

V2000-49 18.05.2000

Konkurranseloven §§ 3-11 og 3-9 - Tele Danmark AS' erverv av 51 prosent av aksjene i ElTele Øst - opphevelse av dispensasjon

Sammendrag:

Konkurransetilsynet har godkjent Tele Danmark AS' erverv av 51 prosent av aksjene i ElTele Øst AS, idet ervervet ikke vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Det ble i forbindelse med ervervet inngått en aksjonæravtale mellom Tele Danmark og de øvrige aksjeeiere i ElTele Øst. Aksjonæravtalen inneholder bestemmelser som begrenser Tele Danmarks og de øvrige aksjeeiernes muligheter til å konkurrere med ElTele Øst og med hverandre. En del av disse begrensningene må etter Konkurransetilsynets vurdering ses i sammenheng med vurderingen av ervervet etter konkurranseloven § 3-11, mens andre begrensninger må vurderes etter forbudsbestemmelsene eller etter konkurranseloven § 3-10. Konkurransbegrensninger i aksjonæravtalen som ikke anses å være en nødvendig forutsetning for eller følge av ervervet, er etter Konkurransetilsynets vurdering ikke i strid med forbudet mot markedsdeling i konkurranseloven § 3-3. Konkurransetilsynet har videre med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 fjerde ledd opphevet en tidligere dispensasjonen til grunnleggerne av ElTele Øst, idet forutsetningen for denne dispensasjonen ikke lenger er oppfylt.

Konkurransetilsynet viser til brev av 18. januar 2000 fra Wiersholm, Mellbye & Bech advokatfirma ANS vedrørende Tele Danmark AS' (heretter Tele Danmark) erverv av 51 prosent av aksjene i ElTele Øst AS (heretter ElTele Øst). Det ble i forbindelse med ervervet inngått en aksjonæravtale mellom Tele Danmark og de øvrige aksjeeiere i ElTele Øst: Oslo Energi Holding AS, Akershus Energi AS, Gjermå Tele AS og Hallingdal Kraftnett Tele AS (heretter 'grunnleggerne'). Aksjonæravtalen inneholder bestemmelser som begrenser Tele Danmarks og de øvrige aksjeeiernes muligheter til å konkurrere med ElTele Øst og med hverandre.

Konkurransetilsynet anmodes i brevet om at ervervet og de nevnte begrensninger i aksjonæravtalen vurderes i henhold til konkurranseloven (krnl.) § 3-11. I tillegg søkes det med hjemmel i krnl. § 3-9 om dispensasjon fra forbudet mot markedsdeling i krnl. § 3-3, i tilfelle begrensningene i aksjonæravtalen anses å innebære en ulovlig markedsdeling som ikke anses å være en nødvendig forutsetning for eller følge av ervervet.

1. Bakgrunn

1.1. Ervervet

Ifølge avtalen mellom partene av 13. desember 1999 erverver Tele Danmark 51 prosent av aksjene i ElTele Øst ved kjøp av aksjer fra Oslo Energi Holding AS og ved en rettet emisjon mot Tele Danmark. For øvrig eies ElTele Øst av de samme selskapene som før ervervet. Det vil si at Oslo Energi Holding AS eier ca. 42 prosent, Akershus Energi AS ca. 4 prosent, Gjermå Tele AS ca. 2 prosent og Hallingdal

Kraftnett AS ca. 1 prosent av aksjene. Disse selskapene eier dermed til sammen 49 prosent av aksjene i ElTele Øst.

1.2 Partene

ElTele Øst ble opprettet gjennom avtaler mellom Oslo Energi Holding AS, Akershus Energi AS, Gjermå Tele AS, Hallingdal Kraftnett AS og Energiselskapet Asker og Bærum AS den 11. september 1997. Avtalene innebar en samordning av de nevnte selskapers utvikling og drift av infrastruktur for teletjenester og levering av teletjenester til bedriftsmarkedet. Enkelte bestemmelser i aksjonæravtalen som begrenset 'grunnleggernes' adgang til å konkurrere med ElTele Øst, ble i tilsynets vedtak V98-18 gitt dispensasjon etter krrl. § 3-9 a) fra forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3. Dispensasjonen ble gitt varighet til 1. februar 2003.

ElTele Øst er en del av den landsomfattende ElTele-gruppen, som disponerer et eget bredbåndnett og som siden begynnelsen av 80-tallet har bygd lokale fibernett langs strømmettet i norske byer og tettsteder. Gjennom en samarbeidsavtale med BaneTele AS knyttes jernbaneverkets langdistansenett (transportnett) sammen med ElTele-selskapenes fiberoptiske nett (aksessnett) til et landsdekkende fiberoptisk nett. (Samarbeidsavtalen fikk med hjemmel i krrl. § 3-9 a) dispensasjon fra krrl. § 3-1 første ledd i tilsynets vedtak V99-78.) ElTele Øst tilbyr en rekke fasttelefonitjenester, levering av hussentraler, integrering av telefoni og data, digitalt radiosamband samt daglig drift og vedlikehold av kundenes telefoniløsninger. De nevnte tjenester tilbys hovedsakelig til bedriftskunder. ElTele Øst har nylig inngått avtale med NetCom om leie av NetComs GSM-nett for å kunne tilby egne mobiltelefonitjenester. Mobiltelefonitjenestene vil etter det tilsynet kjenner til bli tilbudt bedriftskunder i løpet av våren. ElTele Øst fikk i begynnelsen av mars konsesjon av Post- og teletilsynet til drift av radioaksessnett i frekvensbåndet 26 GHz. Radioaksess i dette frekvensbåndet vil kunne konkurrere med Telenors faste aksessnett, og vil kunne være et alternativ for blant annet høyhastighets internett-kommunikasjon.

Tele Danmark er en internasjonal telekommunikasjonsaktør med virksomhet i en rekke europeiske land. Tele Danmark har hatt en begrenset virksomhet i det norske tele-kommunikasjonsmarkedet før ervervet. Tele Danmark eier sammen med det amerikanske selskapet Ameritech 39,99 prosent av aksjene i NetCom.

Oslo Energi Holding AS, Akershus Energi AS, Gjermå Tele AS og Hallingdal Kraftnett Tele AS har sin primære virksomhet innenfor energisektoren. Oslo Energi Holding AS er gjennom sine hel- og deleide selskaper produsent, grossist og selger av energi til sluttbrukermarkedet. Oslo Energi Holding AS er gjennom sine hel- og deleide selskaper også tjenesteleverandør til ulike konsulent-, installasjons-, enøk- og telekommunikasjonsvirksomheter. Oslo Energi Holding AS' virksomhet i telekommunikasjonsmarkedet skjer gjennom ElTele Øst. Akershus Energi AS produserer, transporterer, selger og kjøper elektrisk kraft. Gjermå Tele AS og Hallingdal Kraftnett Tele AS driver med utbygging, drift og vedlikehold av data- og telenett og transport av elektrisk kraft.

1.3 Konkurransbegrensningene i aksjonæravtalen

Partene inngikk den 13. desember 1999 en aksjonæravtale i forbindelse med Tele Danmarks

aksjeerverv. Hovedformålet med transaksjonene er i henhold til aksjonæravtalen å gjøre ElTele Øst til en ledende telekommunikasjonsoperatør i Norge. Aksjonæravtalen inneholder som nevnt bestemmelser som begrenser Tele Danmarks og de øvrige aksjeeiernes muligheter til å konkurrere med ElTele Øst og med hverandre. [Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5 a), jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2, inntatt i vedlegg punkt 1.]

Aksjonæravtalen har ifølge punkt 15.8 en varighet inntil børsnotering av ElTele Øst, oppsigelse ved partenes enighet eller inntil det tidspunkt en av 'grunnleggerne' direkte eller indirekte ikke lenger eier aksjer i ElTele Øst. [Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5 a), jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2, inntatt i vedlegg punkt 2.]

Aksjonæravtalens punkt 9 inneholder begrensninger med hensyn til aksjonærenes adgang til å konkurrere med ElTele Øst og hverandre. [Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5 a), jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2, inntatt i vedlegg punkt 3.]

Aksjonæravtalen inneholder videre bestemmelser som begrenser Tele Danmarks og ElTele Østs adgang til å konkurrere med 'grunnleggerne' innenfor energiproduksjon eller tilknyttede tjenester. [Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5 a), jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2, inntatt i vedlegg punkt 4.]

2 Forholdet til konkurranseloven

Konkurransetilsynet kan etter krrl. § 3-11 gripe inn mot bedriftserved, dersom tilsynet finner at ervervet fører til eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning i strid med lovens formål. Vedtak om inngrep kan gå ut på å nedlegge forbud eller gi påbud, samt å gi tillatelse på vilkår.

Det følger av Konkurransetilsynets praksis at avtaler som inngås i forbindelse med et bedriftserved, og som er en nødvendig forutsetning for eller følge av gjennomføringen av ervervet, i utgangspunktet vurderes sammen med ervervet i henhold til krrl. § 3-11. (Jf. blant annet Konkurransetilsynets avgjørelse A98-10 (Jølstad) og vedtak V00-23 (Protector).) Dette innebærer at konkurransebegrensende avtaler som er nødvendig for at ervervet skal kunne finne sted kun vurderes etter krrl. § 3-11 og ikke vurderes i henhold til forbudsbestemmelsene eller inngrepsbestemmelsen i krrl. § 3-10. Et sentralt spørsmål i denne saken er dermed om konkurransebegrensningene i aksjonæravtalen er en nødvendig forutsetning for eller følge av gjennomføringen av Tele Danmarks erverv av 51 prosent av aksjene i ElTele Øst.

ElTele Øst har foreløpig lave markedsandeler i de markedssegmenter selskapet har sin virksomhet i. Hensikten med ervervet er ifølge de foreliggende avtaler å utvikle ElTele Øst til en alternativ telekommunikasjonsoperatør i Norge. ElTele Øst vil bli tilført ekspertise og finansiell styrke fra Tele Danmark som følge av ervervet, noe som etter tilsynets vurdering vil kunne bidra til at ElTele Øst blir mer konkurransedyktig innenfor de markedssegmenter der selskapet har sin virksomhet. Dette vil etter tilsynets vurdering føre til økt konkurranse i det norske telekommunikasjonsmarkedet, hvor Telenor i

dag er dominerende innenfor de fleste markedssegmenter.

Tele Danmark har før ervervet kun operert i det norske markedet gjennom sin og Ameritechs samlede eierandel på 39,99 prosent i NetCom, som har en markedsandel på om lag 30 prosent i markedet for GSM-mobiltelefoni i Norge. Dette kan som en illustrasjon lignes med en markedsandel for Tele Danmark på i størrelsesorden 10 prosent i dette markedet. Konkurransetilsynet registrerer at ElTele Øst har inngått en tjenesteleverandøravtale om leie av kapasitet i NetComs mobilnett for GSM. Dette innebærer at Tele Danmark gjennom sine eierposisjoner i NetCom og ElTele Øst øve innflytelse på de nevnte selskapers tilpasning i markedet for mobiltelefoni. På bakgrunn av at ElTele Øst hittil ikke har hatt egen infrastruktur for mobiltelefoni vil ervervet likevel ikke etter Konkurransetilsynets vurdering føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Ervervet vil derimot etter tilsynets oppfatning på sikt kunne føre til en sterkere konkurranse i markedet for mobiltelefoni ved at det gir gode muligheter for opprettelsen av et alternativ som i liten grad vil være avhengig av å benytte infrastruktur fra Telenor.

I forbindelse med tjenesteleverandøravtalen legger Konkurransetilsynet til grunn at det ikke vil finne sted noen form for diskriminering i strid med konkurranseloven mellom ElTele Øst og de øvrige tjenesteleverandører som har inngått avtale med NetCom om leie av mobilnett. Hvis det oppstår slike problemstillinger i fremtiden, vil disse kunne vurderes etter krrl § 3-10 som egne saker. Konkurransetilsynet antar på denne bakgrunn at ervervet ikke vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for mobiltelefoni.

Konkurransetilsynet mener derfor at ervervet ikke vil føre til en begrensning av konkurransen i strid med lovens formål, og har på den bakgrunn vurdert om noen av konkurranse-begrensningene som følger av aksjonæravtalen er i strid med forbudsbestemmelsene i konkurranseloven.

For å avgjøre om konkurransebegrensningene skal vurderes i henhold til krrl. § 3-11 må det først vurderes om det foreligger et bedriftserverv i krrl. § 3-11s forstand, idet det kun er da bestemmelsen kommer til anvendelse. Deretter må det altså vurderes om konkurransebegrensningene er en nødvendig forutsetning for eller følge av gjennomføringen av bedriftservervet.

2.1 Vurdering av vilkåret om at det må foreligge et bedriftserverv

Krrl. § 3-11 gir hjemmel til å gripe inn mot "bedriftserverv". Med bedriftserverv menes også fusjon, erverv av aksjer eller andeler og delvise erverv av bedrift, jf. krrl. § 3-11, annet ledd. Begrepet bedriftserverv er for øvrig ikke nærmere definert verken i lovteksten eller i forarbeidene. Konkurransetilsynet legger imidlertid til grunn at bestemmelsen omfatter delvis eller hel integrasjon mellom tidligere uavhengige virksomheter og andre endringer i eierskapet, som kan føre til endringer i markedstilpasningen. En slik forståelse er kommet til uttrykk i tilsynets avgjørelse A99-16 (Wilh. Wilhelmsen), og er senere blitt ytterligere presisert i tilsynets vedtak V99-89 (Universitetsforlaget) og V00-20 (Felleskjøpet). (Følgende siteres fra tilsynets vedtak V00-20 (Felleskjøpet): "Ved vurderingen av om det foreligger et bedriftserverv er det etter Konkurransetilsynets oppfatning relevant å ta i

betraktning hvilken grad av innflytelse eller kontroll erververen oppnår over det ervervede foretak. Hvis innflytelsen eller kontrollen er tilstrekkelig, vil ervervet være av en slik kvalifisert art at det foreligger et bedriftserved i konkurranselovens forstand. Hva som skal til for at erververen oppnår slik innflytelse eller kontroll, kan variere og vil bero på en konkret helhetsvurdering der ulike faktorer spiller inn. Nye styringsrettigheter som følge av et erverv er viktige i denne sammenheng fordi de kan endre partenes incentiver og derved ha betydning for markedstilpasningen. I denne vurderingen må en i tillegg til eierandelens størrelse bl.a. se hen til aksjonæravtaler eller underliggende avtaler, reell innflytelse på ledelsen (herunder styrerepresentasjon), finansielle bindinger, faglig kompetanse og markedskunnskap, den øvrige eierstruktur i selskapet og om det ellers vil skapes incentiver til varige endringer i bedriftenes tilpasninger i markedet.")

Tele Danmarks erverv av 51 prosent av aksjene i ElTele Øst innebærer at Tele Danmark blir majoritetsaksjonær i fellesforetaket ElTele Øst. Tele Danmark får gjennom sin høye eierandel samt aksjonæravtalens regler i punkt 7 om styrerepresentasjon og stemmegivning, en tilstrekkelig innflytelse på ledelsen av ElTele Øst. Disse forholdene vil kunne skape incentiver til endringer i ElTele Østs eller Tele Danmarks tilpasninger i markedet. Det foreligger dermed et bedriftserved etter krrl. § 3-11.

Partene har i sitt brev vist til uttalelser fra EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om begrensninger knyttet til foretakssammenslutninger (heretter kunngjøringen). (Jf. Konkurranseregler for foretak i EØS (Gyldendal 1998) side 291.) Det er blant annet vist til en uttalelse i kunngjøringens kapittel V som gjelder vurderingen av tilknyttede begrensninger i forbindelse med opprettelse av fellesforetak som definert i rettsaktens artikkel 3 nr. 2 annet ledd.

Det finner imidlertid etter Konkurransetilsynets vurdering ikke sted noen opprettelse av et fellesforetak i dette tilfellet. Av Konkurransetilsynets avgjørelse A99-16 (Wilh. Wilhelmsen) følger "*at opprettelse av fellesforetak ved nystiftelse som tilføres virksomhet fra morselskapene og som bedømmes som selvstendig fungerende fellesforetak etter EØS-retten, som hovedregel må anses som bedriftserved i relasjon til § 3-11.*" ElTele Øst ble som nevnt stiftet som et fellesforetak av 'grunnleggerne' den 13. september 1997. Tele Danmarks erverv av 51 prosent av aksjene gjennom kjøp av aksjer fra Oslo Energi Holding AS og en rettet emisjon innebærer dermed ikke at ElTele Øst blir opprettet ved nystiftelse. ElTele Øst tilføres heller ikke noe virksomhet gjennom Tele Danmarks aksjeerverv. Aksjeutvidelsen som finner sted ved at det er rettet en emisjon mot Tele Danmark medfører at 'grunnleggerne' aksjeposter reduseres, og er i så måte etter tilsynets vurdering naturlig å sidestille med Tele Danmarks erverv av aksjer fra Oslo Energi Holding AS. Dette innebærer at det i vurderingen av de tilknyttede begrensninger må tas utgangspunkt i kunngjøringens uttalelser i kapittel III om tilknyttede begrensninger i forbindelse med overtakelse av foretak, og ikke i uttalelsene i kunngjøringens kapittel V om tilknyttede begrensninger i forbindelse med opprettelse av fellesforetak i henhold til rettsaktens art. 3 nr. 2 annet ledd.

2.2 Vurdering av om konkurransebegrensningene i aksjonæravtalen er nødvendige

Det sentrale spørsmål i denne saken er om konkurransebegrensningene i aksjonæravtalen er en nødvendig forutsetning for eller følge av gjennomføringen av Tele Danmarks erverv og tilførsel av 51 prosent av aksjene i ElTele Øst.

Det foreligger lite praksis med hensyn til innholdet av den konkrete nødvendighetsvurderingen. I A98-10 (Jølstad) la Konkurransetilsynet til grunn at praksis etter EØS-avtalen om hva som skal anses nødvendig, vil kunne være et utgangspunkt for den tilsvarende vurderingen under konkurranseloven. Forholdet til EØS-avtalen og nødvendighetskravet ble utdypet i Konkurransetilsynets vedtak V99-15 (Canal Digital). Konkurransetilsynet viser i vedtaket til EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om hvordan begrepet "begrensninger som er direkte knyttet til og nødvendige for sammenslutningens gjennomføring" er å forstå. (EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring svarer til Kommisjonens kunngjøring om begrensninger knyttet til foretakssammenslutninger (90/C 203/05). Kommisjonens kunngjøring er i ferd med å bli revidert. Den nye kunngjøringen kodifiserer EF-domstolens og Kommisjonens praksis om tilknyttede begrensninger. Kunngjøringen ble behandlet i den Rådgivende komité den 21. og 22. oktober 1999, og er ennå ikke trådt i kraft. Utkast til ny kunngjøring ble publisert på Kommisjonens hjemmeside den 16. november 1999: http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/draft_notices/index.html)

Til tross for at Arbeids- og administrasjonsdepartementet i sin behandling av klagen over tilsynets vedtak V99-15 (Canal Digital) ikke tar uttrykkelig standpunkt til om det er grunnlag for å innfortolke et prinsipp om tilknyttede begrensninger under konkurranseloven, følger det av departementets avgjørelse at det i så fall kun er konkurransebegrensninger som har direkte tilknytning til og er nødvendige for selve gjennomføringen av bedriftservivet som skal vurderes sammen med bedriftservivet som sådant. (Arbeids- og administrasjonsdepartementets avgjørelse av 21. januar 2000 over klage på tilsynets vedtak i V99-15 (Canal Digital).)

Av EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring følger for det første at begrensningen må være forbundet med sammenslutningens gjennomføring, det vil blant annet si at begrensningen må være direkte knyttet til bedriftservivet. Det ligger samtidig i dette at begrensningen må være av underordnet betydning i forhold til bedriftservivets hovedformål. (Se kunngjøringen kap. II pkt. 4.)

For det annet understrekes det at begrensningen må være nødvendig for sammenslutningens gjennomføring. Vurderingen av om begrensningen skal anses som nødvendig, må skje på objektivt grunnlag. Det er i den forbindelse relevant å se hen til begrensningens art. En begrensning vil ikke være nødvendig med mindre fravær av begrensningen ville medføre at bedriftservivet ikke ville funnet sted, eller det kun ville ha funnet sted på mer usikre vilkår, til vesentlig høyere kostnader, over betydelig lengre tid eller med langt mindre sannsynlighet for å lykkes. (Se kunngjøringen kap. II pkt. 5.)

Nødvendighetskriteriet innebærer også at det må oppstilles et krav til forholdsmessighet. Begrensningens varighet og materielle og geografiske anvendelsesområde må ikke overskride det som med rimelighet er nødvendig for å gjennomføre bedriftservivet. Dersom det finnes alternative muligheter for å nå det tilsiktede mål, må bedriftene velge den løsning som objektivt sett er minst konkurransebegrensende. (Se kunngjøringen kap. II pkt. 6.)

Konkurransetilsynet finner det i denne saken naturlig å vurdere konkurransebegrensningene i

aksjonæravtalen hver for seg.

2.2.1 Konkurransbegrensningene mellom Tele Danmark og ElTele Øst

Aksjonæravtalen inneholder som nevnt bestemmelser som begrenser Tele Danmarks adgang til å opptre i konkurranse med ElTele Øst. Partene har anført at unntaket i krrl. § 3-6 første ledd første punktum kommer til anvendelse på disse konkurransebegrensningene, idet Tele Danmark eier mer enn 50 prosent av aksjene i ElTele Øst.

Krrl. § 3-6 unntar eier- og konsernsamarbeid fra forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Bedriftserverv som medfører at dette unntaket kommer til anvendelse må vurderes etter krrl. § 3-11. Det samme gjelder konkurransebegrensninger som anses å være en nødvendig forutsetning for eller følge av et slikt erverv. Krrl. § 3-6 kommer dermed først til anvendelse når begrensningene ikke anses å være en nødvendig forutsetning for eller følge av et slikt erverv og begrensningene dessuten anses å være i strid med forbudsbestemmelsene i konkurranseloven.

Konkurransbegrensningene følger av aksjonæravtalen som er inngått i forbindelse med Tele Danmarks erverv av 51 prosent av aksjene i ElTele Øst. Konkurransbegrensningene synes etter tilsynets vurdering å være en direkte konsekvens av Tele Danmarks erverv. Konkurransetilsynet mener på den bakgrunn at begrensningene er direkte knyttet til ervervet.

Konkurransbegrensningen innskrenker Tele Danmarks nåværende og fremtidige handlefrihet i det norske markedet for telekommunikasjon. Konkurransetilsynet antar at 'grunnleggerne' har ønsket å beskytte sine investeringer i ElTele Øst ved å innta konkurransebegrensningen i aksjonæravtalen. [Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5 a), jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2, inntatt i vedlegg punkt 5.] Tele Danmarks aksjeerverv medfører at selskapet får tilgang til ElTele Østs kundekrets og kunnskap om det norske telekommunikasjonsmarkedet. Det følger av kunngjøringen at en varighet på fem år har vært ansett som passende når ervervet omfatter kundekrets og kunnskap, mens en periode på to år anses som passende når ervervet kun omfatter kundekretsen. (Se kunngjøringen kap. III bokstav a) pkt. 2.) I Kommisjonens utkast til ny kunngjøring er perioden på fem år for erverv som omfatter kundekrets og kunnskap redusert til tre år. (Se utkast til ny kunngjøring kap. III a) pkt. 13.) Konkurransbegrensninger av lengre varighet kan imidlertid bli akseptert under særlige omstendigheter. (Se kunngjøringen kap. III a) pkt. 2.)

Konkurransbegrensningen er geografisk avgrenset til det norske markedet og gjelder ikke andre virksomhetsområder enn dem ElTele Øst har sin virksomhet i. Tele Danmark gis videre adgang til å fortsette sin satsing i det norske markedet gjennom NetCom.

Konkurransetilsynet antar på denne bakgrunn at 'grunnleggerne' ikke ville ha overdratt 51 prosent av aksjene til Tele Danmark dersom deres investeringer i ElTele Øst ikke ble beskyttet mot konkurranse fra Tele Danmark. Et fravær av en slik begrensning vil etter tilsynets vurdering medføre at bedriftservervet ikke ville funnet sted, eller det kun ville ha funnet sted på mer usikre vilkår, til vesentlig høyere kostnader, over betydelig lengre tid eller med langt mindre sannsynlighet for å lykkes.

(Se kunngjøringen kap. II pkt. 5.) Begrensningens varighet, geografiske og produktmessige avgrensning samt Tele Danmarks mulighet til å fortsette sitt engasjement gjennom NetCom innebærer at begrensningen etter tilsynets vurdering også må anses å være forholdsmessig.

Begrensningene på Tele Danmarks muligheter for å konkurrere med ElTele Øst synes på denne bakgrunn å være av en slik karakter som ifølge kunngjøringen bør vurderes sammen med ervervet. Begrensningene må etter tilsynets vurdering godkjennes som en del av bedriftservervet i henhold til krrl. § 3-11, idet begrensningene anses som nødvendige forutsetninger for eller følger av gjennomføringen av ervervet.

2.2.2 Konkurransbegrensningene mellom 'grunnleggerne' og ElTele Øst

Aksjonæravtalen inneholder videre bestemmelser som begrenser 'grunnleggerne' adgang til å konkurrere med ElTele Øst. Partene har, som nevnt, vist til enkelte uttalelser i kunngjøringen som gjelder tilknyttede begrensninger i forbindelse med opprettelse av fellesforetak i henhold til rettsaktens artikkel 3 nr. 2 annet ledd. Konkurransetilsynet antar imidlertid at det må tas utgangspunkt i kunngjøringens uttalelser om tilknyttede begrensninger i forbindelse med overdragelse av foretak i kapitel III.

Begrensningene på 'grunnleggerne' følger av aksjonæravtalen og synes å være en direkte konsekvens av Tele Danmarks erverv. Begrensningene er dermed etter tilsynets vurdering direkte knyttet til ervervet.

Begrensningene på 'grunnleggerne' ivaretar den enkelte 'grunnlegger' og Tele Danmarks interesse i å beskytte sine investeringer i ElTele Øst. Begrensningene beskytter i så måte både den enkelte selger, det vil si den enkelte 'grunnlegger', og kjøper, det vil si Tele Danmark. Det vil ved bedriftserverv generelt være større behov for å beskytte kjøper enn selger(e). Den enkelte 'grunnlegger' synes imidlertid etter tilsynets vurdering også å ha en berettiget interesse i å få beskytte sine investeringer i fellesforetaket ElTele Øst, som ble opprettet den 11. september 1997. Konkurransetilsynet antar på den bakgrunn at bedriftservervet uten slik beskyttelse ikke ville ha funnet sted, eller kun ville ha funnet sted på mer usikre vilkår, til vesentlig høyere kostnader, over betydelig lengre tid eller med langt mindre sannsynlighet for å lykkes. (Se kunngjøringen kap. II pkt. 5.) [Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5 a), jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2, inntatt i vedlegg punkt 6.]

Begrensningene på 'grunnleggerne' synes på denne bakgrunn å være av en slik karakter som ifølge kunngjøringen bør vurderes sammen med ervervet. Begrensningene må etter tilsynets vurdering godkjennes som en del av bedriftservervet i henhold til krrl. § 3-11, idet begrensningene anses som nødvendige forutsetninger for eller følger av gjennomføringen av ervervet.

2.2.3 Konkurransbegrensningene mellom Tele Danmark og 'grunnleggerne'

Aksjonæravtalen begrenser Tele Danmarks adgang til å konkurrere med 'grunnleggerne' innenfor energiproduksjon eller tilknyttede tjenester. [Opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5 a), jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2, inntatt i vedlegg punkt 7.]

Det må for det første undersøkes om konkurransebegrensningen kan anses å være direkte knyttet til bedriftservervets gjennomføring. Konkurransebegrensningen følger riktignok av aksjonæravtalen som er inngått i forbindelse med Tele Danmarks aksjeervert og kan således synes å være forbundet med ervervets gjennomføring. Begrensningene gjelder imidlertid en annen virksomhet enn den virksomhet som ervervet gjelder, og synes derfor ikke å være en direkte konsekvens av ervervet. Det synes på denne bakgrunn å være usikkert om begrensningen kan anses å være direkte knyttet til bedriftservervets gjennomføring.

Videre vil det ved bedriftservert som nevnt generelt være større behov for å beskytte kjøper enn selger (e). Konkurransebegrensningen beskytter derimot i dette tilfellet selgerne, det vil si 'grunnleggerne', mot konkurranse fra kjøperen, det vil si Tele Danmark. Konkurransetilsynet antar på den bakgrunn at ervervet ikke ville bli gjennomført på mer usikre vilkår, til vesentlig høyere pris eller over betydelig lengre tid, dersom begrensningen ikke ble inntatt i aksjonæravtalen. Begrensningen synes derimot etter tilsynets vurdering å ta sikte på å regulere et bestående forhold mellom Tele Danmark og 'grunnleggerne', og synes dermed ikke bare å skulle sikre gjennomføringen av ervervet i en overgangsfase.

Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn funnet at begrensningen ikke har tilstrekkelig tilknytning til eller er nødvendige for ervervet. Begrensningen kan derfor ikke vurderes etter krrl. § 3-11, men må vurderes i henhold til forbudsbestemmelsene i konkurranseloven eller krrl. § 3-10.

2.2.4 Konkurransbegrensningene mellom ElTele Øst og 'grunnleggerne'

Aksjonæravtalens regler [opplysninger unntatt offentlighet etter offl. § 5 a), jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2, inntatt i vedlegg punkt 8] innebærer som nevnt at ElTele Østs adgang til å konkurrere med 'grunnleggerne' vil kunne begrenses. Det synes usikkert om denne begrensningen kan anses å være direkte knyttet til ervervet, som gjelder overdragelse av aksjer i et selskap i markedet for telekommunikasjon. Videre er det etter tilsynets vurdering lite sannsynlig at ervervet ikke ville gjennomføres på mer usikre vilkår, til vesentlig høyere pris eller over betydelig lengre tid, dersom konkurransebegrensningen ikke ble inntatt i aksjonæravtalen.

Også denne begrensningen synes etter tilsynets vurdering ikke å ha en tilstrekkelig tilknytning til ervervet til at den kan vurderes som en del av dette. Begrensningen kan derfor ikke vurderes etter krrl. § 3-11, men må vurderes i henhold til forbudsbestemmelsene i konkurranseloven eller krrl. § 3-10.

2.3 Konkurranseloven § 3-3

Spørsmålet er om aksjonæravtalens bestemmelser som begrenser Tele Danmarks og ElTele Østs adgang til å konkurrere med 'grunnleggerne' er i strid med forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3.

Krrl § 3-3 forbyr to eller flere ervervsdrivende for salg av varer eller tjenester ved avtale, samordnet praksis eller på annen måte som er egnet til å påvirke konkurransen, å fastsette eller søke å påvirke til markedsdeling i form av områdedeling, kundedeling, kvotefordeling, spesialisering eller kvantumsbegrensning.

Høyesteretts kjæremålsutvalg har i en kjennelse av 11. februar 1999 uttalt seg om rekkevidden av forbudet mot markedsdeling:

"Utvalget forstår § 3-3 første ledd slik at bestemmelsen gjelder fordeling av ett eller flere markeder mellom konkurrenter eller fremtidige konkurrenter for å oppnå gjensidig beskyttelse mot konkurranse. Dette kan blant annet oppnås ved områdedeling, kundedeling og kvotefordeling."(Jf. Rt. 1999 s. 285 - Aune Gård mot Opdal S-lag.)

Det karakteristiske for en markedsdeling er altså at partene søker en gjensidig beskyttelse mot konkurranse fra hverandre. Det som kjennetegner et konkurranseforbud er derimot at den ene parten ensidig beskyttes mot konkurranse fra den andre. Det følger av kjæremålsutvalgets kjennelse og tilsynets vedtakspraksis at konkurranseforbud som gir den ene parten ensidig beskyttelse mot konkurranse fra den andre ikke omfattes av forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3. (Jf. Konkurransetilsynets avgjørelser A98-10 (Jølstad) og A98-92 (Grenland Transport).) Konkurransetilsynet vil imidlertid på generelt grunnlag bemerke at det vil kunne forekomme tilfeller hvor flere konkurransebegrensninger som tilsynelatende virker ensidige overfor den ene parts markedsadgang, til sammen vil kunne medføre en gjensidig skjerming av konkurransen i strid med krrl. § 3-3. (Se for eksempel vedtak V00-23 (Protector) hvor tilsynet konkluderer med at to klausuler om kunde-kanalisering sett i sammenheng medfører at partene oppnår en gjensidig skjerming mot fremtidig konkurranse.)

Begrensningene på Tele Danmarks og ElTele Østs adgang til å konkurrere med 'grunnleggerne' gir kun 'grunnleggerne' beskyttelse mot konkurranse fra Tele Danmark og ElTele Øst på deres primære virksomhetsområder innen energisektoren. Det foreligger dermed etter Konkurransetilsynets vurdering kun en ensidig beskyttelse mot konkurranse. Konkurransbegrensningen mellom Tele Danmark og 'grunnleggerne' er derfor etter tilsynets vurdering ikke i strid med krrl. § 3-3.

2.4 Konkurranseloven § 3-9

Krrl. § 3-9 tredje ledd sier at dispensasjoner kan trekkes tilbake dersom vilkårene for dispensasjonen ikke er oppfylt eller forutsetningen for dispensasjonen ikke lenger er til stede.

Akershus Energi AS, Energiselskapet Asker og Bærum AS, Gjermå Energi AS, Hallingdal Kraftnett AS og Oslo Energi Holding AS ble med hjemmel i krrl. § 3-9 a) gitt dispensasjon fra konkurranseloven § 3-3 til å ha en del konkurransebegrensende punkter i aksjonæravtale for ElTele Øst AS, jf. tilsynets vedtak V98-18 av 4. mars 1998. Dispensasjonen ble gitt varighet frem til 1. februar 2003.

Aksjonæravtalen av 13. desember 1999 avløser aksjonæravtale av 11. september 1998. Forutsetningene for tilsynets dispensasjon i V98-18 er derfor etter tilsynets vurdering ikke lenger oppfylt.

Konkurransetilsynet fatter på denne bakgrunn følgende vedtak med hjemmel i krrl. § 3-9 tredje ledd:

Akershus Energi AS', Energiselskapet Asker og Bærum AS', Gjermå Energi AS', Hallingdal Kraftnett AS' og Oslo Energi Holding AS' dispensasjon fra konkurranseloven § 3-3 til å innta punktene 5, 6.2 og 6.3 i aksjonæravtale for ElTele Øst AS trekkes tilbake.

Vedtaket trer i kraft straks.

Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage skal stiles til Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. Før øvrig vises til vedlagte skjema for klage på forvaltningsvedtak.

Oppsummering og konklusjon

Konkurransetilsynet antar at Tele Danmarks erverv av 51 prosent av aksjene i ElTele Øst ikke vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål, og at det derfor ikke er grunnlag for å gripe inn etter krrl. § 3-11.

De konkurransebegrensninger i aksjonæravtalen som ikke anses å være en nødvendig forutsetning for eller følge av ervervet, er etter Konkurransetilsynets vurdering ikke i strid med forbudet mot markedsdeling i krrl. § 3-3.

Konkurransetilsynet har med hjemmel i krrl. § 3-9 fjerde ledd opphevet dispensasjonen til Akershus Energi AS, Energiselskapet Asker og Bærum AS, Gjermå Energi AS, Hallingdal Kraftnett AS og Oslo Energi Holding AS av 4. mars 1998, idet forutsetningen for denne dispensasjonen ikke lenger er oppfylt.

[til toppen](#)