

## V1998-68 30.09.98

### Dispensasjon fra konkurranseloven § 3-1 første ledd med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 første ledd bokstav c) for samarbeidet i Øko Kraft A/S

#### Sammendrag:

Gjøvik Energiomsetning A/S, Hadeland Kraftomsetning A/S, Vokks Kraft A/S og TKE-Nett DA innvilges dispensasjon fra konkurranseloven for å samarbeide om salg av elektrisk kraft gjennom selskapet Øko Kraft A/S. Øko Kraft driver kjøp og salg av elektrisk kraft fra og på vegne av sine aksjonærer på det nasjonale og internasjonale marked

#### 1. Innledning

Øko Kraft A/S ble stiftet i 1995 av Gjøvik Energi, Hadeland Energiverk og Vestoppland Kommunale Kraftselskap (VOKK) (heretter kalt morselskapene). Øko Kraft driver kjøp og salg av elektrisk kraft fra og på vegne av sine aksjonærer på det nasjonale og internasjonale marked.

Konkurransetilsynet fant i 1995 at aksjonæravtalen mellom morselskapene inneholdt klausuler som var i strid med konkurranseloven § 3-1 og § 3-3. Den 10. oktober 1995 ble morselskapene gitt dispensasjon fra §§ 3-1 og 3-3.

I 1996 skjedde det en omorganisering av Øko Kraft. Morselskapene stiftet da gjennom sine datterselskaper Gjøvik Energiomsetning A/S, Hadeland Kraftomsetning A/S og Vokks Kraft A/S (heretter kalt eierselskapene) selskapet Øko Kraft DA. Øko Kraft DA tok over hele virksomheten til Øko Kraft A/S. Øko Kraft A/S endret navn til Øko Kraft Handel A/S og ble lagt inn under Øko Kraft DA som et datterselskap til dette. Det ble ikke drevet noen virksomhet i Øko Kraft Handel A/S.

Konkurransetilsynet fant 22. august 1996 at samarbeidet i Øko Kraft DA og Øko Kraft Handel A/S var omfattet av dispensasjonen gitt i brev av 10. oktober 1995.

I 1998 har det igjen vært omorganiseringer i Øko Kraft. Det er nå stiftet et aksjeselskap Øko Kraft A/S. Samtlige verdier i Øko Kraft DA er overført til Øko kraft A/S og Øko Kraft DA er oppløst. Det er fastsatt vedtekter for Øko Kraft AS og det er inngått en ny aksjonæravtale mellom eierne.

I mars 1998 ble det så inngått en fusjonsavtale mellom Øko Kraft A/S og Toten Energi A/S hvor Toten Energi innfusjoneres i Øko Kraft A/S ved at Toten Energi A/S i sin helhet overdrar eiendeler, rettigheter og forpliktelser til Øko Kraft A/S. Som vederlag mottar eierne av Toten Energi A/S aksjer i Øko Kraft A/S.

Toten Energi A/S har drevet kraftomsetning og vært eiet av TKE Nett A/S (tidligere Toten Kommunale Elektrisitetsverk). Toten Kommunale Elektrisitetsverk var med under forberedelsene til dannelsen av Øko Kraft i 1995 men valgte å trekke seg ut av prosjektet.

## **2. Samarbeidet i Øko Kraft AS før innfusjoneringen av Toten Energi**

### **2.1. Forholdet til EØS-reglene**

Nasjonale konkurransemyndigheter kan ikke anvende nasjonal konkurranselovgivning på foretakssammenslutninger av fellesskaps- eller EFTA-dimensjon, jfr. art. 21 i henholdsvis fusjonsforordningen (Rfo. 4064/89) og forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen (forskrift nr. 966) kap. XIII.

Fellesskaps- eller EFTA-dimensjon foreligger når terskelverdiene i henholdsvis fusjonsforordningen og forskrift om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen (forskrift nr. 964) kap. XIV art. 1 nr. 2 og nr. 3 er overskredet.

I dette tilfellet er det klart at hvert av de berørte foretak oppnår mer enn to tredjedeler av samlet omsetning i Norge. Det følger da av art 1 nr. 2 i.f. og nr. 3 i.f. at det ikke foreligger noen fellesskap- eller EFTA-dimensjon. Saken omfattes derfor ikke av fusjonsforordningen og kan dermed behandles av Konkurransetilsynet etter norsk konkurranselovgivning.

### **2.2. Forholdet til § 3-11**

Det oppstår her prinsipielle spørsmål om forholdet mellom § 3-11 og §§ 3-1 til 3-3.

Øko Kraft er et fellesforetak/joint venture. Med joint venture menes en virksomhet som kontrolleres av to eller flere andre virksomheter i forening.

Ved stiftelsen av et slikt foretak må det tas stilling til om saken skal bedømmes etter fusjonskontrollreglene eller forbudsbestemmelsene. Denne sontringen gjøres i konkurranseretten i EF/EØS. ( Se fusjonsforordningens art 3 (2) (Rfo. 4064/89 sist endret ved Rfo. 1310/97) og forskrift 966 del III kapittel XIV (gitt i medhold av lov av 27. november 1992 nr. 110).) Grunnen er at et fellesforetak på den ene side kan benyttes for å samordne fortsatt uavhengige virksomheters konkurranseadferd i strid med forbudet i EF art 85(1)/EØS art 53(1) mens andre typer fellesforetak kan innebære en strukturendring i markedet som må bedømmes i forhold til fusjonsreglene.

For konkurranselovens vedkommende må det gjøres en tilsvarende sontring. Dette er lagt til grunn av tilsynet i Fugro-saken. (Sak 98/78 (Fugro).) De retningslinjer som Kommisjonen har fastsatt for denne grensedragningen innenfor EF-retten (heretter kalt Kommisjonens kunngjøring), vil kunne gi en viss veiledning også for konkurranselovens vedkommende. (Kommisjonens kunngjøring om begrepet "selvstendig fungerende joint ventures" (EF-tidende 98/C 66) som avløste Kommisjonens kunngjøring om sontringen mellom "joint ventures opprettet i fusjonsøjemed og joint ventures opprettet i samarbeidsøjemed" (EF-tidende 94/C 385/01). )

I tråd med dette må det derfor vurderes om stiftelsen av Øko Kraft var et "bedriftserverv" i § 3-11s forstand eller om det er et samarbeid som må vurderes i forhold til §§ 3-1 til 3-3.

Ved denne vurdering vil de sentrale kriterier være om det skjer en overføring av realia til det felles foretak og om det felles foretak er i besittelsen av tilstrekkelig ressurser til å fungere som en selvstendig

markedsaktør. (I Kommisjonens kunngjøring punkt 11 kreves det at fellesforetaket "på et varig grunnlag må varetage alle en selvstendig virksomheds funksjoner".) Dersom dette besvares bekræftende, må opprettelsen av fellesforetaket vurderes i forhold til § 3-11 og ikke i forhold til forbudsbestemmelsene i §§ 3-1 til 3-3. Det kan imidlertid tenkes at opprettelsen av et slikt selvstendig fungerende fellesforetak samtidig innebærer et samarbeid mellom aktører som forblir selvstendige. Et slikt samarbeid må under enhver omstendighet vurderes i forhold til §§ 3-1 til 3-3.

I aksjonæravtalen punkt 2 heter det at Øko Kraft skal være en selvstendig markedsaktør som konkurrerer i markedet. Partenes intensjoner er imidlertid ikke avgjørende for vurderingen da det må legges vekt på foretakets reelle stilling. Flere forhold kommer her inn.

Øko Kraft opptrer i kraftmarkedet på vegne av eierselskapene, jfr. vedtektenes § 2 annet ledd og aksjonæravtalen punkt 1. Det heter her blant annet at formålet med virksomheten er "koordinert innkjøp og salg av energi på vegne av aksjonærene". Virksomheten i Øko Kraft er derfor nær knyttet opp til virksomheten i eierselskapene og morselskapene.

Av særlig interesse er bestemmelsene om administrasjon av selskapet i aksjonæravtalens punkt 5 til 8. Punkt 5 viser klart at opprettelsen av Øko Kraft ikke innebærer at det er skjedd en fullstendig utskillelse av omsetningsfunksjonen fra eierselskapene. Det heter her at "*... selv om selskapet skal styres ut fra en enhetlig linje, innebærer ikke dette en sentralisering av ressursene på ett sted. Man tar sikte på at en vesentlig del av kundebehandlingen (for eksempel betjening av husstandskundene) foretas av, eller i nært samarbeid med eierverkene*". Videre legger punkt 6 til 8 opp til at eierselskapenes i stor utstrekning skal delta aktivt i styringen av driften i Øko Kraft .

Videre skal det i henhold til aksjonæravtalens punkt 10 foretas en harmonisering av Øko Krafts likviditetsstyring med eierselskapenes inn- og utbetalinger. Også disse forhold viser at det er nære bånd mellom virksomheten i Øko Kraft og virksomheten i eierselskapene.

Øko Kraft er tilført kraftporteføljen til eierselskapene samt markedskompetanse. Videre har hver eier skutt inn 10 mill. kroner i aksjekapital. Det er så vidt vites ikke overført vesentlige aktiva fra eierverkene til Øko Kraft utover dette.

Den sentrale funksjon som Øko Kraft skal utføre synes å være forvaltning av eierverkenes kraftportefølje. Øko Kraft har således som oppgave å sørge for at det til enhver tid er tilgang på tilstrekkelig kraft til å dekke kundenes behov. Øko Kraft fremstår imidlertid også som et salgsselskap i det kundene (sluttbrukerne) formelt sett vil inngå sine avtaler med Øko Kraft.

I konkurranselovens forstand kan Øko Kraft på denne bakgrunn ikke karakteriseres som en selvstendig aktør i markedet. Samlet sett må det derfor legges til grunn at stiftelsen av Øko Kraft ikke er et "bedriftserverv" som faller inn under anvendelsesområdet for § 3-11.

Etter dette må det tas stilling til om samarbeidet rammes av noen av lovens forbudsbestemmelser.

## 2.3. Prissamarbeid

Det første spørsmålet er om virksomheten i Øko Kraft er et samarbeid som rammes av konkurranseloven § 3-1 første ledd.

Alle morselskapene har tidligere drevet omsetning av energi gjennom egne omsetningsselskaper/avdelinger. Før opprettelsen av Øko Kraft var partene således reelle konkurrenter. Opprettelsen av Øko Kraft innebar i henhold til dagjeldende vedtekter og aksjonæravtale, at all omsetning av kraft til og fra morselskapene skulle skje gjennom Øko Kraft.

Eierselskapene er omsetningsselskaper og kunne selv utført de funksjoner som er lagt til Øko Kraft. Eierselskapene skal i følge aksjonæravtalen overdra/selge sin kraft til Øko Kraft. Avregning skal finne sted til markedspriser. Hva som forstås med markedspriser er nærmere regulert i aksjonæravtalen punkt 4. Punkt 4 fastsetter dermed prisen for salg fra eierselskapene til Øko Kraft A/S. Når Øko Kraft selger tjenester og produkter, fastsettes prisen i følge aksjonæravtalens punkt 10 av styret i Øko Kraft. I Øko Krafts styre er representantene fra eierselskapene i flertall, jfr. aksjonæravtalens punkt 7. Samlet sett innebærer dette at det foreligger en avtale mellom ervervsdrivende om fastsetting av priser som er egnet til å påvirke konkurransen. Forholdet rammes dermed av konkurranseloven § 3-1 første ledd.

## 2.4. Markedsdeling

Et prinsipielt spørsmål er her om et samarbeid kan rammes av både § 3-1 og § 3-3 samtidig. Utgangspunktet må være at et og samme forhold kun rammes av én av disse forbudsbestemmelsene. Et samarbeid vil imidlertid kunne omfatte flere ulike forhold hvor det ene er et prissamarbeid, mens det annet er en markedsdeling. Det må derfor undersøkes om samarbeidet i Øko Kraft også inneholder elementer som vil omfattes av forbudet om markedsdeling.

Aksjonæravtalens punkt 2 lyder:

*Selskapet skal være en selvstendig markedsaktør som konkurrerer i markedet, men ikke med partene i denne avtale eller selskaper eiet av disse.*

I aksjonæravtalen punkt 4 heter det at:

*" Omsetning av elektrisk kraft mellom partene og selskapet skal være regulert i separate bilaterale kontrakter. Om det ikke oppnås enighet mellom partene og selskapet har partene rett til å kreve at selskapet bistår i omsetning av kraften i engrosmarkedet. Partene forplikter seg til ikke å inngå avtaler om kjøp og salg av kraft, uten at dette er avtalt med selskapet. Dette gjelder også for partenes selskaper eller der partene eller partenes morselskaper, direkte eller indirekte, helt eller delvis, er involvert."*

Spørsmålet er om disse klausuler innebærer en markedsdeling i strid med konkurranseloven § 3-3.

Aksjonæravtalens punkt 2 er et konkurranseforbud pålagt fellesforetaket. Et slikt konkurranseforbud er

en konkurransebegrensning, men vil isolert sett bare unntaksvis være en form for markedsdeling som omfattes av forbudet i § 3-3. Dette fremgår av Konkurransetilsynets praksis omkring konkurranseforbud. (Tilsynets avgjørelse 98/5 (sak 98/231) og avgjørelse 98/10 (sak 98/733))

Etter aksjonæravtalens punkt 4 forplikter partene seg til ikke å inngå avtaler om salg av kraft uten at dette er avtalt med fellesforetaket. Dette innebærer at et konkurranseforbud er pålagt Øko Krafts eiere og utelukker at en av eierne driver virksomhet i konkurranse med Øko Kraft. Klausulen synes samtidig å medføre en utelukkelse av konkurransen mellom eierne.

Aksjonæravtalen innebærer således et gjensidig konkurranseforbud. Spørsmålet er om et slikt gjensidig konkurranseforbud sett i sammenheng med samarbeidet for øvrig vil kunne lede til en markedsdeling i strid med § 3-3 første ledd.

I dette tilfellet vil Øko Kraft være aktør på engrosmarkedet og sluttbrukermarkedet for kraft. Øko Kraft vil her opptre på vegne av eierselskapene. Eierselskapene eller deres morselskaper vil ikke være konkurrenter til Øko Kraft fordi alt salg til disse markedene samordnes i Øko Kraft. Samlet sett innebærer opprettelsen av Øko Kraft at eierselskapene trekker seg ut av henholdsvis engrosmarkedet og sluttbrukermarkedet for kraft og koordinerer denne virksomheten i Øko Kraft. Dette medfører en konkurransebegrensning da antall markedsaktører reduseres fra tre til én. Konkurransbegrensningen består blant annet i en felles prisfastsettelse i strid med konkurranseloven § 3-1.

Det kan ikke utelukkes at en slik samordning i et fellesforetak vil bli bedømt som en markedsdeling dersom eierselskapene hadde beholdt retten til å prise sine egne produkter uavhengig av de øvrige deltakerne. I dette tilfellet er imidlertid det sentrale at partene samarbeider om prissettingen. Det kan ikke ses at samarbeidet samtidig innebærer en form for markedsdeling.

Konklusjonen er derfor at samarbeidet i Øko Kraft ikke rammes av markedsdelingsforbudet i konkurranseloven § 3-3.

### **3. Innfusjoneringen av Toten Energi**

Spørsmålet er om det foreligger et bedriftsserverv i § 3-11s forstand ved innfusjoneringen av Toten Energi i Øko Kraft. Alternativt tar TKE-Nett gjennom innfusjoneringen del i et prissamarbeid som rammes av konkurranseloven § 3-1 første ledd.

Overfor er det lagt til grunn at stiftelsen av Øko Kraft ikke faller inn under § 3-11, men må bedømmes etter lovens §§ 3-1 og 3-3.

Virksomheten i Øko Kraft er av samme art som tidligere. Ved fusjon utvides imidlertid det samarbeid som allerede rammes av lovens forbudsbestemmelse ved at TKE-Nett blir ny deltaker i samarbeidet. Det er dette som er den reelle virkningen av fusjonen. At utvidelsen formelt sett skjer gjennom en fusjon kan ikke medføre at transaksjonen faller utenfor § 3-1. Det er den reelle virkning som må legges til grunn. Innfusjoneringen av Toten Energi i Øko Kraft kan derfor ikke anses som et bedriftsserverv som må bedømmes i forhold til konkurranseloven § 3-11.

Konklusjonen er etter dette at TKE-Nett gjennom innfusjoneringen tar del i et prissamarbeid som rammes av konkurranseloven § 3-1 første ledd

#### 4. Dispensasjon etter § 3-9

Overfor er det vist at det foreligger et samarbeid som rammes av konkurranseloven § 3-1 første ledd. De opprinnelige deltakerne i samarbeidet er allerede innvilget dispensasjon til 31. desember 2000.

Etter at dispensasjonen er gitt, er det foretatt flere omorganiseringer av Øko Kraft. Av betydning vil tilsynet særlig fremheve at samarbeidet er utvidet med en deltaker. Dersom det fortsatt skal dispensereres fra konkurranselovens forbud, må dette skje ved at det innvilges en ny dispensasjon som omfatter alle nåværende eiere av Øko Kraft A/S.

Øko Kraft skal drive handel med energi i det nordiske kraftmarkedet, både engros og til sluttbruker. De relevante produktmarkeder vil være omsetning av elektrisk kraft i henholdsvis engrosmarkedet og til sluttbruker. For så vidt gjelder engrosmarkedet, legger tilsynet til grunn at dette omfatter både Norge og Sverige. Det geografiske marked for salg av kraft til sluttbruker er derimot avgrenset til Norge.

Følgende tall er hentet fra Enfos medlemsliste 1998:

*Kunder Trsp. energi 1) Egenproduksjon 2) Ansatte 3)*  
Gjøvik Energi 13300 508 Gwh 21 (310) Gwh 64/63  
Hadeland Energiverk 14450 383 Gwh 19 (150) Gwh 92/78,2  
VOKKS 11280 268 Gwh 23 (52) Gwh 77/69  
TKE-nett 13003 404 Gwh 5,4 (0) Gwh 76/74  
Sum 52033 1563 Gwh 68,4(512) Gwh

1) Transportert energi, disse tallene sier noe om hvor stort "hjemmemarkedet" er totalt sett, men ikke hvem som har solgt kraft på dette markedet .

2) Tallene i parentes er andel i felleseide kraftverk.

3) Ansatte/årsverk

Tilsynet har i sin vurdering spesielt lagt vekt på de forholdsvis lave markedsandeler deltakerne i samarbeidet har i både sluttbrukermarkedet og engrosmarkedet for omsetning av kraft. Det opplyses fra Øko Kraft pr. telefon at omsetningen til sluttbrukermarkedet anslås til 1,5 Twh etter innlemmelsen av Toten Energi. Til sammenligning anslås den totale kraftforbruk i Norge til ca. 110-115 Twh. Deltakernes egenproduksjon var i 1997 på 68,4 Gwh, mens deltakerne i tillegg disponerte 512 Gwh fra felleseide kraftverk. Samlet disponerte selskapene således 580,4 Gwh. Den samlede produksjon av kraft i Norge var ca. 120 Twh i 1996. I tillegg kommer at engrosmarkedet også omfatter Sverige. Eierne av Øko Kraft er derfor forholdsvis små aktører både i sluttbrukermarkedet og i engrosmarkedet.

Konkurransetilsynet finner etter dette at det bør dispensereres fra forbudet i § 3-1 første ledd.

## **Vedtak:**

På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 bokstav c):

**Gjøvik Energiomsetning A/S, Hadeland Kraftomsetning A/S, Vokks Kraft A/S og TKE-Nett DA innvilges med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 første ledd bokstav c dispensasjon fra konkurranseloven § 3-1 første ledd til å samarbeide om salg av elektrisk kraft gjennom selskapet Øko Kraft A/S.**

**Dispensasjonen trer i kraft straks og gis varighet til 30. september 2003.**

**Dispensasjonen av 10. oktober 1995 oppheves.**

Konkurransetilsynet presiserer at dispensasjonen er innvilget i henhold til framlagte vedtekter og aksjonæravtale for Øko Kraft A/S. Dersom samarbeidet utvides med flere deltakere eller det for øvrig skjer endringer av betydning, må det søkes om ny dispensasjon.

Er det behov for dispensasjon utover nevnte dato må det søkes om dette i god tid og minst 3 måneder før dispensasjonen utløper.

Det gjøres oppmerksom på at dispensasjonen kan trekkes tilbake dersom forutsetningene for dispensasjonen ikke lenger er til stede, jfr. konkurranseloven § 3-9 siste ledd.

For ordens skyld gjøres det også oppmerksom på at vedtaket kan påklages til Arbeids- og administrasjonsdepartementet innen tre uker fra mottagelsen av dette brev, se vedlagte melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak.

[til toppen](#)