

KONKURRANSERETTENS DOKTRINE OM AKSESSORISKE BEGRENSNINGER

- Særlig om konkurranseklausuler ved fusjon,
virksomhetsovertagelser og full funksjons joint ventures



Forfatter: Magnus Aarø

Veileder: Tore Lunde

01.09.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>3</u>
1.1	PROBLEMSTILLINGER OG LEGISLATIVE HENSYN	3
1.2	EMNE OG AVGRENSNINGER.....	4
1.3	BEGREPSBRUK OG DEFINISJONER.....	6
1.3.1	AKSESSORISKE BEGRENSNINGER	6
1.3.2	KONKURRANSEKLAUSUL.....	6
1.3.3	FUSJON.....	7
1.3.4	GOODWILL OG KNOWHOW	8
1.4	SÆRLIGE METODISKE ASPEKT.....	10
1.4.1	RETTLIGE GRUNNLAG OG JURISDIKSJONSSPØRSMÅLET.....	10
1.4.1.1	EF-retten	10
1.4.1.2	EØS-retten	10
1.4.1.3	Norsk rett	11
1.4.2	MEDDELELSENS POSISJON I RETTSKILDETERRENGET.....	12
<u>2</u>	<u>NÅR ER KONKURRANSEBEGRENSNINGEN AKSESSORISK TIL FUSJONEN?.....</u>	<u>14</u>
2.1	RETTLIGE UTGANGSPUNKTER OG UTVIKLINGSTREKK.....	14
2.2	HVORDAN FORSTÅS ”KONKURRENCEBEGRENSNINGER”?.....	16
2.3	HVORDAN FORSTÅS ”DIREKTE KNYTTET TIL ... FUSIONENS GENNEMFØRELSE”?	21
2.4	HVORDAN FORSTÅS ”NØDVENDIGE FOR FUSIONENS GENNEMFØRELSE”?	22
2.4.1	UTGANGSPUNKTER.....	22
2.4.2	HVILKEN BEGRENSNING LIGGER I ”FUSIONENS GENNEMFØRELSE”?.....	22
2.4.3	HVILKET MATERIELT ANVENDELSESOMRÅDE KAN EN KONKURRANSEKLAUSUL HA?	23
2.4.4	HVILKET GEOGRAFISK ANVENDELSESOMRÅDE KAN EN KONKURRANSEKLAUSUL HA?	27
2.4.5	HVILKEN VARIGHET KAN EN KONKURRANSEKLAUSUL HA?	29
2.4.6	HVEM KAN OMFATTES AV EN KONKURRANSEKLAUSUL?	31

2.4.7	MÅ DET FORETAS EN YTTERLIGERE PROPORSJONALITETSVURDERING AV KONKURRANSEKLAUSULEN?	34
2.5	NÆRMERE OM FORTROLIGHETSKLAUSULER	35
2.6	NÆRMERE OM KLAUSULER OM VERVING AV KUNDER OG ANSATTE	36
2.7	SÆRLIG OM JOINT VENTURES	37
3	<u>VIRKNINGER</u>	42
3.1	HVILKEN VIRKNING FÅR DET NÅR KONKURRANSEBEGRENSNINGEN ANSES SOM AKSESSORISK TIL FUSJONEN?	42
3.2	HVILKEN VIRKNING FÅR DET NÅR KONKURRANSEBEGRENSNINGEN IKKE ANSES SOM AKSESSORISK TIL FUSJONEN?	42
4	<u>HVEM TAR MATERIELT OG BINDEDE STILLING TIL OM KONKURRANSEBEGRENSNINGEN ER AKSESSORISK TIL FUSJONEN?</u>	45
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	51
6	<u>ANDRE RETTSKILDER</u>	53
6.1	LOVGIVNING MV.	53
6.2	FORARBEID	55
6.3	RETTSPRAKSIS	55
6.4	KOMMISJONSBESLUTNINGER	56
6.5	VEDTAK AV KONKURRANSETILSYNET	58

1 Innledning

1.1 Problemstillinger og legislative hensyn

Ifølge Fusjonsforordningen skal: ”En beslutning, hvorved en fusjon erklæres forenelig med fællesmarkedet, anses at omfatte konkurrencebegrensninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for fusionens gennemførelse”.¹

Det overordnede rettslige problem i denne oppgaven blir å fastslå når konkurransebegrensninger anses direkte knyttet til og nødvendige for en fusjons gjennomførelse. Dette er av betydning å fastslå fordi konkurransebegrensningene da vil bli godkjent sammen med fusjonen; EF-traktaten artikkel 81 og 82 vil da ikke kunne anvendes på de avtalte begrensningene. I europeisk konkurranserett har en slik konkurransebegrensning tilknyttet en fusjon blitt betegnet med begrepet aksessoriske begrensninger, og det har utviklet seg en doktrine om hvordan slike begrensninger skal behandles. Konkurransesklausuler er en slik konkurransebegrensning, og oppgaven vil holde et særlig fokus på slike klausulers tillatte omfang. Hvem som materielt og bindende tar stilling til om konkurransebegrensningene er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomføringen av fusjonen, er et naturlig prosessuelt tilleggsproblem som også vil bli behandlet i denne oppgaven.

Det primære legislative hensyn bak dette regelsettet (doktrinen) - som i visse tilfelle aksepterer en konkurransebegrensning i tilknytning til en fusjon - er å beskytte transaksjonsverdien for kjøper av foretaket. Kjøper skal få utnytte den goodwill og knowhow som inngår i kjøpesummen ved fusjonen, uten at selger beskjerer denne verdien ved å konkurrere med sitt nylig solgte foretak.² Dersom det ikke er adgang til å beskytte kjøper i form av en konkurranseklausul, er det sannsynlig at fusjonen ikke ville blitt gjennomført. Den økonomiske risikoen ved transaksjonen ville da blitt for stor for kjøper, konkurranseklausulen er altså - i tråd med Fusjonsforordningens ordbruk - ”nødvendig for fusionens gjennomførelse”.

¹ Rfo. 139/2004 (rådsforordning), artikkel 6 nr. 1 bokstav b annet ledd, artikkel 8 nr. 1 annet ledd og nr. 2 tredje ledd. Det er den danske versjonen av forordningen som benyttes i denne oppgaven. Fusjonsforordningens anvendelse av ordet ”fusion” er noe misvisende. Begrepet omfatter mer enn sammenslåing av foretak. Ifølge Forordningens artikkel 3 omfattes også kontrollerverv av foretak og full funksjons joint ventures. Den norske konkurranseloven (lov nr. 12/2004) § 17 anvender begrepet ”foretakssammenslutning”. Dette er et mer dekkende begrep i forhold til det reelle forhold. Jeg velger likevel å anvende begrepet fusjon fordi dette samsvarer med begrepsbruken i Fusjonsforordningen, og det er denne som vil være primært rettsgrunnlag i oppgaven. Når det menes fusjon i snever forstand, vil dette bli presisert. Se for øvrig oppgaven punkt 1.3.3.

² Se *Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrensninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner* (2005/C 56/ 03), punkt 18. Denne meddelelsen vil være sentral i oppgaven, og den blir derfor heretter referert til ved kortformen Meddelelsen.

En mulig løsning uten konkurranseklausul vil være å senke prisen på foretakets goodwill og knowhow, men da er det mindre sannsynlig at selger ser seg tjent med å selge sitt foretak, ettersom disse verdiene ofte er den vesentligste delen av kjøpesummen. En konkurranseklausul er således også til gunst for selger; den sikrer at han får bedre betalt for sitt foretak når det avhendes.³

Det er åpenbart at bak doktrinen om aksessoriske begrensninger ligger det et samfunnsøkonomisk ønske om at fusjoner blir gjennomført i en rekke tilfeller. Utgangspunktet er at fusjoner er transaksjoner som anerkjennes av rettsreglene.⁴ Fusjoner kan ha økonomisk positive virkninger, som for eksempel kostnadsreduksjon, forskning og utvikling av ny teknologi og nye produkt (såkalte stordriftsfordeler). Fusjoner kan også bidra til å gjøre selskaper konkurransedyktige på internasjonale markeder. I tillegg til dette kommer at når konkurranseklausulen opphører, vil selger igjen kunne etablere seg på markedet. Dersom han gjør dette, vil fusjonen i realiteten øke antallet aktører på markedet, og ha en positiv innvirkning på konkurransen.⁵ Konkurranseklausuler per se er altså konkurransebegrensende, men de godtas når de er nødvendige for å gjennomføre fusjoner, ettersom fusjoner i alminnelighet har positive virkninger på konkurransen. De er derfor i tråd med det overordnede formålet til konkurransereglene; effektiv konkurranse.⁶

Det er imidlertid ikke tvilsomt at fusjoner også kan ha negative innvirkninger på den effektive konkurranse. Fusjoner kan medføre en markedsstruktur der det vil være høy risiko for monopolistisk markedsadferd. Dette tilsier at det må foreligge juridiske grenser for når en fusjon skal tillates, og konkurranseklausuler i tilknytning til denne. Det er nettopp grensene for adgangen til å avtale konkurranseklausuler som er det sentrale juridiske problem i denne oppgaven.

1.2 Emne og avgrensninger

Emnet for oppgaven er doktrinen om aksessoriske begrensninger i europeisk konkurranserett. Nærmere bestemt jurisdiksjonene EU, EØS og Norge.

Doktrinen er et unntak fra EFT⁷ artikkel 81 og 82, og kan rettslig sett plasseres et sted i grenseområdet mellom disse bestemmelsene og Fusjonsforordningen.⁸

Oppgaven vil primært omhandle konkurranseklausuler ved tradisjonelle fusjoner (sammenslåing av selskaper), virksomhetsovertagelser og full funksjons joint ventures. Videre vil såkalte fortrolighetsklausuler og klausuler om verving av kunder og ansatte drøftes.

³ Se Kolstad s. 244.

⁴ Se Kommissjonens uttalelser i EFT 1976 L 254, *Reuter/BASF* (kapittel III avsnitt 3 bokstav a). Heretter vil denne beslutningen benevnes med kortformen *Reuter*.

⁵ Se Domstolens uttalelser i Sak C-42/84, *Remia B.V. M.FL. mot Kommissjonen*, Sml. 1985 s. 2545 (avsnitt 19). Heretter vil denne dommen benevnes med kortformen *Remia-dommen*.

⁶ Se konkurranseloven § 1, Kolstad s. 245 og Kolstad i *Norsk lovkommentar* note 1 og 2: Det er åpenbart at dette også er hensynet bak de EF-rettslige konkurransereglene.

⁷ EF-traktaten.

⁸ Se oppgaven punkt 2.2 for nærmere drøftelse av dette grenseområdet.

Det fremgår av Meddelelsen punkt 18 at disse skal behandles på samme måte som konkurranseklausuler. Ettersom de har en slik nær sammenheng med konkurranseklausulene, er det naturlig å behandle dem i oppgaven. Det vil bli sett hen til doktrinenes øvrige anvendelsesområder i et komparativt lys.

Konkurranseklausuler pålagt arbeidstakere (såkalte karensklausuler i arbeidsforhold)⁹ vil ikke bli drøftet, ettersom det i utgangspunktet kun er selger¹⁰ av virksomheten som omfattes av doktrinenes anvendelsesområde.

Det avgrenses videre mot avtaleloven § 38.¹¹ Heller ikke de avtalerettslige virkninger av brudd på konkurranseklausulen vil bli drøftet. Det er de konkurranserettslige gyldighetsgrenser som analyseres i oppgaven. Det er imidlertid slik at avtaleloven § 38 må tolkes i lys av konkurransereglene.¹²

De spesielle reglene for lisensavtaler og avtaler om kjøps- og leveringsforpliktelser i tilknytning til en fusjon vil ikke bli behandlet, selv om de fremgår av Meddelelsen.¹³ Begrunnelsen for dette er hensynet til oppgavens omfang. Ved å begrense oppgavens objekt på denne måten, vil det være større rom for å gå i dybden på de generelle regler for aksessoriske begrensninger, og de spesielle regler for konkurranseklausuler. De generelle reglene gjelder for alle konkurransebegrensninger som omfattes av Meddelelsen. Når oppgaven bruker benevnelsen aksessoriske begrensninger eller konkurransebegrensninger drøftes altså de generelle regler,¹⁴ mens de spesielle reglene for konkurranseklausuler¹⁵ drøftes når denne benevnelsen anvendes.

Doktrinen om aksessoriske begrensninger kan også få anvendelse når det ikke er tale om fusjoner. Den omfatter blant annet konkurransebegrensninger tilknyttet avtalekompleks der det ikke samtidig skjer en overføring av foretak.¹⁶ Hovedfokuset i oppgaven vil være på fusjon, men det vil også bli sett hen til disse avtalekonstruksjonene i et komparativt lys.¹⁷

⁹ En utførlig fremstilling av disse reglene gis av Kari Bergeius Andersen, ”Karensklausuler: Gyldighet og utforming”, *Tidsskrift for Forretningsjuss*, 2002 s. 139-155.

¹⁰ Det kan imidlertid være slik at de som anses som selgere av virksomheten også er arbeidstakere i denne, se Konkurransetilsynets vedtak av 24. juni 1998 i sak A 1998-10 *Jølstad*, kapittel 3 (heretter benevnt *Jølstad*). Denne problemstillingen vil bli drøftet i oppgaven punkt 2.4.6.

¹¹ Kari Bergeius Andersen behandler denne bestemmelsen (se note 9 ovenfor).

¹² Se LB-2002-2780 (Borgarting) og RG 2004 s. 425 (Oslo tingrett). Dette støttes også av Kolstad s. 251-252.

¹³ Jf. Meddelelsen kapittel III bokstav B og C.

¹⁴ Meddelelsen del I og II.

¹⁵ Meddelelsen del III bokstav A.

¹⁶ Eksempelvis avtaler om selektiv distribusjon, lisensiering av varemerker, overføring av teknologi og franchiseavtaler.

¹⁷ Det hadde i oppgaven egnet seg med en egen komparativ del, men på grunn av plasshensyn må det avgrenses mot dette. Diaz gir i sin artikkel en oversikt over de fleste av doktrinenes anvendelsesområder.

1.3 Begrepsbruk og definisjoner

1.3.1 Aksessoriske begrensninger

Aksessoriske begrensninger¹⁸ kan defineres som konkurransebegrensninger avtalt mellom partene i en fusjon (primært pålagt selger), som ikke gjennomfører avtalens primærobjekt (fusjonen), men som er direkte tilknyttet og nødvendig for at fusjonen skal kunne gjennomføres.¹⁹ Det ligger i selve begrepet aksessorisk at de avtalte konkurransebegrensningene er underordnet hovedavtalen; de ligger til denne.

Aksessoriske begrensninger er kun et samlebegrep for doktrinen regler.²⁰ En kan ikke legge rettsvirkninger i begrepet som sådant. For å finne rettsvirkningene må Fusjonsforordningen fortolkes i lys av Meddelelsen. Dette er også noe av grunnen til at begrepet ikke anvendes i Fusjonsforordningen.²¹ Heller ikke den norske konkurranseloven bruker dette begrepet. Alternativet vil være å anvende ordlyden i Fusjonsforordningen: direkte tilknyttede og nødvendige konkurransebegrensninger. Når begrepet aksessoriske begrensninger på tross av dette brukes i denne oppgaven, er det fordi det har lang tradisjon i den juridiske teori.

I den europeiske konkurranserettslige teori er det to skoler med tanke på anvendelsesområdet for begrepet aksessoriske begrensninger. Den ene fraksjonen mener at alle klausuler som faller utenfor EFT artikkel 81 og 82 kan betegnes som aksessoriske begrensninger, mens den andre fraksjonen mener at det må foretas en ytterligere nyansering, og at aksessoriske begrensninger kun er én kategori av slike begrensninger (Diaz s. 954-957). I alle tilfelle er dette bare uenighet om begrepsbruk. Realiteten er at både Kommisjonen, Retten i første instans og Domstolen har anvendt doktrinen prinsipper på en rekke områder. Emnet for denne oppgaven er i hvert fall i kjerneområdet for doktrinen, og en videre drøftelse om denne uenigheten er derfor ikke nødvendig her, se Diaz *ibid.* for en mer utførlig drøftelse.

1.3.2 Konkurransesklausul

Konkurransesklausul²² kan defineres som en klausul som pålegger partene i en fusjon, eller én av dem, ikke å produsere, kjøpe, selge eller videreformidle varer eller tjenester som konkurrerer med de varer og tjenester som omfattes av fusjonsavtalen. En slik plikt pålagt selger garanterer at kjøperen får den fulle verdi av det overførte, og den er derfor normalt ansett som aksessorisk til hovedavtalen.²³ Konkurransesklausulens anvendelsesområde er videre enn det vernet partene har i kraft av immaterialretten.

¹⁸ Engelsk: Ancillary restraints.

¹⁹ EU Competition Glossary (2003), http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/a_en.html (søkeord: ancillary restraints). Se også Christensen mfl. s. 750.

²⁰ Et såkalt koblingsbegrep for regelfragmenter, jf. Nygaard s. 29.

²¹ Se Bellamy & Child s. 229 punkt 3, og Ryssdal s. 228. Det anvendes dog i Meddelelsen, se bla. punkt 2.

²² Engelsk: non-competition clause. Det norske begrepet kan være noe misvisende, ettersom det kan indikere en klausul som fremmer konkurransen. Her er det engelske ”non-competition clause” et bedre begrep. ”Klausul om ikke-konkurranse” kan være et alternativ, men ettersom konkurransesklausul er et vel innarbeidet begrep, er det dette som anvendes i oppgaven.

²³ EU Competition Glossary (2003), http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/a_en.html (søkeord: non-competition clause).

Konkurransesklausuler er en underkategori innenfor begrepet aksessoriske begrensninger.²⁴

Selv om konkurranseklausuler er vanlig å avtale, er det imidlertid slik at det normalt ikke er aktuelt for selger å reetablere seg i markedet. Det er nærliggende å forstå salget slik at han vil høste sin gevinst, og trekke seg ut av markedet. Risikoen for reetablering er størst når selger beholder sitt kvalifiserte personale, og når han beholder deler av virksomheten på markeder som ikke er en del av fusjonsavtalen.²⁵ Doktrinen legger imidlertid ikke vekt på hvor stor risikoen for reetablering er i det enkelte tilfelle. Denne vurderingen er foretatt av lovgiver i forkant, og lovgiver legger til grunn at det alltid vil foreligge en viss risiko for reetablering. Konkurransesklausulen skal etter Fusjonsforordningen og Meddelelsen vurderes og sensureres etter sitt materielle anvendelsesområde, sin geografiske utstrekning, dens varighet og personkretsen den omfatter. Det er disse grensene som er interessante, og her er det ikke rom for en risikovurdering av om selger i det hele tatt vil reetablere seg i markedet; det legges til grunn i vurderingen at han vil reetablere seg. Det sentrale i vurderingen er et rimelig vern om de verdier som er overført. Det er også en retts teknisk gunstig regel at risikoen for reetablering holdes utenfor, ettersom dette er en faktor som det er vanskelig å kalkulere.

1.3.3 Fusjon

Begrepet fusjon brukes i denne oppgaven slik det er definert i Fusjonsforordningen artikkel 3. En fusjon foreligger da enten når to eller flere tidligere uavhengige foretak slås sammen til en enhet,²⁶ når et foretak oppnår kontroll over et annet foretak²⁷ eller hvor det opprettes et såkalt full funksjons joint venture.²⁸ For alle disse avtalekonstruksjonene er det krav om at strukturendringen er varig.²⁹ Vilkåret "kontroll" er definert i Fusjonsforordningen artikkel 3 andre og tredje ledd.³⁰ Kommisjonen skal ha melding om fusjoner som faller inn under Fusjonsforordningen før de gjennomføres, og de treffer deretter en beslutning om enten å godkjenne eller å gripe inn mot fusjonen.³¹

²⁴ Se Konkurransetilsynets vedtak *Jølstad*, punkt 2.2.1 avsnitt 7 siste setning: Det er denne type klausul det er mest vanlig å avtale, og den er derfor mest interessant å analysere.

²⁵ Se Kolstad s. 248-249.

²⁶ Fusjonsforordningen artikkel 3 første ledd bokstav a.

²⁷ Fusjonsforordningen artikkel 3 første ledd bokstav b.

²⁸ Fusjonsforordningen artikkel 3 fjerde ledd. Se også EU Competition Glossary (2003), http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/a_en.html (søkeord: concentration).

²⁹ Fusjonsforordningens artikkel 3 første ledd, og fjerde ledd.

³⁰ Det ligger utenfor denne oppgaven å detaljert drøfte vilkårene i Fusjonsforordningen artikkel 3.

Se *Kommissionens meddelelse om fusjonsbegrebet* (1998/C 66/03) og *Kommissionens meddelelse om begrebet selvstendig fungerende joint ventures* (1998/C 66/03). For drøftelse av fusjon og virksomhetsovertagelse, se Sejersted s. 569-572. For drøftelse av full funksjons joint ventures, se Ryssdal s. 91-109. Både meddelelsene og de teoretiske fremstillingene viser til den tidligere fusjonsforordning (Rfo. 4064/89), men ettersom ordlyden i forordningene i det alt vesentlige er like, er de anvendelige.

³¹ Jf. Fusjonsforordningen artikkel 4, 6 og 8. Konkurransetilsynet skal også ha forutgående melding om de foretakssammenslutninger som faller under konkurranseloven, og de treffer deretter vedtak om å gripe inn mot foretakssammenslutningen dersom vilkårene for dette er tilstede, jf. konkurranseloven §§ 18 og 20.

Spørsmålet er om den norske konkurranselovens begrep ”foretakssammenslutning” (§ 17) harmonerer med Fusjonsforordningens begrep ”fusion”.

Ifølge forarbeidene til konkurranseloven er begrepet tilpasset Fusjonsforordningen.³² Det følger imidlertid av konkurranseloven § 16 andre ledd at Konkurransetilsynet skal ”gripe inn mot erverv av andeler i et foretak, selv om ervervet ikke fører til kontroll”. Selv om slike minoritetserverv formelt sett ikke er en del av begrepet ”foretakssammenslutning” (jf. konkl. § 17), vil dette i realiteten innebære at den norske konkurranseloven gir videre muligheter for å gripe inn mot strukturendringer enn EF-retten.

Hvilken betydning vil dette ha for anvendelsen av doktrinen om aksessoriske begrensninger i norsk rett?

Departementet uttaler i forarbeidene til konkurranseloven at de ikke kan ”se at dette vil få noen praktisk betydning, da det er vanskelig å tenke seg begrensninger som skulle være nødvendige for gjennomføringen av minoritetserverv”.³³ Når kjøper ikke overtar kontrollen over foretaket, vil han heller ikke ha et legitimt behov for beskyttelse etter doktrinen, ettersom det ikke er han som skal operere på markedet. Selger skal beholde og fortsatt utnytte sin goodwill og knowhow. Ettersom minoritetserverv neppe vil utløse strukturendringer som trenger vern etter doktrinen, er divergensen mellom den norske konkurranseloven og EF-retten ikke av betydning i forhold til denne oppgaven. Dette vil derfor ikke bli problematisert ytterligere.

1.3.4 Goodwill og knowhow

Begrepene er i utgangspunktet regnskapsbegrep fra den økonomiske teori, men de er sentrale og nyttige ettersom de er begrunnelsen bak doktrinen, og derfor sentrale for fortolkningen av rettsreglene i denne. ”Den økonomiske vitenskap blir således en leverandør av analyser og argumenter til den konkurranserettslige analyse”.³⁴ Men ”konkurranserett er allikevel ikke anvendt økonomi. Den økonomiske vitenskaps syn må filtreres inn i den konkurranserettslige argumentasjon”.³⁵ Begrepene blir altså økonomiske begrep med juridiske modifikasjoner, sett i relasjon til doktrinen.

Regnskapsmessig beskriver goodwill verdien av en virksomhet som ikke direkte kan føres tilbake til dennes håndgripelige aktiva og passiva. Differansen mellom anskaffelseskostnadene og verdien av identifiserbare eiendeler og gjeld, er verdien av virksomhetens goodwill.³⁶

En klassisk definisjon av det juridiske goodwillbegrepet er en uttalelse av den skotske dommeren Lord Macnaughtans i en dom fra 1900 – tallet:

³² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 231, og Kolstad i *Norsk lovkommentar* note 135.

³³ *Op.cit.* s. 230. Se også Ryssdal s. 240.

³⁴ Se Kolstad i *Norsk lovkommentar* note 1 tredje avsnitt.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Se regnskapsloven (1998) § 5-7.

”It is a thing very easy to describe, very difficult to define. It is the benefit and advantage of a good name, reputation and connection of business. It is the attractive force which brings in custom. It is the one thing which distinguishes an old-established business from a new business at its first start”.³⁷

Innholdet av en virksomhets goodwill er altså i første rekke virksomhetens renommé i markedet,³⁸ men begrepet er vidt og abstrakt. Det kan også sies å omfatte varemerker, men disse beskyttes ikke av doktrinen om aksessoriske begrensninger ettersom de er vernet etter immateriallovgivningen.³⁹ Goodwill som beskyttes av doktrinen er i første rekke kunderelasjoner og kundeloyalitet.⁴⁰ Det spesielle med goodwill i denne betydningen er at det i utgangspunktet ikke gir innehaveren eksklusive rettigheter. Verken kjøper eller selger ved en virksomhetsoverdragelse er rettslig beskyttet mot at tredjemenn arbeider mot kundekretsen.⁴¹ Men fordi kjøper betaler selger for verdien av hans goodwill, legitimerer dette en rettslig beskyttelse av denne verdien for kjøper, overfor selger.⁴² Dette fordi selger ikke kan skille seg av med den viten som setter ham i en særlig favorabel konkurransesituasjon overfor kjøper.⁴³

Knowhow⁴⁴ er definert i Kommisjonens forordning nr. 772/2004⁴⁵ artikkel 1 bokstav g. Denne definisjonen må gjelde også i forhold til Fusjonsforordningen. Knowhow forstås her, i likhet med goodwill, som intellektuelle eiendomsrettigheter; nærmere bestemt ”en samling upatenteret praktisk informasjon”. Det er videre et krav om at denne informasjonen ikke er ”almindeligt kendt eller lett tilgjengelig”, at den er ”væsentlig” og ”identificeret”.

Kort sagt er knowhow kommersiell og teknisk kunnskap i bedriften som ikke er beskyttet gjennom patentlovgivningen eller annen immaterialrett, og som ikke anses som alminnelig kunnskap. I relasjon til doktrinen er det den kunnskapen som kjøper har betalt for. Det ligger i sakens natur at kjøper ikke betaler for alminnelig kjent informasjon; denne informasjonen har ikke kommersiell verdi. Det må altså være en form for ”særlig kunnskap”⁴⁶ som selger sitter inne med. Grensen oppad trekkes mot bedriftshemmeligheter. Det faller utenfor denne oppgaven å videre drøfte hvor denne grensen eksakt skal trekkes.⁴⁷

³⁷ Her sitert etter Eftestøl-Wilhelmson s. 28.

³⁸ Se Lunde s. 321.

³⁹ Se Meddelelsen punkt 21. Norsk rett: Lov om varemerker (varemerkeloven), 3. mars 1961 nr. 4.

⁴⁰ Se Meddelelsen punkt 20, og Ritter s. 640.

⁴¹ Se Eftestøl-Wilhelmson s. 29.

⁴² Vederlaget kan også være et avgjørende moment for at det i det hele tatt kan sies å foreligge rettslig beskyttet goodwill, jf. Lunde s. 327 og 334-335.

⁴³ Se *Reuter* kapittel II punkt 3.

⁴⁴ For en fremstilling av den kjøpsrettslige beskyttelse av knowhow, se Birger Stuevold Lassen, ”Know-how – noen aktuelle rettsspørsmål”, *Lov og Rett*, nr. 10 1966.

⁴⁵ ”Om anvendelse av traktatens artikkel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler”. Se også Forordning nr. 2790/1999, ”Om anvendelse af EF-traktatens artikkel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis”, artikkel 1 bokstav f.

⁴⁶ Se Lunde s. 385.

⁴⁷ Her kan det vises til Lunde s. 385-387 med videre henvisninger.

I dagens forretningsverden er det som regel nettopp goodwill og knowhow som er den dyreste posten i transaksjonen, og således den mest betydningsfulle for kjøper.⁴⁸

1.4 Særlige metodiske aspekt

1.4.1 Rettslige grunnlag og jurisdiksjonsspørsmålet

1.4.1.1 EF-retten

Det primære rettsgrunnlag for doktrinen er Fusjonsforordningen.⁴⁹ Begrunnelsen for at doktrinen er hjemlet flere steder i Fusjonsforordningen, er at den kommer til anvendelse på flere steg i prosedyren for godkjenningen av en fusjon.⁵⁰

Meddelelsen vil være et meget sentralt rettslig grunnlag. Denne er derivert fra Fusjonsforordningen, og er ikke lovgivning i streng forstand.⁵¹

Det er de danske oversatte rettskilder som vil bli anvendt så langt de forefinnes.⁵²

Grunnsteinene i doktrinen ble lagt i *Reuter, Remia-kommisjonsbeslutning*⁵³ og *Remia-dommen*. Selv om disse sakene ble avgjort før den første Fusjonsforordningen trådte i kraft, er de fortsatt av interesse, fordi de gir uttrykk for grunnprinsipper.

Praksis er en tungtveiende rettskildefaktor ved anvendelsen av reglene.⁵⁴ Retten i første instans og Domstolen er imidlertid forsiktige med å overprøve de tunge økonomiske vurderingene som doktrinen innebærer.⁵⁵ Det foreligger derfor få dommer om doktrinen. I tillegg vil det for fremtiden komme liten veiledning i kraft av kommisjonsbeslutninger, ettersom vurderingen av om det foreligger aksessoriske begrensninger i første rekke er lagt til nasjonale domstoler.⁵⁶

1.4.1.2 EØS-retten

Hovedvilkåret for godkjenningen av en fusjon er plassert direkte i EØS-avtalen, jf. artikkel 57 første ledd. Denne bestemmelsen har imidlertid liten selvstendig betydning, ettersom reglene i artikkel 57 andre ledd bokstav a og b i realiteten innebærer at alle fusjonssaker behandles

⁴⁸ Se *Reuter* kapittel II punkt 3.

⁴⁹ Artikkel 6 nr. 1 bokstav b annet ledd, artikkel 8 nr. 1 annet ledd og nr. 2 tredje ledd. En forutsetning for at disse reglene kommer til anvendelse, er at fusjonen har fellesskapsdimensjon, jf. Fusjonsforordningen artikkel 1. Da er også Kommisjonen den eneste som kan vedta beslutninger i kraft av Forordningen, med unntak for Domstolens prøvelsesrett, jf. artikkel 21 annet ledd.

⁵⁰ Se Faull s. 236 punkt 4.125.

⁵¹ Jf. oppgaven punkt 1.4.2. Også Meddelelsen anvender begrepet ”fusjoner”, men det er ikke tvilsomt at dette begrepet må forstås på samme måte som i Fusjonsforordningens artikkel 3, ettersom det vises til denne bestemmelsen i Meddelelsen punkt 10.

⁵² Om betydningen av ulike språkversjoner, se Sejersted s. 215.

⁵³ EFT 1983 L 376 s. 22.

⁵⁴ Jf. Meddelelsen punkt 3 og 8.

⁵⁵ Se sak T-112/99, *Kommisjonen mot Métropole télévision mfl.*, Sml. 2001 s. 2459. Uttalelsen i avsnitt 114. (Heretter benevnes dommen: *Métropole télévision*).

⁵⁶ Se oppgaven punkt 4.

etter Fusjonsforordningen,⁵⁷ og således av Kommisjonen. Dette fordi det er tilnærmet umulig for foretak i EFTA-området å oppnå omsetning over terskelverdiene, uten at de også oppfyller terskelverdiene i EU.⁵⁸ Dette underbygges ved at det enda ikke har vært en egen fusjonssak innenfor EFTA-området, hele 12 år etter at EØS-avtalen ble vedtatt.

Spørsmålet er om Meddelelsen vil få anvendelse i EØS-jurisdiksjonen dersom en sak skulle dukke opp.

Meddelelsen er ikke implementert i EFTA-jurisdiksjonen. Begrunnelsen for dette er imidlertid at det ikke er praktisk behov for den. Dersom det skulle komme en sak som oppfyller terskelverdiene innenfor EFTA, og ikke innenfor EU, er det ikke tvilsomt at prinsippene i Meddelelsen vil bli anvendt så langt som mulig.⁵⁹ Dette følger av prinsippet om harmonisering med EF-reglene, som er EØS-avtalens bærebjelke.⁶⁰

En må etter dette konkludere med at det ikke foreligger særlig divergens ved anvendelse av doktrinen i henholdsvis EFTA og EU, gjennom EØS.

Som nevnt foreligger det ikke praksis omkring anvendelsen av doktrinen fra verken ESA eller EFTA-domstolen. Da blir praksis fra EU-jurisdiksjonen avgjørende, jf. EØS-avtalens artikkel 6. Denne bestemmelsen viser imidlertid kun til praksis fra før undertegningen av EØS-avtalen, men den må leses i sammenheng med ODA-avtalen artikkel 3 annet ledd som understreker at det også skal tas ”tilbørlig hensyn” til senere praksis.⁶¹

1.4.1.3 Norsk rett

Konkurranseloven kapittel 4 omhandler foretakssammenslutninger. Konkurranseloven § 16 sjette ledd er etter forarbeidene ment å gi uttrykk for doktrinen om aksessoriske begrensninger.⁶²

Reglene i Fusjonsforordningen, med den tilhørende Meddelelse, får betydning som tolkningsmoment ved anvendelse av de norske reglene.⁶³ Dette innebærer større forutberegnelighet for foretakene, ettersom de langt på vei har ett regelsett å forholde seg til. Det er imidlertid rom for divergens mellom regelsettene, og da særlig når fusjonen ikke har fellesskapsdimensjon.⁶⁴ Det er da ikke de samme harmoniseringshensyn som gjør seg

⁵⁷ EØS-avtalen viser her til den gamle fusjonsforordningen (nr. 4064/89), men dette må leses som ny forordning ettersom EØS-komiteen implementerte 2004-forordningen i beslutning 79/2004. Dette støttes også av Christensen s. 948.

⁵⁸ Nærmere om dette i Christensen s. 950-951, og Sejersted s. 572-574.

⁵⁹ Dette er bekreftet av ESA (EFTA Surveillance Authority) i personlig kommunikasjon av 24.03.2006.

⁶⁰ Jf. dennes artikkel 1, og fortalens punkt 16. Se også Sejersted s. 84.

⁶¹ Se Sejersted s. 202-203, og Christensen s. 951. I tillegg skal EØS-komiteen etter EØS-avtalens artikkel 105 holde ”kontinuerlig oppsyn” med rettspraksis. Dersom det oppstår ulikhet, skal den selv ”arbeide for å bevare den ensartede fortolkningen av avtalen”, bla. gjennom tvisteløsningsmekanismene etter EØS-avtalens artikkel 111, jf. Eckhoffs *Forvaltningsrett* s. 497.

⁶² Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 230.

⁶³ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85. Se også Sejersted s. 86 siste avsnitt.

⁶⁴ For definisjon av fellesskapsdimensjon, se Fusjonsforordningen artikkel 1.

gjeldende. I oppgaven vil de norske reglene kun drøftes der det kan synes å foreligge divergens i forhold til EF-retten.

Konkurransetilsynet anvendte og drøftet doktrinen om aksessoriske begrensninger i *Jølstad* og *Canal Digital*.⁶⁵ Disse sakene ble behandlet etter den gamle konkurranseloven,⁶⁶ og doktrinen var ikke lovfestet her. Disse vedtakene har imidlertid fortsatt betydning som rettskilde fordi de gir uttrykk for prinsipper som er videreført i den nye konkurranseloven. Konkurransetilsynet ligger svært nær EF-retten i begge sakene.

Det er lite rettspraksis i forhold til den gamle konkurranseloven, og konkl. § 16 sjette ledd er så ny at den enda ikke har fått manifestert seg i rettspraksis. Meget taler imidlertid for at norske domstoler vil legge seg på linje med EF-retten.⁶⁷

1.4.2 Meddelelsens posisjon i rettskildeterrenget

En meddelelse fra Kommisjonen er ikke en bindende rettsakt.⁶⁸ Verken nasjonale myndigheter, domstolene eller Kommisjonen selv kan anses bundet av retningslinjene trukket opp i slike.⁶⁹ Det er en form for etterarbeid; når praksis har trukket opp linjene for anvendelsen av et regelsett, kodifiseres dette i en meddelelse for å øke forutberegneligheten til de som reglene retter seg mot. Det er imidlertid svært lite sannsynlig at Kommisjonen vil bøtelegge noen som har handlet i tråd med deres egne meddelelser, selv om de nok har en formell adgang til dette.⁷⁰ Rettssikkerhetshensyn taler for at en bør være forsiktig med å la forvaltningen selv bestemme grensene for sin kompetanse gjennom slike retningslinjer.

Det er imidlertid ikke tvilsomt at en meddelelse er relevant som rettskildefaktor, og flere momenter taler for at Meddelelsen om aksessoriske begrensninger bør tillegges vesentlig rettskildemessig vekt:

Domstolen og Retten i første instans er forsiktige med å overprøve de tunge økonomiske vurderinger som ligger til grunn for anvendelse av doktrinen.⁷¹ Det foreligger derfor lite rettspraksis, noe som igjen taler for at forvaltningspraksis får større betydning som rettskildefaktor, særlig på grunn av hensynet til partenes forutberegnelighet. Det er også av betydning at Meddelelsen er kodifisert og lett tilgjengelig for dem den angår. Den gir i tillegg uttrykk for fast og langvarig praksis. Et annet moment som øker Meddelelsens vekt er at Kommisjonen er et særlig kyndig og sentralt forvaltningsorgan i EU-systemet.⁷² Ettersom partene selv må vurdere om konkurransebegrensningene er aksessoriske,⁷³ taler forutberegnelighetshensyn for at de langt på vei bør kunne forholde seg til Meddelelsen når de vurderer disse. På grunn av de økonomiske utgiftene forbundet med en retts sak, er det lite sannsynlig at partene vil gå til rettsapparatet og prosedere på marginale utvidelser av

⁶⁵ Konkurransetilsynets vedtak av 4. mars 1999 i sak V1999-15.

⁶⁶ Lov nr. 65, 1993.

⁶⁷ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85.

⁶⁸ Se EFT artikkel 249.

⁶⁹ Se Meddelelsen punkt 3 og 8.

⁷⁰ Se Christensen s. 18.

⁷¹ Se *Métropole télévision*, uttalelsen i avsnitt 114.

⁷² Se Nygaard s. 212, og Eckhoff s. 233-234.

⁷³ Se oppgaven punkt 4.

doktrinenes innhold. Dette senker forventningen om styring fra domstolene ytterligere, og øker Meddelelsens praktiske betydning.⁷⁴

Gode grunner taler for å anse retningslinjene i Meddelelsen som en presumsjon for hvilke begrensninger som kan anses som aksessoriske; dersom retningslinjene skal fravikes ligger bevisbyrden på den som anfører dette, og fravikelse bør forbeholdes for de særlige tilfeller.⁷⁵

⁷⁴ Se Christensen s. 754.

⁷⁵ Sml. Meddelelsen punkt 5.

2 Når er konkurransebegrensningen aksessorisk til fusjonen?

2.1 Rettslige utgangspunkter og utviklingstrekk

Prinsippet om å tillate konkurransebegrensninger som er nødvendige for en fusjons gjennomførelse, har opphav i USA. Her kom den for første gang til uttrykk i Judge William Taft's avgjørelse i *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.* (1898). Taft uttrykker i denne dommen:

”No conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawfull contract and necessary to protect the covenantee in the full enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party”.⁷⁶

Taft nevner eksplisitt konkurranseklausuler ved fusjon som et eksempel på en avtale som vil kunne vernes etter dette prinsippet.

I amerikansk rett er doktrinen en del av den såkalte ”rule of reason”. Dette prinsippet innebærer at en rekke typer avtaler skal være gjenstand for en forholdsmessighetsvurdering, der positive og negative virkninger på konkurransen veies mot hverandre når en skal avgjøre om de skal forbys.⁷⁷ Spørsmålet er imidlertid om EF-retten fullt ut har adaptert den amerikanske doktrine.⁷⁸

I europisk konkurranserett ble doktrinen utpenslet av Domstolen og Kommisjonen i *Remia-sakene* og *Reuter*. Før dette var anvendelsen av konkurranseklausuler noe som hadde festnet seg i forretningspraksis.

I *Remia-kommisjonsbeslutning* ble det avtalt konkurranseklausuler pålagt selger i forbindelse med at selskapet Nutricia solgte sine to datterselskaper, Remia og Luckys, til henholdsvis selskapene Drs. De Rooij og Zuid. Kommisjonen sensurerte konkurranseklausulene på grunn av deres varighet og geografiske omfang.

I *Remia-dommen* opprettholder Domstolen Kommisjonens vurderinger.⁷⁹

Også i *Reuter* var saken at en konkurranseklausul ble pålagt selger (Dr. Reuter gjennom sitt selskap Reuter Holding GmbH) når han avhendte sin majoritetsaksje i selskapet Elastomer til selskapet BASF. Også her ble konkurranseklausulen sensurert av Kommisjonen, særlig på grunn av dennes varighet.

I disse sakene ble doktrinen anvendt som et ulovfestet unntak fra EFT artikkel 85.⁸⁰ Det var ikke før den første Fusjonsforordningen kom i 1989, at doktrinens regler ble lovfestet i denne.⁸¹

⁷⁶ Her sitert etter Diaz s. 954.

⁷⁷ Se Albors-Llorens s. 68.

⁷⁸ Denne problemstillingen drøftes i oppgaven punkt 2.2.

⁷⁹ Det er kommisjonsbeslutningen som er mest interessant på grunn av de begrensede ankepunkter ved domstolsbehandlingen.

⁸⁰ I dag EFT artikkel 81.

⁸¹ Se Modrall s. 40.

Spørsmålet er hvorfor doktrinen regler ble ”skyvd” over i den nye Fusjonsforordningen. Konkurransbegrensende avtaler er som regel en forutsetning for en fusjon. Det er da naturlig at reglene omkring slike avtaler plasseres i Fusjonsforordningen, selv om de ikke er en del av hovedavtalen som konstituerer fusjonen.

I tillegg kommer det poeng at en avtale som vurderes etter artikkel 81 lettere forbyes enn en som vurderes etter Fusjonsforordningens hovedvilkår. Etter artikkel 81 er det nok at konkurransen begrenses, mens det etter Fusjonsforordningens artikkel 2 andre ledd er et krav om at konkurransen begrenses betydelig. Det ville være dårlig i samsvar med prinsippene om effektiv konkurranse⁸² og ”one stop shop”⁸³ dersom fusjoner ble gjenstand for denne type dobbelt sanksjonering, ettersom dette i realiteten ville innebære et inngrep mot fusjonen uten at vilkårene i Fusjonsforordningens artikkel 2 annet ledd var oppfylt.⁸⁴

Den første meddelelsen om aksessoriske begrensninger kom i 1990,⁸⁵ den ble revidert i 2001⁸⁶ og igjen i 2005. De materielle endringene i de etterfølgende meddelelsene er ikke betydelige.⁸⁷ De primære endringene omhandler hvem som skal vurdere de aksessoriske begrensningene,⁸⁸ og hvilken varighet konkurranseklausulene kan ha.⁸⁹ En kan heller si det slik at de nyeste meddelelsene er mer detaljert på grunn av at mellomliggende kommisjonspraksis har trukket opp flere retningslinjer. Meddelelsen fra 2005 erstatter de foregående.⁹⁰

Når det gjelder doktrinen norske utviklingslinjer, var den som allerede nevnt ikke lovfestet i konkurranseloven fra 1993. Doktrinen ble imidlertid anvendt av Konkurransetilsynet i *Jølstad* og *Canal Digital*, på ulovfestet grunnlag.⁹¹

Spesielt for den norske historien er at konkurranseklausuler lenge ble ansett som markedsdeling, og således per se forbudt etter den gamle konkurranselov § 3-3. Det var utarbeidet en egen forskrift som ga Konkurransetilsynet kompetanse til å dispensere fra dette forbudet.⁹² Konkurransetilsynet fravek imidlertid denne praksisen, ettersom det ikke er noen markedsdeling når selger er ute av markedet i konkurranseklausulens levetid; det er ikke

⁸² Se om de legislative hensyn i oppgaven punkt 1.1.

⁸³ Se Fejø s. 206 med videre henvisninger om dette prinsippet.

Her er det et paradoks at den materielle vurderingen av de aksessoriske begrensninger er skyvd vekk fra Kommisjonen, og lagt til partene og de nasjonale domstoler. Se nærmere i oppgaven punkt 4.

⁸⁴ Konkurransetilsynet understreker dette i *Jølstad* punkt 2.2.1 avsnitt 10.

⁸⁵ *Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations*, (90/C 203/05).

⁸⁶ *Kommissionens meddelelse om begrensninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomførelsen af fusioner*, (2001/ C 188/03).

⁸⁷ Se Ritter s. 636.

⁸⁸ Se oppgaven punkt 4.

⁸⁹ Se oppgaven punkt 2.4.5.

⁹⁰ Jf. Meddelelsen punkt 9.

⁹¹ Om den norske utvikling, se Ryssdal s. 232-239.

⁹² Se *Jølstad* punkt 2.1.

samarbeid på felles marked. Her må det imidlertid tas et forbehold for avtaler som i realiteten er markedsdeling, og som forkles som fusjoner.⁹³

2.2 Hvordan forstås "konkurrencebegrænsninger"?

Doktrinen er et unntak fra EFT artikkel 81 første ledd og artikkel 82, og den ble opprinnelig behandlet etter disse bestemmelsene.⁹⁴ Vurderingen ble senere flyttet over til Fusjonsforordningen. Hawk ordlegger seg på denne måten:

"Ancillary restrictions represent one of the jurisdictional "borders" between the Merger Regulation and Articles 85 (81) and 86 (82)".⁹⁵

Doktrinen befinner seg altså i grenseområdet mellom adferdsregulering og strukturkontroll. Både etter bestemmelsene i EFT artikkel 81 og 82, og etter Fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd, er det et krav at konkurransen begrenses. Det er da selvsagt at også de avtaler som omfattes av doktrinen må begrense konkurransen på et vis, ellers faller de utenfor konkurransereglens anvendelsesområde. Dette er begrunnelsen for at Fusjonsforordningen⁹⁶ opererer med et vilkår om at de aksessoriske begrensningene må være konkurransebegrensende for at de skal kunne forbys.

Spørsmålet er om det ved anvendelsen av doktrinen må foretas en fullstendig markedsanalyse, slik tilfellet er ved anvendelsen av EFT artikkel 81 og 82, og Fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd.⁹⁷

I *Métropole télévision* anfører den ankende part at det skal foretas en grundig markedsanalyse ved anvendelse av doktrinen.⁹⁸ Domstolen tilbakeviser dette: Det skal kun foretas en abstrakt presumsjonsvurdering når en skal vurdere om konkurranseklausuler er konkurransebegrensende.⁹⁹

Det ligger også i overskriften til Meddelelsen kapittel III – "Prinsipper gældende for almindeligt forekommende begrænsninger i forbindelse med virksomhedsovertagelser" –¹⁰⁰ at det foretas en presumsjonsvurdering med tanke på vilkåret om konkurransebegrensning. Den detaljerte markedsanalyse forbeholdes altså for de klausuler som faller utenfor doktrinen og inn under EFT artikkel 81 eller 82.¹⁰¹

En slik presumsjonsmetode er forsvarlig fordi det ligger i konkurranseklausulens natur at den vil fjerne en konkurrent fra markedet, og dermed innebære en konkurransebegrensning.¹⁰²

⁹³ Se *Jølstad* punkt 2.2.2. Konkurransetilsynet bifaller her Kolstad s. 249-250.

⁹⁴ Se *Reuter og Remia*.

⁹⁵ Se Hawk s. 271. Se også Goyder s. 389 omkring denne mellomsonen.

⁹⁶ Artikkel 6 og 8.

⁹⁷ Slik også i amerikansk rett, se oppgaven punkt 2.1.

⁹⁸ Avsnitt 88.

⁹⁹ Dommens avsnitt 109 og 112 (min understrekning). Dette støttes av Faull s. 236-237, og Diaz s. 957 og 963.

¹⁰⁰ Min understrekning. Det er da åpenbart at også de andre kasusene i Meddelelsen presumeres å være konkurransebegrensende; Licensavtaler (B), og købs- og leveringsforpligtelser (C).

¹⁰¹ Se Meddelelsen punkt 7. Den manglende detaljerte markedsanalyse er også brukt som argument for å begrense doktrinen anvendelsesområde, ettersom det er ved en slik analyse en får de mest korrekte konkurranserettslige resultat, se Diaz s. 998.

¹⁰² Se Faull s. 238 punkt 4.131.

Her er det imidlertid et poeng at selv om det ikke foretas en markedsanalyse, kan spesielle markedsforhold få betydning ved vurderingen av en konkurranseklausul.¹⁰³ Og dersom man konkluderer med at konkurransebegrensningen er aksessorisk, kan den muligens trekkes inn i vurderingen av om fusjonen som sådan vil betydelig svekke konkurransen etter EFT artikkel 2 annet ledd. Den vil da indirekte trekkes inn i en detaljert markedsanalyse.¹⁰⁴

Etter dette er det heller ikke rom for en "rule of reason"-vurdering slik som i amerikansk rett, ettersom markedsanalyse er en forutsetning for denne vurderingen. Avveilingen av positive og negative virkninger på konkurransen er etter den europeiske doktrine foretatt i forkant, og fusjonen presumeres å ha positive virkninger på konkurransen.¹⁰⁵ Hvis det hadde vært en "rule of reason"-vurdering etter den europeiske doktrine ville den ha mistet mye av sin betydning som forutberegnelige regler for de impliserte foretak.

Retten i første instans understreker dette i *Métropole télévision*.¹⁰⁶ Ifølge Retten er det ikke rom for en "rule of reason" innenfor EFT artikkel 81 første ledd. Vurderinger av en avtales positive og negative innvirkninger på konkurransen skal vurderes etter EFT artikkel 81 tredje ledd.¹⁰⁷

Spørsmålet blir så om de aksessoriske konkurransebegrensningene skal kumuleres inn i den hovedvurdering som foretas etter Fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd, eller om dette er separate vurderinger. Nærmere presisert: om begrensningene kan være tungten på vektskålen som medfører at fusjonen anses å "hæmme den effektive konkurrence betydelig"?¹⁰⁸

En selvfølgelig forutsetning for dette er at det allerede er fastslått at begrensningene er aksessoriske til fusjonen.

Etter ordlyden i Fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd er det konkurransebegrensende følger av fusjonen som omfattes av SIEC-testen.¹⁰⁹ Her kan man si at ettersom de aksessoriske begrensningene er en nødvendig følge av fusjonen, skal de også trekkes inn i vurderingen. Ordlyden stenger i hvert fall ikke for at det ikke bare er de rene strukturendringer som skal trekkes inn i SIEC-testen.

Kommisjonens metode når de vurderer de aksessoriske begrensninger rokker imidlertid ved dette utgangspunktet; den behandler gjennomgående begrensningene til slutt i sine beslutninger, i et separat kapittel. Kommisjonen konkluderer altså etter SIEC-testen før de aksessoriske begrensningene behandles.¹¹⁰ Dette kan tale for at det er separate vurderinger.

¹⁰³ Se Christensen s. 755, og oppgaven punkt 2.4.5.

¹⁰⁴ Se nedenfor i dette punktet av oppgaven for en drøftelse av denne problemstillingen.

¹⁰⁵ Se nærmere om dette i oppgaven punkt 1.1.

¹⁰⁶ Dommens avsnitt 76-79 og 107.

¹⁰⁷ For detaljert drøftelse se Albors-Llorens s. 68-73, og Jones & Sufrin s. 202 flg.

¹⁰⁸ Denne vurderingen kalles SIEC-testen. SIEC er en forkortelse hentet fra den engelske ordlyden til Fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd: "significantly impede effective competition".

¹⁰⁹ Jf. note 108.

¹¹⁰ Se eksempelvis Kommisjonens beslutning M.984 av 1997, *Dupont/ICI* og Kommisjonens beslutning M.2478 av 2001, *IBM Italia/Business Solutions*.

Dette støttes av Kommisjonens uttalelser i *Canal+ - dommen*.¹¹¹

”Analysen, hvorefter de anmeldte konkurrencebegrensninger var ... (aksessoriske) ..., er nemlig fuldstændig uafhængig af erklæringen om, at fusionerne er forenelige med fællesmarkedet, og har derfor ingen indflydelse på denne. Undersøgelsen af en fusions forenelighed angår alene spørgsmålet, om fusionen skaper eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf”.¹¹²

Riktignok er dette kun Kommisjonens anførsler, men de motsies ikke av Domstolen ettersom de ligger noe på siden av hovedspørsmålet i saken.

En slik rettstilstand støttes av at Kommisjonen ikke lenger skal ta materielt stilling til de aksessoriske begrensningene. Denne oppgaven er lagt til partene selv, og de nasjonale domstoler.¹¹³ Det fremgår heller ikke av Kommisjonens formular for fullstendig melding av fusjoner at de aksessoriske begrensninger skal oppgis der.¹¹⁴ Når Kommisjonen ikke tar stilling til begrensningene, vil de heller ikke kunne være en del av SIEC-testen. Her kan det tenkes en metode der det tas prejudisielt stilling til begrensningene, men dette vil være vanskelig når de ikke innmeldes av partene i skjema for fullstendig melding av fusjonen.

Det oppstår her et spørsmål om den norske konkurranseloven § 16 sjette ledd harmonerer med EF-retten på dette punktet. Det følger nemlig av denne bestemmelsen at:

”Begrensninger som er direkte knyttet til en foretakssammenslutning eller et erverv som nevnt i annet ledd, er ikke i strid med §10 eller §11 dersom de er nødvendige for gjennomføring av foretakssammenslutningen eller ervervet, og foretakssammenslutningen eller ervervet sammen med de tilknyttede begrensningene ikke fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål”.¹¹⁵

Denne ordlyden peker klart i retning av at de aksessoriske begrensningene skal kumuleres inn i den hovedvurdering av fusjonen som foretas etter § 16 første ledd.

Etter forarbeidene forutsettes dette å være ”i tråd med EØS-reglene”,¹¹⁶ noe som er tvilsomt etter drøftelsen ovenfor.

En slik kumulasjon støttes også av metoden Konkurransetilsynet anvender i *Jølstad* og *Canal Digital*. De vurderer om begrensningene er aksessoriske først, i motsetning til Kommisjonen som vurderer disse til slutt, og deretter om fusjonen vesentlig begrenser konkurransen. I *Canal Digital* understreker Konkurransetilsynet at ”det er virkningene av den samlede transaksjon som er relevant”,¹¹⁷ noe de følger opp i den konkrete vurderingen.¹¹⁸

¹¹¹ Sak T-251/00 avsagt 20. november 2002, *Kommisjonen mot Lagardère SCA og Canal+ SA*.

¹¹² Sitatet er tatt fra dommens avsnitt 30.

¹¹³ Jf. oppgaven punkt 4.

¹¹⁴ Se Ritter s. 636.

¹¹⁵ Min understrekning.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 230.

¹¹⁷ Vedtakets punkt 4.3.

¹¹⁸ Vedtakets punkt 7.1. Den samlede vurdering støttes også av Kolstad s. 245, Kolstad i *Norsk lovkommentar* note 147 og Ryssdal s. 233-234.

Fordelen med en slik metode er at Konkurransetilsynet kan sette som vilkår for å godkjenne fusjonen at de aksessoriske begrensningene kuttet helt eller lempes, slik at de harmonerer med hovedvilkåret i § 16 første ledd. Metoden er også i tråd med målsetningen om konstruktiv dialog med partene.¹¹⁹

Det er imidlertid et poeng at også etter konkurranseloven er det partene selv som skal ta stilling til om begrensningene er aksessoriske, og eventuelt norske domstoler i tilfelle det oppstår konflikt mellom partene.¹²⁰ Det er altså ikke Konkurransetilsynet som i første rekke materielt skal vurdere disse. Imidlertid, i motsetning til EF-reglene, virker det som at partene skal oppgi disse begrensningene i *Konkurransetilsynets retningslinjer for fullstendig melding av foretakssammenslutning*.¹²¹ Da vil tilsynet prejudisielt kunne ta stilling til disse, og kumulere de inn i hovedvurderingen etter § 16 første ledd.

Dette er uproblematisk når foretakssammenslutningen ikke har fellesskapsdimensjon, ettersom norske domstoler fullt ut kan prøve hovedvilkåret i § 16 første ledd.¹²² Men dette vil være problematisk dersom foretakssammenslutningen har fellesskapsdimensjon, og Kommisjonen har godkjent fusjonen etter Fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd. Dersom det i etterkant av denne godkjennelsen kommer en sak opp for norske domstoler om gyldigheten av de aksessoriske begrensninger i tilknytning til denne fusjonen,¹²³ følger det av Fusjonsforordningen at domstolene ikke kan kumulere de aksessoriske begrensningene inn i SIEC-testen. Resultatet av SIEC-testen er en beslutning som kun Kommisjonen har kompetanse til å vurdere og vedta.¹²⁴

Konklusjonen synes etter dette å være at de aksessoriske begrensningene ikke kumuleres inn i SIEC-testen etter EF-reglene, men at dette gjøres etter den norske konkurranseloven.

Drøftelsen ovenfor har omhandlet spørsmålet om de aksessoriske begrensningene skal kumuleres inn i SIEC-testen. Man kan også reise spørsmålet om de kan trekkes inn i testen; altså om dette er opp til Kommisjonens og Konkurransetilsynets skjønn. En slik metode vil harmonere dårlig med at både Fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd og konkurranseloven § 16 første ledd er forbudsregler; det skal gripes inn mot fusjoner som i vesentlig grad begrenser konkurransen. En skjønnsmessig adgang i forhold til hva som kan trekkes inn i SIEC-testen vil uthule bestemmelsenens karakter av skal-regler. I tillegg vil det kunne innebære urimelig forskjellsbehandling å trekke inn de aksessoriske begrensningene i noen tilfeller, mens de holdes utenfor i andre. Dette vil også innebære en lav grad av forutberegnelighet for de impliserte virksomheter. Det fremgår også av de norske forarbeidene at ”spørsmålet om vilkårene for inngrep mot en foretakssammenslutning eller et minoritetserverv er tilstede, kan prøves for domstolene”.¹²⁵ Denne uttalelsen må forstås som at SIEC-testen anses som lovskjønn, og det er derfor ikke Konkurransetilsynet som

¹¹⁹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85.

¹²⁰ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85, og oppgaven punkt 4.

¹²¹ Del 3 bokstav e. Retningslinjene finnes på www.konkurransetilsynet.no.

¹²² Se Ot.prp. nr. 6 (2002-2004) s. 83 første avsnitt.

¹²³ Jf. Meddelelsen punkt 2.

¹²⁴ Jf. Fusjonsforordningen artikkel 21 annet ledd.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 83 første avsnitt.

bestemmer hva som kan trekkes inn i testen. Her vil nok imidlertid domstolene vise tilbakeholdenhet når de overprøver Konkurransetilsynets vurderinger.¹²⁶

Et annet spørsmål er om det kun er kontraktsklausuler i snever forstand som kan anses som ”konkurrencebegrensninger”.

Ordlyden ”konkurrencebegrensninger” trekker i retning av at det ikke bare er kontraktsklausuler som omfattes; det er nok at konkurransen begrenses. Dette harmonerer også godt med at EFT artikkel 81 og 82 rammer alle former for konkurransebegrensende samarbeid, og heller ikke Fusjonsforordningen artikkel 2 annet ledd begrenser reglene til avtaler; Det er i utgangspunktet alle følger av fusjoner som omfattes av disse reglene. Meddelelsen har en mindre gjennomgående ordlyd. Den anvender begrepet ”avtaler” i punkt 10, men snakker generelt om ”konkurrenceforbud” i punkt 18.

I forarbeidene til den norske konkurranseloven presiserer Konkurransetilsynet i sin høringsuttalelse at utvalgets¹²⁷ bruk av ”avtaler” i § 4-1 (§ 16 sjette ledd), bør endres til ”begrensninger”. Dette begrunnes med at det er ”begrensningens art, og ikke begrensningens form, som er det sentrale i vurderingen av hvorvidt det foreligger en begrensning som må vurderes som tilknyttet foretakssammenslutningen. Det er derfor uten betydning om begrensningen er etablert i form av avtale eller på annen måte”. Tilsynet presiserer videre at dette er i overensstemmelse med Konkurransetilsynets praksis og Fusjonsforordningen.¹²⁸ Denne argumentasjonen ble bifalt av departementet, og den nåværende ordlyd i § 16 sjette ledd er ”begrensninger”. De norske forarbeider nevner imidlertid ingen eksempel på begrensninger som ikke har avtaleform, og i praksis vil det vel være slik at konkurranseklausuler som regel tas inn i en kontrakt. På tross av at det er lite praktisk, må det være forsvarlig å konkludere med at doktrinen også omfatter begrensninger som ikke er tatt inn i en avtaleklausul.¹²⁹

Nok et spørsmål er om det er noen realitetsforskjell ved anvendelse av doktrinen på henholdsvis vertikale og horisontale fusjoner.

Horisontale fusjoner kan vel lettere anses å være konkurransebegrensende, ettersom de to parter da er konkurrenter i det samme markedssegment. Ettersom det ikke skal foretas en detaljert markedsanalyse ved anvendelse av doktrinen, er det imidlertid sannsynlig at dette skillet ikke har betydning. Skillet vil kun ha betydning etter SIEC-testen. Meddelelsen sonderer heller ikke mellom ulike typer fusjoner.¹³⁰

¹²⁶ Jf. prinsippet i Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredning).

¹²⁷ NOU 2003: 12.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 84 punkt 7.4.3.

¹²⁹ Eksempelvis kan dette være såkalte ”naturlige konkurranseklausuler”; Fordi det er så naturlig å ha med slike i en fusjonskontrakt, kan det muligens innfortolkes en slik klausul som underforstått mellom partene, se Lunde s. 433-434.

¹³⁰ Det er imidlertid klart at Kommisjonen har vært mildere stilt til konkurransebegrensninger tilliggende ulike typer vertikale avtaler uten fusjon, eks. avtaler om selektive distribusjonssystem, se Diaz s. 958.

2.3 Hvordan forstås "direkte knyttet til ... fusjonens gjennomførelse"?

Heri ligger kravet om aksessoritet. Etter Meddelelsen¹³¹ er dette avtaler som er knyttet til fusjonen, men som ikke gjennomfører dennes hovedformål; Å skaffe seg kontroll over foretaket etter Fusjonsforordningen artikkel 3 annet ledd. Det er altså en utvidelse av Fusjonsforordningens anvendelsesområde, og noe annet enn det som direkte gjennomfører fusjonen.¹³² Begrensningene "må være avledet av foretakssammenslutningen – ikke omvendt".¹³³ Kolstad oppstiller et krav om "saklig sammenheng med bedriftservervet".¹³⁴

Det rettslige problem blir altså å trekke en grense mot hovedavtalen, denne avtalen reguleres eksklusivt av SIEC-testen.

Utgangspunktet er at konkurransebegrensninger kan anses tilknyttet fusjonen dersom de ikke er en del av hovedavtalen, og heller ikke av en helt annen natur enn denne.¹³⁵ Meddelelsen¹³⁶ innskrenker dette utgangspunktet ved at det kreves en "snæver" tilknytning med fusjonen.

Vurderingen av om en konkurransebegrensning er direkte knyttet til fusjonens gjennomførelse er objektiv.¹³⁷

Det er ikke tilstrekkelig for å oppfylle kravet om aksessoritet at avtalen er gjort på samme tid og i samme kontekst som fusjonen, og dette er heller ikke nødvendig.¹³⁸ Eksempelvis kan avtaler som hindrer selger i å foreta vesentlige endringer av foretaket før fusjonen gjennomføres anses som tilknyttet fusjonen,¹³⁹ men konkurransebegrensninger opprettet etter at fusjonen er gjennomført kan neppe anses som tilknyttet denne. Det er i hvert fall åpenbart at disse ikke er nødvendig for å sikre transaksjonen.¹⁴⁰

I *Métropole télévision* uttaler Retten i første instans at konkurransebegrensninger er tilknyttet en fusjonsavtale dersom de "er af underordnet karakter i forhold til denne transaksjons gjennomførelse, og som har åpenbar sammenheng med gjennomførelsen av transaksjonen".¹⁴¹

Begrunnelsen for kravet om tilknytning er å forhindre avtaler som egentlig er rent konkurransebegrensende samarbeid. En må altså undersøke om transaksjonen er en form for

¹³¹ Punkt 10.

¹³² Se Manzini s. 392 andre avsnitt.

¹³³ Ryssdal s. 228.

¹³⁴ Side 247.

¹³⁵ Se Hawk s. 272.

¹³⁶ Punkt 12.

¹³⁷ Jf. Meddelelsen punkt 11.

¹³⁸ Jf. Meddelelsen punkt 12 og fotnote 1 til denne.

¹³⁹ Jf. Meddelelsen punkt 14. Se Kommisjonens beslutning *Dupont/ICI* avsnitt 55 punkt 1. Se også Christensen s. 756.

¹⁴⁰ Se oppgaven punkt 2.4. Her kan man statuere det poeng at det er en glidende overgang mellom Fusjonsforordningens krav om at begrensningene må være nødvendige for fusjonens gjennomførelse, og at begrensningene må være tilknyttet fusjonen.

¹⁴¹ Avsnitt 105 (mine understrekninger).

”kamouflering” av dette. Et sentralt vurderingstema er derfor hva som er hovedformålet med transaksjonen. Er det en fusjon med tilhørende konkurransebegrensninger for å sikre de overførte verdier, eller er det kamouflering av et ulovlig samarbeid?¹⁴²

Den amerikanske rettssaken *Dagher v Saudi Refining Inc* (2005), er et illustrerende eksempel på et slikt forsøk.¹⁴³ Shell og Texaco – som var bitre konkurrenter – hadde opprettet et joint venture (Equilon Enterprises) som skulle produsere og markedsføre bensin. Equilon skulle selge deres bensin til samme pris, i de samme markeder som de tidligere hadde konkurrert i. Retten vurderte saken etter den amerikanske doktrinen om aksessoriske begrensninger, og konkluderte med at prisavtalen ikke kunne anses som aksessorisk til opprettelsen av joint venturet. Hovedbegrunnelsen var at de fant det bevist at to selskaper hadde blitt enige om å samordne prisen på bensin, ikke etter, men før joint venturet ble planlagt opprettet.

2.4 Hvordan forstås ”nødvendige for fusionens gjennomførelse”?

2.4.1 Utgangspunkter

Tyngdepunktet i vurderingen av om en begrensning er aksessorisk ligger i dette vilkåret, og det er også denne vurderingen som er mest krevende i praksis.¹⁴⁴

Også her er det en objektiv vurdering som skal foretas. Partenes subjektive oppfatning av konkurransebegrensningen vil i alle tilfelle ikke bli tillagt avgjørende vekt. Dette ble slått fast allerede i *Remia-kommisjonsbeslutning*,¹⁴⁵ og er i dag kodifisert i Meddelelsen.¹⁴⁶

2.4.2 Hvilken begrensning ligger i ”fusionens gjennomførelse”?

Konkurransesklausulen og øvrige aksessoriske begrensninger skal beskytte og sikre de overførte verdier i fusjonsavtalen, de skal ikke sikre kjøpers kommersielle suksess.

Kjøper skal ”vinde kundernes lojalitet og assimilere og udnytte den overdragne knowhow” og goodwill.¹⁴⁷

Konkurransesklausulen skal sikre at kjøper ”gennem en aktiv konkurrenceadfærd, kan indtage sælgerens tidligere plads på markedet”.¹⁴⁸

Spørsmålet er hvor strengt man skal praktisere dette utgangspunktet.

I *Reuter* sier Kommisjonen at klausulen må være ”ubetinget nødvendig”,¹⁴⁹ men det virker som de modifierer seg selv når de i samme beslutning sier at det er tilstrekkelig at det blir ”vanskelig eller praktisk taget umulig” å gjennomføre fusjonen uten konkurranseklausulen.¹⁵⁰

¹⁴² Se Diaz s. 968-969.

¹⁴³ Kommentert i Broder s. 161-162.

¹⁴⁴ Se Iversen s. 343.

¹⁴⁵ Se beslutningens avsnitt 27.

¹⁴⁶ Punkt 11.

¹⁴⁷ Jf. Meddelelsen punkt 18 (min understreking).

¹⁴⁸ Se *Remia-kommisjonsbeslutning* avsnitt 27. Domstolen fulgte opp dette i *Remia-dommen* avsnitt 42. Se også *Reuter* kapittel II punkt 3.

¹⁴⁹ Beslutningens kapittel II punkt 3.

¹⁵⁰ Kapittel II punkt 3 bokstav a.

I alle tilfelle modifierer Meddelelsen punkt 13 utgangspunktet om ubetinget nødvendighet. Det heter her at klausulene anses nødvendig dersom ”fusionen uten disse aftaler ikke kan gjennomføres eller kun kan gjennomføres på mere risikobetonede vilkår, med betydelig høyere omkostninger, over en meget lengre periode eller med langt større vanskeligheter”.¹⁵¹ Videre i samme punkt presiseres det at begrensningenes anvendelsesområde ikke skal trekkes lenger enn ”hvad der med rimelighed er nødvendig for fusionens gjennomførelse”.¹⁵²

Det er således en form for årsaksvurdering som skal foretas: ville fusjonen blitt gjennomført uten konkurranseklausulen? Men det er ingen betingelsesteori som anvendes. Det er en smidig overgang som tillates, nærmere bestemt en overgang som i praksis muliggjør denne konkrete transaksjon i dette konkrete markedet.¹⁵³

Selv om det ikke anlegges en betingelsesteori, er det strenge vilkår for at nødvendighetskriteriet skal anses oppfylt. Det skal være ”betydelig høyere omkostninger, over en meget lengre periode eller med langt større vanskeligheter”.¹⁵⁴ Det er altså ikke tilstrekkelig at transaksjonen blir vanskeligere å gjennomføre uten konkurranseklausulen.

Illustrerende er Departementets uttalelser i deres klagebehandling av Konkurransetilsynets vedtak i *Canal Digital-saken*.¹⁵⁵ De avviser at klausulen som gir Canal Digital eksklusiv rett til å distribuere TV 2 sine sendinger er nødvendig for å gjennomføre bedriftservervet. ”Avtalen tar videre sikte på å regulere et mer bestående forhold, og ikke alene sikre en gjennomføring av ervervet i en overgangsperiode”.¹⁵⁶

Det kan i praksis tenkes at selger og kjøper inngår en avtale i forbindelse med fusjonen, der kjøper betaler selger for at han ikke skal starte konkurrerende virksomhet utover den tidsbegrensningen som er angitt i Meddelelsen punkt 20 (se også Meddelelsen punkt 19 og oppgavens punkt 2.4.5). Dette kan også ses på som en form for gradvis vederlag for den goodwill og knowhow som overføres ved fusjonstransaksjonen. En slik form for utvidet konkurranseklausul vil neppe være tillatt etter konkurransereglene. Den regulerer et mer bestående forhold, og er derfor ikke nødvendig for å sikre fusjonens gjennomførelse.

2.4.3 Hvilket materielt anvendelsesområde kan en konkurranseklausul ha?

Hovedregelen er at det er ”værdien af de overførte aktiver” som skal beskyttes.¹⁵⁷ Klausulens materielle anvendelsesområde skal ikke overstige ”hvad der med rimelighed er nødvendig for fusionens gjennomførelse”.¹⁵⁸

”Overførte aktiver” i punkt 13 må forstås som immaterielle aktiva når den leses i lys av Meddelelsen punkt 21, som unntar materielle aktiver fra det som kan vernes av en konkurranseklausul. Materielle aktiver vernes etter andre regelsett, og det er derfor ikke nødvendig at de vernes av konkurranseklausulen. Det samme gjelder for eksklusive

¹⁵¹ Min understrekning.

¹⁵² Min understrekning.

¹⁵³ Se Jones & Suftrin s. 202. Se også Meddelelsen punkt 12: ”lette en gnidningsløs overgang”.

¹⁵⁴ Se Meddelelsen punkt 13 (mine understrekninger).

¹⁵⁵ <http://odin.dep.no/filarkiv/170421/norgeskanalen.pdf>

¹⁵⁶ Vedtaket s. 10 (min understrekning).

¹⁵⁷ Jf. Meddelelsen punkt 13.

¹⁵⁸ Jf. Meddelelsen punkt 13 og 19.

immaterialrettigheter, som også unntas fra konkurranseklausulens virkeområde i Meddelelsen punkt 21.¹⁵⁹ Kort sagt kan konkurranseklausulen omfatte den goodwill og knowhow som overføres.¹⁶⁰

Det fremgår av Meddelelsen punkt 23 at den goodwill og knowhow som vernes av konkurranseklausulen, kun kan knytte seg til ”produkter (herunder forbedrede versjoner eller oppdateringer af produkter samt nye modeller) og tjenesteydelser, der udgør den overdragne virksomheds økonomiske aktivitet”.

Dette er en fornuftig retningslinje, ettersom det i utgangspunktet ikke kan sies å overføres goodwill og knowhow knyttet til produkt og tjenester som ikke er en del av den økonomiske aktiviteten til virksomheten som overføres, og kjøper har da følgelig ikke et berettiget behov for beskyttelse i form av en konkurranseklausul.¹⁶¹

Det er også hensiktsmessig at dette utvides til ”forbedrede versjoner eller oppdateringer af produkter samt nye modeller”. Uten en slik regel kunne selger med enkle grep omgå konkurranseklausulens nedslagsfelt ved å foreta små tekniske endringer i de produktene som er overført. Her må det trekkes en grense mot biprodukt, som neppe kan tillates omfattes av konkurranseklausulen. Kommisjonen uttaler i *Deutsche BP/Erdölchemie* at selv om klorin er et biprodukt av kaustisk soda, kan klorin ikke automatisk omfattes av den aksessoriske begrensning når hovedavtalen kun omfatter produksjonen av kaustisk soda.¹⁶²

Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Konkurranseklausulens materielle anvendelsesområde utvides allerede i Meddelelsen punkt 23 annet punktum. Det heter her at klausulen kan omfatte produkt og tjenester ”der på overdragelsestidspunktet allerede befinner sig på et fremskredent utviklingsstade, eller produkter, der ere færdigutviklede, men endnu ikke markedsført”.

Noen goodwill vil ikke overføres når produktene/tjenestene enda ikke er lansert i markedet.¹⁶³ Det sentrale vurderingsmoment ved fortolkningen av punkt 23 annet punktum blir derfor om produktene/tjenestene har kommet så langt i utviklingen at det kan sies å overføres knowhow i tilknytning til disse?

Dette må anses åpenbart når det gjelder produkt som er ferdigutviklede, men enda ikke lansert i markedet. Problemet knytter seg til forståelsen av ”fremskredent utviklingsstade”. ”Fremskredent” peker i retning av at ikke enhver forskning og utvikling omfattes. Det stilles et kvalitativt krav. Ordlyden må forstås i lys av hvilken knowhow som vernes etter doktrinen.¹⁶⁴ Den alminnelige kunnskap vernes ikke, og konklusjonen blir derfor at ”fremskredent utviklingsstade” innbefatter forskning og utvikling som ikke anses som

¹⁵⁹ Om grensedragningen mellom eksklusive immaterialrettigheter og knowhow/goodwill, se oppgaven punkt 1.3.4.

¹⁶⁰ Jf. Meddelelsen punkt 18. Se også *Reuter* kapittel II punkt 3.

¹⁶¹ Jf. Meddelelsen punkt 23 siste setning.

¹⁶² Sak M.2345 (2001), avsnitt 79. Saken omhandlet konkret en leveringsforpliktelse, men prinsippet må også kunne legges til grunn for konkurranseklausuler.

¹⁶³ Nærmere om goodwill i oppgaven punkt 1.3.4.

¹⁶⁴ Nærmere om knowhow i oppgaven punkt 1.3.4.

alminnelig kunnskap. Det må dreie seg om praktisk teknisk kunnskap som ligger i virksomheten, er innberegnet i kjøpesummen og som ikke er allment tilgjengelig.¹⁶⁵

Nok et rettslig problem er hvilken konkret begrensning det ligger i kravet om at produktene/tjenestene, med den tilhørende knowhow og goodwill, må foreligge på ”overdragelsestidspunktet”?¹⁶⁶

Et særlig problem er om kjøper kan forby selger å drive fremtidig forskning og utvikling omkring de produkter og tjenester som overføres?

Denne forskningen/utviklingen er foretatt etter ”overdragelsestidspunktet”. Den er ikke kommersiell, og ikke en del av kjøpesummen. Utgangspunktet må derfor være at konkurranseklausulen ikke kan inneholde et slikt forbud.

I *Reuter-saken* ble dr. Reuter pålagt et konkurranseforbud som forbød ham å bedrive enhver virksomhet omkring Polyurethan (et kunststoff) i åtte år. En virksomhet han hadde overdradd til BASF. BASF mente enhver virksomhet også innbefattet et forbud mot forskning og produktutvikling for dr. Reuter, men dette var Kommisjonen ikke enig i:

”Udarbejdelse af nye forskningsresultater og deres videreudvikling til industriel anvendelighed uden at taushedspligten krænkes fra sælgerens side, bringer ikke opnåelse af det retmæssige aftaleformål i fare. Så længe sælgeren ikke benytter resultaterne af sin forsknings - og udviklingsvirksomhed til direkte eller indirekte at påføre erhververen af virksomheden konkurrence ved at udnytte resultaterne, lider hverken markedsstillingen eller den erhvervede goodwill skade; under denne forudsætning er der heller ikke fare for, at kundekredsen fratages erhververen”.¹⁶⁷

Kommisjonen la også vekt på at en slik forbudsklausul i realiteten ville fjerne dr. Reuter fra markedet for alltid, ettersom han da ville miste sin kompetanse på polyurethanområdet, et område som var i hurtig vitenskapelig utvikling. Dette ville stride mot reglens overordnede formål: effektiv konkurranse.¹⁶⁸

Konklusjonen blir etter dette at når det gjelder produkt og tjenester som overføres i tråd med Meddelelsen punkt 23, kan selger pålegges en konkurranseklausul, men ikke et generelt forbud mot forskning og utvikling av produktene/tjenestene. Han kan imidlertid ikke kommersielt utnytte resultatene fra denne virksomheten før konkurranseklausulen faller bort. Er det derimot tale om produkt og tjenester som faller utenfor definisjonen i Meddelelsen punkt 23, er det åpenbart at selger umiddelbart kan utnytte resultatene fra sin forskning og utvikling i kommersielt øyemed, ettersom produktene/tjenestene ikke omfattes av konkurranseklausulen.

¹⁶⁵ Se *Reuter* kapittel II punkt 4 bokstav b og *Remia- kommisjonsbeslutning* avsnitt 31. Se også tingrettens uttalelser i RG 2004 s. 425 (Oslo), som illustrerer dette poenget.

¹⁶⁶ Jf. Meddelelsen punkt 23 annet punktum.

¹⁶⁷ Beslutningens kapittel II punkt 4 bokstav a (min understrekning).

¹⁶⁸ *Ibid.*

Det er også en naturlig problemstilling i forhold til konkurranseklausulens materielle anvendelsesområde, i hvor stor grad den kan forby selger å involvere seg i andre virksomheter som konkurrerer med den virksomhet som er overdratt.

I Kommisjonens beslutning *Philips/Agilent health care solutions*¹⁶⁹ ble en konkurranseklausul som forbød Agilent å ha ”purely financial interests” i konkurrerende selskap, ikke ansett som aksessorisk. Og dette selv om interessene oversteg 10 % av aksjekapitalen.

Dette prinsippet er nå kodifisert i Meddelelsen punkt 25. Utgangspunktet er at en klausul som forbyr selger å inneha aksjer i et konkurrerende selskap anses som aksessorisk, ”medmindre de hindrer sælgeren i at købe eller eje aktier utelukkende i investeringsøjemed uden dermed at få direkte eller indirekte ledelsesfunktioner eller egentlig indflydelse i den konkurrerende virksomhed”.

Dersom selger innehar aksjemajoriteten i et konkurrerende selskap (mer enn 50 % av aksjene) må vel presumsjonen være at det ikke anses utelukkende som en investering, og at han anses å ha en ”egentlig indflydelse i den konkurrerende virksomhed”.

Men når selgers investeringer befinner seg under 50 % av aksjekapitalen, må det foretas en konkret vurdering av om han har ”direkte eller indirekte ledelsesfunktioner eller egentlig indflydelse i den konkurrerende virksomhed”. Her snus presumsjonen.¹⁷⁰ Momenter kan her være om han tar aktivt del i den daglige driften av foretaket, om han innehar verv i dette og om han har løpende kontakt med personellet i bedriften. En må vel generelt kunne si at jo større aksjekapital selger innehar, jo større er presumsjonen for at han har en egentlig innflytelse på driften, selv om hans interesser ikke overstiger 50 % av den totale aksjekapitalen.

Det er også naturlig at selv om selger ikke har konkrete eierinteresser i et konkurrerende foretak, vil han – med hjemmel i konkurranseklausulen – heller ikke kunne samarbeide med andre konkurrenter.¹⁷¹ I alle tilfelle vil et slikt samarbeid plukkes opp av en avtalt fortrolighetsklausul.¹⁷²

Bergunnelsen for disse reglene, er at det ikke skal være plausibelt for selger å omgå formålet med konkurranseklausulen ved å videreformidle sin knowhow og goodwill til konkurrerende foretak. Det vil være like skadelig for kjøper om selger beskjerer denne verdien personlig ved å starte et konkurrerende selskap, eller at han gjør det ved å videreformidle sin kunnskap til andre som deretter utnytter den i konkurranse med kjøper.

Men når slike investeringer i utgangspunktet godtas, øker det utvilsomt faren for omgåelse av konkurranseklausulen. Det vil være vanskelig å fastslå om selger kun har rene investeringsintensjoner, eller om han utøver en ”egentlig indflydelse i den konkurrerende virksomhed”, og dette er det kjøper som må bevise.¹⁷³ Det er rart at Kommisjonen har valgt å tillate dette faremomentet, ettersom en konkurranseklausuls forbud mot minoritetserverv uten innflytelse på driften av foretaket, i alle tilfelle neppe kan anses som en begrensning av

¹⁶⁹ Avsnitt 41.

¹⁷⁰ Se Bellamy & Child s. 430 punkt 9.

¹⁷¹ Se *Reuter* kapittel II punkt 3 bokstav a.

¹⁷² Se oppgaven punkt 2.5.

¹⁷³ Se Bellamy & Child s. 430 punkt 9.

konkurransen etter EFT artikkel 81 eller 82.¹⁷⁴ Selger vil her bare være en av en rekke passive aksjonærer, som ikke utøver noen direkte konkurranse med kjøperen.

2.4.4 Hvilket geografisk anvendelsesområde kan en konkurranseklausul ha?

Det følger av Meddelelsens prinsipielle punkt 13 at konkurransebegrensningens geografiske anvendelsesområde ikke skal rekke lenger enn ”hvad der med rimelighed er nødvendigt for fusionens gennemførelse”. Dette er gjentatt for konkurranseklausuler i Meddelelsen punkt 19.

Ordlyden ”rimelig...” geografisk utstrekning gir liten veiledning. Derfor er de sentrale moment i denne vurderingen kodifisert i Meddelelsen punkt 22.

Utgangspunktet er at konkurranseklausulens geografiske utstrekning skal begrenses ”til det område, hvor sælgeren før virksomhedsoverdragelsen udbød sine produkter”. Det er altså et krav om penetrerte markedsområder. Begrunnelsen for dette er innlysende når en ser hen til en av hovedbegrunnelsene bak doktrinen: det er verdien av ”de overdragne aktiver”¹⁷⁵ som skal beskyttes. Når selger ikke opererer i markedet, overføres det heller ingen goodwill og knowhow i og om dette markedet når virksomheten overdras. Kjøper har derfor ikke et legitimt behov for beskyttelse mot konkurranse fra selger i dette området.¹⁷⁶

Dette utgangspunktet ble slått fast allerede i *Remia-kommisjonsbeslutning*. I avtalen om salg av selskapet Luckys til Zuid, ble Nutricia (selger) pålagt en klausul som forbød dem å konkurrere med Zuid på produktområdet for surssyltede produkter i ”europæiske lande” i fem år.¹⁷⁷ Kommisjonen mente at et slikt geografisk omfang ikke var nødvendig, ettersom Luckys kun var aktiv i tre land ved overdragelsen. De begrunner dette med at ”Nutricia hadde ikke i de øvrige medlemsstater noget renommé, der vilde have betydet, at der over for køberen ville have været illoyalt, såfremt sælgeren var begyndt at udøve virksomhed i disse medlemsstater”.¹⁷⁸

Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Det følger av Meddelelsen punkt 22 annet punktum at ”det geografiske område kan utvides til at omfatte områder, som sælger på overdragelsestidspunktet hadde planer om at gå ind på, forudsat at sælger allerede har investeret i forberedelser hertil”.

Hva kan begrunne en slik utvidelse?

Heller ikke i dette tilfellet kan det umiddelbart sies å bli overført goodwill. Selger har ikke oppnådd noe konkret renommé i et marked han ikke har operert i, men det kan tenkes tidlige reklamekampanjer og annen form for kundeerving. I tillegg kan det ligge merkantil knowhow i bedriften om dette markedet, selv om det enda ikke er entret. Dette kan tolkes inn i vilkårene om at det må foreligge ”planer” om å entre markedet og at det er ”investeret i forberedelser hertil”. Dette er kumulative vilkår, det er altså ikke tilstrekkelig at det kun foreligger planer om markedsentring; planene må ha manifestert seg gjennom investeringer.

¹⁷⁴ Se Hawk s. 275.

¹⁷⁵ Se Meddelelsen punkt 18. Se også oppgaven punkt 2.4.2 og 2.4.3.

¹⁷⁶ Se Meddelelsen punkt 22.

¹⁷⁷ Beslutningens avsnitt 19-21.

¹⁷⁸ Avsnitt 33.

I *Reuter* uttaler Kommisjonen at konkurranseklausulens anvendelsesområde kan utvides til områder der selger ”på grund af en væsentlig, påviselig indsats må anses for en mulig konkurrent”.¹⁷⁹ Dette må forstås slik at selger må ha opparbeidet seg en slik merkantil knowhow og goodwill om og i dette markedet, at det er naturlig at han får betalt for dette ved virksomhetsoverdragelsen. Da er det også naturlig at kjøper beskyttes mot konkurranse fra selger, ettersom det er nærliggende at han kan entre dette markedet og beskjære den verdien som er overført til kjøper.

Kjøper kan imidlertid ikke, gjennom konkurranseklausulen, beskytte seg mot en markedsutvidelse for selger som skjer etter overdragelsen, jf. ordene ”før virksomhetsoverdragelsen” i Meddelelsen punkt 22. Eksempel på dette er en markedsutvidelse på grunn av reduserte transportkostnader etter at fusjonen er gjennomført.¹⁸⁰

En interessant problemstilling er forholdet mellom konkurranseklausulens tillatte geografiske utstrekning, og per se forbudet mot konkurransebegrensende avtaler som innebærer et eksportforbud.

Ved ulike former for vertikale avtaler uten fusjon som hovedformål¹⁸¹ har Kommisjonen, Retten og Domstolen ikke anvendt doktrinen om aksessoriske begrensninger når de aksessoriske avtalene reelt inneholder et eksportforbud. Dette har de ansett som per se forbudt etter EFT artikkel 81, selv om hovedavtalen i utgangspunktet ble akseptert.¹⁸²

Spørsmålet er om dette også gjelder ved fusjoner?

I *Remia-sakene* aksepterte Kommisjonen og Retten en konkurranseklausul som forbød Nutricia å konkurrere med Zuid i tre land. Avgjørende var her at disse markedene var entret før virksomhetsoverdragelsen.¹⁸³ Selv om dette i realiteten innebar et eksportforbud for Nutricia, brukte både Kommisjonen og Retten doktrinen uten å komme inn på det problematiske med eksportforbudet.¹⁸⁴

Ser man dette i sammenheng med Meddelelsen punkt 22, må det for fusjoners vedkommende aksepteres at konkurranseklausulen i realiteten inneholder et eksportforbud. Avgjørende for en konkurranseklausuls tillatte geografiske anvendelsesområde er om den oppfyller kriteriene i punkt 22. En kan si at doktrinen supplerer og innskrenker prinsippet om at eksportforbud er per se forbudt etter EFT artikkel 81.

¹⁷⁹ Beslutningens kapittel II punkt 3 bokstav b.

¹⁸⁰ Se Kolstad s. 247.

¹⁸¹ Eksempelvis avtaler om selektive distribusjonssystem.

¹⁸² Sak C-19/77, *Miller mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 131. Sak C-30/78, *Distillers mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 2229. Disse sakene er kommentert av Korah s. 61 og 62. Se også Jones & Sufrin s. 218-220, som kritiserer denne praksisen.

¹⁸³ Se *Remia-kommisjonsbeslutning* avsnitt 33-35.

¹⁸⁴ Se Korah s. 60 note 7 og 8.

2.4.5 Hvilken varighet kan en konkurranseklausul ha?

Det følger av Meddelelsen punkt 19 at konkurranseklausulens varighet ikke skal være ”mere vidtgående, end hvad der med rimelighed må anses for nødvendigt” for å gjennomføre fusjonen.¹⁸⁵

Denne ordlyden gir ikke særlig veiledning, og den er derfor supplert og presisert i Meddelelsen punkt 20: Konkurranseklausul kan godtas ”op til tre år, når der sammen med virksomheden også overdrages en loyal kundekrets i form av såvel goodwill som knowhow”. Hvis det kun er goodwill som overdras er perioden ”på op til to år”.

Ordlyden ”op til” viser at det kun er snakk om en retningslinje. Det er ikke slik at de angitte tidsgrensene skal maksimeres i ethvert tilfelle. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle for å statuere hva som er konkurranseklausulens nødvendige varighet. Her vil de konkrete markedsforholdene ved den enkelte transaksjon være av sentral betydning.¹⁸⁶ Selv om det ikke fremgår eksplisitt av ordlyden, er det slik at også lengre tid enn det som er angitt i Meddelelsen punkt 20 kan godtas i konkrete tilfelle. En må ikke glemme at Meddelelsen kun er retningslinjer, som det kan forsvares å fravike i særlige tilfelle.¹⁸⁷ Dette er imidlertid ikke plausibelt, og bevisbyrden ligger på partene.¹⁸⁸

Problemet med retningslinjer som det ikke er plausibelt å fravike, er at næringslivet sannsynligvis vil legge seg tett opp til grensene etter punkt 20 i ethvert tilfelle.¹⁸⁹ Begrunnelsen for at det på tross av dette opereres med retningslinjer, er særlig hensynet til de impliserte parters forutberegnelighet.

Den sentrale juridiske problemstilling blir etter dette hvilke momenter som får betydning ved den konkrete vurdering av konkurranseklausulens nødvendige varighet?

Utgangspunktet for varighetsvurderingen må være at kjøper får tid til å inkorporere den overførte knowhow, og anvende denne på den overførte kundekretsen (goodwill).¹⁹⁰ Kjøper skal, gjennom aktiv konkurranseatferd, ha en realistisk mulighet til å komme seg opp til selgers nivå ved overdragelsen.¹⁹¹ Etter dette tidspunktet er selger ikke bedre stillet enn enhver annen konkurrent, og han kan derfor igjen tre inn på markedet.¹⁹²

Kundelojalitet er et slikt særlig markedsmessig moment som har betydning for konkurranseklausulens tillatte varighet.¹⁹³ En særlig sterk kundelojalitet kan tale for å utvide tidsgrensene i Meddelelsen punkt 20, og motsatt kan en svak kundelojalitet tale for å innskrenke grensene.

¹⁸⁵ Dette fremgår også av det prinsipielle punkt 13 i Meddelelsen.

¹⁸⁶ Se *Remia-kommisjonsbeslutning* avsnitt 28. Se også Modrall s. 43 og 47, og Korah s. 49-50.

¹⁸⁷ Se oppgaven punkt 1.4.2. Se også Meddelelsen punkt 5.

¹⁸⁸ Se Iversen s. 344.

¹⁸⁹ Se Ryssdal s. 230.

¹⁹⁰ Se *Reuter* kapittel II punkt 4 bokstav b.

¹⁹¹ Se oppgaven punkt 2.4.2.

¹⁹² Se *Remia-kommisjonsbeslutning* avsnitt 27.

¹⁹³ Se Meddelelsen punkt 20: ”loyal kundekreds”. Se også *Remia-kommisjonsbeslutning* avsnitt 28.

Tilfeller der selger også overdrar varemerker mv. taler for å innskrenke varigheten selv om det foreligger sterk kundelojalitet.¹⁹⁴ Det må være en presumsjon for at kundene vil følge merket selv om det er en annen selger som distribuerer dette.

I *Reuter* la Kommisjonen vekt på, når de vurderte kundelojaliteten, at det var et stort markedsområde, med en kundemasse som ikke var lett å håndtere.¹⁹⁵ Motsatt må det også kunne være et moment at ved større markeder er det ikke like stor grad av direkte kundekontakt mellom nøkkelpersonell i bedriften og kundene, dette kan tilsi at det overføres en lavere grad av kundelojalitet ved fusjonen.

Det er også naturlig at lang levetid på de produkter som overføres, kan tilsi at konkurranseklausulen tillates over lengre tid. Her vil kjøper behøve lengre tid på å anvende den overførte knowhow på kundegruppen, ettersom de ikke like hyppig vil kjøpe nye produkt.

I *Framatome*¹⁹⁶ tillot Kommisjonen en konkurranseklausul med en varighet på 30 år. Begrunnelsen for dette var at ”den nukleare sektor er en sektor med usædvanlig lange økonomiske livs sykler”.¹⁹⁷

I *Volvo/Renault*¹⁹⁸ godtok Kommisjonen en konkurranseklausul med fem års varighet. Begrunnelsen var den sterke kundelojaliteten i lastebilmarkedet, og lastebilers lange livssykluser.

Etter dette kan man stille spørsmålet om et produkts gjennomsnittlige levetid kan være en fornuftig tidsbegrensning for konkurranseklausulen.

Dersom man legger dette til grunn, vil kjøper nærmest sikres en adgang til å utnytte den ervervede knowhow og anvende den på kundemassen, ettersom alle kunder vil måtte skifte ut produktet i løpet av konkurranseklausulens løpetid.

Dette vil være en retts teknisk gunstig regel, men det er tvilsomt om dette er nødvendig for å gjennomføre fusjonen. Kjøper vil etter rettstilstanden i dag ha en rimelig¹⁹⁹ mulighet til å anvende den ervervede knowhow på kundemassen, ettersom det er sannsynlig at det på transaksjonstidspunktet er en rekke produkt som er på slutten av sin gjennomsnittlige levetid. I alle tilfelle sikres kjøper ved at klausulen kan utvides i tid for produkt med lang levetid.²⁰⁰

Den beste løsning må etter dette være å kun anse et produkts levetid som et moment i helhetsvurderingen av en konkurranseklausuls nødvendige varighet.

¹⁹⁴ Se *Remia-kommisjonsbeslutning* avsnitt 29.

¹⁹⁵ Kapittel II punkt 4 bokstav b.

¹⁹⁶ Kommisjonens beslutning M.1940 (2000), *Framatome/Siemens/Cogéma*.

¹⁹⁷ *Ibid.* avsnitt 148. Konkret er dette en joint venture sak, se oppgaven punkt 2.7, men uttalelsen er generell og må prinsipielt kunne anvendes også ved andre typer fusjoner.

¹⁹⁸ Kommisjonens beslutning M.1980 (2000), *Volvo/Renault* (spesielt avsnitt 56).

¹⁹⁹ Jf. ordlyden i Meddelelsen punkt 19: Det er det som rimeligvis er nødvendig som godtas.

²⁰⁰ En slik regel samsvarer også godt med proporsjonalitetsprinsippet i Meddelelsen punkt 13: Det er det minst konkurransebegrensende alternativ som skal velges. Se nærmere om dette i oppgaven punkt 2.4.7.

I *Reuter* poengterer Kommissjonen at det kan tale for en tidsmessig utvidelse av konkurranseklausulen, dersom det vil kunne oppstå organisasjonsmessige vanskeligheter ved implementeringen av den nyervervede virksomhet i kjøpers eksisterende virksomhet.²⁰¹ I denne konkrete saken understreker imidlertid Kommissjonen at BASF er et finansielt sterkt konsern, med internasjonal erfaren ledelse med erfaringer på det overdratte område. I tillegg var konsernet som ble overdratt fullt ut operasjonsdyktig.²⁰² Presumsjonen var altså at det ikke ville oppstå slike implementeringsvanskeligheter i denne saken. I alle tilfelle kan ikke administrative feil begått av kjøper legitimere en lengre varighet for konkurranseklausulen.²⁰³

I *Remia-kommisjonsbeslutning* anlegges det også et selgerperspektiv. Det kan legges vekt på hvor lang tid det ville tatt for selger å gjennerverve sine kunder dersom det ikke hadde foreligget en konkurranseklausul.²⁰⁴

Et annet nærliggende spørsmål er hvorfor Meddelelsen opererer med en presumsjon om kortere tillatt varighet for konkurranseklausulen når det kun overføres goodwill?²⁰⁵

En naturlig begrunnelse for denne divergensen er at det presumptivt kreves lengre tid for både å implementere og utnytte den overdragne knowhow og anvende denne på kundemassen, enn kun å erverve kundemassen. Men dette må i alle tilfelle vurderes konkret.

Meddelelsen nevner ikke det tilfelle at det kun overføres knowhow, men her må vel den samme divergensen presumeres, med den samme begrunnelse.

2.4.6 Hvem kan omfattes av en konkurranseklausul?

Nærmere presisert er den overordnede problemstilling: Hvilken ”personkreds” er det nødvendig å binde etter konkurranseklausulen for å kunne gjennomføre fusjonen?²⁰⁶

Hvordan skal man forstå Meddelelsens uttrykk: ”Sælger kan påtage sig forpliktelser, der ... binder ham selv”?²⁰⁷

Et problem er at EFT art. 81 kun rammer avtaler ”mellom virksomheder”. Ettersom doktrinen rent faktisk er et unntak fra denne bestemmelsen, oppstår spørsmålet om det kun er klausuler pålagt virksomhetene som sådan som omfattes av doktrinen. Klausuler pålagt andre enn virksomheten som juridisk person vil i utgangspunktet kunne anses å falle utenfor anvendelsesområdet til EFT art. 81; de vil da også i utgangspunktet falle utenfor anvendelsesområdet til doktrinen.²⁰⁸

²⁰¹ Kapittel II punkt 3 bokstav a, siste setning.

²⁰² Kapittel II punkt 4 bokstav b.

²⁰³ Se *Remia-kommisjonsbeslutning* avsnitt 27.

²⁰⁴ Avsnitt 28 bokstav d. Dette er noe annet enn risikoen for at selger reetablerer seg (se oppgaven punkt 1.3.2), her forutsettes det at han faktisk etablerer seg.

²⁰⁵ Se Meddelelsen punkt 20.

²⁰⁶ Jf. Meddelelsen punkt 19.

²⁰⁷ Meddelelsen punkt 24 (min understrekning).

²⁰⁸ Her kan andre regelsett anvendes på konkurranseklausulen, eksempelvis avtl. § 38 som ikke stiller krav om at konkurranseklausulen er avtalt mellom virksomheter. Se også *Jølstad* avsnitt 3 og 4.

I *Reuter-saken* drøfter Kommisjonen om dr. Reuter kan anses som virksomhet etter EFT art. 81, og de konkluderer med at han kan anses som dét ettersom han – etter salget til BASF – fortsatt beholdt noen av selskapene i Elastomer-konsernet.²⁰⁹

Dette indikerer at Kommisjonen anser det som et vilkår for doktrinenes anvendelse at konkurranseklausulen er pålagt en virksomhet.

Denne beslutningen ble imidlertid avsagt før doktrinen ble flyttet over i Fusjonsforordningen. Den ble da utelukkende behandlet i EFT art. 81 sin kontekst.

Da doktrinen ble implementert i Fusjonsforordningen, kan man si at fokus ble flyttet noe i forhold til den tidligere anvendelse av doktrinen. Avgjørende ble da: Hvem er det nødvendig å binde, i kraft av en konkurranseklausul, for at fusjonen kan gjennomføres?

Det kan anføres at det er nødvendig å binde andre enn kun virksomheten som juridisk person for at en fusjon skal kunne gjennomføres. Det er eierskapet og nøkkelpersonell i bedriften som innehar den goodwill og knowhow som overføres ved fusjonen, og det er da gode grunner som taler for at også deres oppbinding i form av en konkurranseklausul vurderes etter doktrinen, og godkjennes sammen med fusjonen.²¹⁰ En kan si at disse personene på mange måter er virksomheten, og de må derfor identifiseres med denne.

Dersom kun virksomheten som juridisk person omfattes, vil man med enkle grep kunne reorganisere selskapet, og på denne måten omgå konkurranseklausulen.²¹¹

En slik funksjonell tilnærming støttes også av ordbruken i Meddelelsen. Det er ”sælger” som brukes i punkt 24, ikke virksomhet. Videre er ordet ”personkreds” anvendt i punkt 19, som regulerer konkurranseklausulens nødvendige omfang.

Konklusjonen blir etter dette at ”sælger” utvider doktrinenes anvendelsesområde til å omfatte mer enn bare virksomheter som sådan.

Spørsmålet blir da hvem i den overførte virksomhet det er nødvendig å påhefte en konkurranseklausul for at fusjonen skal kunne gjennomføres.

Avgjørende i denne vurderingen er hensynene bak doktrinen: Det er den overførte goodwill og knowhow som skal vernes. Det er da hensiktsmessig at det er de personer som innehar denne goodwillen og knowhowen som det er nødvendig å påhefte en konkurranseklausul.

Det sentrale eierskapet i bedriften, som er med på den daglige driften av virksomheten, og derigjennom har løpende kontakt med kundegruppen og innblikk i de tekniske produksjonsprosesser, må anses å inneha informasjon om den goodwill og knowhow som er vernet etter doktrinen. Det er derfor åpenbart at det kan være nødvendig å påhefte disse personene en konkurranseklausul.

²⁰⁹ Se beslutningens kap. II punkt 1.

²¹⁰ Slik også Konkurransetilsynet i *Jølstad* punkt 3.

²¹¹ En slik illojal omorganisering kan også tenkes rammet av god forretningsskikk-standarder i markedsføringsloven § 1, se Lunde s. 430-434.

Her må det imidlertid trekkes en grense mot mindre og passive aksjonærer, som ikke kan anses å inneha denne informasjonen.²¹²

Videre kan det være nødvendig å la en konkurranseklausul omfatte nøkkelpersonell i virksomheten. Typisk vil markedssjefer, salgssjefer og tekniske ledere være personer som innehar informasjon om den goodwill og knowhow som overføres. Her må det imidlertid trekkes en grense mot arbeidstakere som ikke innehar denne informasjonen i tilstrekkelig grad. Et særlig spørsmål blir da hvordan en skal vurdere de konkurranseklausuler som er pålagt andre enn nøkkelpersonellet i bedriften?

Som nevnt kan man neppe anse disse klausulene som nødvendig for fusjonens gjennomførelse. De faller derfor utenfor doktrinen, og i utgangspunktet inn under EFT art. 81 eller 82. Ettersom de ikke er nødvendig for fusjonen, taler imidlertid ikke de samme hensyn for en utvidende fortolkning av ”virksomheder” i EFT art. 81. Klausulene faller altså utenfor regelens anvendelsesområde.²¹³

Klausulene kan tenkes å bli ansett som ”misbrug” etter EFT art. 82, men deres lave konkurransebegrensende virkning innebærer at dette neppe er særlig praktisk.

Spørsmålet er videre om en konkurranseklausul kan omfatte andre enn ”sælger”?

Det følger av Meddelelsen punkt 24 at foruten selger, kan også ”hans datterselskaber og hans handelsagenter” bindes av konkurranseklausulen. Begrunnelsen for dette er nok faren for at selger omgår konkurranseklausulen ved å utnytte den overførte goodwill og knowhow gjennom et av sine datterselskaper, eller en av sine handelsagenter. En forutsetning er at de kontrollerer datterselskapene.²¹⁴

Det følger videre av Meddelelsen punkt 24 annet og tredje punktum at: ”Derimod vil en begrænsning af samme art, der pålægges tredjemann, ikke kunne betragtes som en begrænsning, der ere direkte knyttet til og nødvendig for gennemførelsen av fusionen. Det gælder navnlig klausuler, der begrænser videreforhandleres og brugeres ret til at importere eller eksportere”.²¹⁵

²¹² Denne grensen kan det være naturlig å trekke på samme måte som selgers adgang til å investere i andre konkurrerende bedrifter, se oppgaven punkt 2.4.3 for en drøftelse av dette. Se også Modrall s. 47, Iversen s. 345 og Bellamy & Child s. 430 punkt 9.

²¹³ Dette anses som såkalte karensklausuler i arbeidsforhold. Andre regelsett vil plukke opp slike klausuler, eks. avtl. § 38 i norsk rett. Konkurransetilsynet drøfter dette grenseområdet i *Jølstad* punkt 3: De konkluderer med at klausulene kan omfattes av konkl. § 3-10 (§ 11) dersom de ikke anses som ”lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre”, jf. konkl. (1993) § 1-3 (§ 3 i 2004-loven). De uttaler imidlertid at de konkurransebegrensende virkningene av slike karanteneklausuler generelt antas å være av beskjedne karakter. Se også Geir Steinberg, ”Klausuler om konkurranseforbud i arbeidsavtaler – et konkurranserettslig perspektiv”, *Tidsskrift for Forretningsjus* 1996 nr. 4 side 86 flg.

²¹⁴ Se Kommisjonens beslutning M.2437 (2001), *NEC/Toshiba* (avsnitt 24), og Meddelelsen punkt 25 som avgrenser mot eierskap i virksomheter med rene investeringsmotiv. Se også Iversen s. 345.

²¹⁵ Dette understrekes også av Kommisjonen i *Asahi Glass/Mitsubishi/F2 Chemicals* (avsnitt 26).

Her trekkes det altså en vertikal grense mot rettssubjekt som selgeren ikke formelt kontrollerer. Disse anses ikke å inneha informasjon om den knowhow og goodwill som overføres ved fusjonen.

Det er allikevel slik at en konkurranseklausul – de facto – kan ha uunngåelige virkninger for tredjemenn.²¹⁶ De blir her ikke direkte bundet av konkurranseklausulen, og Meddelelsen punkt 24 er derfor ikke grensesettende. Disse virkningene kan imidlertid trekkes inn i den helhetsvurderingen som må foretas for å fastslå om begrensningene er nødvendige, og da særlig proporsjonalitetsvurderingen.²¹⁷

Kan kjøper av virksomheten pålegges en konkurranseklausul?

Utgangspunktet er at også kjøper kan pålegges en konkurransebegrensning,²¹⁸ men generelt er det mest naturlig å pålegge selger begrensningen. Begrunnelsen for dette er at det er kjøper som er mottakeren av den goodwill og knowhow som overføres, og da er det han som behøver et vern. Etter Meddelelsen punkt 17 er derfor hovedregelen at begrensninger pålagt kjøper enten ikke anses nødvendige for gjennomførelsen av fusjonen, eller det settes snevrere rammer for disse klausulene enn de som er pålagt selger. Her opereres det altså med en presumsjon for at de ikke anses nødvendige for gjennomførelsen av fusjonen.

Meddelelsen punkt 17 taler imidlertid om konkurransebegrensninger generelt. I Meddelelsen punkt 18 – som eksplisitt omhandler konkurranseklausuler – fremgår det at det kun er ”konkurrenceforbud, der pålegges sælger” som kan anses nødvendig. Her er det naturlig å forstå dette slik at utgangspunktet i punkt 17 innskrenkes, slik at konkurranseklausuler pålagt kjøper i ethvert tilfelle ikke kan anses nødvendig for gjennomføringen av fusjonen.

Dette støttes også av Kommisjonens uttalelser i *Philips/Agilent health care solutions*.²¹⁹ Her ble en klausul pålagt kjøper, om forbud mot verving av ansatte,²²⁰ ansett ugyldig. Dette ble begrunnet med at den var pålagt kjøper.

2.4.7 Må det foretas en ytterligere proporsjonalitetsvurdering av konkurranseklausulen?

Det følger av Meddelelsen punkt 13²²¹ at ved vurderingen av konkurranseklausulens grenser, er det de grenser som ”med rimelighed er nødvendig for fusionens gjennomførelse” som godtas.

²¹⁶ Eksempelvis kan en konkurranseklausul medføre at en viderefhandler ikke lenger kan motta varer for videresalg. Enda mer gjelder dette dersom det inngås en eksklusiv lisensavtale, eller en eksklusiv leverandøravtale som forplikter kjøper til utelukkende å kjøpe fra tidligere eiere og ikke tredjemenn (se Meddelelsen kapittel III bokstav B og C), jf. Ryssdal s. 228.

²¹⁷ Slik også Ryssdal s. 228. Se om proporsjonalitetsvurderingen i oppgaven punkt 2.4.7.

²¹⁸ Se Meddelelsen punkt 17. Særlig aktuelt kan det være med lisensavtaler (se Meddelelsen del III bokstav B) pålagt kjøper i de tilfeller der selger beholder en del av virksomheten. Se Kommisjonens beslutning M.319 av 1993, *BHF/CCF/Charterhouse* (kapittel V).

²¹⁹ Sak M.2256 av 2001, avsnitt 42.

²²⁰ Se nærmere om slike klausuler i oppgaven punkt 2.6.

²²¹ Se også Meddelelsen punkt 19.

Det heter videre i punkt 13 siste setning: ”Hvis der findes lige effektive alternative muligheder, hvorved det tilstræbte legitime mål kan nås, skal virksomhederne vælge det alternativ, der objektivt set er det mindst konkurrencebegrænsende”.

Disse retningslinjene kan ses på som et kasuistisk utslag av det generelle EU-rettslige proporsjonalitetsprinsipp.²²²

Spørsmålet er om dette er en tredje vurdering som må foretas etter doktrinen, i tillegg til tilknytningsvurderingen og nødvendighetsvurderingen, eller om denne proporsjonalitetsvurderingen må anses som en integrert del av nødvendighetsvurderingen.

Når det gjelder kravet om rimelighet sett i relasjon til konkurranseklausulens varighet, materielle anvendelsesområde, geografiske utstrekning og personkrets, er det mest naturlig å anse denne vurderingen som en integrert del av den konkrete vurdering av disse grensene. Altså en del av nødvendighetsvurderingen.²²³ For eksempel er det rimeligvis nødvendig med en konkurranseklausul av lengre varighet når produktene som overføres har lang levetid, selv om dette i større grad vil begrense konkurransen på markedet.²²⁴

Finnes det imidlertid flere alternativer, som alle kan sies å være rimelig nødvendig for gjennomføring av fusjonen, kan man si at Meddelelsen punkt 13 siste setning supplerer nødvendighetskriteriet: Det er da det minst konkurransebegrensende alternativ som skal anvendes.²²⁵

Heller ikke her kan Meddelelsen forstås slik at det skal foretas en detaljert markedsanalyse når man vurderer alternativene. Det er det som presumptivt er minst konkurransebegrensende som skal velges.²²⁶

2.5 Nærmere om fortrolighetsklausuler

Det følger av Meddelelsen punkt 26 at fortrolighetsklausuler som har samme virkninger som konkurranseklausuler, behandles på samme måte som konkurranseklausuler.

Fortrolighetsklausuler er typisk klausuler som forbyr selger å videreformidle informasjon om den overførte goodwill og knowhow til utenforstående. Dette er en naturlig forlengelse av konkurranseklausulen; det ville innebære en stor fare for omgåelse av konkurranseklausulen dersom selger kun skulle forbys å anvende de overførte verdier selv. Skadevirkningen vil

²²² Se Christensen s. 15.

²²³ Se Kolstad s. 247: Det ligger et proporsjonalitetskrav i ”nødvendig”. En slik implementering støttes også av Domstolen i *Métropole télévision* (avsnitt 106).

²²⁴ Se oppgaven punkt 2.4.5.

²²⁵ Se Kolstad s. 248: ”Det vil være den løsning som innebærer at selgerens handlefrihet begrenses akkurat så mye at et samfunnsøkonomisk lønnsomt bedriftsøkonomisk gjennomføres, men ikke mer”. Se også Modrall s. 47: ”A third test”, og Kommissjonens beslutning M.2350 (2001), *Campbell/ECBB* (avsnitt 14).

²²⁶ Dette støttes av Diaz s. 957. Se også oppgaven punkt 2.2.

være like store for kjøper om selger videreformidler verdiene til andre, som deretter utnytter dem i konkurranse med kjøper.²²⁷

Det er særlig knowhow som behøver vern i kraft av en fortrolighetsklausul.

Spørsmålet er om en fortrolighetsklausul kan strekke seg lengre enn en konkurranseklausul. Dette kan i utgangspunktet forsvares, ettersom fortrolighetsklausulen er snevrere enn konkurranseklausulen; den legger ikke begrensninger på selgers adgang til å starte konkurrerende virksomhet med kjøper.²²⁸

Det virker som Kommisjonen i denne vurderingen har lagt avgjørende vekt på den overførte knowhows art.

I *Reuter-saken* var det avtalt en fortrolighetsklausul i tillegg til konkurranseklausulen. Fordi den overførte knowhow raskt mistet sin økonomiske verdi på grunn av den raske utviklingen på produktområdet, kunne den ikke strekkes lenger enn konkurranseklausulen. I alle tilfelle kan ikke fortrolighetsklausulen virke slik at selger forbyr å inngå forskningssamarbeid med andre, slik at han får langt større vanskeligheter med å entre markedet når konkurranseklausulen opphører. Da med den forutsetning at heller ikke samarbeidspartnerne utnytter knowhowen i konkurranseklausulens løpetid.²²⁹

I *ICI/Williams*²³⁰ godtok Kommisjonen en fortrolighetsklausul på teknisk knowhow så lenge denne ble ansett konfidensiell, i realiteten strakk den seg da lengre enn konkurranseklausulen. Kommisjonen godtok imidlertid ikke en lengre løpetid i forhold til generell kommersiell informasjon.²³¹ Dette ville i realiteten utvide konkurranseklausulens omfang.

Konklusjonen er altså at en fortrolighetsklausul kan strekke seg lengre enn en konkurranseklausul dersom informasjonen det avtales fortrolighet om tilsier dette.

2.6 Nærmere om klausuler om verving av kunder og ansatte

Meddelelsen punkt 26 viser at slike klausuler skal behandles på samme måte som konkurranseklausuler, dersom de har en konkurranseklausuls virkning.²³² Dette er klausuler som forbyr selger²³³ å verve tilbake sin kundegruppe og/eller verve tilbake sine ansatte.

²²⁷ Her kan man spørre om fortrolighetsklausuler egentlig er noe annet enn konkurranseklausuler? Ettersom dette fortrolighetskravet er så åpenbart, kan det i de fleste tilfelle kunne innfortolkes et krav om fortrolighet i en konkurranseklausul. Se oppgaven punkt 2.4.3 med videre henvisninger.

²²⁸ Se Christensen s. 759, Bellamy & Child s. 430 punkt 10 og Hawk s. 279-280 med videre henvisninger.

²²⁹ Se *Reuter* kap. II punkt 4 bokstav c.

²³⁰ Kommisjonens beslutning M.1167 (1998), avsnitt 21-22. Det samme ble lagt til grunn i Kommisjonens beslutning M.197 (1992), *Solvay/Laporte* (avsnitt 50).

²³¹ Eks. kundedetaljer, prisinformasjon og mengdeinformasjon.

²³² Meddelelsen punkt 26 nevner imidlertid kun klausuler om verving av kunder, men dette kan ikke tolkes slik at klausuler om verving av ansatte holdes utenfor. I *Volvo/Renault* (avsnitt 56) anser Kommisjonen en slik klausul som aksessorisk, uten noen videre problematisering. Se også *Philips/Agilent health care solutions* (avsnitt 42), der en slik klausul pålagt kjøper ikke ble ansett som aksessorisk.

²³³ I Kommisjonens beslutning M.2231 (2001), *Huntsman International/Albright & Wilson Surfactants Europe* (avsnitt 31) ble en klausul om verving av ansatte pålagt kjøper godtatt, men det forelå spesielle forhold i denne saken.

På samme måte som fortrolighetsklausuler er slike klausuler en naturlig forlengelse av konkurranseklausuler.²³⁴ De strekker seg imidlertid lengre ettersom selger forbys å tiltrekke seg kundegrupper og tidligere ansatte, uten at han faktisk utnytter disse i konkurranse med selger.

Som regel er klausuler om verving av ansatte helt nødvendig for å beskytte den overførte knowhow; det er de ansatte som i første rekke besitter denne kunnskapen.

En naturlig problemstilling blir da hvem av de ansatte som kan omfattes av en slik klausul?²³⁵

I *Campbell/ECBB* poengterer Kommisjonen at en slik klausul kan omfatte ”senior employees”.²³⁶ Dette indikerer at det i første rekke er nøkkelpersonell i bedriften som kan omfattes. Dette er naturlig ettersom det er disse ansatte som innehar den knowhow som overføres, og som har en viss verdi for kjøper. En slik klausul er altså neppe aksessorisk hvis den retter seg mot alle de ansatte.²³⁷

2.7 Særlig om joint ventures

*SHV/Chevron*²³⁸ var den første kommisjonsbeslutning som anvendte doktrinen om aksessoriske begrensninger i et joint ventures kontekst.

I dag følger det av Fusjonsforordningen sammenhold med Meddelelsen del IV²³⁹ at doktrinen skal anvendes på full funksjons joint ventures.²⁴⁰

Konkurransebegrensninger kan anses som nødvendige for opprettelsen av et joint venture fordi det sikrer de verdier (knowhow og goodwill) som moderselskapene overfører til joint venture, og det forhindrer at moderselskapene illojalt utnytter de verdier som skapes i joint venture (såkalt ”freeriding”).²⁴¹ Det er naturlig at slike begrensninger tillates ettersom moderselskapene foretar betydelige investeringer ved opprettelsen av joint venture, hvis formål nettopp er å overta deres tidligere markedsaktivitet.

²³⁴ Også her kan det argumenteres for å fortolke slike klausuler inn i konkurranseklausulen, jf oppgaven punkt 2.5.

²³⁵ Se oppgaven punkt 2.4.6 for en generell drøftelse av hvem som kan omfattes av konkurranseklausuler.

²³⁶ Beslutningens avsnitt 14.

²³⁷ Et forbud mot verving av alminnelig personell vil imidlertid neppe kunne anses å begrense konkurransen etter EFT 81. Selger har ikke et særlig behov for disse når han eventuelt skal reetablere seg i markedet.

²³⁸ EFT 1975 L 038 s. 14. Her ble en klausul som forbød konkurranse fra moderselskapene (SHV og Chevron) mot deres felles opprettede joint venture godtatt med en varighet på 50 år (dette var joint venture-avtalens løpetid). Denne beslutningen ble fulgt opp i kommisjonsbeslutning *Elopak/Metal Box*, EFT 1990 L 209 s. 15. Se Diaz s. 976-980 for en utførlig fremstilling av disse sakene.

²³⁹ De generelle prinsipper i Meddelelsen del I og II gjelder også for joint ventures.

²⁴⁰ Nærmere om dette begrepet i oppgaven punkt 1.3.3., fotnote 30. Kort sagt må moderselskapene ha kontroll over et foretak, som fungerer selvstendig i markedet.

²⁴¹ Se Meddelelsen punkt 36. Se også kommisjonsbeslutning *Asahi Glass/Mitsubishi/F2 Chemicals*, EFT 2000 C 096 s. 5, avsnitt 25. Dette poengteres også i beslutning *Framatome*, avsnitt 148.

Det sentrale juridiske problem er om det er forskjeller mellom anvendelsen av doktrinen på joint ventures og på virksomhetsovertagelser?²⁴²

Det er et naturlig utgangspunkt at konkurranseklausulens anvendelsesområde må begrenses til det produktmarked og geografiske marked som joint venture-vedtektene omfatter. Det er jo nettopp opprettelsen av joint venture som legitimerer konkurranseklausulen, og regulering av områder utenfor dette er derfor ikke nødvendig for opprettelsen.²⁴³

Meddelelsens²⁴⁴ mer detaljerte retningslinjer for de geografiske og materielle grensene for konkurranseklausuler tilknyttet et joint venture, er langt på vei parallelle med de tilsvarende retningslinjene for virksomhetsovertagelser.²⁴⁵ Forskjellen er at det nå er moderselskapenes marked og produkt som kan omfattes av konkurranseklausulen, ikke selgers slik som ved virksomhetsovertagelser.

Dersom joint venture opprettes for å entre et nytt marked, ”er der tale om de produkter, tjenesteydelser og områder, inden for hvilke virksomheden skal være aktiv i henhold til joint venture-aftalen eller vedtægterne”.²⁴⁶ Dette er videre begrenset til de markeder ”som joint venture-selskapet vil operere på straks fra begyndelsen”.²⁴⁷

På samme måte som for virksomhetsovertagelser, skal klausuler om verving av kunder og ansatte og fortrolighetsklausuler behandles på samme måte som konkurranseklausuler.²⁴⁸

Ordlyden ”konkurrenceforbud mellem moderselskaper og et joint venture”²⁴⁹ peker klart i retning av at konkurranseklausuler kun mellom moderselskapene ikke tillates. Slike avtaler vil klart ligge utenfor joint ventures rammeverk, og de vil derfor ikke være nødvendig for opprettelsen av dette.²⁵⁰

Det er særlig ved konkurranseklausulens tillatte varighet at det er divergens mellom retningslinjene for joint ventures og virksomhetsovertagelser. Kommisjonen har her, for joint ventures, generelt vært mer imøtekommende:

²⁴² Meddelelsen del III omhandler virksomhetsovertagelser, se overskriften til denne delen. Alene det at joint ventures er skilt ut i en egen del av Meddelelsen indikerer at det er forskjeller.

²⁴³ Jf. Meddelelsen punkt 36. Se også Modrall s. 46: ”Framework of the joint venture”.

²⁴⁴ Se dennes punkt 37 og 38.

²⁴⁵ Se Meddelelsen punkt 22 og 23. Se oppgaven punkt 2.4.3 og 2.4.4 for en drøftelse av disse grensene i forbindelse med virksomhetsovertagelser.

Presiseringen av at klausulen også kan omfatte forbedrede versjoner eller oppdatering av produkt samt nye modeller i punkt 23, er utelatt i parallellbestemmelsen for joint ventures i punkt 38. De samme hensyn som ved virksomhetsovertagelser gjør seg imidlertid gjeldende for joint ventures (se oppgaven punkt 2.4.3 om disse), og mye taler derfor for å innfortolke den samme reservasjon i punkt 38.

²⁴⁶ Jf. Meddelelsen punkt 39 første punktum.

²⁴⁷ Jf. Meddelelsen punkt 39 annet punktum.

²⁴⁸ Jf. Meddelelsen punkt 41.

²⁴⁹ Jf. Meddelelsen punkt 36 første punktum.

²⁵⁰ Dette støttes av Ritter s. 644.

”Sådanne konkurrenceforbud ... kan betragtes som direkte knyttet til og nødvendige for fusionens gennemførelse i det tidsrum, hvor joint venture-selskapet består”.²⁵¹

Det er altså ingen eksplisitt årsbegrensning for klausulene slik som ved virksomhetsovertagelser. Tidsgrensen knyttes til joint venturets varighet.

Hva er begrunnelsen for denne divergensen?

Formålet med opprettelsen av et joint venture er at moderselskapene skal trekke seg ut av dette markedet. Det er joint venturet som nå skal operere her. Det er altså et legitimt behov for å ha en konkurranseklausul så lenge joint venturet består for å beskytte de verdier som moderselskapene overfører til joint venturet, og for å forhindre at de ”freerider” på de verdier som genereres der.

Her kan det argumenteres for at moderselskapenes tilbaketrekning fra dette markedet nærmest er en del av hovedavtalen om opprettelse av joint venturet, og dermed ikke aksessorisk i det hele. Se Diaz s. 980-981 og Faull s. 240 punkt 4.136 og 4.137. Faull synes å mene at det kun er et problem dersom et av moderselskapene pålegges mindre konkurransebegrensninger enn de andre. Da er ikke begrensningen kun til fordel for joint venturet, men også det moderselskap som pålegges mindre begrensninger. Da må selskapene påvise at begrensningene er nødvendige for opprettelsen av joint venturet.

I Meddelelsen om aksessoriske begrensninger fra 1990 synes det som at dette ble lagt til grunn, jf. dennes kapittel V bokstav A: ”To the extent that a prohibition on the parent undertakings competing with the joint venture aims at expressing the reality of the lasting withdrawal of the parents from the market assigned to the joint venture, it will be recognized as an integral part of the concentration”.

Denne læren ble imidlertid endret i kommisjonspraksis, og kodifisert i Meddelelsen om aksessoriske begrensninger fra 2001 kapittel V punkt 35. Her anses ikke konkurranseklausuler som en del av hovedavtalen. Det opereres med en presumsjon for at de kan anses nødvendig for gjennomføringen av denne i perioder på opptil fem år. I 2005-Meddelelsen videreføres læren om at konkurranseklausulene ikke anses som en del av hovedavtalen, men det opereres altså ikke med en årsbegrensning som i 2001-Meddelelsen.

Når moderselskapene trekker seg ut av markedet er det lite rom for en koordinert markedsatferd, og det er i første rekke denne type atferd som rammes av forbudene i EFT art. 81 og 82.²⁵²

Ordlyden ”kan” i Meddelelsen punkt 36 siste setning, indikerer imidlertid at regelen om at konkurranseklausuler skal anses nødvendige i hele joint venturets levetid kun er et retningsgivende utgangspunkt. Også i disse tilfellene skal det foretas en konkret vurdering av hvilken varighet som er nødvendig for opprettelsen av joint venturet. Dette understrekes av Kommisjonen i *Asahi Glass/Mitsubishi/F2 Chemicals*: ”In each single case the duration of a non-competition clause must be duly justified by the parties”.²⁵³

²⁵¹ Jf. Meddelelsen punkt 36 siste setning (min understrekning).

²⁵² Se Modrall s. 46.

²⁵³ Avsnitt 26. Se også kommisjonsbeslutning *Framatome/Siemens/Cogéma*; Her ble konkurranseklausulen tillatt i 30 år på grunn av den nukleære sektors lange økonomiske livssykluser. Beslutningen viser at også ved joint ventures går Kommisjonen inn og konkret vurderer konkurranseklausulens nødvendighet.

Kan en konkurranseklausul strekke seg lengre enn varigheten av et joint venture?

Kommisjonen opererte en periode med en slik mulighet.²⁵⁴ Denne praksisen ble imidlertid endret i *Stora Enso/Assidomän*.²⁵⁵ Partene avtalte en konkurranseklausul som varte hele joint ventures levetid, og 12 måneder etter dets opphør. Partene mente dette var nødvendig, ettersom det var stor fare for ”freeriding” på joint venturet også etter opphøret av dette. De fikk ikke tilslutning av Kommisjonen på dette punkt. Kommisjonen kuttet klausulen til 5 år; så lang tid ville det ta for joint venturet å trenge inn på markedet, og klausulen var derfor ikke nødvendig utover dette.

En slik regel følger også av en antitetisk tolkning av Meddelelsen punkt 36 siste setning; En konkurranseklausul kan aksepteres ”i det tidsrum, hvor joint venture-selskapet består”. Motsetningsvis fortolket altså ikke etter dette tidsrommet.²⁵⁶

Bør Meddelelsen operere med en presumsjon for at en konkurranseklausul kan strekke seg like langt som joint ventures levetid?

Det ligger i et joint ventures natur at moderselskapene skal trekke seg ut av joint ventures marked. Det gjør det ikke i like stor grad ved en virksomhetsovertagelse. Dette taler for at presumsjonen i Meddelelsen er en fornuftig regel.

På den annen side fremgår det av drøftelsen ovenfor at det også ved joint ventures skal foretas en konkret vurdering og fastsettelse av en konkurranseklausuls varighet. Presumsjonen kan da være misvisende.²⁵⁷ Den er i disharmoni med prinsippet om at det kun er de nødvendige begrensninger som godkjennes i tilknytning til en fusjon.²⁵⁸ Etter min oppfatning kan det være en bedre løsning å operere med en bestemt tidsfrist som utgangspunkt, og heller åpne for at denne kan fravikes i det konkrete tilfelle.²⁵⁹

Nok et problem som har oppstått i kjølvannet av disse retningslinjene, er at dersom selger beholder en eierinteresse i den solgte virksomhet har Kommisjonen vært tilbøyelig til å godta konkurranseklausuler uten tidsbegrensning. Dette fordi selger kan befri seg fra klausulene ved å avhende sin eierinteresse.²⁶⁰ Kommisjonen har her anlagt et joint venture synspunkt, selv om det ikke foreligger joint control.²⁶¹

²⁵⁴ Se eksempelvis sak M.523 (1995), *Akzo Nobel/Monsanto*, avsnitt 50. Se også Iversen s. 344-345.

²⁵⁵ Sak M.2243 (2000). Se spesielt avsnitt 47-49.

²⁵⁶ Her kan det også vises til 2001-meddelelsen om aksessoriske begrensninger punkt 36. Her fremgikk det eksplisitt at konkurranseklausuler med lengre varighet enn joint ventures levetid ”aldri betraktes som direkte knyttet til og nødvendige for gjennomførelsen af fusionen”.

²⁵⁷ Et nærliggende problem med en slik presumsjon er at næringslivet i ethvert tilfelle fastlegger konkurranseklausulen i henhold til denne presumsjonen, jf. Ryssdal s. 230.

²⁵⁸ Også Hawk kritiserer en slik varighetspresumsjon, se s. 275-278. Han viser blant annet til den amerikanske doktrinen, der det ikke opereres med en slik presumsjon. Han uttaler på s. 278: ”There appears to be no economics or competition explanation for this rejection of classic ancillarity principles”.

²⁵⁹ En slik metode ble anvendt i Meddelelsen om aksessoriske begrensninger fra 2001 punkt 36.

²⁶⁰ Kommisjonens beslutning M.057 (1991), *Digital/Kienzle*, og Kommisjonens beslutning M.105 (1991), *ICL/Nokia*. Se også Modrall s. 43.

²⁶¹ Se Hawk s. 274.

Denne praksisen innebærer en risiko for omgåelse av reglene ved at transaksjonen settes opp slik at selger beholder en liten minoritetsinteresse i det solgte selskap.²⁶²

Ifølge Meddelelsen punkt 40 er konkurranseklausuler ”mellem ikke-kontrollerende moderselskaper og et joint venture ikke ... direkte knyttet til og nødvendige for gjennomførelsen av fusjonen”. Dette må forstås som at Kommisjonen gjennom den nye Meddelelsen vil fravike denne praksisen.

²⁶² Se kritikk i *ibid.* s. 276.

3 Virkninger

3.1 Hvilken virkning får det når konkurransebegrensningen anses som aksessorisk til fusjonen?

Det fremgår av Meddelelsen punkt 7 at det kun er Fusjonsforordningen som får anvendelse på konkurransebegrensningene når de anses aksessoriske til en fusjon.²⁶³

Det fremgår videre av Fusjonsforordningen at: ”En beslutning, hvorved en fusjon erklæres forenelig med fællesmarkedet, anses for at omfatte konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for fusionens gennemførelse”.²⁶⁴

Dersom begrensningene er aksessoriske, godkjennes de altså sammen med fusjonen.²⁶⁵

I saker etter den norske konkurranseloven kan det også synes som at konkurransebegrensningene skal trekkes inn i SIEC-testen.²⁶⁶

3.2 Hvilken virkning får det når konkurransebegrensningen ikke anses som aksessorisk til fusjonen?

Ifølge Meddelelsen punkt 7 annet punktum vil konkurransebegrensninger som ikke er aksessoriske til fusjonen ”fortsatt kunne falde ind under EF-traktatens artikkel 81 og 82”.²⁶⁷ Ettersom de ikke er aksessoriske har de ikke et legitimt behov for vern etter doktrinen om aksessoriske begrensninger, og det er da naturlig at de fanges opp av EFT art. 81 og 82.

I disse tilfellene er det imidlertid et viktig poeng at selv om begrensningene ikke anses som aksessoriske, innebærer ikke dette automatisk at de rammes av forbudene i EFT art. 81 og 82.²⁶⁸ Slike avtaler mv. må vurderes etter vilkårene i disse bestemmelsene, herunder underlegges en fullstendig markedsanalyse.²⁶⁹ Resultatet kan eksempelvis bli at de fritas etter EFT art. 81 nr. 3; enten etter en konkret vurdering eller etter et gruppefritak. Resultatet kan også bli at de anses ugyldige etter EFT art. 81 annet ledd.

Disse avtalene mv. kan også falle inn under nasjonale konkurranseregler.²⁷⁰

²⁶³ Jf. Fusjonsforordningen artikkel 21 første ledd.

²⁶⁴ Artikkel 6 nr. 1 bokstav b annet ledd, artikkel 8 nr. 1 annet ledd og nr. 2 tredje ledd. Se også Meddelelsen punkt 1.

²⁶⁵ Se oppgaven punkt 1.1 for hensynene bak denne virkningen. Det er meget viktig å være oppmerksom på at Kommisjonen ikke materielt og bindende tar stilling til om begrensningene er aksessoriske, se oppgaven punkt 4 for en mer utførlig drøftelse av denne prosessuelle finurligheten.

²⁶⁶ Se drøftelsen i oppgaven punkt 2.2.

²⁶⁷ Dette poengteres også av Retten i *Métropole télévision* avsnitt 113 i forhold til EFT art. 81. Se Diaz s. 966-967 med videre henvisninger for et eksempel på at EFT art. 82 kan ramme konkurransebegrensningen.

²⁶⁸ Jf. Meddelelsen punkt 7 tredje punktum: ”At en aftale m.v. ikke anses for at være aksessorisk i forhold til fusjonen, er dog ikke i sig selv udslagsgivende for dens retlige status”.

²⁶⁹ Jf. Meddelelsen punkt 7 fjerde punktum: ”Sådanne avtaler m.v. skal vurderes efter EF-traktatens artikkel 81 og 82 og de dertil knyttede retsakter og meddelelser”. Se også *Métropole télévision* avsnitt 113: ”vurderes særskilt”.

²⁷⁰ Jf. Meddelelsen punkt 7 femte og sjette punktum.

Et viktig spørsmål i forlengelsen av dette er om konkurranseklausulen kan lempes, eller om den kun kan enten godkjennes i sin helhet eller forkastes i sin helhet.

Det er en god juridisk løsning at en ugyldighetsgrunn ikke får virkning lenger enn den strekker seg.²⁷¹

På den annen side kan preventive grunner tale for at det ikke opereres med lemping. Partene vil da mest sannsynlig vegre seg for å avtale konkurranseklausuler med et omfang som ligger i grenselandet for hva som kan anses nødvendig for gjennomførelsen av fusjonen.

Det er imidlertid et avgjørende moment, som taler sterkt for adgang til lemping av konkurranseklausulen, at den materielle vurdering av dennes nødvendighet foretas av nasjonale domstoler, etter at fusjonen er godkjent av Kommisjonen.²⁷² Det vil da ramme kjøper urimelig hardt om de nasjonale domstoler skulle være tvunget til å helt kutte konkurranseklausulen, når den kunne være berettiget i et mindre omfang enn det som ble avtalt. I *Remia-kommisjonsbeslutning* justerer Kommisjonen ned konkurranseklausulene (lemping) til et nivå som er nødvendig for gjennomførelsen av fusjonen.²⁷³ Dette taler for at også nasjonale domstoler kan gjøre dette.

Konklusjonen blir etter dette at det etter EF-retten opereres med en mulighet for lemping av konkurranseklausulene.

Spørsmålet er om norsk rett åpner for en lemping av konkurranseklausulens omfang.

Det følger av konkl. § 16 sjette ledd at de tilknyttede begrensningene ikke er i strid med §§ 10 eller 11 ”dersom de er nødvendige for gjennomføring av foretakssammenslutningen eller ervervet”. Ordlyden ”dersom” peker i retning av at det ikke er rom for lemping, og dette særlig ettersom departementet endret utvalgets²⁷⁴ forslag til ordlyd som var ”så langt”.

Konkurransetilsynet uttaler i sin høringsuttalelse i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85: ”Konkurransetilsynet viser videre til at tilknyttede begrensninger etter utvalgets forslag ikke vil være i strid med forbudene ”så langt” begrensningene er nødvendige for gjennomføringen av foretakssammenslutningen og at denne vurderingen også må gjelde varigheten for begrensningen. Hvis f.eks. en begrensning med varighet i fem år ikke kan anses som nødvendig, må den i sin helhet vurderes etter forbudet i § 3-1 (§10) selv om en tilsvarende avtalt begrensning på tre år ville kunne anses som nødvendig og dermed gå klar av dette forbudet. Det betyr at begrensningen ikke automatisk er godkjent dersom foretakssammenslutningen godkjennes. Konkurransetilsynet foreslår på denne bakgrunn at uttrykket ”så langt” i § 4-1 fjerde ledd (§ 16 sjette ledd) erstattes med ”dersom”.

Departementet gikk ikke nærmere inn på dette problemet, men de må anses å bifalle Konkurransetilsynets vurderinger når de endret ordlyden i tråd med deres forslag.

²⁷¹ I norsk rett må dette liketil anses som et alminnelig prinsipp både i privatretten og i den offentlige rett, se Eckhoffs *Forvaltningsrett* s. 439 for prinsippet i den offentlige rett.

²⁷² Se oppgaven punk 4 for en drøftelse av dette.

²⁷³ Fra 10 til 4 år i ”saus-avtalen” (avsnitt 31) og fra 5 til 2 år i avtalen om sursyltede produkter (avsnitt 34). Dette gjøres også i nyere kommisjonsbeslutninger, se eks. *Stora Enso/Assidomän* avsnitt 49; her ble konkurranseklausulen lempet fra hele joint venturets levetid og 12 måneder etter dets opphør, til 5 år i det hele.

²⁷⁴ NOU 2003:12.

Løsningen i norsk rett synes etter dette å være at det ikke er rom for lemping av konkurranseklausulen. Dersom den i sitt omfang går lenger enn det som er nødvendig, må Konkurransetilsynet og norske domstoler i sin helhet vurdere klausulen etter reglene i §§ 10 og 11.

Etter min mening samsvarer dette dårlig med prinsippet om harmonisering med EF-reglene som eksplisitt poengteres i forarbeidene.²⁷⁵ Konkurransetilsynets begrunnelse for denne regelen synes også noe merkelig. De sier at: ”Det betyr at begrensningen ikke automatisk er godkjent dersom foretakssammenslutningen godkjennes”.²⁷⁶ Begrensningen ville heller ikke automatisk blitt godkjent sammen med foretakssammenslutningen dersom ordlyden ”så langt” ble beholdt. Også i dette tilfellet er det kun de nødvendige begrensningene som godkjennes sammen med foretakssammenslutningen.

I tillegg vil partene i fusjonen kunne risikere at fusjonen godkjennes, men at de tilknyttede begrensningene kuttes i sin helhet av domstolene i etterkant.

Denne risikoen vil imidlertid dempes noe ved at Konkurransetilsynet kan sette som vilkår at konkurranseklausulen begrenses i sitt omfang for at fusjonen skal godkjennes.²⁷⁷

²⁷⁵ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85, siste avsnitt.

²⁷⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85.

²⁷⁷ Se drøftelsen i oppgaven punkt 2.2.

4 Hvem tar materielt og bindende stilling til om konkurransebegrensningen er aksessorisk til fusjonen?

Det er ikke tvilsomt at en kommisjonsbeslutning som godkjenner en fusjon ”anses for at omfatte konkurransebegrensninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for fusjonens gjennomførelse”.²⁷⁸

Spørsmålet er om dette også innebærer at Kommisjonen materielt vurderer de aksessoriske begrensningene i forbindelse med fusjonsgodkjenningen, og at de anses godkjent som en integrert del av beslutningen, eller om beslutningen automatisk omfatter disse uten at Kommisjonen tar bindende stilling til dem.

Canal + - dommen er helt sentral for vurderingen av dette spørsmålet:

I denne saken hadde Kommisjonen i beslutning av juni 2000 godkjent en fusjon, og vurdert de aksessoriske begrensninger til denne.²⁷⁹ I juli 2000 avsa Kommisjonen en ny beslutning, og det fremgikk av denne at begrensningene avtalt i forbindelse med fusjonen ikke kunne anses som aksessoriske. Selve beslutningen om godkjenning av fusjonen ble imidlertid stående.

De private partene mente den nye beslutning måtte anses som en nullitet, ettersom Kommisjonen hadde tatt stilling til de aksessoriske begrensningene i beslutningen av juni 2000, og fristene for endring av denne for lengst var utløpt.

Kommisjonen anfører i dommen at vurderingen av de aksessoriske begrensninger ikke er et bindende synspunkt, og derfor ikke en del av beslutningen om å godkjenne fusjonen. De kunne derfor endre deres vurdering av disse i beslutningen fra juli 2000, uten hinder av de fristene som gjaldt for godkjenningens beslutning. Aksessoriske begrensninger er ifølge Kommisjonen:

”objektivt i den forstand, at hvis en aftalebestemmelse er direkte knyttet til og nødvendig for fusjonens gjennomførelse, er den uten videre dekket av beslutningen om at godkjenne fusjonen. Motsatt er den det ikke i den omvendte situation, og dette uanset hvilken vurdering av bestemmelsen Kommissionen har anlagt i beslutningen”.²⁸⁰

Kommisjonen anfører videre at de vurderingene de foretar i beslutningene begrunnes:

”alene med et formål at lade virksomhederne nyde godt af dens erfaring på området, at yde sitt bidrag til udviklingen af en doktrin om aksessoriske konkurransebegrensninger”.²⁸¹

De avslutter sine anførsler med å understreke det poeng at dersom partene er uenige om begrensningene er aksessoriske, er dette noe de nasjonale domstoler materielt skal avgjøre.²⁸²

²⁷⁸ Fusjonsforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav b annet ledd, artikkel 8 nr. 1 annet ledd og nr. 2 tredje ledd. Se også Meddelelsen punkt 1.

²⁷⁹ For en detaljert beskrivelse av fusjonskonstruksjonene, se *Canal +* avsnitt 4.

²⁸⁰ *Ibid.* avsnitt 30.

²⁸¹ *Ibid.* avsnitt 52.

²⁸² *Ibid.* avsnitt 55. Her viser Kommisjonen til den nye Meddelelsen (2001) som ble vedtatt etter at fusjonen ble godkjent (2000), men før saken kom opp for retten (2002).

Retten delte imidlertid ikke Kommisjonens oppfatninger om gjeldende rett.

De forsto ordlyden i Fusjonsforordningen; ”Beslutninger, hvorved en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet, skal også omhandle” aksessoriske begrensninger,²⁸³ slik at ”skal også omhandle” tilsa at godkjennelsen av de aksessoriske begrensningene måtte anses som en integrert del av beslutningen som godkjente fusjonen.²⁸⁴ Ifølge Retten er vurderingen av om begrensningene er aksessoriske en uløselig del av vurderingen av fusjonens hovedavtale.

Retten anså vurderingen som en ”anvendelse” av Fusjonsforordningen etter dennes artikkel 22 første ledd, og dette tillå Kommisjonens enekompetanse.²⁸⁵ Kommisjonen avgjorde altså spørsmålet, etter Rettens mening, med bindende virkning.

De underbygget sin argumentasjon med at aksessoriske begrensninger skulle innrapporteres etter Kommisjonens skjema for fullstendig melding av foretakssammenslutninger, og de mente også at en annen regel ville stride mot partenes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling, og prinsippet om ”one stop shop”.²⁸⁶

Ettersom det er Rettens fortolkning som må legges til grunn,²⁸⁷ var rettstillingen før og etter denne dommen at Kommisjonen besluttet om begrensningene kunne anses aksessoriske til fusjonen, med bindende virkning.

Dette medførte en noe merkelig rettstilstand. Det fremgikk av 2001-Meddelelsen om aksessoriske begrensninger at Kommisjonen ikke tok bindende stilling til de aksessoriske begrensningene, samtidig som Fusjonsforordningen måtte tolkes slik at de gjorde dette, jf. *Canal + - dommen*. Som Sinclair sier på s. 318: ”Companies and their legal advisers could be left in limbo unless the Commission immediately changes its policy”. Det beste for selskapene ville i denne situasjonen være å innrapportere de aksessoriske begrensningene, jf. Sinclair s. 319, da ville man kunne argumentere for at beslutningen om å godkjenne fusjonen også omfattet de aksessoriske begrensningene selv om Kommisjonen ikke tok uttrykkelig stilling til dem. Og selv om begrensningene ikke ble innrapportert talte mye for å behandle partene mildt; de handlet da bare i tråd med Kommisjonens Meddelelse, jf. Sinclair *ibid*.

I 2004 kom det imidlertid en ny Fusjonsforordning,²⁸⁸ med endret ordlyd; ”skal også omhandle konkurrencebegrænsninger” i den tidligere forordning, ble nå endret til ”anses for at omfatte konkurrencebegrænsninger”.

Ordlyden ”anses” indikerer i større grad enn den tidligere forordning at Kommisjonen ikke tar bindende stilling til de aksessoriske begrensningene i godkjennelsesbeslutningen, selv om dette ikke er åpenbart etter en naturlig forståelse av ordlyden.²⁸⁹

²⁸³ Saken gikk etter den tidligere Fusjonsforordningen; Rfo. 4064/89 artikkel 6 første ledd bokstav b annet ledd, jf. artikkel 8 annet ledd.

²⁸⁴ *Canal +*, avsnitt 74.

²⁸⁵ *Ibid.* avsnitt 81-82.

²⁸⁶ *Ibid.* avsnitt 89, 101 og 104.

²⁸⁷ Se Fusjonsforordningen (4064/89) artikkel 21 første ledd.

²⁸⁸ Rfo. 139/2004.

²⁸⁹ Se også Sinclair s. 315-316. Etter min mening burde Fusjonsforordningen, på en klar måte, spesifisert at Kommisjonen ikke bindende tar stilling til om begrensningene er aksessorisk til fusjonen.

En slik ordlydsfortolkning støttes av fortalen til Fusjonsforordningen: Beslutninger der Kommisjonen godkjenner en fusjon, ”bør automatisk omfatte sådanne begrensninger, uden at Kommissionen skal vurdere disse begrensninger i de enkelte tilfælde”.²⁹⁰

Det fremgår videre av Meddelelsen punkt 2 at det ved endringene av ordlyden i Fusjonsforordningen er ment ”indført et princip om, at fusionsparterne selv skal vurdere sådanne begrensninger.”²⁹¹ Det afspejler lovgiverens intention om, at Kommissionen ikke skal have pligt til at vurdere accessoriske begrensninger...”.

Og det heter videre i samme punkt: Tvister om begrensningene kan anses som aksessoriske ”avgøres ved de nationale domstole”.

De aksessoriske begrensningene er altså ikke en integrert del av den beslutning etter Fusjonsforordningen artikkel 21 annet ledd som Kommisjonen har enerett til å treffe, og vurderingen av disse kan derfor uten hinder av Fusjonsforordningen legges til partene selv og i ytterste konsekvens nasjonale domstoler, med en potensiell mulighet for henvisning til EF-domstolen.

Dette prinsippet underbygges videre med at partene ikke lenger skal oppgi de aksessoriske begrensningene i Kommisjonens formular for fullstendig melding av fusjoner.²⁹²

Europarådet fulgte altså ikke opp Rettens standpunkter i *Canal+ - dommen* når de vedtok den nye Fusjonsforordningen. Ettersom også Retten må respektere den endrede ordlyden i denne,²⁹³ er gjeldende rett i dag langt på vei i tråd med Kommisjonens anførsler i *Canal+*.²⁹⁴

Hvordan er rettsstilstanden i norsk rett?

Ifølge forarbeidene ”vil det være partene selv som må vurdere” om begrensningene er aksessoriske til foretakssammenslutningen etter konkl. § 16 sjette ledd.²⁹⁵

Det heter videre:

”Anvendelsen av unntaket fra forbudene i utkastet §§ 10 og 11 forutsetter heller ikke noe særskilt vedtak fra konkurransemyndighetenes side og forutsetter heller ikke at sammenslutninger er meldt. Det er også i overensstemmelse med Kommisjonens forslag til revidert fusjonsforordning ... Partene har risikoen med hensyn til om begrensningene er nødvendige. Det følger av sammenhengen mellom bestemmelsene at forbudene kan

²⁹⁰ Fortalens punkt 21. Generelt om fortalens rettskildemessige betydning, se Sejersted s. 55.

²⁹¹ Det er da også naturlig at bevisbyrden ligger på den part som mener at begrensningene er aksessoriske, se *Métropole Télévision* (avsnitt 131) og Faull s. 237 punkt 4.129.

²⁹² Se Ritter s. 636 og Sinclair s. 317.

Beslutningspraksis fra Kommisjonen viser at de har effektivisert den nye lære; Aksessoriske begrensninger er ikke behandlet i beslutninger avsagt etter at den nye Fusjonsforordningen trådte i kraft.

²⁹³ Det følger av Meddelelsen punkt 8 at Retten og Domstolen ikke er bundet av ”Kommissionens fortolkning af EF-fusionsforordningen”. Men den endrede ordlyden i Fusjonsforordningen sett sammen med fortalens punkt 21 er et klart uttrykk for Europarådets mening; dette er ikke ”kommissionens fortolkning” etter Meddelelsen punkt 8. Meddelelsen punkt 2 og 3 er nærmest en gjengivelse av fortalen punkt 21, det er ikke Kommisjonens fortolkninger.

²⁹⁴ Se Maudhuit s. 139, Christensen s. 751 note 254 og Iversen s. 343 note 237.

²⁹⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85. Da er det også naturlig at bevisbyrden ligger på dem, jfr. note 285 ovenfor.

håndheves etter at en foretakssammenslutning er godkjent, dersom partene skulle ha bedømt nødvendigheten av begrensningene feil”.²⁹⁶

Det uttales i tillegg at håndheving av forbudene kan skje uten hinder av fristene i konkl. §§ 18 tredje ledd og 20, jf. § 12. Disse uttalelsene gir uttrykk for at heller ikke etter norsk rett tar Konkurransetilsynet bindende stilling til de aksessoriske begrensningene når de vedtar å ikke gripe inn mot en foretakssammenslutning etter konkl. § 16. Dette betyr at både Konkurransetilsynet og norske domstoler²⁹⁷ kan gripe inn mot dem etter en eventuell godkjenning av foretakssammenslutningen.²⁹⁸

Hva er den umiddelbare begrunnelse for endringen av ordlyden i Fusjonsforordningen?

Ettersom doktrinen i realiteten er et unntak fra EFT art. 81 og 82,²⁹⁹ er en iøynefallende begrunnelse for å skyve denne vurderingen ned til nasjonale domstoler desentraliseringen etter Rådsforordning 1/2003.³⁰⁰ Denne forordningen kom i kjølvannet av omleggingen til forbudsbestemmelser, og bestemmer at en rekke vurderinger etter disse bestemmelsene legges til nasjonale myndigheter og domstoler. Hovedbegrunnelsen for dette er at arbeidspresset på Kommisjonen ble for stort under det gamle system med forhåndsgodkjenning av konkurranseregulerende avtaler.³⁰¹

Endringen kan også forstås som en reaksjon på det store antall fusjonssaker som behandles av Kommisjonen; altså rene effektivitetshensyn på grunn av tids- og arbeidspress.³⁰²

Er dette en god rettsstilstand?

Ved fusjoner er det svært viktig med forutberegnelighet³⁰³ for partene, ettersom det er tale om overføring av store verdier. Etter dagens rettsstilstand kan partene risikere at en nasjonal

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Vilkårene i konkurranseloven § 16, herunder sjette ledd, kan fullt ut prøves av domstolene, se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 83 og Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredningssaken), der det oppstilles en presumsjon for at domstolene også kan prøve forvaltningens subsumsjon.

²⁹⁸ Til forskjell fra EF-retten kan man tolke *Konkurransetilsynets retningslinjer for fullstendig melding av foretakssammenslutninger* del 3 bokstav e dit hen at partene plikter å oppgi de aksessoriske begrensningene. Dette har sammenheng med at de aksessoriske begrensningene skal kumuleres inn i hovedvurderingen av foretakssammenslutningen etter konkl. § 16 første ledd. Se oppgaven punkt 2.2 for en drøftelse av dette.

²⁹⁹ Se oppgaven punkt 2.2.

³⁰⁰ I denne retning; Kommisjonens anførsler i *Canal+* (avsnitt 45-46). Se også Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 85: Den endrede ordlyd i Fusjonsforordningen ”har sammenheng med rådsforordning nr. 1/2003”. Se også Ryssdal s. 228 og Sinclair s. 317; Sinclair understreker at dette ligner på systemet før Fusjonsforordningen trådte i kraft (se bla. *Reuter-saken*). Vurderingen ble skyvd over i denne ved Rfo. 4064/89, og nå skyves den på en måte ned igjen til artikkel 81 og 82.

³⁰¹ Se nærmere om Rfo. 1/2003 og det nye regime i Fejø s. 213-280.

³⁰² Kommisjonens anførsler i *Canal+* (avsnitt 56).

³⁰³ Retten peker på dette i *Canal+* (avsnitt 97): ”Hovedformålet med forordningen er at skabe grundlag for en effektiv kontrol og at fremme rettsikkerheden for de virksomheder, der er omfattet av forordningens

domstol ikke anser begrensningene som aksessoriske, etter at selve fusjonen er godkjent av Kommisjonen. Dette kan ramme partene hardt, ettersom selve fusjonstransaksjonen kan være påbegynt eller gjennomført på dette tidspunktet.³⁰⁴ Særlig kjøper vil kunne påføres store verditap, ettersom selger da kan starte konkurrerende virksomhet og beskjære verdien av den goodwill og knowhow som kjøper har ytt vederlag for. Denne praksisen innebærer ikke forutberegnelighet for partene.

Kommisjonen peker imidlertid på effektivitetshensyn som en motpol til partenes forutberegnelighet i *Canal+*, men her får de ikke gehør av Retten: ”Kommissionen kan ikke påberåbe sig administrative vanskeligheter, uansett disses omfang, med henblikk på at tømme forordning nr. 4064/89 for en del af dens indhold”.³⁰⁵

I tillegg vil en slik praksis stride mot Fusjonsforordningens prinsipp om ”one stop-shop”.³⁰⁶ Partene må innom ulike instanser, og jurisdiksjoner, før de med sikkerhet kan anse fusjonsavtalen som gjennomførbar etter sitt innhold. Dette svekker også den effektive kontrollen med fusjoner.

Det er også et poeng at aksessoriske begrensninger må vurderes i fusjonens økonomiske kontekst, og ettersom det er Kommisjonen som vurderer hovedavtalen er det også de som har best forutsetninger for å vurdere de aksessoriske begrensningene til denne.³⁰⁷

Det følger imidlertid av fortalen til Fusjonsforordningen punkt 21 og Meddelelsen punkt 3 at Kommisjonen ”efter anmodning af de deltagende virksomheder bør vurdere, om eventuelle begrænsninger er accessoriske, hvis en sag indeholder nye og uløste spørgsmål der giver anledning til reell usikkerhed som spørgsmål, der ikke er omfattet af den relevante gældende meddelelse fra Kommissionen eller en offentliggjort afgørelse truffet af Kommissionen”. Det følger videre av Meddelelsen punkt 6 at slike beslutninger vil bli offentliggjort så langt som mulig.

Denne sikkerhetsventilen har imidlertid begrenset effekt for forutberegneligheten ettersom det er opp til Kommisjonen å avgjøre om de vil avgjøre slike spørsmål, jf. ordet ”bør”, og i tillegg er det få tenkelige problem som i dag enten ikke er behandlet i Meddelelsen eller i kommisjonspraksis.³⁰⁸

anvendelsesområde”. Og de fortsetter i avsnitt 101: ”Hvis beslutningen ikke bindende avgjør spørsmålet om begrensningene er aksessoriske vil det ikke give fusionens parter mulighed for at opnå en sikker retsstilling ... forordning nr. 4064/89 (vil) delvis være berøvet sin effektive virkning”. Se også avsnitt 106. Retten mener det vil være best i tråd med forordningens formål at fusjonen med de aksessoriske begrensningene vurderes som en helhet, og godkjennes i sin helhet i Kommisjonens beslutning. Se også Sinclair s. 320.

³⁰⁴ Dette problemet ble anført av de private parter i *Canal+* (avsnitt 13): Fusjonstransaksjonen var allerede påbegynt når Kommisjonens andre beslutning kom i juli 2000.

³⁰⁵ *Ibid.* avsnitt 108.

³⁰⁶ Retten legger vekt på dette i *ibid.* avsnitt 104. Se også Sinclair s. 320.

³⁰⁷ Se Sinclair s. 318 og 320.

³⁰⁸ Jf. Meddelelsen punkt 6 som definerer ”nye og uløste spørsmål” som spørsmål som verken er behandlet i Meddelelsen eller i kommisjonspraksis.

I tillegg kan man stille spørsmålet om kommisjonsbeslutningen i slike tilfelle tar bindende stilling til spørsmålet om begrensningene kan anses som aksessoriske til fusjonen.

Uttalelsene i fortalen og Meddelelsen punkt 3 sier ikke annet enn at Kommisjonen skal "vurdere" begrensningene i slike tilfelle. En må derfor fortsatt holde seg til hovedregelen om at godkjennelsesbeslutningen "anses for at omfatte konkurrencebegrensninger".³⁰⁹ Vurderingen er formelt ikke en beslutning etter Fusjonsforordningens 21 annet ledd. Reelt vil imidlertid Kommisjonens vurderinger være bindende ettersom nasjonale domstoler neppe vil fravike disse.

En kan i alle tilfelle si at Meddelelsen sikrer forutberegnelighet for partene.³¹⁰ Holder man seg innenfor denne, vil begrensningene neppe bli ansett som ikke-aksessoriske av nasjonale domstoler. Dersom saken henvises til EF-domstolen kan resultatet lettere bli et annet, bla. stred Rettens løsning i *Canal+* mot 2001-Meddelelsens retningslinjer.

I tillegg sikrer adgangen til lemping av konkurranseklausulen at en eventuell korrigerende av konkurranseklausulen av nasjonale domstoler ikke vil ramme selger urimelig hardt.³¹¹

En kan etter dette konkludere med at praksisen ikke er ideell med tanke på de forutberegnelighetshensyn som gjør seg gjeldende, men den må anses som en forsvarlig mellomløsning; særlig ettersom det er adgang til lemping av konkurranseklausulen, og på grunn av Meddelelsens detaljerte veiledning.³¹²

Som et submoment kan det her nevnes at ettersom det er et direkte forbud mot ikke-aksessoriske begrensninger (ikke forhåndsgodkjenning av Kommisjonen), og det er liten mulighet for å få veiledning fra Kommisjonen, har det blitt svært viktig med korrekt juridisk bistand om aksessoriske begrensninger. En bør være rimelig sikker på at disse befinner seg innenfor Fusjonsforordningens rammer før man effektiviserer en fusjonstransaksjon.

³⁰⁹ Fusjonsforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav b annet ledd, artikkel 8 nr. 1 annet ledd og nr. 2 tredje ledd. Se også Meddelelsen punkt 1.

³¹⁰ Dette er også dens formål, jf. Meddelelsen punkt 4.

³¹¹ Se oppgaven punkt 3.2, men har kan det stille seg annerledes etter saker som går etter norsk rett.

³¹² Sinclair konkluderer med at Kommisjonen bør gå tilbake til det gamle system, og ta bindende stilling til de aksessoriske begrensningene i godkjennelsesbeslutningen, jf. s. 320. Dette vil nok være den beste løsning for de private parter.

5 Litteraturliste

Albors-Llorens, Albertina, *EC competition law and policy* (2002).

Bellamy & Child, *European community law of competition*, 5. edition (2001).

Bergeius Andersen, Kari, ”Karensklausuler: Gyldighet og utforming”, *Tidsskrift for Forretningsjuss*, 2002 s. 139-155.

Broder, Douglas & Jennifer Juste, “United States: Anti-competitive agreements”, *European Competition Law Review*, 2005 s. 161-162.

Christensen, Andreas mfl., *Konkurrenseretten i EU*, 2. utgave (2005).

Diaz Gonzalez, F. Enrique, “The notion of ancillary restraints under EC competition law”, *Fordham International Law Journal*, 1996 s. 951 – 998.

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

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 7. utgave (Oslo 2003).

Eftestøl–Wilhelmson, Ellen, *Fra etterprovisjon til avgangsvederlag* (Oslo 2005).

Faull, Jonathan & Ali Nikpay, *The EC law of competition* (Oxford 1999).

Fejø, Jens, *EU – Konkurrenserett*, 3. utgave (2003).

Goyder, D.G., *EC competition law*, 4. edition (Oxford 2003).

Hawk, Barry E. & Henry L. Huser, *European Community merger control: A practitioner’s guide* (1996).

Iversen, Bent mfl., *Konkurrenseretlige emner* (2004).

Jones, Alison & Brenda Sufrin, *EC competition law – text, cases, and materials*, 2. edition (Oxford 2004).

Kolstad, Olav, *Norsk lovkommentar* (nettversjonen), kommentarer til konkurranseloven av 2004.

Kolstad, Olav, *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett* (Oslo 1998).

Korah, Valentine, *Cases & Materials on EC Competition Law*, 2. edition (2001).

Lunde, Tore, *God forretningskikk næringsdrivande imellom* (avhandling, Bergen 2000).

Manzini, Pietro, "The european rule of reason-crossing the sea of doubt", *European Competition Law Review*, 2002 s. 392-399.

Maudhuit, Sylvie & Trevor Soames, "Changes in the EU merger control: Part 3", *European Competition Law Review*, 2005 s. 144 – 150.

Modrall, James, "Ancillary restrictions in the Commission's decisions under the merger regulation: non-competition clauses", *European Competition Law Review*, 1995 s. 40-48.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen 2004).

Ritter, Lennart and W. David Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3. edition (2004).

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS – rett*, 2. utgave (Oslo 2004).

Sinclair, Duncan, "Ancillary restraints under the merger regulation: The Commission's approach cast into doubt by the court of first instance" (case comment), *European Competition Law Review*, 2003 s. 315 – 320.

Steinberg, Geir, "Klausuler om konkurranseforbud i arbeidsavtaler – et konkurranserettslig perspektiv", *Tidsskrift for Forretningsjus*, 1996 nr. 4 side 86 flg.

6 Andre rettskilder

6.1 Lovgivning mv.

Traktat og avtaler:

EF-traktaten:

Traktat om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab

http://europa.eu.int/eur-lex/lex/da/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_DA.pdf

EØS-avtalen:

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde

<http://www.lovdatab.no/all/hl-19921127-109.html#map001>

ODA-avtalen:

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol

<http://www.lovdatab.no/all/tl-19921127-109-042.html>

Rettsakter:

Fusjonsforordning 4064/89 (OPPHEVET):

<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/regulation/consolidated/da.pdf>

Forordning 2790/1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/da/oj/1999/l_336/l_33619991229da00210025.pdf

Forordning 1/2003 om gjennomførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/da/oj/2003/l_001/l_00120030104da00010025.pdf

Fusjonsforordning 139/2004:

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/da/oj/dat/2004/l_024/l_02420040129da00010022.pdf

Forordning 772/2004 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/da/oj/2004/l_123/l_12320040427da00110017.pdf

Norsk lovgivning:

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven), 31. mai 1918 nr. 4:

<http://www.lovdatab.no/all/nl-19180531-004.html>

Lov om varemerker (varemerkeloven), 3. mars 1961 nr. 4:

<http://www.lovdatab.no/all/nl-19610303-004.html>

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven), 16. juni 1972 nr. 47:

<http://www.lovdatab.no/all/nl-19720616-047.html>

Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranselov), 11. juni 1993 nr. 65 (OPPHEVET):

<http://www.kt.no/internett/index.asp?startID=&topExpand=1000068&strUrl=//templates/applications/internet/showobject.asp?infoobjectid=1001159>

Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven), 17. juli 1998 nr. 56:

<http://www.lovdatab.no/all/nl-19980717-056.html>

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

<http://www.lovdatab.no/all/nl-20040305-012.html>

Kommisjonens meddelelser:

Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations (90/C 203/05) OPPHEVET:

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/90c20305_en.html

Kommissionens meddelelse om fusionsbegrebet (1998/C 66/03):

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/co406489_da.pdf

Kommissionens meddelelse om begrebet selvstendig fungerende joint ventures (1998/C 66/03):

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jv406489_da.pdf

Kommissionens meddelelse om konkurransebegrensninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomførelsen av fusjoner (2001/C 188/03) OPPHEVET:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC0704\(01\):DA:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC0704(01):DA:HTML)

Kommissionens meddelelse om konkurransebegrensninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomførelsen af fusjoner (2005/C 56/03):

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/da/oj/2005/c_056/c_05620050305da00240031.pdf

EØS-komiteens beslutninger:

EØS-komiteens beslutning nr. 79/2004 av 8. juni 2004 om endring av EØS-avtalens vedlegg XIV (Konkurranse), protokoll 21 (om gjennomføring av konkurransebestemmelser for foretak) og protokoll 24 (om samarbeid om tilsyn med foretakssammenslutninger):

www.lovdatab.no (betalingstjeneste)

6.2 Forarbeid

NOU 2003: 12, Ny konkurranselov:

<http://odin.dep.no/fad/norsk/publ/utredninger/NOU/002001-020013/index-dok000-b-n-a.html>

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranse-loven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranse-loven):

<http://odin.dep.no/fad/norsk/publ/otprp/002001-050019/index-dok000-b-n-a.html>

6.3 Rettspraksis

Avgjørelser fra EF-domstolen:

Miller International Schallplatten GMBH mot Kommisjonen

Sak 19/77, Sml. 1978 s. 131

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0019:DA:HTML>

Distillers Company Limited mot Kommisjonen

Sak 30/78, Sml. 1980 s. 2229

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0030:DA:HTML>

Remia B.V. M.FL. mot Kommisjonen

Sak 42/84, Sml. 1985 s. 2545

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0042:DA:HTML>

Avgjørelser fra Retten i første instans:

Métropole télévision m.fl. mot Kommisjonen

Sak T-112/99, Sml. 2001 s. 2459

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999A0112:DA:HTML>

Lagardère SCA og Canal + SA mot Kommisjonen

Sak T-251/00, Sml. 2002 s. 4825

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000A0251:DA:HTML>

Avgjørelser fra norske domstoler:

Rt. 1995 s. 1427

www.lovdatab.no (betalingstjeneste)

LB-2002-2780 (Borgarting)

www.lovdatab.no (betalingstjeneste)

RG 2004 s. 425 (Oslo tingrett)

www.lovdatab.no (betalingstjeneste)

6.4 Kommisjonsbeslutninger

SHV/Chevron

EFT 1975 L 038 s. 14

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975D0095:DA:HTML>

Reuter/BASF

EFT 1976 L 254 s. 40

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976D0743:DA:HTML>

Remia

EFT 1983 L 376 s. 22

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31983D0670:DA:HTML>

Elopak/Metal Box-Odin

EFT 1990 L 209 s. 15

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990D0410:DA:HTML>

Digital/Kienzle

Sak M.57 (1991)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m57_en.pdf

ICL/Nokia Data

Sak M.105 (1991)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m105_en.pdf

Solvay/Laporte

Sak M.197 (1992)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m197_en.pdf

BHF/CCF/Charterhouse

Sak M.319 (1993)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m319_en.pdf

Akzo Nobel/Monsanto

Sak M.523 (1995)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m523_en.pdf

Dupont/ICI

Sak M.984 (1997)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m984_en.pdf

ICI/Williams

Sak M.1167 (1998)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1167_en.pdf

Asahi Glass/Mitsubishi/F2 Chemicals

Sak M. 42 (2000)

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=da&lng1=da,en&lng2=da,de,el,en,es,fi,fr,it,nl,pt,sv.&val=236888:cs&page=2&hwords=asahi~)

[lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=da&lng1=da,en&lng2=da,de,el,en,es,fi,fr,it,nl,pt,sv.&val=236888:cs&page=2&hwords=asahi~](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=da&lng1=da,en&lng2=da,de,el,en,es,fi,fr,it,nl,pt,sv.&val=236888:cs&page=2&hwords=asahi~)

Volvo/Renault V.I.

Sak M.1980 (2000)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1980_en.pdf

Stora Enso/Assidomän

Sak M.2243 (2000)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2243_en.pdf

Framatome/Siemens/Cogéma/JV

Sak M.1940 (2001)

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/da/oj/2001/l_289/l_28920011106da00080033.pdf

Huntsman International/Albright & Wilson Surfactants Europe

Sak M.2231 (2001)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2231_en.pdf

Philips/Agilent Health Care Solutions

Sak M.2256 (2001)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2256_en.pdf

Deutsche BP/Erdölchemie

Sak M.2345 (2001)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2345_en.pdf

Campbell/ECBB (Unilever)

Sak M.2350 (2001)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2350_en.pdf

NEC/Toshiba

Sak M.2437 (2001)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2437_en.pdf

IBM Italia/Business Solutions/JV

Sak M.2478 (2001)

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2478_en.pdf

6.5 Vedtak av Konkurransetilsynet

Jølstad

Sak A 1998-10

http://www.konkurransetilsynet.no/archive/internett/avgjorelser_uttalelser/arkiv_1998/a1998-10.html

Canal Digital

Sak V 1999-15

http://www.konkurransetilsynet.no/archive/internett/avgjorelser_uttalelser/arkiv_1999/v1999-15.html

Arbeids- og administrasjonsdepartementets klagevedtak i denne saken:

<http://odin.dep.no/filarkiv/170421/norgeskanalen.pdf>