser fører til stor forvirring for vanlige forbrukere.<sup>5</sup>

Mye av årsaken til at energimarkedet ikke fungerer som det skal er også at flere medlemsland har vært meget sent ute med å implementere direktivene som åpnet opp markedet.<sup>6</sup>

Det sees heller ikke bort ifra at bølgen av økonomisk proteksjonisme som herjer i noen europeiske land kan ha en innvirkning.<sup>7</sup> Denne typen av proteksjonisme har ført til opprettelsen av såkalte ”national champions”. EU-kommisjonen er av den oppfatning at dette også er med på å stoppe liberaliseringsprosessen.

---

<sup>3</sup> MEMO/05/425.

<sup>4</sup> MEMO/05/425.

<sup>5</sup> MEMO/05/425.

<sup>6</sup> EP/Rdir 2003/54/EF og EP/Rdir 2003/55/EF.

<sup>7</sup> Kramb (2006).

De siste årene har Europa sett et uttall energifusjoner som i mange tilfeller har skapt såkalte ”national champions” innenfor sektoren. Energimarkedene i mange av medlemslandene er kontrollert av et lite antall energiselskaper med store markedsandeler. Dette er problematisk når man forsøker å skape konkurransedyktige markeder. En del av arbeidet til EU-kommisjonen består derfor i å ha en rigorøs og nøye granskning av alle foreslåtte fusjoner.

Min avhandling skal forsøke å vurdere hva slags innvirkning fusjoner i energisektoren har på liberaliseringen av denne sektoren i Europa. For å oppnå dette vil jeg først ta for meg liberaliseringsprosessen i energisektoren. Deretter vil jeg gjennom noen utvalgte saker se på EU-kommisjonens fusjonspraksis, og til slutt vurdere om det har vært en utvikling i EU-kommisjonens behandling av fusjoner. Jeg vil samtidig i et kapittel spesielt ta for meg Frankrike som eksempel på den stadig voksende økonomiske proteksjonismen innenfor den europeiske energisektoren.

## 1.2 METODE

Ettersom min spesialoppgave tar for seg et tema innenfor fellesskapsretten vil EU-retten rettskilder og metode ligge til grunn i avhandlingen. EU-retten er forskjellig både fra nasjonal lovgivning og folkeretten, som er den tradisjonelle måten man har skapt rett mellom stater. EU-retten betegnes som overnasjonal og er derfor mye mer forpliktende enn vanlig folkerett. Samtidig er det som rettssystem ikke helt ferdig utviklet og har heller ikke noen tradisjon å bygge på slik som nasjonal lovgivning. EU-retten har en meget dynamisk karakter, og endrer seg derfor i et langt raskere tempo enn nasjonal rett.<sup>8</sup>

Tolkningslæren i EU-retten er også forskjellig fra folkerettslig og nasjonal rettskildelære. Selv om alle regelverk utvikler seg over tid skal nasjonale lovtekster som utgangspunkt tolkes som da de ble gitt. EU-retten derimot har et grunnleggende krav om at det skal

---

<sup>8</sup> EØS-rett (2004) s. 41.

foreligge en formålsrettet utvikling. Dette legitimerer en mer rettskapende holdning enn i nasjonal rett.<sup>9</sup>

Denne oppgaven vil ta for seg EU-kommisjonens forvaltningspraksis som er en viktig rettskildefaktor innenfor EU-retten. Sammen med Europa Rådet har EU-kommisjonen rett til å treffe vedtak i enkeltsaker som etter EF-traktaten art. 249 skal være ”bindende i alle deler for dem det er rettet til”. På noen områder har EU-kommisjonen kompetanse til å gi vedtak mot private, dette gjelder særlig innenfor konkurranseretten.<sup>10</sup> Det er derfor viktig for medlemsstatene og private bedrifter å kjenne EU-kommisjonens kontrollpraksis slik at de vet hvor mye som skal til før den griper inn. I konkurranserettslige saker slik som de som skal behandles i denne oppgaven er det spesielt viktig for partene å kjenne til kommisjonspraksis, fordi den i tekniske og økonomiske spørsmål har et visst skjønn som EF-domstolen nødvendig overprøver.<sup>11</sup> EU-kommisjonen nedfeller ofte sin forvaltningspraksis i rekommandasjoner og uttalelser, som jeg også vil vise til i den følgende fremstillingen.<sup>12</sup>

EF-domstolen har vært klar på at den alene fortolker EU-retten etter art. 220 i EF-traktaten. I prinsippet lar den seg ikke styre av andre organer. EU-kommisjonen og EF-domstolen har imidlertid ofte de samme interessene, det vil si et så effektivt og integrert EU som mulig. Dette styrker i hvilken grad EU-kommisjonens praksis er en rettskildefaktor for EF-domstolen. Spesielt for private har EF-domstolen slått fast at EU-kommisjonens praksis er av betydning. Forvaltningspraksisen skal ikke fravikes i enkeltsaker dersom det vil føre til usaklig forskjellsbehandling eller krenke en berettiget forventning.<sup>13</sup> Foruten slike tilfeller

---

<sup>9</sup> EØS-rett (2004) s. 52.

<sup>10</sup> EØS-rett (2004) s. 54.

<sup>11</sup> EØS-rett (2004) s. 55.

<sup>12</sup> Disse er ikke bindende, men har på mange rettsområder stor praktisk betydning. I EU-retten kalles dette ofte for ”soft law”.

<sup>13</sup> EØS-rett (2004) s. 55.

får også EU-kommisjonens praksis særlig betydning dersom den er nedfelt skriftlig gjennom rekommandasjoner og uttalelser.<sup>14</sup>

### 1.3 VIDERE DISPOSISJON OG AVGRENSNING

Denne avhandlingen består av tre hoveddeler:

Kapittel 2 gir et kort historisk perspektiv over liberaliseringsprosessen i energisektoren og en oversikt over regelverket som åpnet den opp for konkurranse.

I kapittel 3 gjør jeg rede for fusjonsforordningen og reglene rundt fusjonskontroll.

Dette kapitlet tar også for seg typer av fusjoner og fusjonsvilkår, foruten eksempler på grensesprengende fusjoner i energisektoren som er av nyere dato. Disse er ikke nødvendigvis de eneste som kunne vært brukt i avhandlingen. Sakene er kun valgt for å belyse problemstillingen. I kapittel 3 tar jeg også spesielt for meg Frankrikes håndtering av liberaliseringen i energisektoren. Frankrike er kjent som en bremse med innenfor dette området. I denne forbindelse drøftes også to saker fra Frankrike.

Avhandlingens kapittel 4 skal se på hva slags fremtidsperspektiver energisektoren står foran i Europa med hensyn til liberaliseringsprosessen. Da særlig hva slags politiske signaler som er fremtredende blant medlemslandene i EU.

Kapittel 5 inneholder en avslutning og konklusjon på avhandlingens drøftelser og problemstilling.

For at jeg på en hensiktsmessig måte skal kunne behandle det overnevnte må det fortas avgrensninger i avhandlingen. Denne oppgaven vil kun ta for seg fusjonssaker som kommer inn under EU-kommisjonens jurisdiksjon. Nasjonale konkurransemyndigheters behandling av fusjoner faller derfor utenfor denne avhandlingen. Samtidig vil kun saker i energisektoren drøftes, fusjoner innenfor andre sektorer er ikke tema i denne oppgaven. For å avgrense ytterligere vil jeg ikke ta for meg forhold i oljebransjen, kun elektrisitets- og gassektoren vil bli behandlet.

---

<sup>14</sup> Se note 13. Spørsmålet er hvor mye som skal til for at EF-domstolens anvendelse av "soft law" vil føre til at det blir "hard law".



## 2 LIBERALISERING AV ENERGIMARKEDET

Den følgende presentasjonen vil kun være en kort fremstilling for mitt formål med denne avhandlingen. Sider ved liberaliseringsprosessen som ikke er nødvendig for denne oppgaven er derfor utelatt.

### 2.1 HISTORIKK

Selv om hovedprinsippene i EF-traktaten<sup>15</sup>, det vil si prinsippene om fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer, gjelder for alle økonomiske områder påsto energisektoren i mange år at de var unntatt for slike regler på grunn av sektorens spesielle situasjon og oppgaver. Mot slutten av 1980-tallet forandret rammebetingelsene for energisektoren seg slik at den gradvis utviklet seg til å bli en mer vanlig økonomisk bransje som opererte i henhold til EF-traktaten.<sup>16</sup>

Mange stater har vært av den oppfatning at energisektoren utfører tjenester som er av allmenn økonomisk betydning, nettopp derfor blir reguleringen av denne sektoren også så viktig. Det å ha nok energiforsyning i et land er ikke bare tvingende nødvendig for innbyggernes liv, men også for at økonomien skal fungere. Av denne grunn har energiselskaper mange steder ikke vært underlagt konkurranserettslige regler som EF-traktaten omfatter.<sup>17</sup>

Siden 1990-tallet forandret dette seg gradvis. I saken mot den nederlandske elektrisitetsprodusenten Ijsselcentrale<sup>18</sup> bekreftet EU-kommisjonen at elektrisitetsprodusentene var gitt oppgaver som var av allmenn økonomisk betydning og en del av det offentliges forpliktelser. Dette ga derimot ikke slike selskaper rett til å sette seg over konkurransereglene og kreve absolutt kontroll over all import og eksport. I lys av EUs

---

<sup>15</sup> Traktaten om opprettelse av det europeiske fellesskap, Roma 25.3.1957.

<sup>16</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 1.

<sup>17</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 3.

<sup>18</sup> Commission Decision 91/50, 16.1.1991.

forsøk på å etablere et indre marked for energi ville en slik oppførsel være helt uakseptabel og motvirke EUs bestrebelser for et felles marked.<sup>19</sup>

Europa domstolen avgjorde i den påfølgende Almelo-saken<sup>20</sup> i hvilken utstrekning nasjonale regler kunne rettferdiggjøre restriksjoner i konkurransereglene. I denne saken ble elektrisitetsselskaper gitt unntak fra konkurransereglene på grunn av den spesielle rollen slike virksomheter har.<sup>21</sup> Det måtte tas hensyn til de økonomiske og lovmessige forholdene selskaper av denne typen var underlagt, og disse omstendighetene måtte ikke føre til at de ikke kunne utføre sine ytelser av offentlig interesse.

De fleste energiselskapene var statseide inntil liberaliseringsprosessen startet, og opererte som nasjonale eller regionale monopoler. EF-traktaten krevde imidlertid at man progressivt skulle omstille situasjonen for denne typen selskaper.<sup>22</sup> Hensikten bak dette var å forsikre seg om at det ikke fantes diskriminering mellom medlemsstatene med hensyn til forholdene rundt anskaffelse og markedsføring av varer.<sup>23</sup> EF-traktaten fra 1957 ga en overgangsperiode til 1969 for å omstille statseide virksomheter. Få medlemsland hadde fokusert på dette.

EU-kommisjonen annonserte i 1988 at den skulle undersøke i hvilken utstrekning statseide selskaper med monopol på import og eksport var i overensstemmelse med art. 31 i EF-traktaten.<sup>24</sup> Undersøkelsene EU-kommisjonen utførte resulterte i flere saker fra 1997 mot blant annet SEP i Nederland, ENEL i Italia og GDF og EDF i Frankrike.<sup>25</sup> De eksklusive

---

<sup>19</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 3.

<sup>20</sup> Sak C-393/92, Almelo kommune mfl. mot Energibedrijf Ijsselmij.

<sup>21</sup> Sak C-393/92, Almelo kommune mfl. mot Energibedrijf Ijsselmij paragraf 49.

<sup>22</sup> Traktaten om opprettelse av det europeiske fellesskap, Roma 25.3.1957 art. 37 nå art. 31.

<sup>23</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 4.

<sup>24</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 4.

<sup>25</sup> Saker C-156-160/94.

rettighetene vedrørende import og eksport ble sett på som et hinder i den frie bevegelsen av varer etter art.31 i EF-traktaten.

Europa domstolen fulgte imidlertid opp unntaket gitt i Almelo-saken.<sup>26</sup> Monopolene ble gitt unntak etter art.86 (2) i EF-traktaten fordi disse foretakene var blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning.<sup>27</sup> Sakene er imidlertid fra tiden før direktivene som førte til en liberalisering i energisektoren trådte i kraft.<sup>28</sup> Disse direktivene førte til at det ikke lenger var like nødvendig å gjennomføre saker mot medlemsland med hensyn til deres oppfyllelse av EF-traktatens regler om konkurranse i energisektoren.<sup>29</sup>

## 2.2 ELEKTRISITETS- OG GASSDIREKTIVENE

Etter mange års intens debatt ble medlemslandene enige om direktiver som skulle danne grunnlaget for et internt energimarked i EU. Disse direktivene var henholdsvis elektrisitetsdirektivet fra 1996 og gassdirektivet fra 1998,<sup>30</sup> og hadde til hensikt å introdusere konkurranse til elektrisitets- og gassektoren.<sup>31</sup>

De to direktivene baserte seg imidlertid kun på et minimum av krav om harmonisering, og medlemslandene avgjorde selv hvordan de ville implementere reglene. Enten kunne de innføre de laveste kravene eller velge å gå enda lenger og innføre større konkurranse i den nasjonale lovgivningen.<sup>32</sup> Noen medlemsland valgte å åpne sektoren fullstendig, mens andre kun ønsket å holde seg til det minimumsnivået av markedsåpning som var pålagt. Resultatet ble utviklingen av 15 forskjellige og avvikende liberaliserte energimarkeder.<sup>33</sup>

---

<sup>26</sup> Sak C-393/92, Almelo kommune mfl. mot Energibedrijf Ijsselmij.

<sup>27</sup> Energy law in Europe (2001) s. 229.

<sup>28</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 5.

<sup>29</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 6.

<sup>30</sup> EP/Rdir 98/30/EF og EP/Rdir 96/92/EF.

<sup>31</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 2.

<sup>32</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 6.

<sup>33</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 7.

I 2003 trådte to nye direktiver i kraft som omhandler det interne markedet i elektrisitets- og gassektoren,<sup>34</sup> disse opphevet de gamle elektrisitets- og gassdirektivene av 1996 og 1998. Medlemslandene ble under disse nye direktivene tvunget til å implementere dem i nasjonal lovgivning innen 1. juli 2004.

Direktivene inneholder regler som viderefører harmoniseringen av regelverket for energisektoren i medlemslandene, og viderefører utviklingen av et internt energimarked.<sup>35</sup>

De to direktivene fører til en total markedsåpning i alle medlemslandene. Statene er etter direktivene forpliktet å garantere at alle profesjonelle kunder skal kunne velge leverandør fritt fra 1. juli 2004 og alle husholdninger skal ha den samme retten fra og med 1. juli 2007.<sup>36</sup> Dette betyr ikke at markedet i alle medlemslandene åpnes samtidig, men alle må være åpnet innen 1. juli 2007. I hvilket tempo hvert land ønsker å gjennomføre liberaliseringen er opp til dem selv så lenge tidsfristen overholdes.

Direktivene av 2003 viderefører også åpningen av markedet for nye aktører.<sup>37</sup> Et av de viktigste punktene i denne prosessen er tredjepartsadgang til nettverket.<sup>38</sup> I og med elektrisitetsnettverk er naturlige monopoler og eierne derfor innehar en dominerende stilling vil det oppstå diskriminering uten et regelverk. Direktivet av 1996 ga medlemslandene mulighet til selv å velge hvordan de skulle gjennomføre tredjepartsadgang til nettet. Systemet ga statene tre valgmuligheter, men har ikke fungert godt.<sup>39</sup> Resultatet har derfor vært ulik adgang og forskjellige tariffsystemer. Dette har vært en av de største hindringene for et velfungerende og konkurransedyktig internt energimarked.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> EP/Rdir 2003/54/EF og EP/Rdir 2003/55/EF.

<sup>35</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 2.

<sup>36</sup> EP/Rdir 2003/54/EF art. 21 og EP/Rdir 2003/55/EF art. 23

<sup>37</sup> EP/Rdir 2003/54/EF art. 20 og EP/Rdir 2003/55/EF art. 18.

<sup>38</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 9.

<sup>39</sup> De tre valgmulighetene var: negotiated third party access, regulated third party access og single buyer model. Se *The Regulation of Power Exchanges in Europe* s. 9.

<sup>40</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 9.

I direktivene av 2003 skal medlemsstatene regulere tredjepartsadgang ved hjelp av offentliggjorte tariffes som gjelder for alle, hvor ingen diskriminering mellom systembrukere foreligger, og operatøren kan bare nekte adgang dersom det foreligger kapasitetsmangel.<sup>41</sup>

Adgang til markedet for nye aktører som omtalt foran er et av mange problemer sektorundersøkelsen har kommet frem til.<sup>42</sup> Fra et energimarked preget av statsmonopoler har energifusjoner og dannelsen av dominerende aktører i markedet ført til en remonopolisering av energisektoren. De tidligere statseide, nå privateide energiselskapene, dominerer markedet og har mange steder en monopolstilling.<sup>43</sup> Denne remonopoliseringen danner en kontrast til direktivene som skulle medføre en markedsåpning i Europa.

---

<sup>41</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 9.

<sup>42</sup> Se kap. 1.1.

<sup>43</sup> Et viktig element i direktivene av 2003 er kravet om selskapsmessig og funksjonelt skille. Se kap. 4.

### 3 FUSJONER I ENERGISEKTOREN

Innledningsvis vil jeg presisere at jeg i kapitel 3 først vil gi en generell innføring i fusjonskontrollen. Deretter vil jeg belyse kriteriene og vilkårene nærmere gjennom noen viktige saker i energisektoren.

#### 3.1 FUSJONSFORORDNINGEN 139/2004

EUs ministerråd vedtok 20. januar 2004 en ny forordning om kontroll med foretakssammenslutninger, Rfo139/2004/EF, videre omtalt som fusjonsforordningen. Hensikten med de nye reglene er å gjøre fusjonsforordningen til et smidigere og mer anvendelig instrument for kontroll med foretakssammenslutninger i EU/EØS.<sup>44</sup> Den nye fusjonsforordningen trådte i kraft 1. mai 2004, samtidig som utvidelsen av EU. Forordningen er del av en større reform som omfatter flere sider av fusjonskontrollen.

Fusjonsforordningen av 1989<sup>45</sup> var basert på et konsept om en dominerende stilling i markedet. En fusjon kunne bare blokkeres dersom den skapte eller styrket en dominerende posisjon. Ønsket om å forandre dette oppsto da man oppdaget at begrepet om dominans ikke nødvendigvis var så effektiv. Særlig gjaldt dette i oligopoliske markeder. I slike markeder er situasjonen ofte den at de to fusjonerende parter ikke innehar en dominant posisjon, men de vil likevel kunne være i stand til å sette opp prisene og operere uavhengig av konkurrenter.

---

<sup>44</sup> Inst.O.nr.16 (2004-2005).

<sup>45</sup> Rådsforordning 4064/89/EF.

Den nye fusjonsforordningen erstatter dominanstesten ved at det for å hindre en fusjon er tilstrekkelig at den ”i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes,” jfr. fusjonsforordningen art.2 (3).<sup>46</sup>

## 3.2 FUSJONSKONTROLL

### 3.2.1 TERMINOLOGI – BEGREPET FUSJON

En fusjon defineres i fusjonsforordningen art. 3 som ”en varig endring i de berørte foretakenes struktur.” Det er således kun reelle endringer som omfattes av reglene i fusjonsforordningen.

Foretakssammenslutninger omfatter etter legaldefinisjonen tradisjonelle fusjoner hvor to eller flere uavhengige virksomheter slutter seg sammen til en, jf. art.3 (1) a).

Begrepet dekker imidlertid også situasjoner hvor en eller flere foretak eller enkeltpersoner, som allerede kontrollerer minst ett selskap, oppnår hel eller delvis kontroll over ett eller flere virksomheter gjennom kjøp av aksjer, andre rettigheter eller etter avtale, jf. art.3(1) b).<sup>47</sup>

Fusjonsforordningen art. 3 (1) bokstav a) tar for seg situasjoner hvor to uavhengige foretak inngår en fusjon og slås sammen til en ny felles enhet. Situasjoner under bokstav a) vil foreligge når foretakene slås sammen, enten ved at det ene opphører eller blir del av det andre. Det kan også være tilfelle hvor de to foretakene smeltes sammen til en helt ny enhet. I tillegg til dette omfatter bokstav a) også tilfeller der det foreligger fullstendig virksomhetsovertagelser eller sammenslåinger. Det vil si situasjoner hvor flere foretak går sammen til en økonomisk enhet.

---

<sup>46</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 354.

<sup>47</sup> EØS-rett (2004) s. 569.

Etter fusjonsforordningen art. 3 (1) bokstav b) omfatter begrepet foretakssammenslutning også situasjoner der et foretak eller personer skaffer seg kontroll over et eller flere foretak. Dersom selskap A er under kontrollen til selskap B kan det i en slik situasjon ikke opptre fritt på markedet. Foretak A må følge de retningslinjer og interesser som foretak B har. Oppførselen til A på markedet vil være koordinert av den felles eierinteressen. Dette fører til en markedskonsentrasjon og antallet uavhengige foretak på markedet blir redusert.

Situasjoner under bokstav b) skiller seg i et konkurranserettslig perspektiv derfor ikke mye fra tilfeller under bokstav a).<sup>48</sup>

Visse typer av virksomhetskonsentrasjoner faller ikke under begrepet foretakssammenslutninger, disse er oppregnet i art. 3 (5) av fusjonsforordningen.

EU-kommisjonen kom i 1998 med retningslinjer om hva begrepet fusjon i fusjonsforordningen art. 3 betyr.<sup>49</sup> Med den formelle veiledningen om hvordan art. 3 skal forstås skulle de fremtidige fusjonspartene lettere selv kunne avgjøre om deres fusjon falt inn under regelverket før de tok kontakt med EU-kommisjonen.

Spørsmålet om det foreligger en fusjon i fusjonsforordningens forstand må avgjøres ut i fra kvalitative snarere enn kvantitative kriterier, og hovedvekten skal legges på begrepet kontroll.<sup>50</sup>

Det viktigste i fusjonsbegrepet er om transaksjonen vil føre til en varig forandring i ”kontrollen” jfr. art. 3 (3) av virksomheten som følge av en av situasjonene nevnt i art.3 (1). En fusjon foreligger kun dersom det skjer en endring i kontrollforholdene, ikke interne reorganiseringer i en virksomhet.

---

<sup>48</sup> EØS-rett (2004) s. 569.

<sup>49</sup> Commission notice on the definition of merger OJ C66, 02.03.1998.

<sup>50</sup> Commission notice on the definition of merger, paragraf 4.



Betydningen av ”kontroll” i art. 3 (3) er meget vid, men blir definert som muligheten til å utøve avgjørende innflytelse over et annet selskaps virksomhet. En slik situasjon kan oppstå som følge av eierskap i hele eller deler av virksomheten, kontrakter eller annen måte som gjør det mulig å påvirke det andre selskapet.

Om det foreligger en fusjon avhenger i følge EU-kommisjonens retningslinjer av flere juridiske og/eller faktiske forhold. At en av partene får kontroll over eiendomsrettigheter eller aksjonæravtaler er et viktig element, men rent økonomiske relasjoner er også en faktor av betydning i denne sammenheng. I spesielle tilfeller kan det økonomiske avhengigheten være så sterk at det forligger en faktisk kontroll. Dette kan være tilfellet når det dreier seg om særlig langvarige leveringskontrakter eller kreditt som er gitt av kunde eller leverandør. Kontroll kan også være til stede selv om dette ikke var partenes intensjoner i utgangspunktet.<sup>51</sup> Fusjonsforordningen definerer nemlig kontroll som en mulighet til å få avgjørende innflytelse og setter ikke noe vilkår om at denne innflytelsen må anvendes.

Kontrollen kan være over en eller flere virksomheter. Den kan også innehas av en eller flere virksomheter, henholdsvis enekontroll og felleskontroll. I begge tilfeller defineres kontroll som vist til foran som ”muligheten til å få avgjørende innflytelse gjennom rettigheter, avtaler eller på andre måter.”<sup>52</sup> jfr. art. 3 (3).

Enekontroll foreligger når et foretak innehar flertallet av stemmerettighetene i et annet foretak. Det vil vanligvis være nok å ha over 50 % av stemmene for å ha avgjørende innflytelse på et annet selskaps drift. Likevel må det ifølge EU-kommisjonen forstås slik at begrepet også omfatter tilfeller der et foretak faktisk sett har avgjørende innflytelse.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Sak IV/M.157, AirFrance/Sabena, 05.10.1992.

<sup>52</sup> Commissions notice on the definition of merger, paragraf 8.

<sup>53</sup> Commissions notice on the definition of merger, paragraf 13.

Felleskontroll er til stede der to eller flere foretak eller personer har mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over en annen virksomhet.<sup>54</sup> I slike tilfeller vil man ikke alene kunne utøve innflytelse, men flere eiere må sammen komme til enighet for at det skal kunne gjennomføres. Situasjonen kan være den at flere eiere innehar minoritetsposter og dermed ikke kan bestemme et foretaks kurs, men de kan sammen avgjøre i forhold til kursendringer. Den enkleste formen for felles kontroll er hvor to eiere har 50 % hver.

Vetorett kan også føre til at det forligger felles kontroll. Hvor minoritetseiere gis vetorett og en viktig beslutning kan stoppes dersom to av fem stemmer imot et forslag. En vetorett vil gi de som disponerer en slik rett avgjørende innflytelse over avgjørelser som angår virksomheten.<sup>55</sup>

### 3.2.2 JURISDIKSJON

Fusjonsforordningen inneholder to vilkår for at jurisdiksjonen skal ligge hos EU-kommisjonen. For det første må det foreligge en fusjon etter art. 3<sup>56</sup> og for det andre må foretakssammenslutningen ha en omsetning som er høyere eller tilsvarende enn terskelverdiene i art. 1.

EU-kommisjonen har eksklusiv kompetanse til å håndtere foretakssammenslutninger som overskrider terskelverdiene og således har en fellesskapsdimensjon, mens nasjonale konkurranse myndigheter har jurisdiksjon over de fusjonene som faller under disse terskelverdiene.<sup>57</sup> Det foreligger dermed en klar deling av kompetanse mellom EU-kommisjonen og nasjonale myndigheter.

---

<sup>54</sup> Commissions notice on the definition of merger, paragraf 19.

<sup>55</sup> EØS-rett (2004) s. 572.

<sup>56</sup> Se kap. 3.2.1.

<sup>57</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 347.

De foretakssammenslutningene som har en omsetning som er høyere eller tilsvarende disse terskelverdiene må meldes til EU-kommisjonen før de kan gjennomføres.

Terskelverdiene skal kun fastslå hvor jurisdiksjonen ligger, ikke vurdere partenes markedsstilling eller fusjonens virkninger. Det er omsetning og anvendte ressurser på alle virksomhetsområdene som måles, ikke bare de områdene som vil bli direkte berørt av en mulig fusjon.<sup>58</sup>

EU-kommisjonen kom i 1998 med retningslinjer for beregning av omsetning i forbindelse med kontroll av fusjoner.<sup>59</sup> Formålet med disse retningslinjene var å belyse art. 1 og art. 5 i fusjonsforordningen. Art.1 inneholder terskelverdiene som er avgjørende for om fusjonen har en fellesskapsdimensjon og art. 5 inneholder regler for hvordan omsetningen skal beregnes.

To forskjellige typer av terskelverdier forekommer i art.1, henholdsvis basis terskelverdiene i art. 1 (2) og de lavere terskelverdiene i art. 1 (3).

Utgangspunktet finner vi i art. 1(2): Terskelverdiene skal først og fremst avgjøre om foretakssammenslutningen har en fellesskapsdimensjon. Det har den i følge art. 1(2) dersom:

- a) de berørte foretak har en samlet omsetning på verdensmarkedet som overstiger 5 milliarder euro.
- b) minst to av de berørte foretak enkeltvis har en samlet omsetning på fellesskapsplan som overstiger 250 millioner euro, med mindre hvert av de berørte foretakene oppnår mer enn to tredjedeler av sin samlede omsetning på fellesskapsplan i en og samme stat, jf. art.1(2) a) og b).

Terskelen for omsetning på verdensplan skal måle foretakssammenslutningens samlede dimensjon. Terskelen for omsetning i EU skal fastslå at fusjonen har en minimum av aktiviteter i dette området, og regelen om to tredjedeler skal sørge for at det styres klar av

---

<sup>58</sup> Commission notice on the calculation of turnover, paragraf 6.

<sup>59</sup> Commission notice on the calculation of turnover, OJ C66, 02.03.1998.

rent nasjonale fusjoner.<sup>60</sup> Terskelverdiene er ganske høye, og det er vanligvis kun de helt store foretakssammenslutningene som omfattes av denne bestemmelsen.

Fusjonsforordningens art.1 (3) inneholder lavere terskelverdier, og anvendes kun når terskelverdiene i art. 2 (1) er for høye og fusjonen dermed ikke kommer inn under bestemmelsen. Disse lavere terskelverdiene ble til som et forsøk på å få flere saker inn under EUs fusjonskontroll.

Fusjoner med lavere terskelverdier som har en fellesskapsdimensjon og faller inn under EUs fusjonskontroll etter art. 1 (3) er:

- a) alle berørte foretak som samlet har en omsetning på verdensplan som overstiger 2,5 milliarder euro
- b) alle berørte foretak som har en samlet omsetning i hver enkelt av minst tre medlemsstater som overstiger 100 millioner euro
- c) minst to av de berørte foretakene hver for seg har en samlet omsetning i hver enkelt av minst tre medlemsstater som overstiger 2.5 millioner euro
- d) minst to av de berørte foretak hver for seg har en samlet omsetning på fellesskapsplan som overstiger 100 millioner euro, med mindre en av de berørte foretak oppnår mer enn to tredjedeler av sin samlede omsetning på fellesskapsplan innen en og samme medlemsstat, jf. Rfo 139/2004 art. 1 (3) a)-d).

Art. 1 (3) skal fange opp de sakene hvor partene ikke er pliktige etter art. 1 (2) til å melde fra om til EU-kommisjonen, men som ville ha blitt meldt fra til minst tre medlemslands konkurransemyndigheter i stedet. Med dette for øyet inneholder art. 1 (3) lavere terskelverdier både for omsetning på verdensbasis og innad i EU. En fusjon har fellesskapsdimensjon og kommer derfor inn under fusjonsforordningen dersom disse lavere terskelverdiene er oppfylt og foretakssammenslutningene har et minimum av aktivitet til sammen eller individuelt i minst tre av medlemslandene i EU.

---

<sup>60</sup> Commission notice on the calculation of turnover, paragraf 3.

Art. 1 (3) inneholder i tillegg den samme to tredjedelsregelen som vi finner i art. 1 (2), for å kunne luke ut de fusjonene som kun har en effekt nasjonalt sett.<sup>61</sup>

Terskelverdiene i art. 1 er rent kvantitative og gir ikke uttrykk for verken markedsandel eller annet, det er kun omsetningen som er av betydning. Reglene er ment som en enkel objektiv mekanisme for å gjøre det enkelt å forstå og bruke reglene slik at aktører i en mulig fusjon vet når de skal gi notifikasjon til EU-kommisjonen om foretakssammenslutninger.

Hensikten med art. 1 er å måle den økonomiske styrke, det vil si omsetningstallene, til aktørene i fusjonen. Uansett hva slags sektor det dreier seg om og om det vil bli berørt av en fremtidig fusjon eller ei.

Etter fusjonsforordningen er det dermed først og fremst de samlede økonomiske og finansielle resurser som fusjonen kommer til å omfatte som er avgjørende for om fusjonen har en fellesskapsdimensjon etter art.1.<sup>62</sup>

Omsetningen bør derfor avspeile så korrekte økonomiske forhold som mulig hos fusjonsaktørene.

Fusjonsforordningen art. 5 inneholder regler for hvordan omsetningen skal beregnes.<sup>63</sup> Først og fremst må man i en slik beregning starte med å avklare hvilke selskaper som er del av fusjonen eller virksomhetsovertakelsen. I en fusjon vil dette være de fusjonerende parter.<sup>64</sup>

Begrepet omsetning slik det er forklart i art.5 omfatter virksomhetenes ” sale of products and the provision of services...”.<sup>65</sup> Salg gir dermed uttrykk for selskapets aktivitet og er

---

<sup>61</sup> Commission notice on the calculation of turnover, paragraf 3.

<sup>62</sup> Commission notice on the calculation of turnover, paragraf 4.

<sup>63</sup> Rådsforordning 139/2004/EF.

<sup>64</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 348.

<sup>65</sup> Rådsforordning 139/2004/EF art. 5.

hovedkriteriet for fastleggelsen av omsetningen til fusjonspartnerne. Salg av både varer og tjenester omfattes av dette. Metoden EU-kommisjonen bruker for fastsettelse av salg av varer og tjenester skiller seg ikke merkbart fra hverandre da det er det samlede salgstall som blir tatt i betraktning. Virksomhetens omsetning vil derfor være inntektene selskapene får av salg av varer og tjenester i løpet av siste regnskapsår.<sup>66</sup>

Etter fusjonsforordningen art.21 kan et medlemsland ikke anvende sin nasjonale lovgivning på de foretakssammenslutningene som har en fellesskapsdimensjon.<sup>67</sup> Likevel finnes det eksempler på saker hvor medlemsland prøver å unngå eller vanskeliggjøre en grenseoverskridende fusjon.

Saken mellom tyske E.ON og spanske Endesa belyser denne problemstillingen meget godt.<sup>68</sup> Fusjonen ble i mai 2006 godkjent av EU-kommisjonen.

Fusjonen mellom det tyske E.ON og spanske Endesa er en av de siste store foretakssammenslutningene i Europa i år.<sup>69</sup> Den er allerede godkjent av EU-kommisjonen. E.ON som er Europas nest største energiselskap, med aktiviteter særlig i Tyskland og USA, kom med et tilbud om overtakelse av Endesa i februar 2006. Endesa er det femte største energiselskapet i Europa, og er særlig aktiv i Spania, men også i flere EU land, i Nord-Afrika og i Sør-Amerika. Begge selskapene er aktive i både gass- og elektrisitetssektoren. Sammenslåingen av disse to vil føre til opprettelsen av nok en gigant i energisektoren. Tilbudet om oppkjøp vil føre til at E.ON kontrollerte 51,01 % av aksjene i Endesa og dermed sitter med ene kontroll over selskapet.<sup>70</sup> Med dette oppkjøpet ønsker E.ON å utvide sine aktiviteter til nye geografiske områder, energikilder og kompetanseområder.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Commissions notice on the calculation of turnover, paragraf 12.

<sup>67</sup> MEMO/06/312, Commissions preliminary assessment to Spain of measures imposed by CNE on E.ON.

<sup>68</sup> Se kap. 3.3.5.

<sup>69</sup> Sak M.4110, 25.4.2006.

<sup>70</sup> Sak M.4110, 25.4.2006 paragraf 5.

<sup>71</sup> Sak M.4110, 25.4.2006 paragraf 6.

EU-kommisjonen vurderte som i alle saker det relevante produktmarkedet og det relevante geografiske markedet, og fant at de to selskapene hadde svært liten overlappig av aktiviteter.<sup>72</sup> Etter en vurdering om oppkjøpet ville være i samsvar med fusjonsforordningen og reglene om det indre markedet var konklusjonen positiv og fusjonen ble derfor godkjent.

Den spanske regjeringen har som mange andre lands regjeringer hatt en tendens til å føre en proteksjonistisk linje, og har tidligere prøvd å etablere såkalte ”nasjonale kjemper”.<sup>73</sup>

Spania så derfor på oppkjøpet av Endesa som meget uheldig, og ønsket heller en nasjonal gigant i energisektoren. Dette er ikke en uvanlig holdning blant mange europeiske land, som ønsker store nasjonale selskaper for å sikre egen forsyning av energi i en tid hvor prisene og mangelen på energi øker.

I budrunden om Endesa kom Gaz Natural, et annet stort spansk selskap, med et bud på 22,5 milliarder euro. Dette ble i første omgang godtatt av spanske myndigheter. Likevel lå dette under det konkurrerende tilbudet fra E.ON på 29,1 milliarder euro. I og med fusjonen har en fellesskapsdimensjon, reguleres av fusjonsforordningen og således er under EU-kommisjonens jurisdiksjon var det ikke opp til den spanske stat å godkjenne sammenslutningen eller ei. EU-kommisjonen godtok fusjonen 25.april d.å. i og med den ikke hindret effektiv konkurranse i medlemslandene.

Etter at EU-kommisjonen kom med grønt lys for gjennomføringen av fusjonen vedtok den spanske regjering en kongelig dekret som ga mer makt til den nasjonale energi kommisjonen, Comisión Nacional de Energía (CNE). Som følge av dette kongelige dekretet ble CNE gitt kompetanse til å sette vilkår for oppkjøpet. Disse kravene ble gitt

---

<sup>72</sup> Se kap. 3.2.3. for drøftelse om det relevante produktmarked og det relevante geografiske markedet.

<sup>73</sup> Kramb (2006).

E.ON uten å informere EU-kommisjonen eller spørre om tillatelse. På bakgrunn av dette satte derfor EU-kommisjonen i gang en granskning av Spanias vilkår overfor E.ON.<sup>74</sup>

Etter fusjonsforordningens art.21 har EU-kommisjonen enerett til å vurdere hvilken innvirkning en fusjon med en fellesskapsdimensjon har. Medlemsland kan ikke anvende nasjonal lovgivning på slike saker og de kan heller ikke forby, sette vilkår eller opptre proteksjonistisk med hensyn til en slik foretakssammenslutning. Unntak for dette er dersom det beskytter andre interesser enn de konkurranserettslige, eller dersom de er proporsjonalt nødvendig for å beskytte interesser som er i samsvar med alle aspekter av EU-lovgivningen.<sup>75</sup>

I følge avgjørelsen fra 26.09 d.å. har Spania brutt EU-reglene ved å vedta reglene som gir CNE myndighet til å forlange godkjenning fra dem vedrørende oppkjøp av mer enn 10 % av aksjepostene i et selskap, eller en andel som vil føre til en innflytelse av betydning. Vilkårene E.ON ble gitt var i strid med reglene om fri bevegelse av kapital og etablering etter art. 56 og art.43 i EF traktaten. EU-kommisjonen fant også at Spania har brutt fusjonsforordningens art.21 ved den godtok CNEs vilkår uten å informere eller spørre om godkjenning av EU-kommisjonen først.<sup>76</sup>

### 3.2.3 DEN MATERIELLE VURDERINGEN AV FUSJONEN

For å kunne avgjøre om en fusjon er i tråd med reglene om det indre marked utfører EU-kommisjonen en vurdering vedrørende foretakssammenslutningens relevante marked, både det produktmessige og det geografiske. Deretter vil EU-kommisjonen se på den konkurranserettslige effekten som fusjonen vil ha på det relevante markedet.<sup>77</sup> Dette er et

---

<sup>74</sup> IP/06/1265.

<sup>75</sup> IP/06/1265.

<sup>76</sup> IP/06/1265.

<sup>77</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 353.



helt nødvendig vilkår for å kunne komme med en vurdering av foretakssammenslutningen.<sup>78</sup>

Definisjonen av det relevante marked er et verktøy som gjør det mulig å definere og identifisere grensene for konkurransen mellom foretak. Hovedformålet med dette er å kunne kartlegge markedsstillingen til de fusjonerende parter og deres konkurrenter. Ved å identifisere både produktmarkedet og det geografiske markedet kan det fastslås hvilke av fusjonspartnerenes konkurrenter som er i stand til å begrense deres oppførsel, og forhindre at de opptrer uavhengig av et press mot effektiv konkurranse.<sup>79</sup>

Det er ut fra denne beregningen at man kan fastslå markedsandeler og markedsstillingen til et foretak, og dermed vurdere om fusjonen vil være i strid med reglene om konkurranse.

Noen virksomheter bruker ofte begrepet marked om der de selger en vare, eller for å vise til den type industri foretaket hører hjemme i. Dette er ikke slik ordet anvendes i sammenheng med fusjonsforordningen, det relevante marked er her en viktig del av prosessen for å fastslå hvor stor markedsandel foretakene har.

Det relevante produkt marked defineres som et ”markedet som inneholder alle de varene og/eller tjenestene som fra forbrukers synsvinkel ikke kan byttes ut eller erstattes av en annen vare på grunn av produktets kjennetegn, pris og tiltenkte bruksområde.”<sup>80</sup>

Spørsmålet som stilles i vurderingen av hva som er det relevante produktmarked er rett og slett hvilke produkter eller tjenester som er sammenlignbare med foretakssammenslutningens produkter eller tjenester, og hvor stor andel av dette markedet virksomheten i foretakssammenslutningen vil inneha. Produktene og/eller tjenestene må da vurderes opp mot foretakssammenslutningens egne produkter og/eller tjenester for å se om

---

<sup>78</sup> Sak C-68/94 Frankrike og Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v. Kommisjonen.

<sup>79</sup> Notice on the definition of the relevant market, OJ C 372/5, 9.12.1997.

<sup>80</sup> Notice on the definition of the relevant marked, OJ C 372/5, 9.12.1997.

hvilke produkter og/eller tjenester de kan erstatte. Dette gjelder både med hensyn til produktenes og/eller tjenestenes kjennetegn og konkurranserettslige forhold, men også hvordan etterspørsel og distribusjon er i markedet. Dersom et produkt og/eller tjeneste kan erstattes av et annet, og er sammenlignbare i karakteristik, pris og bruksområde er de i det samme produktmarkedet.

Det relevante geografiske markedet defineres som ” det området hvor de berørte foretak er involvert i distribusjonen og etterspørselen av varer og/eller tjenester, hvor konkurranseforholdene er tilstrekkelige homogene og som kan skilles fra andre områder fordi konkurransen skiller seg tilstrekkelig i de områdene.”<sup>81</sup>

Det geografiske relevante marked ser på den konkurranserettslige innvirkningen av en fusjon og tar med alle leverandører i vurderingen som kan levere i dette området uansett produksjonens beliggenhet. De varene og/eller tjenester forbrukerne kan kjøpe i den samme prisklassen inkluderes i det geografiske markedet.

Et viktig element i denne beregningen er transportkostnader i og med det kan bidra til å hindre konkurranse fra andre områder.<sup>82</sup>

### 3.2.4 DEN MATERIELLE ”TESTEN”

Som nevnt innledningsvis innfører fusjonsforordningen av 2004 en ny materiell test, og erstatter den tidligere dominanstesten i fusjonsforordningen av 1989. Begrepet om dominans er imidlertid videreført.

Etter art.2 i fusjonsforordningen skal EU-kommisjonen vurdere om foretakssammenslutninger er i samsvar med reglene om det indre marked. Som del i denne vurderingen skal EU-kommisjonen etter art. 2 (2) blokkere en fusjon dersom den ”i

---

<sup>81</sup> Notice on the definition of the relevant marked, OJ C 372/5, 9.12.1997.

<sup>82</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 354.

betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes.”

Det sentrale spørsmålet for EU-kommisjonen er således om fusjonen etterlater forbrukere med tilstrekkelige valgmuligheter.<sup>83</sup>

Alle betydelige hindringer av effektiv konkurranse som det er sannsynlig at fusjonen kan forårsake skal tas i betraktning. Frem til 2004 var fusjonsforordningen som sagt basert på konseptet om dominans.<sup>84</sup> Forståelsen av fusjonsforordningen i dag er at begrepet ”i betydelig grad hindre effektiv konkurranse” jf. art. 2 (2), favner mye videre enn den tidligere bestemmelsen som kun grep inn når det oppsto en dominant stilling.<sup>85</sup>

Etablering eller styrking av den dominerende stilling er likevel fortsatt en av de viktigste formene for konkurranserettslige hindringer, og det forventes at det fortsatt vil være det i saker som erklæres uforenelig med det indre marked. I forbindelse med fusjonsforordningen av 1989<sup>86</sup> ble dominans definert som: ”en økonomisk maktposisjon som innehas av et eller flere foretak, og som gir dem makt til å opprettholde hindringen av effektiv konkurranse i markedet, som gir dem muligheten til å opptre uavhengig av konkurrenter, kunder, og i siste instans forbrukere.”<sup>87</sup>

Begrepet er også viktig fordi det gir en god indikator for hva slags konkurranseskadelig virksomhet som vil falle inn under hindring av effektiv konkurranse, og gir dermed også en pekepinn om hvor EU-kommisjonen vil gå til aksjon mot en foretakssammenslutning.<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 354.

<sup>84</sup> Se drøftelse i kap.3.1.

<sup>85</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 355.

<sup>86</sup> Rådsforordning 4064/89/EF.

<sup>87</sup> Guidelines on horizontal mergers, paragraf 2.

<sup>88</sup> Guidelines on horizontal mergers, paragraf 4.

I følge fusjonsforordningens fortale punkt 25 skal man som nevnt tolke art. 2 (2) lenger enn kun spørsmålet om en dominerende posisjon oppstår. Fortalens punkt 25 indikerer at begrepet bør dekke ”only to the anti-competitive effects of a concentration resulting from the non-coordinated behaviour of undertakings which would not have a dominant position on the market concerned”.

Et argument for å tillate fusjoner som kan føre til hindring av konkurransen har vært at resultatet vil bli større effektivitet. EU-kommisjonen har imidlertid vært svært lite villige til å veie dette argumentet høyere enn de potensielle konkurranserettslige ulempene foretakssammenslutningen vil kunne føre til. EU-kommisjonen har til og med blitt kritisert for å bruke dette argumentet mot og ikke til fordel for foretakssammenslutningene.<sup>89</sup> Både i fusjonsforordningen og i EU-kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner vedgår man at effektivitetsvirkningene som oppstår som følge av fusjonen kan motvirke virkningen den kunne ha fått ved at den betydelig hindret konkurransen.<sup>90</sup> Det må altså foretas en avveining mellom disse hensynene.

For at EU-kommisjonen skal ta til etterretning de fordeler som effektiviteten vil bringe med seg, og komme til den konklusjonen at fusjonen ikke er i strid med reglene om det indre marked må det foreligge tre vilkår. Disse vilkårene er kumulative og kan oppsummeres som effektivitetsvirkninger som er til fordel for forbrukere, er fusjonsspesifikke og beviselige.<sup>91</sup>

Utgangspunktet for at en fusjon skal ha effektivitetsvirkninger som er til fordel for forbrukerne er at de ikke vil bli stilt i en dårligere posisjon enn tidligere som følge av fusjonen.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 355.

<sup>90</sup> Rådsforordning 139/2004/EF.

<sup>91</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 355.

<sup>92</sup> Guidelines on horizontal mergers, paragraf 78.

Effektivitetsgevinsten må være ganske stor for at den skal få betydning i vurderingen. Fusjoner kan gi grunnlag for forskjellige typer av effektivitetsvirkninger til fordel for forbrukere. Det kan for eksempel være kostnadsbesparelser i produksjonen eller distribusjonen som kan føre til at selskapet kan ta mindre betalt for en vare og/eller tjeneste etter fusjonen. Dette vil være relevante argumenter i EU-kommisjonens vurdering av effektivitetsgevinsten. Det vil imidlertid kun være et moment som tas hensyn til dersom fordelene for forbruker slår til temmelig raskt. Jo lenger ut i fremtiden effektivitetsgevinsten forventes og oppfylles, jo mindre hensyn tar EU-kommisjonen til dette punktet.<sup>93</sup> For at den skal være en utlignende faktor må den dermed realiseres fort.

Ofte vil de effektivitetsgevinster som anføres av et selskap for å få gjennomslag for en fusjon kun komme forbrukeren til gode dersom selskapet ikke har spesielt stor konkurranse i markedet, og ikke er under press fra andre konkurrenter. Derfor er det av stor betydning for EU-kommisjonen i sin vurdering at jo større negative virkninger fusjonen kan ha på konkurransen, jo sikrere må de være på at de anførte effektivitetsgevinstene faktisk kommer forbrukerne til gode. Likevel er det meget usannsynlig at en fusjon som vil føre til monopollignende tilstander kan godtas og veie tyngre enn de konkurranserettslige virkningene, selv om effektivitetsgevinstene er store.<sup>94</sup>

Vilkåret om at foretakssammenslutningen skal være fusjonsspesifikk vil si at det ikke finnes alternativer for gjennomføringen av fusjonen som er mindre konkurranseskadelige. Partene må selvsagt gi all nødvendig informasjon til EU-kommisjonen slik at de kan se at det ikke finnes andre realistiske muligheter for en fusjon som er mindre skadelig for konkurransen.<sup>95</sup>

Effektivitetsgevinstene fra en foretakssammenslutning skal til slutt være faktiske og mulig å bevise. Dette vil si at EU-kommisjonen skal være sikker på at de realiseres og at de veier

---

<sup>93</sup> Guidelines on horizontal mergers, paragraf 83.

<sup>94</sup> Guidelines on horizontal mergers, paragraf 84.

<sup>95</sup> Guidelines on horizontal mergers, paragraf 85.

opp for den potensielle negative innvirkningen på konkurransen.<sup>96</sup> Desto mer presise og overbevisende effektivitetsgevinstene er for forbrukerne, desto lettere er det for EU-kommisjonen å vurdere dem.<sup>97</sup> Så å si alle opplysningene som kan være av betydning i denne vurderingen besittes av fusjonspartene. De må dermed overlevere all nødvendig informasjon som kan bevise at effektivitetsgevinstene vil realiseres, at det vil skje i nær fremtid og at de er fusjonsspesifikke. Fusjonspartene plikter også å bevise hvordan effektivitetsgevinstene vil veie opp for de negative konkurranserettslige virkningene.<sup>98</sup>

### 3.2.5 FORMER FOR FUSJONSVILKÅR

Fusjonspartene vil ofte forsøke å unngå en negativ avgjørelse fra EU-kommisjonen ved å komme med forskjellige fusjonsvilkår. Spørsmålet om hva partene kan tilby av fusjonsvilkår i medhold av fusjonsforordningen er et økende aspekt av fusjonskontrollen. Ikke bare har godkjenningen av fusjoner med slike vilkår økt de siste årene, men EU-kommisjonen er også møtt med et mye mer komplekst sett av fusjonsvilkår.<sup>99</sup>

De formene for vilkår som fusjonspartene tilbyr blir godtatt dersom de fører til at den planlagte fusjonen på grunn av dette ikke vil bringe med seg de bekymringsfulle konkurranserettslige følgene som EU-kommisjonen i første omgang hadde konkludert med.

Når en foretaks sammenslutning reiser konkurranserettslige bekymringer, er den eneste måten man kan unngå en negativ avgjørelse at fusjonspartene kommer med forslag til endringer i form av tilbud om fusjonsvilkår.<sup>100</sup> De siste årene har det som sagt blitt avsagt flere og flere avgjørelser med vilkår om endringer av fusjonen for at den skal bli godtatt.

---

<sup>96</sup> Se drøftelser i kap.3.3 vedrørende typer av fusjoner spesielt i energisektoren.

<sup>97</sup> Guidelines on horizontal mergers, paragraf 86.

<sup>98</sup> Guidelines on horizontal mergers, paragraf 87.

<sup>99</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 425.

<sup>100</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 425.

EU-kommisjonen kom i 2001 med en redegjørelse om de vilkårene som er tillatt etter fusjonsforordningen.<sup>101</sup>

Dersom EU-kommisjonen kommer med en vurdering som beviser at foretakssammenslutningen vil hindre effektiv konkurranse etter fusjonsforordningen art. 2 (2) og (3) har fusjonspartene ansvar for å vise at de foreslåtte fusjonsvilkårene vil fjerne konkurransehindringene som EU-kommisjonen har påpekt.

Generelt sett foretrekkes organisatoriske endringer i en virksomhet, ikke endringer i selskapenes oppførsel i markedet.<sup>102</sup> Dette prinsipp ble slått fast i Gencor-saken.<sup>103</sup> Domstolen i første instans kom i denne saken til at fusjonsvilkårene som kun var løfter om ikke å utnytte en dominerende posisjon i markedet ikke var tilstrekkelig for å kunne gjøre fusjonen forenelig med reglene om det indre markedet. I følge retten foretrekkes løsninger som er av en strukturell karakter, for eksempel avhendelse av et datterselskap. Ved bruk av denne typen vilkår vil det ikke være nødvendig å opprette noen form for anordning for å kontrollere at hindringen i konkurransen som EU-kommisjonen har påvist ikke oppstår, verken på kort eller lang sikt.<sup>104</sup> Dette prinsippet er også i følge retten i tråd med fusjonsforordningens formål, og dette stemmer godt overens med EU-retten bruk av formålsbetraktninger i sine avgjørelser.<sup>105</sup>

Den mest effektive måten å gjenskape effektiv konkurranse på er derfor, bortsett fra å forby fusjonen, å frembringe vilkår for dannelsen av en ny enhet eller å styrke de eksisterende konkurrentene gjennom avhendelse andeler i andre virksomheter.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> OJ C068 of 02/3/2001 s.0003-0011.

<sup>102</sup> Strukturelle endringer er særlig aktuelt i energisektoren. Se senere drøftelser i kap.3.3.2.

<sup>103</sup> Sak T-102/96 Gencor v. Kommisjonen.

<sup>104</sup> Notice on remedies, paragraf 9.

<sup>105</sup> Se kap. 1.2.

<sup>106</sup> Notice on remedies, paragraf 13.

De delene av virksomheten som avhendes skal være levedyktige og tas over av en egnet kjøper slik at den nye enheten kan opptre som en vedvarende effektiv konkurrent på markedet.<sup>107</sup> I vurderingen om det er et tilstrekkelig fusjonsvilkår må EU-kommisjonen selvsagt ta hensyn til den risiko og usikkerhet som er vanlig i starten når en ny eier tar over et selskap. Den nye enheten vil dermed muligens ikke være en så stor konkurrent i markedet med en gang. Dette momentet kan være en grunn til at hindringen av konkurranse som EU-kommisjonen har påpekt ikke forsvinner så raskt som ønsket. Likevel skal slike handlinger veie til fordel for den fusjonspart som avhender deler av sin virksomhet.<sup>108</sup>

Andre fusjonsvilkår enn salg av deler av virksomheten kan også godkjennes av EU-kommisjonen, selv om dette helt klart er den løsning som foretrekkes.<sup>109</sup> Det kan ikke kreves at fusjonspartene ikke skal ha en dominerende stilling på markedet etter fusjonen. Hvor en markedsaktør av denne typen kjøper opp en konkurrent kan ikke EU-kommisjonen pålegge vilkår som sletter all dominans. Den eneste formen for fusjonsvilkår som kan forlanges er en type som setter situasjonen til status quo ante. Det vil si at situasjonen etter fusjonen ikke blir forverret i forhold til slik den var før foretakssammenslutningen.<sup>110</sup> I fusjonen mellom ECS/Electrabel kan dette momentet sees særlig klart.<sup>111</sup> Det kunne her bare forlanges tiltak som gjorde at Electrabel som hadde ca.80 % av markedet i Belgia ikke økte sin dominante posisjon. Det var ikke mulig å gå så langt at man prøvde å fjerne denne dominante stillingen.

---

<sup>107</sup> Notice on remedies, paragraf 14.

<sup>108</sup> Notice on remedies, paragraf 15.

<sup>109</sup> Notice on remedies, paragraf 26.

<sup>110</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 449.

<sup>111</sup> Sak M.3318, 19.12.2003.



### 3.3 FUSJONSSAKER I ENERGISEKTOREN I DEN SENERE TID MED GRENSEOVERSKRIDENDE BETYDNING

#### 3.3.1 TYPER AV FUSJONER

En foretakssammenslutning kan være enten horisontal, vertikal eller konglomerat.

De horisontale fusjonene er den klassiske formen for fusjoner, og gjelder selskaper som overlapper hverandres virksomheter i det samme produktmarkedet. Det kan for eksempel være to distribusjonsselskaper eller to produksjons selskaper som slår seg sammen.

I vertikale fusjoner går to selskaper i forskjellige produktmarkeder sammen. Dette vil si for eksempel at et produksjonsselskap og et distribusjonsselskap slår seg sammen.

En konglomerat fusjon foreligger når to parter som verken er konkurrenter i samme produktmarked eller kan dra nytte av hverandres virksomheter fusjonerer.<sup>112</sup> Dette kan være for eksempel i tilfellet der et gass- og et elektrisitetsselskap slår seg sammen.

Energisektoren har de siste årene sett en del fusjoner som er både vertikale og konglomerate. Store fusjoner av denne typen vil undersøkes i det følgende. EU-kommisjonens praksis har også fokusert mye på nettopp denne typen av fusjoner i forhold til de horisontale.<sup>113</sup> Horisontale fusjoner har vært vanlige, men forårsaker ikke på langt nær så mange konkurranserettslige problemer som vertikale fusjoner. På grunn av dette vil jeg ikke gå mer inn på horisontale fusjoner.

EU-kommisjonen har innrømmet at mange av de vertikale fusjonene kan bringe fordeler med seg med tanke på et økonomisk effektivt Europa, i tillegg til at det kan være en av virkningene av et felles indre energimarked.<sup>114</sup> Hvor konkurranserettslige innvendinger har oppstått og blitt uttrykt av EU-kommisjonen har som regel fusjonene til slutt blitt godkjent som følge av forskjellige former for fusjonsvilkår fra partene.

---

<sup>112</sup> Hancher (2006) s. 33.

<sup>113</sup> Hancher (2006) s. 29.

<sup>114</sup> Hancher (2006) s. 29.

EU-kommisjonen har behandlet mange fusjoner mellom gass- og elektrisitets selskaper som har vært både vertikale og konglomerate. Hvordan disse sakene har blitt håndtert har vært spesielt avhengig av om de har omhandlet fusjoner mellom et ikke-dominerende og dominerende selskap, eller om det har vært mellom et dominerende gasselskap og et dominerende elektrisitetselskap.<sup>115</sup>

Det er særlig tre scenarier som vil være aktuelle i slike situasjoner. I tilfellet av fusjon mellom to ikke-dominerende selskaper vil som regel konkurranserettslige innvendinger ikke oppstå hvis ikke en av partene har en avtale som innebærer store fordeler og kan skape vanskeligheter for andre å komme inn i markedet.

Den andre typen av situasjon har vi hvor et selskap med en dominant stilling i markedet fusjonerer med et ikke-dominant selskap. EU-kommisjonen vil her vurdere om dette vil gjøre det vanskeligere for konkurrenter å komme inn i markedet og hvor viktig den dominante fusjonsparten er for de andre konkurrentene, som eier av anlegg eller leverandør av essensielle varer og/eller tjenester.<sup>116</sup> Uansett vil EU-kommisjonen ta hensyn til at et stort selskap må ha muligheter til å konkurrere i stor skala i det europeiske markedet. Slike typer av fusjoner vil derfor sannsynligvis bli godtatt, selv om fusjonsvilkår med hensyn til selskapets organisasjon kan være nødvendig.<sup>117</sup>

Den siste og tredje situasjonen gjelder tilfellet hvor for eksempel et dominant gasselskap går sammen med et dominant elektrisitetselskap. En slik type vertikal og konglomerat fusjon skaper mange former for konkurranserettslige bekymringer. Først og fremst er det besværlig at en stor konkurrent vil forsvinne som følge av en slik foretakssammenslåing. De gjenstående konkurrentene i markedet blir sittende i en meget vanskelig situasjon i og med det ikke finnes noen aktører i markedet som er like store og som de kan inngå fusjon med. De vil være avhengige av de to fusjonspartene både for lagring, forsyning og levering

---

<sup>115</sup> Hancher (2006) s. 30.

<sup>116</sup> Hancher (2006) s. 37.

<sup>117</sup> Hancher (2006) s. 37.

av gass og/eller elektrisitet. Det er også en fare for diskriminering fra fusjonspartneres side overfor konkurrentene, i tillegg til at fusjonspartnerne kan få verdifull informasjon vedrørende konkurrenters kostnader og inntekter i og med disse er helt bundet til de store dominerende selskapene.<sup>118</sup> I slike tilfeller er det sannsynlig at EU-kommisjonen forbyr fusjonen.

### 3.3.2 FORMER FOR FUSJONSVILKÅR I ENERGISEKTOREN

Atskillige fusjoner innenfor elektrisitetssektoren har blitt godkjent ved at det er satt som vilkår salg av aksjeposter. Det er flere grunner til at dette kan være en nødvendig løsning. For det første unngås økte markedsandeler som følge av fusjonen på denne måten. For det andre vil det kunne føre til at tette bånd med konkurrenter kuttes. Til slutt kan salg av aksjeposter også gi grunnlag for opprettelsen av et nytt selskap og en potensiell konkurrent.<sup>119</sup>

EU-kommisjonen har også akseptert at fusjonspartnerne har kommet med vilkår som innebærer at de ikke bruker rettighetene de har ved å inneha aksjeposter, det vil si at for eksempel retten til å avgi stemme i en sak ikke brukes.<sup>120</sup>

Dette var tilfellet i Verbund/EnergieAllianz- saken.<sup>121</sup> Verbund hadde interesser i Steweag-Steg, som også var aktivt i markedet hvor fusjonspartnerne var en dominant aktør. Verbund gikk med på å avstå fra de stemmerettighetene selskapet hadde på grunn av sine aksjeposter i Steweag-Steg slik at de ikke fikk innvirket på konkurransen i markedet. EU-kommisjonen mente dette nøytraliserte forholdet mellom Verbund og Steweag-Steg og derfor var tilfredsstillende nok.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> Hancher (2006) s. 38.

<sup>119</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 427.

<sup>120</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 432.

<sup>121</sup> Sak M.2947, 11.6.2003.

<sup>122</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 433.

Salg av aksjeposter har i noen tilfeller vært for vanskelig å gjennomføre for å kunne være en fullgod form for fusjonsvilkår. Det kan for eksempel være selskapets struktur som gjør det vanskelig å få størrelsen på aksjeposten stor nok for å rette opp de konkurranserettslige problemene EU-kommisjonen har påvist. Derfor har EU-kommisjonen godtatt i noen saker at produksjonskapasitet har blitt gjort tilgjengelig for konkurrenter.

I EDF/EnBW var dette tilfellet.<sup>123</sup> Det franske EDF kjøpte her opp det tyske selskapet EnBW. For å balansere tapet av en potensiell konkurrent i det franske markedet ga EDF utenlandske aktører tilgang til deres produksjonskapasitet for at andre også kunne bli aktive på det franske markedet.<sup>124</sup>

I spesielle fusjonssaker vil forandringer i markedsstrukturen føre til at nye hindringer for å komme inn i det relevante markedet kan oppstå. Dette skjer hvor den nye fusjonen innehar kontroll over infrastruktur, særlig aktuelt er det i vertikale fusjoner.<sup>125</sup> EU-kommisjonen har derfor akseptert former for avhjelp som garanterer en ikke-diskriminerende tilgang til nødvendig infrastruktur.

De to fusjonspartene har noen ganger langtidskontrakter med kunder. En form for fusjonsvilkår som EU-kommisjonen har akseptert er at kunder med slike kontrakter gis muligheten til å tre ut av kontrakten på et tidligere stadium enn avtalen i første omgang tillater. Følgelig vil en del av markedet som var stengt for konkurranse være ledig for nye aktører.<sup>126</sup>

En slik type fusjonsvilkår ble godtatt i GVS/EnBW/ENI.<sup>127</sup> Som et resultat av denne foretakssammenslutningen ville GVS' en gros salg til EnBWs distribusjons nett føre til at GVS' allerede eksisterende dominerende stilling ble forsterket, og EnBW ville som aksjonær i GVS være interessert i å sikre etterspørselen. GVS' og EnBWs fusjonsvilkår

---

<sup>123</sup> Sak M.1853, 07.2.2001.

<sup>124</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 434.

<sup>125</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 436.

<sup>126</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 440.

<sup>127</sup> Sak M.2822, 17.12.2002.

kom derfor i form av å løsne grepet på deres kunder. Det ble mulig for alle de lokale distributørene å bryte ut av kontraktene tidligere. Dette ga de lokale distributørene anledningen til å bytte til andre en gros leverandører.

Til slutt skal det nevnes at vilkår i forbindelse med tariffen og pris også er en del av fusjonsvilkårene som EU-kommisjonen, da særlig sammen med økt tilgang til nettverk og infrastruktur. I denne sammenheng vil ikke-diskriminerende tariffen og garanti for rettferdig adgang til nettverk være viktigst slik at det skal være mulig for rivaler å konkurrere effektivt mot fusjonspartnerne.<sup>128</sup>

### 3.3.3 ENERGIAS DE PORTUGAL/GÁZ DE PORTUGAL

Denne vertikale og konglomerate fusjonen gjaldt Energias de Portugals (EDP) overtakelse av Gáz de Portugal (GDP).<sup>129</sup> EDP og GDP er de tidligere statlige elektrisitets- og gasselskapene i Portugal. Begge de to selskapene hadde nytt godt av statlig støtte før liberaliseringen av energimarkedet. Både EDP og GDP hadde fortsatt veldig høy markedsandel i de relevante markedene, Portugal.<sup>130</sup>

EDP ble ansett å besitte en dominant posisjon i det nasjonale relevante geografiske markedet. I en gros salget av elektrisitet rådde EDP over 70 % av markedsandelen. Denne situasjonen ble ikke bedre av at den portugisiske staten gav store subsidier til EDP som var tillatt av EU-kommisjonen. Disse statsstøtte ordningene førte til høye barrierer for at nye aktører skulle kunne komme inn på det portugisiske markedet. Produksjonsanlegg som tilhørte EDP ble gitt statsstøtte selv om anlegg bygd og drevet av andre ville ha vært mer effektive. Med hensyn til sluttbrukere av elektrisitet var situasjonen temmelig lik. Her

---

<sup>128</sup> Sak M.1673, 13.06.2000.

<sup>129</sup> Sak M.3440, 01.9.2004.

<sup>130</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 444.

hadde EDP en markedsandel på nesten 100 %. Selskapet var den eneste leverandøren som beskyttet kundene med regulerte priser, samt at EDP eide distribusjonsnettene i Portugal.<sup>131</sup>

EU-kommisjonen kom til den konklusjon at EDP innehadde en dominans i markedet, noe EDP heller ikke motsatte seg.

Med hensyn til gassmarkedet kom EU-kommisjonen til at det var fire separate produktmarkeder. Disse var forsyning av gass til energiprodusenter, lokale distribusjons selskaper, store industrikunder og mindre bedrifter og sluttbrukere.<sup>132</sup> GDP hadde mer enn 80 % av markedsandelen i alle disse produktmarkedene, og den eneste konkurrenten som hadde en mulighet til å være noen form for rival var eid av EDP.

EU-kommisjonen kom derfor til det resultat at fusjonen ville styrke den allerede eksisterende dominerende stillingen til både EDP og GDP i Portugal som ble sett på som det relevante geografiske markedet. EDPs dominante stilling ville bli styrket, og GDP ville ikke lenger være en potensiell konkurrent.<sup>133</sup>

På bakgrunn av dette kom EU-kommisjonen til at de konkurranserettslige innvendingene var for store. Partene kom således med forslag til fusjonsvilkår for at forbudet om fusjonen skulle oppheves.

EDP kom med tre forskjellige fusjonsvilkår, og de ble alle vurdert utilfredsstillende i forhold til de hindringene av konkurranse som EU-kommisjonen hadde vist til. Et siste og fjerde vilkår ble gitt bare noen få dager før EU-kommisjonens avgjørelse i saken og det etterlot ikke tilstrekkelig tid for å komme med en vurdering.<sup>134</sup> Grunnen til at

---

<sup>131</sup> Hancher (2006) s. 38.

<sup>132</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 445.

<sup>133</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 448.

<sup>134</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 448.

fusjonsvilkårene ikke ble ansett tilfredsstillende ble begrunnet i at de verken hadde nok spennvidde, dybde eller gikk over et tiltrekkelig tidsrom.<sup>135</sup>

Fusjonspartene foreslo for det første utsettelse av gjeldsbetaling med hensyn til EDFs bygging av energiverk som tok i bruk gass. De tilbydde å lease ut produksjonskapasiteten til det mest effektive gassdrevne energiverket i Portugal som var eid av EDP. Partene fremla også forslag om å frata EDPs deltakelse i distribusjonsselskapet Tejo Energia. Det fjerde fusjonsvilkåret som ble lagt frem var å kutte EDPs rettigheter til å avgi stemme og utnevne uavhengige styremedlemmer i distribusjonsselskapet Turbogas.

Alle disse forslagene ble funnet utilstrekkelig for å kompensere for det betydningsfulle tapet av konkurrent som GDP medførte for EDP. Det var heller ikke nok for å kunne garantere adgang for potensielle konkurrenter på markedet.<sup>136</sup>

EU-kommisjonen kom derfor til den konklusjon at foretakssammenslutningen ikke kunne gjennomføres i og med ingen av fusjonsvilkårene partene kom med kunne veie opp for de hindringene i den effektive konkurransen som fusjonen ville skape.

EDP tok saken opp for førsteinstansdomstolen, men fikk ikke medhold der heller.<sup>137</sup>

### 3.3.4 E.ON/MOL

Den vertikale og konglomerate fusjonen mellom E.ON og MOL gjaldt det tyske E.ON Ruhrgas' oppkjøp av det ungarske MOL.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 448.

<sup>136</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 448.

<sup>137</sup> Jeg går ikke mer inn på Første instans domstolens behandling da min oppgave tar for seg EU-kommisjonens praksis. Se sak T-87/05 EDP v. Commission.

<sup>138</sup> Sak M.3696, 21.12.2005.

MOL hadde monopol innen produksjon av naturgass i Ungarn, samtidig hadde det kontroll over stort sett all import til Ungarn i form av spesielle langtidskontrakter, pluss eierskap i det største distribusjonsnettverket for gass. MOL eide attpåtil alle de eksisterende lagringsfasilitetene for gass i Ungarn. E.ON var på det ungarske markedet gjennom fullt eierskap i to distribusjonsselskaper og deltakelse i et tredje selskap.<sup>139</sup>

MOL hadde fra før av nesten fullstendig kontroll over det ungarske gassmarkedet. E.ON hadde en sterk markedsposisjon gjennom distribusjonsselskapene sine i form av produksjon og levering av elektrisitet. Fusjonen ville derfor føre til en vertikal enhet langs hele forsyningskjeden i gass og elektrisitet.<sup>140</sup>

EU-kommisjonen anså at foretakssammenslutningen ville ha stor negativ innvirkning på konkurransen i både gass- og elektrisitetsmarkedet i Ungarn, som var det relevante markedet. Årsaken var MOLs dominerende posisjon i en gros salget og lagringen av gass, og E.ONs aktiviteter i salg av gass og elektrisitet til sluttbruker. E.ON ville som følge av denne fusjonen overta alle lagrings- og overføringsfasilitetene, og en gros- og handelsaktivitetene til MOL. På denne måten ville E.ON kontrollere alle sidene i den ungarske energisektoren. Selskapet ville vært i den posisjon at det kunne fastsette priser og salgsvilkår overfor sluttbrukere, og det ville også kunne bestemme vilkår rundt produksjon, en gros forsyning og levering av gass og elektrisitet.

MOL hadde allerede før fusjonen hatt muligheten til å dominere markedet og opptre til en viss grad uavhengig av sine kunder, men selskapet hadde imidlertid ikke den økonomiske drivkraften for å kunne gjøre noen slik skade. Etter fusjonen ville den nye enheten derimot ha mulighet og motivasjon til å kunne hindre konkurransen ved å øke kostnadene for konkurrenter og lukke de ute fra adgangen til gassressurser.<sup>141</sup> Fremtidige konkurrenter ville bare kunne ha en virksomhet ved å samarbeide med dem for å få tak i gass til

---

<sup>139</sup> Sak M.3696, 21.12.2005 paragraf 281.

<sup>140</sup> Hancher (2006) s. 44.

<sup>141</sup> Sak M.3696, 21.12.2005 paragraf 282.



distribusjon.<sup>142</sup> Fusjonen ville derfor ført til konkurranserettslige innvendinger på alle nivå i gass- og elektrisitetsmarkedet, fra fremskaffing og produksjon til levering og forsyning.<sup>143</sup>

EU-kommisjonen vurderte også situasjonen slik at russiske Gazproms innvirkning på den ungarske energisektoren ville bli forsterket som følge av fusjonen, et moment som var svært bekymringsfullt.<sup>144</sup> Bortsett fra ekstremt små mengder fra selskapet Turkman kom all importert gass fra Russland, gjennom Gasprom.<sup>145</sup> Den eneste konkurransen på det ungarske markedet ville derfor være fra Russland. På grunn av Ungarns beliggenhet i Europa var det ikke mulig med import fra for eksempel Norge, Nederland eller Algerie. Import fra et av disse landene ville uansett bli mye dyrere enn den fra Russland og var derfor ikke konkurransedyktig.<sup>146</sup>

Konklusjonen til EU-kommisjonen var at ingen konkurrent til MOL ville kunne komme inn på gassmarkedet i Ungarn uten støtte og godkjenning fra Gazprom og E.ON/MOL. Det ville i så fall kun være import av meget små mengder av gass siden Gazprom ikke var interessert i å selge mer gass til Ungarn enn den årlige økningen på 2 %. På grunn av MOLs langtidskontrakter med Gazprom ville heller ingen konkurrent kunne gjøre avtaler med russerne om å kjøpe gass til en lavere pris som kunne konkurrere med MOL.<sup>147</sup> Den eneste muligheten var i tilfelle hvor Gazprom var villig til å selge gass til en høyere pris enn til MOL. En ny aktør på markedet ville i en slik situasjon bare kunne konkurrere med MOL dersom de kunne operere med lavere kostnader enn dem.<sup>148</sup>

---

<sup>142</sup> Hancher (2006) s. 45.

<sup>143</sup> Sak M.3696, 21.12.2005, paragraf 280.

<sup>144</sup> Hancher (2006) s. 45.

<sup>145</sup> Sak M.3696, 21.12.2005 paragraf 321.

<sup>146</sup> Sak M.3696, 21.12.2005, paragraf 322.

<sup>147</sup> Sak M.3696, 21.12.2005, paragraf 333.

<sup>148</sup> Sak M.3696, 21.12.2005 paragraf 334.

Ikke bare MOLs privilegerte forhold til Gazprom engstet EU-kommisjonen. Det ble også sett på som bekymringsfullt at E.ON eide 6,5 % av Gazprom og hadde representanter i selskapets styre. Forholdet disse to mellom ville således uomtvistelig bli forsterket som følge av fusjonen. E.ON og Gazprom hadde også signert flere langtidskontrakter vedrørende forsyning av energi og hadde også inngått avtaler om å koordinere aktivitetene sine med hensyn til privatisering av forskjellige områder av energisektoren i Tsjekia, Slovakia og Ungarn.<sup>149</sup>

Strategisk sett ville derfor den nye enheten være av en mye større betydning for Gazprom enn MOL noen gang hadde vært før fusjonen.

På dette grunnlag kom EU-kommisjonen til den vurdering at det var umulig for en helt ny aktør å tre inn i det ungarske markedet, da dette var helt og holdent avhengig av mulighet for import av gass fra Russland.<sup>150</sup> Den fremtidige fusjonens makt over alle ledd i energisektoren i Ungarn var også et strekt moment i EU-kommisjonenes avgjørelse om at den ville hindre effektiv konkurranse og styrke en allerede dominerende stilling i markedet, og dermed være i strid med reglene om et indre energimarked.

E.ON kom med en rekke forner for fusjonsvilkår for at EU-kommisjonen skulle godta fusjonen.

Disse vilkårene resulterte i en strukturell deling av produksjonen og overføringen av gass som tidligere var kontrollert av MOL og den kommersielle virksomheten ervervet av E.ON.<sup>151</sup>

De formene for fusjonsvilkår som E.ON kom med skulle også forbedre likviditeten i det ungarske gassmarkedet ved at store mengder gass skulle åpnes for markedet over en ti års periode.<sup>152</sup> Dette skulle skje ved at en milliard m<sup>3</sup> gass skulle auksjoneres bort årlig og en milliard m<sup>3</sup> skulle gis til en uavhengig tredjepart som skulle ta over halvparten av en ti års

---

<sup>149</sup> Sak M.3696, 21.12.2005 paragraf 339.

<sup>150</sup> Sak. M.3696, 21.12.2005 paragraf 340.

<sup>151</sup> Hancher (2006) s. 47.

<sup>152</sup> Hancher (2006) s. 47.

kontrakt mellom MOL og E.ON fra og med juli 2007. Denne ny aktøren ville da være en konkurrent av betydning i det ungarske gassmarkedet. Til sammen ville disse to programmene for frigivelse av gass tilsvare 15 % av det totale gassforbruket i Ungarn. Kombinasjonen av frigjørelse av gass og oppløsning av fullt eierskap ville dermed sørge for at E.ONs konkurrenter hadde adgang til både infrastruktur og gass forsyninger.<sup>153</sup>

Selv om slike programmer har vært tatt i bruk i flere europeiske land, var det heller liten erfaring med avhjelp i form av kontraktsfrigivelse. EU-kommisjonen kontaktet derfor andre nasjonale konkurransemyndigheter for å få avdekket hvilke former som ga et gunstig resultat.<sup>154</sup>

E.ONs fusjonsvilkår ble til slutt godkjent av EU-kommisjonen som tilfredsstillende for å slette hindringene i konkurransen de tidligere hadde påvist i sin vurdering. Fusjonen ble derfor erklært i samsvar med reglene om det indre marked og gjennomførbar.<sup>155</sup>

### 3.4 FRANKRIKES HÅNDBLING AV LIBERALISERINGEN AV ENERGI-MARKEDET

I denne delen av avhandlingen vil jeg gå dypere ned i materien og se spesielt på Frankrike som en bremse i energimarkedsliberaliseringen. Jeg vil først se på de historiske aspektene ved Frankrikes energipolitikk for deretter å drøfte dagens energipolitikk. Avslutningsvis vil jeg ta for meg to saker fra Frankrike av betydning i energisektoren.

Frankrike blir ofte omtalt som en av de argeste motstanderne av liberaliseringsprosessen innenfor energisektoren. På grunn av store ødeleggelser under 2. verdenskrig og økt forespørsel sto Frankrike foran en energikrise i 1945. Som følge av dette valgte landet å

---

<sup>153</sup> Hancher (2006) s. 47.

<sup>154</sup> Hancher (2006) s. 47.

<sup>155</sup> Sak M.3696, 21.12.2005 paragraf 824.

nasjonalisere elektrisitetssektoren og å delvis nasjonalisere gassindustrien. Gjennom lov av 8. april 1946 ble *Électricité de France (EDF)* etablert.<sup>156</sup> Selskapet fikk status som nasjonalt industri- og handelsforetak, hvor firmaets misjon var å dekke landets behov for elektrisk energi ”under de beste prisforhold og kvalitetsbetjening, og av hensyn til allmennhetens interesse.” I henhold til disse formålene har EDF derfor sørget for hoveddelen av elektrisitetsproduksjonen i Frankrike, så vel som distribusjonen til brukerne.<sup>157</sup>

Frankrikes energipolitikk hadde fremfor alt til hensikt å forsterke en langsiktig forsyningssikkerhet i landet. Dette formålet er ikke lenger eneste begrunnelse for landets energipolitikk. Etter hvert fikk flere hensyn en likeverdig betydning for Frankrikes linje innenfor energisektoren. Etter lov av 13. juli 2005 har Frankrike fire store målsettinger innenfor energipolitikken.<sup>158</sup> I tillegg til sikker forsyning av energi til landet som nevnt ovenfor, skal også energipolitikken sørge for konkurransedyktige priser og beskyttelse av helse og miljø, under dette punktet spesielt håndteringen av drivhuseffekten. Fjerde og siste punkt gjelder garantien om at alle skal ha en rett til energi.<sup>159</sup> Frankrikes energipolitikk må imidlertid muligens betraktes fra en annen vinkel enn tidligere som følge av liberaliseringen av det europeiske energimarkedet.

Elektrisitets- og gassdirektivene fra 1996 og 1998 som ble erstattet av direktivene av 2003<sup>160</sup> kom inn i den franske lovgivningen gjennom lov av 10. februar 2000,<sup>161</sup> som igjen

---

<sup>156</sup> Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 modifiée sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (JORF du 9 avril 1946), telle que modifiée.

<sup>157</sup> Direction Générale de l'Énergie et des Matières Premières, 2006

<sup>158</sup> Loi de programme n° 2005-781 du 13 juillet 2005 fixant les orientations de la politique énergétique (JORF n° 163 du 14 juillet 2005).

<sup>159</sup> Direction Générale de l'Énergie et des Matières Premières, 2006.

<http://www.industrie.gouv.fr/energie/sommaire.htm>

<sup>160</sup> EP/Rdir 96/92/EF og EP/Rdir 2003/54 EF.

<sup>161</sup> Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (JORF du 11 février 2000), telle que modifiée.

ble utfylt av lov av 9. august 2004.<sup>162</sup> Det faktum at landet var sent ute med implementeringen av direktivene har støttet opp om kritikken av landet som en bremse i liberaliseringen av energisektoren.<sup>163</sup> Lovgivningen startet også debatten i Frankrike vedrørende privatiseringen av de statlige selskapene EDF og GDF.

Det franske parlamentet godkjente i november 2006 en ny energilov som inneholder en liberalisering av energisektoren som følge av direktivene fra 2003<sup>164</sup> og privatisering av GDF.<sup>165</sup>

Den nye energiloven av 2006 skal fremfor alt sørge for at seks punkter blir gjennomførbare i den franske energisektoren:

Fusjonen mellom GDF og Suez skal kunne muliggjøres.<sup>166</sup> Det skal være en fullstendig åpning av energimarkedet innen 1. juli 2007.<sup>167</sup> Tredje hovedformål med loven er opprettelsen av spesiell tariff for salg av gass til mindre pengesterke kunder. Loven skal også sørge for bedre beskyttelse av forbrukerne og tilgang til informasjon. Femte hovedformål er at selskaper som forsyner forbrukere med elektrisitet og gass forplikter å opprette en megler som skal ta seg av tvister hvor forbrukere er inneblandet. Det siste hovedpunktet loven skal sørge for et juridisk skille av driften av distribusjonsnettverket for elektrisitet og gass som betjener mer enn 100.000 kunder.<sup>168</sup>

Spørsmålet er om den nye energiloven vil føre med seg disse resultatene. En undersøkelse gjort av Frankrikes største forbrukerorganisasjon UFC Que Choisir i september 2006 viser

---

<sup>162</sup> Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (JORF du 11 août 2004).

<sup>163</sup> Charbit og Boisseleau (2005) s.195

<sup>164</sup> EP/Rdir 2003/54 og EP/Rdir 2003/55

<sup>165</sup> Projet de loi relatif au secteur de l'énergie. Texte adopté n°607 "petit loi".

<sup>166</sup> Se kap.3.4.2.

<sup>167</sup> EP/Rdir 2003/54/EF art. 21 og EP/Rdir 2003/55/EF art. 23.

<sup>168</sup> Communiqué de Presse 9. november 2006. Le Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

[http://www.industrie.gouv.fr/energie/politiqu/f1e\\_pol.htm](http://www.industrie.gouv.fr/energie/politiqu/f1e_pol.htm)

at landets energimarked på tross av markedsåpningen fortsatt vil være dominert av EDF og GDF, og at liberalisering ikke vil føre med seg konsekvenser som nødvendigvis er i forbrukernes interesse.<sup>169</sup> Undersøkelsen begrunner dette resultatet i at EDF og GDF er i besittelse av 80 % av elektrisitets- og gassmarkedet i Frankrike og at det vil ta flere titalls år før det eksisterer en effektiv konkurranse. Årsaken til at det vil ta så lang tid før det foreligger en konkurranse som er virkningsfull, motiverer UFC Que Choisir i følgende fem argumenter.

Først og fremst vil det ikke oppstå noen reell konkurranse i det franske energimarkedet fordi prisene på elektrisitet og gass er blant de laveste i Europa. Dette fordi 87 % av energiproduksjonen kommer fra atomkraft. Produksjonskostnadene er her mye lavere enn energi produsert ved av fossile ressurser, hvor prisen har firedoblet seg i løpet av de siste fem årene.

Frankrikes naboland er heller ikke i stand til å eksportere tilstrekkelig med energi til landet i og med de ikke har nok energi til å dekke sitt eget behov. Det transnasjonale elektrisitetsnettverket er allerede overbelastet og det transnasjonale gassnettverket er ikke-eksisterende med unntak fra i Nord-Frankrike og Benelux landene hvor Suez er hoveddistributør. En fusjon mellom Suez og GDF vil dermed føre til et monopol i det området på kort sikt. Undersøkelsen fra UFC Que Choisir konkluderer med at EDF og GDF i teorien innehar et monopol i Frankrike og at de vil tjene på å begrense produksjonskapasiteten samtidig som de øker prisen som igjen rammer forbrukerne. En slik situasjon oppsto da markedet ble liberalisert for profesjonelle aktører i juli 2004, og som en konsekvens av dette gikk prisene opp med 80 %.

Undersøkelsen til UFC Que Choisir viser at et av de største problemene i den nye energiloven er "le principe d'irréversibilité." Forbrukere som har forlatt det regulerte elektrisitetsmarkedet vil etter denne loven ikke kunne vende tilbake til det. Situasjonen er spesielt aktuell fordi det i det ikke-regulerte markedet kan oppstå store prisøkninger.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Union Fédéral des Consommateurs - Que Choisir, 2006. <http://www.quechoisir.org/index.jsp>

<sup>170</sup> Union Fédéral des Consommateurs - Que Choisir. <http://www.quechoisir.org/index.jsp>

Frankrikes syn på energiforsyning preges av ideen om at energisektoren er en del av "le service public." I dette ligger det at det skal eksistere en kontinuitet, likebehandling av alle typer kunder, kvalitetsytelser til minimums kostnader og omstilling til ny teknologi og til de kravene som det franske samfunn behøver.<sup>171</sup>

Den nye energiloven av 2006 bevarer tanken om at energisektoren er en del av "le service public" selv om den liberaliserer markedet og fører til en privatisering av GDF. Etter artikkel 10 skal de nasjonale interessene i energisektoren, og denne sammenheng spesielt sikker tilførsel av energi vernes. Staten beholder etter art.10 mer enn en tredjedel av aksjene, og innehar også en golden share i selskapet. Dette er en vanlig ordning når et statlig selskap gjennomgår en privatisering. Staten beholder i slike situasjoner ofte en tredjedel slik at man kan avgjøre saker i generalforsamlingen hvor det kreves to tredjedels flertall for avgjørelser. Det er i forbindelse med privatisering av statseide selskaper også vanlig at staten har en særskilt rett i form av en golden share. Dette vil si at staten har en aksje som kan brukes som en slags vetorett og utkonkurrere alle de andre aksjepostene i spesielle og betydningsfulle avgjørelser.

Samtidig som Frankrike disponerer over disse to ordningene vil staten også ha representanter i styret til GDF etter art. 10 i den nye energiloven.

Energisektoren i Frankrike har likevel overraskende nok utviklet seg en del i løpet av de siste årene. Mye av dette skyldes at landet opprettet et kontrollorgan for energisaker, dette er også krevd i direktivene av 2003.<sup>172</sup> Som en del av liberaliseringsprosessen skal hvert medlemsland etablere kontrollorganer som kan opptre uavhengig av industrien, og som kan sette en fortgang i prosessen med åpning av markedet.<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> Energy law in Europe (2001) s. 1022.

<sup>172</sup> EP/Rdir 2003/54 EF og EP/Rdir 2003/55 EF.

<sup>173</sup> Roggenkamp og Boisseleau (2005) s. 12.

Kontrollorganet for energi i Frankrike, la Commission de régulation de l'énergie (CRE), har vært av stor konkurranserettslig betydning de siste årene.<sup>174</sup> CRE kontrollerer offentliggjøringen av priser, og overvåker at tredjepartsadgangen til nettet foregår under åpne forhold og at den er ikke-diskriminerende.

Den største forandringen i det franske energimarkedet er imidlertid endringene av eierskapet i de statseide selskapene EDF og GDF som følger av den nye energiloven av 2006.<sup>175</sup> Art. 10 i den nye energiloven inneholder reglene som fører til at den franske stats eierskap i GDF reduseres fra å være "mer enn 70 %" til "mer enn en tredjedel", altså en privatisering av GDF. Dette var også planen bak den nye energiloven slik at GDF skal kunne inngå en fusjon med Suez. Artikkel 10 stipulerer at "EDF og GDF er aksjeselskaper" og at "den franske stat eier mer enn 70 % i EDF og mer enn en tredjedel i GDF". For øyeblikket er denne andelen på 80,2 % i GDF og 87,3 % i EDF.<sup>176</sup>

De politiske partier i Frankrike har vært svært delt i sin oppfatning av en privatisering av GDF. Venstresiden har vært de største motstanderne, og i alt har det kommet 137.647 endringsforslag til den nye energiloven. Dette er rekord under den femte republikk.<sup>177</sup>

Som i så mange andre saker hvor statseide selskaper skal selges ønsker også den franske stat å beholde 34 % av aksjene. Den franske stat vil da kunne blokkere større forandringer hvor man trenger to tredjedelers flertall for å gjennomføre endringer i selskapet. Samtidig ønsker Frankrike å beholde en såkalt golden share. En golden share fører til at den som innehar den har en vetorett som ikke kan forbigås av noen andre aksjeposere. Det er ikke uvanlig at stater beholder en slik rett når statseide selskaper blir privatisert.

---

<sup>174</sup> Charbit og Boisseleau (2005) s. 196.

<sup>175</sup> Projet de loi relatif au secteur de l'énergie. Texte adopté n°607 "petit loi art.10.

<sup>176</sup> Le Monde/AFP (2006).

<sup>177</sup> AFP (2006).



### 3.4.1 TOTAL/GAZ DE FRANCE

Totals oppkjøp av GDFs andeler i Gaz du Sud-Ouest (GSO) og Compagnie Française du Méthane (CFM) er en betydningsfull foretakssammenslutning i det franske markedet.<sup>178</sup>

Denne saken med vertikale innvirkninger har imidlertid ikke vært like omdiskutert. Total og GDF er begge franske og sterke aktører både i hjemlandet og i Europa.

GDF er som nevnt et statlig selskap og spiller en prinsippal rolle i distribusjon og forsyning av gass i Frankrike på grunn av sin tildelte monopolstilling av distribusjon, import og eksport av gass.

GDFs virksomheter inkluderer imidlertid ikke produksjonen av gass, dette ansvaret ble gitt til petroleumsselskaper. Tidligere var ELF Aquitaine det største i Frankrike og ansvarlig for nesten all produksjon. Da Total kjøpte opp ELF ble denne aktiviteten tatt over av Total, og store deler av selskapets virksomhet er historiske fordeler som fulgte med fusjonen fra 2002.<sup>179</sup>

Den dominerende stillingen til GDF inkluderte heller ikke overføring av gass. Disse oppgavene var historisk fordelt på tre spesifikke selskaper, disse var GDF, Gaz du Sud-Ouest (GSO) og Compagnie Française du Méthane (CFM).<sup>180</sup>

GSO var opprinnelig eid av ELF som hadde en andel på 70 %, mens GDF eide 30 %. Dette selskapet overførte gass i det sørvestlige Frankrike.

CFM sto for overføring av gass i de sentrale områdene av Frankrike. GDF hadde her en andel på 50 %, mens ELF opprinnelig hadde 40 % og Total 10 %. Andelen som ELF hadde ble som sagt overtatt av Total da de to selskapene fusjonerte.<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> Sak M.3410, 08.10.2004.

<sup>179</sup> Sak M.1628, 09.2.2000.

<sup>180</sup> Energy law in Europe (2001) s. 461.

<sup>181</sup> Energy law in Europe (2001) s. 462.

Totals oppkjøp gjaldt nettopp GDFs deltakelse i GSO og CFM, og transaksjonen førte til enekontroll for Total over lagring og transport i sørvest Frankrike samt overtakelse av kundeportefølje i både sørvest og sentral Frankrike.<sup>182</sup>

EU-kommisjonens analyse fastslo at det var meget positivt at de strukturelle båndene mellom Total og GDF ble løst, og at dette i utgangspunktet var bra for konkurransen. Bekymringene fra EU-kommisjonen gjaldt først og fremst innvirkningen på det regionale markedet, da særlig sørvest Frankrike ettersom andelen Total overtok i GSO var av betydelig størrelse.<sup>183</sup>

I det området kunne for eksempel det å gå fra delt kontroll til enekontroll over GSO føre til at Total kunne nekte andre adgang til anleggene. Selv om GDF ikke ville være deleier lenger, ville Total være helt avhengig av GDF i og med selskapet er GSOs største kunde og leverandør av gass. I tillegg vil Total være helt avhengig av GDF for adgang til anlegg utenfor GSOs område. Innvendingene fra EU-kommisjonen dreide seg om en situasjon hvor GSO utsetter GDF for et angrep og det derfor kunne være aktuelt for GDF å diskriminere GSO til fordel for andre selskaper.

På bakgrunn av bekymringene om diskriminering til fordel for GDF og Total kom EU-kommisjonen til at transaksjonen ikke var i henhold til reglene om fellesmarkedet.<sup>184</sup>

For å fjerne innvendingene fra EU-kommisjonen kom Total med tilbud om flere former for fusjonsvilkår. Særlig gjaldt dette forslag som dreide seg om vilkår for adgang til nettverk og lagringsanlegg. Hovedformålet med disse typene av fusjonsvilkår var at dersom en kunde velger å bytte leverandør skal kapasiteten som har blitt benyttet for å betjene han følge med, fra gammel til ny leverandør.

Som følge av de løsningene Total kom med godtok EU-kommisjonen overtakelsen, og Total er pliktet å følge reglene nevnt over til 2009.<sup>185</sup> EU-kommisjonen var av den

---

<sup>182</sup> Van der Woude (2006) s. 22.

<sup>183</sup> Van der Woude (2006) s. 25.

<sup>184</sup> Van der Woude (2006) s. 25.

<sup>185</sup> Van der Woude (2006) s. 26.

oppfatning at det var tilstrekkelig med fem år for at konkurrenter som ønsker det skal kunne etablere seg innenfor markedet til GSO. Av denne grunn vil Total ikke være tvunget til å følge reglene lenger enn til 2009.<sup>186</sup>

### 3.4.2 GAZ DE FRANCE/SUEZ

Den mest spektakulære fusjonen innenfor energisektoren i år er mellom det statsdominerte Gaz de France (GDF) og det private Suez.<sup>187</sup> Sammenslutningen kom i utgangspunktet i stand etter initiativ fra den franske regjering for å hindre at italienske Enel overtok energiselskapet Suez.<sup>188</sup> Denne vertikale og konglomerate fusjonen ble godkjent med vilkår av EU-kommisjonen den 14. november 2006. Dette er en av de største privatiseringer av energiselskaper i år og vil resultere i et stort selskap som vil dominere både det franske og belgiske energimarkedet.<sup>189</sup> De to selskapene vil også ha en meget sterk posisjon i resten av Europa og verden for øvrig.

GDF er aktive på alle nivåer i gassektoren, i produksjon og salg av elektrisitet, foruten tjenester i energisektoren. Selskapet operer i hele Europa, men hovedsakelig i Frankrike og Belgia. Sammen med Centrica eier GDF den nest største aktøren på det belgiske elektrisitets- og gassmarkedet, SPE. Selskapet har 53.000 ansatte og er Europas største leverandør av gass med det beste transport- og distribusjonsnettet.<sup>190</sup>

Suez er aktiv i både elektrisitets- og gassektoren, i tillegg til distribusjon av vann, tjenester i energisektoren og miljøvernoppgaver. Selskapet opererer fortrinnsvis i Frankrike og Belgia. Suez er eier Electrabel, Belgias største operatør av elektrisitet og gass. Foretaket er også aktiv gjennom Distrigaz og Fluxys, og Suez Energy Services, Fabricom, GTI, Axima

---

<sup>186</sup> Sak M.3410, 08.10.2004 paragraf 88.

<sup>187</sup> Sak M.4180.

<sup>188</sup> Ask (2006).

<sup>189</sup> Ask (2006).

<sup>190</sup> Le Monde (2006).

og Tractabel Engineering. Suez er det femte største elektrisitetselskapet, og den sjettede største gassoperatøren i Europa, på verdensbasis holder de en tiende plass innenfor elektrisitetssektoren.<sup>191</sup>

Etter at EU-kommisjonen ble informert om fusjonen har den gjennomført undersøkelser som i første omgang konkluderte med at sammenslutningen ville reise store konkurranserettslige bekymringer på alle nivåer innenfor gass og elektrisitetssektoren i Belgia og innenfor gassektoren i Frankrike på grunn av de horisontale overlappingene og vertikale forholdet mellom de to selskapene. Det ble imidlertid ikke funnet noen negativ innvirkning hva angår markedet i Storbritannia, Luxembourg, Nederland og Ungarn.

EU-kommisjonen mente at GDF og Suez sammenlagt ville ha en meget høy markedsandel i Belgia. Samtidig ville fusjonen fjernet GDF som den største konkurrenten til Elecrabel og Distrigaz, og det ble konkludert med at ingen andre selskaper ville ha vært i stand til å konkurrere like sterkt som GDF gjorde. EU-kommisjonen fant også at fusjonspartenes styrkede posisjon i gassmarkedet ville gjøre det enda vanskeligere for nye aktører å få adgang til markedet. GDF og Suez ville få adgang til mesteparten av den importerte gassen i Belgia og ville inneha nesten alle langtidskontraktene for import. Samtidig ville fusjonspartene på grunn av Suez sin kontroll over Fluxys ha privilegert adgang til forsynings- og lagringsinfrastruktur.<sup>192</sup>

I det franske markedet fant EU-kommisjonen at fusjonen ville styrke GDF sin stilling ved å fjerne konkurransen fra Distrigaz, en av de sterkeste konkurrentene til GDF i Frankrike. Som i Belgia vurderte EU-kommisjonen det slik at hindringene for å få adgang til gassmarkedet og infrastruktur ville ført til økte horisontale overlappinger på grunn av fusjonen. Til slutt ville det oppstå konkurranserettslige bekymringer i markedet for oppvarming i Frankrike. Fusjonen ville i det markedet ha slått sammen den største aktøren

---

<sup>191</sup> IP/06/1558.

<sup>192</sup> IP/06/1558.

som var Suez med den nest største som var GDF, og dermed ført til en økt konsentrasjon av markedsandeler.<sup>193</sup>

På bakgrunn av EU-kommisjonens innvendinger kom fusjonspartene med fusjonsvilkår for å fjerne de konkurranserettslige bekymringene.

Pakken med fusjonsvilkår består hovedsakelig av fem deler; avkall på Suez' eierskap i Distrigaz, avkall av GDFs eierskap i SPE, restrukturering av Fluxys' aktiviteter og gi slipp på all kontroll over selskapet, serier med tiltak i forbindelse med infrastruktur for gass i Belgia og Frankrike, og til slutt avkall på Cofathec Coriance og det regionale nettverket for oppvarming operert av Cofathec Services.<sup>194</sup>

Suez skal overlate sitt eierskap i Distrigaz til en tredjepart som må ha relevant ekspertise i energisektoren og godkjent av EU-kommisjonen. Salget av Distrigaz skal også inneholde forsyningskontraktene. Fusjonspartene skal inngå nye forsyningskontrakter med Distrigaz tiltenkt behovene til Electrabel. Disse kontraktene skal gjelde maksimum 70 TWh på salgstidspunktet, og skal synke slik at etter fem år skal kun kontrakter for 20TWh fortsatt være på plass. Fusjonspartene forplikter seg også til når som helst å overføre lagringskapasitet i Belgia til Distrigaz.<sup>195</sup>

Fusjonspartene har forpliktet seg til å gi slipp på sin eierandel på 50 % i Segebel. Et selskap som igjen innehar 51 % i SPE.<sup>196</sup>

Fluxys vil bli delt i to enheter, Fluxys S.A. og Fluxys International S.A.

Fluxys S.A. vil stå for driften av all infrastruktur. Det vil si hele det belgiske overførings- og transittsystemet, foruten lagringen av gass. GDF skal overføre 25 % av sin del i Segeo og Suez skal overføre Distrigaz & Co til denne nye enheten.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup> IP/06/1558.

<sup>194</sup> MEMO/06/424.

<sup>195</sup> MEMO/06/424.

<sup>196</sup> MEMO/06/424.

Fusjonspartene har også forpliktet seg til å avstå fra kontrollen over Fluxys ved blant annet å ikke ha mer enn 45 % av aksjepostene Fluxys S.A., eller mer enn syv av 21 medlemmer av styret.<sup>198</sup> Disse forpliktelsene kommer i tillegg til andre av administrativ karakter som skal føre til at fusjonspartene ikke lenger har noen kontroll over selskapet. Det skal nedsettes en komité som skal sørge for fremtidig ledelse og investering av selskapene som fusjonspartene heller ikke skal ha kontroll over.

Fluxys International S.A. skal eie Zeebrugge LNG terminalen og alle de ikke-regulerte belgiske og internasjonale aktivum. Fusjonspartene skal ikke inneha mer enn 60 % av aksjene i selskapet. Samtidig skal komiteen som nevnt ovenfor komme med en investeringsplan for LGN terminalen og Zeebrugge.<sup>199</sup>

Fusjonspartene skal komme med tiltak for infrastrukturen i gasssektoren i Belgia og Frankrike. I Belgia gjelder dette særlig ved å opprette et enkelt ankomststed for gass ved Zeebrugge. I Frankrike gjelder tiltakene først og fremst lagring av LNG og LNG terminaler.<sup>200</sup>

Siste fusjonsvilkår gjelder det regionale oppvarmingsnettverket hvor fusjonspartene har forpliktet seg til å selge Cofathec Coriance og fem regionale filialer drevet av Cofathec Services.<sup>201</sup>

På bakgrunn av disse fusjonsvilkårene godkjente EU-kommisjonen fusjonen mellom GDF og Suez. Konklusjonen var at vilkårene partene hadde tilbudt ville være solide nok for å fjerne de konkurranserettslige hindringene.

---

<sup>197</sup> MEMO/06/424.

<sup>198</sup> MEMO/06/424.

<sup>199</sup> MEMO/06/424.

<sup>200</sup> MEMO/06/424.

<sup>201</sup> MEMO/06/424.

### 3.5 KONKLUSJON FUSJONSKONTROLL I ENERGISEKTOREN

Fusjonene som er omtalt i avsnitt 3 er valgt ut for å belyse at mange av den senere tids fusjoner i energisektoren har vært både vertikale og konglomerate. Samtidig var det ønskelig å vise til de forskjellige fusjonsvilkårene og hensynene som ligger bak avgjørelsene EU-kommisjonen fatter når den skal godkjenne fusjoner.

I teorien kan vertikale og konglomerate fusjoner, i motsetning til horisontale fusjoner, ha flere fordeler enn ulemper. EU-kommisjonen har imidlertid valgt å følge en streng linje for slike fusjoner i elektrisitets- og gassektoren. Forklaringen på den spesielle behandlingen av fusjoner i energisektoren er at tidligere statseide selskaper innehar en meget sterk posisjon i det relevante markedet, samtidig som de som produserer og forsyner elektrisitet og gass ofte er konkurrenter.<sup>202</sup>

EU-kommisjonen begrunner også restriktiv kontroll med fusjoner i energisektoren i hensynene bak elektrisitets- og gassdirektivene. Særlig gjelder det med henblikk på en åpning av nettet slik at tredjepart får adgang til det.<sup>203</sup> I saken mellom EDP og EU-kommisjonen<sup>204</sup> i CFI mente EDF at EU-kommisjonen hadde misbrukt sin makt ved å forlange fusjonsvilkår som var grunnet i liberaliseringen av elektrisitets- og gassmarkedene. Dette argumentet ble forkastet av CFI fordi den så på vilkårene som en viktig måte å løse de konkurranserettslige problemene som oppsto som følge av fusjonen mellom EDP og GDP.<sup>205</sup>

Gjennomgangen av sakene viser at EU-kommisjonen har godtatt mange fusjoner som følge av de fusjonsvilkårene partene har tilbudt. Før EDP/GDP-saken kunne man nok ha konkludert med at EU-kommisjonen var meget villige til å godta forskjellige vilkår fra

---

<sup>202</sup> Hancher (2006) s. 53.

<sup>203</sup> Hancher (2006) s. 29.

<sup>204</sup> Sak T-87/05 EDP v. Commission.

<sup>205</sup> Hancher (2006) s. 53.

fusjonspartene. Samtidig ble det akseptert vilkår som kanskje ikke var så effektive.<sup>206</sup> EDP/GDP-saken markerer overgangen til en strengere vurdering av fusjonsvilkår fra partene hvor saken reiser viktige og store konkurranserettslige innvendinger fra EU-kommisjonens side.<sup>207</sup> Samtidig ser vi i E.ON/MOL-saken at så lenge fusjonsvilkårene er robuste nok for å løse hindringene i konkurranse så vil fusjonen bli godkjent av EU-kommisjonen.<sup>208</sup> Den nylig godkjente GDF/Suez-saken føyer seg sånn sett inn i rekken av disse ved at det ble lagt frem en pakke med solide fusjonsvilkår.

Fusjonsvilkår av strukturell karakter er som nevnt foretrukket av EU-kommisjonen.<sup>209</sup> Det er meget vanlig at vilkåret fra EU-kommisjonen består i salg av virksomheter som i den seneste GDF/Suez-saken.<sup>210</sup> Dette er helt klart det vanligste og viktigste fusjonsvilkåret. De konkurranserettslige problemene som en vertikal fusjoner fører med seg er vanskelig å løse på andre måter enn salg av deler i firmaet, slik at den vertikale kjeden av selskapets virksomheter blir brutt.

Foruten denne typen av vilkår for vertikale fusjoner har vi også sett at EU-kommisjonen godtar fusjonsvilkår som åpner opp for nye aktører ved at langvarige kontrakter oppløses før tiden, og elektrisitet eller gass blir lagt ut på markedet for at konkurrenter skal ha en mulighet til å få en fot innenfor markedet. Dette er et av de viktigste fusjonsvilkårene i fusjonen mellom E.ON/MOL og GDF/Suez.

Strukturelle endringer er også i overensstemmelse med funnene i sektorundersøkelsen som fremhever nødvendigheten av strukturelle løsninger.<sup>211</sup>

---

<sup>206</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 449.

<sup>207</sup> EU competition law and energy markets (2005) s. 449.

<sup>208</sup> Hancher (2006) s. 44.

<sup>209</sup> Se kap.3.2.5 og kap. 3.3.2.

<sup>210</sup> Se kap.3.4.2.

<sup>211</sup> Se kap.1.1.



#### 4 FREMTIDSPERSPEKTIVER

Politiske beslutningstakere i Europa har med økende frustrasjon merket seg at et tiår med tålmodig reformarbeid ikke har ført til et åpent, konkurransedyktig og velfungerende energimarked. Konkurransen blant energiselskapene har vist seg å være en illusjon i et Europa hvor flere land har bygget opp monopollignende nasjonale kjemper innenfor energisektoren.<sup>212</sup>

Denne oppgaven har sett på fusjoners betydning i liberaliseringsprosessen i energisektoren. Kontroll med fusjoner som går på tvers av landegrensene spiller ifølge EU-kommisjonen en nøkkelrolle i opprettelsen av et effektivt energimarked.

De siste årene har fusjoner i energisektoren økt kraftig. Mellom 2000-2005 var det en økning på 75 % av fusjoner i energisektoren som falt under EU-kommisjonens jurisdiksjon.

I løpet av første halvår av 2006 hadde EU-kommisjonen behandlet 10 fusjoner i energisektoren, det er tre saker flere enn i hele 2005.<sup>213</sup> Mye tyder på at denne utviklingen vil fortsette i en sektor som nylig har blitt åpnet for konkurranse og liberalisering.

I utgangspunktet er fusjoner over landegrense en positiv utvikling, og fører vanligvis med seg økt konkurranse til forbrukernes favør. På tross av fordelene ved fusjoner og en økning i antallet, viser sektorundersøkelsen EU-kommisjonen har gjennomført at det fortsatt ikke eksisterer et indre energimarked i EU.<sup>214</sup>

Den europeiske energisektoren kan karakteriseres ved at det finnes en slags søken mot det samme mål hos selskapene. En total åpning av markedet fra 2007 fører til at alle de store energiselskapene ønsker å posisjonere seg. Selskapene vil med gass kunne forsyne sine kunder med både gass og elektrisitet. De europeiske energiselskapene ønsker å forsyne vanlige forbrukere med doble energitilbud, det vil si både elektrisitet og gass, fra og med 1. juli 2007 når alle privatpersoner skal kunne velge fritt hvilken leverandør de ønsker. Denne

---

<sup>212</sup> Buck og Laitner (2006).

<sup>213</sup> SPEECH/06/480.

<sup>214</sup> Se kap.1.1.

formen for teknisk og forretningsmessig koordinering driver energiselskapene til å slutte seg sammen for å oppnå større fordeler i fremtiden.<sup>215</sup>

Samtidig som energiselskapene selv ønsker å bli større, er dette også ønsket til flere av medlemslandene i EU. Sikker energiforsyning er en av de store problemstillingene medlemslandene står overfor, og opprettelsen av ”national champions” går som en farsott gjennom Europa.

De fremtidige planene fra EU-kommisjonen består av en enda strengere fusjonskontroll. Sektorundersøkelsen har vist at fusjonsforordningen spiller en meget stor rolle i liberaliseringsprosessen. Selv om konkrete forandringer ikke har blitt uttrykt, åpnes det for endringer av forordningen.<sup>216</sup> Samtidig ser EU-kommisjonen meget grundig på hva slags fusjonsvilkår som skal godtas ved fremtidige fusjoner.

EU-kommisjonen vil imidlertid ikke bare måtte gjøre forandringer i regelverket for å forandre situasjonen i energisektoren. Et typisk trekk ved energipolitikken i Europa i dag er den økonomiske proteksjonismen som har stor fremgang i mange av EUs medlemsland. Fusjonene mellom E.ON/Endesa og GDF/EFD vitner om en type proteksjonisme som prøver å forhindre eller sette kjepper i hjulene for gjennomføringen av dem. Spørsmålet er om denne politikken vil lamme regelverket som skal sørge for et åpent og konkurransedyktig energimarked.

EU-kommisjonær for konkurranse, Neelie Kroes, har uttalt at den eneste måten man kan ordne opp i problemene i energisektoren er å løse opp i eierskapsstrukturen til store energiselskaper.<sup>217</sup> Markedsåpningen og tredjepartsadgang til nettet som elektrisitets- og gassdirektivene skulle føre med seg har ikke vært tilstrekkelige midler for å skape et konkurransedyktig indre energimarked slik man ønsket.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> Le Monde (2006).

<sup>216</sup> SPEECH/06/159.

<sup>217</sup> SPEECH/06/648.

<sup>218</sup> EP/Rdir 2003/54 EF og EP/Rdir 2003/55 EF.

En del av årsaken til dette er at store energiselskaper som E.ON og EDF fortsatt har kontroll over hele verdikjeden. Etter Energidirektivene kan slike firmaer administrere både infrastrukturen og forsyningstjenestene, det eneste kravet som blir gitt slike selskaper er at det er et selskapsmessig og funksjonelt skille.<sup>219</sup> De kan imidlertid fortsatt eies av samme selskap. Slike situasjoner leder systematisk til interessekonflikter. Når de store integrerte energiselskapene, ofte også tidligere statseide selskaper, sitter med eierskapet av infrastrukturen og står for forsyning av energi er det ikke overraskende at diskriminering av konkurrerende energiforsyningsselskaper oppstår. Integrerte selskaper som E.ON, EDF, GDF og RWE påstår imidlertid at de to forretningsområdene er delt med såkalte ”Chinese walls” og forsikrer om at det ikke diskrimineres mot konkurrenter. EU-kommisjonen har så langt stilt seg noe tvilende til at dette. Et av tiltakene som EU-kommisjonen har tatt til orde for er derfor å forandre eierskapsstrukturen slik at nye aktører slipper til og ikke diskrimineres.<sup>220</sup>

Det er også ventet endringer når EU-kommisjonen legger frem en ”energipakke” 10.januar 2007. Antakeligvis vil denne pakken inneholde lovgivning som skal gjøre elektrisitets- og gassmarkedet enda mer liberalisert. Det vil nok imidlertid utvikle seg en heftig kamp mellom medlemslandene i løpet av de neste månedene før dette kan gjennomføres.<sup>221</sup> Det er lite trolig at store land som Tyskland og Frankrike vil gå med på å bryte opp deres største energiselskaper. Samtidig vil det være en lite realistisk konsekvens dersom ikke et flertall av medlemslandene og Europa Parlamentet er enige om det.<sup>222</sup> Med tanke på hvor vanskelig det har vært å gjennomføre åpningen av energimarkedet med de allerede iverksatte reglene vil det sannsynligvis være vanskelig å få med seg flertallet på regler som vil gå enda lenger i å liberalisere energisektoren.

---

<sup>219</sup> Se Aarseth, Hallvard Gilje. *Nye krav til skille mellom monopol- og konkurransebasert virksomhet i kraftsektoren: Selskapsmessige og funksjonelle atskillelseskrav*. I: Marius/Sjørettsfondet nr. 327 (2005).

<sup>220</sup> Buck og Laitner (2006).

<sup>221</sup> EurActiv (2006).

<sup>222</sup> Buck og Laitner (2006).

## 5 AVSLUTNING

Denne avhandlingen har sett på fusjoners betydning i den pågående liberaliseringsprosessen av energisektoren i EU. Elektrisitets- og gassdirektivene la det rettslige grunnlaget for en liberalisering av energisektoren. Disse direktivene skulle i første rekke føre til en markedsåpning og tredjepartsadgang til nettet, foruten lavere priser og valgfrihet for både profesjonelle og private kunder.

Sektorundersøkelsen EU-kommisjonen har gjennomført i 2005-2006 viser at det indre energimarkedet som skulle ha vært på plass foreløpig ikke fungerer som ønsket. Det foreligger så mange hindringer av effektiviteten og konkurransen i energisektoren at et indre energimarkedet ikke eksisterer i Europa.

Den nye fusjonsforordningen av 2004 har materielle vilkår som er strengere enn fusjonsforordningen av 1989. Hovedårsaken til dette var at flere saker skulle falle inn under fusjonsforordningen slik at kontrollen EU-kommisjonen gjennomfører skulle kunne anvendes på flere og da oppleves som hardere.

Fusjonsvilkårene har også utviklet seg i samme retning som fusjonskontrollen. Skillet kom med EDP/GDP saken hvor EU-kommisjonen ikke godtok fusjonen selv om partene kom med vilkår som til da hadde blitt ansett være solide nok. Fra og med denne saken har EU-kommisjonen kommet med en noe strengere vurdering av om fusjonsvilkårene vil redusere hindringen av effektiv konkurranse som den i utgangspunktet ville føre til. Saken mellom E.ON og MOL viser at så lenge de er robuste vil fusjonene som regel bli godkjent av EU-kommisjonen. GDF/Suez fusjonen føyer seg således inn i rekken av saker med solide fusjonsvilkår som godkjennes av EU-kommisjonen.

Samtidig eksemplifiserer disse sakene at medlemsstatene ofte spiller en stor rolle for gjennomføringen av fusjoner på tvers av landegrensene. Spania har gjennom vilkår overfor E.ON forsøkt å avverge et oppkjøpt Endesa, mens Frankrike i et forsøk på å stoppe Enels oppkjøpt av Suez har gått langt for å kunne få til en fusjon mellom GDF og Suez.

I løpet av de siste seks årene har det vært 75 % økning i energifusjoner innenfor EU-kommisjonens jurisdiksjon. I utgangspunktet skal slike fusjoner gi økt konkurranse. Sektorundersøkelsen som jeg har nevnt innledningsvis viser imidlertid at liberaliseringsprosessen av energimarkedet i EU ikke har gitt de virkningene man ønsket.

Drøftelsene i denne avhandlinger viser at EU-kommisjonens håndtering med fusjoner i energisektoren har blitt noe strengere. I et forsøk på å gjennomføre liberaliseringen av energisektoren har både regelverket gjennom fusjonsforordningen og gjennomføringen av fusjonskontrollen fulgt en strengere linje.

Denne oppgaven demonstrerer også at energifusjonene har en stor innvirkning på liberaliseringen av energisektoren i EU. Prosessen som skulle føre til en markedsåpning har på grunn av fusjoner mellom dominerende aktører ført til at vi nå har en situasjon hvor det heller går mot en remonopolisering på ulike områder av energimarkedet. Det europeiske energimarkedet preges av en regionalisering og monopollignende tilstander innenfor disse regionene. Disse regionene må brytes opp slik at det er fri flyt av energi for at ett indre marked skal oppstå. For øyeblikket har man fortsatt ikke ett liberalisert marked med "one playing field".

Det er ikke lett å vurdere fremtiden for energimarkedet i EU. Konklusjonen må være at Europa er midt i en prosess som foreløpig ikke er fullført, og utfallet er dermed ikke gitt. De ambisiøse målene EU har satt seg i Lisboa-strategien går ikke spesielt godt overens med den proteksjonistiske linjen mange av medlemslandene fører. Begge parter må føle at de får noe igjen for liberaliseringsprosessen. For øyeblikket er ikke situasjonen den, for som franske statsministeren Dominique de Villepin uttrykte seg: "The liberalisation of energy markets is not understood by our citizens."

## 6 KILDER

### Bøker og hefter

Arnesen, Finn. *Introduksjon til rettskildelæren I EF*. 3. utgave. Senter for Europa-rett Universitetet i Oslo, 1995.

Brouwers, Mark. *French Energy Policy: Market structures and cautious liberalisation*. Fritjof Nansens institutt, Energy Markets research Programme, 1994.

Cross, Eugene D. *Electric Utility Regulation in the European Union*. University of Leiden, Nederland, 1996.

*Energy Law in Europe – National, EU and International Law and Institutions*. Redigert av Roggenkamp, Martha M.m.fl. Oxford University Press, 2001.

*EU Energy Law – EU Competition Law and Energy Markets*. Redigert av Jones, Christopher W. Claeys & Casteels, 2005.

*EØS-rett*. Sejersted, Fredrik m.fl. 2. utgave. Oslo, 2004.

### Tidsskrift artikler

Cameron, Peter D. *The internal market in energy: harnessing the new regulatory regime*. I: European Law Review 2005 volum 3 nr. 5 October s. 631-648.

Charbit, Nicolas og Boisseleau, François. *Introducing competition in the French wholesale market: The role of the power exchange*. I: The Regulation of Power Exchange in Europe (Energy & Law 2), 2005 s. 195-219

Chebel-Horstman, Nadia. *Overview of state aids in French electricity sector*. I: Revue de l'énergie 2004 nr. 560 s. 522-527.

Chevalier, Jean-Marie. *Quelle politique de l'énergie en France et en Europe?* I: Revue Politique et Parlementaire 2003 vol. nr 1026-1027 s. 26-38

Hancher, Leigh. *EU law and policy on vertical and conglomerate energy mergers*. I: European Energy Law Report III (Energy & Law 4), 2006 s. 29-53

Lipietz, Alain. *Services Publics: vers un compromis social européen?* I: Revue Politique et Parlementaire 2003 vol.nr. 1026-1027 s. 111-115

Roggenkamp, Martha og Boisseleau, François. *The liberalisation of the EU electricity market and the role of power exchange*. I: The Regulation of Power Exchange in Europe (Energy & Law 2), 2005 s. 1-28

Van der Woude, Marc. *Recent developments in EU competition law – Studious authorities*. I: European Energy Law Report III (Energy & Law 4), 2006 s. 15-27

### Avis artikler

- Ask, Alf Ole. *Tvinges til konkurranse – Energiselskaper kan få store bøter*. I: Aftenposten 17. mai 2006.
- Ask, Alf Ole. *Trosser EU – Frankrike presser frem energifusjon*. I: Aftenposten 29. august 2006.
- Ask, Alf Ole. *EU's radarpar*. I: Aftenposten 30. oktober 2006.
- Betts, Paul. *Protectionism sets rules for Europe's power games*. I: The Financial Times 4. juli 2006.
- Bezat, Jean-Michel. *GDF et Suez finalisent la gouvernance du futur group*. I: Le Monde 24. oktober 2006.
- Bezat, Jean-Michel. *Le future group Gaz de France-Suez dévoile son organigramme*. I: Le Monde 30. oktober 2006.
- Buck, Tobias, Meyer, Karl de, Hoollinger, Peggy. *Suez- GDF alliance set to win approval*. I: The Financial Times. 23. oktober 2006.
- Buck, Tobias og Laitner, Sarah. *EU considers surgery to energy market*. I: Financial Times 30. oktober 2006.
- EL PAÍS. *Industria ultima la respuesta al recurso de E.ON sobre la OPA de Endesa*. I: El País 2. november 2006.
- Fleta, Cecilia. *Merkel exigió a Zapatero que retirara las condiciones a la OPA de E.ON – El Gobierno ignora el ultimátum de Bruselas y dice que consesterá en los próximos días*. I: El País 25. oktober 2006.

- Kramb, Daniel. *Protectionism rolls through Europe*. Kilde: <http://www.cafebabel.com/en/article.asp?T=A&Id=1725> 10. april 2006.
- Le Monde. *Les PDG de Suez et Gaz de France affichent leur confiance*. I: Le Monde 7. september 2006.
- Le Monde avec AFP. *La Commission européenne formule des conditions sur le projet de fusion GDF-Suez*. I: Le Monde 19. august 2006.
- Le Monde avec AFP. *L'Assemblée nationale a approuvé l'article qui entérine la privatisation de GDF*. I: Le Monde 27. september 2006.
- Le Monde avec AFP. *Suez et GDF revoient leur copie pour Bruxelles*. I: Le Monde 14. oktober 2006.
- Le Monde avec AFP. *Bruxelles s'apprête à donner son feu vert à la fusion de Suez et Gaz de France*. I: Le Monde 23. oktober 2006.
- Le Monde avec AFP. *Le Sénat approuve la privatisation de GDF*. I: Le Monde 25. oktober 2006.
- Le Monde avec AFP. *La Commission européenne devrait autoriser la fusion GDF-Suez*. I: Le Monde 13. november 2006.
- Moya, Elena og Meier, Simone. *Charges of protectionism follows French merger plan*. I: International Herald Tribune 27. februar 2006.
- Peel, Quentin. *De Villepin calls for EU to install energy supremo*. I: The Financial Times 25. oktober 2006.
- Ricard, Philippe. *Les PDG de Gaz de France et de Suez ont plaidé leur cause à Bruxelles*. I: Le Monde 5. september 2006.
- Roger, Patrick. *À l'Assemblée nationale, la fusion provoque quatre débats principaux*. I: Le Monde 7. september 2006.
- Roger, Patrick. *L'article-clé du projet de loi sur l'énergie privatisant GDF est examiné par les députés*. I: Le Monde 25. september 2006.
- Stagnaro, Carlo og Mingardi, Alberto. *Protectionism will kill Europe*. Kilde: <http://www.independent.org/newsroom/article.asp?id=1699> 3. april 2006.
- Stroobants, Jean-Pierre. *Gaz de France-Suez: La Belgique exige plus de concessions dans l'électricité*. I: Le Monde 25. september 2006.



## Lovgivning

Traktaten om opprettelsen av det Europeiske Fellesskap, Roma 25. mars 1957 med endringer. (EF-traktaten)

Rådsforordning (EF) nr. 4064/89 om kontroll med foretakssammenslutninger. (den gamle Fusjonsforordningen)

Europaparlamentet og Rådets Direktiv 1996/92/EC av 19. desember 1996 om felles regler for det indre marked for elektrisitet. (Eldirektiv I)

Europaparlamentet og Rådets Direktiv 1998/30/EC av 22. juni 1998 om felles regler for det indre gassmarked. (Gassmarkedsdirektiv I)

Europaparlamentet og Rådets Direktiv 2003/54/EC av 26. juni 2003 om felles regler for det indre marked for elektrisitet. (Eldirektiv II)

Europaparlamentet og Rådets Direktiv 2003/55/EC av 26. juni 2003 om felles regler for det indre gassmarked. (Gassmarkedsdirektiv II)

Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger. (Fusjonsforordningen)

## Fransk lovgivning

Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 modifiée sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (JORF du 9 avril 1946), telle que modifiée.

Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (JORF du 11 février 2000), telle que modifiée.

Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (JORF du 11 août 2004)

Loi de programme n° 2005-781 du 13 juillet 2005 fixant les orientations de la politique énergétique ( JORF n° 163 du 14 juillet 2005

Projet de loi relatif au secteur de l'énergie. Texte adopté n°670 "peit loi"

## Dokumenter fra EU-kommisjonen

- *Mise en œuvre du marché intérieur de l'énergie. Rapport annuel 2005.*  
Commission européenne, Direction générale de l'énergie et des transports, 2005.

- Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law. Tilgang:  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/relevma\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/relevma_en.html)
- Commission Notice on the calculation of turnover. Tilgang:  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/to406489\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/to406489_en.pdf)
- Commission Notice on the concept of concentration. Tilgang:  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/co406489\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/co406489_en.pdf)
- Guidelines on the assessment of horizontal mergers. Tilgang:  
[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):EN:HTML)
- Commission Notice on acceptable remedies. Tilgang:  
[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC0302\(01\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC0302(01):EN:HTML)
- Energy sector competition inquiry – preliminary report. Tilgang:  
[http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector\\_inquiries/energy/](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/)
- EU-kommisjonen, DG Competition. Mergers - Overview. Tilgang:  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/overview\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/overview_en.html)
- EU-kommisjonær Neelie Kroes' taler fra 2006. Tilgang:  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index\\_2006.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2006.html)

#### Saker fra kommisjonen

Commission Decision 91/50, 16. januar 1991

Sak IV/M.157 – AIR FRANCE/ SABENA, 5. oktober 1992.

Sak COMP/M.1673 – VEBA/ VIAG, 13. JUNI 2000

Sak COMP/M.1853 – EDF/ EnBW, 7. februar 2001.

Sak COMP/M.2822 – EnBW/ ENI/ GVS, 17. desember 2002.

Sak COMP/M.2947 – VERBUND/ ENERGIE ALLIANZ, 11. JUNI 2003.

Sak COMP/M.3410 – TOTAL/ GAZ DE FRANCE, 8. oktober 2004.

Sak COMP/M.3440 – ENI/ EDP/ GDP, 9. desember 2004

Sak COMP/M.3696 – E.ON/ MOL, 21. desember 2005.

Sak COMP/M.4110 – E.ON/ ENDESA, 25.april 2006.

Sak COMP/M.4180 – GAZ DE FRANCE/SUEZ, 14. november 2006.

### Europa domstolen

Sak C-393/92, Almelo kommune mfl. v. Energibedrijf Ijsselmij.

Sak C-68/94 Frankrike og Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and  
Entreprise minière et chimique (EMC) v. Kommisjonen

Sak C-157/94 Kommisjonen v. Nederland.

Sak C-158/94 Kommisjonen v. Italia.

Sak C-159/94 Kommisjonen v. Frankrike.

Sak C-160/94 Kommisjonen v. Irland.

Sak T-102/96 Gencor v. Kommisjonen.

Sak T-87/05 EDP v. Kommisjonen.

### Forarbeider

Innst.O.nr.16 (2004-2005) Om lov om endringer i EØS-konkurranseloven og  
konkurranseloven

### Internettsider

- Chambre de Commerce et d'industrie de Paris (CCIP)  
<http://www.environnement.ccip.fr/energie/electricite/index.htm>
- EurActiv  
<http://www.euractiv.com/fr/energy>
- European Commission – DG Competition  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html)
- European Commission – DG Energy  
[http://ec.europa.eu/energy/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/energy/index_en.html)
- La Commission de Régulation de l'énergie (CRE)

<http://www.cre.fr/presentation/missions.jsp>

- La Direction Générale de l'Énergie et des Matières Premières

<http://www.industrie.gouv.fr/energie/sommaire.htm>

- L'Union Fédérale des Consommateurs – Que Choisir

<http://www.quechoisir.org/Recherche.jsp;jsessionid=18F7040C05662D5C70D6D8746DF3DB2E.tomcat-1?catgen=RESULTATSRECHERCHE&requete=fusion>

