

**A1998-10 24.06.98**

## **Konkurransforbud pålagt selger og arbeidstakere i tilknytning til bedriftserverv**

### **Sammendrag:**

Saken gjelder Service Corporation International Norway AS som har ervervet virksomheten til Odd B Jølstad AS og Drammen Begravelsesbureau Odd B Jølstad AS, og en konkurranseklausul i en kjøpsavtalen som var inngått i forbindelse med ervervet. Saken reiste flere spørsmål av prinsipiell karakter både når det gjaldt forholdet mellom konkurranselovens § 3-11 om bedriftserverv (fusjoner mv.) og andre bestemmelser i lovens kapittel 3 og tolkningen av lovens forbud mot markedsdeling. Det ble lagt til grunn at konkurranseklausulen ikke innebar noen ulovlig markedsdeling. Konkurransetilsynet fulgte dermed opp de synspunkter som ble uttrykt i avgjørelsen A98-05.

### **1. Innledning**

Konkurransetilsynet viser til Deres brev av 15. mai 1998 der De melder at Service Corporation International Norway AS har ervervet virksomheten til Odd B Jølstad AS og Drammen Begravelsesbureau Odd B Jølstad AS. Ervervet er meldt under krrl. § 3-11 sjette ledd. I tillegg søker De om dispensasjon for en konkurranseklausul i kjøpsavtalen, som retter seg mot så vel selger som arbeidstakere i den overdratte virksomhet.

Saken reiser flere spørsmål av prinsipiell karakter vedrørende både forholdet mellom konkurranseloven (krrl) § 3-11 på den ene side og forbudene og § 3-10 på den annen side, samt spørsmål vedrørende tolkningen av § 3-3 isolert sett. Disse spørsmålene vil i det følgende bli vurdert på generelt grunnlag i pkt. 2 og 3 nedenfor. Konkurransetilsynets vurderinger i tilknytning til den konkrete saken følger deretter i pkt. 4.

### **2. Konkurransseklausul pålagt selger i tilknytning til bedriftserverv**

#### **2.1 Tidligere praksis**

Konkurranseloven § 3-3 trådte i kraft 1. juli 1994. Allerede før dette hadde Konkurransetilsynet kommet til at slike konkurranseforbud ville være rammet av markedsdelingsforbudet. Tilsynet hadde derfor utarbeidet en forskrift som gjorde unntak fra § 3-3 for denne typen reguleringer. (Forskrift 668 av 1. juli 1994 om unntak fra konkurranseloven § 3-3 i forbindelse med bedriftserverv.) Forskriften trådte i kraft samtidig som markedsdelingsforbudet.

Forskriften ble bl.a. begrunnet slik:

*"For at kjøperen skal få fullt utbytte av et bedriftserverv, kan det være nødvendig for kjøperen å sikre seg at selgeren i en viss tid etter ervervet ikke deltar i markedet. Dette vil f.eks. være tilfelle når*

*ervertet omfatter goodwill eller knowhow. En slik sikkerhet vil kunne være avgjørende for om ervertet finner sted. I slike tilfeller er det vanlig at det som en del av ervertet inngås en konkurranseregulerende avtale om at selgeren i en nærmere angitt periode avstår fra å delta i markedet. En slik avtale vil imidlertid være en form for markedsdeling som vil være forbudt etter § 3-3 i konkurranseloven. Bedriftserverv vil ofte være ledd i en nødvendig og effektivitetsmessig positiv omstrukturering av markedet, eller de kan ha forholdsvis liten konkurransemessig betydning. Denne forskriften gjør derfor under visse betingelser unntak fra markedsdelingsforbudet i forbindelse med bedriftserverv." Fra forskriftens "merknader". (Tilsvarende synspunkter blir også uttrykt i tilsynets høringsbrev av 10. mai 1994. "Forarbeidene" til forskriften finnes under tilsynets sak 94/652.)*

Konkurransetilsynet slår fast at slike konkurranseforbud innebærer markedsdeling i strid med § 3-3. Det ser også ut til å være lagt til grunn at alle slike konkurranseforbud vil falle inn under § 3-3 uavhengig av konkurranseforbudets betydning for gjennomføringen av bedriftservervet. For så vidt gjelder forholdet mellom § 3-3 og § 3-11 uttales bare at forskriften ikke er "til hinder for at inngrepsfullmaktene i konkurranseloven §§ 3-10 og 3-11 kan anvendes overfor de avtalebestemmelser som omfattes av dette unntaket".

Forskriften fritar konkurranseforbud pålagt selger når ervertet "medfører at kjøperen får mer enn 50 prosent av stemmeberettigede aksjer, andeler eller tilsvarende eierandeler". I følge merknadene til forskriften er årsaken til denne begrensningen "å forhindre proforma-arrangementer hvor markedsdelingen er det primære og bedriftservervet finner sted for at markedsdelingen skal falle inn under unntaket". Ordlyden har den virkning at konkurranseforbud inngått i tilknytning til ervert av virksomhet ("innmat") er blitt ansett å falle utenfor forskriften. (Se Konkurransetilsynets brev av 16. februar 1995 i sak 95/53.) I slike tilfeller har en således vært avhengig av å søke individuell dispensasjon. (Konkurransetilsynet har så vidt vites aldri avslått dispensasjon i slike saker. Noen eksempler er sak 95/53, sak 95/830 og sak 96/587.)

Forskriften fritar videre bare konkurranseforbud "når begrensningen (i selgers adg. til å utøve virksomhet) ikke gjelder mer enn fem år fra ervertet fant sted og når begrensningen ikke omfatter andre varer eller tjenester enn dem den overdratte virksomheten omsatte før salget". I merknaden blir det gitt uttrykk for at slike konkurranseforbud kan stenge potensielle konkurrenter ute fra markedet, og at de derfor ikke bør ha en lenger varighet enn det som er nødvendig for at vedkommende ervert skal finne sted. Fem år ble antatt "i mange tilfeller" å være "en unødvendig lang varighet". En valgte likevel å gi fritak for avtaler med en lengde på fem år for å tilpasse rettstilstanden til det som gjelder under EØS-avtalens konkurranseregler. (Se kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om "begrensninger knyttet til foretakssammenslutninger", EØS tillegget til EFT 1994 nr. 22.)

## **2.2 Konkurransetilsynets vurderinger**

Konkurranseforbud pålagt selger i forbindelse med bedriftserverv reiser flere problemer i forhold til konkurranseloven. I det følgende vil Konkurransetilsynet først se nærmere på forholdet mellom § 3-11 på den ene siden og lovens forbudsbestemmelser og § 3-10 på den andre siden. Deretter vil tilsynet vurdere om konkurranseforbud pålagt selger i forbindelse med bedriftserverv isolert sett kan falle inn

under forbudet i § 3-3.

### 2.2.1 Forholdet mellom krrl. § 3-11 og de øvrige bestemmelsene i lovens kap. 3

Hovedhensynet bak krrl. § 3-11 er at (horisontale) bedriftserverv normalt fører til økt markedskonsentrasjon, og at endringer i eierinteresser kan medføre incentiver til å opptre i markedet på en konkurranseskadelig måte. Dette kan være betenkelig av to årsaker:

- den fusjonerte enhet kan få markedsrett/økt markedsrett
- færre markedsaktører og sammenfall av eierinteresser øker faren for konkurransebegrensende samarbeid, samordnet opptreden og parallell markedsrett (herunder prislederskap)

Disse hensynene skal også ivaretas av lovens øvrige bestemmelser. Således kan § 3-10 brukes til inngrep mot en eventuell utnyttelse av markedsrett fra den fusjonerte enhet, mens etterfølgende konkurransebegrensende samarbeid kan rammes av både forbudene og inngrep etter § 3-10. Årsaken til at dette ikke er blitt ansett tilstrekkelig, og til at loven gir en særskilt hjemmel til inngrep mot bedriftserverv, må antas å være at disse virkemidlene ikke alltid vil fungere tilfredsstillende. Særlig gjelder dette i forhold til parallell markedsrett i oligopolistiske markeder. Hvis markedsstrukturen er slik at den leder til prislederskap vil det ineffektive markedsresultatet ikke være et resultat av en konkurransebegrensende utnyttelse av dominerende stilling, og det vil ikke foreligge inngrepsadgang under § 3-10.

Utøvelse av markedsrett og konkurransebegrensende samarbeid kan dessuten være vanskelig å oppdage. Det kan videre være vanskelig å få bukt med slikt samarbeid dersom de strukturelle forholdene først ligger til rette for det. I tillegg er § 3-10 uegnet i forhold til inngrep mot en del former for utøvelse av markedsrett.

På den annen side gir krrl. § 3-10 en generell hjemmel til inngrep mot "vilkår, avtaler og handlinger". Uten inngrepsfullmakten i § 3-11, ville handlingene omfattet av uttrykket "bedriftserverv" utvilsomt vært omfattet av uttrykket "vilkår, avtaler og handlinger". Man har altså valgt å underlegge en bestemt type vilkår, avtaler og handlinger en særskilt regulering under konkurranseloven. I særbestemmelsen for bedriftserverv har en dessuten valgt å stille strengere krav for inngrep. Etter § 3-11 stilles det således krav til "vesentlig" konkurransebegrensning. Det stilles videre strengere krav til årsakssammenhengen, ved at det etter § 3-11 kreves at ervervet "**vil** føre til eller forsterke" den vesentlige konkurransebegrensningen. Etter § 3-10 kreves det bare at atferden har til "formål, virkning eller er egnet til" å begrense konkurransen. I tillegg inneholder § 3-11 tidsfrister for inngrep, samt særlige prosedyreregler. Utgangspunkt for tolkningen er derfor at forskjellsbehandlingen mellom bedriftserverv og annen mulig konkurransebegrensende atferd har vært tilsiktet. Det har vært *meningen* å behandle bedriftserverv forskjellig, og det som skiller bedriftserverv fra annen atferd er først og fremst at bedriftserverv medfører en strukturendring; der det før ervervet var flere aktører er det nå bare én. (Dette er i noen grad en forenkling. Det vil ofte kunne være problematisk å fastsette grensen mellom samarbeid mellom uavhengige aktører og bedriftserverv. Grensen for hva som utgjør et bedriftserverv omfattet av § 3-11 vil imidlertid ikke bli problematisert her, se likevel sak 97/1578 - SAS/Widerøe. ) Årsaken til at § 3-11 stiller strengere krav til inngrep er at slike bedriftserverv presumptivt gir opphav til samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster.

Ovenstående må antas å ha flere følger for forholdet mellom § 3-11 og de øvrige bestemmelsene i lovens kap. 3. Lovens system tilsier at det klare utgangspunkt må være at det kun er § 3-11 som gir hjemmel til å gripe inn mot "bedriftserverv". Videre må avtaler som inngås i forbindelse med et bedriftserverv, og som er en nødvendig forutsetning for eller følge av ervervet, i utgangspunktet også vurderes under § 3-11. En tenker her på konkurranseregulerende avtaler som er nødvendige for at ervervet skal finne sted.

Slike avtaler kan for det første inngås mellom kjøper og det selskapet som er gjenstand for overdragelse i forbindelse med delvise erverv. (Slike avtaler reiser også andre problemer i forholdet mellom § 3-11 og forbudsbestemmelsene enn de som skal tas opp her. Særlig er det spørsmål om forbudsbestemmelsene rammer slike avtaler når § 3-6 etter ordlyden ikke får anvendelse, men hvor kjøper likevel erverver en slik innflytelse at hun kan diktere det overdratte foretakets markedsatferd.) Slike avtaler vil ikke bli behandlet nærmere i det følgende. (Se imidlertid sak 97/1405 - KLM Royal Dutch Airlines/Braathens SAFE ASA.) For det andre kan partene i forbindelse med bedriftserverv inngå avtaler som regulerer konkurransen dem imellom etter ervervet. Det er her altså tale om avtaler mellom kjøper og selger - aktører som forblir uavhengige av hverandre etter ervervet og som kan stå i en konkurransesituasjon. Slike avtaler vil eksempelvis være lisensavtaler der selger beholder immaterielle rettigheter og/eller knowhow, eller eksklusive distribusjonsavtaler der selger overdrar en vertikalt integrert del av virksomheten. Konkurransforbud er imidlertid kanskje den mest praktiske formen for slike konkurranseregulerende avtaler mellom selger og kjøper.

Konkurransereguleringer inntatt i avtaler mellom selger og kjøper omtales gjerne som "aksessoriske konkurransebegrensninger", fordi det er tale om en sideeffekt av en transaksjon med et annet formål. Denne begrepsbruken finnes også i EF-retten (se Kommisjonens JV-meddelelse i EFT 1993 C 43 side 2 og den tilsvarende kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om "begrensninger knyttet til foretakssammenslutninger", EØS tillegget til EFT 1994 nr. 22 side 15.) og har sin opprinnelige bakgrunn i amerikansk konkurranserett. I amerikansk rett betegner *ancillary restraints* således konkurransebegrensninger som er nødvendige for å gjennomføre et annet og lovlig samarbeid, i motsetning til *naked restraints* som kun har til formål å begrense konkurransen og som ikke tjener noe annet legitimt formål. (Se Erling Hjelmeng: "Forsknings- og utviklingsavtaler under Romatraktatens artikkel 85", IUSEF nr. 23, Universitetsforlaget 1997, side 25 m. ytterligere henvisninger. I amerikansk rett medfører dette at konkurransebegrensninger som virkelig er "ancillary" vurderes under den såkalte "rule of reason", mens "naked restraints" er forbudt *per se*, se Herbert Hovenkamp: "Federal Antitrust Policy - The law of competition and its practice", West Publishing Co. 1994, side 215-216.)

Under den norske konkurranseloven kan en ikke innfortolke en lignende regel. Konkurransereguleringer som er nødvendige for gjennomføringen av et ellers samfunnsøkonomisk ønskelig samarbeid vil altså ikke på generelt grunnlag falle utenfor forbudsbestemmelsene i loven, og vil som hovedregel måtte vurderes under § 3-9. (En annen sak er at det ved tolkningen av forbudene, og da særlig § 3-3, vil være et relevant argument at bestemmelsene ikke er ment å skulle ramme konkurransereguleringer av slik aksessorisk karakter.)

I forhold til bedriftserverv stiller det seg imidlertid annerledes. Dersom en konkurranseregulering som

er inngått i forbindelse med et bedriftserverv er avhengig av dispensasjon etter § 3-9, vil en og samme regulering bli underlagt dobbelt sanksjonering. Dette fordi slike avtaler regulært har så nær sammenheng med ervervet at de konkurransemessige virkningene av disse også må tas i betraktning ved inngrepsvurderingen under § 3-11. (Se for eksempel Konkurransetilsynets sak 97/848 - TV2/TVNorge.) Adgangen til å nekte dispensasjon etter § 3-9 er dessuten langt videre enn adgangen til å gripe inn etter § 3-11. Dersom det er tale om en aksessorisk begrensning som er en nødvendig forutsetning for eller følge av ervervet, vil Konkurransetilsynet altså reelt kunne stanse hele ervervet gjennom å unnlate og gi dispensasjon. Reelt sett vil resultatet følgelig kunne bli et "inngrep" mot bedriftserverv selv om vilkårene i § 3-11 ikke er oppfylt. Tilsvarende vil et etterfølgende inngrep under § 3-10 mot avtaler inngått i forbindelse med et bedriftserverv reelt sett kunne innebære et inngrep mot selve ervervet.

Som det fremgår ovenfor må det antas etter lovens system at det kun er § 3-11 som gir adgang til inngrep mot bedriftserverv. Konkurransetilsynet antar at det følger av dette, og av de hensyn som ligger til grunn for denne systematikken, at aksessoriske begrensninger som er nødvendige for gjennomføringen av en transaksjon som utgjør "bedriftserverv" i lovens forstand utelukkende kan vurderes under krrl. § 3-11. (Dette er også lagt til grunn av *Olav Kolstad* i hans doktoravhandling med arbeidstittel "Fra konkurransepolitikk til konkurranserett - samfunnsøkonomisk effektivitet i den konkurranserettslige analyse" (kap. 7.6.4). Avhandlingen er slutført nylig og hittil ikke utgitt.) Avtaler som går lenger enn det som kan antas å være nødvendig må derimot i utgangspunktet vurderes under forbudsbestemmelsene og/eller § 3-10. I alle fall når det gjelder avtaler som ikke er omfattet av forbudsbestemmelsene, må Konkurransetilsynet imidlertid kunne velge å gripe inn mot disse etter § 3-11 i stedet for etter § 3-10, forutsatt at det er tilstrekkelig årsakssammenheng mellom avtalenes konkurransebegrensende virkninger og ervervet. Hva som ligger i kravet til nødvendighet kommer tilsynet noe tilbake til nedenfor.

### **2.2.2 Kan konkurranseforbud pålagt selger innebære markedsdeling i strid med krrl. § 3-3?**

Spørsmålet her er om konkurranseforbud pålagt selger av en bedrift isolert sett kan sies å innebære "markedsdeling". Det følger av det ovenstående at den praktiske betydningen av dette er redusert til tilfeller hvor omfanget av konkurranseforbudet går lenger enn det som kan antas å være nødvendig for gjennomføringen av ervervet.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning hersker det liten tvil om at denne type konkurranseforbud kan være egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål. Disse konkurranseforbudene inngås nettopp fordi kjøper i hvert fall *opplever* selger som en potensiell konkurrent og reetablering som en reell mulighet. (Rent faktisk vil det i de fleste tilfeller antagelig uansett være uaktuelt for selger å reetablere seg i markedet, se *Kolstad* pkt. 7.6.4.3 (note 13 over). Reelt sett er det derfor grunn til å anta at slike konkurranseforbud bare unntaksvis faktisk begrenser konkurransen. Det at slike konkurranseforbud avtalefestes gjør at en likevel ikke kan utelukke på generelt grunnlag at partene er potensielle konkurrenter og at forbudet derfor er egnet til å begrense konkurransen.) Konkurranseloven § 3-3 er imidlertid ikke ment å skulle forby alle former for konkurransereguleringer, bare reguleringer som samtidig innebærer "markedsdeling". (Se Konkurransetilsynets avgjørelse 5/98 i sak 98/231 om konkurranseklausuler på fast eiendom og forholdet til konkurranseloven, der markedsdelingsbegrepet drøftes nærmere.)

Begrepet "markedsdeling" omfatter etter en naturlig forståelse situasjoner hvor partene deler ett eller flere (relevante) markeder mellom seg. ("Det relevante marked" er et sentralt begrep i konkurranserettslig terminologi, se for eksempel NOU 1991: 27 side 97-98. At begrepet også har betydning for tolkningen av forbudet mot markedsdeling fremgår av NOU 1991: 27 side 134.) Når markedsdelingsforbudet både rammer deling av ett marked og deling (fordeling) av flere, betyr det at det ikke bare er ulovlig for aktuelle konkurrenter innen samme relevante marked å dele dette mellom seg. Det er også forbudt for noen som konkurrerer i flere geografiske markeder å fordele disse mellom seg. Videre rammer forbudet også reguleringer som kun gjelder segmenter innenfor det relevante markedet, altså en deling eller fordeling av deler av markedet.

Gjennom delingen begrenses eller elimineres rivaliseringen mellom partene på en måte som må kunne karakteriseres som "markedsdeling". Dette kan etter ordlyden oppnås gjennom en områdedeling, en deling av kundemassen, en kvotefordeling, en spesialisering eller gjennom en kvantumsbegrensning. Det karakteristiske er altså at det skjer en begrensning eller eliminering av konkurransen mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter gjennom en "markedsdeling".

De formene for markedsdeling som bestemmelsen nevner har også det til felles at det foreligger en gjensidig deling eller fordeling mellom to eller flere aktører. Konkurransforbud pålagt selger medfører et etableringsforbud for vedkommende i markedet til den overdratte bedrift. Dette etableringsforbudet motsvarer imidlertid ikke noe tilsvarende etableringsforbud pålagt kjøper i et marked der selger opererer. Det synes da unaturlig å tale om en "markedsdeling". Rett nok kan en "deling" også omfatte situasjoner der den ene part får det hele og den andre intet, og Konkurransetilsynet kan heller ikke utelukke at en i enkelte slike situasjoner vil være innenfor anvendelsesområdet til forbudet mot markedsdeling. Poenget er imidlertid at fraværet av gjensidighet indikerer at en etter tilsynets oppfatning er utenfor det som markedsdelingsforbudet er ment å skulle ramme.

Dette er også antatt i juridisk teori. *Kolstad* uttrykker det bl.a. slik:

*"To markedsaktører kan dele markedene mellom seg ved å avtale at de skal trekke seg ut av eller ikke etablere seg på bestemte markeder. Et konkurransforbud kun rettet mot selgeren vil allikevel ikke innebære noen deling av et eller flere markeder da de etableringsbarrierer som avtalen etablerer ikke virker gjensidig...Et konkurransforbud i tilknytning til et bedriftserverv vil bare gjelde de markeder selgeren trekker seg ut av i og med salget av virksomheten. Etter mitt syn kan således den overføring av markedsandeler konkurransforbud i tilknytning til bedriftserverv skal sikre, vanskelig sies å innebære en deling av markedene mellom kjøperen og selgeren som omfattes av § 3-3. Konkurransforbud er konkurransbegrensninger som omfattes av § 3-10."* (Se note 13 over.)

Denne tolkningen har etter tilsynets oppfatning støtte i såvel lovens ordlyd og system som reelle hensyn. Det er forutsatt i forarbeidene at lovens forbudsbestemmelser i utgangspunktet bare er ment å skulle ramme de mest skadelige formene for konkurransereguleringer, de såkalte "rene karteller". Det kan her vises til NOU 1991: 27 side 125-128. For så vidt gjelder markedsdeling kan det bl.a. vises til at utvalget på side 133 uttaler at

*"markedsdeling ... kan ha tilsvarende skadevirkninger for samfunnet som horisontalt prissamarbeid... Selv om markedsdeling kan gi visse effektivitetsgevinster, vil faren for mindre effektiv ressursbruk være meget stor..., og etter utvalgets syn begrunne et generelt forbud mot denne reguleringsformen".*

Lovens forarbeider anerkjenner at konkurransereguleringer både kan ha negative og positive virkninger. Etter lovens system tar forbudsbestemmelsene sikte på å ramme konkurransereguleringer som normalt i det vesentlige har skadelige virkninger, eller hvor de negative virkningene sjelden antas å kunne oppveies av positive. Med andre ord konkurransereguleringer av en type hvor det foreligger en *presumpsjon* for samfunnsskadelig virkning. Konkurransereguleringer som kan ha skadelige virkninger, men hvor det ikke foreligger noen slik presumpsjon for en netto skadelig virkning, kan det gripes inn mot etter en konkret vurdering under krrl. § 3-10.

Da forbudsbestemmelsene retter seg mot handlinger som etter sin art presumeres å ha skadelige virkninger, har en i § 3-9 åpnet for at det kan gis dispensasjoner dersom dette i enkelttilfeller ikke holder stikk. Dispensasjonsbestemmelsen kan også benyttes dersom rent retts tekniske hensyn tilsier at en type handlinger må anses omfattet av handlingskriteriet i forbudsbestemmelsene. Det vil imidlertid være best i tråd med lovens system og lovgivers intensjoner, om handlinger som ikke oppfyller presumpsjonen om skadelig virkning ikke omfattes av forbudene. Konkurranseforbud pålagt selger i tilknytning til bedriftserverv vil normalt være handlinger av denne art, jf. begrunnelsen bak unntaksforskriften gjengitt ovenfor.

Retts tekniske hensyn kan på den annen side tilsi at samme type handlinger ikke behandles ulikt under forbudsbestemmelsene ut fra hvilken virkning de antas å ha. Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at ovennevnte tolkning av begrepet "markedsdeling" bryter med dette hensynet.

Markedsdelingsforbudet vil likevel komme til anvendelse på reelle markedsdelingsavtaler som inngås i tilknytning til et bedriftserverv. En kan selvsagt ikke redde seg unna forbudet ved å avtale for eksempel en horisontal områdedeling og samtidig "konstruere" et bedriftserverv. Dette følger allerede av kravet til gjensidighet som i disse tilfellene vil være oppfylt, jf. over. Det kan her også vises til amerikansk rett hvor utgangspunktet er at konkurranseforbud vurderes under den såkalte "rule of reason" (jf. note 9 over), mens horisontale markedsdelingsavtaler vurderes som forbudt per se. I Palmer-saken kom Supreme Court således til at en horisontal områdedeling var forbudt per se selv om den utgjorde en del av en avtale relatert til overføring av virksomhet. (Palmer v. BRG of Georgia, 498 U.S. 46 (1990).) *Hovenkamp* gir følgende eksempel:

*"Suppose that I own fifty gasoline stations west of the Mississippi and one east of the Mississippi. I sell you my one station east of the Mississippi, including in the sale agreement a provision that I promise not to build or acquire any further stations east of the Mississippi, and you promise to stay out of the area west of the Mississippi. Clearly, our territorial division agreement is "ancillary" to the sale of the gasoline station, but the significance of that sale seems rather unimportant in comparison with the scope of the territorial division agreement. Palmer is best understood as standing for the proposition that a territorial division agreement will not be saved from per se illegality simply because the parties throw in a business sale that purports to change the agreement from naked to ancillary". (Hovenkamp*

(note 10) over side 215.)

Tilsvarende vil en i slike tilfeller etter norsk rett ha å gjøre med en form for markedsdeling i strid med krrl. § 3-3.

### **2.2.3 Konkurransforbud pålagt selger og krrl. § 3-10**

Det følger av det ovenstående at konkurransforbud pålagt selger i tilknytning til bedriftserverv generelt ikke vil være omfattet av markedsdelingsforbudet i krrl. § 3-3, men at slike forbud enten vil vurderes under § 3-11 eller under § 3-10.

Begrunnelsen for den gjeldende forskriften som gjør unntak fra § 3-3 i forbindelse med bedriftserverv er knyttet til hensynene bak den begrensede inngrepsadgangen overfor bedriftserverv i krrl. § 3-11. Således heter det i merknadene til forskriften at bedriftserverv "vil ofte være ledd i en nødvendig og effektivitetsmessig positiv omstrukturering av markedet, eller de kan ha forholdsvis liten konkurransemessig betydning". Tanken er at konkurransforbud som er nødvendige for å gjennomføre en slik transaksjon bør være tillatt. Som fremhevet ovenfor ble det antatt at konkurransforbud i en periode på fem år "i mange tilfeller" kunne virke unødvendig lenge, men dette ble likevel valgt av hensyn til rettstilstanden under EØS-avtalens konkurranseregler.

EU-Kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan skiller imidlertid mellom overdragelser som omfatter både kundekrets og knowhow og overdragelser som kun omfatter kundekrets. (Se Kommisjonens JV-meddelelse i EFT 1993 C 43 og den tilsvarende kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om "begrensninger knyttet til foretakssammenslutninger", EØS tillegget til EFT 1994 nr. 22 pkt. III nr. 2.) I førstnevnte tilfelle antas konkurransforbud i fem år generelt som "passende", mens det i sistnevnte tilfelle anses tilstrekkelig med to år.

Konkurransetilsynet antar at dette også vil kunne være et *utgangspunkt* for vurderingen av slike konkurransforbud under konkurranseloven. Tilsynet legger da også vekt på behovet for en harmonisering av praksis under konkurranseloven og praksis under EØS-avtalens konkurranseregler for foretak. Således kan en generelt anta at tilsvarende betraktninger vil danne utgangspunkt for nødvendighetsvurderingen, som både vil omfatte en vurdering av om det er nødvendig med en konkurranseklausul og en vurdering av omfanget av denne. Nødvendighetsvurderingen vil imidlertid gjøres konkret i forhold til konkurranseloven (herunder formålsbestemmelsen i § 1-1), og de nevnte "fristene" er derfor kun å betrakte som retningslinjer.

## **3. Karantenebestemmelser for arbeidstakere**

Avtalen inneholder også en karanteneklausul pålagt aksjonærene som også er arbeidstakere, som innebærer at disse forbyr å engasjere seg i konkurrerende virksomhet i en periode på x (Forretningshemmelighet unntatt offentlighet, jf. offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.) år etter arbeidsforholdets opphør.

For slike klausuler gjelder også at de kan være nødvendige for gjennomføringen av et bedriftserverv.



Forutsatt at kravet til nødvendighet er oppfylt vil slike klausuler følgelig også måtte vurderes under krrl. § 3-11.

I den grad slike karantenebestemmelser går lenger enn det som er nødvendig for gjennomføringen av ervervet blir det tilsvarende som for konkurranseforbud pålagt selger spørsmål om forholdet faller inn under krrl. § 3-3 eller § 3-10.

Karanteneklausuler er vanlige i en rekke arbeidsforhold, og inngås hyppig uavhengig av om det foreligger noe "bedriftserverv". Spørsmålet har derfor stor prinsipiell interesse også generelt sett.

Konkurransetilsynet har tidligere antatt at karanteneklausuler i arbeidsforhold vil kunne rammes av krrl. § 3-3. I sak 94/1460 ble dette begrunnet slik: "Konkurransetilsynet har tatt det standpunkt at avtale om å avstå fra å betjene kunder er en form for markedsdeling som rammes av § 3-3". (Konkurransetilsynets brev av 2. mars 1995.) Tilsynet kom imidlertid til at konkurranseforbud under arbeidsforholdet måtte betraktes som "lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre" og derfor faller utenfor konkurranselovens anvendelsesområde, jf. § 1-3. Konkurransforbud etter arbeidsforholdets opphør ble imidlertid i utgangspunktet ansett omfattet. Dette gjaldt likevel ikke når en karantenebestemmelse måtte anses nødvendig for tillitsforholdet mellom partene også mens arbeidsforholdet besto. Dette er også fulgt opp i senere saker. (Se for eksempel sak 96/227. Se også *Geir Steinberg*: "Klausuler om konkurranseforbud i arbeidsavtaler - et konkurranserettslig perspektiv", TtF 1996 nr. 4 side 86 flg.)

De fleste av de argumenter som ble anført ovenfor vedrørende konkurranseforbud pålagt selger i tilknytning til bedriftserverv vil gjelde tilsvarende her. Således savner en også her den gjensidige fordeling av markedsandeler som karakteriserer en markedsdelingsavtale, og de samme formålsbetraktninger og reelle hensyn gjør seg gjeldende. En er etter tilsynets oppfatning derfor utenfor § 3-3.

Karanteneklausuler i ansettelsesforhold vil følgelig måtte vurderes under krrl. § 3-10, forutsatt at de i et konkret tilfelle ikke kan karakteriseres som "lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre". (Karanteneklausuler inngått i forbindelse med bedriftserverv, og som er nødvendige for gjennomføringen av dette, vil imidlertid måtte vurderes under § 3-11, jf. ovenfor.) Tilsynet antar imidlertid at en under § 3-10 vil være noe forsiktig med å overprøve partenes vurdering av hva som er nødvendig for tillitsforholdet mens arbeidsforholdet består. (For øvrig vil avtaleloven § 38 også kunne få anvendelse på slike klausuler. Denne bestemmelsen vil langt på vei kunne ivareta de samme hensyn som krrl. § 3-10, se *Kolstad* (note 13 over) pkt. 7.6.4.3.) De konkurransebegrensende virkningene av slike karanteneklausuler kan videre generelt antas å være av beskjeden karakter.

#### **4. Konkurransetilsynets vurderinger og konklusjon**

Konkurransetilsynet har valgt ikke å prioritere en vurdering av saken med henblikk på inngrep etter krrl. § 3-11. Hovedårsaken til dette er at kjøper fra før ikke er etablert i det norske markedet. Ervervet vil derfor neppe kunne medføre eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål, og Konkurransetilsynet finner på den bakgrunn ikke grunnlag for inngrep etter krrl. § 3-11.

Konkurransetilsynet antar videre at avtalens konkurranseklausul må anses som en nødvendig forutsetning for gjennomføringen av ervervet, slik at det følgelig heller ikke vil være grunnlag for inngrep rettet mot denne. Dette gjelder både den delen av klausulen som retter seg mot selger (og aksjonærene) og den delen som retter seg mot aksjonærer som også er arbeidstakere i den overdratte bedrift. Under enhver omstendighet innebærer klausulen ikke en form for markedsdeling i strid med krrl. § 3-3, og det er etter tilsynets oppfatning uansett ikke grunnlag for inngrep etter krrl. § 3-10.

I tråd med ovenstående foreligger det ikke behov for noen dispensasjon fra lovens forbudsbestemmelser.

[til toppen](#)