

## **A1999-16 03.12.99**

### **Wilh. Wilhelmsen ASA og Walleniusrederierna AB - etablering av fellesforetak**

#### **Sammendrag:**

Wilh. Wilhelmsen ASA og Walleniusrederierna AB har inngått en avtale om å slå sammen deler av selskapenes virksomhet i et fellesforetak kalt Wallenius Wilhelmsen Lines AS. Foretaket skal eies i fellesskap av partene. Saken reiser spørsmål om når opprettelsen av et fellesforetak ved nystiftelse skal behandles under konkurranseloven § 3-11 eller om de øvrige bestemmelser i konkurranseloven kapittel 3 kan komme til anvendelse. Konkurransetilsynet la til grunn i saken at når morselskapene overfører virksomhet og realia til fellesforetaket slik at det får tilstrekkelige ressurser til å fungere som en selvstendig og uavhengig markedsaktør på varig grunnlag, må opprettelsen av fellesforetaket ansees som et bedriftserverv og behandles under § 3-11.

Konkurransetilsynet viser til Deres brev av 4. mai 1999 på vegne av Wilh. Wilhelmsen ASA og Walleniusrederierna AB vedrørende etablering av et fellesforetak, samt senere korrespondanse i saken.

#### **Bakgrunn**

Wilh. Wilhelmsen ASA (Wilhelmsen) og Walleniusrederierna AB (Wallenius) inngikk 24. mars 1999 en avtale om sammenslåing av deler av selskapenes virksomhet. Partene er i henhold til avtalen enige om å stifte et nytt selskap kalt Wallenius Wilhelmsen Lines AS. Transaksjonen innebærer i korte trekk at all virksomhet knyttet til den kommersielle driften av bilskip og ro-ro skip overføres fellesforetaket. Hos Wallenius har denne virksomhet til nå vært drevet i flere forskjellige selskaper. For Wilhelmsen innebærer avtalen at virksomhet i datterselskapet Wilhelmsen Lines AS, overføres fellesforetaket.

Wallenius Wilhelmsen Lines AS skal være eiet i fellesskap (50/50) mellom partene. Morselskapene beholder eierskapet til skipene samt ansvar for løpende kostnader i forbindelse den tekniske driften av skipene, herunder bemanning og vedlikehold av disse. Fellesforetaket får imidlertid full disposisjonsrett over skipene. Skipene overføres til fellesforetaket på tidscerteparti. Formålet med transaksjonen er i følge partene, å utnytte de fordeler som ligger i en sammenslåing av partenes virksomhet.

Partene anfører i sitt brev at etableringen av fellesforetaket innebærer et bedriftserverv. Ervervet ble i henhold til konkurranseloven § 3-11 sjette ledd meldt Konkurransetilsynet, og tilsynet mottok meldingen den 5. mai 1999. Tre måneders fristen etter § 3-11 sjette ledd for å varsle at inngrep kan bli aktuelt, gikk således ut den 5. august i år. Konkurranseloven § 3-11 femte ledd oppstiller en inngrepsfrist på seks måneder fra endelig avtale foreligger. For at avtale skal være endelig i relasjon til fristberegningen i konkurranseloven kreves at alle nødvendige selskapsrettslige godkjenninger er på plass. Tilsynet legger til grunn at endelig avtale i foreliggende sak forelå allerede den 24. mars i år. Dette innebærer at inngrepsfristen i saken var 24. september 1999. Partene er imidlertid underrettet om at tilsynet ikke vil gripe inn mot integrasjonen mellom Wilhelmsens og Wallenius' virksomhet knyttet til drift av bilskip og ro-ro skip, men at tilsynet trengte tid for å ta stilling til de rettslige spørsmål saken reiste.

Saken reiser spørsmål om når opprettelsen av et fellesforetak ved nystiftelse skal behandles under konkurranseloven § 3-11 eller om de øvrige bestemmelser i konkurranseloven kapittel 3 kan komme til anvendelse.

Konkurransetilsynet antar at terskelverdiene for kontroll med foretakssammenslutninger etter i EØS-retten eller EF-retten ikke er oppfylt, og at disse regelsett i denne saken ikke begrenser tilsynets kompetanse.

### **Konkurranseloven § 3-11**

Konkurranseloven § 3-11 første ledd gir Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn mot bedriftsserverv dersom tilsynet finner at vedkommende erverv vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1 om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Vedtak om inngrep kan gå ut på å nedlegge forbud eller gi påbud, samt gi tillatelse på vilkår.

Inngrepsbegivenheten som utløser tilsynets kompetanse er således et "bedriftsserverv". I henhold til krrl. § 3-11 annet ledd omfatter begrepet bedriftsserverv blant annet fusjon, erverv av aksjer eller andeler og delvis erverv av bedrift.

Etter konkurranseloven § 3-11 tredje ledd kan vedtak om inngrep gå ut på å nedlegge forbud eller gi påbud, samt å gi tillatelse på vilkår. Konkurransetilsynet kan bl.a.:

- a) forby bedriftsservervet og fastsette slike bestemmelser som er nødvendige for at formålet med forbudet blir oppnådd,
- b) påby avhendelse av aksjer eller andeler som er ervervet som ledd i bedriftsservervet, eller
- c) sette slike vilkår som er nødvendige for å motvirke at bedriftsservervet begrenser konkurransen i strid med formålet om effektiv ressursbruk, jf. § 1-1.

Partene anfører at opprettelsen av et fellesforetak som overtar deler av hovedforetakenes virksomhet vil innebære et bedriftsserverv i henhold til konkurranseloven § 3-11. Det vises i denne forbindelse til tilsynets vedtak V98-66, Øko Kraft-saken. (Konkurransetilsynets vedtak V98-66, sak nr. 98/692, gjaldt flere elverks etablering av Øko Kraft AS.) Partene påpeker at tilsynet her viser til EØS-retten samt til at EU-kommisjonens praksis vedrørende grensdragningen mellom samarbeid og strukturendringer vil kunne gi "en viss veiledning" for anvendelsen av konkurranselovens bestemmelser. En slik rettsoppfatning er partene enig i. Partene legger således til grunn at opprettelsen av et fellesforetak som tilfredsstiller EØS-rettens krav til såkalt "full-funksjons" fellesforetak vil utgjøre et "bedriftsserverv" i § 3-11s forstand.

Fellesforetak utgjør ingen ensartet gruppe. Foretak med forskjellig virksomhet eller som er svært ulikt organisert, kan omfattes av begrepet. Fellesforetak kan være et redskap for å samordne uavhengige, konkurrerende virksomheter, typisk felles salgskontor. (Et felles salgskontor vil normalt være i strid med krrl. § 3-1) Et fellesforetak kan også være en måte for selvstendige og konkurrerende foretak å samarbeide på utvalgte felter som for eksempel på FoU, uten å slippe konkurrenten for "tett inn på seg".

Et tredje eksempel er fellesforetak som er et resultat av at to foretak slår sammen bestemte deler av sin virksomhet på en måte som medfører varige endringer i foretakenes og markedets struktur.

Grovt skissert får vi på den ene siden fellesforetak som er et samarbeid om bestemte funksjoner enten det er forskning, utvikling, produksjon, distribusjon eller salg, mens det på den annen side finnes fellesforetak som er resultater av fullstendige sammenslåinger av tidligere uavhengige aktører.

Som en følge av at noen fellesforetak vil være rene samarbeidsselskaper, mens andre i realiteten er fusjoner, vil ikke alle fellesforetak kunne behandles under konkurranseloven

§ 3-11. Det må trekkes et skille mellom de fellesforetak som skal underlegges behandling av denne, og de fellesforetak som må vurderes som et samarbeid og vurderes under forbudsbestemmelsene eller § 3-10.

## **Konkurransetilsynets vurderinger**

### **Nærmere om begrepet bedriftserverv**

Utgangspunktet er konkurranseloven § 3-11 som gir tilsynet hjemmel til å gripe inn mot "bedriftserverv". Bedriftservervsbegrepet er ikke definert hverken i lovteksten eller i forarbeidene. I annet ledd er det imidlertid regnet opp en del transaksjoner som vil være omfattet av begrepet. Det er likevel kontrollen med fusjoner og sammenslåing av virksomheter som utgjør bestemmelsens kjerneområde. Eller sagt med andre ord, der hvor integrasjonen mellom tidligere uavhengige virksomheter skjer på bakgrunn av endringer i eierskapet og hvor dette gir endringer i markedstilpasningen. Nærmere avgrensning av hvilke transaksjoner som skal behandles under bestemmelsen må bero på en tolkning av bestemmelsen og bedriftservervsbegrepet.

Konkurranseloven § 3-11 annet ledd oppregner som sagt enkelte transaksjoner som vil være omfattet av begrepet. Disse er fusjon, erverv av aksjer eller andeler og delvis erverv av bedrift. Oppregningen er av informativ betydning ved at praktisk viktige ervervssituasjoner nevnes uttrykkelig. Forarbeidene karakteriserer fusjon ved nystiftelse ved at "to eller flere bedrifter går sammen i en ny bedrift, slik at de opprinnelige opphører å eksistere". (Ot prp nr. 41 1992-93 s 110 ) Med delvis erverv av bedrift menes de situasjoner hvor et foretak erverver en del av en annen bedrifts virksomhet. Tilsynet har lagt til grunn at de aktiva som overdras må utgjøre en selvstendig del av virksomheten eller utgjøre en virksomhet som kan drives videre på selvstendig grunnlag. (Uttalt i sak 95/1207, se også tilsynets retningslinjer for bedriftserverv av 4. november 1996 s. 3.) De nevnte eksemplene støtter at bestemmelsens virkeområde er endringer i form av sammenslåing eller overdragelse av virksomhet. I relasjon til den etablering av fellesforetak i herværende sak er eksemplene interessante, da etableringen de facto kan karakteriseres som en blanding av de to ovennevnte eksemplene på bedriftserverv.

Forarbeidene behandler fellesforetak i svært begrenset grad. Det uttales imidlertid at fusjonskontrollen retter seg mot langvarige kontraktsmessige forhold mellom partene som oppkjøp og fusjoner, og at fusjonskontrollen er et viktig virkemiddel for å påvirke antall aktører og forhindre økt konsentrasjon i markedet. (NOU s 99, NOU 124, pkt 12.2.2.) Her synes nettopp formålet med fusjonskontrollen å være fremhevet.

Konkurranseloven § 3-11 synes derfor å komme til anvendelse på strukturelle endringer for eksempel ved sammenslåinger eller integrasjon mellom tidligere uavhengige virksomheter. Omfattet er også forandringer i virksomhetens eiersammensetning som gir endrede styringsrettigheter og hvor dette gir grunnlag for å samordne de nødvendige beslutningsparametere slik at konkurransen mellom tidligere uavhengige aktører reduseres vesentlig eller helt opphører på sentrale virksomhetsområder.

Av dette må følge at der to eller flere selskaper oppretter et fellesforetak ved nystiftelse og overfører virksomhet eller realia til fellesforetaket slik at det får tilstrekkelige ressurser til å fungere som en selvstendig og uavhengig markedsaktør på varig grunnlag, må opprettelsen av fellesforetaket ansees som et bedriftsserverv og behandles under § 3-11. Dette er lagt til grunn i Konkurransetilsynets vedtak i Øko Kraft-saken. Fellesforetaket må tilføres tilstrekkelige ressurser til å ivareta de funksjoner som normalt ivaretas av andre virksomheter som betjener det samme markedet. I dette ligger at virksomheten har en ledelse med ansvar for den daglige drift, finansielle ressurser, personale samt nødvendige aktiva slik at det kan utføre sin forretningsmessige virksomhet på varig grunnlag. Med et slikt kriterium vil for eksempel felles salgskontor og andre fellesforetak som kun overtar begrensede deler av morselskapene virksomhet, normalt falle utenfor behandling av § 3-11. (Slike tilfeller må vurderes i forhold til forbudsbestemmelsen og § 3-10.)

En lignende sondring foretas i EØS-retten der varige strukturendringer behandles etter EØS artikkel 57 om kontroll med foretakssammenslutninger, se fortalens pkt. 23. Når det opprettes et fellesforetak som på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet, såkalte selvstendig fungerende fellesforetak ("full-function joint ventures"), foreligger det en foretakssammenslutning, jfr. forskrift nr. 964 om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen del III, artikkel 3 nr. 2. Bestemmelsen er likelydende med EFs regler om kontroll med foretakssammenslutninger, se Rådsforordning 4064/89 artikkel 3 nr. 2 med senere endringer. Kommisjonen har utstedt en kunngjøring der den redegjør nærmere for hvordan begrepet selvstendig fungerende fellesforetak skal tolkes. (Kommisjonens kunngjøring om begrepet "selvstendig fungerende joint ventures" (EF-tidende 98/C 66/01)) Tre vilkår må være oppfylt. Det må for det første foreligge felles kontroll. Videre må fellesforetaket utgjøre en uavhengig økonomisk enhet, dvs. at det må ivareta de funksjoner som normalt ivaretas av tilsvarende virksomheter. Dessuten må fellesforetaket være opprettet på varig grunnlag.

Det er således flere likhetstrekk mellom den grensdragning som gjøres under EØS-retten og den grensdragning som er aktuell under konkurranseloven § 3-11. Konkurransetilsynet er dermed av den oppfatning at opprettelsen av fellesforetak ved nystiftelse som tilføres virksomhet fra morselskapene og som bedømmes som selvstendig fungerende fellesforetak etter EØS-retten, som hovedregel også må anses som bedriftsserverv i relasjon til § 3-11. Konkurransetilsynet er imidlertid av den oppfatning at EØS-rettens definisjon av selvstendig fungerende fellesforetak ikke nødvendigvis representerer yttergrensen for hvilke erverv som kan behandles under § 3-11.

Konkurranseloven § 3-11 oppstiller ikke samme vilkår til kontroll som EØS-retten. Det fremgår således verken av lovteksten eller forarbeidene at det er et krav om felles kontroll for at et fellesforetak skal kunne tas opp til behandling under § 3-11. Konkurransetilsynet antar derfor at tilfeller hvor det ikke foreligger felles kontroll i forhold til fusjonsforordningen artikkel 3 og Kommisjonens praksis, kan

være omfattet av § 3-11s anvendelsesområde.

### **Kan § 3-11 anvendes på etableringen av Wallenius Wilhelmsen Lines AS?**

I den foreliggende sak er Wallenius Wilhelmsen Lines AS etablert som et fellesforetak mellom Wilh. Wilhelmsen ASA og Walleniusrederierna AB. Partene har anført at selskapet tilfredsstiller EØS-rettens krav til selvstendige fungerende fellesforetak.

Det fremgår av partenes redegjørelse at aksjene skal fordeles likt mellom de to morselskapene. Aksjene vil gi lik stemmerett og partene skal ha fire av totalt åtte styremedlemmer hver. Retten til å utnevne styreformann vil rotere mellom partene. Avgjørelser i styret skal avgjøres ved simpelt flertall, med unntak av enkelte avgjørelser som krever enstemmighet. Dette synes å innebære at morselskapene innehar felles kontroll med fellesforetaket.

Som nevnt innledningsvis skal morselskapenes virksomhet knyttet til den kommersielle driften av deres ro-ro skip og bilskip overføres til fellesforetaket. Dette innebærer for Wilhelmsen at all virksomhet i datterselskapet Wilhelmsen Lines AS overføres til fellesforetaket. Wallenius har til nå drevet denne type virksomhet i flere forskjellige selskaper, som blir overført fellesforetaket. Partene vil dessuten trekke seg fra markedene fellesforetaket skal betjene. De gjenværende virksomheter i hovedforetakene er ikke i konkurranse med hverandre.

Fellesforetaket vil ifølge partene operere i et marked i konkurranse med andre rederier og skal selv utføre alle de nødvendige funksjoner i denne forbindelse, herunder markedsføring, salg og kommersiell drift av skipene. Fellesforetaket kan på selvstendig grunnlag beslutte å leie inn nye skip på tidscerteparti fra tredjeparter samt leie ut overflødige skip til andre. Eventuell forretningsvirksomhet mellom morselskapene eller deres tilknyttede foretak og fellesforetaket skal etter avtalen skje på såkalt armlengdes avstand og på markedsbasert vilkår. Fellesforetaket vil inngå befraktningsavtaler i eget navn og på egen risiko. Det skal tilføres tilstrekkelige økonomiske og personalmessige ressurser til å kunne drive selvstendig. Fellesforetaket vil på permanent basis få overført ansatte fra morselskapene.

Morselskapene beholder eierskapet til skipene samt ansvar for løpende kostnader i forbindelse den tekniske driften av skipene, herunder bemanning og vedlikehold av disse. Fellesforetaket får imidlertid full disposisjonsrett over skipene. Skipene overføres til fellesforetaket på tidscerteparti. At eierskap og kommersiell drift av skipene er delt på denne måten er ikke uvanlig i bransjen. På bakgrunn av ovennevnte må det antas at fellesforetaket vil være i stand til å utføre alle funksjoner som normalt utføres av aktørene på vedkommende marked.

Avtalen mellom partene har i utgangspunktet en varighet på (Opplysningen er unntatt offentlighet, offentlighetsloven § 5a, varigheten er lenger enn 6 år,) og vil forlenges med perioder på (Opplysningen er unntatt offentlighet, offentlighetsloven § 5a.) år inntil den eventuelt blir oppsagt. Det fremgår av den foran nevnte kunngjøring fra Kommisjonen, (Kommisjonens kunngjøring om begrepet "selvstendig fungerende joint ventures" punkt 15) at et fellesforetak kan anses opprettet på varig basis selv om det foreligger en tidsbegrensning i avtalen. Konkurransetilsynet antar at tidsbegrensningen i denne sak ikke innebærer at fellesforetaket ikke er etablert på varig basis.

På bakgrunn av ovennevnte synes partene å ha etablert et selvstendig fungerende fellesforetak. Etter tilsynets oppfatning vil opprettelse av fellesforetak ved nystiftelse som oppfyller vilkårene for selvstendige fungerende fellesforetak etter EØS-retten som hovedregel behandles under konkurranseloven § 3-11. Som tidligere nevnt, vil ikke Konkurransetilsynet utelukke at transaksjoner som faller utenfor fusjonsforordningen fordi det ikke foreligger felles kontroll, også kan falle inn under anvendelsesområdet for § 3-11. Konkurransetilsynet trenger imidlertid ikke ta standpunkt til dette i foreliggende sak, da partene antas å ha felles kontroll i fusjonsforordningens forstand.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det nødvendig å sondre mellom etableringen av fellesforetaket og eventuelt samarbeid eller koordinering av atferd mellom morselskapene eller mellom morselskapene og fellesforetaket.

Det er kun etableringen av fellesforetaket som har vært gjenstand for vurdering etter § 3-11. Dersom etableringen samtidig innebærer et samarbeid mellom foretak som forblir selvstendige, for eksempel ved et samarbeid mellom morselskapene dersom disse bruker fellesforetaket som redskap til å samarbeide eller koordinere sin atferd, kan dette vurderes under forbudsbestemmelsene og § 3-10. Dette er også uttalt i Øko Kraftaken.

Konkurransetilsynet konklusjon er dermed at opprettelsen av Wallenius Wilhelmsen Lines AS innebærer et bedriftsinterventiv som kan behandles etter konkurranseloven § 3-11. Som allerede meddelt partene, er tilsynet på bakgrunn av de foreliggende saksopplysninger av den oppfatning, at dannelsen av Wallenius Wilhelmsen Lines AS ikke vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med konkurranseloven § 1-1, og tilsynet vil således ikke gripe inn overfor etableringen. Konkurransetilsynet anser dermed saken for avsluttet.

[til toppen](#)