

Forholdet mellom gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 og fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1)

*Grensedragningen mellom lovlige forberedelseshandlinger og
ulovlige gjennomføringshandlinger*

Kandidatnummer: 99

Antall ord: 14893



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

3. juni 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	3
1 Innledning.....	5
1.1 Problemstilling og aktualitet	5
1.2 Rettskilder og metode.....	8
1.3 Begrepsavklaring.....	9
1.4 Avgrensninger og fremstillingen videre.....	10
1.4.1 Avgrensninger	10
1.4.2 Fremstillingen videre.....	10
2 Fusjonskontrollen og gjennomføringsforbudet – en introduksjon	11
2.1 Innledning.....	11
2.2 Kort om gjennomføringsforbudets historikk i EU og i Norge	11
2.3 Rettslig kontekst.....	12
2.4 Kort om unntak fra gjennomføringsforbudet	14
2.5 Forholdet til atferdsreglene	15
3 Gjennomføringsforbudet i EU-retten	16
3.1 Innledning.....	16
3.2 Fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1)	16
3.3 Gjennomføringsforbudet før EU-domstolens avgjørelse i EY-saken	17
3.3.1 Aksepterte forberedende handlinger	17
3.3.2 Ulovlige gjennomføringshandling.....	18
3.4 EU-domstolens rådgivende uttalelse i sak C-633/16 Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet	22
3.4.1 Sakens faktum	22
3.4.2 EU-domstolens avgjørelse.....	22
3.5 EY-sakens betydning for pågående saker knyttet til gjennomføringsforbudet	26

3.6 Oppsummering	28
4 Gjennomføringsforbudet i norsk rett	29
4.1 Innledning.....	29
4.2 Konkurranseloven § 19 første ledd	29
4.3 Aksepterte forberedende handlinger	31
4.4 Ulovlige gjennomføringshandlinger.....	32
4.4.1 Aksjeoppgjør og aksjonærrettigheter	32
4.4.2 Styrings- og instruksjonsklausuler	33
4.4.3 Fysisk integrasjon.....	34
4.4.4 Markedsmessig samordning	36
4.4.5 Informasjonsutveksling	38
4.5 Gjennomføringsforbudets anvendelse på minoritetsserverv.....	39
4.5.1 Inngrep mot minoritetsserverv	39
4.5.2 Minoritetsserverv i EU	39
4.5.3 Minoritetsserverv i norsk rett.....	40
5 Betydningen av utviklingen i EU-konkurranseretten for norsk konkurranserett	44
5.1 Innledning.....	44
5.2 Er norsk rett i samsvar med EU-retten?	44
5.3 Anvendelsen av gjennomføringsforbudet i norsk rett etter EU-domstolens avgjørelse i EY-saken	45
Litteraturliste	49

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Tema for masteroppgaven er gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19,¹ som bygger på parallellen i den EU-rettslige fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1).² Det vil foretas en analyse av hvor grensen mellom lovlige forberedelseshandlinger og ulovlige gjennomføringshandlinger går ved anvendelsen av gjennomføringsforbudet som gjelder ved foretakssammenslutningsprosesser i norsk rett. Ved innføringen av gjennomføringsforbudet i konkurranseloven ble det lagt opp til at regelen skulle samsvare med EU-rettens tilsvarende regulering,³ men en gjennomgang av norsk praksis knyttet til gjennomføringsforbudet holdt opp mot nyere praksis fra EU-retten viser tilsynelatende at det ikke er tilfellet. I fremstillingen vil det undersøkes hvor stort avviket er samt hvilken betydning det har, eller bør få, for anvendelsen av krrl. § 19 fremover. Det vil også drøftes hvilken plass informasjonsutveksling har under gjennomføringsforbudet. Videre vil det undersøkes hvordan gjennomføringsforbudet kan anvendes i forbindelse med den særnorske adgangen til å gripe inn mot minoritetserverv. Avhandlingen er ment å være et bidrag til å klargjøre gjeldende rett ved grensdragningen mellom lovlige forberedelseshandlinger og ulovlige gjennomføringstiltak. Tiltak som ikke omfattes av gjennomføringsforbudet, kan likevel være forbudt etter krrl. § 10.

Konkurranserettens regler kan deles inn i to hovedkategorier: Strukturkontrollen og atferdskontrollen.⁴ Innenfor disse kategoriene finnes det ulike konkurranserettslige verktøy som til sammen skal sikre virksom konkurranse i markedet. Strukturkontrollen baserer seg på vurderinger av hvilken betydning foretakssammenslutninger har for fremtidig utvikling av konkurransesituasjonen i et marked. Kontrollen skjer på forhånd av potensielle endringer (ex ante). Formålet er å forhindre konkurranseskadelige markedsstrukturer. Vurderingen av om det skal gjøres inngrep etter krrl. § 16 mot en planlagt foretakssammenslutning beror på markedsstrukturen, strategiske forhold, hvor nære konkurrenter partene er og

¹ Lov 3. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), heretter «krrl.».

² Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) OJ 2004 L24/1 (heretter «fusjonskontrollforordningen»), jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) s. 96 og NOU 2003:12 Ny konkurranselov punkt 5.4.8.3.

³ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.3, Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 97 og Prop.75L (2012–2013) s. 112.

⁴ Anders Ryssdal og Håkon Cosma Størdal, *Norsk Konkurranserett Bind II: Fusjonskontrollen*, 2018 s. 17.

markedstilpasning blant næringslivsaktørene.⁵ Atferdskontrollen på sin side knytter seg til vurderinger av tidligere atferd og hvordan konkurransen tar form.⁶ Håndheving av atferdsreglene skjer i etterkant av gjennomførte disposisjoner som har hatt potensiale til å true konkurransen (ex post). Gjennom en deling av konkurranseretten mellom atferds- og strukturkontroll, etableres en totalt sett effektiv beskyttelse av konkurransen. Fordi atferdsmessige overtredelser av konkurranselovgivningen ofte krever mye ressurser, kan strukturkontrollens preventive regler bidra til å forhindre at det oppstår situasjoner hvor atferdsreglene ikke strekker til.⁷ Konkurranseloven er bygget opp etter skillet mellom ex ante og ex post kontroll, og angir dermed rammene for Konkurransetilsynets kompetanse. For å sikre forutberegnelighet for næringslivet bør skillet gjenspeiles i rettsanvendelsen.

Både fusjonskontrollforordningen og konkurranseloven etablerer en forhåndskontroll hvor foretakssammenslutninger, som overskrider fastsatte terskelverdier basert på partenes individuelle og samlede omsetning i gitte geografiske områder, må oppnå godkjenning fra konkurransemyndighetene (henholdsvis Kommisjonen og Konkurransetilsynet) før gjennomføring kan skje. For at forhåndskontrollen skal være effektiv inntre det, for meldepliktige foretakssammenslutninger, automatisk et forbud mot gjennomføring som gjelder frem til konkurransemyndigheten har truffet endelig vedtak i saken, eller avsluttet behandlingen av foretakssammenslutningen uten inngrep. Forbudet gjelder generelt, og må ses løst fra fusjonens mulige konsekvenser og hvorvidt det er konkurransemessig grunnlag for å gjøre inngrep.

Partene i en foretakssammenslutningsprosess kan imidlertid ha et behov for å foreta visse handlinger i forbindelse med foretakssammenslutningen, også før det foreligger godkjenning. Særlig kan partene ha behov for å planlegge hvordan virksomhetene skal integreres og fungere sammen fremover. Hvor grensen går for lovlige forberedelseshandlinger frem til saksbehandlingen er avsluttet er derfor av stor betydning for de involverte virksomhetene.

⁵ Konkurransetilsynets vedtak V2016-6 Umoe Restaurants AS – Dolly Dimple's Norge AS premiss 222-230, klage over inngrepsvedtaket ble avvist av Nærings- og fiskeridepartementet 20. januar 2017 og Anders Ryssdal og Håkon Cosma Størdal, *Norsk Konkurranserett Bind II: Fusjonskontrollen*, 2018 s. 23-26.

⁶ Ibid.

⁷ Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, Ninth edition 2018 s. 837. Strukturkontrollen kan ikke hindre partene fra å bryte krrl. §§ 10 eller 11 eller begrunne et inngrep mot en foretakssammenslutning ut fra en hypotese om at foretakene vil implementere predasjonsatferd eller inngå kartellavtaler som rammes av atferdsreglene på grunn av manglende årsakssammenheng.

Behovet for å kartlegge grensdragningen er dessuten stadig mer aktuelt ettersom brudd på gjennomføringsforbudet sanksjoneres hyppig og med betydelige bøter. Kommisjonen uttalte nylig at «that if merging parties jump the gun, we take that very seriously indeed, because otherwise, the harm to competition could already be done, before we have the chance to intervene».⁸ I april 2018 ga Kommisjonen en rekordstor bot på € 124,5 millioner til Altice for brudd på gjennomføringsforbudet.⁹ Bøtenivået er ment som et signal om at gjennomføringsforbudet i EU-retten er et nødvendig virkemiddel for å føre effektiv kontroll med foretakssammenslutninger.¹⁰ Konkurransetilsynet har også i en rekke saker ilagt overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet. Bøtenivået har likevel ikke vært i nærheten av det nivået Kommisjonen de senere årene har lagt seg på, selv om tilsynet fremhever at overtredelser er alvorlig.¹¹ Forarbeidene gir derimot uttrykk for at brudd på gjennomføringsforbudet er mindre alvorlig.¹² Telenor ble ilagt et gebyr på 788 millioner kroner for overtredelse av forbudet mot misbruk av dominerende stilling i krrl. § 11 i juni 2018.¹³ Boten knytter seg til atferdsreglene, men kan gi et signal om at Konkurransetilsynet er forberedt på å øke gebyrene i overtredelsessaker.

Både de betydelige gebyrene som kan ilegges for overtredelser og de praktiske ulempene knyttet til reversering av en transaksjon, kan være skadelig for de involverte foretakene hvilket aktualiserer behovet for en klar avgrensning av gjennomføringsforbudet.

Forutberegnelighet ble trukket frem av departementet ved utformingen av gjennomføringsforbudet og underbygger behovet for en klar grense mot ulovlige gjennomføringshandlinger.¹⁴ Usikkerhet knyttet til innholdet i regelverket om foretakssammenslutninger kan medføre svekket interesse for oppkjøp og fusjoner. Slik usikkerhet kan på sikt forårsake redusert økonomisk vekst. Oppkjøp og fusjoner er fra et samfunnsøkonomisk perspektiv ønskelig, fordi det kan effektivisere driften og skape synergier for virksomhetene.

⁸ Margrethe Vestager, *Competition and the rule of law*, 18 May 2017.

⁹ Sak M.7993 Altice/PT Portugal 24. april 2018 OJ C 315 premiss 621.

¹⁰ Press Release IP/18/3522 *Mergers: Commission fines Altice €125 million for breaching EU rules and controlling PT Portugal before obtaining merger approval* 24. april 2018.

¹¹ Konkurransetilsynets vedtak V2013-9 EG AS – ASP AS premiss 52. I V2014-3 Norgesgruppen ASA premiss 156 ga Konkurransetilsynet et overtredelsesgebyr på 25 MNOK til Norgesgruppen ASA for overtredelse av krrl. § 19.

¹² Prop. 75L (2012–2013) s. 66–67 «[O]vertredelsesgebyr er ment å være en fleksibel sanksjon som kunne ilegges både for alvorlige brudd på konkurranseloven og for mindre alvorlige tilfeller, som for eksempel brudd på gjennomføringsforbudet (...)».

¹³ Konkurransetilsynets vedtak V2018-20 Telenor Norge AS og Telenor ASA premiss 1213.

¹⁴ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.3.

1.2 Rettskilder og metode

I det følgende vil det kort redegjøres for metodiske spørsmål som er av spesiell relevans for oppgaven. Masteroppgaven gir en rettsdogmatisk fremstilling av gjeldende rett for anvendelsen av krrl. § 19 og sammenligner den med rettstilstanden i EU-retten med sikte på å kartlegge om det er et behov for å harmonisere norsk rett. Det fremgår av forarbeidene at utformingen av den nye konkurranseloven blant annet ble begrunnet i utviklingen av europeiske konkurranseregler.¹⁵

Den primære norske rettskildefaktoren er konkurranseloven. De sentrale forarbeidene er NOU 2003:12 Ny konkurranselov og Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. Det finnes lite rettspraksis knyttet til fusjonskontrollen, herunder gjennomføringsforbudet, i norsk rett. Konkurransetilsynets vedtak benyttes derfor som rettskilde.¹⁶ Fusjonskontrollen innenfor EU og EØS bygger på en jurisdiksjonsdeling mellom Kommisjonen, EFTAs overvåkingsorgan og nasjonale myndigheter.¹⁷ Atferdsreglene er harmonisert med EU- og EØS-retten, men inngrepsvilkåret og gjennomføringsforbudet er ikke harmonisert, selv om reglene er gitt med EU- og EØS-reglene som modell.¹⁸ Forarbeidene legger likevel opp til at praksis fra EU og EØS gir veiledning om innholdet i gjennomføringsforbudet.¹⁹ EU-rettslige kilder vil derfor vies betydelig oppmerksomhet med hensyn til fastleggelsen av gjeldende rett i Norge, jf. Rt-2011-910 og HR-2017-1229-A.²⁰

Fusjonskontrollen i EU-retten reguleres av fusjonskontrollforordningen. Kommisjonen er tilsynsmyndighet og har eksklusiv kompetanse til å håndheve fusjonskontrollen.²¹ EU-domstolen fører rettslig kontroll med Kommisjonens avgjørelser, og er ansvarlig for

¹⁵ NOU 2003:12 punkt 1.1.2: «Behovet for en bred gjennomgang av norsk konkurranselovgivning er bl.a. begrunnet i erfaringene med den norske konkurranseloven og EØS' konkurranseregler, utviklingen i EUs og EØS' konkurransepolitikk de senere år, samt signaler fra Kommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan, ESA, om at nasjonale konkurransemyndigheter i større grad bør håndheve EUs og EØS' konkurranseregler».

¹⁶ Eckhoff, Torstein, Rettskildelære, 5. utgave, 2001 s. 233.

¹⁷ EØS-avtalen artikkel 57 nr. 2 og ODA protokoll 4 del III kapittel XIII artikkel 21 nr. 1 og nr. 2, implementert i norsk rett ved forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen m.v. av 4. desember 1992 nr. 966 del III kapittel XIII artikkel 21 nr. 1 og nr. 2, jf. NOU 2003:12 punkt 5.3.2 og Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 74. Se også Ryssdal og Cosma Stødal (2018) s. 42.

¹⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 75 og 96.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Høyesterett stadfester dette for anvendelsen av krrl. §§ 10 og 11, men det samme utgangspunktet må gjelde der lik praktisering er tilsiktet. Se nærmere i kapittel 5.3.

²¹ Fusjonskontrollforordningen fortalen punkt 17.

tolkningen av EU-retten og EØS-reglene.²² Rettens («Underretten») avgjørelser kan også gi relevante tolkningsbidrag,²³ men EU-domstolen er ikke bundet av Underrettens avgjørelser. De har dermed mindre rettskildemessige vekt, særlig hvis EU-domstolen har anvendt EU-retten annerledes eller det finnes en dom fra EU-domstolen som ikke tar i betraktning en tidligere dom fra Underretten.²⁴ Kommisjonens avgjørelser får praktisk betydning for spørsmål EU-domstolen ikke har tatt stilling til.²⁵

1.3 Begrepsavklaring

En «foretakssammenslutning» er en fellesbetegnelse for ulike konstruksjoner av virksomhetsoverdragelser (strukturendringer). En foretakssammenslutning kan skje ved fusjon, opprettelse av fullfungerende fellesforetak og ved oppkjøp av hele, eller en kontrollerende andel av en virksomhet.²⁶ Hvorvidt det foreligger en foretakssammenslutning beror derfor på om det er overført kontroll fra et rettssubjekt til et annet på varig grunnlag. For å unngå omgåelser av fusjonskontrollen omfattes også flere enkeltstående transaksjoner foretatt av de samme partene, som er nært knyttet sammen, innbyrdes avhengig av hverandre og samlet leder til overdragelse av kontroll.²⁷ Erverv som ikke fører til kontroll, er «minoritetserverv» hvor partene forblir uavhengige foretak.²⁸

Begrepet «partene» vil brukes for å betegne foretakene som er involvert i en foretakssammenslutning. Overtakende selskap omtales som kjøper eller erverver. Målselskapet er det foretaket som overtakende selskap erverver kontroll over.

²² Fusjonskontrollforordningen artikkel 16 og TEU artikkel 19.

²³ TEU artikkel 19.

²⁴ Ronny Gjendemsjø *Oligopolproblemet – Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol* 2011 s. 20–21.

²⁵ Opinion of Advocate General Wahl 18. januar 2018 i sak C-633/16 CLI:EU:C:2018:23 premiss 75 hvor det heter at hvor han uttaler at det er «irrelevant, at Kommissionen i sin administrative praksis muligvis har en bred tilgang til, hvilke tilfælde der skal klassificeres som for tidlig gjennomførelse af en fusion. Kommissionens praksis er ikke bindende for Domstolen» og Fredrik Sejersted m.fl., EØS-rett, 3. utgave, 2011 s. 239.

²⁶ Fusjonskontrollforordningen artikkel 3 (1) og krrl. § 17. Krrl. § 17 er utformet for å tilsvare EU/EØS-regelen, jf. Ot.prp. nr. 6 s. 231 og Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 43. Se også sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* 31. mai 2018 OJ C 259 ECLI:EU:C:2018:371 premiss 45 og Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01) [«Jurisdiksjonsmeddelelsen»] premiss 11.

²⁷ Jf. Fusjonskontrollforordningen artikkel 5 (2). Se sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* (2018) premiss 47, Opinion of Advocate General Wahl i sak C-633/16 (2018) premiss 64 og Jurisdiksjonsmeddelelsen premiss 36.

²⁸ Krrl. § 16a, jf. Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 39.

1.4 Avgrensninger og fremstillingen videre

1.4.1 Avgrensninger

Gjennomføringsforbudet er et midlertidig forbud som gjelder i påvente av en beslutning om lovligheten av foretakssammenslutningen, og hører til under reglene om meldeplikt i forbindelse med strukturkontrollen. I kapittel 2.3 vil det bli gitt en kort introduksjon til meldeplikten, men de detaljerte reglene knyttet til dette vil ikke bli behandlet. Reglene om unntak fra gjennomføringsforbudet behandles kort i kapittel 2.4. Det avgrenses mot å behandle hvordan overtredelsesgebyr utmåles.²⁹

Praksis fra både Konkurransetilsynet og Kommisjonen viser at informasjonsutveksling kan falle innenfor gjennomføringsforbudets anvendelsesområde. Selv om forholdet mellom informasjonsutveksling og gjennomføringsforbudet drøftes, vil det ikke redegjøres for vilkårene for anvendelse av TFEU artikkel 101 eller krrl. § 10.

1.4.2 Fremstillingen videre

Avhandlingen er strukturert rundt seks hovedkapitler. Kapittel to gir en introduksjon til konteksten rundt gjennomføringsforbudet, nemlig kontrollen med foretakssammenslutninger. I kapittel tre vil gjennomføringsforbudets rekkevidde i EU-retten analyseres, særlig på bakgrunn av praksis fra Kommisjonen og EU-domstolen. Kapittel tre danner rammeverket for undersøkelsen av gjeldende rett i Norge, som det redegjøres for i kapittel fire. Rekkevidden av gjennomføringsforbudet i norsk rett drøftes med utgangspunkt i rettskildene som foreligger, og forholdet til EU-retten vil fortløpende kommenteres. Hvorvidt det harmonerer med skillet mellom ex ante og ex post kontroll å la gjennomføringsforbudet ramme informasjonsutveksling i en transaksjonsprosess, drøftes særskilt i kapittel 4.4.5. Deretter i kapittel 4.5 er problemstillingen om gjennomføringsforbudet, tolket i lys av EU-domstolens avgjørelse i EY-saken, kan anvendes der Konkurransetilsynet pålegger meldeplikt overfor et minoritetsserv. Avslutningsvis i kapittel fem er en sentral problemstilling om norsk rett skal harmoniseres med rettsutviklingen som har skjedd i EU-retten.

²⁹ Se krrl. § 29 og fusjonskontrollforordningen artikkel 14.

2 Fusjonskontrollen og gjennomføringsforbudet – en introduksjon

2.1 Innledning

Gjennomføringsforbudet er én enkeltstående regel som er del av et større regelsett, som gir grunnlaget for kontrollen med foretakssammenslutninger. I dette kapittelet vil gjennomføringsforbudets rolle plasseres i fusjonskontrollens system og de bærende hensyn samt det saklige virkeområdet for regelen vil presenteres.

2.2 Kort om gjennomføringsforbudets historikk i EU og i Norge

Det automatiske gjennomføringsforbudet i forbindelse med foretakssammenslutninger slik det fungerer i dag ble innført ved fusjonskontrollforordningen i 2004, som erstattet den tidligere reguleringen av foretakssammenslutninger.³⁰ Frem til fusjonskontrollforordningen ble vedtatt gjaldt det et forbud mot å gjennomføre foretakssammenslutningen frem til den var meldt, og i en etterfølgende treukers-periode. Konkurranseloven av 1993 § 3-11 fjerde ledd ga Konkurransetilsynet en skjønnsmessig adgang til å nedlegge et gjennomføringsforbud ut fra en foreløpig vurdering av de konkurransemessige virkningene på markedsstrukturen.³¹ Dette kom av et behov for å hindre integrasjon som gjorde det vanskelig eller umulig for tilsynet å gripe inn mot ervervet på en effektiv måte.³² Samme begrunnelse lå til grunn for at gjennomføringsforbudet i 2004 ble innført som en automatisk ordning i krrl. § 19, med EU/EØS-rettens regler som modell.³³

³⁰ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) OJ 2004 L24/1 erstattet Council Regulation (EEC) 4064/89 (OJ 1989 L395/1, 30.12.1989), som ble endret ved Council Regulation (EC) 1310/97 OJ L 180, 9.7.1997, p. 1–6 [corrigendum OJ 1998 L40717, 13.2.1998].

³¹ LOV-1993-06-11-65 om konkurranse i ervervsvirksomhet § 3-11 fjerde ledd. Opphevet.

³² Ot.prp.nr.97 (1998–1999) Om lov om endringer i lov 11 juni 1993 nr 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) s. 17.

³³ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 97.

2.3 Rettslig kontekst

Kommisjonen skal forby foretakssammenslutninger som resulterer i at konkurransen i betydelig grad svekkes.³⁴ Konkurransetilsynet har på samme måte hjemmel til å forby en foretakssammenslutning eller bare akseptere den med avhjelpende tiltak foreslått av partene, hvis foretakssammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse».³⁵ Hensikten med strukturkontrollen er overvåkning av strukturendringer for å kunne iverksette tiltak mot endringer som har potensiale til å påvirke konkurransen i markedet. For å kunne gjennomføre kontrollen med foretakssammenslutninger på en effektiv måte, er det en forutsetning at henholdsvis Kommisjonen og Konkurransetilsynet får kunnskap om planlagte transaksjoner. Det er derfor etablert et system med meldeplikt som suppleres av et forbud mot gjennomføring i saksbehandlingsperioden. Sammen legger dette til rette for at det føres kontroll med foretakssammenslutninger *før* de er gjennomført.³⁶

Foretakssammenslutninger (i EUs fusjonskontrollforordning omtalt på engelsk som «concentration» og på dansk «fusion») som overstiger fusjonskontrollforordningens terskelverdier og har en EU-dimensjon skal meldes inn til Kommisjonen, jf. fusjonskontrollforordningen artikkel 4 (1). Transaksjonens omfang i EU er avgjørende for avgrensning av Kommisjonens kompetanse mot medlemsstatenes nasjonale jurisdiksjon, og gir grunnlaget for jurisdiksjonsdelingen.³⁷

Alle «foretakssammenslutninge[r]» over terskelverdiene skal meldes inn, jf. krrl. § 18 første ledd, jf. andre ledd. Videre kan Konkurransetilsynet pålegge melding overfor foretakssammenslutninger under terskelverdiene etter § 18 tredje ledd. For å kunne kontrollere potensielt konkurranseskadelige minoritetserverv, følger det av krrl. § 18 femte ledd at Konkurransetilsynet kan pålegge foretakene meldeplikt. Pålegg om melding etter krrl.

³⁴ Fusjonskontrollforordningen artikkel 2 (3).

³⁵ Krrl. §§ 16 og 16a.

³⁶ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 42, sak M.7993 *Altice/PT Portugal* (2018) premiss 41 og *Ryssdal og Cosma Størdal* (2018) s. 89–90.

³⁷ Fusjonskontrollforordningen fortalen punkt 10 og artikkel 1. Partene kan unntaksvis henvise en foretakssammenslutning til behandling under Kommisjonens jurisdiksjon selv om terskelverdiene er oppfylt, for eksempel for grenseoverskridende transaksjoner. Motsatt kan Kommisjonen henvise fusjonssaker til medlemsstatene av større transaksjoner som bare angår en medlemsstat, jf. Fusjonskontrollforordningen artikkel 4 (4) og (5) (før transaksjonen meldes), artikkel 9 og artikkel 22 (etter at transaksjonen er meldt), se også *Ryssdal og Cosma Størdal* (2018) s. 81.

§ 18 tredje eller femte ledd utløser også gjennomføringsforbudets inntreden, jf. krrl. § 19 første ledd andre punktum.³⁸

Det gjelder ingen fristkrav for når foretakssammenslutningen skal meldes, men kravene til meldingens innhold i § 18a er veiledende med hensyn til hva partene må ha klart før tilsynets saksbehandling med tilhørende frister kan begynne.³⁹ Utgangspunktet er at avklaring skal skje i løpet av 25 dager, men dersom det er aktuelt med inngrep skjer det en utvidet kontroll som strekker seg over et lengre tidsrom hvor gjennomføringsforbudet stadig gjelder.⁴⁰

Som nevnt i kapittel 1.3 foreligger det en foretakssammenslutning når det er overført kontroll fra et rettssubjekt til et annet på varig grunnlag.⁴¹ Kontroll blir normalt definert ut fra rettigheter, kontrakter eller andre tiltak som utløser muligheten til å utøve beslutningsmyndighet over et foretak.⁴² Hva som skal til for at kontroll anses overført kan ikke knyttes til en bestemt størrelse. Kontroll kan overdras enten direkte eller indirekte, og på faktisk eller juridisk grunnlag.⁴³ Det operasjonaliserte foretakssammenslutningsbegrepet åpner for at minoritetserverv kan utgjøre en foretakssammenslutning i konkurranserettslig forstand; den faktiske innflytelsen er avgjørende.⁴⁴ Selskapets maktforhold vurderes på bakgrunn av minoritetspostens størrelse, om det knytter seg avtaler eller rettigheter til denne, rett til styrerepresentasjon, historisk oppmøte på generalforsamling og eventuelle avhengighetsforhold til minoritetsaksjonæren.⁴⁵

Formålet med gjennomføringsforbudet er å forhindre potensielle konkurranseskadelige virkninger fra å inntre før konkurransemyndighetene har fått undersøkt

³⁸ Prop. 75L (2012–2013) s. 148.

³⁹ Inger Helene Sætre, «Praktisk konkurranserett ved gjennomføring av meldepliktige foretakssammenslutninger - med hovedvekt på gjennomføringsforbudet», Tidsskrift for forretningsjus, 2012 s. 1–36 (s. 5).

⁴⁰ Fristene følger av fusjonskontrollforordningen artikkel 10 og krrl. § 20.

⁴¹ Fusjonskontrollforordningen artikkel 3 og krrl. § 17. Det norske foretakssammenslutningsbegrepet er ment å tilsvare EU/EØS-rettens regler, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 231 og Konkurransetilsynets vedtak V2014-12 Norfolier Greentec AS – Norfolier AS konkursbo og Norfolier Norge AS konkursbo premiss 44. Se kapittel 1.3.

⁴² Fusjonskontrollforordningen artikkel 3 (2), jf. Sak T-704/14 Marine Harvest v Commission 26. oktober 2017 ECLI:EU:T:2017:753 premiss 58, Jurisdiksjonsmeddelelsen premiss 24 og krrl. § 17 (3).

⁴³ Jurisdiksjonsmeddelelsen premiss 16, sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet (2018)* premiss 45 og Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 46.

⁴⁴ Sak T-704/14 Marine Harvest v Commission (2017), anket til EU-domstolen sak C-10/18 Marine Harvest v Commission og sak C-84/13 P *Electrabel v Commission* 3. juli 2014 ECLI:EU:C:2014:2040 og Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 47–48.

⁴⁵ Sak COMP/M.7538 Knorr Bremse/Vossloh 14. september 2015 OJ C 384 premiss 8.

foretakssammenslutningen og truffet sin avgjørelse.⁴⁶ Overtredelser av gjennomføringsforbudet er alvorlig da det motvirker et effektivt kontrollsystem.⁴⁷ Gjennomføringsforbudet sikrer konkurransesituasjonen ved å etablere en sperre mot tiltak som ikke nødvendigvis kan reverseres dersom det blir nedlagt forbud mot foretakssammenslutningen. Videre forhindres sammenblanding av partenes verdier som legger til rette for å opprettholde konkurransesituasjonen under saksbehandlingen, og etter et eventuelt inngrep. Hvis Kommisjonen eller Konkurransetilsynet finner grunn til å gripe inn mot en foretakssammenslutning, har de likevel adgang til å oppløse eventuelle gjennomføringstiltak.⁴⁸ Oppløsning kan for eksempel gå ut på pålegg om salg av andeler, selv om det kan være vanskelig, tidkrevende og kostbart for partene.⁴⁹

2.4 Kort om unntak fra gjennomføringsforbudet

Kommisjonen og Konkurransetilsynet har i henholdsvis fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (3) og krrl. § 19 andre ledd hjemmel til å gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet i enkeltsaker. Det fremgår av forarbeidene at dispensasjon bare tillates hvor det kan påvises «alvorlige konsekvenser for melder eller samfunnet for øvrig», og Konkurransetilsynet har anvendt retningslinjen i sin praksis.⁵⁰ Kommisjonens praksis viser også at det skal mye til for å få dispensasjon, men har blant annet tillat redningsoperasjoner hvor alternativet til gjennomføring er at målselskapet går konkurs.⁵¹ Dispensasjonsadgangen er en sikkerhetsventil, men kan være nødvendig for å møte et praktisk behov ettersom gjennomføringsforbudet inntreer automatisk for samtlige meldepliktige foretakssammenslutninger.

⁴⁶ Sak T-411/07, *Aer Lingus Group plc v Commission* 6. juli 2010 ECLI:EU:T:2010:281 premiss 80, sak T-332/09 *Electrabel v Commission* 18. januar 2013 ECLI:EU:T:2012:672 premiss 246 og Fusjonskontrollforordningen fortalen punkt 34. Se også DAF/COMP/WD(2018)95 Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by the European Union* (2018) s. 3, Press Release IP/17/1924 *Mergers: Commission alleges Merck and Sigma-Aldrich, General Electric, and Canon breached EU merger procedural rules* 6. juli 2017 og Konkurransetilsynets vedtak V2017-20 *Instalco Sverige AB* premiss 19.

⁴⁷ Press Release IP/17/1924 *Mergers: Commission alleges Merck and Sigma-Aldrich, General Electric, and Canon breached EU merger procedural rules* (2017), Ot.prp.nr.97 (1998–1999) s. 17 og blant annet Konkurransetilsynets vedtak V2011-15 *Plantasjen Norge AS – Mandal Hagesenter* premiss 58.

⁴⁸ Fusjonskontrollforordningen artikkel 2 (3) smh. 8 (4) og krrl. § 16 (3), jf. Prop.75 L (2012–2013) s. 96.

⁴⁹ Sak T-411/07, *Aer Lingus Group plc v Commission* premiss 25, Konkurransetilsynets vedtak V2005-12 – *Prior Norge BA – Norgården AS og NOU 2012:7* punkt 8.5.3.3.

⁵⁰ Prop. 75 L (2012–2013) s. 148, Konkurransetilsynets avgjørelse A2018-1 *A Bygg Gruppen AS – Fabritius Gruppen AS og A2013–24 Line AS (under navneendring til Domstein Sjømat AS) – Enghav AS* premiss 7.

⁵¹ Alison Jones og Brenda Sufrin (2014) s. 1176 og sak COMP/M.6812 - SFPI/ DEXIA 17. desember 2012 OJ C 28 premiss 20 og 23–29.

2.5 Forholdet til atferdsreglene

Innledningsvis i kapittel 1.1 ble det redegjort for skillet mellom ex ante og ex post regulering; skillet som knytter seg til om håndheving av konkurranserettens regler skjer før endringer finner sted eller utgjør sanksjoner mot konstaterede overtredelser av normene som gjelder.

Foretakssammenslutninger vurderes ex ante for å forhindre at det oppstår skader på markedet som ikke er mulig å reversere etter at transaksjonen er gjennomført.⁵² Foretakenes atferd som selvstendige rettssubjekter bedømmes ut fra atferdskontrollen, som blant annet åpen for sanksjonering av ulovlig samarbeid, informasjonsutveksling og misbruk av en dominerende stilling som har, eller kan ha hatt, konkurranseskadelig effekt.⁵³

Siden foretakssammenslutninger vurderes ex ante – på bakgrunn av endringene det kan medføre for strukturen i et marked – bør også de tilhørende reglene, herunder gjennomføringsforbudet, knytte seg til de samme omstendighetene. Dette innebærer at for eksempel informasjonsutveksling og samordning på markedet som skjer under en transaksjonsprosess bør vurderes under krrl. § 10. Motsatt vil det å la gjennomføringsforbudet omfatte informasjonsutveksling og samordning, innebære å strekke anvendelsesområdet lenger enn det hjemmelsgrunnlaget i utgangspunktet dekker, nemlig den enkelte «foretakssammenslutning». Et utydelig skille kan skape gråsoner hvor det blir uklart når informasjonsutveksling skal sanksjoneres etter atferdsreglene, og når det er i forbindelse med gjennomføring av en foretakssammenslutning at overtredelsen finner sted. Rettstekniske hensyn støtter en klar grensedragning, hvor det ikke er nødvendig med skjønnsmessige vurderinger av handlingenes tilknytning til den potensielle foretakssammenslutningen. Gjennomføringsforbudet er dessuten uegnet som atferdsmessig virkemiddel siden konkurransemessige virkninger ikke skal ha betydning for anvendelsen av gjennomføringsforbudet.⁵⁴ En *lex specialis*-betraktning tilsier at utelukkende disposisjoner som bidrar til at det gjennomføres en meldt foretakssammenslutning, rammes av gjennomføringsforbudet. Hvis gjennomføringsforbudet kommer til anvendelse for eksempel ved utveksling av informasjon innebærer det i realiteten at en prosessuell forbudsregel, som hører til strukturkontrollen, anvendes for å ramme atferd.⁵⁵ En slik regelbruk samsvarer ikke med konkurranserettens grunnleggende skille mellom atferdskontroll og strukturkontroll.

⁵² Sak M.7993 *Altice/PT Portugal* (2018) premiss 593.

⁵³ Krrl. §§ 10 og 11 og TFEU artikkel 101 og 102.

⁵⁴ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 50 og Østerud (2016) s. 124.

⁵⁵ Østerud (2016) s. 124.

3 Gjennomføringsforbudet i EU-retten

3.1 Innledning

I dette kapitlet vil det redegjøres for gjennomføringsforbudets rekkevidde i EU-retten. Rettslige utgangspunkter og vurderingstema vil trekkes ut fra Kommisjonens og EU-domstolens praksis. Det vil først bli gjort rede for rettstilstanden før EU-domstolens avgjørelse i EY-saken⁵⁶ ble avsagt i mai 2018, for å illustrere på hvilke måter avgjørelsen klargjør hvordan gjennomføringsforbudet skal praktiseres. Avgjørelsen vil bli presentert og analysert i kapittel 3.4. Avslutningsvis i kapittel 3.5 vil retningslinjene fra EY-saken benyttes for å vurdere hvordan gjennomføringsforbudet kan få anvendelse på saker som verserer for EU-domstolen og Kommisjonen.

3.2 Fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1)

Gjennomføringsforbudet i EU-retten er regulert i fusjonskontrollforordningen artikkel 7 nr. 1 hvor det fremgår at:

«A concentration with a Community dimension as defined in Article 1, or which is to be examined by the Commission pursuant to Article 4(5), *shall not be implemented* either before its notification or until it has been declared compatible with the common market pursuant to a decision under Articles 6(1)(b), 8(1) or 8(2), or on the basis of a presumption according to Article 10(6).» [Min kursivering.]

Mens den danske og svenske versjonen av fusjonskontrollforordningen bruker begrepet «gennemføres»/«genomföras», heter det i den engelske versjonen at en foretakssammenslutningen ikke skal bli «implemented» og på fransk at foretakssammenslutningen «ne peut être réalisée». Ingen av disse versjonene gir isolert sett klare løsninger på hva som skal til for å overholde forpliktelsen om å avvente gjennomføring. En nærmere fastleggelse av gjennomføringsforbudets rekkevidde må derfor bero på regelens formål og kontekst, i tillegg til praksis knyttet til anvendelsen.⁵⁷

⁵⁶ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet (2018)*. Omtales som «EY-saken».

⁵⁷ Op.cit. premiss 40.

Fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1) gir uttrykk for en «standstill obligation».⁵⁸ Det er en prosessuell regel som kan være overtrådt uavhengig av den materielle vurderingen av foretakssammenslutningens eventuelle påvirkning på konkurransen.⁵⁹ Frem til EU-domstolens rådgivende uttalelse i EY-saken eksisterte det ikke rettspraksis direkte knyttet til rekkevidden av gjennomføringsforbudet. EY-saken er derfor sentral for avgrensningen av gjennomføringsforbudet mot lovlige forberedelseshandlinger.

3.3 Gjennomføringsforbudet før EU-domstolens avgjørelse i EY-saken

3.3.1 Aksepterte forberedende handlinger

Allerede på et tidlig stadium i transaksjonsprosessen kan partene ha et praktisk og økonomisk behov for å forberede gjennomføringen. Før og i forbindelse med signering har partene normalt et stort behov for informasjon. I forhandlingsfasen, før signering, har Kommisjonen akseptert et visst rom for informasjonsutveksling som ledd i verdsettelse av selskapet i en due diligence-fase.⁶⁰ På dette stadiet er det ikke tale om å gjennomføre en foretakssammenslutning, og handlingene faller utenfor gjennomføringsforbudets anvendelsesområde.

Etter signering, men før gjennomføring, knytter forberedelse seg særlig til finansiering, integrasjonsplanlegging, vurdering av om klientforhold og ansatte kan eller skal videreføres. Dette behovet har ført til at gjennomføringsforbudet ikke rammer legitime forberedelseshandlinger.⁶¹ Erververen har normalt en berettiget interesse i og behov for en viss innsikt i kontrakter målselskapet kan inngå og forpliktelser det kan påta seg etter at transaksjonsavtalen er signert, men før gjennomføring («closing»). Kommisjonen anerkjenner dette behovet for å sikre at verdien på tidspunktet for gjennomføring samsvarer med erververens forventninger da avtalen ble inngått. Styringskompetanse på erververens hånd kan imidlertid ikke gripe inn i den vanlige driften, men må være nødvendig for å beskytte mot

⁵⁸ DAF/COMP/WD(2018)95 Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by the European Union* (2018) s. 2.

⁵⁹ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* (2018) premiss 54.

⁶⁰ Sak M.7993 *Altice/PT Portugal* (2018) premiss 477.

⁶¹ Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law* 2013 s. 295

materielle endringer i målselskapet med sikte på å bevare verdien.⁶² Hvert tiltak som innebærer en mulighet til å utøve kontroll må vurderes konkret opp mot hvilken relevans det har for ivaretagelse av selskapets verdi.⁶³ En absolutt grense trekkes ut fra om de aktuelle styringsklausulene gir erververen en «possibility to exercise decisive influence» over målselskapet.⁶⁴

3.3.2 Ulovlige gjennomføringshandlinger

Den nærmere gjennomgangen av praksis vil vise at det er fullstendig gjennomføring, manglende overholdelse av meldeplikten, styrings- og instruksjonsklausuler som gir faktisk rådighet, ulike former for markedsmessig samordning, informasjonsutveksling og «warehousing»-avtaler som har blitt ansett som ulovlige gjennomføringshandlinger i EU-retten.

Et klart utgangspunkt er at en foretakssammenslutning ikke i sin helhet kan gjennomføres i saksbehandlingstiden uten å komme i strid med gjennomføringsforbudet.⁶⁵ Deler av juridisk teori støtter en tilnærming til gjennomføringsforbudet som dekker enhver koordinering av kommersiell og strategisk aktivitet, integrering av forretningskompetanse, koordinering av priser, produksjon, forskningsstrategier og engasjement overfor felles markeder samt reklame.⁶⁶

Manglende overholdelse av meldeplikten ble allerede i 1998 ansett for å utgjøre et selvstendig brudd på gjennomføringsforbudet.⁶⁷ Dette er fulgt opp av Kommisjonen i flere senere saker; både i *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*⁶⁸ og *Marine Harvest/Morpol*⁶⁹ var de facto kontroll overført til erververen uten at ervervet var meldt i henhold til meldepliktordningen. Det var i begge sakene tale om en overdragelse av en minoritetspost, men etter en konkret

⁶² Sak M.7993 *Altice/PT Portugal* (2018) premiss 89. Momentene i vurderingen fremgår av premiss 90–94.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Op.cit.* premiss 90.

⁶⁵ Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, Fifth Edition 2014 s. 1776.

⁶⁶ *Op.cit.* s. 1126.

⁶⁷ Sak IV/M.920 *Samsung/AST 26. mai 1997* OJ L 225/12; R og sak IV/M.969 *A.P. Møller* 10. februar 1999 OJ L 183/29.

⁶⁸ Kommisjonens avgjørelse i sak COMP/M.4994 *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhone* 19. juni 2009 OJ C 279 ble opprettholdt av i sak T-332/09 *Electrabel v Commission* (2013) og videre av EU-domstolen i sak C-84/13 P *Electrabel v Commission* (2014). Se tilsvarende sak IV/M.920 *Samsung/AST 26. mai 1997* OJ L 225/12; R og sak IV/M.969 *A.P. Møller* (1999) som begge gjaldt manglende notifikasjon.

⁶⁹ Kommisjonens avgjørelse i sak M.7184 ble opprettholdt av Underretten i T-704/14 *Marine Harvest v Commission* (2017). Avgjørelsen er anket til EU-domstolen, se sak C-10/18 P.

vurdering fant Kommisjonen at det innebar en faktisk overdragelse av kontroll over målselskapet. Vurderingen tok utgangspunkt i eierandelen og stemmerettighetene, og sammenholdt dette opp mot de resterende eierandelene. Disse var spredt på mange aksjonærer som, tatt i betraktning oppmøte på tidligere generalforsamlinger, ikke utgjorde effektiv motstand mot erververens aksjepost.⁷⁰ Kommisjonens praksis samsvarer med den nåværende reguleringen i artikkel 7 (1), som eksplisitt rammer gjennomføring før melding er inngitt.

Kommisjonen anerkjenner avtalebestemmelser som er nødvendige for at erververen kan sørge for at målselskapets verdi sikres.⁷¹ Styrings- og instruksjonsklausuler i transaksjonsavtalen som gir erververen en «possibility to exercise decisive influence» over målselskapet vil imidlertid være i strid med gjennomføringsforbudet.⁷² I Altice/PT Portugal var styrings- og instruksjonsklausulene for vidtgående, og innebar at erververen hadde mulighet til å utøve kontroll.⁷³ Overtredelsen begrunnes i at PT Portugal innhentet synspunkter og instruksjoner fra Altice i sentrale beslutningsprosesser, herunder ved fornyelse av en distribusjonskontrakt. I tillegg sto Altice i posisjon til å styre over den daglige driften og hadde vetorett over strategiske og kommersielle avgjørelser.⁷⁴ I vurderingen la Kommisjonen betydelig vekt på om erververens handlinger reduserte målselskapets «discretion and ability to act independently on the market».⁷⁵ Kommisjonen vurderte det slik at en vidtgående påvirkningsmulighet over blant annet intern organisering, kommersiell strategi samt kontakt utad i markedet påvirket partenes selvstendighet, fordi erververen i realiteten sto fritt til å handle i henhold til egne interesser.⁷⁶ Dette var i følge Kommisjonen tilstrekkelig til å konkludere med at Altice hadde utøvd faktisk kontroll over PT Portugal.⁷⁷

Kommisjonen har gitt uttrykk for at enkelte former for markedsmessig samordning kan utgjøre brudd på gjennomføringsforbudet. Kommisjonens behandling av Bertelsmann og Kirch sitt oppkjøp av delt kontroll over Premiere gjennom et fullfunksjons fellesforetak gir uttrykk for at delvis implementering kunne være i strid med gjennomføringsforbudet.⁷⁸ I en

⁷⁰ Se kapittel 2.3.

⁷¹ Sak M.7993 Altice/PT Portugal (2018) premiss 481.

⁷² Op.cit. premiss 90.

⁷³ Op.cit. premiss 477. Den sentrale bestemmelsen er gjengitt i premiss 61.

⁷⁴ Op.cit. premiss 38–46, 46–58 og 481–482.

⁷⁵ Op.cit. premiss 80.

⁷⁶ Op.cit. premiss 81–82 og 91.

⁷⁷ Op.cit. premiss 482.

⁷⁸ De mulig ulovlige tiltakene ble stanset umiddelbart etter de ble adressert og Kommisjonen traff derfor ingen formell avgjørelse for brudd på gjennomføringsforbudet, jf. Press Release IP/97/1119 "BERTELSMANN AND

pressemelding om saken kommer det frem at Kommisjonen anså bruken av en felles markedsføringsplattform som «inseparably linked» til den planlagte foretakssammenslutningen, og dermed en direkte konsekvens av transaksjonsavtalen. Kommisjonen la også vekt på at det var vanskelig å reversere tiltaket.⁷⁹ Det ble ikke truffet vedtak i saken, men Kommisjonens synspunkt virker å være at koordinering av virksomhetene utad kan være tilstrekkelig til å konstatere overtredelse av gjennomføringsforbudet.

Kommisjonens praksis åpner for at utveksling av strategisk og detaljert kommersiell informasjon kan utgjøre brudd på gjennomføringsforbudet. I Ineos/Kerling åpnet Kommisjonen for at informasjonsutveksling kunne rammes av både gjennomføringsforbudet og EU-retts regler om ulovlig samarbeid.⁸⁰ Kommisjonen foretok en uannonsert bevissikring (dawn raid) i forbindelse med Ineos sitt oppkjøp av Kerling uten at det ble funnet bevis på informasjonsutveksling.⁸¹ I Altice/PT Portugal fant Kommisjonen at omfattende bevist informasjonsutveksling la til rette for at erververen kunne utøve faktisk innflytelse over målselskapets beslutninger før foretakssammenslutningen var behandlet av Kommisjonen.⁸² Informasjonsutvekslingen var så omfattende at det ville vært vanskelig å gjenopprette konkurransen i markedet.⁸³ Kommisjonen synes derfor å åpne for parallell forfølgning under både atferds- og strukturkontrollen. Det samme er lagt til grunn i juridisk teori.⁸⁴ I kapittel 3.4 vil spørsmålet vurderes i lys av EY-saken.

Fusjonskontrollforordningen artikkel 3 (5) unntar visse transaksjonsstrukturer fra fusjonskontrollen, herunder meldeplikten og gjennomføringsforbudet.⁸⁵ Som nevnt i kapittel 2.3 er det bare tale om en foretakssammenslutning hvis strukturendringen leder til en *varig*

KIRCH AGREE ON IMMEDIATE SUSPENSION OF SALES OF D-BOX DECODER BY PREMIERE" 15. desember 1997.

⁷⁹ Ibid. og Press release MEMO/07/573 Mergers: Commission has carried out inspections in the S PVC sector 13. desember 2007.

⁸⁰ Sak COMP/M.4734 Ineos/Kerling 30. juni 2008 OJ C 174.

⁸¹ Ibid., Press Release IP/97/1119 "BERTELSMANN AND KIRCH AGREE ON IMMEDIATE SUSPENSION OF SALES OF D-BOX DECODER BY PREMIERE" (1997) og press release MEMO/07/573 Mergers: Commission has carried out inspections in the S PVC sector (2007).

⁸² Sak M.7993 Altice/PT Portugal (2018) premiss 423 og 470. Avgjørelsen er bragt inn for Underretten, se «Altice N.V. Will File an Appeal Against The European Commission's Decision» 24. april 2018 (tilgjengelig på: <http://altice.net/sites/default/files/pdf/20180424-alt-pr-altice-NV-File-Appeal-Against-European-Commission-Decision.pdf>).

⁸³ Sak M.7993 Altice/PT Portugal (2018) premiss 424 og 472.

⁸⁴ Alison Jones og Brenda Sufrin (2014) s. 1776.

⁸⁵ Op.cit. s. 1147–1148.

endring i kontroll, og det er den som er gjenstand for meldeplikt og gjennomføringsforbudet, jf. fusjonskontrollforordningen artikkel 3 (5) sammenholdt med artikkel 4 og 7 (1). Hvorvidt en transaksjon er varig må bedømmes ut fra de reelle forholdene, ikke de formelle. En slik tilnærming kan fange opp suksessive transaksjoner der den første transaksjonen er midlertidig og i realiteten utgjør en del av en foretakssammenslutning.⁸⁶ En ordinær foretakssammenslutning kan struktureres i en to-trinns avtale hvor målselskapet overdras til en midlertidig kjøper og det er avgjort hvem som er den endelige kjøperen («warehousing»). Det følger av jurisdiksjonsmeddelelsen premiss 35 at Kommisjonen vil anse allerede den første overdragelsen som del av en foretakssammenslutning som omfatter den endelige erververens overtakelse av varig kontroll over målselskapet, dersom de etter sin art utgjør én reell overdragelse.⁸⁷ På den måten søkes det å unngå at en transaksjonsstruktur brukes for å kamuflere de reelle forholdene for å kunne gjennomføre foretakssammenslutningen uten nødvendig godkjenning fra Kommisjonen.⁸⁸

Kommisjonen har åpnet etterforskning av Canons oppkjøp av Toshiba Medical Systems Corporations («Toshiba») for mulig brudd på gjennomføringsforbudet.⁸⁹ Transaksjonen mellom partene var satt opp i to trinn. Konkret går overtakelsesstrukturen under etterforskning ut på at før transaksjonen ble meldt til Kommisjonen gikk en midlertidig kjøper til anskaffelse av 95 % av aksjekapitalen i Toshiba for € 800. Canon betalte samtidig € 5.28 MRD for de gjenværende 5 % samt opsjoner til den midlertidige kjøperens eierandeler. Etter at transaksjonen oppnådde godkjenning fra Kommisjonen ble aksjeopsjonene realisert av Canon, som derved skaffet seg enekontroll over Toshiba. Spørsmålet Kommisjonen må ta stilling til er om Canon, allerede på det innledende stadiet hvor den midlertidige kjøperen ervervet kontrollposten i Toshiba, i realiteten hadde sikret seg kontrollen over Toshiba gjennom ervervet av opsjoner til den midlertidige kjøperens eierandeler, selv om foretakssammenslutningen ikke var godkjent på dette tidspunktet.

⁸⁶ Jurisdiksjonsmeddelelsen premiss 29 smh. fusjonskontrollforordningen artikkel 3 (5), se også Alison Jones og Brenda Sufrin (2014) s. 1148.

⁸⁷ Jurisdiksjonsmeddelelsen premiss 35. Se Whish og Bailey (2018) s. 854, tilsvarende Ryssdal og Størdal Cosma (2018) s. 54.

⁸⁸ Richard Whish og David Bailey (2018) s. 855.

⁸⁹ Press Release STATEMENT/17/1929 *Statement by Commissioner Vestager on three Statements of Objections sent to Merck and Sigma-Aldrich, to General Electric, and to Canon for breaching EU merger procedural rules* 6. juli 2017 og MEX/18/6636 *Commission Daily News* 30/11/2018.

3.4 EU-domstolens rådgivende uttalelse i sak C-633/16

Ernst & Young P/S mot Konkurrenterådet

3.4.1 Sakens faktum

EU-domstolen avga i mai 2018 en rådgivende uttalelse om gyldigheten av det danske Konkurrenterådets vedtak om overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet, i forbindelse med den danske SØ- og Handelsretten sin behandling av Konkurrenterådets avgjørelse. EY og KPMG DK, som begge driver revisjons- og rådgivningstjenester, signerte en avtale om foretakssammenslutning 18. november 2013. Avtalen var meldepliktig, og ble godkjent på vilkår av Konkurrenterådet 28. mai 2014. Gjennomføring skjedde 1. juli 2014.

I partenes transaksjonsavtale var det inntatt et krav om at KPMG måtte avslutte sin samarbeidsavtale med det internasjonale nettverket «KPMG International», og det ble utført samme dag som transaksjonsavtalen ble signert. Oppsigelsen var nødvendig for at KPMG DK kunne tas inn i EY-gruppen uten å bryte samarbeidsavtalen som forelå med KPMG International. Offentlig kunngjøring av transaksjonen fant sted 19. november 2013. Den 20. november 2013 kunngjorde KPMG International at konsernet fremdeles skulle være representert i Danmark gjennom et nytt selskap. Etter dette traff flere av klientene til KPMG DK beslutning om å endre revisor.

3.4.2 EU-domstolens avgjørelse

EU-domstolen la til grunn at partene har en plikt til å avvente implementering som helt eller delvis, faktisk eller rettslig, bidrar til endring i kontroll over målselskapet.⁹⁰ Kriteriet innebærer en avgrensning mot implementeringshandlinger som er aksessoriske eller forberedende.⁹¹ Fraværet av sammenheng mellom tiltaket og kontrolløvertakelsen innebærer at tiltaket ikke kan være til skade for en effektiv strukturkontroll siden gjennomføring (kontrolløvertakelsen) fremdeles ligger frem i tid.

⁹⁰ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 62. Original formulering (på dansk): «en fusion alene gennemføres ved en transaktion, som helt eller delvist, faktisk eller juridisk, bidrager til en ændring i kontrollen med målvirksomheden». I kortform vil avgjørelsens ratio decidendi omtales som «kontrollkriteriet fra EY-saken»/«retningslinjen fra EY-saken».

⁹¹ Op.cit. premiss 49.

Formålet bak fusjonskontrollen, å legge til rette for at strukturendringer ikke forårsaker varig skade på konkurransen, vektlegges av EU-domstolen som et styrende moment for avklaringen av gjennomføringsforbudets rekkevidde.⁹² Generaladvokaten på sin side gir uttrykk for at gjennomføringsforbudet ikke er et uunnværlig verktøy for en effektiv strukturkontroll, og mener det må få betydning ved utpenslingen av gjennomføringsforbudet.⁹³ Den ulike vektingen av formålet kan få betydning i senere saker hvor avgrensning av gjennomføringsforbudets rekkevidde kommer på spissen.

Konkurrenserådets vedtak om brudd på gjennomføringsforbudet bygde på tre forutsetninger: Tiltaket var fusjonsspesifikt, irreversibelt og hadde potensiale til å skape konkurransemessige virkninger. Både EU-domstolen og Generaladvokaten kriteriene som relevante.⁹⁴ Videre klargjør EU-domstolen at vurderingen av hvorvidt en foretakssammenslutning påvirker konkurransen i et marked hører under den materielle vurderingen i fusjonskontrollforordningen artikkel 2.⁹⁵ Med andre ord bekrefter EU-domstolen at gjennomføringsforbudet gjelder uavhengig av om transaksjonen er forenlig med det indre marked (inngrepskriteriet).

Når det gjelder kjernen i grensedragningen mellom ulovlige gjennomføringshandlinger og tillate forberedelseshandlinger knytter EU-domstolen, i likhet med Generaladvokaten, grensen til begrepet foretakssammenslutning, og dermed konseptet om kontrollendring.⁹⁶ Tiltak som gjør foretakssammenslutningen varig vil rammes av gjennomføringsforbudet. Den nærmere grensedragningen vil analyseres i det følgende.

Det fremgår av avgjørelsen at gjennomføring av en foretakssammenslutning anses for å ha skjedd når «parterne i en fusion gjennomfører transaksjoner, der *bidrager* til varigt at ændre kontrollen med målvirksomheden».⁹⁷ EU-domstolen legger her opp til en positivt angitt test hvor gjennomføringsforbudet omfatter ethvert tiltak som «bidrager» («contributes») til en endring i kontroll.⁹⁸ Generaladvokaten på sin side avgrenser gjennomføringsforbudets

⁹² Op.cit. premiss 40–42.

⁹³ Opinion of Advocate General Wahl i sak C-633/16 (2018) premiss 33–36.

⁹⁴ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenserådet* (2018) premiss 23 og Opinion of Advocate General Wahl i sak C-633/16 (2018) premiss 47–57.

⁹⁵ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenserådet* (2018) premiss 50.

⁹⁶ Op.cit premiss 46 og Opinion of Advocate General Wahl i sak C-633/16 (2018) premiss 62.

⁹⁷ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenserådet* (2018) premiss 46.

⁹⁸ Op.cit. premiss 59.

rekkevidde mot tiltak «*leading*» til endring i kontroll.⁹⁹ Formuleringen «*leading*» kan tolkes slik at det krever at tiltaket står i årsaksrekke med kontrollendringen.

Det kan reises spørsmål om det er en realitetsforskjell mellom Generaladvokatens negative avgrensning av gjennomføringsforbudets og EU-domstolens positive angivelse av anvendelsesområdet. Rent språklig virker EU-domstolens definisjon å være mer omfattende fordi et enkeltstående bidrag, som ikke isolert utløser en endring i kontroll, kan være omfattet hvis det kombineres med ytterligere tiltak. En slik tolkning harmonerer imidlertid dårlig med den etablerte sammenhengen om at det må være oppnådd en varig kontrollovertakelse. Rettstekniske hensyn tilsier følgelig at det må ha inntrådt en form for mulighet til å utøve kontroll eller en faktisk endring i kontroll, før det kan foreligge brudd på gjennomføringsforbudet. Med andre ord vil enkeltstående handlinger som er avhengig av andre faktorer ikke utgjøre brudd på gjennomføringsforbudet – i likhet med formuleringen «*leading*» gir EU-domstolens avgrensning dermed uttrykk for et årsaksfokusert krav. På den annen side kan kontrollovertakelse utløses av at flere tiltak blir iverksatt samtidig, selv om det fortsatt kan gjenstå ytterligere tiltak før gjennomføring i helhet har skjedd. Delvis gjennomføring av kontrollovertakelsen vil derfor rammes av gjennomføringsforbudet. Fraværet av en slik mulighet kan åpne for misbruk og omgåelser, gjennom stegvis kontrollovertakelse forut for klarering fra konkurransemyndighetene.¹⁰⁰

EU-domstolen legger til grunn at gjennomføringsforbudet må avgrenses mot tiltak som skjer innenfor rammene av en foretakssammenslutning, men som «ikke er nødvendige for at opnå en ændring i kontrollen med en virksomhed.»¹⁰¹ Forberedende tiltak uten «direkte funksjonel forbindelse med gjennomførelsen heraf» er dermed lovlige.¹⁰² Det fremgår av generaladvokatens innstilling at gjennomføringsforbudet «(...) does not affect measures which, although taken in connection with the process leading to a concentration, precede and are severable from the measures actually leading to the acquisition of the possibility of exercising decisive influence on a target undertaking».¹⁰³ Nøkkelordene «precede and are severable» indikerer at forberedende handlinger som er løsrevet fra, og ligger forut i tid for

⁹⁹ Opinion of Advocate General Wahl i sak C-633/16 (2018) premiss 78.

¹⁰⁰ Op.cit premiss 64 og sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 47. Se også fusjonskontrollforordningen fortalen punkt 20.

¹⁰¹ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 49.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Opinion of Advocate General Wahl i sak C-633/16 (2018) premiss 78.

tiltak som gir erververen mulighet til å utøve kontroll over målselskapet, må behandles som lovlige forberedelsestiltak. EU-domstolen skiller også ut forberedende handlinger i den grad de ikke er nødvendig for å oppnå endring i kontroll. Domstolen tar imidlertid ikke i betraktning tidsaspektet og hvorvidt tiltaket kan separeres fra muligheten til å utøve kontroll, slik Generaladvokaten gjorde. Dette er en svakhet ved avgjørelsen som etterlater usikkerhet med hensyn til hvilke forberedelseshandlinger som i realiteten utgjør delvis gjennomføring når det etableres en mulighet til å utøve kontroll.

Videre kan det argumenteres for at EU-domstolens vektlegging av partenes selvstendighet før og etter tiltaket kan tolkes slik at det kreves innblanding fra erververen for at gjennomføringsforbudet skal stå i veien for tiltaket.¹⁰⁴ Med andre ord kan det trekkes opp en veiledningsnorm hvor ensidige handlinger foretatt av målselskapet for å forberede kontrollovertakelse og integrasjon, ikke rammes av gjennomføringsforbudet.¹⁰⁵ Min oppfatning er likevel at en slik norm ikke kan gjelde absolutt, fordi målselskapet kan gjennom ensidige handlinger for eksempel ved å begrense sin egen handlefrihet i realiteten kan oppgi kontrollen, slik at erververen har *mulighet* til å utøve kontroll. En mer presis retningslinje vil kanskje være å avgrense mot ensidige handlinger på målselskapets side overfor tredjepersoner, som samarbeidspartnere og egne ansatte.

Kontrollovertakelse som finner sted før foretakssammenslutningen er meldt inn vil være i strid med retningslinjen som følger av EU-domstolens avgjørelse i EY-saken. Kommisjonens praksis på dette punktet, som ble omtalt i kapittel 3.3.2, må derfor opprettholdes.

Overtredelsesgebyret i A.P. Møller ble redusert på grunn av fraværet av negative markedseffekter.¹⁰⁶ Sett hen til EU-domstolens standpunkt knyttet til markedseffektene betydning kan det være at en slik utmålingsfaktor ikke lenger er relevant.

Markedsmessig samordning innebærer en viss integrasjon av virksomhetene, men normalt vil det ikke kunne gi erververen mulighet til å utøve kontroll over målselskapet hvis ikke målselskapet også oppgir sin beslutningsmyndighet. Felles reklame vil nok representere en lovlig forberedelseshandling, i likhet med deling av informasjon om avsluttet samarbeid

¹⁰⁴ C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* (2018) premiss 61.

¹⁰⁵ Elske Raedts, *Jump the gun and you are out!*, Regulating for globalization 17.08.2018.

¹⁰⁶ Sak IV/M.969 *A.P. Møller* (1999) premiss 21.

mellom KPMG DK og KPMG International i EY-saken, men felles kommersialisering vil nok likevel som regel kunne rammes av TFEU artikkel 101.

I motsetning til tidligere praksis gir EY-saken uttrykk for at informasjonsutveksling ikke er en ulovlig gjennomføringshandling fordi kunnskap isolert sett ikke gir opphav til kontrollmuligheter for erververen.¹⁰⁷ Gjennomføringsforbudet må avgrenses mot atferdskontrollen som rammer informasjonsutveksling. Avgjørelsen tar dermed avstand fra indikasjonen som ble gitt av Kommisjonen i Ineos/Kerling-saken hvor det ble åpnet for dobbeltforfølgning. Gjennomføringsforbudet og forbudet mot informasjonsutveksling bygger på vidt ulike hensyn og sorterer under henholdsvis strukturkontrollen og atferdskontrollen. En sammenblanding er derfor retts teknisk sett uheldig.

Kontrollkriteriet EU-domstolen angir i EY-saken bekrefter at styrings- og informasjonsklausuler, som setter erververen i kontrollerende posisjon over daglig drift i målselskapet, vil stride med gjennomføringsforbudet.

3.5 EY-sakens betydning for pågående saker knyttet til gjennomføringsforbudet

Kommisjonens avgjørelse i Altice/PT Portugal er bragt inn for Underretten og det kan derfor ventes ytterligere klargjøringer med hensyn til gjennomføringsforbudets rekkevidde, særlig knyttet til informasjonsutveksling.¹⁰⁸ Kommisjonen legger i Altice/PT Portugal til grunn at førtidig gjennomføring kan ta forskjellige former, og at faktisk eller rettslig overtakelse av kontroll bare er én måte å handle i strid med gjennomføringsforbudet på.¹⁰⁹ EY-saken gir imidlertid tydelig uttrykk for at gjennomføringsforbudets rekkevidde utelukkende knytter seg til kontrollbegrepet. EU-domstolen trekker med andre ord opp en grense mellom strukturkontrollen, som forutsetter en kontrollendring, og atferdsreglene, og stadfester at regelsettene ikke kan anvendes parallelt.¹¹⁰ Underrettens avgjørelse i Altice/PT Portugal kan

¹⁰⁷ C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* (2018) premiss 57.

¹⁰⁸ Avgjørelsen er bragt inn for Underretten, se «Altice N.V. Will File an Appeal Against The European Commission's Decision» 24. april 2018 (tilgjengelig på: <http://altice.net/sites/default/files/pdf/20180424-alt-pr-altice-NV-File-Appeal-Against-European-Commission-Decision.pdf>).

¹⁰⁹ Sak M.7993 *Altice/PT Portugal* (2018) premiss 42.

¹¹⁰ Bo Vesterdorf, Gitte Holtsø and Anne-Marie Rosman Nielsen, *The scope of the Standstill Obligation in the EU Merger Control Regulation*, Europe Column 5. februar 2019.

dermed gi veiledning for når gjennomføringsforbudet benyttes som lex specialis-regulering i forbindelse med foretakssammenslutning, og avgrense tiltakene mot EU-rettens atferdskontroll.

Avgrensningen mot anvendelse av TFEU artikkel 101 på foretakssammenslutninger svarer til forutsetningen i fusjonskontrollforordningen artikkel 21 (1). Det fremgår av denne bestemmelsen at fusjonskontrollforordningen bare skal gis anvendelse overfor foretakssammenslutninger. Det kan ikke reguleres eksplisitt unntak fra traktatbestemmelsene, men meningen er å avgrense Kommisjonens håndhevingskompetanse for å opprettholde skillet mellom ex ante og ex post kontroll.¹¹¹

Enkelte kommentatorer har stilt seg kritiske til hvorvidt den type informasjonsutveksling som fant sted i Altice/PT Portugal-saken kan, eller bør, utgjøre brudd på gjennomføringsforbudet. Betrakningen har bakgrunn i at informasjonsutveksling isolert sett ikke innebærer en endring i kontroll, som for eksempel der erververen bare tilpasser sin virksomhet informasjon den har fått fra målselskapet.¹¹² Kommisjonens avgjørelse bygger på at omfattende informasjonsutveksling i kombinasjon med atferdsdirektiver la til rette for faktisk utøvelse av kontroll, og i slikt tilfelle vil det klart nok være tale om ulovlig gjennomføring.¹¹³ En mulighet er at grensen trekkes ut fra om partene, til tross for informasjonsutveksling, beholder kontrollen over egen virksomhet og operer som selvstendige aktører.¹¹⁴ I andre tilfeller kan bevist informasjonsutveksling mellom konkurrenter utgjøre en omstendighet ved utmåling av overtredelsesgebyr for andre ulovlige gjennomføringshandlinger.¹¹⁵

EU-domstolens retningslinje i EY-saken tilsier at en foretakssammenslutning nok ikke unnslipper fusjonskontrollen gjennom å presenteres som en to-trinns «warehousing»-avtale. Dersom det kan konstateres at erververen allerede i den første fasen stilles i posisjon med mulighet til å utøve kontroll, vil det likestilles med en ordinær foretakssammenslutning.¹¹⁶ I Canon/Toshiba saken vil i alle fall realiseringen av opsjonen på de stemmeberettigede aksjene

¹¹¹ Alison Jones og Brenda Sufrin (2014) s. 1171.

¹¹² Concurrances presentations, “Gun Jumping”, Shearman & Sterling LLP 9. oktober 2018.

¹¹³ Sak M.7993 Altice/PT Portugal (2018) premiss 482.

¹¹⁴ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* (2018) premiss 61.

¹¹⁵ Sak M.7993 Altice/PT Portugal (2018) premiss 603.

¹¹⁶ Se kapittel 3.3.2.

gi Canon kontroll over Toshiba.¹¹⁷ Det er dermed mulig at ordningen kan ses under et, som utløser meldeplikten og gjennomføringsforbudet umiddelbart ved den første overdragelsen, fordi handlingene medførte en endring i kontroll over målselskapet.¹¹⁸

3.6 Oppsummering

Anvendelsen av gjennomføringsforbudet etter EY-saken beror ifølge EU-domstolen på hvorvidt det helt eller delvis har skjedd en endring i erververens mulighet til å utøve kontroll over målselskapet. Vurderingen tar utgangspunkt i årsaksbetraktninger – i den konkrete saken blir spørsmålet om tiltaket er av en slik art at det vil kunne lede til en kontrollendring. Hvorvidt foretakene fremdeles fremstår som selvstendige enheter og står i et konkurrerende forhold og om det ene foretaket har en mulighet til å utøve bestemmende innflytelse over målselskapet, vil være momenter i vurderingen.

Kommisjonspraksis har vært fokusert på kontroll, og EU-domstolen bekrefter at kontrollendring er avgjørende for anvendelsen av gjennomføringsforbudet. Klarhet i grensen kan gjøre det enklere for foretak å vurdere sin rettsstilling og dermed sikre forutberegnelighet. Partene i en foretakssammenslutning har etter EY-saken en betydelig frihet med hensyn til forberedende handlinger og integrasjonsplanlegging. Dette legger til rette før økonomisk vekst og effektivisering, i samsvar med konkurranserettens formål.

¹¹⁷ Press Release IP/17/1924 *Mergers: Commission alleges Merck and Sigma-Aldrich, General Electric, and Canon breached EU merger procedural rules* (2017).

¹¹⁸ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* (2018) premiss 59.

4 Gjennomføringsforbudet i norsk rett

4.1 Innledning

I forarbeidene er det oppstilt et klart utgangspunkt om at gjennomføringsforbudet i krrl. § 19 skal praktiseres likt som i EU-retten.¹¹⁹ I dette kapittelet vil norsk lov, forarbeider og praksis undersøkes, og forskjeller i forhold til rettstilstanden i EU-retten påpekes fortløpende.

4.2 Konkurranseloven § 19 første ledd

Det rettslige grunnlaget for gjennomføringsforbudet i norsk rett finnes i krrl. § 19 første ledd som lyder:

«Foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i § 18 første ledd, *må ikke gjennomføres* før Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken. Det samme gjelder dersom Konkurransetilsynet har gitt pålegg om melding etter § 18 tredje eller femte ledd, melding er gitt etter § 18 sjette ledd eller meldeplikten følger av forskrift gitt etter § 18 niende ledd.» [Min kursivering.]

Forbudet knytter seg til «gjennomfør[ing]» av «foretakssammenslutninger», og det er disse begrepene i sammenheng som gir utgangspunktet for den nærmere tolkningen av regelens rekkevidde og anvendelsesområde.

Ordlyden av «må ikke gjennomføres» gir isolert sett uttrykk for et forbud mot å oppfylle forpliktelsene i transaksjonsavtalen – nemlig foretakssammenslutningen. En slik tolking innebærer at bare handlinger som bidrar til kontrolloverdragelsen rammes, og at andre handlinger lovlig kan utføres uavhengig av gjennomføringsforbudet.¹²⁰ Anvendelsesområde kan på den måte knyttes til tiltak som fullbyrder foretakssammenslutningen og som gir erververen kontroll over et tidligere selvstendig foretak (transaksjonsobjektet).¹²¹ En slik tilnærming vil innebære å trekke grensen mot lovlige forberedelseshandlinger gjennom å

¹¹⁹ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.3, Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 97 og 233 og Prop.75L (2012–2013) s. 112.

¹²⁰ Handlinger som ikke bidrar til kontroll kan være av en slik art at de kommer i strid med § 10, se kapittel 2.5.

¹²¹ Østerud (2016) s. 107.

vurdere om tiltaket innebærer en endring i kontroll, på tilsvarende måte som EU-domstolen la til grunn i EY-saken.

Konkurransetilsynet har imidlertid lagt til grunn at ordlyden tilsier at «ethvert gjennomføringstiltak er omfattet»¹²² og at det gjelder både hel og delvis gjennomføring.¹²³ Anvendelsesområdet knyttes dermed ikke opp mot kontrollovertakelsen.¹²⁴

Språklig sett åpner ordlyden for at både fullstendig og delvis implementering er omfattet av gjennomføringsforbudet. Forskjellen ligger i om alle skritt som gjøres for å oppfylle transaksjonsavtalen, herunder tiltak som ikke fører til kontrollovertakelse omfattes, eller om det må være tatt steg som gir varige strukturendringer for at gjennomføringsforbudet skal være overtrådt. Det første alternativet kan potensielt medføre at det blir ilagt overtredelsesgebyr for disposisjoner uavhengig av om den planlagte foretakssammenslutningen blir realisert eller ikke.¹²⁵

Det er lagt til grunn i forarbeidene at en opplisting av ulovlige handlinger ville gitt lite fleksible løsninger og være «vanskelig å utforme og vanskelig å håndheve», slik at gjennomføringsforbudet gjelder generelt.¹²⁶ Denne tilnærmingen er i samsvar med Generaladvokatens innstilling i EY-saken som tar avstand fra en opplisting av ulovlige forberedelseshandlinger.¹²⁷

Den sparsomme rettskildesituasjonen knyttet til anvendelsen av gjennomføringsforbudet i EU-/EØS-retten da gjennomføringsforbudet i norsk rett ble vedtatt gjorde at lovgiver holdt åpent et rom for «friere betraktninger om forbudsnormens innhold».¹²⁸ De frie vurderingene viser til regelens formål; å sikre en effektiv og reell forhåndskontroll med foretakssammenslutninger.¹²⁹ Dette har resultert i en skjønnsmessig anvendelse av gjennomføringsforbudet hos Konkurransetilsynet, hvor den generelle oppfatningen har vært at partene må avstå fra alle tiltak som kan stå i veien for gjennomføringsforbudets formål. Siden

¹²² Se blant annet Konkurransetilsynets vedtak V2017-20 Instalco Sverige AB premiss 20.

¹²³ Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA premiss 19.

¹²⁴ Østerud (2016) s. 107.

¹²⁵ Op.cit. s. 123–124.

¹²⁶ NOU 2003:12 punkt 7.6.4 og Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 97.

¹²⁷ Opinion of Advocate General Wahl i sak C-633/16 (2018) premiss 57.

¹²⁸ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.3.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 87.

konkurranserettssaker sjeldent står for de alminnelige domstolene, har det heller ikke funnet sted domstolskontroll med tilsynets praksis hvor forholdet til EU-retten kunne blitt tatt opp.¹³⁰

Konkurranselovutvalget slo fast at hovedformålet bak gjennomføringsforbudet er å sikre en effektiv fusjonskontroll slik at «konkurransemyndighetenes behandling av meldingen ikke blir illusorisk, ved å ta fra partene muligheten til å foreta irreversible disposisjoner før meldingen er ferdigbehandlet».¹³¹ Handlingens irreversibilitet har derfor stått som et sentralt veiledningsmoment i norsk praksis. Mulighet til å reversere disposisjonen ble vektlagt av Kommisjonen i Bertelsmann/Kirch/Premiere og er fremhevet av Kommisjonen flere nyere saker, men vektlegges ikke av EU-domstolen i EY-saken.¹³² Den potensielle innvirkningen gjennomføring kan ha på konkurransesituasjonen er årsaken til at fusjonskontrollen er *ex ante*. Konsekvensene av partenes integrasjon kan være at det er brukt økonomiske midler, ansatte er sagt opp og det kan være skapt usikkerhet utad om foretakenes stilling som selvstendige konkurrenter og aktører i markedet. I den grad integrasjonen har ført til at partene mister muligheten til å fungere som selvstendige aktører ved en slik oppløsning, vil dette kunne være et relevant moment for klarleggingen av gjennomføringsforbudets rekkevidde.

4.3 Aksepterte forberedende handlinger

Forberedelse til integrasjon og planlegging av hvordan den felles virksomheten skal være organisert, er i utgangspunktet tillatt.¹³³ Det omfatter «alle tiltak som kan lette gjennomføringen av sammenslutningen, men som ikke fører til at noen av foretakene mister sin evne til å opptre som selvstendig enhet».¹³⁴ Eksempler på handlinger som normalt tillates er kontakt med kunder og leverandører for å få aksept for videreføring av løpende kontraktsforhold, finansieringsavtaler, orienteringer utad om partenes intensjoner og planlegging av hvordan virksomheten skal være organisert i fremtiden.¹³⁵ Praksisen på dette

¹³⁰ Dette bekreftes for krrl. § 19 av at det bare finnes én avgjørelse fra Oslo tingrett.

¹³¹ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.2.1.

¹³² Press Release IP/97/1119 "BERTELSMANN AND KIRCH AGREE ON IMMEDIATE SUSPENSION OF SALES OF D-BOX DECODER BY PREMIERE" (1997) og Press Release IP/17/1924 *Mergers: Commission alleges Merck and Sigma-Aldrich, General Electric, and Canon breached EU merger procedural rules* (2017).

¹³³ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.3 og Konkurransetilsynets vedtak V2006-223 Gilde Norsk Kjøtt BA – Prior Norge BA.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 97.

¹³⁵ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.3 og Harald Evensen og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* 2009 s. 657.

punktet er i overensstemmelse med EU-konkurranseretten, og situasjonen forblir uendret etter EY-saken fordi tiltakene ikke innebærer endringer i kontrollen over målselskapet.

Konkurransetilsynet vedtok i V2015-26 Coop Norge Handel AS og Ica Norge AS en delvis opphevelse fra gjennomføringsforbudet. Tilsynets vedtak listet opp handlinger som ble tillatt i den konkrete saken: Forberedelser til forhandlinger, forhandling av transportavtaler og planlegging og gjennomføring av indirekte anskaffelser av utstyr/inventar som skulle brukes for omprofilering av butikkene *etter* overtakelse.¹³⁶ De aktuelle tiltakene er imidlertid av klar forberedende karakter, og kan enkelt reverseres ved et eventuelt inngrep siden partene uavhengig av omprofilering styrer egen virksomhet. Ergo innebærer ikke handlingene et bidrag til overdragelse av kontroll. Tiltakene er nødvendig for at foretakssammenslutningen kan finne sted, men det følger av EY-saken at det ikke er tilstrekkelig til at gjennomføringsforbudet forbyr handlingene. Tilsynet begrenser med andre ord partenes adgang til forberedelse i mye større utstrekning enn det som følger av gjennomføringsforbudets rekkevidde i EU-retten.

4.4 Ulovlige gjennomføringshandlinger

4.4.1 Aksjeoppgjør og aksjonærrettigheter

Fullstendig gjennomføring av en foretakssammenslutning før melding er inngitt eller saksbehandlingen er avsluttet, er i strid med gjennomføringsforbudet.¹³⁷ Forarbeidene nevner at utøvelse av aksjonærrettigheter vil være i strid med gjennomføringsforbudet.¹³⁸

Konkurransetilsynet har i sin praksis likevel også sanksjonert overtakelse av og oppgjør for aksjene fordi det innebærer utveksling av ytelser som gjennomfører foretakssammenslutningen.¹³⁹ Overtakelse av og oppgjør for aksjer som innebærer overdragelse av aksjonærrettighetene innebærer en endring i muligheten til å utøve kontroll

¹³⁶ Konkurransetilsynets vedtak V2015-26 Coop Norge Handel AS - Ica Norge AS premiss 19–22.

¹³⁷ Konkurransetilsynets vedtak V2017-20 Instalco Sverige AB premiss 24 og 48, V2014-3 Norgesgruppen ASA premiss 141-143 og 174, V2014-11 Surnadal Transportpartner AS premiss 33 og 60, V2015-32 Contiga AS premiss 21, V2015-2 Tafjord Kraft AS – Tussa Kraft AS premiss 23 og V2013-10 RBBS Holding AS premiss 29 og 59.

¹³⁸ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.2.1.

¹³⁹ V2009-3 RS Platou ASA Glitnir Securities AS punkt 3.1 og 3.2.2, V2012-13 Deloitte AS premiss 22 og V2012-15 Veidekke Entrepnrer AS premiss 24-26.

over målselskapet.¹⁴⁰ Et slikt tilfelle medførte i V2017-20 Instalco Sverige AB overtredelsesgebyr for brudd på krrl. § 19.¹⁴¹ Det ble lagt vekt på at tiltakene var vanskelig å reversere.¹⁴² Som nevnt i kapittel 3.3.2 og 3.4.2 rammes fullstendig gjennomføring også av fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1), fordi muligheten til å utøve kontroll over målselskapet flyttes til erververen. I EU-retten er det imidlertid ikke av betydning for gjennomføringsforbudets rekkevidde hvorvidt tiltaket var reversibelt. Rent innholdsmessig er det likevel samsvar mellom norsk rett og EU-retten ved å la gjennomføringsforbudet ramme oppgjør av aksjer, selv om begrunnelsen i enkeltsaker til en viss grad avviker.

Konkurransetilsynet har også ilagt overtredelsesgebyr for overtakelse av eiendomsretten til aksjer gjennom innføring i aksjeeierbok, selv om vederlaget bare var overført til en særskilt oppgjørskonto.¹⁴³ Uavhengig av at oppgjøret ikke var fullført, fant tilsynet at partene etter aksjeoverføringen fremstod som samme konsern utad.¹⁴⁴ Praksisen på dette punktet er nok ikke i samsvar med kontrollkriteriet fra EY-saken fordi erververen ikke har fått råderett før oppgjøret. Siden aksjeoverføringen er reversibel, slår heller ikke formålet om en effektiv kontroll til.¹⁴⁵

4.4.2 Styrings- og instruksjonsklausuler

En transaksjonsavtale inneholder ofte kontroll- og samarbeidsbestemmelser som pålegger målselskapet forpliktelser eller gir erververen visse styringsrettigheter. Formålet er å sikre forsvarlig drift av målselskapet frem til gjennomføring slik at erververens forutsetninger for foretakssammenslutningen blir ivaretatt.¹⁴⁶ Konkurransetilsynet har i sin praksis akseptert slike klausuler så langt de ikke går «utover det å sikre ordinær forretningsdrift».¹⁴⁷ I V2011-

¹⁴⁰ Merk at det gjelder et eget unntak for børsnoterte selskaper fra gjennomføringsforbudet, jf. Forskrift nr. 0290/2009 om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd for visse typer erverv av verdipapirer.

¹⁴¹ Konkurransetilsynets vedtak V2017-20 Instalco Sverige AB premiss 24 og 48. Utveksling av ytelser (betaling av første avdrag for virksomheten) ble ansett for å utgjøre brudd på gjennomføringsforbudet i V2012-13 Deloitte AS premiss 22.

¹⁴² Konkurransetilsynets vedtak V2017-20 Instalco Sverige AB premiss 48.

¹⁴³ Konkurransetilsynets vedtak V2012-15 Veidekke Entreprenør AS premiss 24–26.

¹⁴⁴ Op.cit. premiss 24. Det presiseres i premiss 25 at det ikke tas stilling til om innbetalingen til klientkonto utgjør et selvstendig brudd på gjennomføringsforbudet.. I premiss 47 påpekes at gjennomføringstiltakene *er reverserbare*.

¹⁴⁵ Ryssdal og Størdal Cosma (2018) s. 124.

¹⁴⁶ Sætre (2016) s. 32.

¹⁴⁷ V2011-15 Plantasjen Norge AS – Mandal Hagesenter AS, premiss 31. Se Olav Kolstad *Kommentar til konkurranseloven § 19*, note 208, Norsk lovkommentar (Rettsdata), sist revidert: 19.08.2014, hvor det fremgår at gjennomføringsforbudet er en skranke mot at erververen disponerer kommersielt over målselskapet.

15 Plantasjen/Mandal Hagesenter medførte en slik ordning overføring av råderett, instruksjonsmyndighet og beslutningsmyndighet over målselskapet til erververen.¹⁴⁸ Foretakenes mulighet til å opptre som selvstendige enheter under Konkurransetilsynets saksbehandling og etter et eventuelt inngrep var redusert som følge av kontrolloverdragelse til kjøper.¹⁴⁹ Sikringstiltak som fjerner skillet mellom separat kontroll over de uavhengige partene vil være i strid med gjennomføringsforbudet, for eksempel der målselskapets handleevne knyttet til den daglige driften innskrenkes.¹⁵⁰ På dette punktet anvendes gjennomføringsforbudet i krrl. § 19 i samsvar med det som følger av EU-retten.

4.4.3 Fysisk integrasjon

Både Oslo tingrett og Konkurransetilsynet har lagt til grunn at fysisk integrasjon av foretakene utgjør ulovlige gjennomføringshandlinger før foretakssammenslutningen er behandlet.¹⁵¹ Igjen har rettsanvendelsen vært begrunnet i at tilsynets fusjonskontroll vanskeligjøres på grunn av tiltakenes irreversibilitet.¹⁵² Fysisk integrasjon av virksomhetene trenger imidlertid ikke å bety at kontrollen er overdratt til erververen. Med andre ord kan det ikke alltid stilles likhetstegn mellom fysisk integrasjon og retningslinjen fra EY-saken som krever overdragelse av kontroll.¹⁵³ Uavhengig av fysisk tilpasning av lokaler kan partene ha i behold kontrollen over sine respektive virksomheter. Den underliggende kontrollen endres ikke av faktiske disposisjoner. Fysisk integrasjon som setter erververen i posisjon til å styre virksomheten og samtidig fratrar målselskapet kontroll over eget foretak, vil likevel innebære at det i realiteten har skjedd en de facto overdragelse av kontroll som gjennomfører foretakssammenslutningen.¹⁵⁴ Disse omstendighetene viser at en kategori som «fysisk integrasjon» ikke gir en presis norm for å avgrense lovlige forberedelseshandlinger fra ulovlige gjennomføringstiltak. Praksisen fra tingretten og Konkurransetilsynet vil i det

¹⁴⁸ Konkurransetilsynets vedtak V2011-15 Plantasjen Norge AS – Mandal Hagesenter AS premiss 28.

¹⁴⁹ Op.cit. premiss 37 og Sætre (2016) s. 33.

¹⁵⁰ Sætre (2016) s. 33.

¹⁵¹ TOSLO-2015-92069 (heretter omtalt som «Jotunfjell-dommen»), Konkurransetilsynets vedtak V2011-15 Plantasjen Norge AS – Mandal Hagesenter AS, premiss 38, V2009-18 Steenstrup Stordrange DA premiss 24, V2014-14 Easy AS/Britannia Hotell premiss 30 og 56. Se også Olav Kolstad m.fl., *Norsk konkurranse rett Bind I: Atferdsregler og strukturkontroll* 2007 s. 659.

¹⁵² TOSLO-2015-92069 side 16, V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA premiss 28, V2011-15 premiss 38, V2014-3 Norgesgruppen ASA premiss 174, V2014-11 Surnadal Transportpartner AS premiss 60 og V2014-4 Easy AS/Britannia Hotell premiss 57.

¹⁵³ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 59.

¹⁵⁴ Se kapittel 2.3 og Konkurransetilsynets vedtak V2014-12 Norfolier Greentec AS – Norfolier AS konkursbo og Norfolier Norge AS konkursbo premiss 79.

følgende nyanseres ut fra om de enkelte tiltakene har gitt opphav til faktisk kontroll over målselskapet, for å kunne kartlegge eventuelle avvik fra retningslinjen i EY-saken.

Tingrettens begrunnelse for å konstatere overtredelse av gjennomføringsforbudet i Jotunfjelldommen var at allerede fra butikkene ble overtatt, var fusjonskontrollens funksjon utfordret siden tiltakene vanskelig kunne reverseres. Som nevnt ovenfor har imidlertid ikke muligheten til å reversere gjennomføringstiltak fått gjennomslag ved grensedragningen i EU-domstolen. Overtakelse av butikkene ga likevel faktisk rådighet over målselskapet før Konkurransetilsynet hadde avsluttet saksbehandlingen. Noen dager etter overdragelse av butikkene betalte Jotunfjell vederlaget, hvilket også ga juridisk rådighet over målselskapet. Igjen ser vi at norsk praksis innholdsmessig gir samme resultat som grensedragningen i EU-retten selv om begrunnelsen er forskjellig.

I V2011-15 Plantasjen/Mandal Hagesenter ble fysisk endring av lokalene og stenging av butikken i en kort periode ansett for å utgjøre brudd på gjennomføringsforbudet.¹⁵⁵ Spørsmålet var om Plantasjens adgang til å fysisk endre lokalene og kreve stenging innebar en faktisk rådighet over Mandal Hagesenter, som kan likestilles med at det er overført kontroll på varig grunnlag. Tiltakene, som utvilsomt fant sted sikte på å forberede fullstendig driftsovertakelse, forutsetter at Plantasjen kunne bestemme over den daglige driften til Mandal Hagesenter. EU-domstolen avgrensner gjennomføringsforbudet mot forberedelseshandlinger som ikke bidrar til kontroll, selv om de er nødvendig for gjennomføring.¹⁵⁶ Grunnlaget for at Plantasjen kunne beslutte fysisk endring og stenging var en kontroll- og samarbeidsbestemmelse som ble vurdert til å være en selvstendig overtredelse av gjennomføringsforbudet. De faktiske handlingene gir derimot ikke uttrykk for kontrollovertakelse isolert sett, men forberedelse til en fremtidig gjennomføring.¹⁵⁷ Det er virkningen av tiltakene som vil være avgjørende i kontrollvurderingen. I lys av EY-saken er det derfor nærliggende å konkludere med at denne delen av tilsynets vedtak ikke er i samsvar med gjennomføringsforbudets innhold i EU-retten.

¹⁵⁵ Konkurransetilsynets vedtak V2011-15 Plantasjen Norge AS – Mandal Hagesenter AS. Da butikkene åpnet igjen var franchiseavtalen på plass og virksomheten kunne da lovlig drives under erververens navn, se premiss 37 sett i sammenheng med premiss 39.

¹⁵⁶ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* (2018) premiss 59.

¹⁵⁷ En avtale mellom konkurrenter om stenging vil imidlertid være problematisk med tanke på krrl. § 10.

Konkurransetilsynet konstaterte i V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA at avslutning av advokatbistand i to enkeltsaker var i strid med gjennomføringsforbudet i krrl. § 19, fordi det innebar at partene hadde iverksatt prosessen med å integrere de fusjonerte virksomhetene.¹⁵⁸ I EY-saken avsluttet KPMG DK sin samarbeidsavtale med KPMG International i suspensjonsperioden. Selv om oppsigelsen var en nødvendig betingelse for at foretakssammenslutningen kunne finne sted, anså EU-domstolen det likevel som forberedelse fordi det ikke medførte endring i kontrollen over målselskapets virksomhet. Partene forble selvstendige aktører på markedet både før og etter oppsigelsen fant sted.¹⁵⁹ På samme måte representerer heller ikke avslutning av to klientforhold en endring i kontroll over målselskapets virksomhet. Virksomheten for øvrig kunne fortsette uendret. Både i EY-saken og Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange gjaldt de omtvistede tiltakene avslutning av eksisterende tilknytning til tredjepersoner.¹⁶⁰ Den avvikende rettslige vurderingen på faktiske situasjoner som har likhetspreg, tilsier at det kan konstateres et betydelig avvik i grensdragningen mellom lovlige forberedelseshandlinger og ulovlige gjennomføringstiltak på dette punktet.

4.4.4 Markedsmessig samordning

Konkurransetilsynet har besluttet at drifts- og markedsmessig samordning utgjør ulovlige gjennomføringstiltak i strid med krrl. § 19.¹⁶¹ Grensen mot lovlige forberedelseshandlinger på dette punktet er særlig trukket opp på bakgrunn av om partene har beholdt sin status utad som uavhengige og selvstendige foretak både før og etter de aktuelle tiltakene har vært iverksatt.¹⁶² Felles markedsføring og bistand fra en advokat i det fusjonerende foretak ble vurdert som ulovlige gjennomføringstiltak av tilsynet i V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange. Utover selvstendighet, kreves det også at tiltakene ikke har bidratt til at erververen har skaffet seg mulighet til å kontrollere målselskapet for at det skal kunne bedømmes som lovlige i relasjon til gjennomføringsforbudet.¹⁶³ Momentet selvstendighet knyttes følgelig opp mot kontrollovertakelsen. Selv om felles markedsføring og bruk av den andre partens ressurser i

¹⁵⁸ Premiss 24.

¹⁵⁹ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 60–61. Selvstendighet fremhevet også i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 97.

¹⁶⁰ Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA premiss 24 og sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 60.

¹⁶¹ Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA premiss 20–21 og 33.

¹⁶² Op.cit. premiss 21 og 33. Se også Konkurransetilsynets vedtak V2013-4 Orkla/Rieber & Søn som gjaldt pålegg om gjennomføringsforbud og hvor det i vedtaket fremgikk at: «selskapene i denne perioden må opptre helt uavhengig av hverandre, både seg i mellom og overfor kunder, leverandører og andre».

¹⁶³ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 61.

noen grad kan signalisere utad at partene ikke lenger er selvstendige, utgjør ikke disposisjonene isolert sett et bidrag til at kontrollen flyttes. Samordning som ikke leder til overdragelse av kontroll bør heller, i lys av EY-sakens avgrensning av gjennomføringsforbudets anvendelsesområde, behandles under krrl. § 10 som regulerer selvstendige foretaks atferd.¹⁶⁴

Bruk av et felles navn utad gir et signal om at partenes virksomheter er integrert og at en foretakssammenslutningsprosess gjennomført. At felles markedsføring kan påvirke konkurransen i markedet har imidlertid ikke relevans ved praktiseringen av gjennomføringsforbudet i EU-retten.¹⁶⁵ Oppsigelsen av samarbeidsavtalen KPMG DK hadde med KPMG International ga *indikasjoner* utad om at det ville skje en strukturendring som kunne ha betydning for konkurransen, men partene drev virksomhetene hver for seg under eget navn frem til godkjenning ble gitt.¹⁶⁶ Samordningen i V2009-18 Steenstrup Stordrange fremstår som mer omfattende fordi de opererte i markedet som en enhet (uavhengig av den konkrete innvirkningen det hadde på konkurransesituasjonen i markedet).

Selvstendighet er i følge EY-saken bare et moment; gjennomføringsforbudet må også knyttes opp mot gjenstanden for fusjonskontrollen – nemlig en strukturendring. Felles markedsføring kan neppe sies å innebære en overføring av muligheten til å utøve kontroll isolert sett. På den annen side er det en forutsetning for å markedsføre virksomheten som en enhet at det til en viss grad utøves felles og samstemt kontroll. Felles markedsføring kan dermed være utslag av en faktisk overdragelse av kontroll, som vil være ulovlig i henhold til retningslinjen fra EY-saken, men da er det de facto kontrolloverdragelse som rammes av gjennomføringsforbudet. Felles kommersialisering er isolert sett atferd som må vurderes etter krrl. § 10. Uten den potensielle foretakssammenslutningen hadde den samme markedsføringen blitt vurdert etter ex post-reglene. Frem til den potensielle strukturendringen har materialisert seg i en kontrollendring må felles markedsføring bedømmes likt som mellom foretak som ikke står i en transaksjonsprosess.

¹⁶⁴ Læren om aksessoriske begrensninger kan gjøre at partene kan avtale begrensninger i aktørers handlefrihet i tilknytning til en foretakssammenslutning, som isolert sett kunne være i strid med forbudene i krrl. § 10, jf. Prop 75L (2012–2013) s. 114, jf. Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 237-238..

¹⁶⁵ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrenterådet* (2018) premiss 50–51.

¹⁶⁶ Op.cit. premiss 61.

4.4.5 Informasjonsutveksling

Konkurransetilsynet har i flere vedtak uttalt at «informasjonsutveksling utover det som er legitimt og påkrevd som ledd i transaksjonen» er i strid med gjennomføringsforbudet i krrl. § 19.¹⁶⁷ Det samme er lagt til grunn i forarbeidene og juridisk teori, hvor det fremgår at informasjonsutveksling kan påvirke foretakenes status som uavhengig av hverandre.¹⁶⁸ I V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange aksepterte tilsynet utveksling av informasjon om partenes klientlister for å unngå konfliktsituasjoner med advokatforskriften.¹⁶⁹ Utveksling av markedsinformasjon ble rammet av gjennomføringsforbudet i V2013-9 EG A/S – ASP AS.¹⁷⁰ Informasjonsutvekslingen hadde funnet sted regelmessig og opplysningene var detaljerte. Tilsynets praksis gir uttrykk for at grensen trekkes ut fra omfanget av informasjonsutvekslingen og hvorvidt den var nødvendig.

EU-domstolen slo imidlertid fast i EY-saken at foretakssammenslutninger som faller innenfor anvendelsesområdet til fusjonskontrollforordningen utelukkende skal behandles under forordningens regler.¹⁷¹ Som det ble redegjort for i kapittel 2.5, er dessuten ikke informasjonsutveksling etter sin art en type tiltak som hører til under anvendelsen av gjennomføringsforbudet som er en del av strukturkontroll. Hensikten med gjennomføringsforbudet å sikre en effektiv kontroll med strukturendringer som kan skade konkurransen – da er det ikke relevant å ta i betraktning atferdsendringer som skjer under transaksjonsprosessen. Slik informasjonsutveksling kan for det første skje uavhengig av foretakssammenslutninger. For det andre er ikke informasjonsutveksling i seg selv et tiltak som bidrar til en endring i kontroll. Enhver informasjonsutveksling vil heller ikke innebære at muligheten til å utøve kontroll flyttes fra målselskapet til erververen og således bidra til en strukturendring. Virkningen av informasjonsutveksling er at partene kan endre sin atferd på markedet – markedets struktur endres ikke, og bør dermed ikke kunne begrunne brudd på gjennomføringsforbudet. For eksempel kan erververens kunnskap om priser føre til samordning, men erververen kan ikke, uten at det er overført beslutningsmyndighet over målselskapet, styre målselskapets virksomhet. Avgjørelsen fra EU-domstolen støtter opp

¹⁶⁷ Konkurransetilsynets vedtak V2017-20 Instalco Sverige AB premiss 22, V2011-15 Plantasjen Norge AS – Mandal Hagesenter AS premiss 26, V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA premiss 18, V2014-14 Easy AS/Britannia Hotel AS premiss 28, V2014-11 Surnadal Transportpartner AS premiss 31, V2014-3 Norgesgruppen ASA premiss 138, V2012-15 Veidekke Entreprenører AS premiss 22 og V2012-13 Deloitte AS premiss 20.

¹⁶⁸ NOU 2003:12 punkt 5.4.8.3 og Sætre (2016) s. 25.

¹⁶⁹ Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA premiss 23–24.

¹⁷⁰ Konkurransetilsynets vedtak V2013-9 – EG A/S – ASP AS premiss 23.

¹⁷¹ Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* (2018) premiss 57–58.

under et slikt skille hvor tiltak som ikke bidrar til foretakssammenslutningens kontrolløvertakelse holdes utenfor rekkevidden av gjennomføringsforbudet.¹⁷²

4.5 Gjennomføringsforbudets anvendelse på minoritetsserverv

4.5.1 Inngrep mot minoritetsserverv

Krrl. § 16a gir Konkurransetilsynet hjemmel for å gripe inn mot minoritetsserverv, hvor det ikke skjer endring i kontroll, dersom ervervet kan «føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen». Fusjonskontrollforordningen har ingen tilsvarende regulering. Minoritetsserverv kan brukes av foretak for å skaffe en posisjon hos konkurrenter som kan gi incentiver til samordnet opptreden.¹⁷³ Begrunnelsen for adgangen til å gripe inn mot minoritetsserverv er at minoritetsservervet kan legge til rette for fremtidig atferd som man ønsker å motvirke.¹⁷⁴ En slik forutsetning for krrl. § 16a, som er en strukturregel, står i spenning til utgangspunktet om et skille mellom ex ante og ex post kontroll.

4.5.2 Minoritetsserverv i EU

Kommisjonen iverksatte arbeid med en mulig regulering av kontroll med minoritetsserverv i 2012, som endte i et lovforslag i 2014.¹⁷⁵ Bakgrunn var et behov for å kunne gripe inn mot minoritetsserverv som kan gi opphav til konkurransemessige bekymringer som går utover forbrukervelferden.¹⁷⁶ Under lovforberedelsen ble muligheten for å oppstille et gjennomføringsforbud tatt opp. Flere forslag knyttet til omfanget av et eventuelt gjennomføringsforbud ble vurdert. Fusjonskontrollen ble foreslått som en semi-frivillig ordning, uten et gjennomføringsforbud. En alternativ løsning som ble drøftet var å la

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 74.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 78 og Prop. 75 L (2015) s. 121, se også Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 73–74 og 226.

¹⁷⁵ COM(2014) 449 final WHITE PAPER *Towards more effective EU merger control* 9. juli 2014, SWD(2014) 221 final COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Accompanying the document WHITE PAPER *Towards more effective EU merger control* 9. juli 2014 og Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 71. Lovforslagets status per i dag er uavklart.

¹⁷⁶ *Support study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding minority shareholdings*, Report by Spark Legal Network and Queen Mary University of London. Publications Office of the European Union, (2016) s. 4 og 8.

gjennomføringsforbudet ha kortere varighet, med tilsvarende kortere saksbehandlingsfrister for Kommisjonen.¹⁷⁷

Problemstillingen ble tatt opp for å avveie behovet for å identifisere problematiske disposisjoner mot den byrden de involverte foretak pålegges gjennom meldeplikt og gjennomføringsforbud. Dette skyldes et lavt antall minoritetsserverv som reiser konkurransemessige utfordringer.¹⁷⁸

I en forføyningssak mellom Aer Lingus og Kommisjonen, ble en anførsel om at gjennomføringsforbudet sperret for at Ryanair kunne utøve stemmerett knyttet til ikke-kontrollerende minoritetsandeler.¹⁷⁹ Kravet ble avvist fordi det ikke var tale om en «gjennomført» foretakssammenslutning.¹⁸⁰ Avgjørelsen behandler ikke spørsmålet om anvendelse av gjennomføringsforbud på minoritetsserverv direkte. Den gir likevel et signal om at bare handlinger som knyttes til kontrollovertakelsen av en foretakssammenslutning rammes av gjennomføringsforbudet.

4.5.3 Minoritetsserverv i norsk rett

I august 2018 ble det kjent at Sector Alarm planla et erverv av 49,99 % av aksjene i Nokas AS.¹⁸¹ Konkurransetilsynet påla partene med hjemmel i krrl. § 18 femte ledd å inngi melding om den planlagte foretakssammenslutningen i vedtak V2018-22.¹⁸² I vedtaket ble det presisert at ervervet *ikke måtte gjennomføres* under Konkurransetilsynets saksbehandling.¹⁸³ Det er ikke presisert nærmere hva forbudsnormen innebærer.

¹⁷⁷ Op.cit. s. 5.

¹⁷⁸ Siden avhandlingens fokus primært er å klarlegge norsk rett avgrenses det mot ytterligere behandling av hvordan gjennomføringsforbudet i forbindelse med en eventuell lovregulering av kontroll med minoritetsserverv i EU-retten kan eller bør utformes

¹⁷⁹ Forføyningssak T-411/07R, Aer Lingus Group Plc v Kommisjonen 18. mars 2008 ECLI:EU:T:2008:80 premiss 94.

¹⁸⁰ Østerud (2016) s. 119.

¹⁸¹ Sector Alarm ble også pålagt meldeplikt for ervervet av Sector Alarm sitt erverv av Nokas «Small Systems» etter krrl. § 18 (3).

¹⁸² Vedtaket ble opprettholdt av Konkurransklagenemnda i Klagenemndas avgjørelse 2018/363 Sector Alarm AS/Sector Alarm Group AS.

¹⁸³ Konkurransetilsynets vedtak V2018-22 Sector Alarm AS/Sector Alarm Group AS – Nokas AS premiss 46. Vedtaket skriver «foretakssammenslutningen», men ut fra sammenheng peker det tilbake på ervervene som ble pålagt meldeplikt etter §§ 18 (3) og (5).

Det rettslige grunnlaget er krrl. § 19 første ledd andre punktum, hvor det fremgår at «det samme gjelder» for anvendelsen av gjennomføringsforbudet på minoritetsserverv som pålegges meldeplikt. Det legges til grunn at EU-domstolens avgjørelse i EY-saken bør være normerende for anvendelsen av gjennomføringsforbudet i krrl. § 19.¹⁸⁴ Ordlyden «gjennomføres» i krrl. § 19 må derfor tolkes som et krav til at kontrollen over målselskapet ikke må overdras faktisk eller rettslig, helt eller delvis, i saksbehandlingstiden. Et minoritetsserverv innebærer etter sin art ikke en overdragelse av kontroll, og gjennomføringsforbudet vil derfor ikke utgjøre en reell skranke overfor minoritetsservervet.¹⁸⁵ Ordlyden «det samme gjelder» er uklar. Spørsmålet er derfor om det er støtte i rettskildene for en presiserende tolkning av «gjennomføres» overfor minoritetsserverv. Et tolkningsalternativ til kontrollkriteriet, er å knytte gjennomføringsforbudet opp mot det aktuelle transaksjonsobjektet – minoritetsandelen. En slik tilnærming vil omfatte handlingene som er nødvendig for at minoritetsposten overdras; aksjeoverføringen og oppgjøret.

Fusjonskontrollen skal forhindre at transaksjoner som kan virke konkurransebegrensende gjennomføres.¹⁸⁶ I tilfeller hvor det ikke skal skje en endring i kontroll etter foretakssammenslutningen er det imidlertid begrenset hvor stor effekt det kan ha at partene fullfører aksjeervervet – det skjer ingen integrasjon av virksomhetene. Muligheten for oppløsning gjennom tilbakeføring av ervervede aksjer, forhindrer dermed ikke gjennomføringsforbudets formål om effektiv kontroll med foretakssammenslutninger.¹⁸⁷

Tilsynets praksis frem til i dag, som er preget av vurderinger av partenes selvstendighet og muligheten til å reversere tiltak, kan anvendes på samme måte overfor minoritetsserverv. Kontrollkriteriet for grensedragningen mellom lovlige forberedelseshandlinger og ulovlige gjennomføringstiltak passer imidlertid *ikke* på erverv av ikke-kontrollerende eierandeler. For at gjennomføringsforbudet skal utgjøre en effektiv sperre mot transaksjonen som overfører en minoritetsandel, må lovteksten «gjennomføres» differensieres fra det som gjelder for alminnelige foretakssammenslutninger. Forarbeidene omtaler gjennomføringsforbudet som én størrelse, uavhengig av grunnlaget for at det inntreffer.¹⁸⁸ Rettstekniske hensyn, i form av et

¹⁸⁴ Se kapittel 5.

¹⁸⁵ Minoritetsserverv som fører til en kontrollendring fanges opp av begrepet «foretakssammenslutning», og er gjenstand for den alminnelige kontrollen med foretakssammenslutninger, se kapittel 2.3.

¹⁸⁶ Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 15.

¹⁸⁷ Se kapittel 2.3.

¹⁸⁸ Se Prop 75L (2012–2013) s. 147.

ønske om klare grensedragninger, taler også for at gjennomføringsforbudet har et felles innhold i alle sammenhenger; hvilket også vil gi bedre forutberegnelighet for partene.

Konkurransklagenemnda la i sin avgjørelse 2018/636 Sector Alarm til grunn at krrl. § 24, som gir Konkurransetilsynet hjemmel til å kreve informasjon, ikke medfører et gjennomføringsforbud slik som pålegg om meldeplikt etter § 18 gjør, jf. § 19.¹⁸⁹

Klagenemnda synes her å forutsette at gjennomføringsforbudet er en nødvendig forutsetning for å kunne føre en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger som pålegges meldeplikt etter § 18 tredje eller femte ledd. Paragraf 18 tredje ledd rammer foretakssammenslutninger som ikke oppfyller terskelverdiene, men hvor tilsynet finner grunn til å foreta nærmere undersøkelser. Slike transaksjoner vil være vanlige foretakssammenslutninger hvor hensikten er å overdra kontroll, og gjennomføringsforbudets norm i lys av EY-saken, passer derfor på samme måte som for erverv som må innrette seg etter det automatiske gjennomføringsforbudet. Klagenemnda skiller imidlertid ikke mellom pålegg om meldeplikt etter henholdsvis § 18 tredje og femte ledd, og etterlater inntrykk av at gjennomføringsforbudet anvendes likt uavhengig av typen erverv det er tale om.

I forbindelse med minoritetserverv er en praktisk utfordring at erververen skaffer seg innsikt i målselskapets virksomhet, dette kan skje i transaksjonsprosessen eller senere dersom erververens representant utpekes som styremedlem i målselskapet. Informasjonsutveksling kan sanksjoneres etter krrl. § 10, som setter grenser for samarbeid mellom uavhengige foretak.¹⁹⁰ Et foretak er uavhengig så lenge det utgjør en selvstendig økonomisk enhet.¹⁹¹ Etter et gjennomført minoritetserverv oppnår ikke erververen kontroll og styring over målselskapet; målselskapet beholder sin identitet selv om eierforholdene delvis forandres. Atferdsreglene kan med andre ord også anvendes også etter at minoritetsservervet er gjennomført, i motsetning til situasjonen etter et gjennomført kontrollerverv hvor virksomhetene integreres til en felles enhet. Mot dette kan det imidlertid innvendes at § 10 ikke alltid vil være effektiv – en eierandel kan gi incentiver til å heve prisene. Slik atferd kan skje ensidig og uavhengig av en avtale mellom partene, som vanskelig kan bevises å være i strid med forbudet mot ulovlig samarbeid.

¹⁸⁹ Konkurransklagenemndas avgjørelse 2018/636 Sector Alarm AS/Sector Alarm Group AS premiss 35.

¹⁹⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 97, Evensen og Sæveraas (2009) s. 101 flg.

¹⁹¹ Ryssdal og Cosma Størdal (2018) s. 45.

Formålet med gjennomføringsforbudet er å etablere en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger, fordi det etter gjennomføring kan være vanskelig å gjenopprette konkurransesituasjonen. Dersom formålet ikke slår til for kontroll med minoritetsserverv, synes det heller ikke å være et behov for et gjennomføringsforbud. Transaksjonen kan enkelt reverseres ved å tilbakeføre minoritetsandelen. Dessuten er gjennomføringsforbudet et inngrep som er byrdefullt for partene, og sett i sammenheng med at det heller ikke er effektivt virker det derfor unødvendig. Muligheten til å bruke krrl. § 10 mot informasjonsutveksling vil dessuten fange opp en del avtaler mellom partene som skader konkurransen.

Som drøftelsen viser ser det ikke ut til å være rettskildemessig grunnlag for å differensiere innholdet i gjennomføringsforbudet i krrl. § 19 ut fra typen erverv det er tale om. Dersom det foretas en kursendring i norsk rett med sikte på å harmonisere innholdet i krrl. § 19 med det som følger av nyere praksis i EU-retten,¹⁹² det vil si avgrensning mot lovlige forberedelseshandlinger ut fra et kontrollkriterium, får ikke gjennomføringsforbudet noen funksjon overfor minoritetsserverv.

Gjennom en tolkning av krrl. § 19 sammenholdt med krrl. § 16a, er det som presentert her, mulig å komme til at gjennomføringsforbudet ikke kan anvendes overfor minoritetsserverv. En lovendring som eksplisitt unntar gjennomføringsforbudet for minoritetsserverv vil imidlertid bidra til mer forutberegnelighet for partene.

¹⁹² Se kapittel 5.

5 Betydningen av utviklingen i EU-konkurranseretten for norsk konkurranserett

5.1 Innledning

Her i kapittel 5 vil rettsutviklingen som har funnet sted i EU-retten sammenlignes med norsk rett. Først vil avviket mellom grensedragningen for lovlige forberedelseshandlinger og ulovlige gjennomføringshandlinger under henholdsvis krrl. § 19 og fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1) konkretiseres. Deretter vil rettsvirkningen av disse forskjellene behandles i kapittel 5.3. Siktemålet er å angi en retningslinje for anvendelsen av gjennomføringsforbudet de lege ferenda.

5.2 Er norsk rett i samsvar med EU-retten?

Både tingretten og Konkurransetilsynet har tatt utgangspunkt i uttalelsene i forarbeidene ved anvendelsen av gjennomføringsforbudet.¹⁹³ Forbeholdet i forarbeidene om at § 19 skal ha et tilsvarende innhold som fusjonskontrollforordningen kan imidlertid ikke gjenfinnes i tilsynets praksis eller tingrettsavgjørelsen.¹⁹⁴ Som gjennomgangen i kapittel 4.2 til 4.4 viser, har grensedragningen mot lovlige forberedende handlinger i stor grad vært basert på en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt et tiltak har vært reversibelt og om partene har beholdt sin selvstendige stilling. Overdragelse av kontroll er bare vurdert i de tilfellene det har vært klart at erververen har skaffet seg fullstendig rådighet over målselskapet. På enkelte punkter er det innholdsmessig likhet ved anvendelsen av gjennomføringsforbudet i krrl. § 19 og fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1), men både vurderingstema og retningslinjer skiller seg i stor grad fra hverandre.

Hovedkonklusjonen er derfor at det er et avvik i grensedragningen mellom lovlige forberedelseshandlinger og ulovlige gjennomføringstiltak i norsk rett og EU-retten. Et generelt inntrykk er at under norsk rett har partene i en foretakssammenslutning et betydelig

¹⁹³ TOSLO-2015-92069 og bl.a. V2013-11 Allkopi Service Point AS, V2009-18 Steenstrup Stordrange DA, V2017-20 Instalco Sverige AB.

¹⁹⁴ Østerud (2016) s. 112, TOSLO-2015-92069 og blant annet Konkurransetilsynets vedtak V2017-20 Instalco Sverige AB som ikke nevner forholdet til fusjonskontrollforordningen.

mindre handlingsrom til å forberede gjennomføringen enn det EU-domstolen legger til grunn i EY-saken.

Min oppfatning er at norsk praksis i stor grad «kategoriserer» handlinger uavhengig av den konkrete virkningen det enkelte tiltaket har for selve foretakssammenslutningen. Fokuset på partenes selvstendighet og muligheten for reversering reiser ytterligere spørsmål, som hvilken tilknytning som eventuelt kreves og hvor krevende reversering må være. Når det for eksempel gjelder fysisk integrasjon og markedsmessig samordning har slike tiltak som regel ingen innvirkning på de reelle kontrollforholdene. Hvis partene senere bestemmer seg for å avbryte foretakssammenslutningen må det ikke nødvendigvis foretas oppløsende handlinger. Grensedragningen henger dermed ikke sammen med selve gjennomføringen og formålet om å sikre en effektiv kontroll med varige strukturendringer. Gjennomføringsforbudet får på den måten mer karakter av å være en atferdsregulering som gjelder uavhengig av om den planlagte foretakssammenslutningen gjennomføres eller avbrytes.

Ved å heller knytte anvendelsen av krrl. § 19 opp mot foretakssammenslutningsbegrepet,¹⁹⁵ slik at det i likhet med EY-saken kreves en kontrolloverdragelse, står partene i en transaksjonsprosess i bedre posisjon til å vurdere lovligheten av aktuelle forberedelsestiltak. Hvilke forberedende handlinger som ikke innebærer en endring i kontroll kan ytterligere avklares i den enkelte sak gjennom kontakt mellom konkurransemyndighetene og partene.

5.3 Anvendelsen av gjennomføringsforbudet i norsk rett etter EU-domstolens avgjørelse i EY-saken

Konkurransetilsynets avgjørelse i sak A2018-2 Coast Seafood AS og Roadfeeders AS er fattet etter at avgjørelse i EY-saken ble avsagt. Tilsynet gir dispensasjon fra gjennomføringsforbudet for at Coast Seafood AS erverver eiendeler, rettigheter og forpliktelser fra Roadfeeders konkursbo og ellers gjør det som er nødvendig for å sikre videre drift.¹⁹⁶ Det sentrale i forbindelse med gjennomføringsforbudets anvendelsesområde er at tilsynet stadfester at gjennomføringsforbudet utover dispensasjonen som blir gitt gjelder fullt

¹⁹⁵ Se kapittel 4.2.

¹⁹⁶ Konkurransetilsynets avgjørelse A2018-2 Coast Seafood AS og Roadfeeders AS premiss 12.

ut,¹⁹⁷ uten å uttale seg om hva det innebærer. Det er usikkert om uttalelsen kan tolkes slik at tilsynet opprettholder sin tidligere praksis knyttet til anvendelsen av gjennomføringsforbudet, og ikke legger opp til en oppstramming i lys av EY-saken. Ved å anlegge Konkurransetilsynets tidligere tilnærming, innebærer det at tilsynet vil kunne gripe inn mot tiltak som kan være lovlig ved å bruke kontrollkriteriet fra EY-saken for grensedragningen mellom lovlige forberedelsehandlinger og ulovlige gjennomføringshandlinger.¹⁹⁸ Den utviklingen som for tiden finner sted i EU-konkurranseretten kan med andre ord ikke gjenfinnes i tilsynets praksis. Det er ingen klare tegn til at praksisen nå vil legges om, men spørsmålet har ikke uttrykkelig vært behandlet av Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynets praktisering av gjennomføringsforbudet har heller ikke vært gjenstand for endelig fastleggelse i domstolen, og den foreliggende forvaltningspraksis kan dermed ikke forstås som en sperre mot en kursendring nå.

Utgangspunktet ved innføringen av gjennomføringsforbudet i norsk rett var at innholdet skulle svare til regelen i fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1), og tolkes i lys av rettspraksis som finnes i EU/EØS.¹⁹⁹ Forarbeidene viser videre til at den sparsomme rettskildesituasjonen åpner for en friere betraktning om forbudsnormens innhold; samtidig brukes praksis som finnes for å utpensle innholdet.²⁰⁰ Forarbeidene bygger dermed på en klar forutsetning om at krrl. § 19 skulle svare til fusjonskontrollforordningen artikkel 7 (1).

I Rt-2010-202 (Nye Kystlink) tok Høyesterett stilling til hvordan sjømannsloven § 33, jf. § 33B som gjennomfører EUs direktiv 2000/78/EF skulle anvendes.²⁰¹ Forarbeidene til sjømannsloven bygde på en forutsetning om at direktivet ikke skulle endre dagens rettstilstand. Det var klart at Norge ikke var forpliktet til å implementere EU-direktivet, men Høyesteretts flertall fant likevel at domstolen måtte anvende de samme rettskildene som den ville ha gjort hvis spørsmålet var forelagt for EU-domstolen.²⁰² Høyesteretts flertall konkluderte med at den var forpliktet til å vurdere forholdet til EU-direktivet, selv om lovgivers standpunkt var at regelen var forenlig med direktivet. Avgjørelsen knytter seg til et helt annet rettsområde, men krrl. § 19 gjelder foretakssammenslutninger uten EU-dimensjon

¹⁹⁷ Op.cit. premiss 13.

¹⁹⁸ Se Konkurransetilsynets vedtak V2017-20 Instalco Sverige AB premiss 21 sammenholdt med EY-saken premiss 59.

¹⁹⁹ NOU 2003: 12 punkt 5.4.8.3, Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 97 og 233 og Prop.75L (2012-2013) s. 112.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Se også LB-2014-76309 om anvendelsen av krrl. § 29.

²⁰² Rt-2010-202 premiss 50-56. Det samme er lagt til grunn i Rt-2012-219 premiss 46.

eller som oppfyller samhandelskriteriet i EØS-retten. Utgangspunktet er da på samme måte at norsk rett ikke er folkerettslig forpliktet til å følge EU-/EØS-retten, men Høyesteretts avgjørelse må tas til inntekt for at der harmonisering er tilsiktet av lovgiver, forpliktes domstolen samtidig å ta i betraktning de relevante EU-/EØS-rettslige kildene hvis ikke noe annet er klart forutsatt. Utgangspunktet bekreftes av at Konkurransetilsynet i en rekke saker har lagt vekt på praksis fra EU-/EØS-retten i vurderingen av om det skal gjøres unntak fra gjennomføringsforbudet etter krrl. § 19 andre ledd, som bygger på en tilsvarende forutsetning i forarbeidene om harmonisering for å sikre enhetlig praktisering.²⁰³ Forutsetningen om at krrl. § 19 skulle samsvare med EU-retten, innebærer at Konkurransetilsynets rettsanvendelse ikke nødvendigvis kan opprettholdes i lys av nyere praksis fra EU-retten.

Som påpekt i kapittel 4.2 åpner lovteksten i krrl. § 19 for å avgrense gjennomføringsforbudet mot delvis gjennomføring som ikke innebærer overdragelse av kontroll ved å behandle slike tiltak som lovlige forberedelseshandlinger. Ordlyden «gjennomfører» er dermed åpen for harmonisering av gjennomføringsforbudet med det innholdet som følger av EU-retten. Spriket som har oppstått i rettsanvendelsen mellom norsk rett og EU-retten, kan som nevnt delvis begrunnes i at det heller ikke fantes autorativ praksis fra EU-institusjonene som kunne gi tilsynet veiledning for anvendelsen av gjennomføringsforbudet. Konkurransetilsynet har som offentlig myndighet i oppgave å føre tilsyn med konkurransen og kompetanse til å iverksette tiltak og ilegge overtredelsesgebyr.²⁰⁴ Kommisjonen på sin side har derimot tilegnet seg avgrensede rettigheter fra medlemsstatene.²⁰⁵ Dersom Kommisjonen tolker hjemlene vidt, vil det samtidig innebære et inngrep i medlemsstatenes autonomi. Dette kan begrunne tilnærmingen til gjennomføringsforbudets anvendelsesområde i EU-retten. Samtidig kan denne forskjellen også være en forklaring for tilsynets mer kasuistiske og skjønnspregede tilnærming.

Rettstekniske hensyn og forutberegnelighet taler med tyngde for at det norske gjennomføringsforbudet praktiseres enhetlig med EU-retten. Det gir den fordel at foretak som operer både på lokalt/nasjonalt nivå og innenfor EU kan fastlegge sin rettsstilling på en mer effektiv måte. Hvis det blir for vanskelig å forholde seg til det norske gjennomføringsforbudet

²⁰³ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 97, Konkurransetilsynets vedtak A2013-23 Head Energy AS – Multicontrol AS premiss 5 og A2013-19 Martin Rønning AS – Ansnes Grunnarbeider AS premiss 6.

²⁰⁴ Krrl. § 9.

²⁰⁵ TEU artikkel 4 og 5, the principle of conferred powers.

kan dette i ytterste konsekvens motvirke ønskelige effektiviseringer, eller at foretak søker utover i Europa for å inngå i foretakssammenslutninger for å ha best mulighet til å forberede en enkel og rask integrasjon så snart godkjenning foreligger. Ved å trekke grensen ut fra hvorvidt det enkelte tiltak endrer kontrollforholdene, unngås potensielt vanskelige bevisvurderinger av hvilke virkninger den enkelte handling har. Når det er kommet avklaringer i EU-retten som legger til rette for en mer forutsigbar grensedragning, er det en god anledning for tilsynet å justere sin praksis på tilsvarende måte. Det er ventet at både EU-domstolen og Kommisjonen, i de pågående sakene mot henholdsvis Altice/PT Portugal og Canon/Toshiba,²⁰⁶ vil gi ytterligere bidrag til avgrensningen av gjennomføringsforbudet mot lovlige forberedelseshandlinger. Dersom norsk rett justerer rettsanvendelsen, kan Konkurransetilsynets praksis bidra til ytterligere klargjøring.

²⁰⁶ Se kapittel 3.3.2

Litteraturliste

Lover, traktater og forordninger

Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet. Opphevet.

Lov 3. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Traktaten om den europeiske union (TEU).

Traktat om den europeiske unions virkemåte (TFEU).

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen).

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA-avtalen).

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) OJ 2004 L24/1, 29.1.2004.

Council Regulation (EC) 1310/97 OJ L 180, 9.7.1997, p. 1–6 [corrigendum OJ 1998 L40717, 13.2.1998].

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

Forskrifter

Forskrift nr. 0290/2009 om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd for visse typer erverv av verdipapirer.

Forarbeider

Ot.prp.nr.97 (1998–1999) Om lov om endringer i lov 11 juni 1993 nr 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven).

NOU 2003:12 Ny konkurranselov.

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.

Prop. 75L (2012–2013) Endringer i konkurranseloven.

Norsk rettspraksis

Rt-2010-202.

Rt-2011-910.

Rt-2012-219.

HR-2017-1229-A.

LB-2014-76309.

TOSLO-2015-92069.

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-202/06 P, *Cementbouw Handel & Industrie v Commission* [2007],
ECLI:EU:C:2007:814, I-12129.

Sak C-84/13 P *Electrabel v Commission* [2012] ECLI:EU:C:2014:2040.

Sak C-633/16 *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet* [2018] *OJ C 259*
ECLI:EU:C:2018:371.

Sak C-10/18 *Marine Harvest v Commission* [Anken er ikke behandlet av EU-domstolen enda].

Avgjørelser fra Underretten

Sak T-282/02 *Cementbouw Handel & Industrie v Commission* [2006] ECLI:EU:T:2006:64.

Sak T-411/07, *Aer Lingus Group plc v Commission* [2010] ECLI:EU:T:2010:281.

Forføyningssak («Order of the President of the Court of First Instance») T-411/07R, *Aer Lingus Group Plc v Kommisjonen* [2008] ECLI:EU:T:2008:80.

Sak T-332/09 *Electrabel v Commission* [2013] ECLI:EU:T:2012:672.

Sak T-704/14 *Marine Harvest v Commission* [2017] ECLI:EU:T:2017:753.

Generaladvokatens uttalelser

Opinion of Advocate General Wahl 18. januar 2018 i sak C-633/16 CLI:EU:C:2018:23.

Avgjørelser fra EU-Kommisjonen

Sak IV/M.920 Samsung [1999] OJ L 225/12; R.

Sak IV/M.969 A.P. Møller [1999] OJ L 183/29.

Sak COMP/M.4734 [2008] Ineos/Kerling OJ C 174.

Sak COMP/M.6812 - SFPI/ DEXIA 17. desember 2012 OJ C 28.

Sak COMP/M.7538 Knorr Bremse/Vossloh 14. september 2015 OJ C 384.

Sak M.7993 Altice/PT Portugal [2018] OJ C 315.

Sak M.8179 Canon/Toshiba Medical Systems Corporation (Kommisjonen har ikke avsagt sin avgjørelse i saken enda).

Vedtak og avgjørelser fra Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynets vedtak V2005-12 Prior Norge BA – Norgården AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2006-223 Gilde Norsk Kjøtt BA – Prior Norge BA.

Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA.

Konkurransetilsynets vedtak V2009-3 RS Platou ASA Glitnir Securities AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2011-15 Plantasjen Norge AS – Mandal Hagesenter AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2012-13 Deloitte AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2012-15 Veidekke Entrepnrer AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2013-4 Orkla ASA – Rieber & Søn ASA.

Konkurransetilsynets vedtak V2013-9 – EG A/S – ASP AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2013-10 RBBS Holding AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2013-11 Allkopi Service Point AS.

Konkurransetilsynets avgjørelse A2013-19 Martin Rønning AS – Ansnes Grunnarbeider AS.

Konkurransetilsynets avgjørelse A2013-23 Head Energy AS – Multicontrol AS.

Konkurransetilsynets vedtak A2013-24 Line AS (under navneendring til Domstein Sjømat AS) – Enghav AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2014-3 Norgesgruppen ASA.

Konkurransetilsynets vedtak V2014-11 Surnadal Transportpartner AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2014-12 Norfolier Greentec AS – Norfolier AS konkursbo og Norfolier Norge AS konkursbo.

Konkurransetilsynets vedtak V2014-14 Easy AS/Britannia Hotell.

Konkurransetilsynets vedtak V2015-2 Tafjord Kraft AS – Tussa Kraft AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2015-32 Contiga AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2016-6 Umoe Restaurants AS – Dolly Dimple's Norge AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2017-20 Instalco Sverige AB.

Konkurransetilsynets avgjørelse A2018-1 A Bygg Gruppen AS – Fabritius Gruppen AS.

Konkurransetilsynets avgjørelse A2018-2 Coast Seafood AS og Roadfeeders AS.

Konkurransetilsynets vedtak V2018-20 Telenor Norge AS og Telenor ASA.

Konkurransetilsynets vedtak V2018-22 Sector Alarm AS/Sector Alarm Group AS – Nokas AS.

Vedtak fra Konkurranseskilagenemnda

Klagenemndas avgjørelse 2018/363 Sector Alarm AS/Sector Alarm Group AS.

Kunngjøringer, uttalelser og pressemeldinger gitt av

Kommisjonen

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01) [«Jurisdiksjonsmeddelelsen»].

Press Release IP/97/1119 "BERTELSMANN AND KIRCH AGREE ON IMMEDIATE SUSPENSION OF SALES OF D-BOX DECODER BY PREMIERE" 15. Desember 1997 (tilgjengelig på: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-1119_en.htm) [Sist sjekket 1. juni 2019].

Press Release IP/17/1924 *Mergers: Commission alleges Merck and Sigma-Aldrich, General Electric, and Canon breached EU merger procedural rules* 6. juli 2017 (tilgjengelig på: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1924_en.htm) [Sist sjekket 1. juni 2019].

Press Release STATEMENT/17/1929 *Statement by Commissioner Vestager on three Statements of Objections sent to Merck and Sigma-Aldrich, to General Electric, and to Canon for breaching EU merger procedural rules* 6. juli 2017 (tilgjengelig på: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-1929_en.htm) [Sist sjekket 1. juni 2019].

Press Release IP/18/3522 24. april 2018 (tilgjengelig på: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3522_en.htm) [Sist sjekket 1. juni 2019].

DAF/COMP/WD(2018)95 Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by the European Union* [2018] (tilgjengelig på: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)95/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)95/en/pdf)) [Sist sjekket 1. juni 2019].

Press Release IP/07/1290 7. september 2007 *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Kerling By INEOS* (tilgjengelig på: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1290_en.htm) [Sist sjekket 1. juni 2019].

Press release MEMO/07/573 *Mergers: Commission has carried out inspections in the S PVC sector* 13. desember 2007 (tilgjengelig på: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-573_en.htm) [Sist sjekket 1. juni 2019].

COM(2014) 449 final WHITE PAPER *Towards more effective EU merger control* 9. juli 2014.

SWD(2014) 221 final COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Accompanying the document WHITE PAPER *Towards more effective EU merger control* 9 .juli 2014.

Support study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding minority shareholdings, Report by Spark Legal Network and Queen Mary University of London. Publications Office of the European Union 2016. (Tilgjengelig på: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0416839ENN.pdf>) [Sist sjekket 1. juni 2019].

Artikler

Elske Raedts, *Jump the gun and you are out!*, *Regulating for globalization* 17.08.2018 (tilgjengelig på: <http://regulatingforglobalization.com/2018/08/17/jump-the-gun-and-you-are-out/>) [Sist sjekket 1. juni 2019].

Concurrences presentations, “Gun Jumping”, 09.10.2018, Shearman & Sterling LLP (tilgjengelig på: <https://www.concurrences.com/en/conferences/gun-jumping-practical-implications-of-recent-case-law-87504>) [Sist sjekket 1. juni 2019].

Bo Vesterdorf, Gitte Holtsø and Anne-Marie Rosman Nielsen, *The scope of the Standstill Obligation in the EU Merger Control Regulation*, *Europe Column* 5. februar 2019 (tilgjengelig på: https://www.competitionpolicyinternational.com/the-scope-of-the-standstill-obligation-in-the-eu-merger-control-regulation/#_edn1) [Sist sjekket 1. juni 2019].

Sætre, Inger Helene, *Praktisk konkurranserett ved gjennomføring av meldepliktige foretakssammenslutninger – med hovedvekt på gjennomføringsforbudet*, Tidsskrift for forretningsjus (2012) s. 1-36.

Nettlenker

Margrethe Vestager, *Competition and the rule of law*, 18 May 2017 (tilgjengelig på: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-rule-law_en) [Sist sjekket 1. juni 2019].

«Altice N.V. Will File an Appeal Against The European Commission's Decision» 24. april 2018 (tilgjengelig på: <http://altice.net/sites/default/files/pdf/20180424-alt-pr-altice-NV-File-Appeal-Against-European-Commission-Decision.pdf>). [Sist sjekket 1. juni 2019].

Litteratur

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

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

Gjendemsjø, Ronny. Oligopolproblemet – Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol. Avhandling for graden philosophia doctor (PhD) (Bergen 2011).

Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, Fifth Edition (United Kingdom 2014).

Ionnis Kokkoris og Howard Shelanski, *EU Merger Control A Legal and Economic Analysis* (United Kingdom 2014).

Kolstad, Olav m.fl., *Norsk konkurranserett Bind I: Atferdsregler og strukturkontroll* (Oslo 2007).

Kolstad, Olav, Kommentar til konkurranseloven § 19 Norsk lovkommentar (Rettsdata), sist revidert: 19.08.2014.

Lorenz, Moritz, *An Introduction to EU Competition Law* (United Kingdom 2013).

Anders Ryssdal og Håkon Cosma Størdal, *Norsk Konkurranserett Bind II: Fusjonskontrollen* (Oslo 2018).

Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011).

Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, Ninth Edition (United Kingdom 2018).

Østerud, Eirik, *Materielle kontrollvurderinger i konkurranseretten* (Oslo 2016).