

Wikborg Rein
v/Jan Erik Clausen
Postboks 1233 Sentrum
5811 Bergen

Deres ref.:

Vår ref.:
2008/1045

Dato: 28.11.2008

Avgjørelse A2008-29 Borea Opportunity IV AS/Software Innovation ASA – konkurranseloven § 19 annet ledd – delvis unntak fra gjennomføringsforbudet

Konkurransetilsynets viser til søknad datert 28. november d.å. vedrørende ovennevnte.

Søknaden om unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven¹ § 19 første ledd er fremsatt i forbindelse med Borea Opportunity IV AS' ("Borea") planlagte erverv av minimum 50 prosent av aksjene i selskapet Software Innovation ASA ("Software Innovation"). Software Innovations aksjer er notert på Oslo Børs.

I søknaden er det opplyst at Borea vil gjennomføre det planlagte oppkjøpet over børs, ved at en megler gjennom en ordre får i oppdrag å skaffe tilveie et antall aksjer i Software Innovation som gjør at Borea oppnår en eierandel i selskapet på mer enn 50 prosent. Videre er det opplyst at oppkjøpet vil skje ved salg fra flere aksjeeiere. Dersom oppkjøpet gjennomføres slik at det utløses tilbudsplikt, er det videre opplyst at Borea umiddelbart deretter vil fremsette et pliktig tilbud på de resterende aksjene i selskapet. På denne bakgrunn medfører den planlagte transaksjonen at det vil foreligge en foretakssammenslutning etter konkurranseloven § 17.

I følge søker har Borea og Software Innovation ikke overlappende virksomhet, og foretakssammenslutningen vil etter søkers oppfatning dermed ikke ha negative konsekvenser for konkurransen. Borea har videre opplyst at de per i dag ikke eier aksjer i Software Innovation.

Søknaden om unntak fra gjennomføringsforbudet er begrunnet med at det vil være nødvendig å foreta oppgjør til selgende aksjeeiere og foreta levering av aksjene innen 3 virkedager etter at ordre er akseptert. Slikt oppgjør og overlevering innebærer utveksling av ytelser som vil være i strid med gjennomføringsforbudet².

Ved lov om endringer i konkurranseloven av 20. juni 2008 nr. 43 ble det innført et automatisk gjennomføringsforbud for alle meldepliktige foretakssammenslutninger. Gjennomføringsforbudet varer frem til fristen for pålegg etter § 18 tredje ledd er utløpt, eller så lenge saken behandles etter § 20 annet ledd første punktum³. I forarbeidene til lovendringen⁴ er det uttalt at det ikke vil bli innført et særskilt unntak fra gjennomføringsforbudet for visse aksjekjøp slik som i fusjonsforordningen⁵ artikkel 7 nr. 2, men at Konkurransetilsynet kan gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet i enkeltsaker eller ved forskrift. Fusjonsforordningen artikkel 7 nr. 2

¹ Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

² Konkurranseloven § 19 første ledd.

³ Jf. konkurranseloven § 19 første ledd.

⁴ Ot.prp. nr. 35 (2007-2008).

⁵ Rådsforordning nr 139/2004 av 20. januar 2004 om kontroll med foretakssammenslutninger.

tillater at offentlige overtakelsestilbud eller en serie transaksjoner i verdipapirer omsatt på et marked slik som børser, hvor det fra forskjellige selgere erverves kontroll som omhandlet i forordningenes artikkel 3, delvis kan gjennomføres. Vilkåret er at foretakssammenslutningen meldes omgående til Kommisjonen og at det ikke utøves stemmerett over aksjene, jf. artikkel 7 nr 2 bokstav a og b.

Konkurransetilsynet ser at gjennomføringsforbudet i konkurranseloven får konsekvenser for partene i en transaksjon som omhandler erverv av noterte aksjer. Oslo Børs sine egne handelsregler⁶ fastsetter at oppgjør og levering av ervervede aksjer skal skje innen fire dager etter at handelen er gjennomført, det vil si tre oppgjørsdager etter handelsdagen (T+3), jfr. reglene punkt 5.8. Selv om handelsreglene kan fravikes ved at det inngås individuelle kjøpsavtaler med aksjeeiere, synes det å være en forutsetning for kjøp og salg blant aktørene at oppgjør for og overtakelse av aksjene skjer innenfor et tilsvarende kort tidsrom. Dersom ervervet også utløser tilbudsplikt etter verdipapirhandelloven⁷ vil det kunne oppstå motstrid mellom handleplikter som denne loven pålegger erververen, og det automatiske gjennomføringsforbudet etter konkurranseloven.

Konkurransetilsynet har kommet til at det i dette tilfellet kan gis delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd. Innholdet i unntaket tilsvare bestemmelsen i fusjonsforordningen artikkel 7 nr. 2.

De aksjene, i Software Innovation, som Borea tar sikte på å erverve gjennom det planlagte oppkjøpet omtales i det følgende som "Aksjene".

Konkurransetilsynet har fattet følgende avgjørelse i medhold av konkurranseloven § 19 annet ledd:

- 1. Gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd er ikke til hinder for at Borea erverver Aksjene ved å overta og foreta oppgjør for Aksjene i tråd med de vilkår som gjelder for erverv av verdipapirer notert på regulert marked. Konkurransetilsynet stiller følgende vilkår for unntaket:**
 - (a) foretakssammenslutningen må meldes til Konkurransetilsynet omgående i samsvar med konkurranseloven § 18, og**
 - (b) Borea kan ikke utøve stemmerettighetene knyttet til Aksjene, eller kun gjøre det for å bevare den fulle verdi av sin investering og etter særskilt unntak fra Konkurransetilsynet i medhold av konkurranseloven § 19 annet ledd.**

For øvrig gjelder gjennomføringsforbudet fullt ut. Overtredelse av gjennomføringsforbudet kan medføre illeggelse av overtredelsesgebyr i medhold av konkurranseloven § 29.

Med hilsen

Håkon A. Cosma (e.f.)
avdelingsrådgiver

Monica Galtung Døsvig
seniorrådgiver

⁶ Norex Member Rules versjon 2.0, juni 2008)

⁷ Lov av 29. juni 2007 nr 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven)