



Wikborg Rein  
Mads Magnussen  
Postboks 1513 Vika  
0117 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2011/586  
MAB ANFA 545.6

Dato: 9.11.2011

## **Veiledning - Norges Bank - konkurranseloven § 9 andre ledd**

Det vises til brev 8. juli 2011 hvor det anmodes om veiledning om rekkevidden av norske fusjonskontrollregler på Statens pensjonsfond utlands (SPU) eiendomsinvesteringer i utlandet. Videre vises det til møte 1. november 2011 hvor det blant annet ble gitt muntlig veiledning fra Konkurransetilsynet vedrørende de problemstillingene som er reist av Norges Bank.

I Norges Banks skriftlige anmodning ønskes det primært veiledning om hvorvidt konkurranselovens geografiske virkeområde begrenser meldeplikten i tilfeller hvor to (eller flere) foretak, som begge har omsetning i Norge som overstiger terskelverdiene, foretar felles erverv av eiendom i utlandet.

Norges Bank har også bedt om veiledning om et erverv gjort av SPU vil være å anse som et erverv gjort av et "foretak" i henhold til konkurranseloven § 17, jf. § 2. Til slutt ønskes veiledning om hvilke enheter som skal medregnes ved beregningen av relevant omsetning, og i hvilken utstrekning disse enhetene vil kunne anses å ha omsetning i Norge.

### **Rekkevidden av Konkurransetilsynets veiledningsplikt**

Konkurransetilsynet gir veiledning i henhold til konkurranseloven § 9 andre ledd og forvaltningsloven § 11.

Konkurransetilsynet vil kunne gi skriftlig veiledning ut fra en vurdering av markedsaktørens konkrete behov, sakens betydning for å fremme konkurransen i markedene og tilsynets ressurser. Det bemerkes at Konkurransetilsynet gir veiledning om konkurranseloven med tilhørende forskrifter så langt tilsynet finner det nødvendig for å sikre at konkurransen fremmes. Tilsynet har derimot ikke kapasitet til å utføre funksjoner som normalt kan søkes ved bistand fra profesjonelle rådgivere, og dette er heller ikke et formål med veiledningsplikten.

Konkurransetilsynet er også tilbakeholdent med å gi uttalelser som gir uttrykk for en bestemt anvendelse av regelverket i en konkret sak. Det er ikke adgang til å gi forhåndsgodkjenning i enkeltsaker. Det understrekes for ordens skyld at Norges Bank har et selvstendig ansvar for å innrette sin virksomhet i samsvar med konkurranseloven.

Tilsynet finner at det er grunnlag for å gi en skriftlig veiledning om forholdet mellom konkurranselovens geografiske virkeområde og reglene om meldeplikt. Det er i denne sammenheng særlig vektlagt at dette spørsmålet er av prinsipiell karakter.

Når det gjelder de øvrige to spørsmålene Norges Bank har tatt opp, er Konkurransetilsynet kommet til at det er tilstrekkelig veiledning i de foreliggende rettskilder på området. Det er her blant annet sett hen til Norges Banks mulighet til å få bistand fra profesjonelle rådgivere på området og at ytterligere avklaring fra tilsynets side ville innebære å ta konkret stilling i en enkeltsak.

### **Konkurranselovens geografiske virkeområde**

Etter konkurranseloven § 5 begrenses lovens virkeområde til vilkår, avtaler og handlinger som foretas i riket eller som *"har virkning eller er egnet til å ha virkning her i riket"*. Bestemmelsen gjelder blant annet ved adferds- og strukturkontroll,<sup>1</sup> og begrenser følgelig Konkurransetilsynets kompetanse til å foreta inngrep etter § 16 i foretakssammenslutninger som ikke har eller er egnet til å ha virkning i Norge.

Etter konkurranseloven § 18 *"skal"* samtlige erverv som faller inn under definisjonen av foretakssammenslutning etter § 17 første ledd bokstav a og b meldes til Konkurransetilsynet. Meldeplikten er en del av konkurranselovens regler om strukturkontroll som – i motsetning til adferdsreglene – baserer seg på tilsynets førtidige kontroll. Lovens utgangspunkt er videre at Konkurransetilsynet skal foreta den materielle vurderingen av om vilkårene for å gripe inn mot en foretakssammenslutning er oppfylt, jf. konkurranseloven § 16. Hensynet til en effektiv håndheving av regelverket kan tale for at tilsynet skal forelegges alle foretakssammenslutninger som oppfyller omsetningstersklene i meldepliktforskriften. Det kan anføres at noe av hensikten med omsetningstersklene nettopp er å sile ut foretakssammenslutninger som ikke har den nødvendige virkning i Norge, og at den begrensningen som følger av § 5 dermed ikke har noen selvstendig funksjon i slike saker. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om konkurranselovens geografiske virkeområde likevel begrenser meldeplikten til transaksjoner som *"har virkning eller er egnet til å ha virkning her i riket"*.

Etter ordlyden i konkurranseloven § 5 er det naturlig å legge til grunn at den geografiske begrensningen gjelder samtlige bestemmelser i konkurranseloven, ettersom det heter at *"[l]oven gjelder"*, uten at det er angitt noen unntak. Videre er konkurranselovens angivelse av det geografiske virkeområdet i § 5 plassert i lovens kapittel 1 (innledende bestemmelser), og har overskriften "lovens stedlige virkeområde". Også ut fra lovens struktur vil det være naturlig å legge til grunn at bestemmelsen i § 5 innebærer en generell begrensning av virkeområdet for alle bestemmelser i konkurranseloven, herunder for § 18 om melding av foretakssammenslutninger.

Forholdet mellom meldeplikten etter § 18 og det geografiske virkeområdet etter § 5 har ikke vært gjenstand for særskilt drøftelse i lovens forarbeider. I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 222 fremgår det imidlertid i merknaden til § 5 første ledd at bestemmelsen *"blant annet"* vil innebære en begrensning av lovens regler om adferds- og strukturkontroll i §§ 10, 11 og 16. Selv om dette er en knapp uttalelse kan det ikke anses tvilsomt at lovgiver med dette har ment at § 5 skal favne videre enn til å begrense adferds- og strukturkontrollen. Det kan hevdes å ha formodningen mot seg at konkurranseloven §§ 16 og 18 skal vurderes ulikt i forhold til begrensningen som følger av § 5 uten at dette er nærmere behandlet av lovgiver. I juridisk teori legges det også til grunn et standpunkt om at bestemmelsene om foretakssammenslutninger i lovens kapittel 4 i sin helhet er stedlig begrenset av § 5.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 222.

<sup>2</sup> Jf. Harald Evensen og Eivind Sæveraas, Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, 1. utgave side 481.

Videre har ikke Konkurransetilsynet kompetanse til å foreta inngrep mot foretakssammenslutninger etter § 16 hvor vilkårene i § 5 ikke er oppfylt. Det vil kunne gi en dårlig sammenheng i regelverket om kontroll med foretakssammenslutninger dersom slike transaksjoner like fullt er underlagt meldeplikt og gjennomføringsforbud. En slik praktisering av regelverket vil dessuten – som påpekt av Norges Bank – kunne medføre unødvendige administrative byrder både for foretak og tilsynet.

Konkurransetilsynet kan på denne bakgrunn ikke se at de formål og hensyn som ligger til grunn for meldeplikten gir tilstrekkelige holdepunkter for å tolke loven slik at det er meldeplikt for erverv som faller utenfor § 5. Etter tilsynets oppfatning vil den alminnelige meldeplikten i § 18 dermed være begrenset til tilfeller hvor vilkårene i § 5 er oppfylt. Følgelig vil det heller ikke foreligge meldeplikt hvis den aktuelle foretakssammenslutningen ikke *"har virkning eller er egnet til å ha virkning her i riket."*

Når det gjelder det nærmere innholdet i vilkåret *"har eller er egnet til å ha virkning her i riket"* legger tilsynet til grunn at konkurranseloven tar utgangspunkt i den såkalte effektdoktrinen ved avgrensningen av lovens geografiske virkeområde. Dette innebærer at det ikke er nødvendig at det konkurransebegrensende tiltaket er foretatt i Norge så lenge tiltakets virkninger gir seg utslag på norsk territorium.

Konkurransetilsynet legger videre til grunn at det i tråd med lovens formål må oppstilles en begrensning med hensyn til hvilken type virkninger som er avgjørende etter § 5, og at det følgelig kun er virkninger på konkurransen som er relevant i vurderingen.<sup>3</sup>

Det følger av ovennevnte at en foretakssammenslutning som har eller er egnet til å ha virkninger på et marked som omfatter deler av Norge, vil falle innenfor virkeområdet i § 5 og følgelig være meldepliktig etter § 18. Videre følger det motsetningsvis av § 5 at konkurranseloven ikke kommer til anvendelse på handlinger som utelukkende har eller er egnet til å ha virkning i utlandet. Det vises i denne forbindelse også til forarbeidene til § 5, hvor det fremgår at innholdet i bestemmelsen tilsvarer konkurranseloven 1993 § 1-5<sup>4</sup>. Konkurranseloven 1993 § 1-5 annet ledd fastsatte uttrykkelig at loven ikke fikk anvendelse på konkurransereguleringer som utelukkende hadde virkning utenfor Norge.

Følgelig vil foretakssammenslutninger som kun har eller er egnet til å ha virkning i markeder i utlandet normalt falle utenfor virkeområdet i § 5 og heller ikke være meldepliktig etter § 18. En analyse av det relevante markedets geografiske utstrekning vil således kunne gi veiledning til den konkrete vurderingen som må foretas i det enkelte tilfellet.

Når det gjelder spørsmålet om hvilken grad av virkning på konkurransen som kreves, tilsier en naturlig forståelse av ordlyden *"egnet til"* at det ikke trenger å påvises en faktisk virkning. På den annen side er det på det rene at virkningskravet må avgrenses mot rent hypotetiske virkninger.

Videre bemerkes det at kravet til virkning etter § 5 er et annet enn terskelen for inngrep etter § 16, og at det skal langt mindre til for å konstatere virkning etter § 5 enn for å gripe inn mot en transaksjon på grunnlag av en konkurransebegrensning etter § 16. Det vises til at selv om hensynene bak meldeplikten ikke gir tilstrekkelige holdepunkter for å la plikten gjelde uavhengig av begrensningen i § 5, vil hensynene likevel ha betydning for vurderingen av om et erverv har eller er egnet til å ha virkning i Norge. For at systemet med førtidig kontroll skal være effektivt, legges det derfor til grunn

---

<sup>3</sup> Jf. Harald Evensen og Eivind Sæveraas, Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, 1. utgave side 74

<sup>4</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 222

at det skal lite til for å konstatere virkninger på konkurransen etter § 5 og følgelig for at plikten etter § 18 utløses, forutsatt at de øvrige vilkårene for meldeplikt er oppfylt.

Med hilsen

Håkon Cosma (e.f.)  
*juridisk direktør*

Eivind Stage  
*seksjonsleder*