

DEN KONKURRANSERETTLIGE TILNÆRMINGEN TIL MINORITETSERVERV



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Silje Bragstad

INNHOLD

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger og presiseringer	2
2	GRENSEN MELLOM MINORITETSERVERV OG ERVERV AV KONTROLL	4
2.1	Innledning	4
2.2	Kontrollbegrepet.....	6
2.2.1	Innledning	6
2.2.2	Enekontroll	7
2.2.3	Felles kontroll	9
3	KONKURRANSESKADELIGE VIRKNINGER AV MINORITETSERVERV	10
4	DEN RETTSLIGE TILNÆRMINGEN TIL MINORITETSERVERV I EU/EØS-RETTEN	14
4.1	Innledning	14
4.2	Minoritetserverv i strid med TFEU artikkel 101.....	15
4.3	Minoritetserverv i strid med TFEU artikkel 102.....	24
4.4	Oppsummering	27

5	DEN RETTSLIGE TILNÆRMINGEN TIL MINORITETSERVERV I NORSK RETT	28
5.1	Innledning	28
5.2	Når vil vilkårene for inngrep være oppfylt?	32
5.2.1	Innledning	32
5.2.2	Føre til eller forsterke	33
5.2.3	Vesentlig konkurransebegrensning	35
5.2.4	Kravet til årsakssammenheng	42
5.2.5	”I strid med lovens formål”	43
5.2.6	Konkurransetilsynet skal gripe inn	44
5.2.7	Bevissspørsmål.....	45
5.2.7.1	Innledning	45
5.2.7.2	Bevisbyrden	45
5.2.7.3	Beviskrav	46
5.2.7.4	Krav til Konkurransetilsynets økonomiske bevisvurderinger	47
5.3	Forholdet mellom konkurranseloven § 16 annet ledd og adferdsreglene.....	49
6	HVORDAN BØR MINORITETSERVERV REGULERES <i>DE LEGE FERENDA?</i>	53
7	AVSLUTNING	59
8	LITTERATURLISTE.....	61
9	LOV- OG FORARBEIDSREGISTER.....	62
10	SAKSREGISTER.....	64
11	ØVRIGE KILDER.....	67

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er den konkurranserettslige tilnærmingen til minoritetsserverv i EU/EØS-retten og norsk rett. Med minoritetsserverv menes i denne oppgaven erverv av eierandeler i foretak som ikke gir erververen kontroll over målselskapet.¹ Minoritetsserverv forekommer hyppig og det er antatt i økonomisk teori at erverv av mindre eierandeler i konkurrenter i enkelte tilfeller kan gi opphav til konkurransebegrensninger.²

Reguleringen av minoritetsserverv er et av de få områdene der norsk konkurranserett skiller seg materielt fra EU/EØS-retten. I EU/EØS-retten er minoritetsserverv som ikke fører til kontroll utelukkende regulert gjennom adferdsreglene i TFEU artikkel 101 og 102³ og de tilsvarende reglene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Bestemmelsene retter seg mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak og utilbørlig utnyttelse av markedsrett. Spørsmålet om i hvilken utstrekning avtaler om erverv av eierandeler kan anses som

¹ Grensen mellom minoritetsserverv og erverv av kontroll blir behandlet i oppgavens punkt 2.

² I oppgavens punkt 3 vil det kort gjøres rede for mulige konkurransebegrensende virkninger av minoritetsserverv.

³ I forbindelse med Lisboa-traktatens ikrafttredelse 1. desember 2009 fikk EF-traktaten ny tittel. Den heter nå "the Treaty on the Functioning of the European Union", jf. Lisboa-traktaten artikkel 2 nr. 1. Traktaten er i sin nåværende form ikke oversatt til norsk og har heller ikke fått noen offisiell norsk tittel. I denne oppgaven benyttes derfor den alminnelige engelske forkortelsen "TFEU". Det er også gjort noen endringer i traktaten, slik at de tidligere artiklene 81 og 82 har endret nummer til henholdsvis 101 og 102. Ordlyden er imidlertid den samme. Den nye nummereringen vil bli benyttet i oppgaven. Lisboa-traktaten artikkel 2 fordrer også at den tidligere betegnelsen Det Europeiske Fellesskap erstattes med Den Europeiske Union. Som en konsekvens av dette, vil benevnelsen EU i denne oppgaven bli benyttet i samtlige av de sammenhenger der det tidligere var vanlig å benytte benevnelsen EF.

konkurransbegrensende adferd i strid med disse bestemmelsene vil behandles i oppgavens punkt 4.

I norsk rett er minoritetsserverv regulert på tilsvarende måte som foretakssammenslutninger gjennom en særregel i konkurranseloven § 16 annet ledd. Av bestemmelsen følger det at Konkurransetilsynet skal ”gripe inn mot erverv av andeler i foretak selv om ervervet ikke fører til kontroll” dersom tilsynet finner at ervervet vil ”føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål”. Denne bestemmelsen har vært kritisert i teorien og det er stilt spørsmål ved regelens virkeområde.⁴ Det har blitt påpekt at minoritetsserverv er et adferdsproblem og forfatterne synes kritiske til at minoritetsserverv er regulert etter reglene om strukturkontroll. I oppgavens punkt 5 vil jeg ta for meg vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16 annet ledd. Jeg vil også diskutere hvilke krav det kan stilles til Konkurransetilsynets bevisbedømmelse i slike saker. Adferdsreglene i konkurranseloven §§ 10 og 11 vil i praksis tolkes i overensstemmelse med de tilsvarende bestemmelsene i TFEU artikkel 101 og 102. Det oppstår derfor også spørsmål om forholdet mellom disse bestemmelsene og regelen i konkurranseloven § 16 annet ledd.

Fordi den konkurranserettslige tilnærmingen til minoritetsserverv er grunnleggende forskjellig etter henholdsvis EU/EØS-rett og norsk rett, vil jeg også stille spørsmålet: Hvordan bør minoritetsserverv reguleres *de lege ferenda*? Dette vil behandles i oppgavens punkt 6. Til slutt vil jeg i punkt 7 fatte noen avsluttende bemerkninger.

1.2 Avgrensninger og presiseringer

Dersom et minoritetsserverv er i strid med adferdsreglene, kan konkurransemyndighetene gi pålegg om at adferden bringes til opphør i medhold av konkurranseloven § 12 eller bestemmelsen i rådsforordning 1/2003 artikkel 7. Pålegget kan omfatte ”ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør”. Dette omfatter både strukturelle og

⁴ Se særlig Kolstad (2006) s. 638 flg. og s. 742 flg. og *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 588 flg.

adferdsmessige tiltak.⁵ Tilsvarende kan Konkurransetilsynet i medhold av konkurranseloven § 16 tredje ledd fatte inngrepsvedtak som omfatter ”forbud, påbud og tillatelse på vilkår” dersom et minoritetsserverv er i strid med konkurranseloven § 16 annet ledd.⁶ I oppgaven vil det først og fremst være de materielle vilkårene for inngrep eller forbud mot minoritetsserverv i EU/EØS-retten og norsk rett som behandles. Dette innebærer at jeg ikke vil behandle hva Konkurransetilsynets eller Kommisjonens vedtak om inngrep eller forbud kan gå ut på.⁷ Jeg vil heller ikke gå nærmere inn på saksbehandlingsreglene i konkurranseloven eller rådsforordning 1/2003.

I juridisk teori bli minoritetsserverv ofte behandlet i kombinasjon med spørsmål om de konkurransebegrensende virkningene av *kryssende styreerv*.⁸ Med dette mener man en situasjon der en eller flere personer har styreerv (eller andre ledende stillinger) i to eller flere foretak som konkurrerer med hverandre.⁹ Dette kan være bekymringsverdig ut ifra en konkurransepolitisk synsvinkel fordi det i slike situasjoner kan stilles spørsmål ved om konkurrentene vil treffe sine beslutninger uavhengig av hverandre, bl.a. fordi de vil kunne få tilgang til konkurransesensitiv informasjon om hverandre.¹⁰ Muligheten til å være representert i målselskapets styre *kan* være en motivasjon for minoritetsserverv. *Hovedtemaet* for denne oppgaven vil imidlertid være den konkurranserettslige reguleringen av minoritetsserverv i seg selv. Problemstillinger relatert til kryssende styreerv og

⁵ Jf. konkurranseloven § 12 første ledd annet punktum. Tilsvarende formuleringer finnes i Rfo. 1/2003 artikkel 7 første ledd annet punktum. For en nærmere redegjørelse for bestemmelsene i konkurranseloven § 12 vises det til *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 430 flg. For en nærmere redegjørelse for og Rfo 1/2003 artikkel 7 vises det til Whish (2008) s. 250 flg.

⁶ For en nærmere redegjørelse for bestemmelsen i konkurranseloven § 16 tredje ledd kan det vises til *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 590 flg.

⁷ Om tiltak som kan være aktuelle ved minoritetsserverv spesielt, kan det vises til notat utarbeidet av OECD i samarbeid med medlemsstatene i 2009 med tittelen *Antitrust Issues Involving Minority Shareholders and Interlocking Directorates* s. 46 flg. Heretter forkortet OECD (2009).

⁸ Dette temaet er bl.a. diskutert i OECD (2009).

⁹ Jf. OECD (2009) s. 23

¹⁰ Jf. OECD (2009) s. 49

informasjonsutveksling vil derfor bare bli behandlet i den grad det naturlig henger sammen med oppgavens hovedtema.¹¹ Jeg vil altså ikke gå i dybden på disse problemstillingene.

2 Grensen mellom minoritetsserverv og erverv av kontroll

2.1 Innledning

Minoritetsserverv må avgrenses mot foretakssammenslutninger. Begrepet *foretakssammenslutning*¹² er definert i fusjonsforordningen artikkel 3 og i konkurranseloven § 17 første ledd. Av forarbeidene til konkurranseloven følger det at begrepet ”er ment å tilsvare EF/EØS reglene”.¹³ Videre følger det at både ”[e]ksisterende og fremtidig” praksis og tolkningsveiledninger får ”direkte betydning for innholdet i de norske reglene”.¹⁴ Dette innebærer at ikke bare praksis fra Konkurransetilsynet, men også praksis fra Kommisjonen, er av betydning for tolkningen av begrepet foretakssammenslutning etter norsk rett. Det samme gjelder Kommisjonens meddelelser. I herværende sammenheng vil det særlig være relevant å se hen til Jurisdiksjonsmeddelelsen.¹⁵ Fordi bestemmelsen i konkurranseloven § 17 er ment å tilsvare bestemmelsen i fusjonsforordningen artikkel 3, vil kun den norske bestemmelsen siteres i det følgende.

¹¹ Spørsmålet vil særlig berøres i forbindelse med analysen av i hvilken grad minoritetsserverv er i strid med TFEU artikkel 101 i oppgavens punkt 4.2 og i forbindelse med min drøftelse av hvordan minoritetsserverv bør reguleres *de lege ferenda* i oppgavens punkt 6.

¹² Engelsk: concentration

¹³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 231.

¹⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 231.

¹⁵ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01), heretter ”Jurisdiksjonsmeddelelsen”.

Av konkurranseloven § 17 første ledd følger det at:

”[e]n foretakssammenslutning foreligger når

a) to eller flere tidligere uavhengige foretak eller deler av foretak fusjonerer, eller

b) - en eller flere personer, som allerede kontrollerer minst ett foretak, eller

- ett eller flere foretak

direkte eller indirekte, helt eller delvis, *varig overtar kontrollen* over ett eller flere andre foretak” (min uthevning).¹⁶

Hvor erververen *overtar kontrollen* over målselskapet, følger det altså av bestemmelsen at det foreligger en foretakssammenslutning. Dette gjelder uavhengig av om det er ervervet en eierandel som er mindre enn 50 prosent og som således utgjør en *minoritet* av eierandelene i selskapet. Erverv av *mindre* enn 50 prosent av eierandelene i et foretak vil også kunne medføre et skifte av kontroll og dermed en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand.

Det avgjørende for definisjonen av minoritetserverv er altså å trekke grensen mellom erverv av minoritetsposter som medfører skifte av kontroll på den ene siden (heretter omtalt som *kvalifisert minoritetserverv*) og tilfeller der ervervet ikke medfører et slikt kontrollskifte (*minoritetserverv*). Dette blir behandlet nærmere i avsnitt 3.3. Spørsmålet om avgrensning mot minoritetserverv vil ikke oppstå der det er tale om fusjon (jf. konkurranseloven § 17 første ledd bokstav a). Dette vil derfor ikke bli behandlet i det følgende.

¹⁶ Av konkurranseloven § 17 siste ledd følger det at Kongen kan gi forskrifter om hva som skal anses som en foretakssammenslutning i henhold til første ledd. Denne forskriftshjemmelen er imidlertid ikke benyttet.

2.2 Kontrollbegrepet

2.2.1 Innledning

Konkurranseloven § 17 tredje ledd¹⁷ definerer i hvilke tilfeller kontroll kan oppnås. Bestemmelsen lyder som følger:

”Kontroll oppnås gjennom rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet, særlig

- a) eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem,
- b) rettigheter eller avtaler som gir avgjørende innflytelse over et foretaks organer med hensyn til deres sammensetning, stemmegivning eller beslutninger.”

Avgjørende innflytelse (kontroll) kan altså oppstå på både juridisk og faktisk grunnlag. For at det skal oppstå en foretakssammenslutning, må erververen (eller erververne) oppnå avgjørende innflytelse over *virksomheten* til det foretaket det er ervervet eierandeler i. Dette innebærer at erververen må ha muligheten til å bestemme over virksomhetens forretningsstrategi og markedsopptreden.¹⁸ Dette kan typisk oppstå som følge av styrerepresentasjon eller aksjonæravtaler.

Innenfor rammen av denne oppgaven er det sentrale altså å definere hvilke rettigheter, avtaler eller andre midler som på faktisk eller juridisk grunnlag gir erververen av en minoritetspost (ene- eller felles) kontroll over virksomheten til foretaket det er ervervet eierandeler i. I slike tilfeller foreligger det et *kvalifisert minoritetsserverv* som det kan gripes inn mot etter konkurranseloven § 16 første ledd og fusjonsforordningen artikkel 3. De *øvrige* minoritetsserverv (altså minoritetsserverv som ikke medfører kontroll) er ikke å anse som foretakssammenslutninger og må reguleres etter konkurranseloven § 16 annet ledd eller adferdsreglene i TFEU artikkel 101 og 102 eller de tilsvarende bestemmelsene i EØS-

¹⁷ Tilsvarende fusjonsforordningen artikkel 3 annet ledd

¹⁸ *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 628.

avtalen artikkel 53 og 54. Det kan også tenkes at ervervet vil kunne vurderes etter reglene i konkurranseloven §§ 10 eller 11.¹⁹

Av konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b følger det at en foretakssammenslutning kan oppstå ved at *ett eller flere foretak* overtar kontrollen over et annet foretak. I begge tilfeller oppstår avgrensningsspørsmål i forhold til minoritetsserverv som ikke medfører kontroll. Avgrensningen mot *enekontroll* foretas i punkt 2.2.2 og avgrensningen mot *felles kontroll* foretas i punkt 2.2.3.

2.2.2 Enekontroll

En minoritetspost kan gi eieren enekontroll på rettslig grunnlag dersom det er særskilte juridiske rettigheter knyttet til de aktuelle eierandelene.²⁰ Dette kan være tilfelle dersom det er ulike aksjeklasser i selskapet og minoritetsposten gir eieren mulighet til å utnevne mer enn halvparten av medlemmene i styret eller ledelsen.²¹ Det samme kan være tilfelle dersom en aksjonæravtale gir aksjeeieren et flertall av stemmerettighetene eller andre rettigheter (f.eks. styrerepresentasjon) som gjør at eieren har mulighet til å kontrollere selskapets strategiske atferd.²²

En minoritetsseier kan også ha negativt flertall som gjør det mulig å blokkere viktige strategiske beslutninger. Hvorvidt en minoritetsandel i realiteten innebærer en slik vetorett,

¹⁹ Forholdet mellom adferdsreglene og konkurranseloven § 16 annet ledd vil bli behandlet i oppgavens punkt 5.3.

²⁰ Jurisdiksjonsmeddelelsen (2008/C 95/01) avsnitt 57.

²¹ Jurisdiksjonsmeddelelsen (2008/C 95/01) avsnitt 57.

²² Cook (2009) s. 46. I Jurisdiksjonsmeddelelsen avsnitt 57 nevnes også det tilfelle at en minoritetsaksjonær i kraft av selskapets organisatoriske struktur har rett til å lede virksomhetens drift og fastlegge dens forretningspolitikk. Som eksempel på et tilfelle hvor dette kan være aktuelt, nevnes komplementaren i et kommandittselskap. Dette må imidlertid anses som lite praktisk og blir ikke behandlet ytterligere her.

vil ikke bare avhenge av lovbestemte rettigheter, men også av selskapets vedtekter og eventuelle aksjonæravtaler.²³

En minoritetseier kan også anses for å ha enekontroll på *faktisk* grunnlag.²⁴ Hvor det er et større antall eiere, og særlig der disse er spredt blant allmennheten, er det lite sannsynlig at alle eierne vil være representert på generalforsamlingen og heller ikke sannsynlig at de vil ha noen felles interesse i å stemme likt over lengre tid.²⁵ I Jurisdiksjonsmeddelelsen heter det således:

”Where, on the basis of its shareholding, the historic voting pattern at the shareholders' meeting and the position of other shareholders, a minority shareholder is likely to have a stable majority of the votes at the shareholders' meeting, then that large minority shareholder is taken to have sole control.”²⁶

Det er et sentralt poeng at minoritetsandelen må gi erververen mulighet til å påvirke selskapets *strategiske* beslutninger. Minoritetsrettigheter som har til formål å gi eieren en mulighet til å beskytte verdien av sin egen investering, vil således ikke gi erververen kontroll over selskapet.²⁷

Av dette følger det altså at et minoritetsserverv som verken på juridisk eller faktisk grunnlag gir erververen mulighet til å fatte viktige beslutninger, eller hindre at slike beslutninger blir tatt, ikke vil medføre kontroll og således vil måtte vurderes etter bestemmelsen i konkurranseloven § 16 annet ledd eller adferdsreglene i EU/EØS-retten eller konkurranseloven.

²³ *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 628.

²⁴ Jurisdiksjonsmeddelelsen (2008/C 95/01) avsnitt 59.

²⁵ Cook (2009) s. 46.

²⁶ Jurisdiksjonsmeddelelsen (2008/C 95/01) avsnitt 59.

²⁷ Cook (2009) s. 40.

2.2.3 Felles kontroll

Hvor to eller flere foretak utøver *felles kontroll* over et annet foretak, foreligger det et fellesforetak (*joint venture*) i lovens forstand.²⁸ Dersom dette ”på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som hører inn under en økonomisk enhet” følger det av konkurranseloven § 17 annet ledd at det foreligger en foretakssammenslutning i henhold til bestemmelsens første ledd bokstav b.²⁹ Når et fellesforetak oppfyller vilkårene i § 17 annet ledd, benevnes det som et selvstendig fungerende fellesforetak (*full function joint venture*). Hva som skal til for at et fellesforetak skal anses som selvstendig fungerende, ligger det utenfor denne oppgavens ramme å behandle.³⁰ Forutsatt at det foreligger et selvstendig fungerende fellesforetak, er det imidlertid av betydning å definere i hvilke tilfeller et minoritetserverv vil gi opphav til *felles kontroll* slik at det er kan gripes inn etter konkurranseloven § 16 første ledd.

Av Jurisdiksjonsmeddelelsen følger det at felles kontroll særlig innebærer muligheten til å blokkere beslutninger av betydning for foretakets strategiske og kommersielle atferd.³¹ Dersom en beslutning krever 2/3 av stemmene, vil de eiere som er i besittelse av mer enn 1/3 kunne blokkere beslutningen og dermed ha en vetorett. Slike rettigheter kan typisk følge av en aksjonæravtale.³² Hvor et minoritetserverv medfører at to eller flere minoritetsiere til sammen har en slik rettighet, vil det altså kunne foreligge felles kontroll i henhold til konkurranseloven § 17. Hvis det ikke foreligger særlige vetoetter (f.eks.

²⁸ *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 623.

²⁹ Tilsvarende følger av fusjonsforordningen (rådsforordning 139/2004) artikkel 3 fjerde jf. annet ledd. Hvor et fellesforetak ikke er selvstendig fungerende, anses det som et samarbeid som etter omstendighetene kan være i strid med konkurranseloven § 10 eller de tilsvarende bestemmelsene i TFEU og EØS-avtalen.

³⁰ For en gjennomgang av i hvilke tilfeller et selvstendig fungerende fellesforetak anses for å foreligge, vises det til Jurisdiksjonsmeddelelsen avsnitt 91 flg.

³¹ Jurisdiksjonsmeddelelsen (2008/C 95/01) avsnitt 62. For en gjennomgang av hvilke vetoetter som anses for å ha betydning for selskapets strategiske eller kommersielle adferd vises det til Jurisdiksjonsmeddelelsen avsnitt 65 flg. Det er særlig tale om beslutninger vedrørende forretningsplan, budsjett, større investeringer og utnevnelse av de ledende ansatte.

³² Jf. f.eks. Cook (2009) s. 53

dersom ingen av de strategiske beslutningene i selskapet krever kvalifisert flertall) kan det foreligge felles kontroll dersom to eller flere minoritetseiere til sammen har *majoriteten* av stemmerettighetene.³³

For at to eller flere minoritetseiere skal ha felles kontroll over fellesforetaket, er det nødvendig at det foreligger en mekanisme som sikrer at minoritetseierne vil opptre samstemt. Det normale vil være at aksjonærene har en avtale seg imellom, typisk en aksjonæravtale.³⁴ Unntaksvis kan imidlertid felles kontroll også oppstå på faktisk grunnlag ved at minoritetseierne har en felles interesse i å opptre samlet.³⁵

Av dette følger det motsetningsvis at dersom et minoritetsserverv *ikke* medfører at erververen sammen med et eller flere andre foretak har mulighet til å blokkere eller vedta beslutninger som er av betydning for foretakets strategiske eller kommersielle adferd, vil det ikke foreligge en foretakssammenslutning og ervervet vil måtte vurderes etter konkurranseloven § 16 annet ledd eller adferdsreglene i TFEU/EØS-avtalen eller konkurranseloven.

3 Konkurranseskadelige virkninger av minoritetsserverv

Økonomisk teori tilsier at eierskap til minoritetsandeler i andre foretak etter omstendighetene kan ha negative virkninger på konkurransen.³⁶ Slike virkninger kan

³³ Jurisdiksjonsmeddelelsen (2008/C 95/01) avsnitt 74.

³⁴ Jurisdiksjonsmeddelelsen (2008/C 95/01) avsnitt 75.

³⁵ Jurisdiksjonsmeddelelsen (2008/C 95/01) avsnitt 76.

³⁶ De konkurransebegrensende virkningene av minoritetsserverv er grundig beskrevet av bla. Kaiser (2003), Meadowcroft (2005), Struijlaart (2002), Russo (2006) Ezrachi (2006) og Caronna (2004). I 2009 utarbeidet OECD også et notat fra med tittelen *Antitrust Issues Involving Minority Shareholders and Interlocking Directorates* i samarbeid med medlemsstatene (heretter forkortet OECD (2009)). Her vil det kun gjøres rede

oppstå enten ved at minoritetsserververens insentiver til å konkurrere blir svekket (ensidige virkninger) eller ved at to eller flere foretak får insentiver til opptre i samforstand (koordinerte virkninger).³⁷ Under noen omstendigheter kan minoritetsserverv derfor resultere i lavere produksjon og høyere priser.³⁸

Minoritetsserverv vil først og fremst kunne gi opphav til konkurransebegrensende virkninger når et foretak har eierandeler i en *konkurrent*. Dette benevnes som *horisontale* virkninger.³⁹ Det er imidlertid også antatt at minoritetsserverv kan gi opphav til konkurransebegrensninger dersom et foretak erverver eierandeler i et foretak som opererer på et annet nivå av markedet.⁴⁰ Slike *vertikale* virkninger vil imidlertid være vesentlig mer komplisert å forutse enn horisontale virkninger og det er derfor grunn til å tro at konkurransemyndighetene vil være ekstremt tilbakeholdne med å gripe inn mot erverv på dette grunnlaget.⁴¹ I det denne oppgaven vil det derfor ses bort fra slike virkninger.

for hovedtrekkene for å gi leseren en innføring i hvorfor det kan være nødvendig med regulering av minoritetsserverv.

³⁷ OECD (2009) s. 9.

³⁸ OECD (2009) s. 9.

³⁹ Tilsvarende vil antagelig gjelde dersom et foretak har eierandeler i konkurrenten til et selskap det kontrollerer. Disse to foretakene vil i konkurranserettslig forstand anses som *en økonomisk enhet* og dermed også ett foretak. Om foretaksbegrepet og konseptet *en økonomisk enhet* (singel economic entity) vises det til Whish (2008) s. 82 flg. og s. 91 flg.

⁴⁰ For en redegjørelse for konkurransebegrensende virkninger av vertikale minoritetsserverv, se Meadowcroft (2005) s. 36 flg. Struilaart (2002) s. 181-183.

⁴¹ Struilaart (2002) skriver følgende på side 183: "In summary [...] predicting the effects of vertical minority shareholdings, which do not confer control, is significantly more complicated if compared to predicting effects caused by horizontal holdings. Equally, where minority holdings between competitors tend to drive prices up, holdings from upstream firms in downstream firms bring prices down, which may bring advantages to consumers. All of these seem to be reasons for competition policy enforcers to be extremely hesitant to attribute anti-competitive effects to non-control minority acquisitions in vertical relationships, if at all."

En hovedbekymring ved minoritetsserverv er at erververens insentiver til å konkurrere kan reduseres som følge av investeringen.⁴² Dersom en aktør har eierinteresser i en konkurrent, vil det kunne tenkes at eieren i egeninteresse vil konkurrere mindre aggressivt dersom vedkommende kan maksimere summen av sin egen fortjeneste og avkastningen av andelen i det konkurrerende foretaket.⁴³ Det kan nemlig tenkes at det vil være lønnsomt for eieren av en minoritetspost å øke sine egne priser selv om dette medfører tapt salg til konkurrentene, dersom gevinsten ved prisøkningen i kombinasjon med økt avkastning av minoritetsposten overstiger tapet ved at enkelte kunder går over til konkurrentene.⁴⁴ Det er grunn til å tro at slike virkninger vil forsterkes dersom en aktør har eierandeler i flere konkurrenter.⁴⁵ Denne typen *ensidige virkninger* vil kun oppstå i markeder der konkurransen ikke fungerer, typisk i tilfeller av oligopoler.⁴⁶ Også i tilfeller der markedet kun består av to aktører (markedet er et duopol) vil det kunne tenkes at det kan være lønnsomt for eieren å konkurrere mindre aggressivt.⁴⁷

Minoritetsserverv kan også medføre *koordinerte virkninger*.⁴⁸ Slike virkninger vil særlig kunne oppstå dersom erververen i kraft av sin eierposisjon får rett til å være representert i målselskapets styre og selskapene dermed får tilgang til informasjon om hverandres aktiviteter.⁴⁹ På denne måten fjernes noe av den usikkerheten som er nødvendig for at konkurransen i et oligopolisk marked skal fungere.⁵⁰

⁴² Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 76

⁴³ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 76. Se også f.eks. Kaiser (2003) s. 611, Meadowcroft (2005) s. 36, Russo (2006) s. 6, Ezrachi (2006) s. 330-331 og OECD (2009) s. 24 flg.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Jf. OECD (2009) s. 25

⁴⁶ Se Ezrachi (2006) s. 331.

⁴⁷ Jf. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 589

⁴⁸ Jf. f.eks. Kaiser s. 612 flg. og Ezrachi (2006) s. 331-333

⁴⁹ NOU 2003:12 s. 86.

⁵⁰ Om virkningene av informasjonsutveksling i oligopoliske markeder vises det til Whish (2008) s. 554-555

Hvor markedsstrukturen er oligopolisk, er det også antatt at et foretak med eierinteresser i en konkurrent vil kunne være mindre interessert i å drive priskrig.⁵¹ Dette har sammenheng med at aktøren ikke bare må bære sine egne tap, men også vil få lavere avkastning av minoritetsposten.⁵² Selv om de konkurransebegrensende virkningene i denne situasjonen vil oppstå som følge av en ensidig handling, vil *virkningene* være koordinerte. Minoritetsserverv i en slik situasjon vil derfor kunne muliggjøre stilltiende samarbeid (tacit collusion).⁵³ Med dette menes en situasjon hvor aktørene kan oppnå fordelene ved en markedsstruktur (typisk et oligopol) uten å inngå noen avtale om å opptre i samforstand.⁵⁴ Resultatet av et minoritetsserverv kan derfor bli at samtlige aktører på markedet tjener høyere profitter, på bekostning av konsumentene.⁵⁵ Dette vil imidlertid oftest være tilfelle der den aktøren som har eierinteresser i en konkurrent er den som pleier å være mest ivrig etter å starte priskrig.⁵⁶

Faren for konkurransebegrensende virkninger av minoritetsserverv vil øke hvor det foreligger krysseierskap. I slike tilfeller kan ikke foretakene anses som helt uavhengige av hverandre og faren for koordinert adferd vil øke.⁵⁷ Dette har sammenheng med at selskapene i kraft av sine eierposisjoner vil kunne få tilgang til konkurransesensitiv informasjon om hverandre.⁵⁸ Konkurrentene vil dessuten ha en felles interesse i å opptre parallelt. I slike tilfeller vil det derfor kunne tenkes at faren for uttrykkelig eller stilltiende samarbeid vil øke.⁵⁹

⁵¹ Ezrachi (2006) s. 331, Kaizer s.612 flg

⁵² Ezrachi (2006) s. 331, Kaizer s.612 flg.

⁵³ Ezrachi (2006) s. 331.

⁵⁴ Whish (2008) s. 547.

⁵⁵ Ezrachi (2006) s. 332 Kaizer s. 611 flg.

⁵⁶ For en nærmere beskrivelse se Kaizer s. 611 flg.

⁵⁷ NOU 2003:12 s. 86.

⁵⁸ Se f.eks. OECD (2009) s. 19

⁵⁹ Se f.eks. OECD (2009) s. 19

4 Den rettslige tilnærmingen til minoritetsserverv i EU/EØS-retten

4.1 Innledning

Minoritetsserverv som ikke fører til kontroll er ikke regulert etter fusjonsforordningen.⁶⁰ I det følgende skal det drøftes i hvilken utstrekning minoritetsserverv i konkurrenter vil være i strid med TFEU artikkel 101 eller 102. Som det vil fremgå, følger det av praksis fra EU-domstolen⁶¹ og Kommisjonen at disse bestemmelsene vil kunne tenkes å komme til anvendelse i slike tilfeller.

Hvor en avtale påvirker samhandelen mellom EØS-statene, følger det av EØS-konkurranseloven § 7 at Konkurransetilsynet også skal anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 på disse avtalene.⁶² I henhold til EØS-avtalen artikkel 6 skal disse bestemmelsene tolkes i overensstemmelse med de tilsvarende bestemmelsene i TFEU artikkel 101 og 102. Anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på minoritetsserverv vil derfor være av betydning for forståelsen av norsk rett når minoritetsserverv påvirker samhandelen mellom medlemsstatene.⁶³

I forarbeidene i konkurranseloven er det uttrykkelig forutsatt at adferdsreglene i §§ 10 og 11 skal tolkes i overensstemmelse med de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54.⁶⁴ Fordi EØS-avtalen som nevnt skal tolkes i overensstemmelse med TFEU, vil tolkningen av TFEU artikkel 101 og 102 også være av betydning for norsk rett i tilfeller der samhandelen mellom medlemsstatene *ikke* påvirkes.

⁶⁰ Jf. oppgavens punkt 2.

⁶¹ Tidligere *EF-domstolen*. I forbindelse med Lisboa-traktatens ikrafttredelse i desember 2009 har det Europeiske Fellesskap endret navn til den Europeiske Union (forkortet EU). I tråd med dette vil derfor betegnelsen *EU-domstolen* benyttes i denne oppgaven.

⁶² Bestemmelsen er ment å tilsvare systemet for gjennomføringen av subsidiaritetsprinsippet som er etablert i EU gjennom forordning 1/2003, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 199.

⁶³ EØS-avtalen gjelder i henhold til EØS-loven § 1 som norsk lov.

⁶⁴ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s.68.

I det følgende vil det redegjøres for gjeldende rett slik den er utviklet i praksis fra Kommisjonen og EU-domstolen. På bakgrunn av det overforstående legges det til grunn at bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 som hovedregel må forstås på tilsvarende måte. Fordi minoritetsserverv etter norsk rett er regulert i den særlige bestemmelsen i konkurranseloven § 16 annet ledd, oppstår det imidlertid et spørsmål om denne regelen kan ha betydning for rekkevidden av bestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 i tilfeller av minoritetsserverv. Dette spørsmålet vil behandles i punkt 5.3.

4.2 Minoritetsserverv i strid med TFEU artikkel 101

TFEU artikkel 101 forbyr enhver avtale mellom foretak og enhver samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom medlemsstatene og som har som formål eller virkning å hindre, begrense eller vri konkurransen innen det felles markedet.⁶⁵ At avtaler om erverv av eierandeler i foretak kan være i strid med TFEU artikkel 101, ble fastslått for første gang i EU-domstolen sin avgjørelse i *Philip Morris*-saken.⁶⁶ Bakgrunnen for saken var at Philip Morris hadde ervervet 30,8 prosent av eierandelene i sin konkurrent, sigarettprodusenten Rothmans, fra sine Sørafrikanske eiere, Rembrandt. Enkelte av aksjene var uten stemmerett, slik at Philip Morris ikke ervervet mer enn 24,9 prosent av stemmerettighetene. Etter at avtalen var gjennomført, satt Rembrandt igjen med 30,8 prosent av aksjene, men 43,6 prosent av stemmerettighetene. Etter klage fra en av Philip Morris sine konkurrenter, ble avtalen klarert av Kommisjonen under forutsetning av at Philip Morris ikke skulle være representert i Rothmans' styre og heller ikke på annen måte ha tilgang til sensitiv informasjon som kunne påvirke Philip Morris sin kommersielle strategi. Saken ble videre brakt inn for EU-domstolen, som i forbindelse med vurderingen av om avtalen var i strid med TFEU artikkel 101 uttalte følgende:

⁶⁵ TFEU artikkel 101 første ledd er grundig behandlet av bl.a. *Whish* (2008) på s. 81 flg og på side 496 flg. Om de konkurransebegrensende virkningene av minoritetsserverv, vises det til oppgavens punkt 3.

⁶⁶ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v Commission* (1987), i teksten omtalt som *Philip Morris*.

”Although the acquisition by one company of an equity interest in a competitor does not in itself constitute conduct restricting competition, such an acquisition may nevertheless serve as an instrument for influencing the commercial conduct of the companies in question so as to restrict or distort competition on the market on which they carry on business [...] in particular where [...] the investing company obtains legal or de facto control of the commercial conduct of the other company or where the agreement provides for commercial cooperation between the companies or creates a structure likely to be used for such cooperation. That may also be the case where the agreement gives the investing company the possibility of reinforcing its position at a later stage and taking effective control of the other company. Account must be taken not only of the immediate effects of the agreement but also of its potential effects and of the possibility that the agreement must be part of a long-term plan [...] ”⁶⁷

Retten uttaler altså at en avtale om erverv av eierandeler *i seg selv* ikke utgjør en form for adferd som begrenser konkurransen i henhold til (nåværende) TFEU 101. Dette vil imidlertid kunne være tilfellet dersom eierandelen kan tjene som et instrument til å påvirke de berørte foretakenes adferd. Retten uttaler at dette særlig kan være aktuelt hvor erververen oppnår kontroll over målselskapet, avtalen muliggjør et kommersielt samarbeid mellom partene eller dersom ervervet blir foretatt med sikte på erverv av kontroll på et senere tidspunkt. Det er verdt å bemerke at retten uttaler at det ikke kun skal tas hensyn til de umiddelbare virkningene av avtalen, men også dens *potensielle* virkninger. Dette er bemerkelsesverdig fordi bestemmelsen i TFEU 101 normalt forstås slik at den rammer adferd som allerede har funnet sted.

I sin vurdering av avtalen, bemerket retten at det aktuelle markedet var stagnerende, oligopolisk og karakterisert av høye etableringshindringer. Retten fant imidlertid at det forelå mekanismer i avtalen som både forhindret at *Philip Morris* fikk tilgang til sensitiv

⁶⁷ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v. Commission* (1987) premiss 37-40.

informasjon eller på sikt ville erverve flere eierandeler.⁶⁸ Det forelå heller ingen holdepunkter for at partene ville forsøke å samarbeide.⁶⁹ I premiss 48 uttaler domstolen imidlertid at:

”[...] it must also be considered, whether, in the circumstances of this case, Philip Morris’s shareholding in Rothmans International requires the companies involved to take into consideration the other party’s interest when determining their commercial policy [...]”.⁷⁰

Retten uttaler altså at det også måtte vurderes om konkurrentene som følge av avtalen ville ta hverandres interesser i betraktning i forbindelse med utformingen av sin forretningsstrategi. Hvor dette er tilfelle, vil partene ikke kunne anses som helt uavhengige av hverandre, og konkurransen vil kunne forringes. Retten bemerket at selv om Philip Morris hadde stemmer nok til å blokkere visse ekstraordinære beslutninger, var denne muligheten for hypotetisk til å utgjøre noen egentlig trussel som kunne påvirke Rembrands ledelse av Rothmans.⁷¹ Retten fant heller ikke at Philip Morris’ interesse i Rothmans suksess (i form av høyere utbytte) ville lede til en konkurransebegrensning.⁷² På bakgrunn av en konkret bedømmelse av faktum i saken, kom retten til at det ikke forelå brudd på artikkel 101.⁷³

Etter fusjonsforordningens ikrafttredelse er kontrollerverv omfattet av denne, jf. fusjonsforordningen artikkel 3. Det er imidlertid lagt til grunn av Kommisjonen og i juridisk teori at doktrinen som utledes av dommen fortsatt er av betydning for erverv som

⁶⁸ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v. Commission* (1987) premiss 46.

⁶⁹ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v. Commission* (1987) premiss 47.

⁷⁰ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v. Commission* (1987) premiss 48.

⁷¹ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v. Commission* (1987) premiss 49.

⁷² Forente saker 142 og 156/84 *BAT v. Commission* (1987) premiss 50.

⁷³ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v. Commission* (1987) premiss 59.

ikke medfører kontroll.⁷⁴ Læren om at TFEU artikkel 101 kan komme til anvendelse i slike tilfeller, er videreutviklet av Kommisjonen. I *BT/MCI*-saken⁷⁵ godkjente Kommisjonen BTs erverv av 20 prosent av aksjene i MCI. Under henvisning til EU-domstolens avgjørelse *Philip Morris* uttalte Kommisjonen følgende:

“[a]s a general rule, both the Commission and the Court of Justice have taken the view in the past that Article [101] (1) does not apply to agreements for the sale or purchase of shares as such. However, it might do so, given the specific contractual and market contexts of each case, if the competitive behaviour of the parties is to be coordinated or influenced”.⁷⁶

Selv om BT skulle være representert i MCIs styre og kunne få tilgang til sensitiv informasjon, kom Kommisjonen til at ervervet ikke var i strid med artikkel 101 fordi det forelå mekanismer i avtalen mellom partene som ville sikre at BT ikke kunne påvirke eller kontrollere MCI.⁷⁷ Dessuten ville amerikansk lovgivning forhindre at informasjonen BT ville få tak i kunne misbrukes.⁷⁸

Kommisjonens avgjørelse i *Olivetti/Digital*⁷⁹ går i samme retning. I forbindelse med inngåelsen av en spesialiseringsavtale ervervet Digital åtte prosent av aksjene i Olivetti. Digital ble samtidig sikret en forholdsmessig andel av representantene i Olivettis styre. Kommisjonen konkluderte med at eierandelen på åtte prosent ikke i seg selv ledet til et skifte av kontroll fordi Digital ikke hadde anledning til å legge ned veto og i henhold til

⁷⁴ Se f.eks. Kommisjonens avgjørelse i sak IV/34.410 *Olivetti/Digital* (1994), som er avsagt etter fusjonsforordningens ikrafttredelse, men som likevel viser til *Philip Morris-doktrinen*. Vedr. juridisk teori som legger til grunn at artikkel 101 kan komme til anvendelse ved erverv av minoritetsposter som ikke omfattes av fusjonsforordningen vises det til Caronna (2004) s. 490 med videre henvisninger.

⁷⁵ Sak IV/34.857 *BT/MCI* (1994).

⁷⁶ Sak IV/34.857 *BT/MCI* (1994) premiss 44.

⁷⁷ Sak IV/34.857 *BT/MCI* (1994) premiss 44.

⁷⁸ Sak IV/34.857 *BT/MCI* (1994) premiss 44.

⁷⁹ Sak IV/34.410 *Olivetti/Digital* (1994).

avtalen heller ikke hadde anledning til å erverve mer enn 10 prosent av aksjekapitalen.⁸⁰ Det var derfor klart at fusjonsforordningen ikke kom til anvendelse. Deretter vurderte Kommisjonen hvorvidt styrerepresentasjonen ville medføre koordinering av partenes atferd eller utveksling av sensitiv informasjon. I vurderingen ble det lagt vekt på at styret kun møttes fire ganger i året for å gjennomgå finansielle forhold eller diskutere generelle temaer. Styremedlemmene deltok ikke i den operasjonelle driften og styret ble ikke involvert i beslutninger om utvikling av nye produkter eller om prisingen av dem. På denne bakgrunnen konkluderte Kommisjonen med at styrerepresentasjonen ikke ville lede til koordinering av partenes atferd eller til utveksling av sensitiv informasjon.⁸¹ Partene hadde således heller ikke brutt artikkel 101.

Fra den refererte praksisen kan det trekkes følgende slutning: TFEU artikkel 101 hjemler inngrep mot erverv av minoritetsposter i et *konkurrerende foretak* dersom de involverte foretakenes adferd *påvirkes* eller *koordineres* på en slik måte at konkurransen begrenses. Dette vil kunne være tilfellet dersom avtalen gir erververen rett til å være representert i målselskapets styre og således får mulighet til å utøve en viss grad av innflytelse. Det samme vil kunne være tilfellet dersom erververen i får tilgang til sensitiv informasjon. Dette er tilfeller som har klare likhetstrekk med den typen konkurransebegrensende samarbeid mellom konkurrenter som artikkel 101 særlig tar sikte på å forhindre. Det er imidlertid grunn til å spørre hvor langt EU-domstolens og Kommisjonens regel om at TFEU artikkel 101 kan anvendes på tilfeller av minoritetserverv rekker utover disse tilfellene.

Et første spørsmål det er aktuelt å drøfte, er i hvilken utstrekning artikkel 101 kan anvendes i tilfeller der det er inngått en avtale om erverv av en minoritetspost mellom to foretak (som forutsettes å være konkurrenter), men erververen ikke skal delta aktivt i forvaltningen av selskapet eller får tilgang til sensitiv informasjon. Som det er redegjort for i oppgavens punkt 3, kan erververens eierinteresse i konkurrenten i seg selv gjøre minoritetserverv

⁸⁰ Sak IV/34.410 *Olivetti/Digital* (1994) premiss 26a).

⁸¹ Sak IV/34.410 *Olivetti/Digital* (1994) premiss 26b).

bekymringsverdig. Rene kapitalinteresser vil derfor også kunne medføre konkurransebegrensninger. Hvor erververen ikke skal delta aktivt i forvaltningen av selskapet, vil konkurransebegrensningen imidlertid ha en fjern tilknytning til selve aksjekjøpsavtalen og situasjonen har få likhetstrekk med den typiske situasjonen artikkel 101 har til formål å forhindre, nemlig konkurransebegrensende *samarbeid*. Så vidt vites, foreligger det heller ingen avgjørelser der Kommisjonen eller fellesskapsdomstolene har anvendt bestemmelsen ved denne typen investeringer.⁸² Uttalelser i *Philip Morris* kan trekke i retning av at slike tilfeller heller ikke omfattes.⁸³ I premiss 45 uttales det at Kommisjonen

”[...] must consider in particular whether an agreement which at first sight provides only for a passive investment in a competitor is not in fact intended to result in a take-over of that company, perhaps at a later stage, or to establish cooperation between the companies with a view to sharing the market [...]”.⁸⁴

Rettens uttalelse kan tolkes slik at den passive investering står i motsetning til en (ulovlig) plan om overtakelse av foretaket på sikt eller en (ulovlig) samarbeidsavtale. Dette trekker i retning av at rene kapitalinvesteringer ikke omfattes av artikkel 101. Ordlyden i artikkel 101 kan imidlertid sies å trekke i motsatt retning, da den rammer enhver avtale mellom foretak eller samordnet praksis som har som virkning å hindre, begrense eller vri konkurransen. Ettersom eierskapet til minoritetsposten er et resultat av en avtale (mellom foretak), vil også de konkurransebegrensende virkningene av eierskapet kunne sies å være et resultat av avtalen.

⁸² Ifølge OECD (2009) s. 44 note 93 har artikkel 101 kun vært anvendt tre ganger etter EU-domstolens avgjørelse i *Philip Morris*. Det var i sakene IV/34.857 *BT/MCI* (1994) sak IV/34.410 *Olivetti/Digital* (1994) og sak IV/35.617 *Phoenix/Global One* (1996). I samtlige saker ble ervervene godtatt under henvisning til at erververen ikke kunne påvirke målselskapet og at det ikke var fare for informasjonsutveksling.

⁸³ Se forente saker 142 og 156/84 *BAT v. Commission* (1987) premiss 45 og 53.

⁸⁴ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v. Commission* (1987) premiss 45.

Ezrachi og *Gilo* mener at denne typen passive investeringer vil omfattes av artikkel 101, men bare så langt de kan gi opphav til *koordinerte virkninger*.⁸⁵ At kun koordinerte virkninger vil omfattes, bygger de på at Kommisjonens avgjørelser i *BT/MCI* støtter opp om en snever tolkning av EU-domstolens avgjørelse i *Philip Morris*.⁸⁶ De viser også til at dersom retten i *Philip Morris*-saken mente at ensidige virkninger skulle omfattes, er det grunn til å stille spørsmål ved konklusjonen i saken fordi det kan argumenteres for at det kunne oppstå ensidige virkninger i sigarettmarkedet etter transaksjonen.⁸⁷ Parallell adferd som følge av markedsforholdene er ikke et forhold som vanligvis rammes av artikkel 101.⁸⁸ Når forfatterne mener at også den (stilltiende) koordinering som følge av minoritetseierskap likevel omfattes av artikkel 101, kan det ses som et utslag av at avtalen om ervervet av minoritetsposten *muliggjør* stilltiende samhandel (tacit collusion). Denne typen adferd kan etter omstendighetene være i strid med artikkel 101.⁸⁹

Det har i juridisk teori vært reist spørsmål om artikkel 101 kan komme til anvendelse hvor en minoritetsandel er ervervet over børs.⁹⁰ I slike tilfeller vil det ikke nødvendigvis foreligge en avtale mellom målselskapet og erververen. Det alternative vilkåret om *samordnet adferd* vil heller ikke nødvendigvis være oppfylt i slike tilfeller hvor minoritetsposten er ervervet uten medvirkning fra målselskapets ledelse. Begrepet *samordnet adferd* er i praksis fra EU-domstolen forstått slik at det må ha vært en direkte eller indirekte kontakt mellom foretakene som har ledet til en felles konsensus om å erstatte

⁸⁵ Se *Ezrachi* (2006) s. 341

⁸⁶ Se *Ezrachi* (2006) s. 340.flg

⁸⁷ Se *Ezrachi* (2006) s. 341.

⁸⁸ Se f.eks. *Whish* (2008) s. 554.

⁸⁹ Avtaler om informasjonsutveksling og agentavtaler kan ses under denne synsvinkelen. Se *Whish* (2008) s. 554 flg.

⁹⁰ Se f.eks. *Struijlaart* (2002) s. 202

konkurransen med samarbeid.⁹¹ Hvor et foretak erverver en minoritetsandel i en konkurrent fra en tredjeperson, vil dette vilkåret ikke uten videre være oppfylt.⁹²

I tilfeller hvor en minoritetsandel er ervervet over børs vil det imidlertid foreligge en formalisert avtale mellom *avhenderen og erververen*. Fordi avtalen innebærer en overføring av eierposisjonen kan det også argumenteres for at avtalen har som virkning å begrense konkurransen dersom eierandelen blir overført til en konkurrent og markedsforholdene er slik at konkurrentens eierinteresser kan ha konkurransebegrensende virkninger. Avtalen vil således kunne sies å omfattes av ordlyden i artikkel 101. En slik fortolkning av bestemmelsen er imidlertid ikke uten betenkeligheter. En avtale i strid med artikkel 101 kan for det første medføre bøter.⁹³ For det annet vil avtalen i henhold til TFEU artikkel 101 annet ledd være ugyldig. For den aksjonær som tilfeldigvis måtte avhende sin minoritetspost til en konkurrent av målselskapet, vil en slik forståelse av artikkel 101 dermed medføre en betydelig rettsusikkerhet.⁹⁴

At artikkel 101 ikke vil komme til anvendelse i slike tilfeller er også lagt til grunn i en kjennelse avsagt av presidenten for Førsteinstansdomstolen⁹⁵ i *Aer Lingus*-saken.⁹⁶ Presidenten berørte her spørsmålet om Kommissjonen kunne gripe inn mot minoritetserverv i medhold av TFEU artikkel 101 etter at ervervet hadde skjedd. I denne forbindelse uttalte presidenten i et obiter dictum:

⁹¹ Se sak 48/69 etc. *ICI v Commission* (1972) premiss 64 og sak 40/73 etc. *Suiker Unie v Commission* (1975) premiss 425. Se også EU-domstolens avgjørelse i sak 172/80 *Züchner v Bayerische Verinsbank* (1981) premiss 12-13

⁹² se Russo s. 16 flg.

⁹³ Dette følger av Rfo 1/2003 artikkel 23.

⁹⁴ Dette er påpekt av Struilaart (2002) på side 202 og av Caronna på side 495.

⁹⁵ I forbindelse med implementeringen av Lisboa-traktaten i desember 2009, har Førsteinstansdomstolen (Court of First Instance) endret navn. Den heter nå "General Court", jf. Treaty on European Union artikkel 19. Fordi domstolen ennå ikke har fått noe navn på norsk, vil det tidligere navnet bli benyttet i denne oppgaven så lenge det er tale om avgjørelser fra før .

⁹⁶ Sak T-411/07R *Aer Lingus Group plc v Commission* (2008).

”Article 81 EC might, *prima facie*, be difficult to apply in cases, such as the present, in which the infringement in question arises from the acquisition of shares on the market and, therefore, the necessary meeting of minds might be difficult to establish [...]”.⁹⁷

Presidenten uttaler altså at anvendelsen av artikkel 101 kan være vanskelig i saker hvor eierandelene er ervervet på aksjemarkedet fordi det da vil være problematisk å påvise den nødvendige ”*meeting of minds*” som må foreligge for at artikkel 101 skal komme til anvendelse. Presidenten ser ut til å forutsette at aksjekjøpsavtalen mellom avhenderen og erververen ikke er tilstrekkelig til at det skal foreligge en avtale i henhold til artikkel 101. Uttalelsen bærer imidlertid preg av å være et obiter dictum og det er derfor vanskelig å bedømme rekkevidden av den.

Jeg kan vanskelig se at det kan utledes av den foreliggende praksisen fra Kommisjonen og EU-domstolen at det gjelder en regel *de lege lata* som hjemler forbud mot minoritetserverv når det ikke har vært kontakt mellom erververen og representanter for målselskapet. Artikkel 101 kommer normalt til anvendelse hvor to eller flere foretak har vært sammen om å utføre konkurransebegrensende handlinger.⁹⁸ I samtlige av de sakene som er omtalt over, har det dessuten vært kontakt mellom erverver og målselskap. Kommisjonen har i disse sakene akseptert ervervene under henvisning til at erververen ikke ville ha mulighet til å påvirke målselskapet gjennom styret og at det fantes mekanismer som ville forhindre informasjonsutvelsing. Det kan imidlertid ikke ses bort ifra at Kommisjonen eller EU-domstolene i fremtiden vil anse en slik avtale som forbudt under henvisning til at det

⁹⁷ Sak T-411/07R *Aer Lingus Group plc v Commission* (2008) premiss 104. Presidenten uttaler imidlertid også at det forhold at (nåværende) artikkel 101 er utilstrekkelig, avhjelpes av at det også kan gripes inn i medhold av (nåværende) artikkel 102. Inngrep mot minoritetserverv etter denne bestemmelsen behandles nedenfor i punkt 4.3.

⁹⁸ Om avtaler mv. som vanligvis omfattes av artikkel 101 vises det til Whish (2008) s. 97 flg.

foreligger en avtale mellom foretak som på grunn av erververens eierinteresser har en konkurransebegrensende virkning.

Dersom det aksepteres at en ren aksjekjøpsavtale som ikke involverer målselskapet kan anses som en avtale i relasjon til TFEU artikkel 101, kan det oppstå ytterligere et spørsmål dersom aksjonæren er en privatperson. I et slikt tilfelle er det usikkert om vilkåret om at det foreligger en avtale *mellom foretak* er oppfylt. Så vidt vites foreligger det ikke praksis som uttrykkelig fastslår at privatpersoner som aksjonærer er å anse som foretak i bestemmelsens forstand.⁹⁹ Også i dette tilfellet vil det kunne oppstå konkurransebegrensende virkninger, idet det er uten betydning for de konkurransebegrensende virkningene av minoritetsseierskap at eierens hjemmelsmann var å anse som et foretak eller ikke.

De problemstillingene som er reist i dette avsnittet viser at artikkel 101 ikke er utformet med sikte på å forby den typen konkurransebegrensende virkninger av minoritetsserverv som ikke er ledsaget av avtaler om styrerepresentasjon eller muliggjør informasjonsutveksling. Det er ikke det forhold at det foreligger en *avtale mellom foretakene* som er problemet i disse tilfellene, men erververens endrede insentiver til å konkurrere som følge av *eierposisjonen*.

4.3 Minoritetsserverv i strid med TFEU artikkel 102

Av TFEU artikkel 102 første ledd følger det at: ” En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.” For at et foretak skal ha en dominerende stilling, er det lagt til grunn i praksis at foretaket må ha en så sterk økonomisk stilling at det kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere og dermed forhindre effektiv konkurranse på det

⁹⁹ Caronna s. 496 flg. diskuterer hvorvidt en kontrollerende aksjonær er å anse som et foretak i henhold til artikkel 81, men det finnes ikke praksis som uttrykkelig fastslår dette.

relevante markedet.¹⁰⁰ At aktøren må ha en slik stilling, begrenser følgelig bestemmelsens virkeområde for så vidt angår minoritetserverv til mindretall av ervervene. Vilkaet om at det må foreligge et misbruk ble i *Michelin mot Kommisjonen*¹⁰¹ forklart slik at foretak med en dominerende stilling har et særlig ansvar for å unngå at dets atferd virker hemmende på den uforstyrrede konkurransen på det felles markedet.¹⁰² Tilsvarende er blitt lagt til grunn i senere praksis.¹⁰³ At også strukturendringer kan være i strid med artikkel 102 ble fastslått for første gang i *Continental Can-saken*.¹⁰⁴ Domstolen uttalte her at artikkelen

”[...] is not only aimed at practices which may cause damage to consumers directly, but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure [...]. Abuse may therefore occur if an undertaking in a dominant position strengthens such position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition, ie that only undertakings remain in the market whose behaviour depends on the dominant one [...]”.¹⁰⁵

Avgjørende er altså at det dominerende foretaket utnytter sin stilling til å skaffe seg mer markedsrett. I saken hadde Continental Can ervervet 80 prosent av aksjene i sin konkurrent, Thomassen and Drijver Verbliva. Det var således tale om et kontrollerverv. Det følger imidlertid av senere praksis at artikkel 102 også kan komme til anvendelse ved erverv av eierandeler som ikke gir erververen kontroll over det foretaket det er ervervet eierandeler i. I *Philip Morris-saken*¹⁰⁶ (referert ovenfor i punkt 4.2) uttalte retten at en misbruk av en dominerende stilling kun vil foreligge hvor det aktuelle ervervet resulterer i ”effective control of the other company or at least in some influence on its commercial

¹⁰⁰ Sak 27/76 *United Brands v Commission* (1978) premiss 65. For en nærmere redegjørelse for begrepet ”dominerende stilling” se Whish (2008) s. 173 flg.

¹⁰¹ Sak 322/81 *Michelin v Commission* (1983).

¹⁰² Sak 322/81 *Michelin v Commission* (1983) premiss 57.

¹⁰³ Whish (2008) s. 184.

¹⁰⁴ Sak 6/72 *Continental Can v Commission* (1973) .

¹⁰⁵ Sak 6/72 *Continental Can v Commission* (1973) premiss 26.

¹⁰⁶ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v Commission* (1987) .

policy”.¹⁰⁷ Domstolen åpner altså for at det kan foreligge en misbruk av en dominerende stilling både i tilfeller der det blir ervervet effektiv kontroll og i tilfeller hvor erververen får en *mulighet til å påvirke* målselskapets kommersielle strategi. Etter vedtakelsen av fusjonsforordningen er det dette siste kriteriet som er av interesse. Hva som nærmere bestemt ligger i dette, gikk domstolen imidlertid ikke inn på. Under henvisning til sin drøftelse under TFEU artikkel 101, konstaterte retten at avtalen uansett ikke hadde slike virkninger.

I *Warner-Lambert/Gillette*¹⁰⁸ går Kommisjonen et skritt videre. Saksforholdet var i korthet at Gillette hadde ervervet 22 % av eierandelene i Eemland, som fra før hadde overtatt en av konkurrentene til Gillette sine aktiviteter knyttet til våtbarberingsprodukter. Kommisjonen konkluderte med at Gillette hadde en dominerende stilling og at selskapet hadde utnyttet denne på en utilbørlig måte.¹⁰⁹ Kommisjonen kom til denne konklusjonen til tross for at eierandelen ga Gillette svært få formelle rettigheter. Det var ikke knyttet stemmerett til aksjene og Gillette skulle ikke være representert i Eemlands styre.¹¹⁰ Derimot hadde Eemland en interesse i å beholde Gillette som aksjonær fordi Gillette ikke bare var Eemlands største kreditor, men også hadde betydelige forkjøps- og konverteringsrettigheter knyttet til selskapet.¹¹¹ I sin begrunnelse la Kommisjonen vekt på at strukturen i markedet for våtbarberingsprodukter i det felles markedet hadde blitt endret ved etableringen av en forbindelse (”link”) mellom Gillette og selskapets ledende konkurrenter og at denne forbindelsen kunne ha en negativ virkning på konkurransen.¹¹² Kommisjonen viste til EU-domstolens avgjørelse i *Philip Morris* og konkluderte med at ledelsen i Eemland kunne føle seg forpliktet til å ta Gillettes posisjon i betraktning og at minoritetsposten dermed kunne

¹⁰⁷ Forente saker 142 og 156/84 *BAT v Commission* (1987) premiss 65.

¹⁰⁸ Sak 93/252 *Warner-Lambert/Gillette* (1993).

¹⁰⁹ Sak 93/252 *Warner-Lambert/Gillette* (1993) premiss 22 og 23.

¹¹⁰ Sak 93/252 *Warner-Lambert/Gillette* (1993) premiss 25.

¹¹¹ Sak 93/252 *Warner-Lambert/Gillette* (1993) premiss 24.

¹¹² Sak 93/252 *Warner-Lambert/Gillette* (1993) premiss 23.

påvirke Eemlands kommersielle strategi.¹¹³ Det var altså tilstrekkelig til at ”*some influence*”-kriteriet i *Philip Morris-saken* var oppfylt.

Praksis viser at artikkel 102 kan komme til anvendelse dersom et foretak i en dominerende stilling *styrker sin posisjon* ved at erververen får *noe innflytelse* over målselskapet. Dette vilkåret kan være oppfylt ved erverv av en minoritetspost selv om ervervet ikke gir erververen rett til å være representert i målselskapets styre eller på annen måte får tilgang til konkurransesensitiv informasjon, jf. Kommisjonens avgjørelse i *Gillette*. Det ser likevel ut til å være en forutsetning at målselskapet blir påvirket (om enn indirekte).

Hvor det foreligger en kollektivt dominerende stilling, er det grunn til å anta at artikkel 102 kan komme tilsvarende anvendelse dersom et av foretakene erverver en minoritetsandel i et konkurrerende foretak og dermed styrker den dominerende stillingen.¹¹⁴ Den kollektivt dominerende stillingen må imidlertid foreligge på ervervstidspunktet. Dette innebærer at det ikke kan gripes inn mot et minoritetserverv som har en kollektivt dominerende stilling til følge i medhold av TFEU artikkel 102.

4.4 Oppsummering

Fremstillingen av den rettslige tilnærmingen til minoritetserverv i EU-retten i dette avsnittet viser at TFEU artikkel 101 ikke nødvendigvis vil forhindre konkurranseskadelige virkninger av minoritetserverv i alle tilfeller. For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må det foreligge en avtale mellom foretak og avtalen må medføre at erververen får en mulighet til å påvirke målselskapet eller føre til at foretakenes adferd koordineres. TFEU artikkel 101 er utformet med sikte på å ramme konkurranseskadelig samarbeid. Dersom bestemmelsen skal anvendes for å ramme de fremtidige konkurransebegrensende virkningene av minoritetserverv som kan oppstå som følge av erververens eierinteresser i målselskapet, forutsetter dette at man strekker bestemmelsens anvendelsesområde lenger

¹¹³ Sak 93/252 *Warner-Lambert/Gillette* (1993) premiss 24.

¹¹⁴ Se Struijlaart (2002) s.202-203.

enn formålet tilsier. Som fremstillingen har vist, vil dette kunne få urimelige konsekvenser for den tredjemann som tilfeldigvis har avhendet sin eierandel til en av målselskapets konkurrenter. At ikke artikkel 101 kan forhindre alle tenkelige konkurranseskadelige virkninger av minoritetsserverv avhjelpest ved at artikkel 102 kan anvendes dersom målselskapet *indirekte* påvirkes av ervervet. Anvendelsen av artikkel 102 forutsetter imidlertid at erververen er i en (individuell eller kollektivt) dominerende stilling. En anvendelse av adferdsreglene på tilfeller der det er de fremtidige virkningene av minoritetsservervet som er bekymringsverdig, kan dessuten sies å bryte med det grunnleggende skillet mellom regulering av adferd og struktur i konkurranseretten.¹¹⁵ Mens adferdsreguleringer er utformet som pønale handlingsdelikter rettet mot bestemte handlinger som har funnet sted, adresseres fremtidige konkurransebegrensende virkninger av adferd som ikke er forbudt i seg selv tradisjonelt under strukturkontrollen.¹¹⁶

5 Den rettslige tilnærmingen til minoritetsserverv i norsk rett

5.1 Innledning

Etter norsk rett kan det gripes inn mot minoritetsserverv som ikke medfører kontroll i medhold av regelen i konkurranseloven § 16 annet ledd.¹¹⁷ Minoritetsserverv er ikke meldepliktige, i motsetning til foretakssammenslutninger.¹¹⁸ Hvis Konkurransetilsynet finner at vilkårene for inngrep kan være oppfylt, må tilsynet gi pålegg om fullstendig melding innen tre måneder etter at endelig avtale om erverv av andeler er inngått, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd. Minoritetsserverv kan imidlertid også meldes frivillig ved fullstendig melding etter konkurranseloven § 18 fjerde ledd. En melding utløser i

¹¹⁵ Sondringen mellom adferdskontroll og strukturkontroll er grundig behandlet i Kolstad (2006) s. 38-49 og Ryssdal (2003) s. 27-40.

¹¹⁶ Jf. Kolstad (2006) s. 48-49.

¹¹⁷ Om grensen mot kontroll vises det til oppgavens punkt 2.

¹¹⁸ Dette følger av konkurranseloven § 18 første ledd (motsetningsvis)

begge tilfeller gjennomføringsforbud etter § 19 første ledd annet punktum og frister for konkurransetilsynets saksbehandling etter § 20.

Regelen i konkurranseloven § 16 er en videreføring av konkurranseloven (1993) § 3-11.¹¹⁹ Bestemmelsen ga konkurransetilsynet myndighet til å gripe inn mot bedriftservedersom tilsynet fant at ervervet ville føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Begrepet *bedriftserveders* var ikke definert i loven, men det fulgte av § 3-11 annet ledd at begrepet omfattet både fusjon, erverv av aksjer eller andre andeler, samt delvis erverv av bedrift.

I praksis og teori ble det diskutert hvorvidt inngrepsbestemmelsen i § 3-11 også omfattet minoritetserveders.¹²⁰ Spørsmålet fikk sin endelige avklaring i Arbeids- og administrasjonsdepartementets vedtak i Stormøllen/Statkraftsaken.¹²¹ Departementet uttalte her at ”*ethvert* erverv av eiendeler” omfattes av begrepet bedriftserveders.¹²² I praksis forut for departementets vedtak hadde Konkurransetilsynet lagt til grunn at det ervervende

¹¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 74-75. Konkurranseloven (1993) § 3-11 var igjen en videreføring av prisloven § 42a.

¹²⁰ Ryssdal s. 125 flg. var negativ til at praksis gikk i retning av at minoritetserveders ble omfattet av § 3-11. Kolstad (1998) s. 238 syntes derimot å mene at minoritetserveders burde reguleres av § 3-11 så lenge lovens virkemidler som direkte rettet seg mot adferden ikke kunne sette en effektiv stopper for den. Han skrev: ”Fremfor å basere seg på en lite effektiv adferdsregulering i slike tilfelle [erverv som ikke gir bestemmende innflytelse, red. anm.], bør man ved vurderingen av et bedriftserveders etter § 3-11 kunne søke å forebygge også uheldige virkninger av det nye foretakets forretningsstrategi der disse er på det rene ved vurderingen av ervervet. Det må understrekes at det bare vil være behov for å regulere en antatt etterfølgende konkurransebegrensende atferd i forbindelse med et bedriftserveders etter § 3-11 der lovens virkemidler som direkte retter seg mot markedsatferden ikke effektivt vil kunne sette en stopper for atferden”.

¹²¹ Se Ryssdal (2003) s. 126 flg.

¹²² Arbeids og administrasjonsdepartementets vedtak av 19. mars 2001 i klage over Konkurransetilsynet avgjørelse i V2000-20 *Felleskjøpene/Stormøllen* s. 20.

foretaket måtte oppnå en grad av innflytelse over foretaket det ble ervervet eiendeler i.¹²³ Departementet avviste imidlertid at graden av innflytelse var et relevant moment ved vurderingen av om det foreligger et bedriftserverv.¹²⁴ Departementet la betydelig vekt på lovens forarbeider.¹²⁵ Det ble også lagt vekt på at standpunktet var retts teknisk enkelt å praktisere fordi det ikke etterlot tvil om hvorvidt § 3-11 kom til anvendelse.¹²⁶ Departementets rettsoppfatning ble senere lagt til grunn av Konkurransetilsynet i Aker/Kværner II og rettstilstanden ble dermed ansett som avklart.¹²⁷

Under forberedelsen av konkurranseloven 2004 ble det reist spørsmål ved om man skulle videreføre inngrepskriteriet slik det hadde blitt tolket under konkurranseloven (1993) § 3-11 eller om fusjonskontrollen skulle forbeholdes tilfeller av kontrollerverv. Utvalget delte seg i et flertall og et mindretall, hvor flertallet gikk inn for å forbeholde fusjonskontrollen for tilfeller hvor det ble ervervet kontroll over målselskapet. Flertallet mente at det ikke var behov for en særregel om kontroll med minoritetserverv etter norsk rett fordi de fleste tilfellene ville omfattes av adferdsreglene.¹²⁸ En slik regel ville dessuten skape større usikkerhet for ervervsdrivende.¹²⁹ Mindretallet konkluderte derimot med at det forelå et behov for å videreføre adgangen til å gripe inn mot minoritetserverv¹³⁰. Som begrunnelse ble det anført at en minoritetsandel i et konkurrerende foretak kan gi

¹²³ Se Ryssdal (2003) s. 125 flg. med henvisninger til Konkurransetilsynets avgjørelse av 15. juni 1998 i sak V98-43 (SAS/Widerøe) og Konkurransetilsynets avgjørelse av 17. februar 2000 i sak nr. V2000-20 (Felleskjøpene/Stormøllen).

¹²⁴ Arbeids og administrasjonsdepartementets vedtak av 19. mars 2001 i klage over Konkurransetilsynet avgjørelse i V2000-20 *Felleskjøpene/Stormøllen* s. 20.

Arbeids og administrasjonsdepartementets vedtak av 19. mars 2001 i klage over Konkurransetilsynet avgjørelse i V2000-20 *Felleskjøpene/Stormøllen* s. 20.

¹²⁶ Arbeids og administrasjonsdepartementets vedtak av 19. mars 2001 i klage over Konkurransetilsynet avgjørelse i V2000-20 *Felleskjøpene/Stormøllen* s. 20.

¹²⁷ Ryssdal (2003) s. 129.

¹²⁸ NOU 2003:12 s. 87.

¹²⁹ NOU 2003:12 s. 87.

¹³⁰ NOU 2003:12 s. 87.

minoritetseieren insentiv til å tilpasse sin atferd fordi det vil ha et ønske om å maksimere summen av egen fortjeneste og den fortjeneste det oppnår fra andelen i det konkurrerende selskapet. En slik endret adferd mente mindretallet at kunne gå ut på å redusere konkurransen mellom selskapene.¹³¹ Også flertallet så at denne situasjonen kunne medføre problemer. Det ble uttalt:

”Det er et problem at de minoritetserverv som fremstår som rent finansielle og ikke åpner for blant annet økt informasjonsutveksling gjennom styrerepresentasjon eller lignende, vil falle utenfor konkurransemyndighetenes kontroll med foretakssammenslutninger. Det vil da kunne oppstå strukturelle konkurranseproblemer som ikke løses gjennom adferdsreglene”.¹³²

Når flertallet likevel ikke valgte å gå innfor en særbestemmelse om erverv av minoritetsandeler, var det fordi flertallet fryktet at en slik bestemmelse kunne føre til usikkerhet for ervervsdrivende.¹³³ Departementet valgte å følge mindretallet. I proposisjonen begrunnes regelen med at minoritetserverv kan gi incentiver til uheldig adferd. Det uttales i denne forbindelse:

”[...] Et inngrep skal hindre en slik hypotetisk skadelig *atferd*. Atferden man ønsker å ramme både ved endringer i kontrollen av et målselskap og ved ikke kontrollerende erverv, er en sannsynlig konkurransebegrensende innretning ut fra økonomisk rasjonell opptreden [...] Selv uten styrerepresentasjon og samarbeid som kan håndteres etter adferdsreglene, foreligger det etter departementets oppfatning insitamentersom kan medføre redusert konkurranse”.¹³⁴

¹³¹ NOU 2003:12 s. 87.

¹³² NOU 2003:12 s. 87.

¹³³ NOU 2003:12 s. 87.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 78.

Departementets hovedbekymring var altså de fremtidige virkningene av minoritetsserverv som vanskelig kan forhindres ved forbud i medhold av konkurranselovens adferdsregler. Bakgrunnen for at regelen ble opprettholdt var således at departementet mente at det var et behov for regelen ved siden av lovens adferdsregler.

I det følgende skal jeg analysere vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16 annet ledd. Sentrale spørsmål vil være når vilkåret om at et minoritetsserverv kan føre til eller forsterke en *vesentlig konkurransebegrensning* kan tenkes oppfylt. Fordi Konkurransetilsynets analyser vil bero på en fremtidsrettet vurdering av økonomiske beviser, vil jeg også diskutere hvilke krav det kan stilles til Konkurransetilsynets bevisvurderinger. Til slutt vil jeg drøfte forholdet mellom konkurranseloven § 16 annet ledd og adferdsreglene i konkurranseloven §§ 10 og 11.

5.2 Når vil vilkårene for inngrep være oppfylt?

5.2.1 Innledning

Det følger av konkurranseloven § 16 annet ledd jf. første ledd at Konkurransetilsynet skal gripe inn mot minoritetsserverv dersom ervervet vil ”føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål”.¹³⁵ Vilkårene er de samme som for foretakssammenslutninger, jf. § 16 første ledd. I det følgende vil det gjøres rede for hvordan vilkårene vil måtte forstås i forbindelse med minoritetsserverv. Så vidt det har lyktes meg å bringe på det rene har Konkurransetilsynet foreløpig ikke fattet vedtak om inngrep mot minoritetsserverv i medhold av den nåværende inngrepshjemmelen i

¹³⁵ I henhold til § 16 fjerde ledd kan inngrep i medhold av konkurranseloven § 16 annet ledd ikke finne sted dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked og ervervet heller ikke virker negativt for norske kunder. Bestemmelsen er i juridisk litteratur ansett for å være uten praktisk relevans. Spørsmålet om regelens betydning vil ikke stille seg annerledes ved minoritetsserverv enn ved erverv av kontroll. Regelen vil derfor ikke problematiseres ytterligere. Det vises til behandlingen i *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 600-601.

konkurranseloven § 16 annet ledd.¹³⁶ Det finnes heller ikke konkrete uttalelser i forarbeidene om hvordan bestemmelsen vil måtte anvendes i slike tilfeller. Bestemmelsen er dessuten ikke viet stor oppmerksomhet i juridisk teori. Fremstillingen vil derfor måtte basere seg på teori og praksis relatert til foretakssammenslutninger.

Det følger ikke av konkurranseloven § 16 annet ledd første punktum *hvem* som må erverve eierandelen for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Bestemmelsen er imidlertid i forarbeidene begrunnet med at en eier av en minoritetspost vil ha svakere insentiver til å drive konkurranse.¹³⁷ Dette tilsier at erververen i praksis vil være et foretak, altså en ”*enhet som utøver offentlig eller privat ervervsvirksomhet*”, jf. konkurranseloven § 2. I oppgaven vil det derfor legges til grunn at erververen er et *foretak*.

Vertikale erverv¹³⁸ kan unntaksvis gi opphav til konkurransebegrensninger. Ved minoritetserverv må slike virkninger anses som sjeldne eller rent hypotetiske.¹³⁹ Fremstillingen i det følgende vil ta sikte på den situasjon at det erverves eierandeler i en *konkurrent*, altså en aktør som opererer på samme marked som erververen.

5.2.2 Føre til eller forsterke

Det er et vilkår for inngrep i medhold av konkurranseloven § 16 annet ledd at det aktuelle ervervet vil *føre til eller forsterke* en vesentlig konkurransebegrensning. Alternativet *fører til* er aktuelt dersom konkurransen på markedet i utgangspunktet fungerer eller dersom konkurransen må karakteriseres som begrenset (men altså ikke vesentlig begrenset).

¹³⁶ Dette følger av *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 588 og min gjennomgang av Konkurransetilsynets vedtak for årene 2009 og 2010 publisert på <http://www.Konkurransetilsynet.no/no/Vedtak-og-uttalelser/Vedtak-og-uttalelser/> den 20. mars 2010.

¹³⁷ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 78.

¹³⁸ Vertikale erverv er betegnelsen på erverv av eierandeler i en aktør som opererer i et annet ledd i produksjons- eller omsetningskjeden. Som eksempler kan nevnes at en råvareprodusent erverver eierandeler i en tilvirker eller at en grossist erverver eierandeler i en detaljist.

¹³⁹ Se oppgavens punkt 3 og note 41.

Dersom det først foreligger en vesentlig konkurransebegrensning, har myndighetene antatt at enhver forverring som følge av ervervet i prinsippet er tilstrekkelig.¹⁴⁰ Dette ble for eksempel lagt til grunn i klagevedtaket i Statkraft/Agder.¹⁴¹ Departementet uttalte her at:

”Dersom ervervet forsterker en allerede vesentlig konkurransebegrensning, stilles det imidlertid ingen krav til *hvor mye* ervervet må forsterke denne begrensningen. Ethvert erverv som øker konsentrasjonen, vil det følgelig kunne gripes inn mot, uansett hvor liten betydning ervervet har isolert sett”.¹⁴²

Departementets begrunnelse for å gripe inn mot ervervet, var at det førte til økt markeds konsentrasjon. I tilfeller av minoritetserverv er det ikke økt markeds konsentrasjon som er hovedbekymringen, men det forhold at erververens insentiver til å konkurrere, vil kunne svekkes. I begge tilfeller er det imidlertid tale om en *konkurransebegrensning* som vi omfattes av ordlyden i konkurranseloven § 16 første ledd i den grad det påvises at slike virkninger kan forventes. Departementets uttalelse om at det er uten betydning *hvor mye* ervervet forsterker den vesentlige konkurransebegrensningen, er derfor også av relevans ved tolkningen av § 16 annet ledd om minoritetserverv. Forutsatt at konkurransen i markedet allerede er *vesentlig begrenset* vil altså ethvert minoritetserverv som bidrar til å svekke konkurransen ytterligere, kunne oppfylle vilkåret om at ervervet må ”føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning” i § 16 annet ledd. Dette er i overensstemmelse med uttalelsene i Ot.prp. nr. 78 (1986-87) hvor det heter at ”det avgjørende spørsmålet blir om den nye konkurransesituasjonen finnes å innebære en vesentlig begrensning av konkurransen, eventuelt en forsterkning av en vesentlig begrensning som allerede er til stede”.¹⁴³ At uttrykket *føre til eller forsterke* skal forstås slik

¹⁴⁰ *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 486.

¹⁴¹ Departementets vedtak av 14.10.2002 i klage over Konkurransetilsynets vedtak V2002-36 *Statkraft – Agder Energi*. Se også V2006-223 *Gilde/Prior*

¹⁴² departementets vedtak av 14.10.2002 i klage over Konkurransetilsynets vedtak V2002-36 *Statkraft – Agder Energi* på side 33.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 78 (1986-87) s. 11-12.

at enhver forsterkning av en allerede vesentlig begrenset konkurranse vil medføre at lovens vilkår for inngrep er oppfylt, vil være et meget viktig prinsipp i forbindelse med vurderingen av om et minoritetsserverv oppfyller vilkårene for inngrep etter loven.

5.2.3 Vesentlig konkurransebegrensning

For at det skal være aktuelt med inngrep etter konkurranseloven § 16 annet ledd, må ervervet føre til eller forsterke en *vesentlig konkurransebegrensning*.¹⁴⁴ Som det fremgikk av oppgavens punkt 5.2.2 kan inngrep være aktuelt både hvor minoritetservervet fører til en vesentlig konkurransebegrensning og hvor konkurransen i markedet allerede er vesentlig begrenset og ervervet bidrar til å forsterke denne begrensningen.¹⁴⁵ I dette avsnittet skal det redegjøres for hva som ligger i begrepet ”vesentlig konkurransebegrensning” og i hvilke tilfeller et minoritetsserverv vil kunne føre til eller forsterke en slik begrensning av konkurransen.¹⁴⁶

Spørsmålet om det foreligger en vesentlig konkurransebegrensning må alltid relateres til et gitt marked. Det er derfor nødvendig å foreta en avgrensning av det produktmarkedet og geografiske markedet ervervet berører.¹⁴⁷ Når det relevante markedet er definert, er

¹⁴⁴ Vesentlighetskravet er en videreføring av det tilsvarende vilkåret i konkurranseloven 1993 § 3-11 og dens forgjenger i prisloven 1953 § 42a Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 81. Forarbeidene til den nåværende konkurranseloven viser i stor grad til forarbeider og praksis i relasjon til disse bestemmelsene, se NOU:2003:12 s. 89-90. Disse må anses derfor som relevante også ved tolkningen av vilkårene for inngrep i den nåværende konkurranseloven.

¹⁴⁵ Se departementets vedtak av 14.10.2002 i klage over Konkurransetilsynets vedtak V2002-36 *Statkraft – Agder Energi* på side 33 .

¹⁴⁶ F.eks. der en fusjon mellom to foretak medfører at markedskonsentrasjonen blir vesentlig høyere. Om vesentlighetskravet ved kontrollerverv, se *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 499 flg. og Kolstad (2006) s. 730 flg.

¹⁴⁷ Markedsdefinisjonen ved spørsmål om et minoritetsserverv skiller seg ikke fra tilfeller der det erverves kontroll over målselskapet. Dette problematiseres derfor ikke ytterligere i oppgaven. For en grundig redegjørelse for hvordan markedsdefinisjonen foretas etter norsk rett, se Kolstad (2006) s. 711 flg. og *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 510 flg.

spørsmålet om det foreligger en *vesentlig begrensning av konkurransen* i det aktuelle markedet, eventuelt at en slik konkurransebegrensning vil oppstå som en konsekvens av ervervet. Kriteriet om at konkurransen må være vesentlig begrenset er i spesialmotivene omtalt som en ”kvalifisert begrensning av konkurransen på ett eller flere nærmere avgrensede markeder.”¹⁴⁸ At konkurransebegrensningen må være *kvalifisert* innebærer at ikke enhver begrensning av konkurransen vil være tilstrekkelig til å oppfylle lovens vilkår for inngrep.

At ikke enhver konkurransebegrensning vil utløse Konkurransetilsynets inngrepskompetanse, må i henhold til forarbeidene ses i sammenheng med at foretakssammenslutninger regelmessig gir opphav til positive velferdsvirkninger.¹⁴⁹ Dessuten er inngrep mot foretakssammenslutninger svært inngripende vedtak hvor store økonomiske verdier kan stå på spill.¹⁵⁰ De effektivitetsgevinster som begrunner en høy inngrepsterskel ved kontroll av foretakssammenslutninger gjør seg imidlertid ikke gjeldende på samme måte ved erverv av minoritetsposter.¹⁵¹ Et mindretall i lovutvalget foreslo derfor under lovforberedelsen at vesentlighetskravet ikke skulle gjelde ved erverv av minoritetsposter.¹⁵² Departementet kommenterte ikke mindretallets forslag eksplisitt, men valgte å opprettholde vesentlighetskravet under henvisning til at det er tale om ekspropriasjonslignende inngrep som krever at nødvendigheten av inngrepet veies opp mot den samfunnsmessige gevinsten ved inngrepet.¹⁵³

I forarbeidene til prisloven § 42a er det lagt til grunn at en vesentlig konkurransebegrensning innebærer muligheten til å utøve markedsrett.¹⁵⁴ At det er

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 229.

¹⁴⁹ NOU 2003:12 s. 90.

¹⁵⁰ NOU 2003:12 s. 90.

¹⁵¹ Se punkt 6.5 nedenfor.

¹⁵² NOU 2003:12 s. 88.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 81.

¹⁵⁴ Jf. Ot.prp. nr. 78 (1986-1987) s. 61. Tilsvarende er lagt til grunn av Kolstad (2006) s. 730 og i *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 499 flg.

erververens muligheter til å utøve markedsmakt som er det sentrale ved vurderingen av om det foreligger en konkurransebegrensning, er også lagt til grunn i senere praksis og juridisk teori.¹⁵⁵ I *Gilde/Prior*¹⁵⁶ ble begrepet markedsmakt definert som ”en bedrifts evne til, alt annet likt, å kunne gjennomføre en varig og ikke ubetydelig prisøkning, uten at omsatt kvantum synker så mye at dette blir ulønnsomt”.¹⁵⁷ Denne definisjonen er også lagt til grunn i en rekke senere avgjørelser fra Konkurransetilsynet og må derfor anses representativ for hvordan begrepet er å forstå etter norsk rett.¹⁵⁸

Ved vurderingen av graden av konkurranseintensitet i et marked, og dermed ved aktørens mulighet til å utøve markedsmakt, er det flere forhold det vil være relevant å ta i betraktning. Praksis fra Konkurransetilsynet viser at tilsynet særlig legger vekt på konsentrasjonsgraden, konkurrentenes responsmuligheter, etableringshindringer og kjøpermakt.¹⁵⁹ Minoritetsserverv er særlig bekymringsverdig når det er få aktører (oligopol eller duopol) og høye etableringshindringer.¹⁶⁰ Det vil derfor særlig være i slike tilfeller at lovens vilkår for inngrep vil kunne tenkes oppfylt.

Markedsmakt kan utøves både *ensidig* av et enkelt foretak og *kollektivt* av flere foretak.¹⁶¹ I *Norske Shell*¹⁶² ble ensidig markedsmakt definert som ”muligheten et foretak har til å opptre uavhengig av kunder og konkurrenter”.¹⁶³ Når et foretak har ensidig markedsmakt,

¹⁵⁵ se f.eks. Kolstad (2006) s. 725-726, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 505, Ryssdal (2003) s. 191 og note 158.

¹⁵⁶ V2006-223 *Gilde/Prior*.

¹⁵⁷ V2006-223 *Gilde/Prior* s. 9.

¹⁵⁸ Se f.eks. V2009-14 *Validus/Sunkost*, V2008-22 *Opplysningen Mobil/Aspiro Søk* V2008-10 *Rema 1000/Lidl* V2008-3 *AS Norske Shell* V2007-13 *Media Norge* og V2007-17 *BBS/Teller*.

¹⁵⁹ Se f.eks. V2009-14 *Validus/Sunkost*, V2008-22 *Opplysningen Mobil/Aspiro Søk* V2008-10 *Rema 1000/Lidl* V2008-3 *AS Norske Shell* V2007-13 *Media Norge* og V2007-17 *BBS/Teller*.

¹⁶⁰ Jf. oppgavens punkt 3.

¹⁶¹ *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 527.

¹⁶² V2008-3 *Norske Shell*.

¹⁶³ V2008-3 *Norske Shell* s. 12.

kan dette blant annet innebære at foretaket kan øke prisen uten å ta hensyn til at konkurrentene gjør det samme.¹⁶⁴ I den samme saken uttalte Konkurransetilsynet at kollektiv markedsrett "foreligger hvis flere foretak har mulighet til å opptre uavhengig av kunder og konkurrenter".¹⁶⁵ Denne markedsposisjonen er kjennetegnet ved at det er en liten gruppe tilbydere med høye markedsandeler, fravær av effektiv konkurranse og at aktørene har felles insentiver til å opptre i samforstand for å høyne prisene.¹⁶⁶

Forarbeidene forutsetter at det ikke vil foreligge en vesentlig konkurransebegrensning i alle de tilfeller der det foreligger markedsrett. Også markedets størrelse og betydning må tillegges vekt.¹⁶⁷ Som et eksempel på en sak hvor disse momentene benyttes på riktig måte, vises det i NOU 2003:12 til departementets avgjørelse i *Statkraft/Agder Energi AS*.¹⁶⁸ I denne avgjørelsen uttales det:

"Kraftsektoren er av stor samfunnsøkonomisk betydning og er essensiell for hele samfunnets funksjonsmåte. Dette innebærer at utøvelse av markedsrett i deler av landet (Sør-Norge) og i deler av året vil ha betydelige negative samfunnsøkonomiske virkninger, og at det etter Statskrafts erverv av Agder Energi vil foreligge en vesentlig begrensning av konkurransen i henhold til krrl § 3-11".¹⁶⁹

I vurderingen av om det foreligger en vesentlig konkurransebegrensning, er det altså et moment at det aktuelle markedet er av en viss samfunnsmessig betydning. I denne vurderingen må det antas at både markedets geografiske utstrekning og produktets art vil være av betydning. Når det i det følgende skal drøftes i hvilke tilfeller et minoritetserverv

¹⁶⁴ V2008-3 *Norske Shell* s. 12.

¹⁶⁵ V2008-3 *Norske Shell* s. 12.

¹⁶⁶ Kolstad (2006) s. 731.

¹⁶⁷ Se Ot.prp. nr. 78 (1986-87) s. 11.

¹⁶⁸ NOU 2003:12 s. 90.

¹⁶⁹ Departementets vedtak av 14.10.2002 i klage over Konkurransetilsynets vedtak V2002-36 *Statkraft – Agder Energi* på side 29.

vil kunne føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning, legges det til grunn at det aktuelle markedet er av en slik karakter at en forekomst av individuell eller kollektiv markedsrett innebærer en vesentlig konkurransebegrensning.

Hvor et foretak innehar en dominerende stilling vil konkurransen, som det fremgår av det ovenstående, kunne anses som vesentlig begrenset. Økonomisk teori tilsier at et foretak som har en minoritetsandel i en konkurrent vil kunne få svakere insentiver til å konkurrere fordi aktøren ikke bare vil måtte ta sine egne profittmuligheter i betraktning, men også muligheten for utbytte fra konkurrenten.¹⁷⁰ I et slikt tilfelle vil derfor en vesentlig konkurransebegrensning kunne forsterkes som følge av et minoritetserverv.

Gitt at det foreligger en oligopol-situasjon, men at konkurransen ivaretas ved at foretakene med jevne mellomrom driver priskrig, tilsier økonomisk teori¹⁷¹ at priskrigene vil avta dersom den aktøren som vanligvis starter priskrigen erverver en minoritetssandel i en av konkurrentene. Resultatet av dette kan bli at konkurransen fjernes eller svekkes. Forutsatt

¹⁷⁰ Slike betraktninger ble anlagt av Kommisjonen i Sak COMP/M.2416 *Tetra Laval/Sidel* (2002).

Kommisjonen fant her at fusjonen mellom Tetra Laval og Sidel måtte reverseres. Tetra Laval, som var dominerende på det aktuelle markedet, anførte at selskapet hadde rett til å beholde en mindre eierpost som ikke ga kontroll over Sidel. Kommisjonen påla imidlertid Tetra Laval å selge samtlige av sine eierandeler under henvisning til at selv en minoritetspost i Sidel kunne endre Tetra Lavals insentiver til å konkurrere (se avgjørelsens premiss 37). Avgjørelsen ble imidlertid påanket til Førsteinstansdomstolen (sak T-5/02). Beslutningen ble opphevet under henvisning til at Kommisjonen ikke hadde vurdert de horisontale og vertikale virkningene eller konglomeratvirkningene av fusjonen på en tilfredsstillende måte. Kommisjonen anket dommen videre til EU-domstolen, som opprettholdt avgjørelsen til Førsteinstansdomstolen i dom 25. februar 2005 (sak C-12/03). Fordi domstolen tillot fusjonen i sin helhet, ble også vedtaket om at Tetra måtte avhende sine aksjer i Sidel opphevet, se Førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-80/02 *Tetra Laval BV v Commission* (2002). Avgjørelsen ble påanket til EU-domstolen, men opprettholdt med tilnærmet samme begrunnelse i sak C-13/03 *Commission v Tetra Laval BV* (2005). Fordi domstolen kom til at det ikke forelå noen foretakssammenslutning, var det ikke nødvendig for domstolene å gå inn på Kommisjonens vurdering av de konkurransebegrensende virkningene av at Tetra Laval beholdt en minoritetspost i Sidel. Vurderingens holdbarhet må likevel betegnes som usikker fordi resten av Kommisjonens vurderinger ble underkjent.

¹⁷¹ Jf. oppgavens punkt 3.

at samtlige av aktørene er interessert i høyest mulig profitt, vil et minoritetsserverv kunne medføre en situasjon hvor foretakene kan utøve kollektiv markedsrett. Dette vil kunne utgjøre en vesentlig konkurransebegrensning i henhold til konkurranseloven § 16 annet ledd. I slike tilfeller vil det altså kunne tenkes at et minoritetsserverv vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen.

I forarbeidene til konkurranseloven blir tilfeller av krysseierskap fremhevet som en situasjon der det vil foreligge en konkurransebegrensning.¹⁷² Under slike omstendigheter vil faren for utøvelse av kollektiv markedsrett øke. Årsaken til dette er at konkurrentene ikke kan regnes som helt uavhengige markedsaktører når de har eierandeler i hverandre.¹⁷³ Dette var et sentralt moment i *Statkraft/Agder*.¹⁷⁴ Departementet uttalte følgende:

”Generelt mener departementet at en reduksjon av antall uavhengige aktører, når antall aktører er lite, øker faren for stilltende samarbeid. Dette må tas med i vurderingen, selv om antall aktører ville blitt redusert uansett hvem av de øvrige aktører som hadde ervervet Agder. Det som dessuten er ervervs-spesifikt i dette tilfellet, er at det er den dominerende aktøren som har kjøpt seg inn i en av største uavhengige aktørene utenom Statkraftalliansen. Dette øker faren for stilltende samarbeid i forhold til om en annen aktør hadde ervervet Agder. Det må antas at det i utgangspunktet er de største uavhengige aktørene som kan tenkes å opptre i markedet på en slik måte at det kan forhindre prislederskap”.¹⁷⁵

I denne saken var det imidlertid tale om et kvalifisert minoritetsserverv, idet Statkraft hadde planlagt å erverve en kontrollerende post bestående av 45,5 prosent av aksjene i Agder

¹⁷² NOU 2003:12 s. 86.

¹⁷³ NOU 2003:12 s. 86.

¹⁷⁴ Departementets vedtak av 14.10.2002 i klage over Konkurransetilsynets vedtak V2002-36 *Statkraft – Agder Energi*

¹⁷⁵ Departementets vedtak av 14.10.2002 i klage over Konkurransetilsynets vedtak V2002-36 *Statkraft – Agder Energi* på side 24.

Energi. De økonomiske resonnementene er likevel relevante også i tilfeller hvor det ikke blir ervervet kontroll.

Som nevnt i oppgavens punkt 3 er minoritetsserverv særlig bekymringsverdig hvor det foreligger krysseierskap. Hvor markedsstrukturen i utgangspunktet er av en slik karakter, vil minoritetsserverv altså kunne bidra til å svekke konkurransen (eller med lovens ord: forsterke en vesentlig konkurransebegrensning) på en slik måte at det er aktuelt med inngrep etter konkurranseloven § 16 annet ledd. Det vil imidlertid også kunne tenkes situasjoner hvor det foreligger enkelte tilfeller av krysseierskap, men at konkurransen likevel ikke anses som vesentlig begrenset. I et slikt tilfelle vil det kunne tenkes at et minoritetsserverv er ”dråpen som får begeret til å renne over” og at ervervet dermed *medfører* en vesentlig konkurransebegrensning.

Selv om en minoritetspost kun omfatter en mindre prosentandel av eierandelene i et foretak, kan den økonomiske verdien være betydelig. Det kan tenkes situasjoner der en minoritetseiers økonomiske interesse i en minoritetspost er vesentlig større enn selskapets økonomiske interesser i egen virksomhet. I både *Precodia/Hansa*¹⁷⁶ og *Orkla/Nora*¹⁷⁷ ble det lagt vekt på at omfanget av minoritetsposten – og dermed den økonomiske betydningen for selskapene - var betydelig.

Vurderingen av om et minoritetsserverv fører til eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning må foretas konkret i det enkelte tilfellet. I dette avsnittet er det imidlertid gjort rede for hvordan vilkåret er å forstå og gitt eksempler på tilfeller der det *kan* være aktuelt å gripe inn. Det er også gjort rede for ulike momenter det kan være aktuelt å ta i betraktning. Før Konkurransetilsynet kan gripe inn mot et aktuelt minoritetsserverv, må det sannsynliggjøres at markedsforholdene er slik at ervervet vil medføre konkurransebegrensninger. Hvilke krav det kan stilles til Konkurransetilsynets vurderinger i så henseende, vil som nevnt bli behandlet nedenfor i punkt 5.2.7

¹⁷⁶ sak nr. 1308 *Precodia/Hansa*.(1989).

¹⁷⁷ sak nr. 1407 *Orkla/Nora* (1992).

5.2.4 Kravet til årsakssammenheng

I vilkåret om at ervervet må føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning, ligger det et krav om at det må foreligge årsakssammenheng mellom ervervet og konkurransebegrensningen.¹⁷⁸ I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) heter det at kravet til årsakssammenheng er oppfylt ”dersom ervervet kan føre til at partene får incentiver til å endre sin markedstilpasning på en måte som gjør at konkurransen mellom partene reduseres vesentlig eller opphører”.¹⁷⁹

Spørsmålet om kravet til årsakssammenheng er oppfylt, må bedømmes på grunnlag av en hypotetisk utvikling av konkurransen på de berørte markeder.¹⁸⁰ Det skal legges til grunn en alternativbetragtning der den hypotetiske markedsutviklingen *uten* minoritetservervet sammenlignes med markedssituasjonen slik den må antas å utvikle seg dersom det ikke gripes inn mot ervervet. Kun dersom konkurransesituasjonen vil være dårligere uten Konkurransetilsynets inngrep, vil det juridiske kravet til årsakssammenheng være oppfylt.

Ryssdal antar at kravet til årsakssammenheng vanskelig kan tenkes oppfylt i tilfeller av minoritetserverv. Han mener at dersom en vesentlig konkurransebegrensning kan tilskrives opptreden i samforstand mellom minoritetsseieren og foretaket, vil dette rammes direkte av ordlyden i forbudsbestemmelsene § 10 eller 11 og at det er disse bestemmelsene som må anvendes i slike tilfeller.¹⁸¹ Dette innebærer, mener *Ryssdal*, at man etter å ha sett bort fra virkeområdene for forbudene

”[...] står igjen med en situasjon der spørsmålet er om minoritetserververen kan påvirke det eide foretak på en måte som begrenser konkurransen, men uten at det

¹⁷⁸ Se f.eks. V2006-223 *Gilde/Prior* s. 3. Saken gjelder en foretakssammenslutning, men fordi Konkurransetilsynet i henhold til krrl § 16 annet ledd skal gripe inn mot minoritetserverv på samme vilkår som gjelder for foretakssammenslutninger, må vilkårene tolkes på samme måte i relasjon til minoritetserverv.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 81.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 79.

¹⁸¹ *Kolstad* (2006) s. 743.

foreligger en avtale om dette. Hvis minoritetsserveren som eier har slik påvirkningsadgang, er det vanskelig å tenke seg at ikke vilkåret om ”kontroll” er oppfylt.”¹⁸²

Det er ikke vanskelig å være enig med Ryssdal i at vilkåret om kontroll antagelig vil være oppfylt dersom minoritetsserveren kan påvirke det eide foretaket på en måte som medfører en vesentlig konkurransebegrensning. Det er imidlertid ikke dette som vil være vurderingstemaet når det skal tas stilling til hvorvidt det foreligger årsakssammenheng mellom et minoritetsserverv og en konkurransebegrensning i henhold til § 16 annet jf. første ledd. Ryssdal forutsetter at det er *det eide* foretaket som må påvirkes på en måte som kan begrense konkurransen. Den økonomiske teorien som tilsier at minoritetsserverv kan ha en konkurransebegrensende effekt, konsentrerer seg ikke om det ervervende selskapets mulighet til aktivt å påvirke det selskapet det er ervervet eierandeler i, men om det ervervende selskapets endrede insentiver til å priskonkurranse.¹⁸³ Kravet til årsakssammenheng vil derfor kunne tenkes oppfylt dersom erververens insentiver til å konkurrere *etter ervervet* vil endres på en slik måte at konkurransen svekkes. En slik forståelse av kravet til årsakssammenheng harmonerer ikke bare bedre med bestemmelsens ordlyd, men er også i overensstemmelse med lovens forarbeider og økonomisk teori.

5.2.5 ”I strid med lovens formål”

Konkurransetilsynet skal bare gripe inn etter konkurranseloven § 16 annet ledd når ervervet medfører en vesentlig konkurransebegrensning *i strid med lovens formål*. Formålet med konkurranseloven er i henhold til § 1 ”å fremme konkurransen for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser”. Av bestemmelsens annet ledd følger det videre at det også skal legges vekt på forbrukernes interesser.

¹⁸² Kolstad (2006) s. 743.

¹⁸³ Se oppgavens punkt 3.

I praksis innebærer henvisningen til lovens formål at det skal vurderes om ervervet medfører effektivitetsgevinster i form av bedre produksjonseffektivitet eller bedre dynamisk effektivitet. Dersom disse effektivitetsgevinstene kan veie opp tapet som følge av den vesentlige konkurransebegrensningen, vil ikke ervervet være i strid med lovens formål og Konkurransetilsynet er avskåret fra å gripe inn.¹⁸⁴

Foretakssammenslutninger kan bringe med seg en rekke former for effektivitetsgevinster fordi de for eksempel kan muliggjøre kostnadsbesparelser i form av for eksempel mer effektiv distribusjon, lavere administrasjonskostnader eller lavere innkjøpspriser som følge av økt forhandlingsstyrke.¹⁸⁵ Minoritetsserverv innebærer ingen samordning av de berørte virksomheter. Det er derfor lite sannsynlig at denne typen effektivitetsgevinster vil oppstå. Av denne grunn må det antas at en vesentlig begrensning av konkurransen som følge av minoritetsserverv i praksis vil være i strid med lovens formål. Dette vil derfor ikke bli problematisert ytterligere.

5.2.6 Konkurransetilsynet skal gripe inn

Av krrl § 16 annet jf. første ledd følger det at konkurransetilsynet *skal* gripe inn mot et minoritetsserverv dersom lovens vilkår for inngrep er oppfylt. Dette er en endring i forhold til krrl (1993) § 3-11, som ga Konkurransetilsynet diskresjonær kompetanse til å gripe inn mot et bedriftserverv. Ved endringen tilsiktet man å sikre Konkurransetilsynets uavhengighet og gi tilsynet en mulighet til å rendyrke sine konkurransefaglige standpunkter.¹⁸⁶ Når Konkurransetilsynet ikke har noe valg med hensyn til hvorvidt det skal gripes inn, blir vurderingstemaet rent konkurransefaglig, ikke bare i Konkurransetilsynet, men også i departementet som klageinstans.¹⁸⁷

¹⁸⁴ *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 565. En nærmere redegjørelse for hva som menes med effektivitetsgevinster og dynamisk effektivitet faller utenfor oppgavens ramme.

¹⁸⁵ *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 565.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 82.

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 82.

Til tross for at Konkurransetilsynet har en *plikt* til å gripe inn mot ethvert minoritetsserverv som fører til eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning, er det som tidligere nevnt aldri grepet inn mot et erverv i medhold av bestemmelsen i konkurranseloven § 16 annet ledd. Dette kan skyldes at det ennå ikke har forekommet tilfeller der vilkårene for inngrep har vært oppfylt. I tilfelle kan det stilles spørsmål ved om det i det er behov for regelen i konkurranseloven § 16 annet ledd. Alternativt kan det tenkes at det har funnet sted konkurransebegrensende minoritetsserverv uten at Konkurransetilsynet har grepet inn. Tatt i betraktning at det ikke er meldeplikt for minoritetsserverv, er ikke dette en helt fjerntliggende mulighet.¹⁸⁸

5.2.7 Bevisspørsmål

5.2.7.1 Innledning

I dette avsnittet vil det redegjøres for ulike problemstillinger knyttet til *bevis*. Sentrale spørsmål er hvem som har bevisbyrden for at vilkårene for inngrep er oppfylt og hvilket beviskrav som må legges til grunn. Dette vil behandles i henholdsvis punkt 5.2.7.2 og 5.2.7.3 nedenfor. Fordi spørsmålet om de konkurransebegrensende virkningene av minoritetsserverv beror på en økonomisk analyse, oppstår det også spørsmål om hvilke krav det kan stilles til de økonomiske bevisene Konkurransetilsynet bygger sine vurderinger på. Det oppstår også spørsmål om hvilke krav det kan stilles til holdbarheten av Konkurransetilsynets analyser. Disse spørsmålene vil behandles nedenfor i punkt 5.2.7.4.

5.2.7.2 Bevisbyrden

Med *bevisbyrde* menes spørsmålet om hvem som må godtgjøre at vilkårene for å bringe en regel til anvendelse er oppfylt.¹⁸⁹ Reglene om bevisbyrde innebærer gjerne to elementer: For det første en *bevisføringsbyrde* som innebærer at det er den parten som har bevisbyrden

¹⁸⁸ At minoritetsserverv ikke er meldepliktige følger av konkurranseloven § 18 første ledd.

¹⁸⁹ Jf. Graver (2004) s. 466.

som må legge frem bevis som styrker den anførselen vedkommende har.¹⁹⁰ For det andre en *tvilsrisiko* som avgjør hvem av partene tvil om faktum skal gå utover.¹⁹¹ Hvem som har bevisbyrden vil kunne veksle i løpet av sakens gang.¹⁹²

Konkurranseloven § 16 annet ledd er en inngrepshjemmel og utgangspunktet er da at det er forvaltningen (altså Konkurransetilsynet) som har bevisbyrden.¹⁹³ Inngrep mot et minoritetserverv vil imidlertid skje i etterkant av at erververen frivillig eller etter pålegg har meldt ervervet ved fullstendig melding etter konkurranseloven § 16 tredje eller fjerde ledd. I begge tilfeller vil det først og fremst påligge erververen å skaffe til veie de bevis Konkurransetilsynet trenger for å treffe vedtak. Dette kan uttrykkes slik at bevisføringsbyrden påligger erververen. Når bevisene først er skaffet til veie, vil det imidlertid være opp til Konkurransetilsynet å godtgjøre at vilkårene for inngrep er oppfylt. En eventuell tvil om faktum vil da måtte komme erververen til gode. Tvilsrisikoen vil således gå ut over Konkurransetilsynet.

5.2.7.3 Beviskrav

Med *beviskrav* menes spørsmålet om hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at et visst faktum skal anses bevist.¹⁹⁴ Av praksis fra Konkurransetilsynet følger det at den alminnelige regel om sannsynlighetsovervekt må legges til grunn for at inngrepsvilkårene i § 16 skal være oppfylt.¹⁹⁵ Dersom det er mer sannsynlig at ervervet vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen enn at konkurransen vil forbli uforandret (eventuelt at den vil forbedres), må Konkurransetilsynet altså gripe inn mot ervervet.

¹⁹⁰ Jf. Graver (2004) s. 466-467.

¹⁹¹ Jf. Graver (2004) s. 467.

¹⁹² Jf. Graver (2004) s. 467.

¹⁹³ Jf. Graver (2004) s. 472.

¹⁹⁴ Jf. Graver (2004) s. 467.

¹⁹⁵ Se f.eks. Konkurransetilsynets vedtak i V2005-6 *Telenor/Tiscali* på side 5

5.2.7.4 Krav til Konkurransetilsynets økonomiske bevisvurderinger

Som tidligere nevnt vil enhver konkurranserettslig analyse måtte basere seg på den underliggende økonomiske teori. At en form for erverv *kan* ha konkurransebegrensende virkninger, vil ikke si at Konkurransetilsynet skal gripe inn i ethvert tilfelle. Det må alltid foretas en konkret vurdering. Konkurransetilsynets analyser under konkurranseloven 1993 § 3-11 basert på teorier om at minoritetserverv kan lede til konkurransebegrensninger har i juridisk teori blitt betegnet som lite overbevisende.¹⁹⁶ Tilsvarende gjelder forarbeidenes uttalelser om at ”eierskap av mindre andeler i konkurrenter *trekker i retning av mindre konkurranse*”¹⁹⁷ (min uthevning).¹⁹⁸ Dette gir grunn til å problematisere hvilke krav det må stilles til Konkurransetilsynets *økonomiske bevisvurderinger* i tilfeller av minoritetserverv.

EU-domstolen og har i flere saker satt til side Kommisjonens beslutninger om å gripe inn mot foretakssammenslutninger under henvisning til at Kommisjonens vurderinger har vært for svakt forankret i økonomisk teori.¹⁹⁹ I mangel av norsk praksis på området, må det antas at denne praksisen i det minste kan være retningsgivende. I *Tetra Laval/Sidel*²⁰⁰ tok EU-domstolen stilling til hvilke krav det kan stilles til Kommisjonens økonomiske bevismateriale i tilfelle av en foretakssammenslutning.²⁰¹ Retten uttalte i denne forbindelse:

“Not only must the Community Courts, inter alia, establish whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a

¹⁹⁶ Jf. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 589. Kolstad (1998) s. 243 mente at det kunne ”stilles spørsmål ved” Konkurransetilsynets vurderinger.

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 79.

¹⁹⁸ *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 589.

¹⁹⁹ Kolstad (2006) s. 723.

²⁰⁰ Sak C-12/03 *Commission v Tetra Laval BV* (2005).

²⁰¹ I Kolstad (2006) antas det på s. 723 at selv om avgjørelsen dreier seg om rettstilstanden under den tidligere fusjonsforordningen og uttalelsene er spesielt knyttet til en konglomeratfusjon, vil dommen ha generell interesse og må anses som presedensdannende.

complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it”.²⁰²

Det fremgår altså at fellesskapsdomstolene må vurdere om Kommisjonen har bygget sine konklusjoner på beviser som er korrekte, pålitelige og konsistente. Kommisjonen må ha tatt all relevant informasjon i betraktning da den vurderte situasjonen og gjort rede for hvorvidt denne informasjonen kan underbygge konklusjonen. Også i *Airtours/Commission*²⁰³ ble Kommisjonens vedtak om å forby en foretakssammenslutning underkjent fordi Kommisjonen ikke hadde basert sine analyser på overbevisende bevismateriale.²⁰⁴ Det forhold at også norske domstoler kan prøve rettsanvendelsesskjønn fullt ut tilsier at tilsvarende vil kunne kreves av Konkurransetilsynet.

Praksis fra Kommisjonen og EU-domstolene viser også at det påhviler Kommisjonen en *særlig tung bevisbyrde* når den anfører at en foretakssammenslutning vil føre til en kollektivt dominerende stilling i et oligopolisk marked.²⁰⁵ I *Airtours* uttalte førsteinstansdomstolen at den fremtidsanalysen som Kommisjonen må foreta ved fusjonskontrollen for så vidt angår en kollektiv dominerende stilling, forutsetter en grundig undersøkelse av de omstendigheter som den konkrete saken er relevante for vurderingen av foretakssammenslutningens virkninger på det aktuelle markedet.²⁰⁶ I bevisbedømmelsen måtte Kommisjonen særlig ta i betraktning de forhold som antas å spille en vesentlig rolle ved vurderingen av om det eksisterer en kollektivt dominerende stilling, slik som fravær av effektiv konkurranse mellom foretakene som angivelig er medlemmer av et dominerende oligopol og at de øvrige aktørene ikke var i stand til å utøve noe særlig

²⁰² Sak C-12/03 *Commission v Tetra Laval BV* (2005) premiss 39.

²⁰³ Sak T-342/99 *Air Tours plc/Commission* (2002).

²⁰⁴ Se Sak T-342/99 *Air Tours plc/Commission* (2002) premiss 63 og 294.

²⁰⁵ Se bl.a. Førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-342/99 *Air Tours plc/Commission* (2002) premiss 63 og Kommisjonens avgjørelse i sak IV/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* (1998) premiss 104.

²⁰⁶ Se sak T-342/99 *Air Tours plc/Commission* (2002) premiss 63.

konkurranserepress.²⁰⁷ At det undertiden stilles særlig strenge krav til bevisbedømmelsen er også lagt til grunn førsteinstansdomstolens avgjørelse i *Tetra Laval* i forbindelse med spørsmålet om den aktuelle foretakssammenslutningen hadde konglomeratvirkninger.²⁰⁸ Retten uttalte at fordi den forventede dominerende stillingen som følge av en konglomeratfusjon først ville oppstå etter en viss tid, måtte Kommisjonens analyse av den fremtidige stillingen være *særlig plausibel*.²⁰⁹ Dette tilsier at kravene til holdbarheten av Kommisjonens økonomiske analyser er sterkere jo mer usikre virkningene er. I tilfeller av minoritetserverv, hvor de konkurransebegrensende virkningene også må betegnes som usikre, vil det i tråd med dette kunne antas at det stilles særlig strenge krav til Konkurransetilsynets bevisvurdering i slike saker.

På bakgrunn av dette må det kunne forventes at Konkurransetilsynet redegjør for den økonomiske teorien som tilsier at minoritetserverv kan ha konkurransebegrensende virkninger og påviser at samtlige av teoriens betingelser for at slike virkninger vil oppstå, foreligger i det konkrete tilfelle.

5.3 Forholdet mellom konkurranseloven § 16 annet ledd og adferdsreglene

Som fremstillingen i punkt 4 viser, er det i EU-retten lagt til grunn at minoritetserverv i en viss utstrekning kan være forbudt etter reglene i TFEU artikkel 101 og 102. I forarbeidene i konkurranseloven er det uttrykkelig forutsatt at adferdsreglene i §§ 10 og 11 skal tolkes i overensstemmelse med de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54.²¹⁰ Disse bestemmelsene skal igjen tolkes i overensstemmelse med de tilsvarende bestemmelsene i TFEU, jf. EØS-avtalen artikkel 6 og punkt 4.1 ovenfor. Fordi minoritetserverv kan være forbudt etter disse reglene, kan det problematiseres om det kan tenkes at ett og samme forhold vil kunne subsumeres under både § 16 annet ledd og

²⁰⁷ Se sak T-342/99 *Air Tours plc/Commission* (2002) premiss 63.

²⁰⁸ T-5/02 *Tetra Laval BV v Commission* (2002) premiss 155.

²⁰⁹ Sak T-5/02 *Tetra Laval BV v Commission* (2002) premiss 162.

²¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s.68.

adferdsreglene og hvordan dette eventuelt skal løses. Det er grunn til å presisere at spørsmålet kun kommer på spissen i de tilfellene der samhandelen mellom medlemsstatene ikke påvirkes. Hvor en avtale påvirker samhandelen mellom EØS-statene, følger det som nevnt av EØS-konkurranseloven § 7 første ledd at Konkurransetilsynet også skal anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 på disse avtalene.

Dersom konkurranseloven § 10 tolkes i overensstemmelse med den tilsvarende bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 53 (og TFEU artikkel 101), slik forarbeidene forutsetter, vil bestemmelsen kunne komme til anvendelse ved erverv av en minoritetsandel dersom det foreligger en avtale mellom foretak og ervervet medfører at erververen får en mulighet til å påvirke målselskapet eller at foretakenes adferd koordineres. Vilkårene for at det skal kunne gripes inn mot et erverv i medhold av konkurranseloven § 16 annet ledd er at det har skjedd et minoritetserverv som fører til eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning. Dersom en minoritetspost erverves ved avtale mellom foretakene og ervervet medfører en vesentlig begrensning av konkurransen i form av at foretakenes adferd koordineres, vil ervervet oppfylle vilkårene i *både* § 10 første ledd og i § 16 annet ledd.

Hvis konkurranseloven § 11 tilsvarende tolkes i overensstemmelse med den tilsvarende bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 54 (og TFEU artikkel 102) kan bestemmelsen komme til anvendelse ved erverv av en minoritetsandel dersom erververen har en dominerende stilling og ervervet forsterker denne stillingen ved at målselskapet påvirkes *indirekte* av ervervet. I de tilfellene erververen har en dominerende stilling, vil det gjennomgående også foreligge en vesentlig konkurransebegrensning i henhold til konkurranseloven § 16 annet ledd.²¹¹ Dersom en aktør i en dominerende stilling styrker sin posisjon ved å overta noe innflytelse over en konkurrent, vil det kunne tenkes at man etter en konkret vurdering kommer til at vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16 annet ledd er oppfylt. Det samme forholdet vil altså kunne omfattes av begge bestemmelsene.

²¹¹ Jf. oppgavens punkt 5.2.3.

Dersom forarbeidenes uttalte målsetning om at adferdsreglene i konkurranseloven §§ 10 og 11 skal tolkes i overensstemmelse med de tilsvarende reglene i artikkel 101/53 og artikkel 102/54, er minoritetsserverv altså i enkelte tilfeller gjenstand for dobbeltregulering. Som påpekt av *Ryssdal*, er nok dette en dobbeltregulering som ikke er tilsiktet av lovgiver.²¹² Jeg tror imidlertid ikke at det av denne grunn kan slutes at adferdsreglene i konkurranseloven ikke kan tolkes i overensstemmelse med fellesskapsretten. Det er neppe grunnlag for å slutte at Konkurransetilsynet *må* anvende § 16 annet ledd i et tilfelle der vilkårene for inngrep etter § 10 eller § 11 også er oppfylt.

Det finnes noen uttalelser i forarbeidene til konkurranseloven som kan trekke i retning av at konkurranseloven § 16 annet ledd kun er ment å komme til anvendelse i de tilfellene som ikke omfattes av adferdsreglene. Denne tilnærmingen ble foreslått av *Konkurransetilsynet* under lovforberedelsen. Tilsynet var av den oppfatning at minoritetsserverv som ikke innebærer kontroll i utgangspunktet burde håndteres etter atferdsreglene, men at det likevel kunne være behov for en ”snever tilleggsbestemmelse i konkurranseloven, en form for *sikkerhetsventil*, som gjør det mulig å gripe inn mot minoritetsserverv i de tilfellene hvor atferdsreglene viser seg ikke å være tilstrekkelige til å hindre konkurransebegrensninger som følge av minoritetsserverv” (min utheving).²¹³ Uttalelsen er ikke imøtegått i forarbeidene og departementets senere uttalelser kan trekke i retning av at det er i disse tilfellene bestemmelsen er ment å ha sitt anvendelsesområde. Departementet uttaler således at ”[t]eori og praksis etter konkurranseloven § 3-11 viser at det fremdeles vil være *behov* for en inngrepsadgang mot minoritetsserverv i ny konkurranselov [...]” (min utheving).²¹⁴ Departementet uttaler videre at det ”risikeres [...] at det blir et rettslig tomrom ved at kun kontrollerverv kan reguleres.”²¹⁵

²¹² Jf. Kolstad (2006) s. 647

²¹³ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 77.

²¹⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 78.

²¹⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 78.

Dersom det legges til grunn at forarbeidenes målsetting om at konkurranseloven § 10 skal tolkes i overensstemmelse EU/EØS-retten tas på ordet, vil det trolig kun være tale om et tomrom i tilfeller av passive investeringer som medfører ensidige virkninger og i tilfeller der det ikke foreligger en avtale mellom foretak (jf. over i punkt 4.4). Den tilsynelatende overlappen mellom adferdsreglene og § 16 annet ledd vil derfor i tråd med forarbeidenes uttalelser kunne elimineres ved at § 16 annet ledd tolkes innskrenkende slik at den kun kan komme til anvendelse der det er et *behov* for den. Denne tilnærmingen må imidlertid karakteriseres som noe teoretisk og det er neppe grunnlag for å oppstille en regel om at Konkurransetilsynet *må* anvende adferdsreglene i et tilfelle der vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16 annet ledd også er oppfylt.

Ryssdal hevder at anvendelsen av § 16 på minoritetsserverv kan skape problemer for det tilfelle at et minoritetsserverv blir vurdert og klarert under denne bestemmelsen og det senere oppstår spørsmål om overtredelse av lovens forbudsbestemmelser. Han mener da at det vil være problematisk å benytte de bevis og opplysninger som alt har vært gjort til gjenstand for undersøkelse ved inngrepsvurderingen i en senere sak fordi saken allerede har vært behandlet.²¹⁶ Dette standpunktet er jeg uenig i. Konkurranseloven § 16 annet ledd retter seg utelukkende mot *ervert* av minoritetsposten. Dersom erverten og målselskapet senere skulle utføre handlinger i strid med adferdsreglene (f.eks. i form av informasjonsutveksling gjennom et styre) kan ikke det forhold at *ervert* er klarert forhindre en ny behandling.

²¹⁶ Kolstad (2006) s. 744.

6 Hvordan bør minoritetsserverv reguleres *de lege ferenda*?

Norske forfattere synes kritiske til reguleringen av minoritetsserverv i norsk rett.²¹⁷

Innvendingene går særlig ut på at bestemmelsen i konkurranseloven § 16 annet ledd bryter med konkurranserettens grunnleggende skille mellom adferd og struktur.²¹⁸ I

Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer skriver Sæveraas eksempelvis følgende:

”Adgangen til å gripe inn mot minoritetsserverv bryter med skillet mellom struktur- og atferdsregulering som tradisjonelt innebærer at strukturendringens forhåndskontroll reserveres for varige og irreversible endringer av markedsstrukturen. Den særlige reguleringen av strukturendringer har nettopp sammenheng med dette, det vil si strukturendringenes varige og irreversible karakter, samt med effektivitetsgevinstene som potensielt følger av slike strukturendringer. Erverv som ikke fører til kontroll (minoritetsserverv), har verken slik karakter eller vil i tilsvarende grad gi opphav til effektivitetsgevinster”.²¹⁹

Denne kritikken anser jeg ikke som velbegrunnet. Formålet med struktureguleringen er å hindre at det skapes en markedsstruktur som muliggjør konkurransebegrensninger på et senere tidspunkt. Dersom et minoritetsserverv kan gi opphav til *fremtidige* konkurransebegrensninger, er det nærliggende å regulere dem etter reglene om strukturkontroll. Så vidt jeg kan forstå, vil et kjøp av en minoritetspost ikke være mindre varig og irreversibelt enn kjøp av en kontrollerende post. At det er enklere å selge en minoritetspost enn det er å reversere en fusjon, reparerer uansett ikke på det faktum at det er dårlig konkurransepolitikk å vente med å gripe inn mot uønsket atferd (i vid forstand) til etter at skaden har manifestert seg.

²¹⁷ Se f.eks. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 588-589 og Kolstad (2006) s. 639-640 og s. 742 flg.

²¹⁸ Sondringen mellom adferdskontroll og strukturkontroll er grundig behandlet i Kolstad (2006) s. 38-49 og Ryssdal (2003) s. 27-40.

²¹⁹ *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer* (2009) s. 588.

Også *Ryssdal* synes kritisk til reguleringen av minoritetsserverv i norsk rett. I *Norsk Konkurranserett Bind I* skriver han følgende:

” Departementet har [...] valgt å ta utgangspunkt i at minoritetsserverv kan skape fremtidig *atferd* som man ønsker å motvirke. Gjennom henvisningene til incentiver til å opptre i samforstand, er det konstruert et slags strukturregulatorisk brohode for atferdskontroll. Ved å gripe fatt i et minoritetsserverv på et tidlig tidspunkt vil man forhindre fremtidig uønsket atferd”.²²⁰

Videre skriver han at ”[f]ellesskapsrettens sterke side er nettopp at man behandler minoritetsserverv nettopp som utslag av eventuelt forbudt atferd”.²²¹ Slik jeg forstår *Ryssdal*, er han skeptisk til at minoritetsserverv etter norsk rett er regulert som et strukturelt problem. Dette er i tilfelle bemerkelsesverdig fordi det legislative hensynet bak strukturkontrollen nettopp er at konkurransemyndighetene skal ha mulighet til å opptre preventivt i forhold til fremtidig og potensielt skadelig *atferd*.²²² Gitt at minoritetsserverv kan gi opphav til *fremtidige* konkurranseproblemer, mener jeg at det vil det være i tråd med de legislative hensynene som ligger bak sontringen mellom atferdskontroll og strukturkontroll å behandle minoritetsserverv etter reglene om strukturkontroll. Denne betraktningmåten er også anlagt av departementet i forbindelse med lovutkastet. Det uttales således at:

”[...] regler om strukturelle inngrep [er] begrunnet med behovet for å gripe inn for å forhindre en potensiell konkurranseskadelig atferd på grunn av endrede strukturelle forhold. I denne sammenheng er det etter departementets mening ikke avgjørende om strukturen endres som følge av at det oppstår en ny enhet eller om endringen ligger i de økonomiske insentivene et erverv av mindre eierandeler gir. I begge

²²⁰ Kolstad (2006) s. 639.

²²¹ Kolstad (2006) s. 640.

²²² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 74.

tilfeller muliggjør strukturendringer atferd som ikke er ønskelig. Et inngrep skal forhindre en slik hypotetisk skadelig *atferd*. Atferden man ønsker å ramme både ved endringer i kontrollen av et målselskap og ved ikke kontrollerende erverv, er en sannsynlig konkurransebegrensende innretting ut fra økonomisk rasjonell opptreden.”²²³

Strukturkontroll kan forsvares ikke bare ut fra frykt for fremtidig adferd i strid med adferdsreglene, men også ut fra at det kan oppstå fare for adferd som ikke rammes av adferdsreglene. *Passiv innrettelse*, f.eks. i form av mindre aggressiv konkurranse, er forhold som ikke like enkelt vil kunne subsumeres under adferdsregelen i konkurranseloven § 10.²²⁴ Som fremstillingen av den konkurranserettslige tilnærmingen til minoritetserverv i EU/EØS-retten i denne oppgaven har vist, er det uklart i hvilken utstrekning det kan gripes inn mot erverv av minoritetsposter som ikke ledsages av avtaler om styrerepresentasjon eller informasjonsutveksling. Fremstillingen viser også at subsumsjon under forbudet mot konkurransebegrensende avtaler²²⁵ forutsetter at man presser lovtolkningen uforholdsmessig langt. Subsumsjon under forbudet mot utilbørlig utnyttelse av markedsrett²²⁶ forutsetter at erververen har en dominerende stilling og vil således ikke være anvendelig i alle tilfeller av minoritetserverv.²²⁷ Hvor det er overveiende sannsynlig at en part vil endre sin adferd og konkurrere mindre aggressivt som følge av eierposisjonen, er dette imidlertid et forhold det kan gripes inn mot etter regelen i konkurranseloven § 16 annet ledd.

Den kritikken som er reist i teorien synes å ha sammenheng med at de økonomiske teoriene som ligger til grunn for antagelsen om at minoritetserverv kan ha konkurranseskadelige

²²³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 78.

²²⁴ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 78.

²²⁵ Jf. TFEU artikkel 101, EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseloven § 10.

²²⁶ Jf. TFEU artikkel 102, EØS-avtalen artikkel 54 og konkurranseloven § 11.

²²⁷ Jf. oppgavens punkt 4.3.

virksomheter, kan betegnes som usikre.²²⁸ Etter min mening er imidlertid ikke det forhold at man per i dag er usikre på *når* inngrepskriteriet kan tenkes oppfylt nødvendigvis et argument for at det ikke skal finnes en hjemmel for inngrep. Fordi lovgiver vanskelig kan forutsettes å forutse alle de situasjonene som kan oppstå i fremtiden, kan det argumenteres for at det er en styrke ved den norske konkurranseloven at den har en hjemmel for å gripe inn mot minoritetsserverv *dersom* man skulle finne at ervervet fører til eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning.

Det faktum at Konkurransetilsynet kan gripe inn mot minoritetsserverv i etterkant av at ervervet har funnet sted, kan imidlertid medføre en usikkerhet for aktørene i næringslivet.²²⁹ Dette kan i ytterste konsekvens føre til at fordelaktige erverk ikke finner sted. Som fremstillingen av den konkurranserettslige tilnærmingen til minoritetsserverv i EU/EØS-retten i punkt 4 viser, avhjelpes imidlertid ikke dette nødvendigvis ved at minoritetsserverv *utelukkende* reguleres etter adferdsreglene i konkurranseloven §§ 10 og 11. Tvert imot synes det mindre klart når et minoritetsserverv er forbudt etter disse bestemmelsene. Dette kunne vært avhjulpet ved at anvendelsen av disse bestemmelsene ble forbeholdt tilfeller der minoritetsservervet i realiteten er en del av et samarbeid mellom partene eller muliggjør informasjonsutveksling. I slike tilfeller er det mer nærliggende å subsumere den konkurransebegrensende adferden under adferdsreglene enn under regler om strukturkontroll.

Da fusjonsforordningen ble revidert i 2004, vurderte Kommisjonen hvorvidt det var et behov for å regulere minoritetsserverv under reglene om fusjonskontroll. I

²²⁸ I forbindelse med det ovenfor siterte skriver *Ryssdal* følgende i Kolstad (2006) på s. 639: "I praksis vil det nok være meget vanskelig å definere hvilke minoritetsserverv som kan få slike uønskede virkninger, fordi selve transaksjonen i seg selv – vedkommende minoritetsserverv – gir begrenset informasjon og veiledning for bruk av strukturkontrollen [...]."

²²⁹ Flertallet i lovutvalget trakk dette frem som et argument mot å la minoritetsserverv omfattes av strukturkontrollen, se NOU 2003:12 s. 85.

konsultasjonsdokumentet²³⁰ som ble utarbeidet i denne forbindelse, avviste Kommisjonen at det forelå et slikt behov. I punkt 107 heter det som følger:

”The Merger Regulation, however, does not apply to acquisitions of minority shareholdings, unless, due to other factors, a situation of legal or de facto control is established. Still, it may be the case that a minority shareholding (potentially coupled with interlocking directorships) may alter the linked companies' incentives to compete and thus have an impact upon market conditions. Although the Merger Regulation is not applicable in such cases, Articles [101] and [102] [TFEU] can, according to established case law, be used to assess minority shareholdings and the competition problems they may entail”.²³¹

I punkt 109 bemerkes det at Kommisjonen ikke er i besittelse av informasjon som tilsier at kryssende styreverk og aksjeerverv vil skape så veldokumenterte problemer for konkurransen at minoritetserverv bør omfattes av fusjonsforordningen. Kommisjonen uttaler likevel at den erfaringen man har, viser at ”[...] only a limited number of such transactions would be liable to raise competition concerns that could not be satisfactorily addressed under Articles 81 and 82 EC [nå 101 og 102 TFEU]. [...]”.²³²

Selv om det kun er et begrenset antall minoritetserverv som ikke vil omfattes TFEU artikkel 101 og 102, erkjenner Kommisjonen at det er et hull i lovgivningen og at dette kan gi opphav til konkurransemessige problemer. Likevel valgte Kommisjonen å la rettstilstanden forbli uendret. Bakgrunnen for standpunktet er at Kommisjonen fant det uforholdsmessig å gjøre minoritetserverv til gjenstand for fusjonskontroll, fordi fusjonskontrollen skjer *ex ante*.²³³ Etter norsk rett skjer kontrollen med minoritetserverv også etter fusjonskontrollreglene men slike erverv er ikke pålagt meldeplikt. Dette

²³⁰ *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89.*

²³¹ *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89* avsnitt 107.

²³² *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89* avsnitt 109.

²³³ *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89.*

innebærer at konkurransetilsynet kun behøver å gripe inn mot slike erverv dersom det finner at et konkret erverv vil føre til eller forsterke en konkurransebegrensning. Dette alternativet ser imidlertid ikke ut til å være vurdert av Kommisjonen. At det i EU-jurisdiksjonen ikke ble innført en regel om strukturkontroll av minoritetserverv må også ses i sammenheng med at en slik regel ville utvidet kompetansen til Kommisjonen, noe som ikke var ønskelig fra medlemsstatenes side.²³⁴ Det forhold at man i EU ikke har valgt å regulere minoritetserverv som et strukturelt problem, betyr altså ikke nødvendigvis at det er en dårlig løsning å regulere minoritetserverv som en del av strukturkontrollen. Tvert imot mener jeg at det er slik problemet bør adresseres.²³⁵ Det er heller ikke noen særnorsk løsning. Eksempelvis kan både England og Tyskland behandle minoritetserverv etter sine fusjonsregler.²³⁶

Usikkerheten knyttet til bestemmelsen i § 16 annet ledd kan antas å ha sammenheng med at det er høyst usikkert når lovens vilkår for inngrep er oppfylt. Slik jeg ser det, kan problemet i stor utstrekning løses ved at det gjøres noen endringer ved lovens ordning. En mulighet er at erververen gis anledning til å melde ervervet frivillig ved *alminnelig melding*. Slik situasjonen er i dag, kan minoritetserverv kun meldes frivillig ved *fullstendig melding* etter konkurranseloven § 18 fjerde ledd. Regelen er begrunnet med at partene skal ha anledning til å få avklart om ervervet kan føre til en vesentlig begrensning av konkurransen.²³⁷ En fullstendig melding er imidlertid omfattende og ressurskrevende å håndtere både for erververen og for Konkurransetilsynet. Fullstendig melding utløser også et mer langvarig gjennomføringsforbud i henhold til konkurranseloven § 19 enn det som er tilfelle ved alminnelig melding.²³⁸ Etter å ha mottatt alminnelig melding, må Konkurransetilsynet i

²³⁴ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-3004) s. 78

²³⁵ At minoritetserverv bør reguleres under kontrollen med foretakssammenslutninger i EU-retten er f.eks. foreslått av Ezrachi (2006) og Russo (2006).

²³⁶ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-3004) s. 78

²³⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 91.

²³⁸ Ved alminnelig melding kan partene i henhold til konkurranseloven § 19 første ledd ikke gjennomføre transaksjonen før 15-dagersfristen for pålegg om fullstendig melding i § 18 tredje ledd er utløpt. Ved pålegg om fullstendig melding eller frivillig innsendelse av slik melding, kan transaksjonen i henhold til

henhold til konkurranseloven § 18 tredje ledd gi pålegg om fullstendig melding. Dersom dette ikke gjøres, bortfaller Konkurransetilsynets adgang til å gripe inn, jf.

konkurranseloven § 20 første ledd.²³⁹ Ved å innføre adgang til å melde minoritetsserverv frivillig ved alminnelig melding, vil man således kunne korte ned den perioden hvor det er usikkert for det ervervende foretaket om Konkurransetilsynet vil gripe inn.

Et annet tiltak som kan bidra til å fjerne usikkerheten ved bestemmelsen, er at Konkurransetilsynet utarbeider retningslinjer for når det kan være aktuelt med inngrep. Som oppgaven har vist, vil minoritetsserverv kun være bekymringsverdig under særlige markedsforhold. Denne typen retningslinjer er et alminnelig instrument i konkurranseretten og øker forutsigbarheten for de næringsdrivende.

7 Avslutning

I analysen av rettstilstanden er det påpekt svakheter ved den konkurranserettslige tilnærmingen til minoritetsserverv i EU/EØS-retten. Hovedutfordringen er at dersom de konkurransebegrensende virkningene av minoritetsserverv skal forhindres fullt ut, forutsetter dette en svært vidtrekkende fortolkning av adferdsreglene som kan gi utilsiktede konsekvenser. I de tilfellene der det ikke har vært samhandel mellom erververen og målselskapet, er det den fremtidige konkurransebegrensning som følge av økonomisk rasjonell innretning etter markedsforholdene som er bekymringsverdig i en konkurransepolitisk synsvinkel. Slike virkninger adresseres normalt under reglene om kontroll med foretakssammenslutninger. Den norske løsningen, der det kan gripes inn mot minoritetsserverv som ikke fører til kontroll i medhold av reglene om fusjonskontroll er bedre egnet til å forhindre denne typen virkninger. Behovet for en vidtgående fortolkning

konkurranseloven § 19 første ledd ikke gjennomføres før Konkurransetilsynet har behandlet saken i medhold av konkurranseloven § 20 annet ledd første punktum. Fristen for Konkurransetilsynets saksbehandling etter denne bestemmelsen er 25 dager.

²³⁹ Vedtak om inngrep må treffes på bakgrunn av fullstendig melding, jf. konkurranseloven § 20 første ledd.

av adferdsreglene forsvinner altså når det finnes en regel tilsvarende konkurranseloven § 16 annet ledd.

Adferdsreglene er derimot bedre egnet til å håndtere tilfeller der det er konkurrentenes aktive samarbeid og informasjonsutveksling som er det problematiske. Denne oppgaven har vist at det kan være behov for en avklaring av hvor langt adferdsreglene rekker i tilfeller av minoritetserverv. Gode grunner tilsier at de bør forbeholdes tilfeller av samarbeid og informasjonsutveksling. De *fremtidige* virkningene som følge av erververens endrede insentiver til å konkurrere som følge av eierposisjonen bør derimot reguleres som et strukturelt problem, slik det er gjort i konkurranseloven § 16 annet ledd.

8 Litteraturliste

Bøker

Cook, John og Cristopher Kerse: *EC Merger Control*, 5. utgave, London (Sweet and Maxwell) 2009

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal: *Norsk konkurranserett Bind I: Adferdsregler og strukturkontroll* Oslo (Universitetsforlaget) 2006

Kolstad, Olav: *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett*, Oslo (Cappelen Akademiske Forlag) 1998

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

Ryssdal, Anders: *Joint Ventures – en konkurranserettslig analyse*, Oslo (Universitetsforlaget) 2003

Whish, Richard: *”EC Competition Law”*, 6. utgave, Oxford (Oxford University Press) 2008

Artikler

Caronna, Fausto ”Article 81 as a tool for controlling minority cross shareholdings between competitors”, *European Law Review* 2004 29(4) s. 485-500

Ezrachi, Ariel og David Gilo: ”EC Competition Law and the Regulation of Passive investments Among Competitors”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2006 nr. 2 s. 327-349

Graver, Hans Petter: ”Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten”, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2004 s. 465

Kaiser, Hanno F. : ”Debt Investments in Competitors Under the Federal Antitrust Laws”, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* Vol. IX (2003-2004) s. 605-636

Meadowcroft, Shirley og David Thompson: *”Partial integration: A Loophole in Competition Law?”* *Fiscal Studies* Vol 8 (2005) s. 24-47

Russo, Francesco: "Abuse of Protected Position? Minority Shareholdings and Restriction of Markets' Competitiveness in the European Union", World Competition 2006 nr. 4 s. 607-633

Struijlaart, Robin A.: "Minority Share Acquisitions Below the Control Threshold of the EC Merger Control Regulation: An Economic and Legal Analysis", World Competition 2002 nr. 2 s. 173-204

9 Lov- og forarbeidsregister

Norske lover

- 1953 Lov om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (prisloven 1953) av 26. juni 1953 nr. 4 OPPHEVET www.lovdatab.no (betalingsversjonen)
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109
- 1993 Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven 1993) av 11. juni 1993 nr. 65 OPPHEVET www.lovdatab.no (betalingsversjonen)
- 2004 Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 11
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12

Traktater

- TEU Treaty on European Union, Maastricht 7. februar 1992 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:EN:PDF>

- EØS-avtalen Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto 2. mai 1992 www.lovdatab.no/all/h1-19921127-109.html#map001
- TFEU Treaty on the Functioning of the European Union, Roma 25. mars 1997
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:EN:PDF> (engelsk)
- Lisboa-traktaten Treaty of Lisbon, Amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Lisboa 13. desember 2007
<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:EN:HTML>

Rådsforordninger

- Rådsforordning nr. 1/2003 av 16. desember 2003 (gjennomføringsforordningen)
<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=283510:cs&lang=en&list=283510:cs,485416:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (09.02.10)
- Rådsforordning nr. 139/2004 av 20. januar 2004 (fusjonsforordningen)
<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=342483:cs&lang=en&list=393161:cs,342483:cs,&pos=2&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (09.02.10)

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 78 (1986-87) Om lov om endringer i lov av 26. juni 1953 nr. 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold www.lovdatab.no (betalingsversjonen) (02.03.10)
- NOU 2003:12 Ny konkurranselov www.lovdatab.no (betalingsversjonen) (08.02.10)
- 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) www.lovdatab.no (betalingsversjonen) (08.02.10)

10 Saksregister

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak 6/72 *Continental Can v Commission* [1973] ECR 00215 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=33641:cs&lang=en&list=33641:cs,28664:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (20.02.10)

Sak 27/76 *United Brands mot Kommisjonen* [1978] ECR 207 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=67000%3Acs&lang=en&list=67000%3Acs%2C60330%3Acs%2C&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (14.04.10)

Sak 172/80 *Züchner v Bayerische Verinsbank* [1981] ECR I-2021 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=89958:cs&lang=en&list=89958:cs,89848:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (10.04.10)

Sak 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR I-3461 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=105243:cs&lang=en&list=105243:cs,105211:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (17.03.10)

Forente saker 142 og 156/84 *BAT v Commission* [1987] ECR 4487 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=132861:cs&lang=en&list=132861:cs,132855:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (20.02.10)

Sak C-12/03 *Commission v Tetra Laval BV*. [2005] ECR I-987 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=395463:cs&lang=en&list=395463:cs,395459:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (17.03.10)

Sak C-13/03 *Commission v Tetra Laval BV* [2005] OJ C 106/4 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=398955:cs&lang=en&list=413440:cs,402840:cs,398955:cs,398072:cs,397873:cs,397872:cs,397342:cs,395464:cs,395463:cs,395460:cs,&pos=3&page=1&nbl=31&pgs=10&hwords=tetra%20laval~&checktexte=checkbox&visu=#texte> (04.04.10)

Avgjørelser fra Retten i første instans

Sak 48/69 etc. *ICI v Commission* [1972] ECR 619 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=28590:cs&lang=en&list=28590:cs,28589:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (10.04.10)

Sak 40/73 etc. *Suiker Unie v Commission* [1975] ECR 1663 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=46908:cs&lang=en&list=46908:cs,46906:cs,&pos=1&page=1&nbl=2&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (10.04.10)

Sak T-342/99 *Air Tours plc v Commission* [2002] ECR II-2585 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999A0342:EN:HTML> (20.03.10)

Sak T-5/02 *Tetra Laval BV v Commission* [2002] ECR II-04381 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=264391:cs&lang=en&list=264391:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (17.03.10)

Sak T-80/02 *Tetra Laval BV v Commission* [2002] ECR II -04519 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=264394:cs&lang=en&list=264394:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (04.04.10)

Sak T-411/07R *Aer Lingus Group plc v Commission* [2008] OJ C 8/24 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=467073:cs&lang=en&list=502051:cs,499672:cs,496737:cs,480277:cs,478455:cs,473952:cs,467073:cs,464572:cs,461236:cs,451960:cs,&pos=7&page=1&nbl=48&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (28.02.10)

Kommisjonsbeslutninger

Sak IV/34.857 *BT/MCI* [1994] OJ L 223/36 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=301500:cs&lang=en&list=301500:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte> (20.02.10)

Sak 93/252 *Warner-Lambert/Gillette* EF-tidende nr. L116 av 12. mai 1993 s. 21
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993D0252:EN:HTML>
(20.02.10)

Sak IV/34.410 *Olivetti/Digital* [1994] OJ L 309/24 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994D0771:EN:HTML> (20.02.10)

Sak IV/35.617 *Phoenix/Global One* [1996] OJ L 239/57 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=344122:cs&lang=en&list=222538:cs,344122:cs,211029:cs,209560:cs,&pos=2&page=1&nbl=4&pgs=10&hwords=35.617~&checktexte=checkbox&visu=#texte>
(08.04.10)

Sak IV/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* av 20. mai 1998 [1998] OJ L 50/27
<http://eur-lex.europa.eu/>

[LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:050:0027:0049:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:050:0027:0049:EN:PDF) (29.03.10)

Sak COMP/M.2416 *Tetra Laval/Sidel* [2002] OJ L 038/16 <http://eur-lex.europa.eu/>

[LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0103:EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0103:EN:NOT) (07.03.10)

Departementets vedtak i klagesaker

V2000-20 *Felleskjøpene – Stormøllen*, Arbeids og administrasjonsdepartementets vedtak i av 19. mars 2001 http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fad/red/2007/0015/ddd/pdfv/169948-felleskjopet_19.03.2001.pdf (25.02.10)

V2002-36, *Statkraft – Agder Energi*, Arbeids- og administrasjonsdepartementets vedtak av 14. oktober 2002

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Klagevedtak/Klagevedtak_Agder_Energi.pdf (25.02.10)

Konkurransetilsynets vedtak

V2005-6 av 15. mars 2004 (Telenor/Tiscali)

<http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/422322/>

[V2005-6_telenor-tiscali.pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/422322/V2005-6_telenor-tiscali.pdf) (28.03.10)

V2006-223 av 9. juni 2006 (Gilde/Prior)

<http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/422273/>

[V2006-223_gilde_prior.pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/422273/V2006-223_gilde_prior.pdf) (01.03.10)

V2007-13 av 11. juni 2007 (Media Norge) <http://www.konkurransetilsynet.no>

[/iKnowBase/Content/426782/MEDIA%20NORGE.PDF](http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/426782/MEDIA%20NORGE.PDF) (05.03.10)

V2007-17 av 4. juli 2007 (BBS/Teller)

http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/426948/VEDTAK%20V2007-17%20-%20BANKENES%20BETALINGSSENTRAL_TELLER%20AS.PDF (05.03.10)

V2008-3 av 1. februar 2008 (AS Norske Shell) [http://www.konkurransetilsynet.no/](http://www.konkurransetilsynet.no)

[iKnowBase/Content/429104/V2008-3%20AS%20NORSKE%20SHELL.PDF](http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/429104/V2008-3%20AS%20NORSKE%20SHELL.PDF) (05.03.10)

V2008-10 av 30. mai 2008 (Rema 1000/Lidl) http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/430137/V2008-10_REMA_LIDL.PDF (05.03.10)

V2008-22 av 4. desember 2008 (Opplysningen Mobil/Aspiro Søk)
http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id_1730/ImageVaultHandler.aspx
(05.03.10)

V2009-14 av 28. mai 2009 (Validus/Sunkost) http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id_1940/ImageVaultHandler.aspx (26.02.10)

Vedtak i Priserådet

sak nr. 1308 *Precodia/Hansa*, Pristidende 7/89 s. 7

sak nr. 1407 *Orkla/Nora* Pristidende 3/92 s. 3

11 Øvrige kilder

Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 av 11. desember 2001, COM [2001] 745/ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0745en01.pdf (14.02.10)

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01)
http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf (09.02.10)

OECD: *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*
DAF/COMP(2008)30 23. juni 2009
[http://www.oilis.oecd.org/oilis/2008doc.nsf/ENGDATCORPLOOK/NT00007892/\\$FILE/JT03267182.PDF](http://www.oilis.oecd.org/oilis/2008doc.nsf/ENGDATCORPLOOK/NT00007892/$FILE/JT03267182.PDF) (09.03.10)