

UiO • Det juridiske fakultet

Gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19

Kandidatnummer: 551

Leveringsfrist: 25.04.14

Antall ord: 15 457



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling.....	1
1.2	Rettskilder og metode.....	3
1.3	Oppgavens oppbygning.....	4
2	PRESENTASJON AV GJENNOMFØRINGSFORBUDET	5
2.1	Innledning.....	5
2.2	Rettslig plassering og kort om meldepliktsregimet.....	5
2.3	Hensyn bak det automatiske gjennomføringsforbudet.....	7
2.4	Gjennomføringsforbudets anvendelsesområde	7
2.5	Gjennomføringsforbudets inntreden og varighet	9
3	INNHALDET I GJENNOMFØRINGSFORBUDET	10
3.1	Innledning.....	10
3.2	Utgangspunkter for vurderingen	11
3.3	Forberedende handlinger.....	14
3.4	Utveksling av ytelser	15
3.5	Fysisk integrasjon.....	18
3.6	Drifts- og markedsmessig samordning.....	20
3.7	Utøvelse av eierbeføyelser	23
3.8	Informasjonsutveksling	24
3.9	Konklusjon	27
4	UNNTAK FRA GJENNOMFØRINGSFORBUDET	28
4.1	Innledning.....	28
4.2	Individuelle unntak.....	28
4.2.1	Innledning	28
4.2.2	Konsekvensene for partene og samfunnet for øvrig	29
4.2.3	Hvilke type tiltak det innvilges unntak for.....	30
4.3	Delvis unntak for visse typer erverv av verdipapirer	32
4.4	Konklusjon	34

5	OVERTREDELSESGEBYR SOM SANKSJONSMIDDEL VED BRUDD PÅ GJENNOMFØRINGSFORBUDET.....	35
5.1	Innledning.....	35
5.2	Kort om overtredelsesgebyr etter § 29	36
5.3	Objektive vilkår.....	36
5.4	Skyldkravet.....	37
5.5	Beviskravet.....	38
5.6	Utmåling av overtredelsesgebyr.....	40
5.6.1	Innledning	40
5.6.2	Utgangspunkter for utmåling av overtredelsesgebyr	40
5.6.3	Foretakets omsetning	42
5.6.4	Overtredelsens grovhet	42
5.6.5	Overtredelsens varighet.....	44
5.6.6	Formildende og skjerpende momenter ved utmålingen.....	45
5.6.7	Overtredelsesgebyrets størrelse.....	46
5.7	Foreldelse	47
5.8	Konklusjon	48
6	AVSLUTNING	49
7	KILDER.....	52

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Tema for oppgaven er gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19.¹ Konkurranseloven inneholder regler om kontroll med aktørenes adferd i markedet og kontroll med markedets struktur. Markedets struktur kontrolleres gjennom en kontroll med foretakssammenslutninger, også kalt *fusjonskontrollen*, som innebærer at myndighetene fører tilsyn med ”transaksjoner som endrer antallet aktører på tilbyder- og etterspørersiden”.² Gjennomføringsforbudet er en del av fusjonskontrollen. Formålet med denne kontrollen er å sikre at foretakssammenslutninger ikke leder til markedsmakt hos et foretak eller på andre måter får negative virkninger for konkurransen som hindrer en ”effektiv bruk av samfunnets ressurser”, jf. krrl. § 1.³

En forutsetning for fusjonskontrollen er at Konkurransetilsynet blir informert om planlagte foretakssammenslutninger gjennom en melding etter reglene i §§ 18 og 18a. Videre er det viktig at foretakssammenslutningen ikke gjennomføres før ”Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken”.⁴ Så lenge saksbehandlingen foregår, gjelder det derfor et gjennomføringsforbud etter krrl. § 19. Gjennomføringsforbudet innebærer at gjennomføringen av foretakssammenslutningen må settes på vent under saksbehandlingstiden. Forbudet kan omtales som en ”stand still”-forpliktelse.⁵ Konkurransetilsynet får dermed tid til å vurdere virkningene av planlagte foretakssammenslutninger, og ført en effektiv kontroll med disse før de gjennomføres. Gjennomføringsforbudet er således en viktig del av konkurranselovens regler om kontroll med foretakssammenslutninger.⁶

Gjennomføringsforbudet gjelder automatisk for alle meldepliktige foretakssammenslutninger, jf. krrl. § 19. Dersom partene til en foretakssammenslutning mener det er nødvendig å gjen-

¹ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) (krrl.). Seneste endringer i konkurranseloven trådte i kraft 1. januar 2014.

² Kolstad (2007) 609.

³ Markedsmakt er ”en bedrifts evne til, alt annet likt, å kunne gjennomføre en varig og ikke ubetydelig prisøkning, uten at omsatt kvantum synker så mye at det blir ulønnsomt”, se V2006-223 *Gilde/Prior* s. 9.

⁴ Krrl. § 19 (1).

⁵ NOU 2003:12 s. 104.

⁶ Ot.prp. nr. 6 s. 96.

nomføre den før saksbehandlingstiden er ute, må det søkes om unntak fra forbudet etter § 19 annet ledd. Ved innføringen av det automatiske gjennomføringsforbudet i norsk rett uttalte lovutvalget at det var en forutsetning for innføringen at forbudet hadde ”et innhold som er forutberegnelig for partene i næringslivet”.⁷ Praksis kan likevel indikere at regelens innhold ikke alltid er helt klar for partene og at brudd på gjennomføringsforbudet i mange tilfeller skyldes at partene mangler kjennskap til meldepliktreglene og ikke vet at det eksisterer et gjennomføringsforbud for foretakssammenslutningen.⁸

Det seneste eksemplet i norsk rett på uklarheter rundt dette var i forbindelse med overdragelse av leiekontrakter mellom Norgesgruppen og ICA der det nå er varslet et overtredelsesgebyr på 25 millioner kroner for brudd på gjennomføringsforbudet.⁹ Saken viser at det i tilfeller med kompleks transaksjonsstruktur ikke fremstår klart for partene hvilke transaksjoner som er meldepliktige og således omfattet av gjennomføringsforbudet.¹⁰ Videre foregår det undertiden en etterforskning i EU av Norges største oppdrettsselskap, Marine Harvest, der Kommisjonen mener selskapet har brutt meldeplikten og gjennomføringsforbudet i forbindelse med ved oppkjøpet av aksjer i polske Morpol.¹¹ Gjennomføringsforbudet er derfor et aktuelt tema som har en praktisk relevans for aktører i næringslivet.

Formålet med denne avhandlingen er å analysere hva som er det nærmere innholdet i gjennomføringsforbudet i krrl. § 19. Oppgaven reiser flere problemstillinger. Den første er hva som er det materielle innholdet i gjennomføringsforbudet, herunder hvilke konkrete handlingstiltak som ikke vil være tillatt under forbudet. Den neste problemstillingen er når det kan gis unntak fra gjennomføringsforbudet og hvilke momenter som vektlegges i denne vurderingen. Avslutningsvis er en problemstillingen hva som er vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr som sanksjon ved brudd på gjennomføringsforbudet, og hvordan utmålingen av overtredelsesgebyret blir gjort i praksis.

⁷ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.3.

⁸ Se f.eks. V2011-14 *YIT AS*, avsnitt 8, V2011-16 *Pareto AS*, avsnitt 11 og V2012-12 *Lyse Energi AS*, avsnitt 15.

⁹ Konkurransetilsynet (2014). Partene har frist frem til 25. april 2014 på å komme med kommentarer til varselet.

¹⁰ Et sentralt spørsmål var om overtakelse av leiekontrakter utgjør en meldepliktig foretakssammenslutning, se Konkurransetilsynet (2014).

¹¹ Kommisjonen (2014).

1.2 Rettskilder og metode

Rettskildebildet rundt gjennomføringsforbudets innhold og rekkevidde er noe sparsomt. Ordlyden i krrl. § 19, ”foretakssammenslutninger [...] må ikke gjennomføres”, gir begrenset veiledning for tolkningen av hva som er innholdet i forbudet. Det følger av forarbeidene at departementet fant det lite hensiktsmessig med en opplisting i lovteksten av de ulike disposisjoner som vil rammes av forbudet, idet forbudet var ment å gjelde generelt.¹² Metodisk vil denne avhandlingen derfor ta utgangspunkt i lovteksten, men ettersom ordlyden gir lite grunnlag for å kunne foreta en nærmere analyse av forbudets innhold, er det nødvendig å se hen til blant annet hva forbudet var ment å omfatte i følge forarbeidene.

En problemstilling for avhandlingen er hva det materielle innholdet i gjennomføringsforbudet er, det vil si hvilke tiltak som innebærer at en foretakssammenslutning gjennomføres. Til nå har ingen saker vedrørende krrl. § 19 vært oppe for domstolene, og det finnes derfor ingen rettspraksis rundt spørsmålet om innholdet i gjennomføringsforbudet. Det har imidlertid blitt fattet 13 vedtak av Konkurransetilsynet vedrørende brudd på gjennomføringsforbudet. Konkurransetilsynets praksis og retningslinjer gir uttrykk for tilsynets syn på rekkevidden av forbudet. Tilsynet er gitt myndighet til å kontrollere at konkurranselovens forbud overholdes, samt å foreta nødvendige inngrep mot foretakssammenslutninger.¹³ Deres vedtak gir således også anvisning på hvordan gjennomføringsforbudet håndheves i praksis. Analysen av som er innholdet i gjennomføringsforbudet vil derfor, i tillegg til å ta utgangspunkt i lovteksten og uttalelser i forarbeidene, se hen til vurderinger Konkurransetilsynets vedtak.

Reglene om gjennomføringsforbud i konkurranseloven er inspirert av Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 (fusjonsforordningen) artikkel 7.¹⁴ Det følger av forarbeidene at innholdet i gjennomføringsforbudet i krrl. § 19 skulle tilsvare gjennomføringsforbudet i EU/EØS.¹⁵ Praksis fra EU/EØS knyttet til anvendelsen av denne bestemmelsen vil derfor være en relevant kilde ved tolkningen av gjennomføringsforbudets innhold.¹⁶

¹² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 93.

¹³ Krrl. §§ 8 og 9.

¹⁴ Ot.prop. nr 6 (2003-2004) s.11 og 97.

¹⁵ Ot.prop. nr 6 (2003-2004) s. 97.

¹⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 93 og 96.

Det ble uttalt i forarbeidene at praksis fra EU/EØS ville gi næringslivet ”god veiledning om hva som er tillatt og hva som er forbudt når gjennomføringsforbudet gjelder”.¹⁷ De saker fra EU der det har blitt konstatert brudd på gjennomføringsforbudet, og som følgelig vil være relevante rettskilder for denne avhandlingen, er *Samsung*,¹⁸ *A.P. Møller*¹⁹ og *Electrabel*.²⁰

1.3 Oppgavens oppbygning

Denne avhandlingen er delt opp i fem hovedkapitler. I kapittel 2 gis en presentasjon av gjennomføringsforbudet, herunder dets rettslige plassering, hensynet bak forbudet og dets inntreden og varighet. Videre skal det i kapittel 3 det foretas en analyse av gjennomføringsforbudets materielle innhold. Det vil her gjøres en vurdering av hva som utgjør et gjennomføringstiltak og hvilke skranker forbudet dermed setter for partene i en meldepliktig eller frivillig innmeldt foretakssammenslutning.

Reglene om adgangen til å få unntak fra gjennomføringsforbudet blir redegjort for i kapittel 4. Her gis en analyse av i hvilke tilfeller det gis individuelle unntak etter § 19 annet ledd og hvilke momenter som vektlegges i den vurderingen, samt hva som ligger i unntaksadgangen etter forskrift om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet.

Reglene om overtredelsesgebyr ved brudd på gjennomføringsforbudet behandles i kapittel 5. Kapitlet skal undersøke hva som er vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr som sanksjon ved brudd på gjennomføringsforbudet, og hvordan utmålingen av overtredelsesgebyret blir gjort i praksis. Det kan tenkes andre sanksjoner for overtredelser, slik som bøter og straff etter krrl. § 32 eller erstatningsansvar etter alminnelig erstatningsrett.²¹ Det kan også stilles

¹⁷ Ot.prop. nr 6 (2003-2004) s. 97.

¹⁸ Sak IV/M.920 - *Samsung/AST*.

¹⁹ Sak IV/M.969 - *A. P. Møller*.

²⁰ Se Kommisjonens avgjørelse COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône* (saken ble anket til Retten der Kommisjonens avgjørelse ble opprettholdt, se Sak T-332/09 *Electrabel v Kommisjonen*. Saken verserer nå for EU-domstolen under betegnelsen C-84/13 P)

²¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 188.

spørsmål ved den sivilrettslige gyldigheten av avtaler hvis innhold bryter med gjennomføringsforbudet.²² Til nå er likevel brudd på gjennomføringsforbudet kun blitt sanksjonert med overtredelsesgebyr, og kapittel 5 vil derfor fokusere på dette sanksjonsmiddelet.

2 Presentasjon av gjennomføringsforbudet

2.1 Innledning

Dette kapittelet gir en kort presentasjon av gjennomføringsforbudet. Det er hensiktsmessig med en presentasjon av gjennomføringsforbudet ettersom det er nyttig med en rettslige plasseringen av avhandlingens tema og en redegjørelse av de hensyn som ligger bak gjennomføringsforbudet for å kunne analysere forbudets materielle innhold, hvorfor det i visse tilfeller gis unntak fra det og hvordan brudd på forbudet sanksjoneres.

Dette kapittelet skal derfor først ta for seg den rettslige plasseringen av avhandlingens tema, herunder meldeplikten den er forbundet med. Deretter skal det redegjøres for hensynene bak forbudet behandles, samt gjennomføringsforbudet anvendelsesområde, inntreden og varighet.

2.2 Rettslig plassering og kort om meldepliktsregimet

Konkurransetilsynet skal etter krrl. § 16 første ledd gripe inn mot foretakssammenslutninger som «vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål».²³ For at Konkurransetilsynet skal kunne føre en slik kontroll effektivt, må tilsynet bli informert om planlagte foretakssammenslutninger gjennom en melding, jf. krrl. § 18.²⁴ Hensikten med meldeplikten i § 18 er dermed å sikre at Konkurransetilsynet får ført forhåndskontroll med foretakssammenslutninger.²⁵

²² Se Evensen (2009) s. 657 der det uttales at det er ”uavklart om avtaler eller handlinger i strid med gjennomføringsforbudet kan være privatrettslig ugyldige”.

²³ Begrepet ”foretakssammenslutninger” omfatter fusjoner, oppkjøp og andre bedriftserverv som fører til overtakelse av kontroll av et foretak. For nærmere om kontrollbegrepet se krrl. § 17.

²⁴ I konkurranseloven av 2014 er systemet med to meldinger tatt ut, og partene skal kun sende inn en melding, se Prop. 75 L (2012-2013) s. 106.

²⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 90-91.

Meldeplikten gjelder i utgangspunktet for alle foretakssammenslutninger, men det er i § 18 annet ledd gjort unntak fra den der partene har en samlet årlig omsetning i Norge under 1 milliard kroner eller kun en av partene har en årlig omsetning i Norge over 100 millioner kroner.²⁶ Selv om en foretakssammenslutning er unntatt fra meldeplikten kan Konkurransetilsynet likevel pålegge partene å inngi melding etter § 18 tredje ledd. I slike tilfeller blir partene også pålagt et gjennomføringsforbud, jf. § 19 første ledd.

Adgangen til å pålegge gjennomføringsforbud for foretakssammenslutninger som ikke er omfattet av den alminnelige meldeplikten ble før lovendringene som trådte i kraft januar 2014 sjelden anvendt ettersom de lave meldepliktersklene førte til at de fleste potensielt problematiske foretakssammenslutninger var omfattet av meldeplikten.²⁷ For partene til en foretakssammenslutning som i utgangspunktet er unntatt meldeplikt, kan det derfor i realiteten være en mer aktuell risiko for å bli pålagt melding etter § 18 tredje ledd med tilhørende gjennomføringsforbud nå enn det det var tidligere.²⁸

Meldeplikten innebærer ingen frist for når foretakssammenslutningen må meldes til Konkurransetilsynet, men gjennomføringsforbudet forbyr gjennomføring av foretakssammenslutningen før godkjenning foreligger fra Konkurransetilsynet. Gjennomføringsforbudet gir således partene en oppfordring til å sende inn melding til Konkurransetilsynet tidlig, men det er ingen frist i konkurranseloven for når meldingen må sendes inn. Innholdskravene til en melding i § 18a setter likevel skranker for hvor tidlig i forhandlingsprosessen melding kan innsendes, i det disse kravene må være oppfylt for at Konkurransetilsynet skal kunne foreta en fullstendig vurdering av foretakssammenslutningen.²⁹

²⁶ Meldepliktersklene ble betraktelig hevet ved lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2014, se Prop. 75 L (2012-2013) s. 104.

²⁷ Klevstrand (2014) s. 1.

²⁸ Klevstrand (2014) s. 1.

²⁹ Prop. 75 L (2012-2013) s. 105, NOU 2012: 7 s. 143 og Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementets sak 10/2546 (Nibe Industrier).

2.3 Hensyn bak det automatiske gjennomføringsforbudet

For at Konkurransetilsynet skal kunne føre effektiv kontroll med foretakssammenslutninger er det nødvendig at foretakssammenslutningene ikke gjennomføres før Konkurransetilsynet har fått muligheten til å vurdere deres virkning på konkurransen. Uten gjennomføringsforbudet ville foretakssammenslutninger som begrenset konkurransen kunne gjennomføres før Konkurransetilsynet hadde fått tid til å vurdere om de ” føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål” og dermed kvalifiserer for inngrep etter krrl. § 16. En meldeplikt kombinert med et automatisk gjennomføringsforbud, ville kunne ”forhindre at Konkurransetilsynet kommer i en situasjon der [senere] inngrep ikke kan gjøres”.³⁰ Hensynet bak gjennomføringsforbudet er derfor å hindre at partene gjennomfører disposisjoner som vanskeliggjør Konkurransetilsynets strukturkontroll.³¹

Formålet med gjennomføringsforbudet er altså ”å sikre at Konkurransetilsynet kan gjennomføre eventuelt senere vedtak på en effektiv måte”.³² I forarbeidene ble det uttalt at uten et gjennomføringsforbud ville fusjonskontrollen bli ”illusorisk”.³³ Etter Departementet syn er gjennomføringsforbudet en ”nødvendig del av kontrollen med foretakssammenslutninger”.³⁴ Ved at gjennomføringsforbudet inntreer automatisk gis Konkurransetilsynet også den nødvendige arbeidsro for kunne avklare om inngrep kan være aktuelt innen 25 virkedager, da det ikke må bruke tid på å vurdere om det skal fattes vedtak om et gjennomføringsforbud.³⁵

2.4 Gjennomføringsforbudets anvendelsesområde

Gjennomføringsforbudet gjelder for alle meldepliktige foretakssammenslutninger, for frivillig innmeldte foretakssammenslutninger og for erverv av ikke-kontrollerende minoritetsandeler som blir pålagt meldeplikt.³⁶ Gjennomføringsforbudet kommer også til anvendelse for fore-

³⁰ Ot.prp.nr.6 (2003-2004), 87.

³¹ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 87, se også V2013-11 *Allkopi Service Point AS*, avsnitt 19 og *EU Competition Law Volume II Mergers and Acquisitions* (2006) s. 513.

³² Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 97.

³³ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 87.

³⁴ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 96.

³⁵ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 96.

³⁶ Se § 19, jf. §§ 18 første, tredje, femte og sjette ledd.

takssammenslutninger som kvalifiserer til forenklet melding etter meldingsforskriften § 3, jf. krrl. § 19. Forbudet gjelder alle tiltak som ”foretas, har virkning eller er egnet til å ha virkning” i Norge, jf. krrl. § 5, og som fører til at en foretakssammenslutning gjennomføres.

Spørsmålet om hvilke tiltak som innebærer gjennomføring av en foretakssammenslutning og som således omfattes av gjennomføringsforbudet, er nært knyttet til spørsmålet om hva anses for å utgjøre en meldepliktig foretakssammenslutning.³⁷ Med begrepet foretakssammenslutning menes ”transaksjoner (en eller flere) som leder til endring av kontroll”.³⁸ Etter krrl. § 17 kan en foretakssammenslutning omfatte fusjoner, kontrollerverv og opprettelse av et fullfunksjons fellesforetak. Gjennomføring av slike meldepliktige transaksjoner før Konkurransetilsynet har vurdert deres virkning på konkurransen innebærer at Konkurransetilsynet hindres i å føre en effektiv fusjonskontroll. Meldeplikten og gjennomføringsforbudet kommer derfor i utgangspunktet til anvendelse på alle foretakssammenslutninger etter krrl. § 17.

Utgangspunktet etter § 18 er at alle foretakssammenslutninger som oppfyller de gitte terskelverdier er meldepliktige. De tidligere terskelverdiene førte til innlevering av et stort antall alminnelige meldinger, og dermed til et stort antall foretakssammenslutninger som ble rammet av gjennomføringsforbudet.³⁹ Hevingen av terskelverdiene vil føre til at et større antall foretakssammenslutninger enn tidligere vil være under meldepliktstærsklene, og således unntatt meldeplikt. Flere foretakssammenslutninger vil dermed kunne gjennomføres uten hinder av § 19, noe som vil føre til at det automatiske gjennomføringsforbudets anvendelsesområde blir mindre.

Erverv av ikke-kontrollerende minoritetsandeler utgjør ingen foretakssammenslutning, og er derfor i utgangspunktet ikke meldepliktig eller underlagt et gjennomføringsforbud. Minoritetserverv kan likevel bli pålagt meldeplikt og gjennomføringsforbud på nærmere bestemte vilkår.⁴⁰ Det har til nå ikke vært grepet inn mot minoritetserverv i Norge.⁴¹ Adgangen til å

³⁷ Hva som anses som et gjennomføringstiltak vil bli behandlet under kapittel 3.

³⁸ NOU 2012:7 s. 98.

³⁹ Se NOU 2012:7, tabell 8.2 og Konkurransetilsynet (2011) s. 38 og Konkurransetilsynet (2012) vedlegg 4.

⁴⁰ Se § 19 (1), jf. § 18 (5). Skillet mellom reglene om minoritetserverv og reglene om fusjonskontroll er nå tydeliggjort ved at reglene om minoritetserverv er skilt ut i en egen bestemmelse, § 16a.

⁴¹ Prop. 75 L (2012-2013) s. 119.

pålegge meldeplikt og gjennomføringsforbud ved minoritetserverv innebærer at gjennomføringsforbudet i norsk rett har et noe videre anvendelsesområdet enn i EU/EØS, der det ikke er en tilsvarende adgang.⁴² Det pågår for tiden en debatt i EU om hvorvidt det er behov for kontroll med minoritetserverv.⁴³

2.5 Gjennomføringsforbudets inntreden og varighet

Det automatiske gjennomføringsforbudet inntreder for foretakssammenslutninger når det foreligger en alminnelig meldepliktig etter § 18 (1), der foretakssammenslutninger og minoritetserverv som ikke omfattes av den alminnelige meldeplikten blir pålagt meldeplikt etter §§ 18 (3) og 18 (5), eller der det frivillig sendes inn melding etter § 18 (6) eller meldeplikten følger av forskrift gitt etter § 18 (9).

Det automatiske gjennomføringsforbudet trådte i kraft 1. juli 2008 og medførte at det ikke lenger krevdes vedtak fra Konkurransetilsynet for å pålegge et gjennomføringsforbud. Ved den automatiske inntredenen av forbudet sparte Konkurransetilsynet tid og ressurser, og man effektiviserte dermed Konkurransetilsynets kontroll med foretakssammenslutninger.⁴⁴

Ordningen med automatisk gjennomføringsforbud ble videreført i konkurranseloven av 2014. Det automatiske gjennomføringsforbudet varer nå frem til «Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken».⁴⁵ Dette innebærer en forlengelse av varigheten til det automatiske gjennomføringsforbudet i forhold til den tidligere regelen, der det måtte pålegges et midlertidig gjennomføringsforbud dersom Konkurransetilsynet så det som nødvendig med et gjennomføringsforbud i saksbehandlings fase II. Forlengelsen av gjennomføringsforbudets varighet betydde at den norske konkurranselovens saksbehandlingsregler ble ytterligere tilnærmet det EU/EØS-rettslige regelverket, noe som, etter departementets syn, ville medføre en forenkling for næringslivet.⁴⁶

⁴² Se § 18 (5).

⁴³ Kommisjonen (2013) s. 3.

⁴⁴ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 92.

⁴⁵ Krrl. § 19 første ledd.

⁴⁶ Prp. 75 L (2012-2013) s. 111, sml. Fusjonsforordningens artikkel 7 nr. 1 der foretakssammenslutningen ikke kan gjennomføres ”før den er erklært forenlig med det felles marked ved et vedtak”.

Gjennomføringsforbudet vil i første omgang vare i 25 virkedager.⁴⁷ Dette er tiden fra Konkurransetilsynet har mottatt melding og frem til de varsler om inngrep eller informerer om at det ikke er grunnlag for inngrep og at saken henlegges. Konkurransetilsynet skal varsle partene skriftlig dersom saken besluttes henlagt, jf. § 20 syvende ledd.⁴⁸ Behandlingen av saken kan til sammen vare i 100 virkedager.⁴⁹ Behandlingstiden utvides til 115 virkedager dersom det har kommet forslag om avhjelpende tiltak fra melder.⁵⁰

3 Innholdet i gjennomføringsforbudet

3.1 Innledning

Dette kapitlet behandler det nærmere innholdet i gjennomføringsforbudet. Det vil først redegjøres for utgangspunktene for vurderingen av hvilke tiltak som omfattes av gjennomføringsforbudet. Vurderingstemaet følger av forarbeidene. Med utgangspunkt i disse vurderingstemaene skal det gjøres en analyse av gjennomføringsforbudets innhold. Konkurransetilsynets vedtak om brudd på gjennomføringsforbudet vil her være illustrerende for Konkurransetilsynets syn på hva som utgjør et gjennomføringstiltak, og således for hvilke handlinger som ikke tillates under tiden gjennomføringsforbudet varer.

Strukturen i kapitlet tar utgangspunkt i eksemplene på ulike handlinger som rammes av gjennomføringsforbudet som nevnt i NOU 2003:12 og i Konkurransetilsynets høringsnotat til forskrift om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet. Tiltak som rammes av gjennomføringsforbudet vil, etter forarbeidene og Konkurransetilsynets vurdering, typisk være ”utveksling av ytelser, fysisk integrasjon, informasjonsutveksling utover det som er legitimt og påkrevd som ledd i transaksjonen, overføring av driftsmessig kontroll og drifts- eller markeds-

⁴⁷ Krrl. §§ 20 annet ledd og 20 syvende ledd.

⁴⁸ Denne formen for godkjenningsvedtak ble innført ved konkurranseloven av 2014 og tilsvarer Fusjonsforordnings artikkel 7 nr. 1.

⁴⁹ Krrl. § 20.

⁵⁰ Krrl. § 20 (4).

messig samordning”.⁵¹ Kapittel 3.3 til 3.8 er strukturert med utgangspunkt i denne uttalelsen og det vurderes der i hvilken grad partene kan foreta forberedende handlinger, utveksling av ytelser, fysisk integrasjon, drifts- og markedsmessig samordning, utøvelse av eierbeføyelser og informasjonsutveksling

3.2 Utgangspunkter for vurderingen

Utgangspunktet er at foretakssammenslutninger ”ikke [må] gjennomføres” før Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken, jf. krrl. § 19. I henhold til NOU 2003:12 ville det være vanskelig og uheldig å angi konkret hvilke tiltak som omfattes av gjennomføringsforbudet og gjennomføringsforbudet burde derfor omfatte gjennomføring av foretakssammenslutningen generelt.⁵² En liste i loven over alle handlinger som rammes av forbudet ville etter departementets syn være en lite fleksibel løsning, samt være ”vanskelig å utforme og vanskelig å håndheve”.⁵³ I følge Konkurransetilsynets tolkning av ordlyden i § 19 omfattes ”ethvert gjennomføringstiltak”.⁵⁴ Denne tolkningen gir liten veiledning for næringslivet på hva som utgjør et *gjennomføringstiltak*.

Som uttalt i forarbeidene til den norske konkurranseloven fører den sparsomme rettskildesituasjonen i EU/EØS til at man er henvist til ”noe friere betraktninger om forbudsnormens innhold”.⁵⁵ Dette innebærer at også formålsbetraktninger vil være relevant i vurderingen av gjennomføringsforbudets innhold.⁵⁶ Formålet med gjennomføringsforbudet er å sikre en effektiv og reell forhåndskontroll med foretakssammenslutninger.⁵⁷ Tiltak som hindrer dette vil derfor kunne være forbudt. Partene må avstå fra tiltak som ”kan forhindre en effektiv gjen-

⁵¹ Konkurransetilsynet (2008) s. 2. Listen er ikke uttømmende, men gir viss veiledning for vurderingen av regelens innhold, og anvendes i stor grad av Konkurransetilsynet i sin håndhevelse av regelen.

⁵² NOU 2003:12 s. 104.

⁵³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), 97.

⁵⁴ V2013-11 *Allkopi Service AS*, avsnitt 20.

⁵⁵ NOU 2003:12 s. 104.

⁵⁶ NOU 2003:12 s. 104.

⁵⁷ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 87.

nomføring av et eventuelt inngrep”.⁵⁸ Dette vil blant annet være tiltak som forringer foretakets markedsposisjon eller markedsverdi.

Et viktig moment i vurderingen av hva som omfattes av gjennomføringsforbudet er, i følge forarbeidene, at partene skal kunne ”opptre som selvstendige enheter under saksbehandlingen og etter et eventuelt inngrep”.⁵⁹ Tiltak som medfører at opptrer eller fremstår som en samlet enhet vil derfor være forbudt. På den andre siden vil tiltak som letter gjennomføringen av foretakssammenslutningen, der partene fremdeles er selvstendige enheter, være tillatt.⁶⁰

Siden det ikke tidligere hadde vært et automatisk gjennomføringsforbud i norsk rett anbefalte utvalget i forarbeidene at innholdet i gjennomføringsforbudet skulle være det samme som i EUs fusjonsforordning artikkel 7. De mente derfor at den norske regelen måtte tolkes i lys av rettspraksis om gjennomføringsforbudet fra EU/EØS.⁶¹ Det foreligger lite praksis fra EU/EØS som omtaler gjennomføringsforbudets innhold, og vurderinger om gjennomføringsforbudets innhold tas sjelden opp av Kommisjonen, men blir heller løst gjennom uformelle samtaler mellom de aktuelle foretakene og Kommisjonen.⁶²

Til nå har det som nevnt tidligere vært tre saker for Kommisjonen om brudd på gjennomføringsforbudet; *Samsung, A.P. Møller og Electrabel*. Utgangspunktet for vurderingen slik det fremgår av disse sakene er at det ikke er tillatt med overføring av kontroll under tiden gjennomføringsforbudet varer. Dette trenger ikke nødvendigvis innebære at man sitter med over 50 % av eierrettighetene.⁶³

Overtakelse av enekontroll i målselskapet er nærmere av drøftet av Kommisjonen i *Samsung*. Saken gjaldt brudd på gjennomføringsforbudet under den gamle forordningens artikkel 7 (1) No. 4064/89 i forbindelse med Samsung Electronics Co., Ltds (Samsung) overtakelse av kontroll over AST Research, Inc. (AST). Samsung meldte av eget initiativ inn foretakssammen-

⁵⁸ Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) s. 9 flg. jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 97.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 97.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 97.

⁶¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 93.

⁶² NOU 2003:12 s. 104.

⁶³ Sak IV/M.920 - *Samsung/AST*, premiss 7-8

slutningen 16. april 1997, og innleverte fullstendig melding 28. april 1997. Det ble likevel konkludert av Kommisjonen at Samsung hadde hatt *de facto* kontroll over AST fra senest januar 1996 og dermed hadde gjennomført foretakssammenslutningen i strid med gjennomføringsforbudet.⁶⁴

Lignende vurdering av når brudd på gjennomføringsforbudet konstateres ser man i Kommisjonens sak mot Electrabel.⁶⁵ I den saken gikk Electrabel i 2003 fra å ha 17.68% av aksjene og 16.88% stemmeretten til 49.95% av aksjene og 47.95% av stemmerett. Selv om dette var under 50 % av eierrettighetene kom Kommisjonen til at Electrabel *de facto* hadde mulighet til å utøve enekontroll over Compagnie nationale du Rhône. Vedtaket ble anket til førsteinstansretten i sak T-332/09. Retten opprettholdt Kommisjonens vedtak og påpekte i forbindelse med erverv av minoritetsposter som kan lede til en *de facto* overtakelse av kontroll

*Indeed, point 14 of the Notice on the concept of concentration states that sole control may be acquired with a 'qualified minority', which may be established by the circumstances of law or of fact. As regards de facto sole control exercised by a minority shareholder, that notice states at point 14 that such a situation arises, for example, where the shareholder is highly likely to achieve a majority at the general meeting because the remaining shareholders are widely dispersed [...] Where, on the basis of the number of shareholders attending the shareholders' meeting, a minority shareholder has a stable majority of the votes at this meeting, then the minority shareholder in question is taken to have sole control of the undertaking.*⁶⁶

Slik denne uttalelse viser er det tilstrekkelig for å konstituere brudd på gjennomføringsforbudet at det gjennomføres tiltak som innebærer en *faktisk* overføring av kontroll. Det trenger ikke nødvendigvis har blitt utøvet kontroll over foretaket for at gjennomføringsforbudet skal være brutt, det er tilstrekkelig at det foreligger en mulighet til å utøve kontroll. Ettersom innholdet i gjennomføringsforbudet etter norsk rett skal være likt som i EU, må utgangspunktet være at overtakelse av *de facto* kontroll ikke er tillatt under gjennomføringsforbudet.

⁶⁴ Sak IV/M.920 - *Samsung/AST*, premiss 7-8.

⁶⁵ COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, premiss 165-171 og 174.

⁶⁶ Sak T-332/09 *Electrabel mot Kommisjonen*, premiss 47.

3.3 Forberedende handlinger

Forberedende handlinger vil omfatte planlegging og forberedelser i forbindelse med en foretakssammenslutning som foretas både før og etter melding er sendt inn til Konkurransetilsynet. Forarbeidene nevner som eksempler på slike handlinger ”at foretakene inngår finansieringsavtaler, innhenter samtykke fra aksjeeiere, lager fortegnelser over eierandeler, forbereder finansiering eller forbereder oppsigelser og nyansettelser.”⁶⁷

Partene må under gjennomføringsforbudet avstå fra å foreta forberedende handlinger som vil hindre effektiv fusjonskontroll.⁶⁸ Forberedende handlinger har blitt tillatt ettersom disse ikke krever noen form for reverserende handling dersom foretakssammenslutningen ikke skulle godkjennes, og således ikke hindrer en effektiv fusjonskontroll.⁶⁹

Det vil altså ikke være i strid med gjennomføringsforbudet å forberede de gjennomføringstiltak som blir nødvendige å foreta dersom foretakssammenslutningen blir godkjent. Dette er tiltak som er med på å ”lette gjennomføringen av sammenslutningen” Grensen vil her trekkes ved handlinger som går lenger enn stadiet for forberedelser og der partene ikke lenger opptrer uavhengige av hverandre.

Forberedende tiltak som er med på å lette gjennomføringen av sammenslutningen er kun tillatt såfremt partene opptrer som ”selvstendige enheter”.⁷⁰ Det er i forarbeidene trukket en grense ved samordning av strategiske planer og lignende der partene ikke lenger opptrer som selvstendige enheter.⁷¹ Et spørsmål er derfor om selskapsgjennomganger, såkalte *due diligence*, vil være tillatte forberedende handlinger, eller om disse svekker partenes uavhengighet. Informasjonsutveksling vil ofte være nødvendige for at partene skal kunne sikre seg tilstrekkelig kunnskap til å kunne vurdere om de vil gjennomføre foretakssammenslutningen. Likevel kan slik utveksling av informasjon vanskelig reverseres dersom foretakssammenslut-

⁶⁷ NOU 2003:12 s. 105.

⁶⁸ Ot.prop. nr 6 (2003-2004) s. 97.

⁶⁹ NOU 2003:12 s. 105.

⁷⁰ Ot.prop. nr 6 (2003-2004) s. 97.

⁷¹ Ot.prop. nr 6 (2003-2004) s. 97.

ningen ikke skulle godkjennes. Et problem vil derfor oppstå der en due diligence innebærer utveksling av konfidensiell informasjon som kan ”påvirke de involverte foretaks status som uavhengige av hverandre”.⁷² Dette vil bli behandlet nærmere under punkt 3.8.

3.4 Utveksling av ytelser

Utveksling av ytelser er et av eksemplene i forarbeidene på handlinger som vil utgjøre et brudd på gjennomføringsforbudet. I følge forarbeidene vil enhver overføring av aktiva, immaterialrettigheter og knowhow omfattes av gjennomføringsforbudet.⁷³ Dette er tiltak som kan føre til at partene ikke lenger opptrer som selvstendige enheter. Tiltak som fører til at partene ikke lenger opptrer som selvstendige enheter må forbys ettersom disse hindrer Konkurransetilsynets kontroll med foretakssammenslutninger.

Det kan spørres om alle former for ”utveksling av ytelser” vil påvirke partenes status som selvstendige enheter og vanskeliggjøre Konkurransetilsynets fusjonskontroll. Dersom utvekslingen av ytelser er ensidig, vil ikke denne nødvendigvis føre til at partene opptrer som en fusjonert enhet. Videre vil ensidig utveksling av ytelser i en del tilfeller enkelt kunne reverse-res, dersom denne for eksempel består i overføring av betalingssummen. På dette området syntes gjennomføringsforbudets innhold å gå lenger enn nødvendig for å sikre en effektiv fusjonskontroll.

Et vanlig eksempel på utveksling av ytelser er oppgjør for og overlevering av aksjene i forbindelse med aksjeerverv.⁷⁴ Ved kjøp av aksjer vil det være visse rettigheter knyttet til aksjen. Utøvelse av aksjonærrettigheter medfører normalt en utøvelse av kontroll over målselskapet, for eksempel ved utøvelse av stemmerett på målselskapets generalforsamling.⁷⁵ Slik utøvelse av aksjonærrettigheter innebærer at partene ikke lenger opptrer som selvstendige enheter. Følgelig må erverver avstå fra å utøve aksjonærrettigheter som medfører en utøvelse av kon-

⁷² NOU 2003:12 s. 105.

⁷³ Ot.prop. nr 6 (2003-2004) s. 97.

⁷⁴ V2013-11 *Allkopi Service Point AS*, avsnitt 23.

⁷⁵ Se asl. § 5-3/asal. § 5-4.

troll over målselskapet i perioden gjennomføringsforbudet varer.⁷⁶ Likevel trenger ikke overføring av aksjer å innebære en gjennomføring av foretakssammenslutningen dersom ikke stemmeretten knyttet til disse aksjene utøves.

Det kan derfor spørres om det er et krav at overtakelse av aksjer skal føre til faktisk utøvelse av kontroll eller endringer i driften i målselskapet for å være i strid med gjennomføringsforbudet. Problemstillingen ble drøftet i Konkurransetilsynets vedtak V2012-12 vedrørende foretakssammenslutningen mellom Lyse Energi AS (Lyse Energi) og Skagerak Fibernet AS (Skagerak Fibernet). Lyse Energi overtok 66 prosent av aksjene i Skagerak Fibernet og overførte vederlag for disse over fem måneder før foretakssammenslutningen ble meldt til Konkurransetilsynet. Lyse Energi gikk 1. januar 2011 fra felleskontroll til enekontroll i Skagerak Fibernet, men driften av Skagerak Fibernet forble uendret.⁷⁷ Konkurransetilsynet kom til at det ved utveksling av ytelser i form av overdragelse av og betaling for aksjene objektiv sett hadde skjedd en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.⁷⁸ Dette viser at det ikke er nødvendig at det faktisk utøves kontroll over målselskapet for at brudd på gjennomføringsforbudet skal konstateres.

Etter forarbeidene og Konkurransetilsynets praksis er det altså ikke tillatt å utveksle ytelser før foretakssammenslutningen er godkjent av Konkurransetilsynet. Det kan argumenteres for at siden det ikke utøves noen kontroll over selskapet ved at det utveksles ytelser, vil dette heller ikke hindre at effektiv fusjonskontroll kan foretas. Utveksling av ytelser er enkelt reversibelt, noe som taler for at det ikke vil hindre en effektiv fusjonskontroll. Tiltaket vil derfor ikke direkte være i strid med formålet bak gjennomføringsforbudet. Hvorvidt utveksling av ytelser bør være forbudt under gjennomføringsforbudet kan derfor diskuteres. Dette ble blant annet drøftet i kommentarutgaven til den tidligere svenske konkurranseloven.⁷⁹

Enligt vår mening kan det diskuteras huruvida utväxlade av prestationerna i sig kan anses stå i strid med fullföljdsförbudet. Mot bakgrund av syftet med bestämmelsen

⁷⁶ For en nærmere gjennomgang av utøvelse av aksjonærrettigheter under gjennomføringsforbudet vises det til Larsen (2003) kapittel 4.

⁷⁷ V2012-12 *Lyse Energi AS*, avsnitt 12.

⁷⁸ Se også V2011-13 *Mulitconsult AS*, avsnitt 42.

⁷⁹ Konkurrenslag (1993:20). Gjennomføringsforbudet er nå hjemlet i Konkurrenslag (2008:579) kap 4 § 17.

borde det snarare vara de eventuella åtgärder som förvärvaren kan tänkas vidta när han har fått rådighet över förvärvsobjektet som er föremålet för fullföljdsförbudet.⁸⁰

Wetter konkluderer likevel med at ordlyden i gjennomføringsforbudet talte for at også utveksling av ytelser ble rammet.⁸¹ Dette synspunktet kan støttes ettersom utveksling av ytelser øker *risikoen* for å kunne utøve kontroll ved at man har ervervet aksjene. Dette kan være en av grunnene til at utveksling av ytelser vil være i strid med gjennomføringsforbudet. Som foreslått av Larsen ville det kunne vært hensiktsmessig å avgrense forbudet til å gjelde ”de tiltak erververen kan tenkes å utføre når han får rådighet over objektet”.⁸² Videre vil det kunne fremstå utad som at foretakssammenslutningen er gjennomført dersom aksjer er overtatt og det er ytet vederlag for disse.

I vedtak V2012-15 hadde Veidekke Entreprenør AS (Veidekke) fått overført eiendomsretten til aksjene i Entreprenør M. Kristiseter AS. Konkurransetilsynet mente dette førte til at partene i foretakssammenslutningen ”fremstod som en del av samme konsern utad”.⁸³ Dette er etter min mening en streng vurdering ettersom partene ikke hadde foretatt andre tiltak som førte til integrasjon av foretakssammenslutningen. Veidekket hevdet at innbetalingen av kjøpesum til oppgjørsagent kun var et forberedende tiltak og ikke et integrasjonstiltak. Konkurransetilsynet var ikke enig i dette, og uttalte at overføringen til oppgjørskontoen måtte ses i sammenheng med inntegningen i aksjeeierboken.

Lignende hadde YIT AS (YIT) i vedtak V2011-14 i henhold til aksjekjøpsavtale 11.mai 2010 overtatt samtlige aksjer i Haug og Ruud AS. Oppgjør for aksjene ble foretatt dagen etter at aksjene ble overtatt. YIT anførte at det ikke var foretatt noen fysiske integrasjonstiltak eller endring av driften i målselskapet, og at målselskapet således besto som et selvstendig, heleid datterselskap under perioden for gjennomføringsforbudet.⁸⁴ Konkurransetilsynet gikk ikke

⁸⁰ Wetter (1999) s. 544-545, note 283.

⁸¹ Ordlyd i tidligere konkurransslag (1993:20) § 38 (2) var ”inte vidta någon åtgärd för att fullfölja förvärvet”. Etter konkurransslag (2008:579) kap 4 § 17 er den ”[ikke] vidta någon åtgärd för att fullfölja koncentrationen”.

⁸² Larsen (2003) s. 57.

⁸³ V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 24.

⁸⁴ V2011-14, *YIT AS*, avsnitt 7.

nærmere inn på disse anførselene, men slo fast at overføringen av aksjene og vederlaget for disse utgjorde en utveksling av ytelser, som var i strid med gjennomføringsforbudet.⁸⁵

Oppsummeringsvis viser disse vedtakene at Konkurransetilsynet trekker vurderingen av hva som gjør at partene fremstår som en samlet enhet langt. Selv om det eneste gjennomføringstiltaket som er foretatt er en overføring av aksjer, og det ikke er utøvet stemmerett knyttet til disse og dermed ingen utøvelse av kontroll over foretaket, velger Konkurransetilsynet å fokusere på at risikoen for at dette kan gjøres er større når aksjene er overført, og at det derfor innebærer et gjennomføringstiltak i strid med § 19. Etter min mening er dette noe strengt etter som en overføring av både kjøpesum og aksjer er forholdsvis enkelt reversibelt og dermed ikke hindrer senere inngrep om Konkurransetilsynet skulle komme til at foretakssammenslutningen må forbys etter krrl. § 16.

3.5 Fysisk integrasjon

Fysisk integrasjon vil særlig være aktuelt ved typiske fusjoner der selskapene fysisk skal slå sammen til å bli ett gjennom blant annet overføring av ansatte og endringer av lokaler. Forarbeidene viser til eksempler som at ”enheter legges ned eller nye opprettes, personellforflytninger, omstrukturering av selskaper o.l.”.⁸⁶ Integrasjonsvedtak som endring av selskapets innmat, lokaler, ansatte og eksterne avtaler er mest aktuelt ved tradisjonelle fusjoner.⁸⁷ Ved aksjeerverv vil det i hovedsak være forhold knyttet til utøvelsen av aksjonærrettighetene som kan skape problemer under gjennomføringsforbudet.⁸⁸

Fysisk integrasjon vil ofte føre til at partene fremstår som en fusjonert enhet, og er således i kjernen av gjennomføringsforbudet. Integrasjonstiltak vil kunne være vanskelig å reversere, og vil således hindre oppfyllelse av formålet med gjennomføringsforbudet i § 19. Fysisk integrasjon er derfor i kjernen av gjennomføringsforbudet. Ved at partene foretar fysiske integrasjonstiltak vil de kunne fremstå som en fusjonert enhet. I tilfeller der den fysiske integrasjonen medfører at den tidligere selvstendige enhet ikke lenger kan gjenopprettes ved eventuelt

⁸⁵ V2011-14, *YIT AS*, avsnitt 24.

⁸⁶ NOU 2003:12 s.105.

⁸⁷ Larsen (2003) 119.

⁸⁸ NOU 2003:12 s. 103.

inngrep, vil effektivitet av Konkurransetilsynets kontroll med foretakssammenslutninger svekkes.⁸⁹

Et eksempel på fysisk integrasjon som førte til brudd på gjennomføringsforbudet er vedtak V2011-15 som gjelder foretakssammenslutningen mellom Plantasjen Norge AS (Plantasjen) og Mandal Hagesenter AS (Mandal Hagesenter). Mandal Hagesenter stengte lokalene i en periode, slik at disse fysisk kunne tilpasses Plantasjens konsept. Det er ikke utdypet i vedtaket hva som konkret ble gjort i forbindelse med tilpasningen av konsepter, men fysisk tilpassing av lokaler vil blant annet kunne innebære endringer i selskapets profil og utseende. Etter Konkurransetilsynets vurdering var endringene i Mandal Hagesenters lokale for å tilpasse seg Plantasjens konsept et tiltak som førte til at ”partene påbegynte fysisk integrasjon”.⁹⁰ Det ble uttalt at ”fysisk integrasjon vil ofte være vanskelig å reversere, noe som vanskeliggjør Konkurransetilsynets kontroll med foretakssammenslutningen”.⁹¹ Slike tiltak svekker partenes muligheter til å opptre som selvstendige enheter og blir derfor ansett som grove brudd på gjennomføringsforbudet.⁹²

En annen form for fysisk integrasjon vil være endringer i styresammensetningen. Dette kan illustreres ved Konkurransetilsynets vedtak V2011-16 om foretakssammenslutningen mellom Pareto AS (Pareto) og Factor Insurance Group AS (Factor). Det ble avholdt ekstraordinær generalforsamling i Factor der det ble truffet beslutninger om endring av styrets sammensetning, navneendring og beslutning om innfusjonering av fondet Reiten i Factor.⁹³ Konkurransetilsynet kom i denne saken til at endringen i styresammensetningen utgjorde et brudd på gjennomføringsforbudet. Lignende kom Konkurransetilsynet i V2012-14 *Valora Holding Norway AS* til at endringer i styresammensetningen foretatt før innsendt melding medførte et brudd på gjennomføringsforbudet. Endringer i styresammensetning er følgelig en iverksettelse av integrasjonsprosessen i strid med krrl. § 19.

⁸⁹ Ot.prp. nr 6 (2003-2004) s. 91 og *Norsk konkurranserett Bind I* (2007) s. 692.

⁹⁰ V2011-15 *Plantasjen Norge AS*, avsnitt 38.

⁹¹ V2011-15, *Plantasjen Norge AS* avsnitt 38

⁹² V2011-15 *Plantasjen Norge AS*, avsnitt 59.

⁹³ V2011-16 *Pareto AS*, avsnitt 25.

Som gjennomgangen av praksis viser er Konkurransetilsynet strenge i sin anvendelse av gjennomføringsforbudet der det har skjedd fysiske integrasjonstiltak. Reorganisering og restrukturering av foretakene for å tilpasse seg målselskapet vil ikke være ikke tillatt. Dette vil raskt kunne føre til irreversible tiltak. Det vil likevel variere fra tiltak til tiltak hvor mye de vil vanskeliggjøre senere inngrep. Restrukturering av i form av utskifting av styremedlemmer vil være et tiltak som vanskelig kan reverseres og som har igangsatt integreringsprosessen. Oppussing i form av malte lokaler kan derimot reverseres, og bør derfor ikke bli slått like hardt ned på. Likevel synes ikke Konkurransetilsynet å skille mellom de ulike grader av fysisk integrasjon i praksis.

Oppsummeringsvis vil altså fysiske integrasjonstiltak ofte kunne hindre formålet med gjennomføringsforbudet, nemlig å sikre at Konkurransetilsynet kan føre en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger før de gjennomføres. Gjennomføringsforbudet skal hindre at det iverksettes irreversible integreringstiltak som vanskeliggjør Konkurransetilsynets forhåndskontroll med foretakssammenslutninger. Fysiske integrasjonstiltak er derfor i kjernen av hva som er ulovlig under tiden gjennomføringsforbudet varer.

3.6 Drifts- og markedsmessig samordning

Andre tiltak som kan føre til at partene ikke lenger fremstår som selvstendige enheter utad er de som innebærer en drifts- og markedsmessig samordning. Dette vil for eksempel omfatte samordning av økonomiske- og IT-systemer, markedsføring av målselskapet på partenes nettsider, produksjon av felles markedsføringsmateriale og endring av logo og lignende der firmaets navn fremkommer. Utgangspunktet for vurderingen av hvilke tiltak som er forbudt under gjennomføringsforbudet er som nevnt om partene ”opptre[r] som selvstendige enheter” og avstår fra å gjennomføre tiltak som vil hindre effektiv kontroll.⁹⁴

Konkurransetilsynets vedtak V2012-14 *Valora Holding Norway AS* er illustrerende. Der hadde det skjedd en driftsmessig samordning i form av samordning av økonomisystemer mellom EMH og Valora Norway. Det følger av vedtaket at EMHs økonomisystem ble tilpasset øko-

⁹⁴ Ot.prop. nr 6 (2003-2004) s. 97.

nomisystemet til Valora Norway, men det er ikke presisert hva dette nærmere gikk ut på. Virksomhetene hadde videre blitt underlagt felles revisjon hos revisjonsfirmaet Ernst & Young, og EMH var blitt markedsført på Valora Holdings nettsider. Slike tiltak fører til en samordning av virksomhetene som hindrer partene i å opptre som selvstendige enheter. Forarbeidene presiserer at selvstendighetsmomentet er viktig i vurderingen av om det har skjedd et brudd på gjennomføringsforbudet, og samordning av økonomisystemer og revisjon vil derfor være i strid med krrl. § 19 første ledd.

Liknende hadde det i forbindelse med fusjonen mellom Steenstrup Stordrange DA og DLA Piper Bergen skjedd en drifts- og markedsmessig samordning av foretakene under den tiden gjennomføringsforbudet varte. For det første hadde en advokat i Steenstrup Stordrange bistått DLA Piper Bergen i enkeltsaker i ca. 50 timer. Partene anførte at dette ikke var et tiltak som i art eller omfang utgjorde fysisk integrasjon som ville ”bidra til en irreversibel gjennomføring av fusjonen”.⁹⁵ Konkurransetilsynet var her strenge i sin vurdering og kom til at slik bistand i form av deling av fagkompetanse og kunnskap var i strid med gjennomføringsforbudet.⁹⁶ Kompetansedeling ble ansett som et tiltak som fører til en igangsettelse av integrasjonsprosessen og som dermed hindrer partene i å opptre som selvstendige enheter. Dette vil være et brudd på gjennomføringsforbudet ettersom samordningen fører til at foretakssammenslutningen gjennomføres før Konkurransetilsynet har vurdert den.

Videre hadde Steenstrup Stordrange levert administrative funksjoner, som IT-support og informasjonssystemer i form av Lovdata, Rettsdata og lignende til DLA Piper Bergen. Partene gjorde forgjeves gjeldende at disse tiltakene ikke utgjorde brudd på gjennomføringsforbudet i det de var reversible og ikke medførte at DLA Piper Bergen fikk tilgang til selskapsspesifikk informasjon. Konkurransetilsynet kom til at tiltakene førte til at partene hadde ”iverksatt integrasjonen av sine virksomheter”.⁹⁷ Tilsynet var her streng i sin vurdering og tok ikke hensyn til at DLA Piper Bergen hadde akutt behov for administrativ support. Det ble uttalt at partene hadde anledning til å levere alminnelig melding på et tidligere tidspunkt, og at det derfor ikke forelå noen unnskyldelige forhold for brudd på gjennomføringsforbudet.

⁹⁵ Vedtak V2009-18, *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA*, avsnitt 32.

⁹⁶ Vedtak V2009-18, *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA*, avsnitt 33.

⁹⁷ Vedtak V2009-18, *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA*, avsnitt 29.

Etter min mening er Konkurransetilsynets vurdering av hva som utgjør et brudd på gjennomføringsforbudet kan sies å være noe streng her. Leveringen av administrative funksjoner innebærer ingen utøvelse av kontroll over målselskapet og et er tiltak som kan reverseres. Konkurransetilsynet mente likevel at dette var tiltak som førte til en fysisk integrasjon av virksomhetene. I slike tilfeller ser man skillet mellom hva som utgjør et brudd på gjennomføringsforbudet etter norsk rett og etter EU-retten. I sistnevnte er det som nevnt foran et spørsmål om når erverver har overtatt faktisk kontroll over foretaket. Slike tiltak er etter mitt skjønn vanskeligere å reversere enn levering av administrative funksjoner.

Steenstrup Stordrange-saken viser også et eksempel på samordning av markedsføring gjennom endring av materiale der foretaksnavn kommuniseres utad. DLA Piper Bergen hadde, mens det forelå et gjennomføringsforbud, vært markedsført under ”Steenstrup Stordrange”, herunder benyttet navnet ”på brevark, e-post, ved besvarelse av telefoner [og] på dørskilt ved inngang til kontorer”.⁹⁸ Navnet var dermed markedsført i sammenhenger hvor foretaksnavn kommuniseres utad og partene var således ”markedsført som en fusjonert enhet”.⁹⁹ Markedsføringen hadde gått lenger enn å informere om transaksjonen, og partene fremsto derfor utad som om de hadde integrert virksomheten sin. Konkurransetilsynet understreket at markedsmessig samordning ”vil kunne innebære at de involverte foretak mister sin selvstendige stilling”.¹⁰⁰ Konkurransetilsynet kom til at markedsføringstiltakene utgjorde brudd på gjennomføringsforbudet. Slike tiltak er egnet til å vanskeliggjøre en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger og Konkurransetilsynet uttalte at de ”generelt [ser] alvorlig på slik samordning av virksomhetene i strid med gjennomføringsforbudet”. Følgelig vil markedsføring som går lenger enn å informere om foretakssammenslutningen bli ansett som en markedsmessig samordning som iverksetter integrasjonsprosessen, og således utgjøre et brudd på gjennomføringsforbudet.

Et annet eksempel fra praksis der spørsmålet om en markedsmessig samordning førte til brudd på gjennomføringsforbudet var i V2011-16 *Pareto AS*. Der hadde det oppkjøpte selska-

⁹⁸ V2009-18 *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA*, avsnitt 9.

⁹⁹ V2009-18 *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA*, avsnitt 20.

¹⁰⁰ V2009-18 *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA*, avsnitt 21.

pet, Factor, blitt markedsført på Paretos nettsider i tiden før transaksjonen ble behandlet av Konkurransetilsynet. Factor fungerte også som et datterselskap for Pareto i samme perioden. Disse tiltakene førte etter Konkurransetilsynets mening til at foretakssammenslutningen var fullstendig gjennomført og medførte således et brudd på § 19 første ledd.¹⁰¹

Drifts- og markedsmessig samordning medfører en iverksettelse av integrasjonsprosessen. Slike tiltak kan vanskeliggjøre Konkurransetilsynets kontroll med foretakssammenslutninger. Særlig i forbindelse med markedsmessig samordning i form av endring av navn og felles markedsføring foregriper partene Konkurransetilsynets beslutning. De fremstår utad som en fusjonert enhet, noe som kan få forbrukere og konkurrenter til å tro det har skjedd en foretakssammenslutning. Dette er tiltak som vanskelig kan reverseres.¹⁰² Det vil derfor ikke være tillatt å samordne opptreden, ei heller å inngå avtaler om dette.¹⁰³

3.7 Utøvelse av eierbeføyelser

I hvilken grad en erverver kan utøve sine eierbeføyelser for øvrig ”må vurderes konkret” i følge forarbeidene.¹⁰⁴ Dette innebærer at gjennomføringsforbudets innhold her kan variere fra sak til sak. Et viktig moment er likevel, som tidligere nevnt, at partene må opptre som selvstendige enheter og ikke utøve eierbeføyelser slik at fusjonskontrollens effektivitet hindres. Det ble uttalt i forarbeidene at gjennomføringsforbudet vil være til hinder for rettighetsutøvelsen der ”utøvelsen av rettigheten samtidig innebærer utøvelse av kontroll over virksomheten”.¹⁰⁵

Forbudet mot utøvelse av eierbeføyelser som samtidig innebærer utøvelse av kontroll over virksomheten samsvarer med innholdet i gjennomføringsforbudet slik det fremgår av EU-praksis. Som vist over, hindrer gjennomføringsforbudet etter EU-praksis overtakelse av faktisk kontroll over foretaket er overtatt. Dette kan være fra det er overtatt 30-40 % av aksjene, alt avhengig av fordelingen av aksjeandelene i selskapet, oppmøtet på generalforsamlingen og

¹⁰¹ V2011-16 *Pareto AS*, avsnitt 42.

¹⁰² V2011-16 *Pareto AS*, avsnitt 43.

¹⁰³ Larsen (2003) s. 65.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 97.

¹⁰⁵ NOU 2003: 12 s. 105.

styrkeforholdet mellom aksjonærene. Det trenger ikke har skjedd en utøvelse av kontroll, det er tilstrekkelig at det foreligger en *mulighet* for å utøve kontroll over målselskapet. Anvendt på norsk rett innebærer dette at utøvelse av eierbeføyelser som medfører en utøvelse av kontroll over foretaket vil ikke være tillatt.¹⁰⁶

Ved overtakelse av aksjer får erverver mulighet til å utøve de ulike rettigheter som er knyttet til den enkelte aksje. Hva de ulike rettigheter er følger av enkeltbestemmelsene i aksjeloven.¹⁰⁷ Rettighetene er delt inn i to områder; organisatoriske rettigheter, som stemmerett og andre rettigheter på generalforsamlingen, og økonomiske rettigheter, rett til ”utbytte, kapitalnedsettelse, oppløsning eller innløsning”. I hvilken grad de ulike rettighetene kan utøves under gjennomføringsforbudet vil avhenge av i hvilken grad utøvelsen av eierbeføyelsen vil innebære en utøvelse av kontroll. Som påpekt i forarbeidene vil en konsekvens av dette være ”at utøvelse av stemmerett på selskapets generalforsamling for de nye aksjene ikke kan utøves i suspensjonsperioden, mens å motta utbytte normalt vil være tillatt”.¹⁰⁸

3.8 Informasjonsutveksling

Konkurransetilsynet har i praksis uttalt at informasjonsutveksling under gjennomføringsforbudet er ikke tillatt utover det som er ”legitimt og påkrevd som ledd i transaksjonen”.¹⁰⁹ Hva som utgjør ”legitimt” og ”påkrevd” informasjonsutveksling er likevel ikke presisert. Ser man Konkurransetilsynets praksis opp mot forarbeidene må det antas at utveksling av informasjon som kan påvirke partenes status som uavhengig av hverandre vil gå lenger enn hva som er ”legitimt” og ”påkrevd”.¹¹⁰

¹⁰⁶ For en fremstilling over utøvelse av aksjonærrettigheter under gjennomføringsforbudet se Larsen (2003) kapittel 4.

¹⁰⁷ Lov om aksjeselskaper (aksjeloven).

¹⁰⁸ NOU 2003: 12 s. 105.

¹⁰⁹ Konkurransetilsynet (2008) s. 2, V2012-14, *Valora Holding Norway AS*, avsnitt 27 og V2009-18 *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA*, avsnitt 18.

¹¹⁰ Kolstad (2007) s. 693.

En tolkning av ordlyden ”legitimt og påkrevd” tilsier at dersom partene etter informasjonsutvekslingen ikke skal besitte mer informasjon enn de normalt skulle hatt dersom foretakssammenslutningen viser seg å ikke bli godkjent. Grensen for hva tilsynet anser som lovlig informasjonsutveksling berøres i V2009-18 *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA*. Her ble oversending og gjennomgang av klientlister vurdert til å være legitime forberedelseshandlinger og ikke i strid med gjennomføringsforbudet.¹¹¹ Det kan argumenteres for at klientlister er noe av den mest konfidensielle informasjonen et advokatfirma besitter. Det er derfor betenkelig at dette var tillatt informasjonsutveksling etter Konkurransetilsynets syn. Etter mitt skjønn er det basert på den saken vanskelig å se hvor Konkurransetilsynet i praksis vil trekke grensen for når informasjonsutveksling ikke anses som ”legitim og nødvendig”.

Utveksling av informasjon kan vanskelig reverseres dersom foretakssammenslutningen ikke skulle godkjennes ettersom parten allerede har mottatt informasjonen og dermed ikke kan ”slette” denne fra sin hukommelse. Partene må derfor være oppmerksomme på at informasjonsutveksling før Konkurransetilsynet har avsluttet saksbehandlingen kan føre til brudd på gjennomføringsforbudet. Dette er likevel en vanskelig problemstilling i praksis, ettersom partene i forkant av en foretakssammenslutning gjerne ønsker mest mulig informasjon om målselskapet for å kunne vurdere om de ønsker å gjennomføre et oppkjøp eller en fusjon.

Informasjonsutveksling kan undertiden også rammes av samarbeidsforbudet i krrl. § 10. Særlig i de tilfeller der partene til en foretakssammenslutning er konkurrenter, reiser det seg spørsmål om § 10 vil kunne medføre begrensinger i partenes adgang til å samarbeide.

For at det skal foreligge ”samordnet opptreden” har EU-domstolen stilt opp kriterier om at det må 1) foreligge forhold som legger til rette for at det kan oppstå et samarbeid mellom konkurrentene, og 2) foreligge konsensus mellom partene om slik opptreden.¹¹² Det må altså foreligge en kontakt mellom partene for at opptreden skal kvalifisere som ”samordnet”.¹¹³ EU-

¹¹¹ V2009-18 *Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA*, avsnitt 24.

¹¹² Sak C-199/92 P, *Hüls AG mot Kommisjonen*, Sml.1999 s.I-4287, se Kolstad (2007) s. 232-233.

¹¹³ Kolstad (2007) 233.

domstolen slo fast i *Züchner Mot Bayerische Veriensbank* at ren informasjonsutveksling kan være tilstrekkelig til å oppfylle kravet til kontakt mellom partene.¹¹⁴

Ved vurderingen av hva slags informasjonsutveksling som rammes av forbudet, viser Kolstad til kriteriene oppstilt i *Suiker Unie* og skriver at § 10 er til hinder for utveksling der ”informasjonens formål er å fjerne naturlig usikkerhet om konkurrenters handlinger”.¹¹⁵ Informasjonsutveksling mellom konkurrenter som fjerner et vesentlig usikkerhetsmoment vil derfor rammes av kartellforbudet.¹¹⁶ Partene er da enige om å opptre på en viss måte i markedet for å oppnå økonomiske fordeler.¹¹⁷

Partene til en foretakssammenslutning kan av denne grunn ikke utveksle informasjon om gjeldende eller fremtidige priser, rabattordninger, strategiske beslutninger og annen informasjon om fremtidig adferd. Dette er fordi slik informasjon vil fjerne et vesentlig usikkerhetsmoment og føre til at konkurrenter kan tilpasse sin markedsadferd basert på slik informasjon. Hvor konkurranseskadelig informasjonsutvekslingen er vil avhenge av flere faktorer som informasjonens markedsrelevans, hvor hyppig den utveksles, hvorvidt den er aggregert og om det er snakk om historiske data eller fremtidig informasjon.¹¹⁸

Det er likevel, som nevnt, i mange tilfeller nødvendig å utveksle visse typer informasjon mellom partene for at de skal kunne ha tilstrekkelig kunnskap til å kunne vurdere om det er lønnsomt å gjennomføre sammenslutningen. Dette gjøres derfor i praksis nesten alltid en due diligence før en foretakssammenslutning. For å redusere risikoen for å foreta informasjonsutveksling i strid med krrl. §§ 10 eller 19, vil det være viktig å ikke utveksle mer informasjon enn det er som er nødvendig.¹¹⁹ Et alternativ vil også kunne være å la en tredjemann foreta infor-

¹¹⁴ Sak 172/80, *Züchner Mot Bayerische Veriensbank*, Sml. 1981 s.2021, premiss 21, se også *British Sugar plc m.fl. mot Kommisjonen*, sak C-359/01 P.

¹¹⁵ Kolstad (2007) s. 432.

¹¹⁶ Kolstad (2007) s. 434-435.

¹¹⁷ Kolstad (2007) s. 233.

¹¹⁸ Kolstad (2007) s. 436.

¹¹⁹ Konkurransetilsynet (2008) s. 2.

masjonsinnhenting og analysen. Dette vil ikke være i strid med noen av bestemmelsene ettersom den kun får anvendelse på utveksling av informasjon mellom partene.¹²⁰

3.9 Konklusjon

Gjennomgangen av uttalelsene i forarbeidene og Konkurransetilsynets praksis viser at innholdet i gjennomføringsforbudet ikke nødvendigvis er så forutberegnelig for næringslivet som det en kunne ønske. Det er i stor grad formålsbetraktninger som legges til grunn når det skal vurderes om et tiltak er i strid med gjennomføringsforbudet. Dette har i praksis ført til at forbudets innhold fremkommer gjennom en rekke enkelthandlinger som forbys gjennom vedtak fra Konkurransetilsynet, noe som ikke nødvendigvis skaper et klart bilde av som utgjør et gjennomføringstiltak.

Til sammenligning fremstår gjennomføringsforbudets innhold etter EU-retten noe klarere, ettersom det i praksis har rammet tiltak der det er overtatt de facto kontroll over målselskapet, og foretakssammenslutningen således er fullstendig gjennomført. I slike tilfeller er det klart at fusjonskontrollen blir hindret ettersom en fullstendig gjennomføring i form av overtakelse av kontroll over målselskapet er vanskelig å reversere. Vurderingen om et tiltak er omfattet av gjennomføringsforbudet i EU synes derfor å gjøres ut fra en vurdering om når kontroll er overtatt.

Det kan virke som gjennomføringsforbudets innhold etter norsk rett omfatter en rekke enkelttiltak som ikke nødvendigvis ville bli vurdert i strid med gjennomføringsforbudet i EU. Nå må det likevel presiseres at det i alle tre saker for Kommisjonen har skjedd en fullstendig gjennomføring av foretakssammenslutningen. Hvordan Kommisjonen ville vurdert delvise gjennomføringstiltak, slik som markedsmessig gjenstår derfor å se.

Gjennomføringsforbudet etter norsk rett strekker seg, som vist i dette kapittelet, langt og omfatter et hvert tiltak som innebærer en form for gjennomføring av foretakssammenslutningen, også de som enkelt vil kunne reverseres ved et senere inngrep fra Konkurransetilsynet, slik

¹²⁰ Kolstad (2007) s. 438.

som overføring av kjøpesum og oppussing av nye lokaler. Forbudet synes derfor i noen tilfeller å gå lenger enn hva som er nødvendig for å sikre en effektiv fusjonskontroll.

4 Unntak fra gjennomføringsforbudet

4.1 Innledning

Dette kapittelet behandler reglene om unntak fra gjennomføringsforbudet. Ettersom gjennomføringsforbudets innhold inntreer automatisk for meldepliktige foretakssammenslutninger og er såpass omfattende som drøftelsen i kapittel 3 viser, er det også nødvendig med en unntaksadgang. Det er gitt en adgang til individuelle unntak for å sikre at det i tilfeller der gjennomføring er nødvendig for å unngå konkurs eller lignende er gitt en mulighet for å søke om dette. Videre er det gitt et generelt unntak i forskrift for visse typer erverv av verdipapirer.¹²¹

Det skal i her først ses nærmere på den individuelle unntaksadgangen i § 19 annet ledd. Det skal undersøkes når det i praksis gis individuelle unntak og hvilke momenter som vektlegges. Deretter skal det redegjøres for hva som ligger i unntaksadgangen etter forskrift om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet for visse typer erverv av verdipapirer.

4.2 Individuelle unntak

4.2.1 Innledning

Ventetiden gjennomføringsforbudet medfører kan i praksis medføre problemer for foretak som har behov for en rask gjennomføring.¹²² Dette gjelder for eksempel foretak med alvorlige økonomiske tap som risikerer konkurs og nedleggelse av driften dersom ikke de fusjonerer med eller blir kjøpt opp av et annet foretak. Konkurransetilsynet er derfor gitt en adgang til å

¹²¹ Forskrift om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd for visse typer erverv av verdipapirer § 1.

¹²² Kolstad (2007) s. 659.

gi vedtak om helt eller delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i § 19 annet ledd. På denne måten ivaretas hensynet til individuelle tilpasninger under gjennomføringsforbudet.¹²³

Etter forarbeidene fremgår det at det kun er adgang for å gi unntak fra gjennomføringsforbudet når det kan påvises alvorlige konsekvenser for partene eller for samfunnet for øvrig som er en direkte konsekvens av gjennomføringsforbudet.¹²⁴ Unntaksadgangen er således ment å være snever. En problemstilling i dette kapitlet er derfor hva det i praksis søkes om unntak for å gjøre og hva Konkurransetilsynet vektlegger i sin vurdering av om unntak skal gis. Kapitlet tar først for seg vurderingen av hvilke konsekvenser for partene og samfunnet. Deretter undersøkes det konkret hvilke tiltak det i praksis innvilges unntak for.

4.2.2 Konsekvensene for partene og samfunnet for øvrig

Etter § 19 annet ledd har Konkurransetilsynet adgang til, ”etter søknad fra melderne”, å gi unntak fra det automatiske gjennomføringsforbudet i § 19 første ledd.¹²⁵ Det fremgår ikke av bestemmelsens ordlyd hva de nærmere vilkårene for unntak er eller hvilke momenter som skal vektlegges i vurderingen. Konkurransetilsynet er dermed gitt en stor skjønnsfrihet til å bestemme når delvis unntak fra gjennomføringsforbudet skal gis.

Bestemmelsen i § 19 annet ledd er ment å være en snever unntaksregel.¹²⁶ Det er derfor ikke tilstrekkelig grunn for unntak at en utsettelse av foretakssammenslutningen medfører en uønsket belastning for partene.¹²⁷ Unntak skal kun gis når en opprettholdelse av gjennomføringsforbudet fører til ”alvorlige konsekvenser for melder eller samfunnet for øvrig”.¹²⁸ Partene må også kunne vise at disse konsekvensene er en ”direkte følge” av gjennomføringsforbu-

¹²³ NOU 2003:12 s. 104.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 98.

¹²⁵ Etter tidligere § 19 annet ledd kunne Konkurransetilsynet gi unntak ”av eget tiltak”. Det var imidlertid lite tenkelig at Konkurransetilsynet av eget initiativ ga unntak fra gjennomføringsforbudet uten at det forelå en anmodning om dette fra partene. Ordlyden er derfor endret, men i praksis medfører den liten endring ved prosedyren for individuelle unntak.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 97-98 og 232.

¹²⁷ Prop.75 L (2012-2013) s. 148.

¹²⁸ Prop.75 L (2012-2013) s. 148.

det.¹²⁹ Det har til nå blitt fattet 34 vedtak om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet. Vedtakene er illustrerende for hvor terskelen ligger for å få innvilget en søknad om delvis unntak fra § 19.

Et eksempel som illustrer den høye terskelen for å få innvilget dispensasjon fra gjennomføringsforbudet er V2013-17 *Newco*, vedrørende Newco AS sitt erverv av virksomheten i Hellefoss AS og Vafos AS. Newco søkte om unntak fra gjennomføringsforbudet med den begrunnelse at umiddelbare tiltak måtte bli gjort for å unngå nedleggelse av virksomhet. Målselskapene slet kraftig økonomisk og konkursboene hadde sagt opp alle arbeidsavtaler. Dette gjorde behovet for å lage nye ansettelsesavtaler og fortsette produksjon og leveranser vital for å unngå tap av kunder og arbeidsplasser. Konkurransetilsynet innvilget et delvis unntak fra gjennomføringsforbudet og tillot de nevnte tiltak da de var ”nødvendig for å sikre videre drift av denne virksomheten”.¹³⁰

Lignende var tilfelle i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom Profitek Holding AS (Profotek) og OneCo Industrier AS (OneCo). Profitek var i en ”svært vanskelig økonomisk situasjon”.¹³¹ Dette førte til at ”eksisterende kontrakter ble kansellert, nye kontrakter og leveranser ikke [var] mulig og permittering [ble ansett] for å være unngåelig”.¹³² Det var nødvendig å holde driften av foretaket i gang for å unngå å måtte begjære oppbud eller bli begjært konkurs. Konkurransetilsynet kom derfor til at OneCo kunne overta aksjene i Profitek og foreta de tiltak som var ”nødvendige for å sikre videre drift av virksomheten”.

4.2.3 Hvilke type tiltak det innvilges unntak for

Vurderingstemaet er hvilke tiltak som har vært ansett som ”nødvendige for å sikre videre drift av virksomheten”, og som det vil kunne gis dispensasjon for. En gjennomgang av praksis viser at det søkes om unntak fra gjennomføringsforbudet i tilfeller der foretaket har så store økonomiske problemer og likviditetssituasjon er så anstrengt at foretaket er på randen til eller

¹²⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 98.

¹³⁰ V2013-17 *Newco AS*, avsnitt 7.

¹³¹ V2013-16 *OneCo Industrier AS*, avsnitt 3.

¹³² A2013-16 *OneCo Industrier AS*, avsnitt 3.

er begjært konkurs.¹³³ Det vil i slike tilfeller være nødvendig med snarlig overdragelse av aktiva og sikring av tilførsel av ny kapital slik at foretakene kan unngå ”betydelige økonomiske og samfunnsmessige tap, herunder tap av arbeidsplasser”.¹³⁴

Et eksempel der det ble søkt om dispensasjon fra gjennomføringsforbudet grunnet konkurs var i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom TeliaSonera AB og Ludo AS. Ludo ble begjært konkurs, men konkursbegjæringen var ikke behandlet av retten. TeliaSonera fikk innvilget unntak for å ”oppnå kontroll over kundebasen til Ludo, samt å få overført kundene” slik at videre drift kunne sikres og tap av kunder og arbeidsplasser unngås.¹³⁵

I forbindelse med foretakssammenslutningen mellom United Bakeries AS og Isklar AS var Isklar under konkursbehandling, og de var avhengig av å snarlig komme i gang med produksjonen av flaskevann for å kunne sikre sin videre virksomhet. Konkurransetilsynet kom her til at gjennomføringsforbudet ikke var tid hinder for at United Bakeries ”erhverver innmaten og virksomheten i konkursboene til, og virksomheten som lå i, selskapene av samme navn, samt foretar de tiltak som er nødvendige for å sikre videre drift av virksomheten”.¹³⁶

Som eksemplene viser varierer tiltakene det søkes unntak for, men det gjennomgående er at de innebærer en form for umiddelbar overtakelse av foretaket ved overtakelse av samtlige aksjer eller ved at erverver ”overtar driftsrelatert eiendeler, varelager og rettigheter fra konkursboet”.¹³⁷ Ved å få innvilget unntak for disse tiltakene kan foretakene unngå nedleggelse av virksomhet og tap av arbeidsplasser, samt tilføre likviditet for å kunne betale lønn til ansatte som ellers hadde blitt sagt opp.¹³⁸

Selv om det innvilges unntak fra gjennomføringsforbudet ønsker Konkurransetilsynet ikke å foregripe sin videre saksbehandling eller vurdering av om foretakssammenslutningen skal

¹³³ Se blant annet A2013-24 *Line AS* avsnitt 3, A2012-1 *Therma Marine AS*, avsnitt 3 og A2013-11 *Bioglan AS*, avsnitt 2.

¹³⁴ A2013-9 *Jotunfjell Partners AS*, avsnitt 2 og A2013-19 *Martin Rønning AS*, avsnitt 3.

¹³⁵ A2012-2, *TeliaSonera Norge AS*, avsnitt 3.

¹³⁶ A2012-8 *United Bakeries AS* avsnitt 7.

¹³⁷ A2013-16 *OneCo Industrier AS*, avsnitt 2 og 3 og A2011-50 *Hoteller*, avsnitt 2 og 3.

¹³⁸ A2013-24 *Line AS*, avsnitt 3 og A2013-11 *Bioglan AS*, avsnitt 3.

godkjennes. Det blir derfor presisert at det kun gis unntak for de tiltak som fremgår av vedtaket, og at det ”ikke innebærer at det er foretatt en vurdering av foretakssammenslutningen i henhold til bestemmelsene i konkurranseloven §§ 16 flg”.¹³⁹ Ut over de tillatte tiltak som blir konkret nevnt i et vedtak om delvis unntak etter § 19 annet ledd gjelder derfor gjennomføringsforbudet fullt ut.¹⁴⁰

4.3 Delvis unntak for visse typer erverv av verdipapirer

For å unngå konflikt med reglene for oppgjør ved oppkjøp av børsnoterte selskaper og plikter etter verdipapirhandelloven ble det i forskrift gjort et delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i § 19 for ”offentlige overtakelsestilbud og en serie transaksjoner i verdipapirer som omsettes på et regulert marked”.¹⁴¹ Det følger av merknad til forskriftens § 1 at formålet med forskriften er ”å gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet i de tilfeller hvor foretakssammenslutningen samtidig utløser tilbudsplikt eller skjer på bakgrunn av et frivillig tilbud etter verdipapirhandelloven”.¹⁴² Forskriften er en kodifisering av Konkurransetilsynets unntakspraksis for oppkjøp av børsnoterte.¹⁴³

Unntaket gjelder for det første for foretakssammenslutninger som skjer gjennom ”offentlig overtakelsestilbud”.¹⁴⁴ Et offentlig overtakelsestilbud foreligger når ”en person eller et selskap tilbyr å kjøpe alle aksjer i et målselskap”.¹⁴⁵ Tilbudsplikt inntreffer etter vphl. § 6-1 (1) dersom investoren «blir eier av aksjer som representerer mer enn 1/3 av stemmene». Tilbyderen vil da være pliktig til å gi tilbud om å kjøpe de øvrige aksjene. Tilbudet skal fremsettes senest fire uker etter at tilbudsplikten inntrådte.¹⁴⁶

¹³⁹ A2013-17 *Newco AS*, avsnitt 9.

¹⁴⁰ A2013-17 *Newco AS*, avsnitt 8.

¹⁴¹ Forskrift om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd for visse typer erverv av verdipapirer.

¹⁴² Det følger før merknadene at merknadene til forskriften ikke er bindende, men kun en veiledning som utdyper innholdet i forskriften.

¹⁴³ Aabø-Evensen (2011) s.1098

¹⁴⁴ Overtakelsestilbud er regulert i lov om verdipapirhandel (vphl.) kapittel 6.

¹⁴⁵ Larsen (2003) 29.

¹⁴⁶ Vphl. § 6-10

Videre gis det unntak for overtakelse av kontroll gjennom ”en serie transaksjoner i verdipapirer”. Dette alternativet vil få betydning der det gjennomføres en rekke transaksjoner som hver for seg ikke utløser meldeplikt. Unntaket kommer kun til anvendelse der det erverves kontroll ”fra forskjellige selgere”. Det vil si at det det erverves kontroll fra én selger gjelder gjennomføringsforbudet som vanlig.¹⁴⁷

Transaksjoner på et regulert marked krever ofte en rask gjennomføring for å sikre en effektiv kapitalregulering.¹⁴⁸ For transaksjoner i verdipapirer som omsettes på et regulert marked, slik som Oslo Børs, skal det etter Oslo Børs’ handelsregler gjennomføres oppgjør og levering for ervervede aksjer tre oppgjørsdager etter handelsdagen.¹⁴⁹ Vilkåret om gjennomføring innen tre oppgjørsdager etter handelsdagen innebærer dermed at transaksjonen må være fullført innen fire dager etter at handelen er gjort.¹⁵⁰ Dette strider i utgangspunktet mot gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19. Unntaket i forskriften sikrer derfor at det er mulig å utføre de plikter som verdipapirhandeloven krever uten at man samtidig bryter gjennomføringsforbudet.¹⁵¹

Unntaket blir snevret inn ved at det i forskriftens § 1 oppstilles to kumulative vilkår. Etter forskriftens § 1 bokstav a) skal foretakssammenslutningen meldes ”umiddelbart” til Konkurransetilsynet etter § 18. ”Umiddelbart” vil normalt være den dagen kontroll erverves eller ”så snart oppkjøpet er kjent”.¹⁵² I alle tilfeller må foretakssammenslutningen meldes inn til Konkurransetilsynet ”så snart det er praktisk og faktisk mulig å fremskaffe den informasjonen som meldingen skal inneholde”.¹⁵³ Videre skal erververe etter bokstav b ikke utøve stemmeretten knyttet til de aktuelle verdipapirene før foretakssammenslutningen er godkjent av Kon-

¹⁴⁷ Aabø-Evensen (2011) s.1098.

¹⁴⁸ Oppkjøp av børsnoterte selskap vil også ofte overstige terskelverdiene for meldeplikt og dermed være underlagt et gjennomføringsforbud, se Bugge (2011) s. 253.

¹⁴⁹ Oslo Børs’ handelsregler punkt 5.1.2 regel 5010.

¹⁵⁰ Aabø-Evensen (2011) s. 1097.

¹⁵¹ Se Konkurransetilsynet (2008) s. 4 der følger at ”særlige hensyn gjør seg gjeldende ved foretakssammenslutninger som gjelder noterte verdipapirer som tilsier raskt oppgjør”.

¹⁵² Merknad til forskriftens § 1.

¹⁵³ Merknad til forskriftens § 1.

kurransetilsynet. Utøvelse av stemmerett vil kunne innebære en utøvelse av kontroll over selskapet i strid med § 19 første ledd. Det er likevel gjort et unntak fra dette i samme bestemmelse dersom det er nødvendig for erverver å utøve stemmerett for å ”bevare den fulle verdi av sin investering”. Det må i slike tilfeller anmodes om unntak for dette etter § 19 annet ledd.

4.4 Konklusjon

Unntakene fra gjennomføringsforbudet av forskrift om offentlige overtakelsestilbud og en serie transaksjoner i verdipapirer som omsettes på et regulert marked, samt etter § 19 annet ledd. Konkurransetilsynet er som praksis viser strenge i sin vurdering fordi unntak fra gjennomføringsforbudet vil kunne hindre effektiv kontroll med foretakssammenslutninger. Unntak fra gjennomføringsforbudet vil derfor ikke gis dersom foretakssammenslutningen vil innebære negative konsekvenser for konkurransen.

I tråd med uttalelsene i Ot.prp. nr. 6 gis det i praksis individuelle unntak etter § 19 annet ledd fra gjennomføringsforbudet i tilfeller der en opprettholdelse av forbudet vil føre til alvorlige økonomiske konsekvenser for en av partene eller for samfunnet for øvrig. Dette vil særlig være tilfellet der et foretak er på randen til konkurs og vil risikere å måtte si opp ansatte, kontraktsforpliktelser og stanse den videre driften dersom det ikke gjennomføres visse gjennomføringstiltak raskt. Det gis kun unntak for tiltak ”som er nødvendige for å sikre den videre drift av denne virksomhet”.¹⁵⁴ Adgangen til å få unntak fra gjennomføringsforbudet er derfor snever.

¹⁵⁴ A2013-17 *Newco AS*, avsnitt 7.

5 Overtredelsesgebyr som sanksjonsmiddel ved brudd på gjennomføringsforbudet

5.1 Innledning

Hensynet til gjennomføringsforbudets effektivitet tilsier at overtredelser av gjennomføringsforbudet skal sanksjoneres.¹⁵⁵ Etter konkurranseloven kapittel 7 er det to sanksjoner som kan ilegges ved overtredelser av gjennomføringsforbudet; overtredelsesgebyr etter § 29 eller straff etter § 32. Videre kan det ilegges tvangsmulkt etter § 28 dersom det er fattet vedtak om brudd på gjennomføringsforbudet. Mulkten løper inntil forholdet er rettet, det vil si inntil gjennomføringstiltakene er reversert. Tvangsmulkt etter § 28 og straff etter § 32 har så langt aldri blitt benyttet for overtredelse av gjennomføringsforbudet.

Konkurransetilsynets sanksjonering av brudd på gjennomføringsforbudet har frem til nå vært illeggelse av overtredelsesgebyr. Alle de tre sakene for Kommisjonen om brudd på gjennomføringsforbudet har også blitt sanksjonert med administrative bøter. Det skal derfor i dette kapittelet analyseres hvordan brudd på forbudet sanksjoneres, her med fokus på overtredelsesgebyr etter krrl. § 29. En problemstilling i det følgende blir hva som er vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr som sanksjon ved brudd på gjennomføringsforbudet, samt hvordan utmålingen av overtredelsesgebyret blir gjort i praksis.

Kapittelet er strukturert slik at det først gis en kort oversikt over hva overtredelsesgebyret er i 5.2. Det skal deretter vurderes de objektive og subjektive vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr i 5.3 og 5.4, samt en vurdering av hvilke krav som stilles til bevisets styrke i 5.5. Deretter vil det i 5.6 foretas en analyse av momentene som vektlegges ved utmåling av overtredelsesgebyr og hvorvidt gebyrets størrelse har økt de siste årene. Avslutningsvis skal det i 5.7 kort vurderes når foreldelsesfristen inntreffer ved brudd på gjennomføringsforbudet.

¹⁵⁵ V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 35 og V2013-9 *EG A/S*, avsnitt 38.

5.2 Kort om overtredelsesgebyr etter § 29

Overtredelsesgebyr ble innført som supplement til straffereaksjonen i 2004 for ”å effektivisere håndhevingen av konkurranseloven”.¹⁵⁶ Etter krrl. § 29 første ledd kan et foretak eller en sammenslutning av foretak ilegges overtredelsesgebyr ”dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt” overtrer gjennomføringsforbudet. Konkurransetilsynet er gitt en diskresjonær kompetanse til å vedta overtredelsesgebyr, jf. ordlyden ”kan” i § 29 annet ledd. Konkurransetilsynet har betydelig skjønnsfrihet ved utmålingen av gebyret, som skal være på et nivå som er ”nødvendig for å sikre en effektiv håndheving av konkurranselovens regler om kontroll med foretakssammenslutninger”.¹⁵⁷

5.3 Objektive vilkår

Paragraf 29 oppstiller både objektive og subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på gjennomføringsforbudet i § 19. De objektive vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt når et gjennomføringstiltak er iverksatt. Som beskrevet i kapittel 3 vil dette i praksis ramme blant annet utveksling av ytelser, fysisk integrasjon, visse informasjonsutvekslinger og drifts- og markedsmessig samordning.¹⁵⁸

I V2012-15 uttalte Konkurransetilsynet at det ikke er av betydning at parten har avstått fra å gjennomføre en rekke handlinger på grunn av gjennomføringsforbudet, i det det er ”tilstrekkelig at skylden dekker de handlinger som utgjør gjennomføring av foretakssammenslutningen”.¹⁵⁹ Det objektive vilkåret for ileggelse av overtredelsesgebyr vil derfor være oppfylt ved gjennomføringen av et av tiltakene i avtalen som innebærer en iverksette av integrasjonsprosessen, og således en delvis gjennomføring av foretakssammenslutningen.

¹⁵⁶ Prop.75 L (2012-2013) s. 33.

¹⁵⁷ V2013-9 *EG A/S*, avsnitt 45.

¹⁵⁸ Konkurransetilsynet (2008) s. 2.

¹⁵⁹ V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 32.

5.4 Skyldkravet

Paragraf 29 oppstiller videre et krav om at det må foreligge tilstrekkelig subjektiv skyld. Skyldkravet etter § 29 omfatter både uaktsom og forsettlig overtredelse. Skylden må etter alminnelige strafferettslige prinsipper dekke det objektive gjerningsinnholdet i § 19 første ledd for at foretakene skal kunne ilegges overtredelsesgebyr.

I vedtak V2012-15 fremgår det at Veidekke var klar over at aksjene var tegnet inn i aksjeeierboken og at vederlag for disse var gitt til oppgjørsagent før foretakssammenslutningen. Overtredelsen av gjennomføringsforbudet var derfor forsettlig. Konkurransetilsynet påpekte likevel i vedtaket om Veidekkes brudd på § 19 første ledd at Veidekke hadde opptrådt forsettlig og ”[u]nder enhver omstendighet [...] uaktsomt”.¹⁶⁰ Den samme grad av utvist skyld ble lagt til grunn i V2012-13 *Deloitte*, V2011-16 *Pareto* og V2011-12 *Plantasjen*. Disse vedtakene viser at Konkurransetilsynet i praksis ikke foretar et klart skille mellom forsettlige og uaktsomme overtredelser, men prinsipielt legger til grunn at overtredelsen er forsettlig for så subsidiært legge til grunn at den under enhver omstendighet er uaktsom. Ettersom begge skyldgrader oppfyller vilkåret for illeggelse av overtredelsesgebyr, er det heller ikke nødvendig å konstatere at overtredelsen har skjedd med forsett dersom det uansett foreligger uaktsomhet. Skyldgraden er derimot relevant som moment ved utmålingen av overtredelsesgebyr, se kapittel 5.5.4.

Det har i flere av sakene for Konkurransetilsynet om brudd på gjennomføringsforbudet blitt anført at forbudet ikke er forsettlig brutt, men at det skyldes en forglemmelse, misforståelse av forbudets omfang, eller manglende kjennskap til reglene om meldeplikt og gjennomføringsforbud. Det ble blant annet anført for Konkurransetilsynet i vedtak V2011-16 om fusjonen mellom Pareto og Factor Insurance at overtredelsesgebyret burde bortfalle eller nedsettes som følge av at de som var ansvarlige for gjennomføringen av en transaksjon i strid med gjennomføringsforbudet ikke hadde kunnskap til reglene om meldeplikt og gjennomføringsforbud.¹⁶¹ Rettsvillfarelse fritar etter norsk rett ikke for ansvar, med unntak av tilfeller der det foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse.¹⁶² Dette er et snevert unntak, og vil kunne komme til

¹⁶⁰ V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 30 og 33.

¹⁶¹ V2011-16 *Pareto AS*, avsnitt 11.

¹⁶² Jf. straffeloven § 57. Se V2011-16 *Pareto AS*, avsnitt 30 og V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 33.

anvendelse i særegne tilfeller, som for eksempel der en regel er helt ny og parten ikke har hatt mulighet til å få kunnskap om den.¹⁶³ Pareto ble i den nevnte saken ikke ansett for å ha vært i unnskyldelig rettsvillfarelse.¹⁶⁴ Dette viser at partenes manglende kunnskap om gjennomføringsforbudets innhold ikke fører til en nedsettelse av overtredelsesgebyret.¹⁶⁵

Liknende har det også for Kommisjonen vært forsøkt argumentert med at overtredelse av fusjonsreglene skyldtes en unnskyldelig rettsvillfarelse. I *Samsung-saken*, anførte Samsung at overtredelsen skyldtes en feiltagelse i det deres representanter i California ikke hadde kjennskap til reglene om fusjonskontroll i EU. Kommisjonen kom til at rettsvillfarelse omkring gjennomføringsforbudets innhold og overtredelsesgebyr ved brudd på reglene om fusjonskontroll ikke kunne anses formildende. Mangelen på tidligere praksis knyttet til gjennomføringsforbudet var ikke tilstrekkelig til å fritta fra overtredelsesgebyr i det Kommisjonen mente regelen i seg selv var tydelig nok fastsatt gjennom praksis vedrørende overtredelser av kartellforbudet. Tatt i betraktning av at Samsung er et multinasjonalt firma ble deres manglende kjennskap til EU-rettens fusjonsregler ikke akseptert.¹⁶⁶ Til forskjell fra norsk praksis, kom imidlertid Kommisjonen til at det forhold at Samsung ikke bevisst hadde brutt fusjonskontrollreglene innebar at overtredelsen ble ansett som uaktsom.

5.5 Beviskravet

Det følger ikke av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder i saker om overtredelsesgebyr. Dette ble imidlertid drøftet i forarbeidene til loven av 2004. Utvalget foreslo at beviskravet burde være klar sannsynlighetsovervekt.¹⁶⁷ Justisdepartementet støttet dette forslaget, men Departementet var ikke enig og uttalte at det ved ileggelse av overtredelsesgebyr i konkurransesaker ikke forelå særlige hensyn som tilsa at det skulle oppstilles spesielle krav til bevisets styrke utover det alminnelige beviskravet i sivile saker.¹⁶⁸ Begrunnelsen for dette var

¹⁶³ Matningsdal (2003) 507.

¹⁶⁴ V2011-16, avsnitt 30. En nærmere drøftelse av vilkårene for unnskyldelig rettsvillfarelse faller utenfor rammene av denne fremstillingen.

¹⁶⁵ Se også V2012-12 *Lyse Energi* avsnitt 15 og 40, der det ikke ble ansett som unnskyldelig rettsvillfarelse at foretaket ikke hadde satt seg inn i meldepliktsreglene, men stolt på råd fra sin advokat.

¹⁶⁶ Sak IV/M.920-*Samsung/AST* premiss 9 og 12-16.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 111.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 113 og 117.

at ved en slik fleksibel sanksjon, som overtredelsesgebyret var ment å være, "[er det ingen] grunn til at loven skal ta som utgangspunkt at uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak".¹⁶⁹ Departementet uttalte derfor at beviskravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr var "sannsynlighetsovervekt".¹⁷⁰

Kravet til bevisets styrke har etter dette blitt behandlet av Høyesterett i forbindelse med to saker; Rt-2011-910 og Rt-2012-1556. Tvisten i Rt-2011-910 (Tine-dommen) gjaldt ileggelse av overtredelsesgebyr der Tine angivelig hadde utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i strid med krrl. § 11 i forbindelse med forhandlinger med Rema. Høyesterett kom til at det ikke hadde skjedd et brudd på krrl. § 11, og Konkurransetilsynets vedtak ble opphevet. Sakens hovedproblemstillinger faller utenfor temaet i denne avhandlingen, men Høyesteretts generelle vurderingen av beviskravet ved overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 er likevel generell og derfor relevant her. I forbindelse med beviskrav for ileggelse av overtredelsesgebyr uttalte førstvoterende at det ikke kreves strengere krav til bevisets styrke enn klar sannsynlighetsovervekt.¹⁷¹ Spørsmålet om beviskrav var ikke prosedert for Høyesterett og domstolen foretok derfor ikke en nærmere drøftelse av dette, men slo fast at lagmannsretten ikke hadde oppstilt et for svakt beviskrav. Dommen er avgitt med dissens 3-2, men dissensen omhandler ikke vurderingen av beviskravet.

Lovutvalget la i NOU 2012:7 til grunn at rettstilstanden var klarlagt etter Tine-dommen og har beviskravet var klar sannsynlighetsovervekt.¹⁷² Likevel mente førstevoterende Rt-2012-1556 (Gran & Ekran) at Tine-dommene ikke avklarte om det ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter krrl. § 19 gjaldt et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁷³ Vurderingen av beviskravet kom derfor igjen opp for Høyesterett i Gran & Ekran-saken. Saken gjaldt ulovlig anbudssamarbeid i strid med krrl. § 10. Gran & Ekrans hadde mottatt betongpriser av Grunnarbeid og baserte sitt tilbud til kommunen på bakgrunn av denne informasjonen. Konkurransetilsynets mente dette utgjorde et ulovlig samarbeid i strid med krrl. §10

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 241.

¹⁷¹ Rt-2011-910 avsnitt 48.

¹⁷² NOU 2012:7, s. 69

¹⁷³ Rt-2012-1556 avsnitt 48.

ettersom det var en felles oppfatning mellom partene om hvordan de skulle opptre i anbudskonkurransen og hvem som skulle legge frem det vinnende tilbudet. Konkurransetilsynet ila partene et overtredelsesgebyr på 2 millioner kroner, som ble opprettholdt av Høyesterett. I forbindelse med spørsmålet om beviskravets styrke uttalte Høyesterett at overtredelsesgebyr måtte anses som straff etter EMK artikkel 6, og at det derfor måtte ”kreves klar sannsynlighetsovervekt”.¹⁷⁴ Det ble videre uttalt at ”[d]et samme beviskravet gjelder ved vurdering av skyldgraden som ledd i utmålingen av reaksjonen”.¹⁷⁵

Rettstilstanden er følgelig, etter disse to dommene, samt uttalelsen i NOU 2012:7, avklart, og for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 kreves det klar sannsynlighetsovervekt.

5.6 Utmåling av overtredelsesgebyr

5.6.1 Innledning

Det skal i det følgende redegjøres for utgangspunktene for utmåling av overtredelsesgebyr, samt hvilke momenter som skal vektlegges ved vurderingen, og hvordan dette gjøres i praksis. Kapittel 5.5.4 ser på i hvilken grad ”overtredelses grovhet” vektlegges og hvilke hensyn det her skal tas særlig hensyn til ved utmålingen. Videre skal det i kapittel 5.5.5 redegjøres for hvordan overtredelse varighet vurderes og hva som anses som en langvarig overtredelse av gjennomføringsforbudet. Deretter skal det i 5.5.6 gis en kort fremstilling av andre formildende og skjerpene momenter i vurderingen før det gjøres en analyse av overtredelsesgebyrets størrelse og om den har endret seg de siste årene, da spesielt med hensyn til det varslede gebyret i *Norgesgruppen-saken*.

5.6.2 Utgangspunkter for utmåling av overtredelsesgebyr

Regelen om utmåling av overtredelsesgebyr følger av konkurranseloven § 29 tredje ledd. Ved utmåling av overtredelsesgebyr skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtre-

¹⁷⁴ Rt-2012-1556 avsnitt 38.

¹⁷⁵ Rt-2012-1556 avsnitt 60.

delsens grovhet og varighet, jf. § 29 tredje ledd annet punktum.¹⁷⁶ Ordlyden ”særlig legges vekt på” viser at også momenter utover det som er opplistet kan vektlegges ved utmålingen. Bestemmelsen gir Konkurransetilsynet en betydelig skjønnsfrihet ved vurderingen av gebyret størrelse, men reaksjonene må være «markerte og følgbare» for at overtredelsesgebyret skal ha en preventiv virkning.¹⁷⁷

Utmålingsprinsippene i norsk rett bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.¹⁷⁸ I de tilfeller der det har skjedd brudd på gjennomføringsforbudet påpeker Kommisjonen at boten størrelse skal være tilstrekkelig stort til å ha en preventiv effekt.¹⁷⁹ Utmålingen tar derfor utgangspunkt i foretakets størrelse og omsetning.¹⁸⁰ Førsteinstansretten har bekreftet dette i sak T-332/09 *Electrabel mot Kommisjonen*. Der uttalte de i dommens premiss 295 at det er nødvendig med bøter av en betydelig størrelse ved brudd på gjennomføringsforbudet fordi dette vil kunne ha en preventiv effekt og få foretak til å avstå fra å overtre forbudet. De samme prinsippet anvendes av Konkurransetilsynet i sin utmåling.¹⁸¹ Ved at overtredelsesgebyret får en preventiv effekt sikres en effektiv fusjonskontroll.

Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt med hjemmel i krrl. §§ 29 (5) og 31 (4) i forskrift om overtredelsesgebyr. Forskriftens § 3 inneholder momenter som bør vektlegges ved utmålingen. Denne listen er ikke uttømmende, men gir en god veiledning på hvilke momenter som er relevante ved utmålingen. I praksis foretas en konkret utmåling ut fra sakens faktum, og overtredelsesgebyret vil således variere fra sak til sak.¹⁸² Konkurransetilsynet har som nevnt en betydelig skjønnsfrihet, og partene kan vanskelig ha berettigede forvent-

¹⁷⁶ I forbindelse med avdekking av kartellvirksomhet er det også mulig med lemping etter § 31, et virkemiddel benyttet som insentiv til å melde i fra om ulovlig samarbeid. Et lignende insentiv er ikke anvendt ved brudd på gjennomføringsforbudet og det er således ingen lemping ved brudd på § 19, se V2011-16 *Pareto AS* premiss 50.

¹⁷⁷ Rt-2012-1556 avsnitt 88.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s.118.

¹⁷⁹ COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône* premiss 226.

¹⁸⁰ COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône* premiss 226.

¹⁸¹ V2011-16 *Pareto AS*, premiss 48.

¹⁸² V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 42.

ninger om hvilket nivå overtredelsesgebyret skal være på for en gitt overtredelse.¹⁸³ Partene kan derfor ikke kalkulere seg frem til hvilken risiko det vil være å overtre gjennomføringsforbudet.

5.6.3 Foretakets omsetning

Formålet med ileggelse av overtredelsesgebyr er å hindre flere overtredelser, og gebyret må derfor, som vist over, være av en størrelse som er tilstrekkelig avskrekkende. Nivået på gebyret må derfor settes høyt. En modifisering av gebyret størrelse ligger likevel i at det ikke kan settes høyere enn maksimumsgrensen på 10 % av foretakets omsetning, jf. utmålingsforskriften § 2 annet ledd bokstav e og f. Det er foretakets omsetning siste regnskapsår som legges til grunn for utmålingen.¹⁸⁴

5.6.4 Overtredelsens grovhet

Et av momentene i vurderingen av overtredelsesgebyrets størrelse er overtredelsens grovhet, jf. krrl. § 29 tredje ledd annet punktum. Det følger av forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd at det ved vurderingen av overtredelsens grovhet særlig skal tas hensyn til

- a) *overtredelsens art*
- b) *overtredelsens faktiske innvirkning på markedet*
- c) *størrelsen på det berørte markedet*
- d) *utvist skyld*
- e) *den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak*
- f) *om avtaler eller tiltak er gjennomført.*

Praksis viser at Konkurransetilsynet generelt ser på overtredelsen av gjennomføringsforbudet som alvorlig.¹⁸⁵ Dette er i overensstemmelse med praksis fra EU. I *Electrabel* uttalte Kommissjonen at overtredelser av gjennomføringsforbudet anses alvorlige etter sin art, i det forbudet inngår som en sentral del av fusjonskontrollen, og at overtredelser undergraver kontrollens

¹⁸³ V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 42.

¹⁸⁴ Utmålingsforskriften § 2 tredje ledd.

¹⁸⁵ V2011-16 *Pareto AS*, avsnitt 41 og V2011-13 *Mulitconsult AS*, avsnitt 41.

effektivitet.¹⁸⁶ Det ble blant annet forgjeves anført av Electrabel at en overtredelse av gjennomføringsforbudet ikke kan anses å være grov dersom transaksjonen som er gjennomført uansett ikke har hatt en permanent negativ virkning på konkurransen.¹⁸⁷ I forbindelse med brudd på gjennomføringsforbudet etter norsk lov har Konkurransetilsynet, med henvisning til Kommisjonenens avgjørelse i *Electrabel*, understreket at slik overtredelse av konkurranseloven er alvorlig, i det gjennomføringsforbudet inngår som ”en helt sentral del av strukturkontroll”.¹⁸⁸ Dette viser at overtredelse av gjennomføringsforbudet i seg selv er ansett som alvorlig, noe som taler for en streng utmåling av overtredelsesgebyr for å virke avskrekkende for andre som vurderer å overtre forbudet.

Ved vurderingen skal det også ses hen til den faktiske innvirkning foretakssammenslutningen vil ha på konkurransen, det vil si de innvirkninger det er mulig å forutse. En gjennomgang av praksis fra Konkurransetilsynet viser at det ikke er noen saker der det er bevist at gjennomføringen av foretakssammenslutningen har hatt negativ innvirkning på markedet. Det ilegges likevel overtredelsesgebyr, men den manglende konkurransebegrensende virkningen blir ansett som formildende ved utmåling av gebyrets størrelse.¹⁸⁹

Utvist skyld er også et moment i utmålingsvurderingen. Konkurransetilsynet påpeker i flertallet av vedtakene at foretaket har handlet forsettlig, og legger vekt på at partene har vært klar over at gjennomføringstiltakene ble utført, og at det derfor er en forsettlig overtredelse.¹⁹⁰ Videre blir det påpekt at partene eller noen på deres vegne under ”enhver omstendighet må [...] ha opptrådt uaktsomt”.¹⁹¹ Konkurransetilsynet skiller etter min vurdering ikke tydelig mellom de to skyldformene ved utmålingen. Tilsynet har uttalt at det i EU ikke gjøres en klar grensedragnin mellom de to skyldformene.¹⁹² Det følger av fusjonsforordningens artikkel 14 (2) (b) at bøter kan ilegges der partene ”either intentionally or negligently” overtrer gjennom-

¹⁸⁶ COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, premiss 186-188.

¹⁸⁷ COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, premiss 192-194.

¹⁸⁸ V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 35.

¹⁸⁹ V2013-11 *Allkopi Service AS*, avsnitt 54. Se også sak IV/M.969 - *A. P. Møller*, premiss 21, der ingen av de tre sakene reiste konkurranserettslige problemer.

¹⁹⁰ V2011-16 *Pareto AS* avsnitt 29 og V2011-14 *YIT AS* avsnitt 28.

¹⁹¹ V2013-11 *Allkopi Service AS* avsnitt 33.

¹⁹² V2011-13 *Multiconsult AS* avsnitt 32.

føringsforbudet. Likevel drøfter Kommisjonen skyldgraden i vedtakene om brudd på gjennomføringsforbudet og har i alle sakene kommet til at forbudet var overtrådt uaktsomt.¹⁹³ Det kan derfor tyde på at skillet mellom skyldgraden blir vektlagt tyngre i EU-retten.

5.6.5 Overtredelsens varighet

Overtredelsens varighet vil være et moment av betydning for utmålingen. Langvarig overtredelse vil ofte i større grad enn kortvarige overtredelser svekke effektiviteten av Konkurransetilsynets kontroll med foretakssammenslutningen. Desto lenger tid overtredelsen har vart, desto vanskeligere kan det være å reversere den dersom det skulle være nødvendig med inngrep. Her vil momenter, som hva slags tiltak som er gjennomført og hvor langt integrasjonsprosessen hos partene har kommet, være viktige ved vurderingen.

I vedtak V2011-15 *Plantasjen Norge AS* hadde overtredelsen kun var én uke. Dette ble ansett som kort varighet, og ble derfor ansett som et formidlende moment i vurderingen. Plantasjen anførte at det burde gjøres en utmåling basert på en sammenlikning av gebyr utmålt av Kommisjonen fordelt på overtredelsens varighet i måneder. Konkurransetilsynet presiserte i denne sammenheng at det ikke blir gjort noen skjematisk utmåling basert på varigheten og at varigheten uansett kun er et av flere momenter i vurderingen.¹⁹⁴

Konkurransetilsynet har i flere vedtak henvist til V2009-3 *RS Platou ASA* og V2009-18 *Stenstrup Storange DA* uttalt at overtredelse som varer én måned blir ikke ansett å være kort, og således ikke vil være en formildende omstendighet ved utmålingen.¹⁹⁵ Det samme følger også av nyere vedtak, se blant annet V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 49.

Selv om overtredelses varighet er et moment ved utmålingen av overtredelsesgebyret, foretar ikke Konkurransetilsynet en matematisk utregning basert på antall uker eller måneder over-

¹⁹³ Sak IV/M.920 - *Samsung/AST* premiss 16, sak IV/M.969 - *A. P. Møller*, premiss 16 og COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône* premiss 223.

¹⁹⁴ V2011-15 *Plantasjen Norge AS*, premiss 61-63.

¹⁹⁵ Se blant annet V2011-13 *Multiconsult AS*, avsnitt 45-46.

treddelsen har vart. Til sammenslutning ble boten i *Samsung-saken* i EU utmålt med 2 000 ECU for hver av 14 måneder anmeldelsen var forsinket.¹⁹⁶

I *A.P. Møller* og *Electrabel* derimot, foretok Kommisjonen utmåling mer lignende den skjønsmessige utmålingen Konkurransetilsynet foretar. I *Electrabel-saken* hadde overtredelsen vart i tre år, syv måneder og 17 dager, noe som ble ansett å være en veldig lang tid.¹⁹⁷ Kommisjonen var her enige i uttalelser fra *A.P. Møller-saken* premiss 19 og presiserte

*In its decision in case IV/M.969 A.P. Møller, cited above, the Commission took the view that the risk of prejudice to the consumer increased with the duration of the infringement, and although the infringement committed there lasted for less than the infringement in the present case, the Commission considered that it had lasted for a significant time.*¹⁹⁸

Risikoen for en negativ virkning for forbrukerne vil altså kunne øke i takt med overtredelsesvarighet.¹⁹⁹ Praksis viser at der overtredelsen er langvarig, blir dette ansett som et skjerpende moment ved utmålingen. Dette gjelder også etter både norsk rett og i EU.

5.6.6 Formildende og skjerpende momenter ved utmålingen

Etter utmålingsforskriftens § 3 sjette ledd er det flere momenter som kan trekke i skjerpende eller formildende retning ved utmålingen av overtredelsesgebyret. Disse vil blant annet være om foretaket har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen, om foretaket fortsetter med overtredelsen eller på ny begår den samme eller tilsvarende overtredelse, om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen, om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen (utover det som følger av foretakets rettslige plikt) økonomien til det konsernforetaket er en del av, om overtredelsesgebyret har tilstrekkelig preventiv virkning, og om offentlige myndigheter har pålagt, tillatt eller oppmuntret til konkurransebegrensende adferd.

¹⁹⁶ Sak IV/M.920 - *Samsung/AST*, premiss 30.

¹⁹⁷ COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, premiss 216.

¹⁹⁸ COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, premiss 217.

¹⁹⁹ Sak IV/M.969 - *A. P. Møller*, premiss 19.

Listen er ikke uttømmende, og andre momenter vil kunne virke inn på overtredelsesgebyrets størrelse.

Som nevnt over følger det av utmålingsforskriftens § 3 at det skal ”tas i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse”. Slik bistand vil omfatte samarbeid med Konkurransetilsynet og tips som kan hjelpe med å avdekke faktum i den aktuelle saken. Partens bistand til Konkurransetilsynet ble drøftet i saken mot Lyse Energi. Det ble ansett som en formidlende omstendighet at foretaket selv valgte å melde inn transaksjonen til Konkurransetilsynet, og således hadde ”bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse”.²⁰⁰

Et annet moment som kan vektlegges er økonomien til det konsernet foretaket er en del av. Overtredelsesgebyret skal være av en størrelse som gir preventiv effekt, men det er selvsagt ikke ønskelig å slå foretaket konkurs ved at det ilegges et for høyt overtredelsesgebyr. En analyse av overtredelsesgebyrets størrelse og hvorvidt det har skjedd en økning de siste årene vil bli gjort i det følgende.

5.6.7 Overtredelsesgebyrets størrelse

Det følger av forarbeidene at gebyret i norsk rett skal ligge på omtrent samme nivå som i EU/EØS. Med boten på € 20 000 000 i *Electrabel* har Kommisjonen sendt en klar beskjed om at overtredelse av gjennomføringsforbudet i seg selv er alvorlig i det forbudet er en sentral del av fusjonskontrollen og at overtredelse av forbudet hindrer effektiviteten av Kommisjonens fusjonskontroll.²⁰¹ Det samme har Konkurransetilsynet lagt til grunn i sine vedtak.²⁰²

Gebyret utmåles med utgangspunkt i foretakets omsetning og skal settes til et beløp som har preventiv effekt. Overtredelsesgebyret etter norsk rett har ligget på mellom 100 000 kroner og 350 000 kroner frem til nå. Prosentmessig har disse overtredelsesgebyrene ligget på mellom

²⁰⁰ V2012-12 *Lyse Energi AS*, avsnitt 63.

²⁰¹ COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, premiss 188. Det er også antatt at det vil komme en bot av betydelig størrelse dersom Kommisjonen kommer til at Marine Harvest har brutt gjennomføringsforbudet ettersom foretaket hadde en omsetning på 19,2 milliarder kroner i 2013, se *Aftenposten* (2013).

²⁰² Se blant annet V2012-15 *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 35.

0,007 og 0,21 % av samlet omsetning. I *Norgesgruppen-saken* er det varslet gebyr på 25 millioner kroner. Omregnet til prosent av foretakets omsetning ligger dette på ca. 0,04%.²⁰³ Selv om Norgesgruppens varslede gebyr er betraktelig høyere i sum, er det således ingen økning hvis man ser på den prosentvise andelen gebyret utgjør av foretakets omsetning det siste regnskapsåret.

Til sammenlikning, viser kommisjonspraksis at det har skjedd en betydelig økning av botens totale størrelse. Boten for Electrabel ble utmålt til € 20 000 000. Bøtene var betydelig lavere i de to første sakene for Kommisjonen om overtredelse av gjennomføringsforbudet. I Samsung og A.P. Møller ble boten utmålt til henholdsvis 28 000 euro og 174 000 euro. Da jeg ikke har kjennskap til foretakenes omsetning i disse sakene, som utgjør grunnlaget for utmålingen, er det likevel vanskelig å vite om det har skjedd en prosentvis hevingen av bøtenivået i EU.

5.7 Foreldelse

Adgangen til å ilegge gebyr for overtredelse av § 19 foreldes etter § 29 fjerde ledd etter fem år. Etter § 29 fjerde ledd avbrytes fristen når Konkurransetilsynet tar skritt til sikring av bevis eller når foretaket meddeles at det er mistenkt for overtredelse av loven. Foreldelsesfristen for overtredelser av gjennomføringsforbudet vil derfor anses avbrutt i det Konkurransetilsynet gir partene i en foretakssammenslutning meddelelse om at det foreligger en mistanke om brudd på gjennomføringsforbudet i § 19.

Departementet anbefalte i forarbeidene at ”fristreglene i straffeloven kapittel 6 bør anvendes analogisk så langt de passer”.²⁰⁴ Foreldelsesfristen løper derfor fra tidspunktet ”overtredelsen er avsluttet”.²⁰⁵ Spørsmålet om når et brudd på gjennomføringsforbudet anses for avsluttet har ikke blitt behandlet i norsk rett, men Kommisjonen behandlet dette i *Electrabel-saken* og uttalte følgende

²⁰³ Tall hentet fra NorgesGruppens årsrapport, se NorgesGruppen ASA (2013).

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), 118.

²⁰⁵ Evensen (2009), 764 med henvisning til Rt-1995-1922.

*once a concentration has been implemented, and for as long as it continues to be implemented, a breach of Article 7 can end only when the Commission authorises the concentration or grants exemption.*²⁰⁶

Dette viser at dersom en foretakssammenslutning er gjennomført i strid med gjennomføringsforbudet kan overtredelse av gjennomføringsforbudet kun avsluttes ved at myndighetene godkjenner foretakssammenslutningen eller ved at det gis et unntak fra gjennomføringsforbudet. Det vil således ikke være tilstrekkelig for å avslutte overtredelsen at partene selv reverserer gjennomføringstiltakene dersom de først er iverksatt.

5.8 Konklusjon

Som gjennomgangen av praksis i dette kapittelet viser, ser både Konkurransetilsynet og Kommisjonen strengt på brudd på gjennomføringsforbudet. Dette viser seg blant annet ved at overtredelsesgebyr også blir ilagt i de saker der tiltakene som har blitt gjennomført er reversible og det er bevist at foretakssammenslutningen ikke vil ha en negativ konsekvens på konkurransen.

Disse momentene blir dog vektlagt i formildende retning og kan være en av årsakene til at overtredelsesgebyrene prosentvis ligger langt under maksimalnivået på 10 % av foretakets omsetning. Selv om det kan argumenteres for at brudd på gjennomføringsforbudet sanksjoneres strengt, har gebyret ligget på mellom 0,007 og 0,21 % av foretakets samlede omsetning. Dette gjelder også inkludert boten som er varslet for Norgesgruppen. Dette viser at selv om brudd på forbudet sanksjoneres strengt og alltid med overtredelsesgebyr, har ikke Konkurransetilsynet ment det har vært behov for et gebyr opp mot maksimalnivået. Dette viser at det avgjørende i vurderingen er ikke om man legger gebyret opp mot maksgrensen på 10 % av omsetningen, men at det utmåles slik at det har en tilstrekkelig preventiv effekt.

²⁰⁶ COMP/M.4994 *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, avsnitt 211.

6 Avslutning

Innholdet i gjennomføringsforbudet følger som nevnt ikke klart av lovteksten, men blir illustrert gjennom forarbeidene og Konkurransetilsynets praksis. Som denne avhandlingen har vist er gjennomføringsforbudets innhold basert på formålsbetraktninger som i praksis fører forbud mot en rekke enkelthandlinger. Dette bidrar til en noe uklar bilde av hva som konkret er forbudt under tiden gjennomføringsforbudet varer. Til sammenlikning synes det å være en mer forutsigbar regel i EU ettersom det fremgår av praksis at gjennomføringsforbudet inntreer når kontroll over foretaket er overtatt. Et problem for næringslivet vil likevel her være at kontroll faktisk kan være overtatt selv om man erverver under 50 % av aksjene, dersom eiersammensetningen i foretaket er spredt, og man dermed *de facto* har ervervet enekontroll. Selv om gjennomføringsforbudets innhold ikke alltid fremstår som klart for næringsdrivende, er den stadige oppklaringen gjennom praksis retningsgivende.

Formålet bak gjennomføringsforbudet er som nevnt å sikre en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger. Forbudet innebærer et inngrep i private rettssubjekts frihet. Spørsmål er derfor hvor vidtrekkende forbudet trenger å være for å oppnå dette. Visse tiltak vil være nødvendige å forby for å oppnå gjennomføringsforbudets formål, slik som omfattende integrering av foretakene eller en drifts-og markedsmessig samordning. Det samme gjelder informasjonsutveksling utover det som er nødvendig og legitimt for å forberede gjennomføringen. Dette er alle tiltak som vanskelig kan reverseres dersom foretakssammenslutning ikke skulle bli godkjent av Konkurransetilsynet. Tiltak som derimot enkelt kan reverseres kan det stilles spørsmål ved om det er nødvendig å forby, slik som overføring av kjøpesum, utdeling av utbytte for aksjer og lignende. De sistnevnte tiltak vil ikke ramme konkurransen og således vil de heller ikke hindre gjennomføringsforbudets formål å realiseres. Mye kan tale for at gjennomføringsforbudet i slike tilfeller er for omfattende og byrdefullt for næringslivet.

Fra næringslivets ståsted vil altså en ”stand-still”-forpliktelse kunne virke som en belastning. Dette gjelder særlig der forbudet har ført til stans i også forholdsvis små transaksjoner. Kritikken mot det automatiske gjennomføringsforbudet kan skyldes det store antall transaksjoner som har blitt rammet av de lave terskelverdiene for meldepliktige foretakssammenslut-

ninger.²⁰⁷ Mange av foretakssammenslutningene som har blitt pålagt et automatisk gjennomføringsforbud har i utgangspunktet vært konkurranserettslig uproblematisk.²⁰⁸ Konkurransetilsynet brukte dermed mye tid og ressurser på uproblematisk foretakssammenslutninger.²⁰⁹ Dette vil imidlertid antas endre seg nå ved den betydelige hevingen av meldepliktterskelene. Departementet uttalte at en heving av meldepliktsterskelen og innføring av et system med forenklet melding for visse foretakssammenslutninger ville føre til at næringslivet og Konkurransetilsynet vil bruke mindre ressurser på uproblematisk foretakssammenslutninger.²¹⁰

Ettersom gjennomføringsforbudet gjelder generelt og rammer alle tiltak som innebærer en helt eller delvis gjennomføring av foretakssammenslutningen, er det nødvendig med en unntaksadgang fra forbudet. Dette vil, som praksis viser, gjelde særlig der driftsstans som følge av økonomiske problemer hos et foretak vil kunne føre til mislighold av kontraktsforpliktelser, samt at ansatte slutter og finner seg nytt arbeid.²¹¹ I slike tilfeller være nødvendig for å sikre den videre drift av virksomheten at en foretakssammenslutning gjennomføres hurtigere enn Konkurransetilsynets behandlingstid etter konkurranseloven. Unntaksadgangen er som gjennomgangen i kapittel 4 viser snever og det gis i praksis kun delvise unntak der en opprettholdelse av forbudet direkte vil føre til alvorlige konsekvenser for partene eller samfunnet for øvrig.

Avhandlingen har vist at gjennomføringsforbudet blir sett på som en viktig del av fusjonskontrollen og overtredelser av forbudet sanksjoneres strengt. Selv om partene selv melder i fra om overtredelsen, bistår Konkurransetilsynet med undersøkelsene og foretakssammenslutningen ikke viser seg å ha negative virkninger på konkurransen, blir det ilagt overtredelsesgebyr. En gjennomgang av Konkurransetilsynets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr for overtredelser av gjennomføringsforbudet viser at forbudet så langt, kun har blitt overtrådt i forbindelse med uproblematisk foretakssammenslutninger.²¹²

²⁰⁷ Prop. 75 L (2012-2013) s.109.

²⁰⁸ NHO (2009), punkt 2.4.3 og 2.5. Det vises også i punkt 2.5 til at 97 % av foretakssammenslutningene som blir meldt inn har vært uproblematisk.

²⁰⁹ Prop. 75 L (2012-2013) s. 104.

²¹⁰ Prop. 75 L (2012-2012) s. 93.

²¹¹ Aabø-Evensen (2011) s. 441.

²¹² Det tas forbehold om at dette kan endres etter endelig vedtak i *Norgesgruppen-saken*.

Retten opprettholdelse av Kommisjonens vedtak om bot for Electrabel understreket EUs nulltoleranse overfor brudd på fusjonsreglene, selv der brudd forekommer som en følge av misforståelse av reglene. Lignende har Konkurransetilsynet gjentatte ganger understreket viktigheten av å overholde de norske reglene om meldeplikt og gjennomføringsforbud ved sin ileggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på disse. På denne måten sikres gjennomføringsforbudets effektivitet og forbudet oppnår sitt formål; å sikre en effektiv og reell fusjonskontroll.²¹³

²¹³ Se blant annet V2012-15, *Veidekke Entreprenør AS*, avsnitt 35 og V2013-9 *E/G AS*, avsnitt 38.

7 Kilder

Litteratur

Aabø-Evensen, Ole Kristian *Om oppkjøp av selskaper og virksomheter*. Oslo, 2011.

Andenæs, Mads Henry *Selskapsrett*. Oslo, 2007.

Bryng, Per Kristian. *Mer effektiv konkurranselov? Revisjon av lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger*. I: Tidsskrift for Forretningsjus. Årg. 3 (2013), s. 129.

Bugge, Amund Fougner, *Oppkjøp av selskap notert på regulert marked* I: Tidsskrift for Forretningsjus. Årg. 17 nr. 4 (2011) s 221-254.

Electrabel/CNR: the importance of the standstill obligation in merger proceedings, Bruno Alomar, Sophie Moonen, Gorka Navea and Philippe Redondo, Competition Policy Newsletter, Nr 3 — 2009, 58 – 60.

Evensen, Harald, ”Fra straff til overtredelsesgebyr”, *Konkurransetilsynets jubileumsskrift 2004* s. 44 flg.

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*. 1. utg. Oslo, 2009.

EU Competition Law Volume II Mergers and Acquisitions. Bengtsson ... [et al.]. 2. Utg. Claeys & Casteels, 2006.

EØS-rett. Frederik Sejersted ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2011.

Furse, Mark *The Law of Merger Control in the EC and the UK*. Oregon, 2007.

Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng *Norsk konkurranserett Bind II Prosess og sanksjoner*. Oslo, 2006.

Hagstrøm, Viggo, "*Due diligence*" ved virksomhetsoverdragelse, Tidsskrift for forretningsjus hefte 4 1999 s 391-399 (TFF-1999-391)

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

Klevstrand, Simen M. *Nytt meldepliktsregime under konkurranseloven – praktiske problemstillinger*. I: Tidsskrift for Forretningsjus. (2014), s. 1.

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal *Norsk konkurranserett Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*. Oslo, 2007.

Knut Høivik, *Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?*, LoR 2006 s. 360.

Larsen, Kjetil *Utsettelse av foretakssammenslutninger – en analyse av fusjonsforordningens gjennomføringsforbud*. Oslo, 2003

Liebeskind, Richard, *Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*, Presented to ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting San Francisco, California, 8. august 2003.

Matningsdal, Magnus og Anders Bratholm *Straffeloven med kommentarer. Første Del. Almindelige bestemmelser*. 2. utg. Oslo, 2003.

Siri Teigum og Eivind Sæveraas, TFF 2004-2 Kontroll med oppkjøp og fusjoner under ny norsk –konkurranselov, s. 205.

Sætre, Inger Helene, *Praktisk konkurranserett ved gjennomføring av meldepliktige foretakssammenslutninger - med hovedvekt på gjennomføringsforbudet*, Tidsskrift for forretningsjus side 1-36, Årg. 18, nr. 1 (2012) (Sitert fra rettsdata.no)

Teigum, Siri, ”Konkurransetilsynets virksomhet under konkurranseloven av 2004 – sett fra partene og deres advokaters side” *Konkurransetilsynets jubileumsskrift 2004* s. 55 flg.

Teigum, Siri og Sæveraas, Eivind, *Tidsskrift for forretningsjus 2004* s 206-249 – (TFF-2004-206)

Vesterkjær, Eivind, ”Informasjonsutveksling og konkurranseloven”, *Logistikk & innkjøp nr 4 2008* s 22-25 (LOIN-2008-4-22)

Wetter, Carl, Johan Karlsson, Olle Rislund og Anders Gahnström *Konkurrenslagen, en handbok*. Stockholm, 1999.

Lover, forskrifter og forarbeider

- | | |
|------|--|
| 1967 | Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 |
| 1997 | Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44 |
| 2004 | Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv (EØS-konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 11 |
| 2004 | Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12. |
| 2005 | Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av |
| 2007 | Lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) av 29. juni 2007 nr. 75 |
| 2013 | Lov om endringer i konkurranseloven av 14. juni 2013 nr. 35 |
| 2004 | Forskrift nr. 673/2004 om melding av foretakssammenslutninger mv. |
| 2005 | Forskrift nr. 1465/2013 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (utmålingsforskriften) |
| 2009 | Forskrift nr. 0290/2009 om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd for visse typer erverv av verdipapirer (forskrift om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet) |

Konkurrenslag

Konkurrenslag (2008:579) [Sverige]

NOU 2003:12 *Ny konkurranselov*
NOU 2003:15 *Fra bot til bedring*
NOU 2012:7 *Mer effektiv konkurranselov*

Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) *Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak)*
Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) *Om lov om endringer i lov 11 juni 1993 nr 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet*
Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) *A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)*
Ot.prp. nr. 94 (2003-2004) *Om lov om endringer i EØS-konkurranseloven og konkurranse-loven*
Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) *Om lov om endringer i lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranselova)*
Prop. 75 L (2012–2013) *Endringer i konkurranse-loven*

Rettspraksis

Rt-2011-910 Tine
Rt-2012-1556 Gran & Ekran

Annen praksis

Fornyings- administrasjons- og kirke-departementets sak 10/2546 (Nibe Industrier)

Vedtak fra Konkurransetilsynet

V2006-223 Gilde/Prior
V2009-3 RS Platou ASA - Glitnir Securities AS
V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange AS - Advokatfirmaet DLA Piper Bergen DA
V2011-13 Multiconsult AS - Industriplan AS
V2011-14 YIT AS - Haug og Ruud AS
V2011-15 Plantasjen Norge AS - Mandal Hagesenter AS

V2011-16 Pareto AS – Factor Insurance Group AS
V2012-12 Lyse Energi AS – Skagerak Fiberett AS
V2012-13 Deloitte AS – Inter Revijon AS
V2012-14 Valora Holding Norway AS - Engelsvhiøn Marwell Hauge AS
V2012-15 Veidekke Entreprenør AS - Entreprenør M. Kristiseter AS
V2013-9 EG A/S - ASP AS
V2013-10 RBBS Holding AS
V2013-11 Allkopi Service Point AS

A2012-2 – TeliaSonera Norge AS – Ludo Mobil AS
A2013-11 Bioglan AS – Supernature AS
A2013-16 OneCo Industrier AS – Profitek Holding AS
A2013-17 – Newco AS – Hellefoss AS og Vafos AS
A2013-24 Line AS – Enghav AS

Traktater og forordninger

Rfo 4064/89/EØF Rådets forordning (EF) nr. 4064/89 av 20. desember
1989 om tilsyn med foretakssammenslutninger (fusjonsforordningen)
Rfo 139/04/EØF Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004
om tilsyn med foretakssammenslutninger (fusjonsforordningen)

Praksis fra EU

Sak 114/73 Suiker Unie mfl mot Kommisjonen [1975]
ECR 1663 (Forente saker C-40/73 etc)
Sak 283/81 *CILFIT* mot *Ministero della Sanità*,
Sak C-199/92 P *Hüls AG* mot *Kommisjonen*, Sml.1999 s.I-4287
Sak 172/80 *Züchner* Mot *Bayerische Veriensbank*, Sml. 1981 s.2021
Sak C-359/01 P *British Sugar plc m.fl. mot Kommisjonen*
Sak IV/M.920 *Samsung/AST*
Sak IV/M.969 *A. P. Møller*
Sak COMP/M.4994 *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhone*

Andre kilder

Aftenposten, *EU-kommisjonen etterforsker norsk laksegigant* (2013) 31. mars 2013.

<http://www.aftenposten.no/okonomi/EU-kommisjonen-etterforsker-norsk-laksegigant-7521930.html#.U00pUJgmlpt> [sitert 09.04.2014]

Kommisjonen, *Commission Staff Working Document, Towards more effective EU merger control* (2013) 26.05.2013.

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/merger_control_en.pdf [sitert 11.03.2014]

Kommisjonen, *Mergers: Commission informs Marine Harvest of objections against early implementation of its acquisition of Morpol* (2014) 31.03.2014 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-350_en.htm [sitert 09.04.2014]

Konkurransetilsynet, *Høringsnotat om forslag til forskrift om unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranse-loven § 19* (2008) 05.12.08.

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id_1715/ImageVaultHandler.aspx [sitert 01.03.14]

Konkurransetilsynet, *Gebyr til Norgesgruppen* (2014)

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Gebyr-til-Norgesgruppen/> [sitert 20.02.14]

Konkurransetilsynet, *Årsrapport for 2011* (2011)

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_5422/cf_5/Konkurransetilsynets_rsrappport_for_2011.PDF [sitert 06.02.2014]

Konkurransetilsynet, *Årsrapport for 2012* (2012)

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_6135/cf_5/-rsrapport_2012.PDF [sitert 06.02.2014]

Norgesgruppen ASA, *Norgesgruppen Årsresultat 2012* (2012) 20.03.2013.

<http://www.norgesgruppen.no/Global/Finansiell%20informasjon/Årsresultat%202012.pdf?eps language=no> [sitert 08.02.2014]

Næringslivets Hovedorganisasjon, *Håndbok konkurranseloven*

2. utgave (2008) August 2008. <https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/naringsjus/konkurranseloven-handbok-rev-2008.pdf> [sitert 17.03.2014]

Næringslivets Hovedorganisasjon, *Konkurranseloven fem år. Erfaringer og reformbehov* (2009) Mai 2009. <https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/naringsjus/konkurranseloven.pdf> [sitert 17.03.2014]

Oslo Børs Member and Trading Rules version 1.2 September 2010 (Oslo Børs' handelsregler) (2010) 12.09.2012.

http://www.oslobors.no/ob_eng/obnewsletter/download/3d04d16c4741c86da1ddb3c214b8e940/file/file/Oslo%20B%C3%B8rs%20Member%20and%20Trading%20Rules.pdf. [sitert 14.01.2014]