



Thommessen Krefthing Greve Lund AS Advokatfirma

Postboks 1484 Vika
0116 Oslo

Deres ref.: 820064/2

Vår ref.: 2005/458
545.0

Saksbeh.:

Dato: 7. september 2005

■ **Konkurranseloven § 9 annet ledd – veiledning – overføring av næringseiendom og begrepet ”foretakssammenslutning”**

Vi viser til Deres anmodning om veiledning i brev av 30. mars 2005.

Ifølge anmodningen fremstår det som uklart når erverv av fast eiendom omfattes av begrepet ”foretakssammenslutning” i konkurranseloven § 17, og dermed av den alminnelige meldeplikten for foretakssammenslutninger etter § 18.

Konkurransetilsynet ser at dette er et praktisk viktig spørsmål som det kan være nyttig at tilsynet belyser i en skriftlig veiledningsuttalelse, ikke bare når det gjelder overføring av fast eiendom, men også når det gjelder overføring av aktiva generelt. Dette er en gruppe foretakssammenslutninger hvor det vil kunne være tvil om hvorvidt overføringen utgjør en foretakssammenslutning, og hvor det vil kunne være lav bevissthet omkring meldeplikten.

1. Overføring av aktiva

Det er på det rene at overføring av aktiva i en del tilfeller vil utgjøre en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand. Ifølge lovens § 17 første ledd foreligger en foretakssammenslutning når det dreier seg om hel eller delvis varig overtakelse av kontroll over foretak. Som eksempel på hva som vil kunne gi kontroll over et foretak, nevnes uttrykkelig i bestemmelsens tredje ledd bokstav a ”*eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem*”.

Dersom det er snakk om overføring av et foretaks samlede aktiva, vil det som regel foreligge en foretakssammenslutning. Overtas all innmaten i et selskap, vil det normalt i realiteten dreie seg om et oppkjøp av virksomheten i selskapet selv om man ikke overtar selskapets juridiske person.

Det er særlig når kun deler av et foretaks aktiva overtas, at det vil kunne være tvilsomt om vi har å gjøre med en foretakssammenslutning. Eksempler på et foretaks aktiva kan være fast eiendom, kundeportefølje, ansatte, immaterielle rettigheter og konsesjoner.

2. Virksomhet det klart kan knyttes omsetning til

Begrepet "foretakssammenslutning" i den norske konkurranseloven bygger på det tilsvarende begrepet i konkurranseretten i EU/EØS (engelsk: "concentration"). Europakommisjonen har gitt veiledning om hvordan dette begrepet skal forstås i egne retningslinjer. Retningslinjene er tilgjengelig på følgende internettadresse (dansk versjon):

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

I retningslinjenes punkt 11 er overføring av aktiva omtalt. Det fremgår der at det for å utgjøre en foretakssammenslutning må være snakk om at de aktuelle aktiva utgjør en virksomhet som det klart kan knyttes omsetning til. Tilsvarende fremgår i Konkurransetilsynets retningslinjer for alminnelig melding av foretakssammenslutning, jf. del 2 punkt 1 annet avsnitt. Disse retningslinjene er tilgjengelig på følgende internettadresse:

- http://www.kt.no/archive/internett/vedlegg/konkurranseregler/melde_foretakssammenslutning/retningslinjer_alminnelig_melding.pdf

Presiseringen "*virksomhet det klart kan knyttes omsetning til*" angir en nyttig og velegnet metode for å ta stilling til om overføring av aktiva er en foretakssammenslutning. Metoden vil som regel kunne gi svaret på om så er tilfelle.

For at overføring av aktiva skal utgjøre en foretakssammenslutning, må det være mulig å kunne si at de aktiva det gjelder er grunnlaget for virksomhet (engelsk: "business") i et marked, og at det er mulig å knytte omsetning til denne virksomheten. Dette innebærer blant annet at overføring av aktiva som kun har fjern eller indirekte tilknytning til virksomheten i et marked som regel ikke vil være en foretakssammenslutning. Det samme gjelder aktiva som av en eller annen grunn en viss tid ikke har vært i bruk i forbindelse med virksomhet i et marked.

Kravet om at det må være mulig å knytte omsetning til virksomheten de aktuelle aktiva utgjør på en klar måte, gjør at det ikke kan være for komplisert eller upraktisk å avgjøre hvilken omsetning det dreier seg om. En målestokk kan her være om det byr på for stor usikkerhet å avgjøre hvilken omsetning som eventuelt skal legges til grunn ved vurderingen av om transaksjonen vil være unntatt fra den alminnelige meldeplikten.

En annen mulig nyttig rettesnor for når overføring av aktiva vil være en foretakssammenslutning, kan av og til være om det ervervende foretaket som følge av overføringen automatisk oppnår ny eller økt markedsandel i et marked.

3. Særlig om overføring av næringseiendom

Overføring av næringseiendom med tilknyttede leieavtaler vil som et klart utgangspunkt være å anse som en foretakssammenslutning. Det vil som regel her dreie seg om virksomhet i et marked for utleie av næringseiendom som vil ha omsetning knyttet til seg.

Det er i anmodningen om veiledning stilt spørsmål ved hvilken betydning kravet om klar tilknytning vil kunne ha, med henvisning til at virksomhet innen utleie av næringseiendom ofte er organisert med et antall enkelteierdommer og eventuelt eierselskaper, ofte med kompliserte eier- eller aksjonærforhold. Den enkelte eiendom er ikke nødvendigvis regnskapspliktig, og beregningen av eiendommens omsetning kan derfor nødvendigvis gjøre en gjennomgang av tilknyttede leieavtaler eller "fordeling" av omsetning som er regnskapsført i eierselskapet.

I slike tilfeller antar Konkurransetilsynet at det likevel som regel vil være mulig å finne en klar tilknytning mellom næringseiendommen og en omsetning. Det forhold at det er nødvendig med en viss arbeidsinnsats for å bringe på det rene hvilken omsetning som skal allokere til eiendommen som er gjenstand for overføring, er ikke tilstrekkelig til å kunne si at omsetningen ikke klart kan tilknyttes eiendommen.

Overføring av næringseiendom uten tilknyttede leieavtaler vil som et utgangspunkt ikke være å anse som en foretakssammenslutning. Særlig gjelder det dersom avhender ikke har drevet utleievirksomhet i lokalene. I så fall foreligger det ikke virksomhet i et marked som det er mulig å videreføre. Dersom erverver i slike tilfeller velger å bruke næringseiendommen til utleie, vil overføringen innebære at det bringes ny kapasitet inn i markedet. Dette vil tale for at det ikke dreier seg om en foretakssammenslutning. Det samme gjelder dersom man kjøper en tomt med tanke på oppføring av næringseiendom.

Dersom næringseiendommen frem til overføringen er blitt brukt til utleie, men utleieavtalene av en eller annen grunn ikke følger med eiendommen, vil det som regel dreie seg om en foretakssammenslutning. Transaksjonen vil i slike tilfeller innebære at man kjøper seg eksisterende kapasitet i et marked. Det vil være mulig å knytte omsetning til eiendommen, selv om denne ikke nødvendigvis følger med. Har det gått noe tid siden eiendommen har vært i bruk som utleieobjekt, vil det være mer tvilsomt om det dreier seg om en foretakssammenslutning.