

*Joint ventures – En analyse av full funksjons -  
kriteriet*

Kandidatnummer: 187767

Veileder: Tore Lunde

Antall ord: 14 448



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

09.12.2012

# Innholdsfortegnelse

1. Innledning	2
1.1 Emne og problemstilling	2
1.2 Avgrensning mot andre problemstillinger	4
1.3 Regelverk og metode	5
2. Rettslig fundament	7
2.1 Vilkårene etter konkurranseloven § 17 annet ledd	7
3. Full funksjons joint ventures	9
3.1 Innledning – generelt om full funksjons-kriteriet	9
3.2 Joint ventures må ha tilstrekkelige ressurser	10
3.2.1 Innledning	10
3.2.2 Krav til personell	10
3.2.3 Krav til joint ventures ledelse	12
3.2.4 Krav til finansielle ressurser og aktiva	17
3.3 Joint venture må være operasjonelt selvstendig	22
3.3.1 Innledning – generelt om kravet til operasjonell selvstendighet	22
3.3.2 Salg fra joint venture til morselskapene	25
3.3.3 Salgs fra morselskapene til joint venture	28
3.3.4 Kjøp og salg i en oppstartsperiode	29
3.4 Kravet til varighet	31
3.4.1 Generelt om kravet til varighet	31
3.4.2 Særlig om joint ventures som opprettes for å gjennomføre prosjekt	34
3.5 Det innbyrdes forholdet mellom de ulike kriteriene	37
4. Konsekvensene av at et joint venture er full funksjons / ikke full funksjons	39
Litteraturliste	41

# 1 Innledning

## 1.1 Emne og problemstilling

Oppgavens tema er den konkurranserettslige reguleringen av joint ventures, nærmere bestemt når joint ventures anses som full funksjons, slik at reglene om kontroll med foretakssammenslutninger kommer til anvendelse. Joint ventures er i konkurranserettslig sammenheng blitt anvendt som en betegnelse på en situasjon hvor flere uavhengige virksomheter har felles kontroll over en ervervsaktivitet.<sup>1</sup> Konkurranseretten i Norge og EU/EØS inneholder et skille mellom atferdskontroll og fusjonskontroll.<sup>2</sup> **Atferdskontroll** vil i oppgaven bli brukt som en samlebetegnelse på samarbeid som ikke anses som en foretakssammenslutning, og som dermed ikke er en del av fusjonskontrollen. Begrepet **fusjonskontroll** vil bli brukt som en samlebetegnelse på foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i konkurranseloven kapittel 4 om kontroll med foretakssammenslutninger.

Konkurranseloven § 17 definerer hva som utgjør en foretakssammenslutning.<sup>3</sup> Hvorvidt det foreligger en foretakssammenslutning er avgjørende for om bestemmelsene som regulerer kontroll med foretakssammenslutninger i konkurranseloven kapittel 4 kommer til anvendelse, eller om det aktuelle samarbeidet må vurderes etter reglene om atferdskontroll. Plasseringen av joint ventures reguleres av konkurranseloven § 17 annet ledd. Selv om begrepet fellesforetak er anvendt i den norske konkurranseloven, har jeg valgt å bruke betegnelsen **joint venture**. Begrepene har i seg selv ingen rettslig betydning, og jeg velger derfor å benytte begrepet joint ventures siden det ofte anvendes i praksis.

Det fremgår av konkurranseloven § 17 annet ledd at det foreligger en foretakssammenslutning i henhold til § 17 første ledd bokstav b, når det opprettes et joint venture som «... på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet». Vilkårene i konkurranseloven § 17 annet ledd kan sammenfattes som et krav om at joint ventureet må være full funksjons. Det følger av konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b), at en foretakssammenslutning foreligger når

---

<sup>1</sup> Heide-Jørgensen m.fl. side 901

<sup>2</sup> Evensen & Sæveraas side 479

<sup>3</sup> Bestemmelsen er ikke foreslått endret i NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov, se side 103, punkt 8.5.2.1

«... en eller flere personer, som allerede kontrollerer minst et foretak, eller – et eller flere foretak direkte eller indirekte, helt eller delvis, varig overtar kontrollen over et eller andre foretak». I tillegg til krav om at joint venture må være full funksjons, kreves det - som det fremgår av konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b) - at det er underlagt felles kontroll. De selskapene som har felles kontroll over joint venture vil i den videre oppgaven omtales som **morselskap** og/eller **de stiftende selskaper**.

Den overordnede problemstillingen i denne oppgaven er hva som skal til for at et joint venture kvalifiserer som full funksjons. Hovedformålet med oppgaven er å foreta en analyse av full funksjons-begrepet for å klargjøre i hvilke tilfeller reglene om kontroll med foretakssammenslutninger kommer til anvendelse på joint ventures.

Konkurranseloven kapittel 4 angir reglene for kontroll med foretakssammenslutninger, mens konkurranseloven § 10 forbyr visse typer samarbeid. Konkurranseloven § 10 kontrollerer atferden til eksisterende foretak, mens reglene om kontroll med foretakssammenslutninger er en strukturkontroll med markedet basert på en fremtidsrettet vurdering. Konkurranseloven § 10 omfatter ulike typer samarbeid, fra løst samarbeid til organisert kartellvirksomhet. Fusjoner og oppkjøp faller klart innenfor definisjonen av en foretakssammenslutning. Joint ventures vil ofte befinne seg i en mellomposisjon mellom rene samarbeidsavtaler som vurderes etter konkurranseloven § 10 og foretakssammenslutninger som er underlagt fusjonskontroll. Joint ventures posisjon kan illustreres slik:

Rene samarbeidsavtaler ← Joint ventures → Rene foretakssammenslutninger (fusjoner)<sup>4</sup>

Krrl. § 10                                    ?                                    Krrl. Kapittel 4

Som nevnt over, er klassifiseringen som full funksjons joint venture bestemmende for hvilket regelsett som kommer til anvendelse. Det kan være av stor betydning for de involverte partene hvilket regelsett som kommer til anvendelse på joint venture-samarbeidet. Terskelen for inngrep etter henholdsvis §§ 10 og 16 i konkurranseloven er ulike. Etter konkurranseloven § 16 kreves det en «*vesentlig begrensning av konkurransen*», mens all opptreden som kan «*hindre, innskrenke eller vri konkurransen*» omfattes av

---

<sup>4</sup> Illustrasjonen er hentet fra Dragvoll side 17

konkurranseloven § 10. Det kan følgelig være en fordel for partene om joint venturet anses som full funksjons og dermed omfattes av fusjonskontrollen.

Bakgrunnen for at terskelen for inngrep mot foretakssammenslutninger er høyere, kan være at en foretakssammenslutning kan ha både positiv og negativ effekt på konkurransen.<sup>5</sup> På den ene siden kan en foretakssammenslutning lede til en konsentrasjonsøkning i markedet, som igjen kan medføre en økt risiko for utøvelse av markedsrett.<sup>6</sup> Dette kan igjen lede til opptreden i samforstand, samt prislederskap og dermed ha en slik negativ effekt på markedet som konkurranseloven § 10 setter forbud mot. På den andre siden vil en foretakssammenslutning, for eksempel gjennom opprettelsen av et joint venture mellom to konkurrerende foretak, kunne gi positive konkurransemessige effekter.

Foretakssammenslutninger som gjennomføres for å drive en bestemt type virksomhet kan medføre en utnyttelse av stordriftsfordeler som ikke ville være mulig uten foretakssammenslutningen. Økt mulighet for innovasjon, muliggjøring av etablering i andre markeder, eller mulighet for å utøve kjøperrett, er andre potensielle effektivitetsgevinster som kan følge av foretakssammenslutningen.<sup>7</sup> Opprettelsen av et joint venture kan også være et utslag av bedriftenes naturlige tilpasning til endrede markedsforhold og derfor være en nødvendig endring for å kunne operere i markedet.<sup>8</sup> Foretakssammenslutninger kan i slike tilfeller bidra til en styrket konkurranse og har dermed konkurransemessige fordeler. At joint venture-samarbeid ikke bare har potensiell negativ effekt, men også mulig positiv innvirkning på konkurransen, gjør at det kreves en «vesentlig» begrensning av konkurransen etter konkurranseloven § 16, før konkurransetilsynet kan gripe inn mot foretakssammenslutningen.

## 1.2 Avgrensning mot andre problemstillinger

Dersom joint venturet klassifiseres som full funksjons er partene videre forpliktet til å melde foretakssammenslutningen til Konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 18. Partene må også avvente gjennomføringen av joint venture-samarbeidet til Konkurransetilsynet har behandlet meldingen og frist for pålegg etter konkurranseloven § 18 tredje ledd er utløpt, jf. konkurranseloven § 19. Disse generelle reglene om meldeplikt, gjennomføringsforbud,

---

<sup>5</sup> NOU 2003:12 Ny konkurranselov side 83, punkt 5.4.1

<sup>6</sup> Evensen og Sæveraas side 478 og Kolstad & Ryssdal side 634

<sup>7</sup> Kolstad & Ryssdal side 634

<sup>8</sup> Evensen og Sæveraas side 478

generelle saksbehandlingsregler og frister vil ikke behandles nærmere i oppgaven, men nevnes for å illustrere betydningen for partene av at et joint venture klassifiseres som full funksjons. Oppgaven vil heller ikke behandle hva som anses som et joint venture i selskapsrettslig forstand, idet dette er uten betydning for om et joint venture klassifiseres som en foretakssammenslutning i konkurranseretten. Kravet om at joint venture må være underlagt felles kontroll vil ikke bli behandlet selvstendig, men vil kun behandles i den grad det er nødvendig for å klargjøre innholdet av full funksjons-kriteriet. Joint venture-samarbeid har en side mot konkurranseloven § 10, ettersom samarbeidet vil kunne vurderes etter denne bestemmelsen dersom joint venture ikke anses som full funksjons. Konkurranseloven § 10 vil heller ikke underlegges en selvstendig behandling, men kun behandles hvor det er nødvendig ut fra sammenhengen.

### 1.3 Regelverk og metode

Konkurranseloven § 17 annet ledd er fullt ut harmonisert med hva som er å anse som en foretakssammenslutning etter EU/EØS-reglene.<sup>9</sup> Praksis og tolkningsveiledninger til EU/EØS-reglene får av denne grunn betydning ved vurderingen av hvorvidt joint venture er full funksjons.<sup>10</sup> Dette er også uttrykkelig slått fast i forarbeidene til konkurranseloven § 17.<sup>11</sup> Kommisjonen har publisert en retningslinje, Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 (heretter forkortet Kommisjonens retningslinje), som blant annet, gir veiledning om «joint ventures – the concept of full-functionality». Kommisjonens retningslinje er kun veiledende, og er ikke rettslig bindende.<sup>12</sup> Retningslinjen har likevel stor praktisk betydning, idet den gir en indikasjon på Kommisjonens holdning som Kommisjonen også selv antakelig vil følge. Kommisjonens retningslinje er også hyppig gjenstand for henvisninger i litteraturen, noe som bidrar til å øke dens rettskildemessige vekt.<sup>13</sup> I motsetning til i EU/EØS, hvor alle meldepliktige transaksjoner erklæres enten forenelige eller uforenelige med markedet, avsluttes ikke

---

<sup>9</sup> Artikkel 3.nr 4 i Rådforordning (EF) 139/2004 (fusjonsforordningen) tilsvarer konkurranseloven § 17 annet ledd. Omsetningstærskler bestemmer om en foretakssammenslutning har EU-, EFTA- eller nasjonal dimensjon. Jeg vil ikke gå nærmere inn på beregningen av disse terskelverdiene.

<sup>10</sup> Under den gamle Council Regulation No. 4064/89 var vurderingen hvorvidt joint venture var kooperativt eller konservativt. Et moment i denne vurderingen var om joint venture var en selvstendig/autonom enhet, og denne delen av drøftelsen har dermed relevans også for fortolkningen av dagens regelverk, slik at også saker avsagt under denne reguleringen kan gi veiledning.

<sup>11</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 231

<sup>12</sup> Se TFEU artikkel 288, samt Kommisjonens retningslinje, avsnitt 3 og 4

<sup>13</sup> Bla Ritter 2004 side 519 flg., Iversen m.fl. 2008 side 322 flg., Kolstad & Ryssdal side 628 flg., Evensen & Sæveraas side 481 og 623

meldte foretakssammenslutninger til Konkurransetilsynet med vedtak dersom transaksjonen godkjennes. Etter norsk rett anses saken som avsluttet når fristene for inngrep løper ut.<sup>14</sup> Blant annet denne forskjellen gjør at det finnes lite norsk praksis og veiledning rundt spørsmålet om når et joint venture regnes som full funksjons. Kommisjonens praksis og retningslinje får dermed større betydning, og jeg har derfor valgt å ta utgangspunkt i Kommisjonens retningslinje, og de krav som her oppstilles i analysen av full funksjonskriteriet.

Opprettelsen av joint ventures befinner seg som vist over i et spenningsfelt mellom reglene om atferdskontroll og strukturkontroll. Det kan det være av stor betydning for partene hvilke regelsett som kommer til anvendelse. Ut fra en analyse av Kommisjonens praksis og retningslinje er det per i dag, etter mitt syn, ingen klar genser for når et joint venture skal anses som full funksjons. Det er derfor av særlig interesse å analysere full funksjonskriteriet for å klargjøre hvilket regelsett som kommer til anvendelse for joint ventures.

---

<sup>14</sup> NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov, side 140. Utvalget foreslår på side 141 Konkurransetilsynet må gi en kort begrunnelse for hvorfor det ikke forelå grunnlag for inngrep for saker som er gått over til fase to (se figur 8.14 side 138 i NOU 2012), samt sende skriftlig underretning om at saken er avsluttes uten inngrep for andre saker.

## 2 Rettslig fundament

### 2.1 Vilkårene etter konkurranseloven § 17 annet ledd

Det fremgår av konkurranseloven § 17 annet ledd at det foreligger en foretakssammenslutning når «... *det opprettes et fellesforetak som på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet*». Ordlyden «*opprettes*» tilsier at det kun er nyetableringer omfattes av definisjonen på foretakssammenslutning. Hensynet bak reglene om foretakssammenslutninger er å føre kontroll med strukturendringer i markedet, og ordlyden må tolkes på denne bakgrunn. Bestemmelsen skal derfor ikke tolkes snevert slik at kun nyetableringer rammes av definisjonen.<sup>15</sup> Det vil eksempelvis også kunne foreligge en foretakssammenslutning hvor et foretak eksisterer fra før, og to foretak går sammen og får felles kontroll over dette foretaket.<sup>16</sup> Det kan innledningsvis påpekes at vilkåret om full funksjon i praksis har størst betydning for inngåelse av joint venture-samarbeid som medfører en nystiftelse. Kommisjonens praksis viser at det er av betydning hvordan et joint venture er opprettet. Dersom to foretak går sammen og overtar kontrollen over et allerede eksisterende foretak, viser praksis at Kommisjonen i mange saker fokuserer på om partene oppnår felles kontroll, og presumerer at det allerede eksisterende foretaket vil fortsette å være selvstendig fungerende.<sup>17</sup> Både nystiftede joint ventures, og foretak som allerede driver eksisterende virksomhet som blir underlagt felles kontroll, er i prinsippet underlagt samme vurdering. Det er følgelig ikke materielle forskjeller for de ulike situasjonene, men det kan likevel være greit å ha dette praktiske aspektet i tankene for den videre gjennomgangen.

Leses konkurranseloven § 17 annet ledd i sammenheng med § 17 første ledd bokstav b), fremgår det at de parter som oppretter et joint venture må ha *felles kontroll* for at opprettelsen av joint venture skal anses som en foretakssammenslutning. Samtidig følger det av konkurranseloven § 17 annet ledd at joint venture må være en ”uavhengig økonomisk enhet”. Umiddelbart kan det synes problematisk at disse vilkårene må være

---

<sup>15</sup> Evensen og Sæveraas side 624

<sup>16</sup> Evensen og Sæveraas side 624

<sup>17</sup> Se eksempelvis sak Comp/M.6113 DSM/SINOCHEM/JV, sak Comp/M.6170 First Reserve Fund XII/Finmeccanica/Ansaldo Energia, sak Comp/M.3883 GDF/CENTRICA/SPE. Se også Iversen m.fl. side 327 og Artikkel: Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation, side 11 hvor det fremgår at Kommisjonen i 24 av 43 identifiserte saker, ikke diskuterte full funksjons kriteriet i saker hvor et eksisterende foretak gikk fra å være under enekontroll, til felles kontroll.



oppfylt samtidig. Det følger imidlertid av Kommisjonens retningslinje at kravet til selvstendighet ikke er så strengt at det kreves at joint venturet er selvstendig i relasjon til strategiske beslutninger, nettopp fordi dette ikke vil harmonere med kravet om at joint venturet skal være underlagt felles kontroll. Et joint venture vil være under andres eierskap og spørsmålet blir derfor hvilke bindinger som kan aksepteres mellom joint venturet og eierne uten at joint venturet mister status som uavhengig. Det fremgår av Kommisjonens retningslinje at det er tilstrekkelig at joint venturet er selvstendig i operasjonell forstand.<sup>18</sup> Hva som ligger i dette vil jeg komme nærmere tilbake til nedenfor i punkt 3.3.

---

<sup>18</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 93

## 3 Full funksjons joint ventures

### 3.1 Generelt om full funksjons - kriteriet

Full funksjons-kriteriet er i konkurranseloven § 17 annet ledd formulert som et krav til at joint venturet «*på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet*». Full funksjons-kriteriet er det sentrale vilkåret ved vurderingen av hva som utgjør en foretakssammenslutning etter konkurranseloven § 17 annet ledd. Dette vilkåret skiller joint ventures som utgjør en foretakssammenslutning etter reglene i konkurranseloven kapittel 4 fra joint ventures som faller utenfor disse reglene og som er samarbeid som må vurderes etter konkurranseloven § 10.

Ordlyden i konkurranseloven § 17 annet ledd gir anvisning på et komplekst krav bestående av flere komponenter, uten å spesifisere dette ytterligere. Hensynet bak grensdragningen mellom full- og partiell funksjon, er at det kun er ved full funksjons joint ventures markedet blir tilført en ny aktør, slik at det skjer en strukturendring i markedet. Kommisjonen har i sin retningslinje blant annet gitt veiledning for når et joint venture vil være full funksjons.<sup>19</sup> Kommisjonens retningslinje inneholder slik jeg ser det fire nøkkelpunkter om joint ventures og konseptet om full funksjonalitet;<sup>20</sup>

- 1 Joint venturet må ha tilstrekkelige ressurser til å operere selvstendig på markedet
- 2 Joint venturet må ikke bare overta en del av morselskapenes funksjoner
- 3 Grenser for hvilke kjøp- og/eller salgsrelasjoner som godtas mellom joint venturet og morselskapene
- 4 Joint venturet må drive sin virksomhet på varig grunnlag

Disse kriteriene kan sammenfattes som krav om at joint venturet må ha tilstrekkelige ressurser og være operasjonelt selvstendig på varig grunnlag. I forlengelsen av drøftelsen av hvorvidt joint venturet er full funksjons, aktualiseres spørsmålet om Konkurransetilsynets kompetanse hvor det skjer endringer i joint ventures aktivitet i forhold til det som lå til

---

<sup>19</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnittene 91-109 omhandler «Joint Ventures – the concept of full-functionality»

<sup>20</sup> Kommisjonens retningslinje, se særlig avsnittene 94-97

grunn for drøftelsen av full funksjons-kriteriet. Denne problemstillingen er relevant der joint venturet er ansett å være full funksjons og er blitt klarert etter reglene om fusjonskontroll. Spørsmålet kommer følgelig i etterkant av vurderingen etter konkurranseloven § 17 annet ledd og reiser spørsmål om grensen til konkurranseloven § 10 i etterkant av en klarert foretakssammenslutning. Problemstillingen vil derfor også i denne oppgaven kort behandles etter analysen av full funksjons-kriteriet.

Gjennomgangen som følger vil ta for seg hvert enkelt av de overfor nevnte kriteriene. Det er likevel viktig å understreke at kriteriene er nært knyttet sammen, og også delvis overlappende, noe jeg vil komme tilbake til senere i oppgaven. For å gjøre fremstillingen mest mulig oversiktlig vil jeg ta for meg de enkelte kriteriene for seg, før jeg deretter ser nærmere på det interne forholdet *mellom* de ulike kriteriene.

## **3.2 Joint venturet må ha tilstrekkelige ressurser til å operere selvstendig på markedet**

### **3.2.1 Innledning**

For at kravet om at joint venturet må ha tilstrekkelige ressurser skal være oppfylt, kreves det at det har ledelse og personell som sikrer den daglige driften, samt tilstrekkelig finansielle ressurser og aktiva for å opprettholde driften på varig basis.<sup>21</sup> Kommisjonens retningslinje angir sentrale kriterier for at kravet til uavhengighet skal være oppfylt, men sier lite om hva som konkret kreves. Det er derfor nødvendig å foreta en nærmere analyse av praksis og andre tilgjengelige kilder for å klargjøre hva som skal til for at et joint venture kvalifiserer som full funksjons. Joint ventures kan forekomme i svært mange ulike varianter og i forskjellige bransjer. Det må derfor foretas en konkret vurdering ut fra det enkelte foretak, og normen i vedkommende bransje ved vurderingen av de overnevnte kriteriene.

### **3.2.2 Krav til joint venturets personell**

For at joint venturet skal anses tilstrekkelig selvstendig kreves det, som nevnt over, at det har ledelse og personell til å sikre den daglige driften på en varig basis. Dersom nødvendig personell er ansatt av joint venturet selv, vil kriteriet være innfridd. Det fremgår imidlertid

---

<sup>21</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 94

av Kommisjonens retningslinje at det ikke er et absolutt krav at personellet er ansatt av joint venturet selv, dersom det ikke er vanlig praksis i vedkommende bransje.<sup>22</sup> Det er følgelig en åpning for at personell kan være innleid fra en tredjepart eller fra et vikarbyrå. Kommisjonen åpner i forlengelsen av dette for at personell på visse vilkår også kan være innleid fra morselskapene.<sup>23</sup> Dette kan illustreres av sak **Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH / Davy International Ltd**<sup>24</sup> hvor det opprettede joint venturet hadde egen ledelse, regnskapspersonell, sekretærer og annet personell. Det var ikke til hinder for å anse joint venturet som full funksjons at det i en innledende fase hadde anledning til å motta den ekspertise og det personellet det krevde fra morselskapene.<sup>25</sup> Innleie av personell er ikke til hinder for at joint venturet er full funksjons, dersom innleie av personellet er begrenset til en oppstartsperiode, eller skjer på normale kommersielle vilkår.<sup>26</sup> Dette reiser spørsmål om hva som godtas som en *oppstartsperiode*, samt hva som skal til for at innleie av personellet anses å skje på *normale kommersielle vilkår*.

I forbindelse med spørsmål som reises ved salg til morselskap antyder Kommisjonen i retningslinjen at en oppstartsfase normalt ikke kan overstige tre år, og at dens nærmere varighet må avgjøres ut fra de forhold som gjør seg gjeldende i det aktuelle markedet.<sup>27</sup> Dette tilsier at personell normalt ikke kan være innleid fra morselskapet i mer enn tre år med mindre personellet leies inn etter normale kommersielle vilkår, eller spesielle forhold på det aktuelle markedet tilsier en annen løsning.

Hva som er normale kommersielle vilkår beror på praksis i vedkommende bransje, men det må likevel antas at det må skje til vanlige markedspriser og på en slik måte at joint venturet står fritt til også å rekruttere eget personell eller leie inn personell fra andre enn morselskapene.<sup>28</sup> Ved innleie av personell vil det også være problematisk dersom den kompetansen som er overlatt fra morselskapene til joint venturet kan trekkes tilbake på kort varsel, eller uten at det kreves en begrunnelse.<sup>29</sup> En slik rett vil skape uforutsigbarhet for den

---

<sup>22</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 94

<sup>23</sup> I sak IV/M.527 Thomson / Deutsche Aerospace AG var det ikke til hinder for å anse joint venturet full funksjons at noe av personellet kunne bli innleid fra de involverte foretakene

<sup>24</sup> Sak IV/M.585 Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH / Davy International Ltd., avsnitt 8

<sup>25</sup> Det fremgår ikke av avgjørelsen konkret hvor lenge joint venturet kunne motta ekspertise, og personell fra morselskapet, kun at det var i en «initial period».

<sup>26</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 94

<sup>27</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 93

<sup>28</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt, se også Berquist, Kaltoft & Poulsen, side 80: "Vilkår anses som kommersielle, hvis sælger selv velger, hvem han vil selge til og sælger selv fastsetter sine priser".

<sup>29</sup> Kolstad & Ryssdal, side 629

fremtidige driften av joint venturet og dermed svekke joint venturets mulighet til å opptre uavhengig på varig grunnlag.<sup>30</sup> Oppsummert må det kreves at joint venturet forholde seg til morselskapet på samme måte som til tredjeparter; ved at innleie skjer etter vanlige betingelser i bransjen og at denne tilgangen sikres i et varig tidsrom. Jeg vil komme tilbake til hva som nærmere ligger i kravet om kommersielle vilkår senere i punkt 3.3.2.

Utlån av nøkkelpersonell fra morselskapet til joint venturet kan ut fra kravet til selvstendighet være problematisk, sett fra det synspunkt at slikt personell spiller en større rolle på grunn av sin særskilte kompetanse. Dette underbygges av at opphør av utlån kan få konsekvenser for joint venturets driftsgrunnlag. Nøkkelpersonell innehar en spesiell kompetanse, noe som kan medføre at denne kompetansen kan være vanskelig å innhente fra tredjeparter, dersom avtalen om innleie av nøkkelpersonell fra morselskapene skulle bli brutt. På grunn av sin særskilte kompetanse skaper et slikt leieforhold et avhengighetsforhold til morselskapene.<sup>31</sup> For å sikre at joint venturet kan opptre selvstendig på varig grunnlag, bør joint venturet sikre en tilstrekkelig langvarig avtale om lån av nøkkelpersonell, slik at annet personell, som er ansatt av joint venturet selv, kan opparbeide seg den nødvendige kompetanse dersom de innleide nøkkelpersoner må forlate bedriften.

I sak **Berkshire Hathaway/Converium/Gaum/JV**<sup>32</sup> fremhevet Kommisjonen nettopp at det opprettede joint venturets «... *management are specialists who are not seconded from the parents*». Det som gjelder for vanlig personell må gjelde tilsvarende for nøkkelpersonell. Hvor nøkkelpersonell er innleid i en periode som går utover det som kan anses som joint venturets oppstartsperiode, må leien skje på tilsvarende vilkår som når joint venturet og morselskapene forholder seg til tredjeparter.

### 3.2.3 Krav til joint venturets ledelse

Kravet til uavhengighet vil også gjøre seg gjeldende for joint venturets ledelse. Som nevnt over kan dette kravet imidlertid synes å stå i et spenningsforhold til kravet om at joint venturet må være underlagt morselskapenes *felles kontroll*.

Konkurranseloven § 17 tredje ledd regulerer når felles kontroll anses å foreligge. Det kreves at de faktiske og juridiske rettigheter som tilligger de stiftende selskaper «... gir mulighet til

---

<sup>30</sup> Kolstad & Ryssdal side 629

<sup>31</sup> I denne retning se Kolstad & Ryssdal side 630, Evensen & Sæveraas side 625

<sup>32</sup> Sak COMP/M.3035 Berkshire Hathaway/Converium/Gaum/ JV, avsnitt 9

å utøve *avgjørende innflytelse* over et foretaks virksomhet», jf. konkurranseloven § 17 (3) (min utheving). Bestemmelsen tilsvarer fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 3<sup>33</sup>, og praksis tilknyttet denne bestemmelsen kan dermed gi veiledning for fastleggelsen av hva som ligger i begrepet «avgjørende innflytelse».<sup>34</sup> Spørsmålet er blant annet behandlet i Kommisjonens retningslinje. Hva som ligger i kravet til avgjørende innflytelse vil danne en grense for hva som kreves av joint venturets ledelse, idet det som kreves for å ha avgjørende innflytelse over joint venturet vil være kompetanse som ikke behøver å tilligge joint venturets ledelse for at denne skal anses uavhengig. Spørsmålet om når felles kontroll foreligger vil derfor bli gjennomgått og drøftet.

Kommisjonen fremholder i sin retningslinje at *avgjørende innflytelse* normalt betyr «... *muligheten for at blokkere for dispositioner, der er bestemmende for en virksomheds forretningspolitikk*».<sup>35</sup> Muligheten til å blokkere beslutninger er tilstrekkelig og det kreves ikke en faktisk utøvelse av retten til å blokkere for at felles kontroll anses å foreligge. Slik avgjørende innflytelse kan være tilstede ved at de stiftende selskaper har like eierandeler, eller at et av de stiftende selskaper har vetorett. Vetoretten må knytte seg til «... *beslutninger af afgørende betydning for joint venture-virksomhedens forretningsstrategi*».<sup>36</sup> Det følger videre av Kommisjonens retningslinje at den vetorett som foreligger må gå utover vetorettigheter som normalt tilligger minoritetsaksjonærer.<sup>37</sup> Vetorettigheter som tilligger minoritetsaksjonærer, og som dermed ikke er tilstrekkelig for å konstatere felles kontroll, er beslutninger «... *af afgørende betydning for joint venture-virksomhede så som vedtægtsændringer, kapitalforhøjelse eller -nedsættelse eller likvidation*».<sup>38</sup> Som eksempel på vetorettigheter som derimot avspeiler felles kontroll, nevner Kommisjonen vetorett i beslutninger angående budsjett, driftsplan, større investeringer eller utnevnelse av den øverste ledelse.<sup>39</sup> Dette vil være vetoretter som normalt må være tillagt de stiftende parter i fellesskap for at felles kontroll skal anses å foreligge. Dette innebærer at de overnevnte rettigheter er rettigheter som ikke må tilligge joint venturets ledelse for at joint venturet skal kunne anses som selvstendig fungerende. Det fremgår av Kommisjonens retningslinje at det ikke kreves at de stiftende selskaper har samtlige av de overnevnte vetorettigheter. Dersom

---

<sup>33</sup> Rådsforordning (EF) 139/2004

<sup>34</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 231

<sup>35</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 62

<sup>36</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 65

<sup>37</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 66

<sup>38</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 66

<sup>39</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 67

vetorettigheten(e) som foreligger derimot ikke knytter seg til de punkter som nevnt over, vil det ikke foreligge felles kontroll.<sup>40</sup> Foreligger noen av de overnevnte vetorettigheter må det foretas en samlet vurdering. Det kan ut fra konkrete omstendigheter være tilstrekkelig at det bare noen, eller kun én av vetorettene foreligger for at kravet til felles kontroll skal være oppfylt.<sup>41</sup>

Kommisjonen understreker at det ikke kreves avgjørende innflytelse over den daglige driften av joint venture-virksomheten, for at kriteriet om felles kontroll skal være oppfylt. Det avgjørende vil være om «... *vetoretten er tilstrækkelig til at sætte moderselskaberne i stand til at udøve en sådan indflydelse på beslutninger angående joint venture- virksomhedens strategiske forretningsadfærd*». <sup>42</sup> Spørsmålet om det forelå felles kontroll var oppe for Førsteinstans domstolen i **Air France mot Kommisjonen**.<sup>43</sup> Retten fremhevet at forretningsplanen, som inneholdt de vesentligste retningslinjer for driften av joint venture-virksomheten, var vedtatt av partenes styrende organer i fellesskap og denne kunne ikke endres uten samtykke. Dette var tilstrekkelig for at de involverte parter hadde avgjørende innflytelse over joint venturet, og dermed felles kontroll.<sup>44</sup>

Hva som kreves for å oppnå felles kontroll synes å harmonere med det som er lagt til grunn i Kommisjonens retningslinje, hvor det fremgår at joint venturet må «... *have en ledelse, der helliger seg til virksomhedens daglige aktiviteter*». <sup>45</sup> Kommisjonen synes å legge til grunn at joint ventures ledelse må ha ansvar for den daglige driften, og den daglige praktiske organiseringen av joint venturet. At joint venturet må ha en ledelse som er dedikert til den daglige driften, er et utslag av at joint venturet må være en uavhengig enhet på markedet for å være full funksjons. At de stiftende foretak vil ha avgjørende innflytelse over joint venturet medfører at det naturlig trekkes en grense for kompetansen til joint ventures ledelse hva gjelder overordnet forretningsstrategi.<sup>46</sup> Ut fra det overstående kan en som hovedregel si at de stiftende selskap må ha kontroll over joint ventures overordnede strategi og forretningsplan, mens joint ventures ledelse må ha ansvaret for å gjennomføre de planer fastsatt av de stiftende selskaper på daglig basis.

---

<sup>40</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 73

<sup>41</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 68

<sup>42</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 67

<sup>43</sup> Sak T-2/93 Air France mot Kommisjonen

<sup>44</sup> Sak T-2/93 Air France mot Kommisjonen, se særlig avsnitt 65

<sup>45</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 94. I den engelske versjonen fremgår det at joint venturet “must have a management dedicated to its day-to-day operations”, avsnitt 94

<sup>46</sup> Se også Dragvoll side 60

I sak **Smith & Nephew/Beiersdorf/JV**<sup>47</sup> fremhevet Kommisjonen at joint venturet ville ha «... *its own management, which will have responsibility for the day to day operation of the JV and the implementation of the JV's strategy*». Saken gir uttrykk for en slik kompetansefordeling som beskrevet over, hvor joint ventures ledelse skal ta seg av den daglige driften og gjennomføre den overordnede strategi som vil være fastlagt av de stiftende foretak.<sup>48</sup>

Innenfor sitt kompetanseområde kreves det at joint ventures ledelse må være i stand til å ivareta joint ventures interesser og gjennomføre den fastsatte forretningsstrategi på best mulig måte.<sup>49</sup> Ut fra dette er det ikke utelukket at joint ventures ledelse er utnevnt av eierne.<sup>50</sup> Evensen og Sæveraas tar imidlertid til orde for at det vil være mer problematisk om ledende personell er ansatt i morselskapene og utleid, nettopp fordi de da vil måtte forholde seg lojalt også til morselskapenes kommersielle interesser.<sup>51</sup> En slik lojalitetsplikt øker faren for en samordning mellom morselskapene og joint venturet, hvilket svekker joint ventures uavhengighet.

I sak **ECT/PONL/EUROMAX**<sup>52</sup> var partene selv av den oppfatning at joint venturet ikke ville være full funksjons, blant annet fordi joint ventures kompetanse i en del saker<sup>53</sup> var betinget av en skriftlig forhåndsgodkjennelse fra styret. Kommisjonen fant imidlertid at joint venturet var å anse som full funksjons. Joint ventures ledelse hadde ansvar for å administrere og representere joint venturet og ut fra dette la Kommisjonen til grunn at «*The areas which require prior written consent of the Supervisory Board do not put into question the managerial autonomy*». Kommisjonen understreket at styret ikke ville ha «... *any direct influence with regard to Euromax's commercial relationship with its customers. It will be the task of the management of Euromax to attract PONL's partners as well as third parties and to negotiate their rates*».<sup>54</sup> Saken understreker viktigheten av at joint ventures ledelse er

---

<sup>47</sup> Sak COMP/JV.54 Smith & Nephew /Beiersdorf/JV, avsnitt 9

<sup>48</sup> Se også sak COMP/M.6564 ARM/GIENSECKE & DEVRIENT/GEMALTO/JV, avsnitt 10 b)

<sup>49</sup> Forretningsstrategien vil da være fastsatt av de stiftende foretak, slik at det er selvstendighet i gjennomføringen som omtales her.

<sup>50</sup> Se også Evensen og Sæveraas side 625

<sup>51</sup> Evensen & Sæveraas side 625

<sup>52</sup> COMP/M.3576, ECT/PONL/EUROMAX

<sup>53</sup> Hvilke saker dette dreide seg om er i dommen unntatt offentlighet

<sup>54</sup> Sak COMP/M.3576, ECT/PONL/EUROMAX, avsnitt 12



uavhengig når det kommer til den daglige driften, herunder kontakt med kunder, tredjeparter og ved fastsettelse av priser.<sup>55</sup>

Ut fra den gjennomgåtte praksis synes det ikke som at det stilles strenge krav til joint venture-ledelsens uavhengighet. Også Iversen m.fl. fremholder at «... *kravet om en uafhængig ledelse (synes) kun at spille en underordnet rolle*».<sup>56</sup> I mange saker nøyer Kommisjonen seg med å konstatere at joint venture vil ha en egen ledelse dedikert til den daglige driften, uten å foreta en nærmere analyse av hva som ligger i dette.<sup>57</sup>

Grensedragningen synes å gå ved den daglige driften av virksomheten. At overordnede spørsmål er overlatt til morselskapene er ikke til hinder for at ledelsen anses tilstrekkelig uavhengig, så lenge ledelsen tar seg av den daglige kontakten med kunder og andre markedsaktører, samt andre daglige gjøremål.<sup>58</sup>

I Kommisjonens retningslinje fremgår det at felles kontroll også kan foreligge på de facto grunnlag gjennom et interessefellesskap uten at dette er kommet til uttrykk i vetorettigheter.<sup>59</sup> Dersom interessefellesskapet skaper en gjensidig avhengighet mellom morselskapene med hensyn til joint venture virksomhetens mål, vil de facto kontroll være tilstede. Som eksempel på hvordan et slikt interessefellesskap kan oppnås, nevnes det tilfellet at hvert av morselskapene yter et bidrag til joint venture virksomheten som er av avgjørende betydning for dens drift, eksempelvis i form av teknologi, know how eller leveringsavtaler. Det fremgår av Kommisjonens retningslinje at morselskapene i slike tilfeller vil kunne blokkere for strategiske beslutninger i joint venture virksomheten og at dens suksess derfor avhenger av enighet mellom morselskapene, slik at det foreligger felles kontroll uten at det eksiterer noen uttrykkelig vetoett.<sup>60</sup> Kommisjonen beskriver her en alternativ måte for hvordan morselskapene kan ha felles kontroll. Det kan imidlertid reises spørsmål om hvorvidt denne formen for felles kontroll er forenelig med kravet om at joint venture skal være full funksjons. Som det vil fremgå av drøftelsen under, kreves det at joint venture eier, eller har adgang til, tilstrekkelige ressurser for å bli ansett som full funksjons. Videre henger kravet til ressurser nøye sammen med kravet til varighet. Dersom morselskapene har de facto kontroll gjennom muligheten til å trekke tilbake teknologi, know

---

<sup>55</sup> Se også Bergquist, Kaltoft & Poulsen side 77

<sup>56</sup> Iversen m.fl. side 325

<sup>57</sup> Se eksempelvis sak COMP/JV.54 – Smith & Nephew/Beiersdorf/JV, avsnitt 9 og sak COMP/JV.44 - HITACHI / NEC - DRAM/ JV, avsnitt 11, Iversen m.fl. side 325

<sup>58</sup> I denne retning, Iversen m.fl., side 325

<sup>59</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 77 flg.

<sup>60</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 77

how eller leveringsavtaler, vil det oppstå konflikt med kravet om at joint venture må ha tilstrekkelige ressurser til å opptre på varig grunnlag. Jeg vil nedenfor gjennomgå hvilke krav som stilles til finansielle ressurser og aktiva, for deretter diskutere hvorvidt dette er forenelig med den måten Kommissjonen legger til grunn at felles kontroll kan oppnås på.

### 3.2.4 Krav til finansielle ressurser og aktiva

Det fremgår av Kommissjonens retningslinje at joint venture må «... *have adgang til tilstrækkelige ressurser, herunder finansielle midler, personale og aktiver (materielle og immaterielle) for derved at kunne udøve sine forretningsmæssige aktiviteter på et varigt grundlag på de områder, der er foreskrevet i joint venture-aftalen*». <sup>61</sup> Formuleringen i retningslinjen viser at det stilles både et kvalitativt og et kvantitativt ressurskrav.

Formuleringen «adgang til», tyder på at det ikke kreves at joint venture selv har eierskap til ressursene, men at adgang til de aktuelle ressurser er tilstrekkelig. <sup>62</sup> Kommissjonen la en slik tolkning til grunn i **KLM/Alitalia** hvor det fremgår at «... *as to the access to capacity, the Merger Regulation requires that the joint venture has access to all the necessary resources, but does not require that the joint venture be the owner of such resources. The parents may very well retain property ownership rights over the resources, which are made available to the joint venture. The fact that the joint venture operates on the basis of a given infrastructure (i.e. the capacity provided by the parents) does not undermine its full functionality*». <sup>63</sup> Ut fra denne saken synes det som om ren tilgang til ressursene er tilstrekkelig. Ser man imidlertid kravet til ressurser i sammenheng med kravet til at joint venture må være uavhengig fra morselskapene, samt kravet til varighet, kan en slik «naken» adgang være utilfredsstillende. Dette gjelder i særlig grad dersom tilgangen kan opphøre uten varsel eller begrunnelse. Varighetskriteriet innebærer at joint venture over tid må kunne disponere over de ressurser som er nødvendige for å opptre uavhengig av morselskapene. <sup>64</sup> Dersom partene står fritt til å trekke nødvendige ressurser tilbake vil ikke

---

<sup>61</sup> Kommissjonens retningslinje, avsnitt 94

<sup>62</sup> Dette illustreres også av den engelske oversettelsen, hvor det fremgår at joint venture må ha «...access to sufficient resources»

<sup>63</sup> Sak COMP/JV.19 KLM/Alitalia, avsnitt 16

<sup>64</sup> Kommissjonens retningslinje avsnitt 103, se Kolstad & Ryssdal side 629

varighetskriteriet være oppfylt, idet joint venture da ikke vil ha et sikkert, langsiktig forretningsgrunnlag.<sup>65</sup>

For å sikre at joint venturet vil ha adgang til de ressurser som er nødvendige for å kunne opptre selvstendig på varig grunnlag, bør adgangen de til aktuelle ressurser kontraktsfestes hvor eierrådigheten forblir hos morselskapene.<sup>66</sup> Dette ble gjort i sak **ENEL/FT/DT**<sup>67</sup>, ved at joint venturet fikk en kontraktsfestet adgang til morselskapets eksisterende telekommunikasjonsnettverk. Joint venturet sikret dermed sin adgang og full funksjonskriteriet var oppfylt. Det må ut fra dette kreves at joint venturet har kontrollen over de nødvendige ressurser, selv om eierrådigheten over disse forblir hos de stiftende selskaper eller andre tredjeparter.<sup>68</sup>

Det kan imidlertid reises spørsmål om hovedregelen er at eierskap til ressursene kreves, slik at tilfellene hvor det kun foreligger adgang må spesielt begrunnes, eller om adgang uten videre er akseptabelt såfremt denne sikres gjennom avtale.

I **Thomson/Lucas**<sup>69</sup> ble forskning og utvikling av produktene i stor grad gjort av morselskapene, uten at dette var til hinder for å anse joint venturet for full funksjons. Kommisjonen bemerket at bakgrunnen for denne ordningen var «... *the highly complex technology employed in the R&D, as well as to the need to use it for other applications engaged by the parties, making it both impracticable and inefficient to transfer these activities entirely to the joint venture*».<sup>70</sup> At Kommisjonen begrunner *hvorfor* tilgang godtas, kan ses som en indikasjon på at hovedregelen er at joint venturet selv må eie de aktuelle ressursene. Kommisjonens praksis er imidlertid ikke entydig og formuleringen i Kommisjonens retningslinje tilsier at det ikke kan oppstilles noen hovedregel om eierskap. Ut fra dette må det anses tilstrekkelig at joint venturet blir gitt adgang til de aktuelle rettighetene, gitt at adgangen sikres på en slik måte at kontrollen ligger hos joint venturet, selv om eierskapet over ressursene forblir hos morselskapene.

---

<sup>65</sup> Kolstad & Ryssdal side 629

<sup>66</sup> Se Kolstad & Ryssdal side 629 hvor det fremgår at vilkåret ikke vil "være oppfylt der en av partene står fritt til å foreta oppsigelser av nødvendige avtaler om immaterielle rettigheter, teknologi, produksjon eller kompetanse overlatt til joint venturet på kort varsel eller uten å måtte gi noen begrunnelse for oppsigelsen."

<sup>67</sup> Sak IV/JV.2 ENEL/FT/DT, se særlig avsnitt 13

<sup>68</sup> Evensen & Sæveraas side 625

<sup>69</sup> Sak IV/M.1332, Thomson/Lucas

<sup>70</sup> Sak IV/M.1332, Thomson/Lucas, avsnitt 7

Et slikt krav om at kontrollen over ressursene må ligge hos joint venturet står ikke i sammenheng med det overfor nevnte, om at morselskapene kan oppnå de facto felles kontroll ved å kunne trekke tilbake viktige ressurser. Foreligger slik de facto kontroll vil ikke joint venturet være sikret ressursene på langvarig basis og kan derfor ikke anses selvstendig fungerende på varig grunnlag. For joint venture-tilfellene må løsningen derfor bli at felles kontroll må etableres på annen måte enn gjennom de facto kontroll som etableres ved rett til å tilbaketrekke viktige ressurser.

*Hva slags* ressurser som kreves, vil bero på hvilket marked joint venturet skal operere i, og beror dermed på en konkret vurdering ut fra hva som er vanlig i vedkommende bransje. Eksemplene som følger vil være en generell eksemplifisering av hva som kan kreves av ressurser, uten å være uttømmende.

For å kunne operere selvstendig må joint venturet blant annet ha egne *finansielle ressurser*. Kravene til kapitalgrunnlag må vurderes ut fra det enkelte joint ventures behov. Joint venture-avtalen mellom de stiftende foretak vil normalt indikere intensjonene med joint venture-samarbeidet. Avtalen vil normalt gi en indikasjon på hvilket marked joint venturet er tiltenkt å operere i, samt gi en oversikt over hvilke ressurser som kreves for at joint venturet skal oppfylle de fastsatte intensjoner.<sup>71</sup> En slik intensjonsavtale vil derfor ofte kunne gi et bilde av hva som er nødvendig kapitalgrunnlag, og kan dermed brukes som vurderingsgrunnlag når en skal se hvorvidt joint ventures finansielle ressurser er tilstrekkelige til at det kan handle for egen regning og risiko, og slik være en selvstendig uavhengig enhet.

I sak **VIAG/Orange UK**<sup>72</sup> oversteg de investeringene som var lagt til grunn i joint ventures forretningsplan den fastsatte egenkapital. Joint venturet skulle etablere et nettverk for mobiltelefoner og var tildelt konsesjon for å drive slik virksomhet. For å sikre at joint venturet kunne utnytte den konsesjonen de var tildelt, forpliktet de stiftende selskaper seg til å bidra med ytterligere midler, og joint venturet ble dermed sikret økonomisk uavhengighet. Sak **Mannesmann/Hoesch**<sup>73</sup> gir eksempel på en tilsvarende løsning. Det fremgår av avgjørelsen at «*The parties have agreed to provide MHP (the joint venture) with the necessary financial resources for its business development in proportion to their*

---

<sup>71</sup> Faull & Nikpay side 439

<sup>72</sup> Sak IV/JV.4 VIAG/Orange UK, se særlig premiss 13

<sup>73</sup> Sak IV/M.222 Mannesmann/Hoesch

*shareholdings, if these cannot be met out of its own resources and unless more favorable financing can be found elsewhere».*<sup>74</sup> Sakene illustrerer at det ikke kreves at joint venturet har alle finansielle ressurser på plass fra oppstarten, men at det kreves at tilstrekkelig finansielle ressurser er sikret fremover slik at joint venturet på sikt kan opptre økonomisk selvstendig.

I sak **TXU Europe/ EDF-London Investments**<sup>75</sup> skulle joint venturets virksomhet finansieres delvis gjennom kontantinnskudd fra morselskapene, og delvis ved banklån anskaffet med hjelp fra morselskapene. Kommisjonen kom til at ordningen gjorde joint venturet i stand til å finansiere sine aktiviteter selvstendig fra morselskapene og joint venturet ble ansett å være full funksjons. Saken skiller seg fra de to førstnevnte ved at morselskapet ikke selv forpliktet seg til å yte bidrag, men indirekte bidro ved å hjelpe joint venturet å skaffe banklån fra en tredjepart.

I sak **Teneo/Merrill Lynch/Bankers Trust**<sup>76</sup> ble joint venturet imidlertid ikke ansett full funksjons. Kommisjonen pekte på flere momenter i vurderingen av om joint venturet var full funksjons, herunder at joint venturets kapitalbehov var høyere enn joint venturets egenkapital. Joint venturets eiendeler skulle derfor finansieres ved opptak av lån fra morselskapene. Kommisjonen kom, som nevnt over, til at joint venturet ikke var full funksjons. Avgjørelsen kan ikke tolkes slik at dette skyldes den finansielle situasjonen alene, men det synes som om den var en del av begrunnelsen for at joint venturet ikke tilfredsstilte full funksjons-kravet. Avgjørelsen kan tyde på at opptak av lån må skje hos en tredjepart og ikke fra morselskapene, for at joint venturet skal kunne anses finansielt uavhengig. Iversen m.fl. tar til orde for en slik løsning. De legger til grunn at finansiering kan skaffes indirekte ved at joint venture-partnerne hjelper joint venturet å etablere bankkreditt, men fremholder med henvisning til sak **Teneo/Merrill Lynch/Bankers Trust** at det «... *derimod er knapt så heldig, hvis et joint ventures kredittfasiliteter i det vesentligste består af lån fra joint venture-partnerne*».<sup>77</sup> Standpunktet begrunnes imidlertid ikke, og det kan reises spørsmål ved om det er tilstrekkelige holdepunkter for en slik løsning, og/eller særskilte hensyn som begrunner et slikt standpunkt. Finansielle ressurser gir joint venturet frihet og mulighet til å skaffe de ressurser som er nødvendige for å kunne opptre som en uavhengig aktør i det

---

<sup>74</sup> Sak IV/M.222 Mannesmann/Hoesch, del III, premiss 8

<sup>75</sup> Sak Comp/JV.36 TXU Europe/ EDF-London Investment, se særlig premiss 17

<sup>76</sup> Sak IV/M.722 Teneo /Merrill Lynch /Bankers Trust, se særlig premiss 14 og 15

<sup>77</sup> Iversen m.fl. side 323

aktuelle markedet. Et synspunkt kan være at morselskapene gis innflytelse over joint ventures anskaffelser, dersom tilgang til finansielle ressurser avhenger av kreditt fra morselskapene, og at låneopptak derfor må skje fra en tredjepart.

Det er vanskelig å si hvor stor vekt momentet om at joint ventures finansiering skulle skje ved låneopptak fra morselskapene hadde å si for avgjørelsen om at joint venturet ikke var full funksjons i overnevnte sak, **Teneo/Merrill Lynch/ Bankers Trust**.<sup>78</sup> I tillegg til å skulle finansiere sitt kapitalbehov med lån fra morselskapene, manglet joint venturet eget personell og tekniske ressurser. Kommisjonen kom til at partene ikke hadde intensjoner om at joint venturet skulle være full funksjons på varig grunnlag. At Kommisjonen fremhevet at joint venturet manglet andre ressurser enn finansielle, tyder på at det faktisk at joint venturet skulle dekke kapitalbehov med låneopptak fra morselskapene alene ikke utelukket at joint venturet var full funksjons. Avgjørelsen kan etter min mening ikke tolkes dit hen at det er utelukket at joint venturet kan dekke finansielt behov ved låneopptak hos morselskapene.

Det fremgår av sakene over, sak **Mannesmann/Hoesch**<sup>79</sup> og sak **VIAG/Orange UK**<sup>80</sup>, at Kommisjonen har godtatt at morselskapene forplikter seg til å yte ytterligere midler til joint venturet for å sikre deres finansielle behov. Dette tyder på at finansiering gjennom bidrag fra morselskapene er uproblematisk, og en kan derfor stille spørsmål ved hvorfor situasjonen skulle være annerledes dersom det finansielle behovet dekkes gjennom låneopptak fra morselskapet. Argumentet om at morselskapet kan gis innflytelse over joint ventures anskaffelser er, etter mitt syn, ikke mer treffende i de tilfeller der dekning av kapitalbehov skal skje ved låneopptak, enn der det skal skje ved finansielle bidrag. Dersom joint venturet sikres tilgang til tilstrekkelige finansielle ressurser må det, etter min oppfatning, ikke være avgjørende om det skjer ved låneopptak eller bidrag fra morselskapene. Her, som ellers, må det avgjørende være om tilgangen til finansielle ressurser er sikret på en slik måte at joint venturet kan opptre selvstendig på varig grunnlag. Basert på de tilgjengelige rettskilder ser jeg ikke noe grunnlag for å utelukke at joint ventures som sikrer sine finansielle ressurser ved låneopptak fra morselskapene, skal kunne kvalifisere som full funksjons. En må da falle tilbake på de generelle kravene til at joint venturet må ha sikret seg tilgang og kontroll over de nødvendige finansielle ressurser.

---

<sup>78</sup> Sak IV/M.722 Teneo/Merrill Lynch/Bankers Trust

<sup>79</sup> Sak IV/M.222 Mannesmann/Hoesch, se særlig punkt III

<sup>80</sup> Case No IV/JV.4 VIAG/Orange UK, se særlig premiss 13

Hva gjelder andre ressurser, kan det ut fra joint venturets virksomhet kreves at det har egne teknologiske ressurser, eget produksjonsutstyr, produksjonslokaler og annet materielt utstyr. Hvilke krav som stilles vil i denne sammenheng være svært avhengig av joint venturets virksomhet. Et joint venture som eksempelvis er tiltenkt å produsere skip vil naturligvis ha et annet behov for materielt utstyr enn et joint venture som opererer i legemiddelbransjen. Også her vil avtalen for joint venture-samarbeidet kunne gi veiledning for hva som kreves. Hva gjelder immaterielle rettigheter er det viktig at joint venturet har sitt eget firmanavn og eget varemerke som gjør det mulig å skille joint venturet fra morselskapene.<sup>81</sup> Det kreves imidlertid ikke at joint venturet er skilt ut som et eget rettssubjekt. I sak **KLM/Alitalia**<sup>82</sup> anså Kommisjonen en kontraktbasert allianse som et full funksjons joint venture.

I **Thomson/ Deutsche Aerospace AG**<sup>83</sup> fant Kommisjonen det tilstrekkelig at de aktuelle immaterielle rettighetene ville bli «... *assigned or (if the parties have independent applications for the rights) either licensed to the joint ventures for their duration or assigned to them and then licensed back*». At utnyttelse gjennom lisens godtas innebærer at morselskapene også kan utnytte samme rettigheter og det stilles følgelig ikke krav om at de aktuelle immaterielle rettigheter må være gitt joint venturet til eksklusiv bruk. Det må imidlertid her, som ellers, kreves at lisensen ikke kan kalles tilbake før en tilstrekkelig varig periode har gått. Rettighetene må med andre ord sikres for en viss periode. Såfremt denne perioden er tilstrekkelig varig, er den tidsbegrensede lisensen ikke til hinder for å regne joint venturet som full funksjons.<sup>84</sup>

### 3.3 Joint venturet må være operasjonelt selvstendig

#### 3.3.1 Innledning - Generelt om kravet til operasjonell selvstendighet

I kommisjonens retningslinje heter det at «*Selvstendig funksjon innebærer i alt vesentlig, at et joint venture må være aktivt på et marked, hvor det varetager de funksjoner, der normalt varetages af andre virksomheder, som opererer på det samme marked*».<sup>85</sup> Ordlyden i Kommisjonens retningslinje tilsier at joint venturet må tilfredsstillere et aktivitetskrav for å

---

<sup>81</sup> Kolstad & Ryssdal side 630

<sup>82</sup> Sak IV/M.19 KLM/Alitalia

<sup>83</sup> Sak IV/M.527 Thomson/ Deutsche Aerospace AG, premiss 10

<sup>84</sup> Se sak IV/JV.11 - \* @HOME BENELUX B.V., punkt 9, se også Iversen m.fl. side 324

<sup>85</sup> Kommisjonens retningslinje avsnitt 94

være full funksjons. Kommisjonens uttalelse kan imidlertid ikke innebære at det gjelder et aktivitetskrav på notifikasjonstidspunktet. Dette ville være i strid med prinsippet om at foretakssammenslutninger skal meldes før gjennomføring, samt gjennomføringsforbudet som gjelder frem til klarering etter konkurranseloven §§ 18 og 19. For et nyoppstartet joint venture vil det være naturlig at det går noe tid i etableringsfasen før joint venturet kan spille en aktiv rolle på markedet, og det kan ikke kreves noen umiddelbar aktivitet fra joint ventures side.<sup>86</sup> Dette er også anerkjent av Kommisjonen som godtar at joint venturet avhenger av morselskapene i en oppstartsperiode.<sup>87</sup> Hva som nærmere ligger i dette vil behandles under punkt 3.3.4.

Kravet til operasjonell selvstendighet relaterer seg til tilfeller hvor joint venturet er tilknyttet de stiftende foretak og reiser særlige spørsmål til situasjoner hvor det skjer salg til, eller kjøp fra, morselskapene. Ved kjøp og salg er det sentralt om joint venturet, uavhengig av denne handelen, kan utøve en aktiv rolle på markedet ellers. Det må følgelig avgrenses mot joint ventures som kun overtar en spesifikk funksjon for morselskapene, uten selvstendig tilgang til markedet, eksempelvis produksjon eller forskning.<sup>88</sup> I slike tilfeller vil joint venturet kun fungere som bidragsyter til morselskapenes forretningsvirksomhet, fremfor selv å delta på markedet. Markedet blir her ikke tilført en ny konkurrent, og det skjer dermed ikke en strukturendring som aktualiserer at det opprettede joint venturet skal omfattes av kontroll med foretakssammenslutninger.

At joint venturet benytter seg av morselskapets salgs og distribusjonskanaler utelukker ikke at det kvalifiserer som selvstendig fungerende, så lenge morselskapene kun opptrer som agent for joint venturet.<sup>89</sup> Sondringen kan illustreres av **TNT/Canada Post**.<sup>90</sup> Fem postoperatører (de fem) og TNT, et holdingselskap for ulike TNT-selskap, inngikk et joint venture-samarbeid. Som et ledd i samarbeidet ble internasjonal ekspressleverings virksomhet, og virksomhet tilknyttet ekspresslevering av gods i Europa overført til joint venturet. I tillegg ble tilhørende eiendeler, nødvendig utstyr, nettverkssystem, personell, kundelister, immaterielle rettigheter og goodwill overført, mot at de involverte parter hver fikk 50 prosent andel i joint venturet. I avtalen lå det også en rett for joint venturet til å tilby sine produkt/tjenester gjennom salgskanalene/postkontorene til de fem, samt en to-årig

---

<sup>86</sup> Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn av Dragvoll side 56-57.

<sup>87</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 97

<sup>88</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 95

<sup>89</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 95

<sup>90</sup> Sak IV/M.102 – TNT/Canada Post etc.



eksklusivitetsavtale på denne retten. Kommisjonen kom til joint venturet ville være en autonom enhet i kommersiell, finansiell og operasjonell forstand. Tilgangen til morselskapenes postutsalg var ikke utslagsgivende da dette ville skje «... on an agency basis».<sup>91</sup> Kommisjonen understreket at den kommersielle risiko og det administrative- og driftsmessige ansvar ville påhvile joint venturet, også hvor det benyttet seg av morselskapets utsalgskanaler.<sup>92</sup> Det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, hvor det vil være sentralt om joint venturet har det overordnede ansvar, og kommersielle risiko. Det er heller ikke til hinder for å anse joint venturet som full funksjons at det mottar generelle råd og støtte fra morselskapet, så lenge joint venturet ikke er avhengig av denne støtten, og selv er ansvarlig for driften.<sup>93</sup>

Der joint ventures virksomhet knytter seg til kjøp og salg av faste eiendommer må det foretas en nærmere vurdering av joint ventures rolle. Det fremgår av Kommisjonens retningslinje at det normalt kreves at joint venturet aktivt administrerer en eiendomsportefølje på selvstendig grunnlag på markedet for at det skal bli ansett å være full funksjons.<sup>94</sup> Dette innebærer at joint venturet må opptre som en selvstendig aktør på markedet, i motsetning til kun å kjøpe og besitte eiendommer ervervet med midler fra morselskapene. Det fremgår av Kommisjonens retningslinje at dersom joint venturet kun er opprettet som holdingselskap av finansielle eller skattemessige grunner for eierne, vil joint venturet normalt mangle egne ressurser, og vil ikke kvalifisere som full funksjons.<sup>95</sup> Full funksjons-vurderingen hvor joint venturet fungerer som holdingselskap for fast eiendom baserer seg på de samme kriteriene som for andre joint ventures, men nevnes spesielt fordi spørsmålet om full funksjonalitet ofte reises i tilfeller der joint ventures fungerer som holdingselskap.<sup>96</sup> Jeg velger derfor å nevne denne situasjonen spesielt, men foretar ikke en mer inngående behandling av spørsmålet, ettersom de kriteriene som gjennomgås i det videre også vil gjøre seg gjeldende for denne situasjonen.

Kommisjonen angir i avsnitt 97 i retningslinjen at «*Hvis moderselskapene i markant grad er til stede på tidligere eller senere omsætningstrin, er det en faktor, der må tages med i betragtning ved vurderingen af et joint ventures karakter af selvstændig fungerende*

---

<sup>91</sup> Sak IV/M.102 – TNT/Canada Post etc., avsnitt 13

<sup>92</sup> Sak IV/M.102 – TNT/Canada Post etc., avsnitt 13 flg.

<sup>93</sup> Se sak COMP/M.6490 EADS/ISRAEL AEROSPACE INDUSTRIES/JV, avsnitt 6

<sup>94</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 96

<sup>95</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 96

<sup>96</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 96

*virksomhed, når det resulterer i omfattende salg eller køb mellom moderselskaperne og deres joint venture»* . Tette handelsrelasjoner kan påvirke joint ventures uavhengighet og det må derfor vurderes konkret hvordan handelsforholdet mellom joint venturet og morselskapene påvirker joint ventures uavhengighet.

### 3.3.2 Salg fra joint venturet til morselskap(ene)

Ved salg til morselskapene er vurderingskriteriet «*Hvorvidt joint venture-virksomheden uanset dette salg er indrettet til at spille en aktiv rolle på markedet og kan anses for rent funksjonsmessigt at være økonomisk selvstendig*».<sup>97</sup> En viktig faktor for å avgjøre om joint venturet vil kunne opptre selvstendig på markedet vil være hvor stor del den relative andelen av kjøp og salg som skjer mellom joint venturet og morselskapene utgjør.<sup>98</sup> Kommisjonen understreker at det ikke kan fastsettes en fast prosentandel som er akseptabelt eller ikke, men at en prosentandel på handel med tredjeparter på over 50 % indikerer full funksjonalitet. Dersom prosentandelen handel med tredjeparter er under dette nivået kreves det at forholdet mellom joint venturet og morselskapene må være «*truly commercial in character*».<sup>99</sup> Dersom dette kravet er tilfredsstillt åpner Kommisjonen for at det er tilstrekkelig at joint ventures andel handel med tredjeparter er 20 % av den totale handelen.<sup>100</sup>

Det er dermed av interesse å se nærmere på hva som ligger i kravet til at handel må skje på kommersielle vilkår, da dette vil være bestemmende for om det er akseptabelt at joint ventures handel med andre enn morselskapet er lav. Vurderingen vil være fremtidsrettet og det er derfor også av interesse å se nærmere på hvilke krav som stilles til partene for å godtgjøre at det fremtidige salg vil ligge på det nivå som er lagt til grunn av partene selv. Det fremgår av retningslinjen at jo større andel av salg som vil bli gjort til morselskapene, dess større er behovet for at det fremlegges bevis for at forholdet er av kommersiell karakter.<sup>101</sup> Kommisjonen viser i retningslinjen til sakene **Zeneca/Vanderhave**<sup>102</sup> og **Bayer/Hüls**.<sup>103</sup> De nevnte sakene viser imidlertid kun at handel mellom joint venturet og morselskapene skulle skje på armlengdes vilkår, uten noen nærmere drøftelse eller begrunnelse for hvorfor de la dette til grunn. Sakene gir ingen veiledning for hva som kreves

<sup>97</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 98

<sup>98</sup> Faull & Nikpay s. 440

<sup>99</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 98

<sup>100</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 98

<sup>101</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 98

<sup>102</sup> Sak IV/M.556 Zeneca/Vanderhave

<sup>103</sup> Sak IV/M.751 Bayer/Hüls

for at handelen skal anses å skje på armlengdes vilkår, og det er derfor nødvendig å se hen til andre kilder for å få klarhet i hva som ligger i kravet.

Kravet til at handelen må skje på kommersielle vilkår innebærer at joint venturet må gjøre handel med den som tilbyr best betingelser, herunder pris, uavhengig av om dette er morselskap eller en tredjepart.<sup>104</sup> Innenfor selskapsretten og skatteretten gjelder et prinsipp om at konserninterne transaksjoner må skje på en armlengdes avstand. Dette prinsippet er blant annet kommet til uttrykk i aksjeloven § 3-9. Kravet til armlengdes avstand er et uttrykk for at transaksjoner skal gjennomføres på tilnærmet like vilkår som om transaksjonen ble gjennomført mellom to uavhengige parter. Partenes ytelse skal etter prinsippet i utgangspunktet være likeverdige. Dette innebærer at avvik fra normale vilkår krever en forretningsmessig begrunnelse.<sup>105</sup> Overført til situasjonen hvor det skjer kjøp og salg mellom joint venturet og morselskapene, må handelen i utgangspunktet skje til markedspris. Dersom en markedspris ikke lar seg fastsette må andre beregninger benyttes, eksempelvis hva det koster å produsere varen med tillegg for leverandørfortjeneste for ytelsen.

Det fremgår av Kommisjonens retningslinje at jo større andel av salget som forventes å gå til morselskapet, dess strengere krav stilles til *klart belegg* for at forholdet til morselskapene er basert på forretningsmessige betingelser.<sup>106</sup> Det er dermed opp til partene å godtgjøre at handelen som skjer dem imellom er basert på forretningsmessige vilkår. At det kreves *klart belegg* tyder på at kravet til holdepunkter for at handelen skjer på forretningsmessige vilkår er strengt. Det kan imidlertid ikke oppstilles krav om klar sannsynlighetsovervekt. I **Gran & Ekran-saken**<sup>107</sup> kom Høyesterett, under henvisning til nyere praksis, til at det ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven må kreves klar sannsynlighetsovervekt.<sup>108</sup> Beviskravet ble begrunnet med at ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er en administrativ sanksjon som har karakter av straff etter EMK artikkel 6. Dersom det ikke er snakk om en slik sanksjon med karakter av straff må vanlig sannsynlighetsovervekt etter dette være tilstrekkelig. Det kreves ut fra dette at partene fremlegger klare holdepunkter for at handel med morselskapet er basert på forretningsmessige betingelser, men at vanlig sannsynlighetsovervekt for at dette er tilfellet er tilstrekkelig. Slike holdepunkter kan være fremleggelse av at prisen på ytelsen tilsvarende markedspris, eller at prisen er fundert på hva

---

<sup>104</sup> Bergquist, Kaltoft og Poulsen side 80

<sup>105</sup> Andenæs side 220, se også NOU 1996:2 Ny aksjelovgivning side 192

<sup>106</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 98

<sup>107</sup> HR-2012-1556, avsagt 11.10.2012

<sup>108</sup> Dissens 4-1

det koster å tilvirke ytelsen, samt et tillegg for fortjeneste tilsvarende det som er vanlig for tilsvarende ytelser. Det følger av Kommisjonens retningslinje at Kommisjonen, i tillegg til å ta hensyn til dokumenterte planer, vil se på de overordnede strukturer i markedet.<sup>109</sup> I sak **Teksid/Norsk Hydro Produksjon/Meridian**<sup>110</sup> kom Kommisjonen til kontraktene mellom joint venturet og morselskapene var inngått på armlengdes avstand, og at «*The arrangement reflects normal commercial arrangements on the market*». Hva som er kommersielle vilkår vil variere fra marked til marked, og må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

Det er videre sentralt at joint venturet selv fastsetter prisene på sine varer, og at morselskapet ikke fastsetter prisen på varene joint venturet selger. I sak **British Telecom/MCI**<sup>111</sup> skulle joint venturet selge sine produkter til morselskapet. Morselskapet hadde bestemmende innflytelse over salgsprisen på produktene produsert av joint venturet, og ville også ha ansvaret dersom sluttkunden ikke innfridde sine betalingsforpliktelser. Dette, sammenholdt med at joint venturet utelukkende skulle selge sine varer til morselskapet, gjorde at joint venturet ikke ble ansett å være selvstendig fungerende.

Som nevnt er det sentrale spørsmålet i full funksjons-vurderingen der joint venturet selger varer og/eller tjenester til morselskapene, om joint venturet, til tross for handelen, er i stand til og innrettet mot å spille en aktiv rolle på markedet forøvrig.<sup>112</sup> Det må ut fra dette kreves at joint venturet står fritt til å handle med tredjemenn.<sup>113</sup> Dette innebærer at joint venturet ikke kan ha en eksklusivitetsavtale, eller være kontraktsmessig bundet til kun å selge til, eller kjøpe fra, morselskapene. Dette kan illustreres av sak **ELECTRABEL/ENERGIA ITALIANA /INTERPOWER**<sup>114</sup> hvor joint venturet var forpliktet til å selge 85-95 % av den elektrisiteten joint venturet produserte til morselskapene fordelt etter deres eierandel i joint venturet. Denne forpliktelsen gjorde at joint venturet verken hadde egne kunder eller egen kommersiell strategi, og kvalifiserte derfor ikke som full funksjons joint venture.

### 3.3.3 Salg fra morselskap(ene) til joint venturet

Også ved *kjøp fra morselskapene* er den relative andel innkjøp fra morselskapene en viktig faktor i vurderingen av om joint venturet opptrer som en selvstendig uavhengig økonomisk

---

<sup>109</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 99

<sup>110</sup> Sak IV/M.1189 Teksid/Norsk Hydro Produksjon/Meridian, avsnitt 10

<sup>111</sup> Sak IV/M.353 British Telecom/MCI

<sup>112</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 98

<sup>113</sup> Se også Kolstad & Ryssdal side 630

<sup>114</sup> Sak Comp/M.3003 ELECTRABEL/ENERGIA ITALIANA /INTERPOWER, se særlig avsnitt 10 og 11

enhet på markedet. I tillegg er det et sentralt moment hvorvidt joint ventureet tilfører de produkter eller tjenester som kjøpes fra morselskapene en merverdi.<sup>115</sup> I vurderingen vil det være sentralt om joint ventureet bearbeider de råvarer, og/eller halvfabrikat som kjøpes fra morselskapene. Dersom joint ventureets aktivitet tilfører varene en merverdi vil det være en indikasjon på at joint ventureet kan, og vil, foreta en selvstendig prisfastsettelse. Dersom joint ventureet derimot ikke har innflytelse over prisfastsettelsen, vil dette være en indikasjon på at joint ventureet ikke opptrer som en uavhengig økonomisk enhet. Denne sammenhengen mellom verdi tilført varene av joint ventureet og muligheten til selvstendig prisfastsettelse illustreres av sak **MERCK /RHÔNE-POULECN-MERIAL**<sup>116</sup>, hvor Kommisjonen fremholder at «*The value added (or margin) in the distribution operation generally exceeds [...]giving the joint venture ample scope to adjust prices free from the influence of its parent*».<sup>117</sup> I sak **Saudi Aramco/MOH**<sup>118</sup> var joint ventureet kontraktsmessig forpliktet til å kjøpe mer enn 85 % av råoljebehovet fra morselskapet. Leveringsavtalen var ikke til hinder for at joint ventureet ble ansett som full funksjons, da kontraktene var basert på standardpriser og dermed inngått på armlengdes betingelser. Joint ventureet ville også tilføre varene en betydelig verdi, og ville være aktiv i markedsføringen av produktene. Joint ventureet ble derfor ansett full funksjons, selv om morselskapet dekket mer enn 85 % av dets råoljebehov.<sup>119</sup>

Også i sak **Cargill/Vandemoortele**<sup>120</sup> skulle joint ventureet kjøpe raffinerte oljebulker fra morselskapene. Kommisjonen fant at joint ventureet ville tilføre produktet betydelig verdier, og at kjøpsrelasjonen til morselskapene ikke var til hinder for å anse joint ventureet som full funksjons. Mer konkret skulle joint ventureet pakke, blende og markedsføre oljen. Kommisjonen la til grunn at dette medførte en økt verdi på mellom 25 og 40 % av prisen på raffinert olje, og anså en slik verdiøkning som tilstrekkelig. Kommisjonen uttalte i denne sammenheng at «*As the joint venture is geared to play an active role on the market, the presence of the parent companies as supplier or distributor does therefore not call into question the full function nature of the joint venture*». I sak **BP/Nova Chemicals/JV**<sup>121</sup> ble en verdiøkning på 30 % ansett tilstrekkelig til å anse joint ventureet som full funksjons. I en

---

<sup>115</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 101, Goyder side 468, Faull & Nikpay side 440, punkt 5.66

<sup>116</sup> Sak IV/M.885, MERCK /RHÔNE-POULENC-MERIAL, avsnitt 17

<sup>117</sup> Verditylførelsen er forretningshemmelighet, og fremgår derfor ikke av avgjørelsen

<sup>118</sup> Sak IV/M.574 Saudi Aramco/MOH, se særlig avsnitt 9

<sup>119</sup> Se også sak COMP/M.2299 BP CHEMICALS/SOLVAY/HDPE JV, særlig avsnitt 8

<sup>120</sup> Sak IV/M.1227 Cargill/Vandemoortele avsnitt 8 flg.

<sup>121</sup> Sak COMP/M.3578 BP/Nova Chemicals/JV, avsnitt 9

sak av nyere dato, **Rosneft Oil Company/BP/Ruhr Oel**<sup>122</sup>, fremhevet Kommisjonen at joint venturet «*adds significant value*» til varer kjøpt fra morselskapet, og at de i tillegg oppnådde «*very significant turnover with its products*». I tillegg til at joint venturet bearbeidet, og tilførte varene verdi, la Kommisjonen vekt på at produktene var svært lønnsomme for joint venturet. Dersom joint venturet kjøper produkter fra morselskapene, må det etter dette kreves en ikke ubetydelig verdiøkning på produktene. Tilføres derimot ingen verdi er det mer nærliggende å anse joint venturet som et felles salgsagentur enn en selvstendig fungerende enhet.<sup>123</sup>

Kravet om at joint venturet må tilføre varer kjøpt fra morselskapene en merverdi gjelder imidlertid ikke hvor joint venturet opererer aktivt på et handelsmarked. Det fremgår av Kommisjonens retningslinje<sup>124</sup> at dersom joint venturet ivaretar de samme funksjoner som foretak som opererer på et handelsmarked gjør, vil joint venturet ikke anses som et felles salgsagentur, men som et full funksjons joint venture. Et handelsmarked er «... *karakteriseret ved, at der ved siden af vertikalt integrerede virksomheder, også findes virksomheder, der specialiserer sig i salg og distribusjon uden at være integreret. Og at der findes flere forskellige forsyningskilder til de konkrete produkter*».<sup>125</sup> Joint ventures som operer på et handelsmarked kan følgelig ikke ha en eksklusivitetsavtale med sine morselskap. Joint venturet må ha de ressurser som er nødvendig for å være i stand til å skaffe seg forsyninger fra andre enn morselskapet.<sup>126</sup> Dersom dette er tilfellet, vil joint venturet kunne anses som full funksjons i kraft av å spesialisere seg på salg og distribusjon.

### 3.3.4 Kjøp og salg i en oppstartsperiode

Kommisjonen antyder, som nevnt over, at minimum 20 % av joint ventures handel må skje med andre enn morselskapene.<sup>127</sup> Dette kravet er imidlertid ikke absolutt. Det er ikke utelukket at joint venturet er full funksjons selv om det i en oppstartsperiode nærmest utelukkende baserer seg på handel med morselskapene.<sup>128</sup> Dette var tilfellet i sak

---

<sup>122</sup> Sak Comp/M.6147 Rosneft Oil Company/BP/Ruhr Oel, avsnitt 7

<sup>123</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 101

<sup>124</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 102

<sup>125</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 102

<sup>126</sup> Faull & Nikpay side 440, punkt 5.67, Goyder side 468, Bellamy & Child side 662, punkt 8.057, Kommisjonens retningslinje, avsnitt 102

<sup>127</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 98

<sup>128</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 97, se også sak IV/M.686 Nokia/Autoliv, særlig avsnitt 6

**Areva/Urenco/ETC JV**<sup>129</sup> hvor Kommisjonen uttalte at «*The full-functionality of the joint venture does not appear to be undermined by the fact that during a considerable period it will essentially sell centrifuge equipment to its parent companies*». Kommisjonen fremhevet også at forholdene på markedet utviklet seg i en slik retning at det fremsto som sannsynlig at joint venturet, etter en innledende periode, også ville få andre kunder enn morselskapet.<sup>130</sup> Kravet om at joint venturet må være selvstendig fungerende innebærer ikke at joint venturet må være selvstendig fra første dag. Bakgrunnen for at handel med morselskapene godtas i en oppstartsfasen er at en slik handel kan være positivt i en innledningsfase og potensielt også nødvendig for joint ventures etablering på det aktuelle markedet.<sup>131</sup> Ved at joint venturet får etablert seg på markedet blir markedet tilført en ny aktør som på sikt vil kunne bidra til en mer virksom konkurranse.

Det kreves imidlertid at partene har dokumenterte planer for hvordan joint venturet skal bli selvstendig fungerende etter en oppstartsperiode. I sak **RSB/Tenex/ Fuel Logistics**<sup>132</sup> manglet joint venturet nødvendig produksjonsutstyr, transportutstyr og personell med særskilt teknisk know how. Partenes intensjoner var at joint venturet skulle tilføres disse ressursene når joint venturet ble økonomisk levedyktig. Kommisjonen kom imidlertid til at mangelen på ressurser ikke skyldtes at joint venturet befant seg i oppstartsfasen. Partene hadde ikke konkrete planer for hvordan joint venturet skulle bli en uavhengig økonomisk enhet, og fremhevet spesielt at partene ikke hadde indikert om, og på hvilken måte nødvendig know how skulle bli overført til joint venturet. Kommisjonen kom etter dette til at det ikke var sannsynlig at joint venture innen oppstartsperioden ville bli selvstendig fungerende på varig grunnlag. Saken illustrer at det kreves konkrete planer for hvordan joint venturet innen en oppstartsperiode skal bli selvstendig fungerende. I tillegg viser saken gjennomgått overfor, **Areva/Urenco/ETC JV**<sup>133</sup>, at disse planene må fremstå som sannsynlige ut fra forholdene i det aktuelle markedet.

Sak **EDS/Lufthansa**<sup>134</sup> illustrerer at finansielle tilskudd til joint venturet, sammenholdt med utviklingen i det aktuelle markedet, kan underbygge partenes intensjoner om at joint venturet på sikt skal bli en selvstendig fungerende markedsaktør. Joint venturet var nesten

---

<sup>129</sup> Sak Comp/M.3099 Areva/Urenco/ETC JV

<sup>130</sup> Sak Comp/M.3099, Areva/Urenco/ETC JV, se særlig avsnitt 15 og 16

<sup>131</sup> Kommisjonens retningslinje avsnitt 97

<sup>132</sup> Sak IV/M.904 RSB/Tenex/ Fuel Logistics

<sup>133</sup> Sak Comp/M.3099 Areva/Urenco/ETC JV

<sup>134</sup> Sak IV/M.560 EDS/Lufthansa

utelukkende avhengig av salg til morselskapene i en innledende fase. Partenes intensjoner var imidlertid at joint venturet skulle bli en selvstendig fungerende aktør på markedet. Kommisjonen anså det faktum at joint venturet ble tilført vesentlige finansielle midler som en bekreftelse på denne intensjonen, samt på at joint venturet ikke ville være en outsourcing av morselskapenes funksjoner. Det var et voksende marked for joint venturets tjenester, og Kommisjonen la derfor til grunn at avhengigheten til morselskapene kun ville være midlertidig.

Det følger av Kommisjonens retningslinje at oppstartsperioden normalt ikke kan overskride 3 år, men at vurderingen avhenger av de forhold som gjør seg gjeldende på det aktuelle markedet.<sup>135</sup> De planer som er fremsatt av partene for å sikre at joint venturet ivaretar alle funksjoner som hører under en uavhengig enhet, må derfor som hovedregel gjennomføres innen tre år etter opprettelsen av joint venturet. Ut fra den gjennomgåtte praksis synes det som det sentrale vurderingstemaet er hvorvidt det foreligger konkrete planer for hvordan joint venturet skal bli selvstendig fungerende, fremfor nøyaktig når dette vil skje. Såfremt det er sannsynliggjort at joint venturet vil spille en aktiv rolle på markedet, er det mindre viktig når joint venturet vil være selvstendig fungerende. Dette kan være særlig aktuelt i markeder hvor det er utfordrende å etablere seg. I slike tilfeller vil det kunne ta lenger tid før joint venturet kan stå på egne ben, samtidig som en ny aktør på markedet vil kunne bidra til mer konkurranse i et marked hvor det potensielt ikke er mange aktører ettersom det er vanskelig å komme inn i. Det er partenes ansvar å vise at avhengigheten er midlertidig, og dette kan eksempelvis godtgjøres i joint venturets forretningsplan.

## **3.4 Kravet til varighet**

### **3.4.1 Generelt om kravet til varighet**

Ordlyden «på varig grunnlag» i konkurranseloven § 17 annet ledd viser til kravet om at joint venturet skal «*ivareta (..) alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet*». I tillegg til at joint venturet må eksistere på varig grunnlag, kreves det ut fra ordlyden at joint venturet må være full funksjons i eksistensperioden. Kravet til varighet avgrenser mot mer kortvarige samarbeid som ikke antas å medføre en endring av strukturen i markedet. Ordlyden «varig» åpner likevel for at joint venturet kan være tidsavgrenset så

---

<sup>135</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 97



lenge den fastsatte tidsperioden anses som varig. Spørsmålet blir dermed hvor lang varighet som kreves for at opprettelsen joint venturet skal kunne anses å utgjøre en foretakssammenslutning etter § 17 annet ledd.

Det følger av Kommisjonens retningslinje at det normalt blir lagt til grunn at virksomheten vil bli drevet på varig grunnlag i de tilfeller morselskapene utstyrer joint venturet med de nødvendige ressurser som er nevnt overfor. Det er følgelig en presumsjon for at joint venture er ment å fungere på varig grunnlag hvor det blir tilført tilstrekkelige ressurser.<sup>136</sup>

Avtaleklausuler som regulerer konsekvensene av uoverensstemmelser eller regulerer under hvilke omstendigheter joint venturet kan oppløses, utelukker ikke at joint venturet anses å fungere på varig grunnlag.<sup>137</sup> Det er følgelig ikke til hinder for å anse varighetskriteriet som oppfylt at samarbeidsavtalen som ligger til grunn for opprettelsen av joint venturet åpner for, eller fastsetter, at joint venturet avsluttes etter et bestemt tidsrom, så lenge denne perioden er tilstrekkelig til å medføre en strukturendring i markedet<sup>138</sup>. Ved vurderingen må en se hen til formålet med kontroll med foretakssammenslutninger, som er å føre tilsyn med endringer i markedsstrukturen. Spørsmålet blir hva som anses tilstrekkelig tid til at det innebærer en varig endring av strukturen i markedet.

I **Teneo/Merill Lynch/Bankers Trust**<sup>139</sup> var partenes intensjon å avslutte samarbeidet etter tre år. Dette ble ikke funnet tilstrekkelig og Kommisjonen konkluderte med at joint venturet ikke ville inneha funksjonene til en uavhengig økonomisk enhet på varig grunnlag.<sup>140</sup> Saken tilsier at det kreves en varighet utover tre år for at varighetskravet skal være innfridd. I sak **John Deere Capital Corp/Lombard North Central plc**<sup>141</sup> var joint venturet ment å vare på ubestemt tid. I samarbeidsavtalen var det imidlertid inntatt en rett for morselskapene til å trekke seg ut av samarbeidet ved et års varsel. Slikt varsel kunne tidligst gis etter tre år fra joint venturet ble opprettet. Samarbeidsavtalen åpnet dermed for avslutning etter fire år, men det var ingenting som tilsa at det var partenes intensjoner å avslutte samarbeidet etter fire år. Kommisjonen fant at joint venturet var ment å ivareta de funksjoner som hører under en uavhengig økonomisk enhet på varig grunnlag. Selv om det ikke forelå noen garanti for at

---

<sup>136</sup> Tilsvarene Faull & Nikpay side 438-439, punkt 5.59 og Bellamy & Child punkt 8.058

<sup>137</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 103

<sup>138</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 103

<sup>139</sup> Sak IV/M.722 Teneo/Merill Lynch/Bankers Trust

<sup>140</sup> Kommisjonen pekte også på at joint venturet manglet nødvendige ressurser, herunder tilstrekkelig finansielle midler, samt teknologiske ressurser. Kommisjonen fremhevet imidlertid at den korte varigheten ikke var tilstrekkelig for å tilfredsstille kravet om varighet, se særlig avsnitt 15.

<sup>141</sup> Sak IV/M.823 John Deere Capital Corp/Lombard North Central plc.

joint venturet ville fortsette etter utløpet av minsteperioden på fire år, anså Kommisjonen varigheten som tilstrekkelig. Dette indikerer at varighetskravet ikke praktiseres strengt og at Kommisjonen i vurderingen vektlegger partenes intensjoner. Bakgrunnen for dette kan være at partenes innsats i joint venturet presumerer en interesse i at det skal være utover minste fastsatte periode.

I sak **LAZARD / INTESABCI / JV**<sup>142</sup> var joint venturet opprettet for en periode på 5 år, men denne perioden ville bli fornyet med fem år med mindre, og inntil, morselskapene avsluttet avtalen. Slik avslutning av samarbeidet krevde skriftlig varsel senest 90 dager før neste fornyelsesdato. Kommisjonen kom, med henvisning til tidligere praksis, til at en periode på 5 år er tilstrekkelig til å anses som en varig endring i strukturen på det aktuelle markedet. At Kommisjonen underbygger konklusjonen med tidligere praksis, indikerer at 5 år er i nedre sjikt for hva som anses å medføre en varig endring. Kommisjonen viste i avgjørelsen til sak **Volvo/Atlas**.<sup>143</sup> Også i denne saken ble en varighet på 5 år ansett å medføre en varig endring i de involverte foretaks struktur. Den opprettede samarbeidsavtalen var gyldig for perioder på 5 år og skulle deretter forlenges med tre år med mindre avtalen ble opphevet av en av partene. Kommisjonen fremhevet i denne saken at dersom en av partene opphevet avtalen ville dette kun påvirke den aktuelle part, og ikke joint venturets virksomhet. Kommisjonen nevnte som eksempel at parten som opphevet samarbeidsavtalen solgte sin del av virksomheten til en annen aktør, mens joint venture virksomheten fortsatte som før. At avtalen åpnet for opphør etter fem år påvirket derfor ikke at joint venturet ville være full funksjons på varig basis.

Det er etter dette nødvendig å sondre mellom de situasjoner hvor det er åpnet for å trekke seg ut av joint venture samarbeidet etter en fastsatt periode, og den situasjonen at joint venturet er planlagt å opphøre etter utløpet av den fastsatte tidsperioden. I sak **Teneo/Merill Lynch/Bankers Trust**<sup>144</sup> kom Kommisjonen til at joint venturet i realiteten var opprettet for en midlertidig periode, da joint venturet etter utløpet av tre års perioden ville bli oppløst. Saken skiller seg i så måte fra de andre sakene ved at joint venturet skulle oppløses etter utløpet av den fastsatte tre års perioden.

---

<sup>142</sup> Sak Comp/M.2982 LAZARD/INTESABCI/JV, se særlig avsnittene 7 og 14

<sup>143</sup> Sak IV/M.152 Volvo/Atlas, se særlig avsnitt 8

<sup>144</sup> Sak IV/M.722 Teneo/Merill LYNCH/Bankers Trust

Ut fra sakene gjennomgått over er det ikke klart hva som konkret godtas av varighet dersom det er klart at joint venturet skal oppløses etter utløpet av den fastsatte tidsperioden.<sup>145</sup> I **British Airways/TAT**<sup>146</sup> skulle joint venturet eksistere i seks og et halvt år og Kommisjonen uttalte at «... *Such a period can be considered to be sufficiently long to bring about a lasting change in the structure of the undertakings concerned, in particular in a sector such as air transport which faces at present rapid and important legal and economic changes*». Kommisjonen godtok varigheten på seks og et halvt år som tilstrekkelig ut fra de konkrete markedsforholdene.<sup>147</sup> Saken viser at en fastsatt varighet på seks og et halvt år er i nedre sjikt av hva som godtas, og det kan ikke legges til grunn at tilsvarende varighet hadde blitt godtatt dersom joint venturet var ment å skulle fungere i et mer stabilt marked. Den korte varigheten ble begrunnet med at det aktuelle markedet gjennomgikk raske og viktige endringer, og en tidsperiode på over seks år var derfor nok til å medføre en strukturendring i det konkrete markedet.<sup>148</sup> Kommisjonens praksis er ikke klar, og en må foreta en formålsbasert vurdering i det enkelte tilfellet for å undersøke hvorvidt joint venturet vil medføre en varig endring av strukturen i det aktuelle markedet.

### 3.4.2 Særlig om joint ventures som opprettes for å gjennomføre prosjekt

Det ligger i varighetskravets natur at det må avgrenses mot joint ventures opprettet for et kort, avgrenset tidsrom. Dette slås uttrykkelig fast i Kommisjonens retningslinje.<sup>149</sup> Kommisjonen går imidlertid lenger i avgrensningen og legger til grunn at «... *this would be the case, for example, where a joint venture is established in order to construct a specific project such as a power plant, but will not be involved in the operation of the plant once its construction has been completed*».<sup>150</sup> Isolert sett synes Kommisjonen å bruke prosjektsamarbeid som eksempel på joint ventures som ikke kan anses som full funksjons. Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn av Bellamy & Child, som synes å gå lenger i å avgrense mot joint ventures opprettet for å gjennomføre et prosjekt; «... *If the JV is*

<sup>145</sup> Iversen m.fl. legger til grunn at det kreves en varighet på "5 år eller godt 5 år", side 327, Heide-Jørgensen m.fl. antyder at det kreves en varighet på åtte år, side 904, tilsvarende legges til grunn av Berquist, Kaltoft & Poulsen side 83. Goyder fremholder på side 469 at en periode på 10 til 15 år vil være tilstrekkelig varig.

<sup>146</sup> Sak IV/M.259 British Airways/TAT, se særlig avsnitt 10

<sup>147</sup> Se også sak IV/M.5727 Microsoft/Yahoo! Search business hvor Kommisjonen fremhever markedsforholdene ved varighetsvurderingen

<sup>148</sup> Dette innebærer at jo raskere endringer skjer, og dess større endringene er i et marked, dess kortere varighet skal til for å endre strukturen i markedet. Teknisk og juridisk utvikling er eksempler på forhold av betydning.

<sup>149</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 104

<sup>150</sup> Kommisjonens retningslinje (engelsk versjon), avsnitt 104, se også Kolstad & Ryssdal, side 629

*established only for a short, finite duration or for a specific project (for example a construction project), it will not be regarded as operating on a lasting basis»* (min understrekning).<sup>151</sup> Formuleringene tyder på at joint ventures opprettet for spesifikke prosjekt ikke kan anses som full funksjons. Både Kommisjonen og Bellamy & Child tar imidlertid opp eksempelet med joint ventures opprettet for prosjekt i forbindelse med varighetskriteriet. Dette kan tyde på at prosjektsamarbeid som ikke har den tilstrekkelige varighet ikke kan anses som full funksjons. Dette ville imidlertid ikke være nødvendig å fremheve da varighetskravet gjelder generelt. I den danske oversettelsen av Kommisjonens retningslinje fremgår det at joint ventures ikke vil være opprettet på varig grunnlag «... *hvis det er opprettet for et kort afgrænset tidsrom. Det kan være tilfældet, hvis et joint venture opprettes med det formål at gennemføre et bestemt projekt»* (min understrekning).<sup>152</sup> En slik betraktning synes å være mer i tråd med ønsket om å omfatte joint ventures som anses å kunne medføre en varig endring i markedsstrukturen.

En kan reise spørsmål ved hvorfor det i så fall skulle være slik at et joint venture, som ellers tilfredsstillende krav som stilles, ikke skal anses full funksjons fordi formålet med opprettelsen er at det skal gjennomføre et prosjekt. Ta som eksempel et joint venture som er tilført tilstrekkelig ressurser til å opptre uavhengig av sine morselskap og som også har en forretningsplan som viser at det er sannsynlig at det vil opptre som en selvstendig markedsaktør. Prosjektet joint venturet er opprettet for å gjennomføre har en varighet på over ti år, noe som normalt kvalifiserer som «varig». Alle de kriterier som er nærmere gjennomgått overfor synes å være oppfylt, hva er da grunnen til *ikke* å anse et slikt joint venture som full funksjons?

For å finne bakgrunnen for at det skal avgrenses, eller eventuelt ikke avgrenses, mot joint ventures opprettet for prosjektsamarbeid er det nødvendig å se nærmere på hva som anses som et prosjekt. Konkurransetilsynet har i utkast til ny veiledning om prosjektsamarbeid lagt til grunn at det med prosjektsamarbeid siktes til «... *at to eller flere markedsaktører samarbeider om gjennomføring av enkeltprosjekter, i form av levering av varer eller tjenester til offentlige eller private oppdragsgivere innenfor en avgrenset tidsperiode...*».<sup>153</sup> Eksempel på prosjekt kan være å bygge ut en spesifikk veistrekning innenfor fastsatte

---

<sup>151</sup> Bellamy & Child, 2008, side 662

<sup>152</sup> Kommisjonens retningslinje, avsnitt 104

<sup>153</sup> [http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Høringer/Utkast%20til%20veiledning%20om%20prosjektsamarbeid%20-%202006%20%20juni%202012%20\(2\).pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Høringer/Utkast%20til%20veiledning%20om%20prosjektsamarbeid%20-%202006%20%20juni%202012%20(2).pdf) , avsnitt 8

budsjett og ressursrammer. Vil et joint venture opprettet for å asfaltere en slik veistrekning kunne være full funksjons? Konkurransetilsynets utkast ny veiledning avklarer ikke spørsmålet om full funksjons joint ventures kan være opprettet for å gjennomføre et prosjektsamarbeid. Veiledningen sier kun at full funksjons joint ventures er meldepliktige etter reglene om kontroll med foretakssammenslutninger.<sup>154</sup>

Hva som regnes som et prosjekt synes ikke å ha et bestemt fastsatt innhold, og begrepet har heller ingen selvstendig rettslig betydning. Et prosjekt kjennetegnes ved at det er avgrenset i tid og må skje innenfor fastsatte ressursrammer. Begrepet har følgelig et nokså vidt innhold, og kan omfatte både små prosjekter til store anleggsarbeider, eksempelvis bygging av en større veistrekning eller tunell. Når et prosjekt kan favne så vidt og begrepet ikke har klare rammer er det, slik jeg ser det, ikke hensiktsmessig å la det være bestemmende for om et joint venture kan anses full funksjons eller ikke. De kriterier som er gjennomgått overfor er egnet til vurdere om et joint venture kvalifiserer som full funksjons, og disse burde derfor være avgjørende for om joint venture er full funksjons eller ikke.

Et argument for å avgrense mot å anse joint ventures opprettet for å gjennomføre et prosjekt som full funksjons, kan være at det forutsetningsvis er snakk om en aktivitet som ikke finner sted i et marked i konkurranse med andre i tilfeller der prosjektene er avgrenset til bestemte oppgaver. En avgrensning mot prosjekter med en slik begrunnelse er imidlertid, slik jeg ser det unødvendig, ettersom det generelt stilles krav om at joint venture må være aktiv i et marked på selvstendig grunnlag for at det skal kvalifisere som full funksjons. Det er følgelig ikke nødvendig å avgrense mot joint ventures opprettet for å gjennomføre et prosjekt for å eventuelt hindre mot joint ventures uten selvstendig markedstilgang, da dette kravet allerede kreves for at joint venture skal kvalifisere som full funksjons.

For at joint venture skal kvalifisere som full funksjons må joint venture, som nevnt, ha tilstrekkelige ressurser til å kunne opptre som en uavhengig enhet på markedet. Ressursene skaffes normalt ved bidrag fra morselskapene. Et mulig synspunkt kan være at opprettelsen av et full funksjons joint venture for et bestemt prosjekt er så ressurskrevende for morselskapene at det kan påvirke deres markedsatferd i etterkant av opprettelsen på en slik måte at det påvirker konkurransen negativt. En slik betraktning kan være riktig, men kan

---

154

[http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Høringer/Utkast%20til%20veiledning%20om%20prosjektsamarbeid%20-%206%20juni%202012%20\(2\).pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Høringer/Utkast%20til%20veiledning%20om%20prosjektsamarbeid%20-%206%20juni%202012%20(2).pdf), avsnitt 10. Dette er også tilfellet for dagens gjeldende veiledning om anbuds- prosjektsamarbeid, utarbeidet 15. august 2008

ikke begrunne at joint ventures som opprettes for prosjekt ikke kan kvalifisere som full funksjons. Begrunnelsen retter seg ikke mot karakteren av joint venturet, men mot morselskapenes markedsatferd som følge av opprettelsen. Et slikt argument burde heller komme inn i vurderingen av om foretakssammenslutningen «*vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål*» i konkurranseloven § 16 første ledd, fremfor å påvirke om det foreligger en foretakssammenslutning. Dersom et joint venture opprettet for et bestemt prosjekt påvirker morselskapenes markedsatferd negativt, kan dette tas med i vurderingen av om foretakssammenslutningen skal godkjennes eller ikke, og dermed komme inn i etterkant av vurderingen av hvorvidt joint venturet kvalifiserer som full funksjons.

Er de krav til ressurser, operasjonell selvstendighet og varighet, som er gjennomgått overfor, oppfylt kan jeg ikke se gode grunner for at opprettelsen av joint venturet ikke skal anses som full funksjons og dermed en foretakssammenslutning i lovens forstand kun fordi det er opprettet med hensikt å gjennomføre et prosjekt. Dersom en derimot åpner for at joint ventures som opprettes for å gjennomføre prosjekt kan anses som full funksjons, vil en få full åpenhet om at dette er tilfellet, ved at partene opplyser om dette ved meldingen av foretakssammenslutningen. Dette vil kunne bidra til økt konkurranse, idet det kreves at full funksjons joint ventures må kunne stå fritt til å operere på markedet de er opprettet for å være aktiv i.

### **3.5 Det innbyrdes forholdet mellom de ulike kriteriene**

Kravene til ressurser, operasjonell selvstendighet og varighet som stilles for at et joint venture skal anses å være full funksjons er nå gjennomgått og drøftet overfor.

Kommisjonens retningslinje gir veiledning for hva som kreves, men sier ikke noe om forholdet mellom de ulike kriteriene. Er alle kriteriene minstevilkår, eller kan et vilkår veie opp for et annet kriterium som ikke er innfridd? Det er i denne sammenheng viktig å minne seg på at Kommisjonens retningslinje ikke er rettslig bindende, men ment som en veiledning. Det overordnede spørsmålet er om kravet i konkurranseloven § 17 annet ledd om at joint venturet « ... ivaretar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet [på varig grunnlag]» er innfridd.

Kommisjonens praksis viser at kriteriene opplistet i retningslinjen er viktige momenter i vurderingen og at kriteriene er nært forbundet med hverandre. Denne sammenhengen er særlig tydelig mellom kravet om at joint venturet må ha tilstrekkelige ressurser, og kravet til varighet. For at kravet om tilstrekkelige ressurser skal være innfridd, må ressursene være sikret på varig grunnlag.<sup>155</sup> Samtidig er joint ventures som er tildelt de ressurser som er nødvendig, presumert å være varig. Kommisjonens praksis viser at et joint venture opprettet på ubestemt tid kan anses som varig, til tross for at en da ikke har faste holdepunkter for at joint venturet vil være selvstendig fungerende i en bestemt periode fremover i tid. Vurderingen av om joint venturet oppfyller lovens krav er fremtidsrettet, og som gjennomgått over er kravene til selvstendighet ikke like strenge i oppstartsfasen. Det følger av avgjørelsen **AssicurazioninGenerali SpA & Uncredito SpA mot Kommisjonen**<sup>156</sup> at fastleggelsen av hvorvidt et joint venture er full funksjons må skje ut fra en formålstolkning. Dette innebærer at det må foretas en helhetlig vurdering av om joint venturet vil medføre en varig endring i markedsstrukturen. Kravet om at joint venturet må ha tilstrekkelige ressurser, være operasjonelt selvstendig, og fungere på varig grunnlag vil være viktige faktorer, men kan ikke sees på som absolutte. Dersom joint venturet ut fra en formålsrettet helhetsvurdering anses å ivareta alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet på varig basis er konkurranseloven § 17 innfridd. I det praktiske liv er det imidlertid grunn til å anta at de overnevnte kriteriene må foreligge for at en skal kunne konkludere med at full funksjons-vilkåret i konkurranseloven § 17 annet ledd er oppfylt.

---

<sup>155</sup> Se drøftelsen over i punkt 3.3, og sak IV/M.823 John Deere Capital Corp/Lombard North Central plc

<sup>156</sup> Sak T-87/96 AssicurazioninGenerali SpA & Uncredito SpA mot Kommisjonen, se særlig avsnitt 69

## 4 Konsekvensen av at joint venture er full funksjons / ikke full funksjons

Full funksjons-begrepet har nå blitt gjennomgått og analysert. I etterkant av vurderingen av hvorvidt et joint venture er full funksjons kan det oppstå en rekke spørsmål om hvilke konsekvenser dette får. Disse spørsmålene er ikke i kjernen av temaet denne oppgaven behandler og jeg har derfor ikke intensjoner om å foreta en inngående vurdering av disse spørsmålene. Jeg vil likevel, for sammenhengens skyld, gi en indikasjon på hvilke problemstillinger som kan oppstå i etterkant av full funksjons-vurderingen.

Dersom et joint venture anses som full funksjons, og det foreligger felles kontroll, foreligger det en foretakssammenslutning, jf. konkurranseloven § 17 annet ledd, jf første ledd bokstav b. Dersom Konkurransetilsynet «... finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål» skal tilsynet gripe inn mot foretakssammenslutningen, jf. konkurranseloven § 16 første ledd. Er dette tilfellet, vil foretakssammenslutningen nektes gjennomført eller godkjennes på vilkår, jf. konkurranseloven § 16 tredje ledd. Dersom Konkurransetilsynet fatter vedtak som nevnt, må partene forholde seg til dette.

Dersom Konkurransetilsynet derimot ikke finner grunn til å gripe inn, enten etter at partene har inngitt alminnelig melding, fullstendig melding eller begge, blir spørsmålet hvilken kompetanse Konkurransetilsynet har til å gripe inn mot joint venture-samarbeidet på et senere tidspunkt. Vil Konkurransetilsynet være bundet av sin beslutning om ikke å gripe inn mot foretakssammenslutningen? Spørsmålene som her oppstår er ikke direkte regulert i konkurranseloven. Utgangspunktet er at gjennomføringsforbudet oppheves, og at partene kan gjennomføre foretakssammenslutningen i henhold til planen fremsatt i den alminnelige og/eller den fullstendige meldingen inngitt til Konkurransetilsynet, jf. § 19 første ledd, første punktum. Dersom partene kun har inngitt alminnelig melding vil Konkurransetilsynet kun ha mottatt en begrenset mengde informasjon.<sup>157</sup> Dersom det i etterkant av gjennomføringen av joint venture-samarbeidet viser seg å være tvil om samarbeidet er lovlig etter § 10, taler gode grunner for at Konkurransetilsynet ikke kan være bundet av det faktum at foretakssammenslutningen ikke ble nektet etter inngivelse av den alminnelige meldingen.

---

<sup>157</sup> Konkurranseloven § 18 andre ledd angir hva en alminnelig melding må inneholde.



Til dette er informasjonen som fremkommer av den alminnelige meldingen for begrenset. At Konkurransetilsynet har myndighet til å gripe inn i etterkant av gjennomføringen, må også være tilfellet der det ikke er funnet grunn til å tvile på den informasjonen som ble fremsatt i den alminnelige meldingen, ut fra den betraktning at en alminnelig melding kun gir et begrenset beslutningsgrunnlag.

Det kan reises spørsmål ved om situasjonen er annerledes dersom partene, før gjennomføringen av joint venture-samarbeidet, innga fullstendig melding som ikke resulterte i at Konkurransetilsynet grep inn mot foretakssammenslutningen. Ved inngivelse av fullstendig melding gis Konkurransetilsynet mer inngående informasjon om den planlagte foretakssammenslutningen.<sup>158</sup> Når Konkurransetilsynet foretar en vurdering av foretakssammenslutningen på bakgrunn av inngivelse av en fullstendig melding, og eventuell kommunikasjon med partene, tilsier hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet for partene at Konkurransetilsynet må være bundet av sin beslutning om ikke å gripe inn mot foretakssammenslutningen. Dette underbygges av at de stiftende selskaper normalt vil overføre betydelige ressurser for at et joint venture skal kvalifisere som full funksjons, og at de dermed har et stort behov for sikkerhet. Endres imidlertid forutsetningene som lå til grunn for klareringen ved gjennomføringen av joint venture-samarbeidet, vil ikke Konkurransetilsynet kunne være bundet av sin avgjørelse om ikke å gripe inn. Dersom joint venture-samarbeidet ikke gjennomføres i henhold til den informasjon som lå til grunn for klareringen, men endres på en slik måte at joint venturet ikke lenger kan anses full funksjons, vil Konkurransetilsynet kunne vurdere samarbeidets lovlighet etter konkurranseloven § 10.

Det er viktig å understreke at det er partenes eget ansvar å kjenne konkurransereglene slik at gjennomføringen av foretakssammenslutningen skjer innenfor lovens rammer. Kunnskap om full funksjonskriteriet er ikke bare viktig å ha kjennskap til før man inngår et joint-venture samarbeid, men er tilsvarende viktig å kjenne til og forholde seg til i tiden etter gjennomføringen av foretakssammenslutningen.

---

<sup>158</sup> Hvilken informasjon som kreves fremlagt i en fullstendig melding reguleres av § 4 i Forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv, F28.04.2004 nr 673,

## Litteraturliste

### Lovtekster og lovforarbeider

LOV-2004-03-05-12, Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

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)

NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov

NOU 2003:12 Ny konkurranselov

LOV-1997-06-13-44, Lov om aksjeselskaper

NOU 1996:2 Ny aksjelovgivning side 192

Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger (EFs fusjonsforordning)

### Veiledning fra Kommisjonen:

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004, publisert i OJ C95 of 16.04.2008, hentet fra:  
[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft\\_in.html](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft_in.html)

### Praksis

#### Høyesterett:

HR-2012-1556 Gran & Ekran-saken

#### Kommisjonsavgjørelser:

DSM/SINOCHEM/JV, sak Comp/M.6113, avgjørelse av 19/05/2011, tilgjengelig i EUR-lex, dokument nr. 32011M6113

First Reserve Fund XII/Finmeccanica/Ansaldo Energia, sak Comp/M.6170, avgjørelse av 11/05/2011, tilgjengelig i EUR-lex, dokument nr. 32011M6170

GDF/CENTRICA/SPE, sak Comp/M.3883, avgjørelse av 07/09/2005, tilgjengelig i EUR-lex, dokument nr. 32005M3883

Thomson/Deutsche Aerospace AG, Case NO/IV.M.527, avgjørelse av 02/12/1994, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 395M0527

Berkshire Hathaway/Converium/Gaum/JV, sak Comp/M.3035, avgjørelse av 28/02/2003, tilgjengelig i Celex database dokument nr. 303M3035

Voest Alpine Industrieranlagenbau GmbH/Davy International Ltd, Sak IV/M.585, avgjørelse av 07/07/1995, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 395M0585

Smith & Nephew/Beiersdorf/JV, sak Comp/JV.54, avgjørelse av 30/01/2001, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 301J0054

EDS/Luftshansa, sak IV/M.560, avgjørelse av 11/05/1995, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 395M0560

ECT/PONL/Euromax, sak Comp/M.3576, avgjørelse av 22/02/2004, tilgjengelig i EUR-lex, dokument nr. 32004M3576

Hitachi/NEC-DRAM/JV, sak Comp/JV.44, avgjørelse av 03/05/2000, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.300J0044

KLM/Alitalia, sak COMP/JV.19, avgjørelse av 11/08/1999, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.399J0019

Enel/FT/DT, sak IV/JV.2, avgjørelse av 22/06/1998, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.398J02

Thomson/Lucas, sak IV/M.1332, avgjørelse av 21/12/ 1998, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.398M1332

Viag/Orange UK, sak IV/JV.4, avgjørelse av 11/08/1998, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 398J04

Mannesmann/Hoesch, sak IV/M.222, avgjørelse av 12/11/1992

TXU Europe/EDF-London Investments, sak Comp/JV.36, avgjørelse av 03/02/2000, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.300J0036

Teneo/Merrill Lynch/Bankers Trust, sak IV/M.722, avgjørelse av 15/04/1996, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 396M0722

-\*@Home Benelux B.V, sak IV/JV.11, avgjørelse av 15/09/1998, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.398J011

TNT/Canada Post etc., sak IV/M.102, avgjørelse av 02/12/1991, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.391M0102

Zeneca/Vanderhave, sak IV/M.556, avgjørelse av 09/04/1996, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.396M0556

Bayer/Hüls, sak IV/M.751, avgjørelse av 03/07/1996, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.396M0751

Teksid/Norsk Hydro Produksjon/Meridian, sak IV/M.1189, avgjørelse av 17/07/1998, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.398M1189

British Telecom/MCI, sak IV/M.353, avgjørelse av 13/09/1993, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.393M0353

ELECTRABEL/ENERGIA ITALIANA /INTERPOWER, Sak Comp/M.3003, avgjørelse av 23/12/2002, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 302M3003

MERCK /RHÔNEPOULEN-MERIAL, Sak IV/M.885, avgjørelse av 02/07/1997, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 397M0885

Cargill/Vandemoortele JV, sak IV/M.1227, avgjørelse av 20/07/1998, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.398M1227

BP/Nova Chemicals/JV, sak Comp/M.3578, avgjørelse av 01/07/2005, tilgjengelig i EUR-lex, dokument nr.3200M3578

Rosneft Oil Company/BP/Ruhr Oel, sak Comp/M.6147, avgjørelse av 10/03/2011, tilgjengelig i EUR-lex, dokument nr.32011M6147

Areva/Urenco/ETC JV, sak Comp/M.3099, avgjørelse av 06/10/2004

RSB/Tenex/Fuel Logistics, sak IV/M.904, avgjørelse av 02/04/1997, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.397M0904

John Deere Capital Corp/Lombard North Central plc, sak IV/M.823, avgjørelse av 07/10/1996, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.396M0823

Lazard/Intesabci/JV, sak Comp/M.2982, avgjørelse av 04/02/2003, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.303M2982

Volvo /Atlas, sak IV/M.152, avgjørelse av 14/01/1992, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.392M0152

British Airways/TAT, sak IV/M.259, avgjørelse av 27/11/1992, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.392M0259

ARM/GIENSECKE & DEVRIENT/GEMALTO/JV, sak COMP/M.6564, avgjørelse av 16/07/2012, tilgjengelig i EUR-lex, dokument nr.32012M6490

EADS/ISRAEL AEROSPACE INDUSTRIES/JV, sak COMP/M.6490, avgjørelse av 23/05/1995, tilgjengelig i Celex database, dokument nr.395M0574

Microsoft/Yahoo! Search business, sak IV/M.5727, avgjørelse av 1/02/2010, tilgjengelig i EUR-lex, dokument nr. 32010M5727

BP CHEMICALS/SOLVAY/HDPE JV, sak COMP/M.2299, avgjørelse av 29/10/2001, tilgjengelig i EUR-lex, dokument nr. 301M2299

Saudi Aramco/MOH, sak IV/M.574, avgjørelse av 23.05.1995, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 395M0574

Nokia/Autoliv, sak IV/M.686, avgjørelse av 05/02/1996, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. 396M0686

### Underretten

Air France mot Kommisjonen, sak T-2/93. avgjørelse av 19/05/1994, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. [693A0002](#)

Assicurazionin Generali SpA & Uncredito SpA mot Kommisjonen, Sak T-87/96, avgjørelse av 04/03/1999, tilgjengelig i Celex database, dokument nr. [696A0087](#)

### Litteratur:

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, Norsk Konkurranserett Bind I Atferdsregler og strukturkontroll, Universitetsforlaget 2007

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas, Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven: med kommentarer, Gyldendal Akademisk, 2009

Dragvoll, Linda, Den rettslige plasseringen av joint ventures under EF-konkurranseretten, Fagbokforlaget 2005

Ritter, Lennart og W.David Braum, European Competition Law, 3. utgave, The Hague Kluwer Law International 2004

Faull, Jonathan og Ali Nikpay, The EC law of competition, 2. utgave, Oxford University Press 2007

Bellamy, Christopher & Graham D.Child, European community law of competition, 6. utgave, Oxford University Press

Goyder, D.G, Johanna Goyder & Albertina Albors-Llorens, Goyder's EC Competition law, 5. utgave, Oxford University Press

Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., Konkurrenceretten i EU, 3. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009

Bent Iversen m.fl., Regulering af konkurrence i EU, 2. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008

Bergquist, Christian, Jesper Kaltoft og Sune Troels Poulsen, Fusionskontrol i Danmark, 1. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2012

Andenæs, Mads Henry, Selskapsrett, Calax 2007

#### Andre kilder:

Temaark om kontroll med foretakssammenslutninger – Hentet fra:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Fusjoner-og-oppkjop/Informasjon-om-meldeplikten/>

Utkast til ny veiledning om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr – Hentet fra:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Ny-veiledning-om-overtredelsesgebyr/> -

Gjeldende veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid – Hentet fra:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/aktuelt/nyheter/veiledning-om-anbuds--og-prosjektsamarbeid/?hl=prosjektsamarbeid>

Utkast til ny veiledning om prosjektsamarbeid – Hentet fra:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Ny-veiledning-for-prosjektsamarbeid/>

#### Artikler

Rudolf, Lars-Peter & Bettina Leupold: Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation: There Remains a Need for Clarification, publisert i Journal of European Competition Law & Practice, 9. mai 2012 – Hentet fra: <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/early/2012/05/09/jeclap.lps026.full>