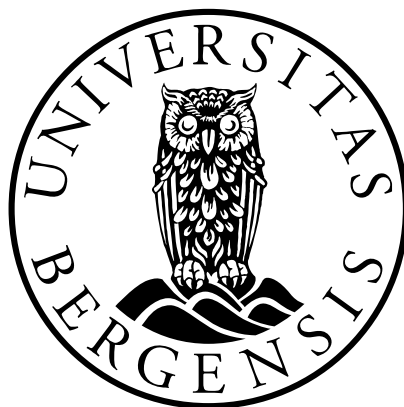


Grensen for informasjonsutveksling
mellom foretakene i en
foretakssammenslutning

Konkurranseloven §§ 10 og 19

Kandidatnummer: 64

Antall ord: 13307



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.17

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Presentasjon av oppgavens tema	3
1.2 Informasjonsutveksling i forbindelse med foretakssammenslutninger	3
1.2.1 Foretakssammenslutninger	3
1.2.2 Informasjonsutveksling	4
1.3 Struktur og avgrensning	5
2 Rettskilder og metode.....	7
3 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid	10
3.1 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid	10
3.2 Informasjonsutveksling under konkurranseloven § 10	14
3.2.1 Hvordan kan informasjonsutveksling begrense konkurransen?.....	14
3.2.2 Formål og virkning	16
3.2.3 Informasjonsutvekslingens art og markedskarakteristikkene	17
3.3 § 10 - Informasjonsutveksling mellom foretak i en foretakssammenslutning	21
3.3.1 Problemstillingen	21
3.3.2 Kravet om selvstendig opptreden.....	22
3.3.3 Hvilken informasjon kan og må utveksles?	24
3.3.4 Praksis om informasjonsutveksling i en foretakssammenslutning.....	27
3.4 Oppsummering	28
4 Konkurranseloven § 19: gjennomføringsforbudet	30
4.1 Gjennomføringsforbudet	30
4.2 Informasjonsutveksling som brudd på gjennomføringsforbudet i § 19	32
4.3 Oppsummering	34
5 Forholdet mellom konkurranseloven §§ 10 og 19	35
6 Informasjonsutveksling i de ulike fasene av en foretakssammenslutning	37
6.1 Første kontakt	37
6.2 Due diligence.....	38
6.3 Forhandlinger	41
6.4 Signering	42
6.5 Etter godkjenning fra konkurransemyndighetene	43

7	Avslutning	45
	Litteraturliste	46

1 Innledning

1.1 Presentasjon av oppgavens tema

Temaet for denne masteroppgaven er grensene for lovlig informasjonsutveksling mellom foretak i forbindelse med en foretakssammenslutning.

Informasjonsutveksling er en naturlig og viktig del av den prosessen som leder frem til en foretakssammenslutning. Konkurranseloven setter imidlertid begrensninger for hvor mye, og hvilken type, informasjon som kan utveksles mellom uavhengige foretak.

Problemstillingen relaterer seg hovedsakelig til to bestemmelser i konkurranseloven. For det første kan informasjonsutveksling utgjøre eller være del av en avtale eller samordnet opp-treden som kan begrense konkurransen i strid med konkurranseloven § 10.¹ For det andre kan informasjonsutveksling utgjøre et brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19.

Konkurranseloven §§ 10 og 19 har ulike formål, men kan likevel ramme den samme atferden. I den sammenheng oppstår det flere spørsmål, blant annet om det finnes tilfeller av infor-masjonsutveksling som kun er forbudt etter én av bestemmelsene, eller om bestemmelsene alltid vil ramme den samme typen informasjonsutveksling.

1.2 Informasjonsutveksling i forbindelse med foretakssammenslutninger

1.2.1 Foretakssammenslutninger

Med en *foretakssammenslutning* menes enten at «to eller flere tidligere uavhengige foretak eller deler av foretak fusjonerer» eller at «en eller flere personer, som allerede kontrollerer minst ett foretak, eller ett eller flere foretak direkte eller indirekte, helt eller delvis, varig overtar kontrollen over ett eller flere andre foretak».² Fellesforetak³ kan være omfattet dersom det «på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk

¹ EFTAs ”Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler” avsnitt 56, 59 og 60.

² Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 2004 § 17 første ledd.

³ Også kalt *joint ventures*.

enhet».⁴ Er *foretak* defineres i konkurranseloven § 2 som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet».

Foretakssammenslutninger kan bestå i fusjoner, oppkjøp eller andre typer endring av kontroll (for eksempel gjennom aksjonæravtaler)⁵, samt opprettelse av fellesforetak som på varig grunnlag utgjør en uavhengig økonomisk enhet.⁶

Foretakssammenslutninger kan ha positive effekter på markedet, for eksempel ved at effektiviteten økes og kostnadene senkes. Men, de kan også føre til at konkurransen begrenses. Dette gjelder særlig i de tilfellene hvor en dominerende stilling skapes eller styrkes.⁷ For de tilfellene hvor en foretakssammenslutning «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse», har Konkurransetilsynet hjemmel i konkurranseloven § 16 til å gjøre inngrep.

1.2.2 Informasjonsutveksling

Det vil alltid være behov for å utveksle informasjon i forkant av en foretakssammenslutning. Målsetningen er å gjøre partene i stand til å vurdere hvilken verdi, og hvilke følger, transaksjonen vil ha. Informasjonsutvekslingen vil følgelig ha et legitimt formål.

Informasjonsutvekslingen må kontinuerlig vurderes i lys av konkurransereglene. Risikoen er stor for at forhandlingsprosessen avbrytes, enten fordi partene ikke blir enige eller fordi foretakssammenslutningen ikke godkjennes av Konkurransetilsynet. Da er det viktig at foretakene ikke har utvekslet informasjon som kan føre til begrensninger i konkurransen. Informasjonsutveksling kan også begrense konkurransen mellom foretakene i tiden før foretakssammenslutningen gjennomføres.

Formålet med gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 er at Konkurransetilsynet skal ha en reell mulighet til å føre kontroll med foretakssammenslutninger, og det vil være svært uheldig om partene allerede har utvekslet så mye informasjon at foretakssammenslutningen i praksis er irreversibel når transaksjonen forbys. Det er ikke usannsynlig at informasjonsutveksling kan utgjøre et brudd på gjennomføringsforbudet i § 19.

⁴ Konkurranseloven § 17 andre ledd.

⁵ Konkurransetilsynet, «Konkurranseloven kapittel 4: Kontroll med foretakssammenslutninger», 1.1.2014 (http://www.konkurransetilsynet.no/globalassets/filer/faktaark/kap4_foretakssammenslutninger.pdf).

⁶ Konkurranseloven § 17 første ledd.

⁷ Konkurranseloven § 16 første ledd.

Informasjonsutveksling kan også utgjøre et brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid etter konkurranseloven § 10. Foretak skal regnes som selvstendige enheter frem til de lovlig er slått sammen til ett foretak. Dette innebærer at foretak som ønsker å inngå en foretakssammenslutning ikke kan se bort ifra de begrensningene som ligger i § 10 første ledd. Partene må derfor være varsomme med hvor mye og hvilken type informasjon de deler med hverandre før foretakssammenslutningen er gjennomført. Her må partene finne balansegangen mellom det som er for lite informasjon til å vurdere transaksjonen, og det som er for mye til å kunne aksepteres mellom uavhengige foretak.

1.3 Struktur og avgrensning

Kapittel 2 inneholder en gjennomgang av rettskildematerialet og de metodiske spørsmålene knyttet til oppgaven. Problemstillingen har en sterk tilknytning til EU-/EØS-retten, og det vil derfor være nødvendig å avklare forholdet mellom den norske og den europeiske konkurranseretten.

Kapittel 3 dreier seg om konkurranseloven § 10. I kapittel 3.1 gjennomgår jeg de generelle vilkårene som må være oppfylt for at det skal foreligge et konkurransebegrensende samarbeid etter § 10 første ledd. Kapittel 3.2 handler om hvordan informasjonsutveksling kan utgjøre, eller være en del, av et konkurransebegrensende samarbeid. I kapittel 3.3 går jeg nærmere inn på informasjonsutveksling i forbindelse med foretakssammenslutninger.

Kapittel 4 omhandler gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19. I kapittel 4.1 forklares innholdet i gjennomføringsforbudet, og i kapittel 4.2 vil jeg drøfte hvordan informasjonsutveksling kan utgjøre et brudd på gjennomføringsforbudet.

Konkurranseloven §§ 10 og 19 er bestemmelser med ulikt innhold, og dels ulike formål, men kan begge ramme informasjonsutveksling mellom foretak i en foretakssammenslutning. I kapittel 5 vil jeg derfor se på forholdet mellom disse bestemmelsene.

Øvrige problemstillinger knyttet til §§ 10 og 19 vil ikke drøftes. Jeg avgrenser også mot vurderinger knyttet til informasjonsutveksling som følge av reglene om kjøpsrettslig og selskapsrettslig opplysningsplikt og undersøkelsesplikt, da temaet er for omfattende til å kunne drøftes innenfor rammene av denne oppgaven.

Denne masteroppgaven tar sikte på å avklare den norske rettstilstanden. EU-/EØS-konkurranseretten har stor relevans for tolkningen av norsk konkurranserett, og rettskilde-materiale fra EU/EØS vil derfor få en sentral plass i oppgaven. Det er imidlertid de norske bestemmelsene som forsøkes avklart, og internasjonale rettskilder vil derfor bare vies opp-merksomhet på de steder hvor det bidrar til avklaring av norsk konkurranserett.

2 Rettskilder og metode

Rettskildematerialet knyttet til oppgavens problemstilling er av et begrenset omfang. Ordlyden i konkurranseloven §§ 10 g 19 gir liten veiledning, og det finnes ikke norsk rettspraksis som kan gi vesentlig bidrag til besvarelsen.

Noe veiledning finnes i konkurranselovens forarbeider. De viktigste forarbeidene for oppgaven er Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), NOU 2003: 12 og NOU 2012: 7. Forarbeidene omtaler gjennomføringsforbudets bakgrunn og innhold, vilkårene i konkurranseloven § 10 første ledd og forholdet til EU-/EØS-retten.

Vedtak fra Konkurransetilsynet vil være en viktig rettskilde i denne oppgaven.⁸ Gode grunner taler for å vektlegge Konkurransetilsynets praksis, da Konkurransetilsynet er et spesialorgan med særlig kyndighet og kompetanse på konkurranserettens område.⁹ Konkurransetilsynets avgjørelser bygger i tillegg på reflektert og grundig argumentasjon som er i overensstemmelse med ordlyden og andre autoritative rettskilder.¹⁰ Konkurransetilsynet har tatt stilling spørsmål som ikke er avklart i rettspraksis. Dette øker behovet for å ta praksis fra Konkurransetilsynet med i oppgaven.

Selv om denne oppgaven er basert på norsk rett spiller EU-/EØS-retten en sentral rolle. I mandatet som Konkurranselovutvalget fikk av Regjeringen i 2001 i forbindelse med utformingen av den nye konkurranseloven, begrunnes behovet for gjennomgangen av konkurranselovgivningen blant annet med erfaringen med de norske og europeiske konkurransereglene, samt et ønske fra EU-kommisjonen og ESA¹¹ om at nasjonale myndigheter skal håndheve EØS-konkurransereglene.¹² Viljen til dette ser vi igjen i konkurranseloven av 2004, hvor flere av bestemmelsene har en ordlyd som er tilnærmet identisk med bestemmelsene i EØS-avtalen. Konkurranseloven § 10 gjennomfører artikkel 53 i EØS-avtalen, som tilsvarer

⁸ Forvaltningspraksis er en legitim rettskilde: Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 2012 s. 269

⁹ Betydningen av forvaltningsorgans sakkyndighet: Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, femte utgave, Oslo 2001 s. 233 og Boe, Erik Magnus, *Innføring i Juss*, Oslo 2010 s. 326.

¹⁰ Boe, Erik Magnus, *Innføring i Juss*, Oslo 2010 s. 326.

¹¹ Forkortelse for EFTA Surveillance Agency. ESA er EFTAs overvåkningsorgan, som følger med på at EFTA-landene (Norge, Liechtenstein og Island) overholder EØS-avtalen.

¹² NOU 2003: 12 Ny konkurranselov s. 13: ”Behovet for en bred gjennomgang av norsk konkurranselovgivning er bl.a. begrunnet i erfaringene med den norske konkurranseloven og EØS' konkurranseregler, utviklingen i EUs og EØS' konkurransepolitikk de senere år, samt signaler fra Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan, ESA, om at nasjonale konkurransemyndigheter i større grad bør håndheve EUs og EØS' konkurranseregler (desentralisert håndheving)”.

TEUV¹³ art. 101. Konkurranseloven § 19 er basert på gjennomføringsforbudet i EFs fusjonsforordning¹⁴ artikkel 7.

Norge er ikke medlem av EU, og er derfor ikke bundet av TEU¹⁵ eller TEUV. Det er EØS-avtalen som rettslig binder Norge til EUs indre marked. Fusjonsforordningen er EØS-relevant, og Norge er derfor bundet av denne.¹⁶

Det følger av homogenitetsprinsippet at EØS-retten skal tolkes EU-konformt i de tilfeller hvor EØS-regelverket er hentet fra EU-retten.¹⁷ I forarbeidene bekreftes det at kilder fra EØS- og EU-retten er sentrale på konkurranserettens område.¹⁸ Praksis og andre kilder fra EU-domstolene og EU-kommisjonen vil i denne oppgaven bli anvendt i den grad den gir veiledning i tolkningen av de norske konkurransebestemmelsene.

Avgjørelser fra EU-domstolene og EU-kommisjonen vil være en viktig kilde.¹⁹ EU-domstolen har det primære ansvaret for å tolke EU-retten,²⁰ og praksis fra EU-domstolene må derfor tillegges stor vekt på konkurranserettens område.²¹ Avgjørelser fra EU-kommisjonen og har ikke den samme vekten som avgjørelser fra EU-domstolene,²² men er likevel av vesentlig betydning for spørsmål som EU-domstolen ikke har tatt stilling til.

Veiledning finnes også i EU-kommisjonens ”Retningslinjer for anvendelsen av TFEU artikkel 101 på horisontale samarbeidsavtaler” (De horisontale retningslinjene). ESA har vedtatt at disse skal gjelde tilsvarende for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53. De horisontale retningslinjene inneholder betraktninger knyttet til informasjonsutveksling mellom konkurrenter eller potensielle konkurrenter, med henvisninger til EU-domstolens avgjørelser.

¹³ Traktat om den europeiske unions virkemåte.

¹⁴ Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger (fusjonsforordningen).

¹⁵ Traktat om den europeiske union.

¹⁶ Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*, tredje utgave, Oslo 2011 s. 561

¹⁷ *Ibid* s. 87

¹⁸ NOU 2012: 7, kapittel 4.1

Dette følger også forutsetningsvis av NOU 2003: 12 avsnitt 3.4.4, og direkte under ”merknader til lovens kapittel 1” og ”merknader til lovens kapittel 3”.

¹⁹ Fredriksen Haukeland, Halvard og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, Bergen 2012 s. 37, se også f.eks. ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2.

²⁰ Se bl.a. TEU art. 19.

²¹ NOU 2012: 7, kapittel 4.1 om konkurranseloven § 10: ”I forarbeidene ble det fremhevet at en del av formålet med å innføre de nye forbudsbestemmelsene var ønsket om å harmonisere det norske regelverket med bestemmelsene i EØS-avtalen. Det fremgår videre av forarbeidene at rettspraksis fra EU/EØS-retten må veie tungt som rettskilde ved anvendelsen av de norske forbudsbestemmelsene.”

²² Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*, tredje utgave, Oslo 2011 s. 239

Retningslinjene er ikke gjort rettslig bindende.²³ De kan likevel tillegges rettskildemessig vekt så lenge de er i overenstemmelse med praksis fra EU-domstolen.²⁴

EU-/EØS-retten skal så langt som mulig praktiseres uniformt i alle stater med EU-/EØS-medlemskap. Praksis fra andre medlemsstater kan derfor være av interesse, og da særlig når den gjelder EU- og EØS-rettslige regler.²⁵ Praksis fra utenlandske myndigheter har ingen prejudikatverdi for norske rettsanvendere, men er relevant i den grad det kan gi gyldige argumenter for at reglene skal forstås på en bestemt måte. Dette kan bidra til å gi en mer likeartet tolkning og anvendelse av EØS-konkurransereglene i medlemslandene.

Avgjørelser fra land utenfor EU kan også være av interesse. Slike avgjørelser vil ikke ha noen rettskildemessig vekt, men kan tjene som eksempler og gi interessante betraktninger, særlig hvis det gis gode argumenter som kan overføres til norsk rett.

²³ Se for eksempel TEUV artikkel 288 som tar sikte på å avklare hvilke dokumenter som er rettslig bindende. Se også TEUV art. 290 om Kommisjonens adgang til å gi supplerende rettsakter som ikke er rettslig bindende.

²⁴ Se Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*, tredje utgave, Oslo 2011 s. 528 om bagatellkunngjøringen (som også inneholder retningslinjer fra Kommisjonen som er vedtatt av ESA).

²⁵ Boe, Erik Magnus, *Innføring i Juss*, Oslo 2010 s. 248

3 Konkurranseloven § 10 – Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

3.1 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at fire²⁶ kumulative vilkår må være oppfylt for at § 10 første ledd skal komme til anvendelse; det må foreligge et *samarbeid* mellom *uavhengige foretak med konkurransebegrensende formål eller virkning*, og i tillegg må konkurransen være påvirket *merkbart*.²⁷

Det første vilkåret er altså at det må foreligge et *samarbeid*.²⁸ Det vil si enten en avtale, en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak eller en samordnet opptreden.²⁹ Dersom det ikke er tale om et samarbeid men kun en ensidig opptreden, må det heller vurderes om atferden faller inn under forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11.

Avtalebegrepet er tolket vidt,³⁰ og innebærer at partene har uttrykt en «felles vilje om å opptre på en bestemt måte i markedet». ³¹ Det viktige er ikke hvilken form avtalen har, men at det foreligger enighet mellom partene.³²

En samordnet opptreden kan beskrives som en form for samarbeid hvor det ikke foreligger noen avtale.³³ I dommen *T-mobile Netherlands and Others*, beskriver EU-domstolen en samordnet praksis som «en form for koordinering mellom virksomheder, hvorved disse ikke

²⁶ Noen steder opereres det med tre vilkår (bl.a. i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) og Evensen, Harald og Sæveraas, Eivind. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven – med kommentarer*, Oslo 2009). Det kommer av at det som behandles som vilkår én og to i denne oppgaven er behandlet som to elementer under samme vilkår i noen kilder.

²⁷ NOU 2012: 7 s. 22 (kapittel 4.4.1).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Konkurranseloven § 10 første ledd.

³⁰ Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, 2015 s. 103.

³¹ NOU 2012: 7 s. 21 (kapittel 4.1.1), se også Bellamy, Christopher and Child, Graham D., *European Union Law of Competition*, Seventh edition, 2013 s. 100.

³² Faull, Jonathan and Nikpay, Ali. *The EU law of Competition*, third edition, 2014 s. 204.

³³ Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, 2015 s. 117 og NOU 2012: 7 s. 21 (kapittel 4.1.1).

går så langt som til at avslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde».³⁴

Avgjørelser fra EU-domstolen viser at forbudet mot samordnet opptreden i praksis innebærer et krav om at foretak skal opptre selvstendig og uavhengig på markedet.³⁵ Domstolen har flere ganger lagt til grunn at det må skilles mellom lovlig tilpasning til markedet og ulovlig samarbeid.³⁶ I *Suiker Unie* uttalte EU-domstolen at

«selv om dette krav om uafhængighed ganske vist ikke udelukker de erhversdrivendes ret til at foretage de nødvendige tilpasninger til deres konkurrenters konstaterede eller antagelige adfærd, forhindrer det imidlertid kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellem sådanne erhversdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuell eller mulig konkurrents markedsadfærd, eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet sig til — eller overvejer — selv at følge».³⁷

Det kan være vanskelig å oppstille en klar grense mellom hva som må regnes som en avtale, og hva som er samordnet praksis. Dette kan være både fordi begrepene til en viss grad overlapper hverandre, og ikke minst fordi et ulovlig samarbeid kan ha både avtaleelementer og elementer av samordnet opptreden. Ut i fra EU-domstolens avgjørelser å dømme, er det heller ikke viktig å foreta en slik distinksjon i den enkelte sak.³⁸ Begge samarbeidsformene faller inn under den samme bestemmelsen.³⁹ Et av flere eksempler som understreker dette er saken *Commission v Anic Partecipazioni*⁴⁰, hvor domstolen uttalte at avtaler og samordnet opptreden er av samme natur, og at ulikheten kun dreier seg om intensitet og form.

« Det fremgår af sammenligningen mellem begrebet »aftale« og begrebet »samordnet praksis« ... at begreberne, set fra et subjektivt standpunkt, omfatter former for hemmelig

³⁴ Dom av 4. juni 2009, T-mobile Netherlands and Others, C-8/08, EU:C:2009:343 avsnitt 26.

³⁵ Dom av 14. juli 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission, C-48/69, EU:C:1972:70 avsnitt 64, jf. Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, 2015 s. 118.

³⁶ Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, 2015 s. 106, som viser til Dom av 8. juli 1999, Commission v Anic Partecipazioni SpA, C49/92 P, EU:C:1999:356, avsnitt 112.

³⁷ Dom av 16. september 1975, Suiker Unie and Others v Commission, C-40/73, EU:C:1975:174 avsnitt 174, se også Dom av 4. juni 2009, T-mobile Netherlands and Others, C-8/08, EU:C:2009:343 avsnitt 32.

³⁸ Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, 2015 s. 106 og Bellamy, Christopher and Child, Graham D., *European Union Law of Competition*, Seventh edition, 2013 s. 113.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Dom av 8. juli 1999, Commission v Anic Partecipazioni SpA, C49/92 P, EU:C:1999:356.

forståelse, som er af samme karakter, og som kun adskiller sig fra hinanden ved deres grad og den form, hvorunder de kommer til uttrykk». ⁴¹

Også beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak kan rammes av forbudet i konkurranseloven § 10. Dette innebærer at ikke bare det enkelte foretak kan holdes ansvarlig for overtredelse, men også sammenslutningen. Begrepene "beslutning" og "sammenslutning" tolkes vidt. ⁴²

Det neste vilkåret er at samarbeidet foregår mellom *uavhengige foretak*. Det betyr at samarbeid som skjer innenfor samme økonomiske enhet ikke rammes av forbudet. ⁴³ I sammenheng med dette, har EU-domstolen lagt til grunn at TEUV artikkel 101 ikke kan anvendes hvis datterselskapet i denne økonomiske enheten «ikke har noen reell selvstendighet ved fastleggelsen av sin markedspolitiske linje». ⁴⁴ Spørsmålet blir da om foretaket kan fatte sine egne beslutninger, eller om et annet foretak har den avgjørende innflytelse. ⁴⁵ Det typiske eksempelet vil være når morselskapet eier 100 % av aksjene i et datterselskap. Ifølge EU-domstolen foreligger det i slike tilfeller en presumpsjon for at morselskapet har avgjørende innflytelse. ⁴⁶

Samarbeidet må som nevnt ha et *konkurransbegrensende formål* eller *konkurransbegrensende virkning*. Hvis et samarbeid har et konkurransbegrensende formål, er det ikke nødvendig å påvise at det også har konkurransbegrensende virkning. ⁴⁷ Et samarbeid med et konkurransbegrensende formål har etter sin natur potensiale til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. ⁴⁸ Hvis det derimot ikke er tale om et konkurransbegrensende formål, må det påvises at samarbeidet kan ha konkurransbegrensende virkning. Dette skjer gjennom en

⁴¹ Dom av 8. juli 1999, *Commission v Anic Partecipazioni SpA*, C49/92 P, EU:C:1999:356 avsnitt 131. Se også Evensen, Harald og Sæveraas, Eivind. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven – med kommentarer*, Oslo 2009 s. 104 og Faull, Jonathan and Nikpay, Ali. *The EU law of Competition*, third edition, 2014 s. 225-226.

⁴² Van Bael og Bellis, *Competition Law of the European Community*, fourth edition, Den Haag, Nederland s. 435 og Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, 2015 s. 103.

⁴³ NOU 2012: 7 s. 21 (kapittel 4.1.1).

⁴⁴ Dom av 24. oktober 1996, *Viho Europe BV v Commission*, C-73-95 P, EU:C:1996:405 avsnitt 47.

⁴⁵ Bellamy, Christopher and Child, Graham D., *European Union Law of Competition*, Seventh edition, 2013 s. 82.

⁴⁶ Dom av 10. september 2009, *Akzo Nobel and Others v Commission*, C-97/08 P, EU:C:2009:536 avsnitt 60: «In the specific case where a parent company has a 100% shareholding in a subsidiary which has infringed the Community competition rules, first, the parent company can exercise a decisive influence over the conduct of the subsidiary ... and, second, there is a rebuttable presumption that the parent company does in fact exercise a decisive influence over the conduct of its subsidiary», se også Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, 2015 s. 97 om dette.

⁴⁷ Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, 2015 s. 125.

⁴⁸ Faull, Jonathan and Nikpay, Ali. *The EU law of Competition*, third edition, 2014 s. 235. Se også bl.a. Dom av 4. juni 2009, *T-mobile Netherlands and Others*, C-8/08, EU:C:2009:343 avsnitt 29.

konkret virkningsanalyse.⁴⁹ Siden konkurransebegrensende formål og virkning er to alternative vilkår, er det i praksis viktig å skille mellom dem.⁵⁰

Det siste vilkåret er at konkurransen må påvirkes *merkbar*. Dette fremgår ikke av ordlyden i lovteksten eller traktatstekstene, men er slått fast i meddelelser fra EU-kommisjonen og i praksis fra EU-domstolen.

I 2014 kunngjorde ESA en revidert versjon av EU-kommisjonens bagatellkunngjøring⁵¹, som omhandler merkbarhetsvilkåret i EØS-avtalen artikkel 53 første ledd. I denne kunngjøringen viser ESA til EU-domstolens praksis, blant annet avgjørelsen i Expedia-saken⁵², hvor det gjøres klart at en avtale som ikke har en merkbar effekt på konkurransen, ikke er forbudt etter artikkel 53. ESA forklarer at bagatellkunngjøringen ikke gjelder for avtaler som har begrenning av konkurransen som sitt formål, da disse etter sin natur regnes for å ha en merkbar effekt.⁵³ Kunngjøringen oppstiller også en grense for når markedsandelen til foretakene er så lav at ESA ikke regner med at en avtale mellom dem kan ha en merkbar effekt på markedet.

Det følger av konkurranselovens forarbeider at det likeledes skal innfortolkes et merkbarhetskrav i konkurranseloven § 10.⁵⁴ I vurderingen av hvorvidt kravet til merkbar påvirkning er oppfylt, må det tas utgangspunkt i en konkret helhetsvurdering. Sentrale momenter i denne vurderingen vil blant annet være «den aktuelle konkurransebegrensningens karakter, aktørernes størrelse og markedsforholdene».⁵⁵

⁴⁹ Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, 2015 s. 133.

⁵⁰ Evensen, Harald og Sæveraas, Eivind. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven – med kommentarer*, Oslo 2009 s. 118.

⁵¹ Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 53(1) of the EEA Agreement (De Minimis Notice) (1) (2001/C 368/07).

⁵² Dom av 13. desember 2005, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795.

⁵³ Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 53(1) of the EEA Agreement (De Minimis Notice) (1) (2001/C 368/07) avsnitt 2.

⁵⁴ NOU 2012: 7 s. 22.

⁵⁵ *Ibid.*

3.2 Informasjonsutveksling og konkurranseloven § 10

3.2.1 Hvordan kan informasjonsutveksling begrense konkurransen?

Informasjonsutveksling kan utgjøre eller være en del av en avtale, en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak eller en samordnet opptreden, som begrenser konkurransen ulovlig etter konkurranseloven § 10.⁵⁶

Ordlyden i § 10 gir begrenset veiledning i vurderingen av hvor vidt informasjonsutvekslingen innebærer en ulovlig innskrenkning eller vridning av konkurransen. Grensene må derfor fastlegges med utgangspunkt i andre rettskilder.

De horisontale retningslinjene er et viktig bidrag når det skal vurderes om informasjonsutveksling er i strid med forbudet i § 10 første ledd. Det følger av retningslinjene at informasjonsutveksling mellom konkurrenter både kan være en fordel, og en ulempe, for konkurransen.⁵⁷ Hvorvidt informasjonsutvekslingen medfører ulovlige konkurransebegrensninger vil bero på en vurdering av flere forskjellige faktorer. I grove trekk kan vi si at det må tas hensyn til forholdene på markedet, informasjonstypen og hvor hyppig informasjon utveksles.

I De horisontale retningslinjene trekker Kommisjonen frem tre hovedproblemer knyttet til informasjonsutveksling mellom konkurrenter. Det kan lette muligheten for å drive med hemmelig samordning, øke og bevare intern stabilitet i denne samordningen og styrke det ulovlige samarbeidets eksterne stabilitet på markedet.⁵⁸ Samordnet opptreden vil i mange tilfeller være svært vanskelig eller umulig uten informasjonsutveksling.⁵⁹ De delte opplysningene bidrar til at foretakene oppnår en felles forståelse som de kan ta i betraktning når de planlegger fremtidig markedsopptreden.⁶⁰ Det kreves ikke at foretakene kommer frem til en konkret plan.⁶¹ Så lenge partene har utvekslet opplysninger som påvirker selskapenes

⁵⁶ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 60.

⁵⁷ *Ibid* avsnitt 57 og 58.

⁵⁸ *Ibid* avsnitt 65-68.

⁵⁹ *Ibid* avsnitt 67.

⁶⁰ *Ibid* avsnitt 66.

⁶¹ *Ibid* avsnitt 60, se også Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EU Competition Law, Texts, Cases, and Materials*, Sixth edition, 2016 s. 153 og Dom av 28. mai 1998, John Deere Ltd v. Commission, C-7/95 P, EU:C:1008:256 avsnitt 86.

markedspolitikk, og som bidrar til at deres markedsopptreden ikke lenger er uavhengig, vil det være tale om en samordning.⁶²

Det kreves heller ikke at informasjonen flyter begge veier. Ensidige meddelelser av informasjon kan også være ulovlig, såfremt opplysningene er akseptert av mottakeren.⁶³ Dette betyr ikke at opplysningene eksplisitt må aksepteres. I slike saker tolkes også passivitet som aksept, og så lenge det mottakende selskap ikke kommer med et klart utsagn om at opplysningene er uønsket, anses aksept å foreligge.⁶⁴

Hvis informasjonen som utveksles er av strategisk karakter, kan det medføre ulemper for de markedsaktørene som ikke har tilgang til den. Utveksling av slike opplysninger kan føre til at aktører som ikke er tilsluttet utvekslingsordningen utestenges.⁶⁵ Så lenge informasjonsutvekslingen innebærer at andre aktører ikke kan konkurrere på de samme vilkår som partene i informasjonsutvekslingen, må utvekslingen forstås som en konkurransebegrensning.

Konkurrenter må følgelig være varsomme med å utveksle strategiske opplysninger. Ifølge Kommisjonen skal utveksling av slike opplysninger regnes som samordning.⁶⁶ Strategiske opplysninger er bedre egnet til å redusere usikkerheten på markedet, og har derfor større risiko for å falle inn under § 10 første ledd.⁶⁷ Eksempler på strategiske opplysninger er «priser (for eksempel faktiske priser, kampanjer, prisøkninger, -reduksjoner eller -rabatter), kundelister, produksjonskostnader, mengder, omsetning, salg, kapasitet, kvalitet, markedsplaner, risikoer, investeringer, teknologier og FoU-programmer og resultatene av dem».⁶⁸ Hvilke opplysninger som er de mest strategiske vil variere mellom ulike markeder, avhengig av blant annet markeds karakteristikkene og bransjen. En viktig faktor i vurderingen er hvilke områder virksomhetene konkurrerer sterkest på.⁶⁹

⁶² Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 60.

⁶³ *Ibid* avsnitt 62.

⁶⁴ *Ibid* se også Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EU Competition Law, Texts, Cases, and Materials*, Sixth edition, 2016 s. 158.

⁶⁵ *Ibid* avsnitt 70, se også Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EU Competition Law, Texts, Cases, and Materials*, Sixth edition, 2016 s. 679.

⁶⁶ *Ibid* avsnitt 61.

⁶⁷ *Ibid* avsnitt 83.

⁶⁸ *Ibid* avsnitt 86.

⁶⁹ *Ibid* avsnitt 75.

3.2.2 Formål og virkning

Som vist i kapittel 3.1 må det skilles mellom konkurransebegrensende formål og konkurransebegrensende virkning.

Når Kommisjonen eller ESA skal vurdere om informasjonsutvekslingen har et konkurransebegrensende formål, legges det stor vekt på i hvilken rettslig og økonomisk kontekst informasjonen er delt.⁷⁰ Det må tas ”hensyn til hvorvidt informasjonsutvekslingen, etter selve sin art, muligens kan føre til konkurransebegrensning”.⁷¹ Utveksling av enkelte typer opplysninger har altså en så stor iboende risiko for å begrense konkurransen, at informasjonsutvekslingen anses å ha et konkurransebegrensende formål.

Ifølge De horisontale retningslinjene har individualiserte opplysninger mellom konkurrenter vedrørende fremtidig atferd når det gjelder pris og mengde, et konkurransebegrensende formål. Slike typer informasjonsutveksling må normalt regnes som karteller.⁷² Årsaken er at disse opplysningene er et særlig egnet virkemiddel for å få til hemmelig samordning.⁷³

Dersom det ikke kan påvises at informasjonsutvekslingen har til formål å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, må det foretas en analyse av samarbeidets potensielle virkninger. Under en slik virkningsanalyse er spørsmålet hvordan informasjonsutvekslingen vil kunne påvirke konkurransen. Det foretas da en vurdering av hvilken effekt samarbeidet kan få, og om denne effekten må regnes som en konkurransebegrensning. Denne analysen må foretas individuelt, slik at de potensielle virkningene vurderes konkret i hver sak.⁷⁴ For å kunne avgjøre hvilke virkninger informasjonsutvekslingen kan få i den enkelte sak, må konkurranse-situasjonen på det aktuelle markedet med og uten informasjonsutvekslingen sammenliknes.⁷⁵ Terskelen for at utvekslingen skal være ulovlig, er overtrådt når de negative virkningene på markedet blir betydelige.⁷⁶ Det vil si når informasjonsutvekslingen merkbart påvirker pris,

⁷⁰ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 25.

⁷¹ *Ibid* avsnitt 72.

⁷² *Ibid* avsnitt 74.

⁷³ *Ibid* avsnitt 73.

⁷⁴ *Ibid* avsnitt 75.

⁷⁵ *Ibid* avsnitt 75, se også Siragusa, Mario and Rizza, Cesare, *EU Competition Law – Volume III – Cartels & Collusive Behaviour*, second edition, 2012 s. 83.

⁷⁶ *Ibid* avsnitt 26 og 27.

produksjonsmengde, kvalitet, innovasjon eller andre områder som selskapene konkurrerer på.⁷⁷

3.2.3 Informasjonsutvekslingens art og markedskarakteristikkene

Foretak som planlegger en foretakssammenslutning regnes som selvstendige foretak frem til foretakssammenslutningen er gjennomført.⁷⁸ Dette innebærer at informasjonsutvekslingen mellom partene må holdes innenfor de rammene som følger av konkurranseloven § 10, frem til transaksjonen er gjennomført. Partene må derfor vurdere hvorvidt informasjonsutvekslingen kan være konkurransebegrensende.

I vurderingen av om informasjonsutvekslingen kan påvirke konkurransen, må markedsf forholdene og informasjonsutvekslingens art ses i sammenheng. Noen markedsf forhold kan gjøre at visse typer informasjonsutveksling er særlig skadelig for konkurransen. Utveksling av slike opplysninger mellom konkurrenter kan blant annet føre til at hemmelig samordning blir mulig på et marked hvor det ellers ville vært vanskelig eller umulig. Det betyr at samordningen ikke bare må ses i sammenheng med de karakteristikkene som det relevante markedet har uten informasjonsutvekslingen; det må også foretas en vurdering av hvilken effekt samordningen vil ha på konkurransen på et marked hvor forholdene er endret som følge av at sensitive opplysninger er utvekslet.⁷⁹ Hvilke opplysninger som kan endre markedsf forholdene på en slik måte, vil variere fra sak til sak.

Et eksempel på hvordan utveksling av informasjon kan endre markedskarakteristikken, er når markedet gjøres mer gjennomskiktig enn det opprinnelig var.⁸⁰ Informasjonsutvekslingen kan også føre til at ellers ustabile markedsf forhold blir mer stabile eller mindre komplekse.⁸¹ Under slike forhold vil det være enklere å gjennomføre en hemmelig samordning. Dette øker også de involverte partenes mulighet til å komme med sanksjoner overfor konkurrenter.⁸² Andre

⁷⁷ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 75. Se også Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EU Competition Law, Texts, Cases, and Materials*, Sixth edition, 2016 s. 683.

⁷⁸ Se oppgavens punkt 3.3.2 og 6.5.

⁷⁹ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 76 og 78.

⁸⁰ *Ibid* avsnitt 65.

⁸¹ *Ibid* avsnitt 77 – 80.

⁸² *Ibid* avsnitt 76, 77 og 80.

konsekvenser kan for eksempel være mindre produksjon, dårligere tjenestevilkår, mindre nyskapning eller høyere priser.⁸³

Betydningen av markedskarakteristikkene er fremtredende i EU-domstolens avgjørelse i *Deere v Commission*.⁸⁴ I denne saken var temaet en avtale om et informasjonssystem. Det sentrale i avgjørelsen var typen av informasjon som ble utvekslet, sammenholdt med karakteristikkene ved det markedet der informasjonen ble utvekslet. De utvekslede opplysningene var sensitive i den forstand at de normalt ville vært å regne som forretningshemmeligheter. Et viktig moment i saken var informasjonsutvekslingens hyppighet.⁸⁵

Sentrale vurderinger i denne saken kan ha overføringsverdi til foretakssammenslutninger. Det kan være ønskelig for partene i en foretakssammenslutning å utveksle opplysninger om salg eller andre bedriftshemmeligheter, da det kan gjøre det enklere å vurdere og planlegge transaksjonen. Det er likevel viktig at informasjonsutvekslingen ikke går ut over det som er tillatt etter konkurranseloven § 10.

Det mest problematiske med informasjonsutvekslingen i *Deere v Commission* var at medlemsforetakene fikk gjort seg kjent med konkurrentenes salg. Informasjonen som ble utvekslet var svært detaljert, og hadde blitt utvekslet jevnlig over en lang periode:

«Retten [tog] hensyn til arten af, hyppigheden af og modtagerne af de i sagen formidlede oplysninger. Hvad for det første angik arten af de udvekslede oplysninger, navnlig arten af oplysningerne vedrørende salg foretaget på området for hver enkelt af forhandlerne i distributionsnettet, bemærkede Retten...at de er forretningshemmeligheder og gør det muligt for de virksomheder, der deltager i aftalen, at få kendskab til deres forhandlers salg ... For det andet fandt Retten...at oplysningerne udsendes med korte mellemrum og systematisk. Endelig konstaterede Retten...at oplysningerne udveksles mellem de vigtigste leverandører og alene til fordel for disse, idet andre leverandører og forbrugerne ikke er omfattet. I betragtning af denne argumentation findes Retten med føje at have lagt til grund, at informationsudvekslingsordningen

⁸³ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 75.

⁸⁴ Dom av 28. mai 1998, John Deere Ltd v. Commission, C-7/95 P, EU:C:1008:256.

⁸⁵ *Ibid* avsnitt 89. Se også EU-kommisjonens avgjørelse (i samme sak), 92/157/EEC avsnitt 49.

formindsker eller fjerner usikkerhetsgraden vedrørende markedets funksjon, og at den følgelig begrenser konkurransen mellom fabrikanterne.»⁸⁶

Begrunnelsen for at avtalen i *Deere v Commission* ble sett på som konkurransebegrensende var både det at den økte gjennomsiktigheten på et sterkt konsentrert marked og at den begrenset adgangen til markedet for foretak som ikke deltok i avtalen.⁸⁷ Domstolen var enig med saksøker i at det på et virkelig konkurransepreget marked er sannsynlig at gjennom-siktighet vil styrke konkurransen, men understreket likevel at det var tale om et sterkt konsentrert oligopolistisk marked, hvor konkurransen allerede var svekket. Avtalen hadde gjort det lettere å drive informasjonsutveksling, og dette ville sannsynligvis begrense konkurransen dem imellom.

Noe av denne problematikken kan overføres til informasjonsutveksling i en foretakssammenslutning. Blant annet vil den utvekslede informasjonen i en foretakssammenslutning kun være tilgjengelig for transaksjonens parter. Dette kan medføre ulemper for konkurrenter som ikke har tilgang til de samme opplysningene. Partene må også ta i betraktning at enkelte markeds-karakteristikker kan øke risikoen for at informasjonsutvekslingen er konkurransebegrensende.

Gjennomsiktighet kan, som vist i denne dommen, lette gjennomføringen av en konkurransebegrensende samordning og gjøre det mulig å hindre andre aktører i å opptre på det aktuelle markedet. Ved å øke transparensen på et marked kan samhandlende partene overvåke markedet og motarbeide aktører som ønsker å konkurrere på det samme markedet. Ifølge De horisontale retningslinjene kan både nåværende og historiske data muliggjøre slik kontroll og utestengning.⁸⁸

Likevel vil historiske opplysninger sjelden gjøre foretakene i stand til å forutberegne konkurrentenes fremtidige planer. Det kan ikke oppstilles noen universell grense for når data kan kalles historiske.⁸⁹ Grensen vil avhenge av typen informasjon, sett i sammenheng med markeds-karakteristikken.⁹⁰ Det vil si at informasjon om et forhold som endrer seg raskt kan kalles historisk tidligere enn informasjon om mer statiske forhold. For eksempel vil

⁸⁶ Dom av 28. mai 1998, *John Deere Ltd v. Commission*, C-7/95 P, EU:C:1008:256 avsnitt 89 og 90.

⁸⁷ Siragusa, Mario and Rizza, Cesare, *EU Competition Law – Volume III – Cartels & Collusive Behaviour*, second edition, 2012 s. 91.

⁸⁸ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 68.

⁸⁹ *Ibid* avsnitt 90.

⁹⁰ *Ibid*.

opplysninger om teknologi tidligere kunne regnes som historiske på et marked hvor den teknologiske utviklingen går raskt. Motsatt kan det for eksempel ta lang tid før opplysninger om produksjonsmengde regnes som historiske på et marked hvor etterspørselen er ganske stabil.

Risikoen for overtredelse er generelt mindre dersom opplysningene er aggregerte.⁹¹ Jo mer detaljerte, spesifikke og individualiserte opplysningene er, desto mer sensitive vil de normalt være.⁹²

I tillegg til opplysningenes alder, art og aggregeringsnivå, er også hyppigheten av informasjonsutvekslingene et moment av betydning.⁹³ Hyppig informasjonsutveksling kan være en indikator på ulovlig samarbeid.⁹⁴ Det er likevel ikke noe krav om at det må foreligge mer enn ett tilfelle av informasjonsutveksling for at opptreden skal kunne regnes som et ulovlig samarbeid etter § 10 første ledd.⁹⁵

Hvor hyppig utveksling som er nødvendig for å kunne holde et ulovlig samarbeid gående, vil variere fra marked til marked.⁹⁶ På mer komplekse markeder med store svingninger vil opplysninger måtte utveksles relativt ofte for at opplysningene skal kunne bidra til å opprettholde en felles forståelse. Motsatt kan vesentlig mindre kontakt være tilstrekkelig mellom konkurrenter på et konsentrert marked.

Et eksempel på et marked hvor informasjonsutvekslingens hyppighet vil være av avgjørende betydning, er salg av drivstoff fra bensinstasjoner. En enkel utveksling av for eksempel bensinpriser mellom bensinstasjoner vil ha liten betydning for konkurransen, siden det er svært enkelt for en konkurrent å undersøke dette på egenhånd. Men, bensinprisene endrer seg svært raskt, og det vil være utfordrerne for et firma å holde seg kontinuerlig oppdatert på endringene i konkurrentenes priser. Hyppige oppdateringer fra konkurrentene vil derfor kunne forenkle en samordning vesentlig.

⁹¹ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 89.

⁹² Siragusa, Mario and Rizza, Cesare, *EU Competition Law – Volume III – Cartels & Collusive Behaviour*, second edition, 2012 s. 84-46.

⁹³ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 90 og 91.

⁹⁴ *Ibid* avsnitt 91.

⁹⁵ Dom av 4. juni 2009, *T-mobile Netherlands and Others*, C-8/08, EU:C:2009:343 avsnitt 62.

⁹⁶ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 91.

Til sist nevner De horisontale retningslinjene betydningen av om opplysningene er offentlige eller ikke.⁹⁷ Mens utveksling av ikke-offentlige opplysninger mellom konkurrenter kan svekke konkurransen, kan offentlig utveksling ha motsatt effekt. Dette gjelder hovedsakelig når alle kunder og konkurrenter kan få tilgang til informasjonen. Hvorvidt informasjonen kan regnes som offentlig og tilgjengelig, kommer blant annet an på hvor store kostnader og utfordringer det innebærer å få tilgang til dem.⁹⁸ Det må altså vurderes om opplysningene er offentlige i egentlig forstand.⁹⁹ Det vil også ha betydning om selve informasjonsutvekslingen er offentlig.

I en foretakssammenslutning vil det meste av informasjonen som utveksles være konfidensiell og kun tilgjengelig for partene. Dette øker risikoen for at informasjonsutvekslingen kan være konkurransebegrensende.

3.3 Konkurranseloven § 10 – Informasjonsutveksling mellom foretak i en foretakssammenslutning

3.3.1 Problemstillingen

Det kan ikke utledes klare grenser for hva som må regnes som lovlig eller ulovlig informasjonsutveksling, eller for hvilke karakteristikk et samarbeid må ha for å kunne betraktes som et brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Hvorvidt vilkårene i § 10 første ledd er oppfylt, må derfor bero på en konkret vurdering.

Dette reiser flere problemstillinger. For det første må det drøftes hvilke opplysninger det er nødvendig, eller ønskelig, å utveksle når partene planlegger en foretakssammenslutning. Videre må det foretas en vurdering av om disse behovene kan komme i konflikt med konkurranseloven § 10.

Informasjonsutveksling i forbindelse med en foretakssammenslutning skiller seg på mange måter fra andre typer atferd som kan rammes av § 10. Utveksling av opplysninger i en slik

⁹⁷ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 92.

⁹⁸ *Ibid* avsnitt 92-94.

⁹⁹ Siragusa, Mario and Rizza, Cesare, *EU Competition Law – Volume III – Cartels & Collusive Behaviour*, second edition, 2012 s. 87.

kontekst vil normalt ikke ta sikte på å hindre konkurranse, men å gjøre partene i stand til å vurdere transaksjonens verdi og følgene av foretakssammenslutningen.

Det er imidlertid ikke partenes intensjoner som avgjør om en avtale, beslutning eller samordning er ulovlig etter konkurranseloven § 10.¹⁰⁰ EU-domstolen mener likevel at det kan være et forhold av betydning. I *GlaxoSmithKline Services Unlimited* uttalte EU-domstolen at

«[s]elv om parternes hensikt ikke udgør et forhold, der er nødvendig ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, er der dog intet, der forbyder Kommissionen eller Fællesskabets retsinstanser at tage denne hensikt i betragtning».¹⁰¹

Men, det må uansett vurderes om informasjonen er «egnet til å redusere usikkerheten i markedet».¹⁰²

3.3.2 Kravet om selvstendig opptreden

Det finnes ikke rettslig grunnlag for å innfortolke et unntak for foretakssammenslutninger i konkurranseloven § 10.¹⁰³ Paragraf 10 første ledd gjelder samordning mellom uavhengige foretak,¹⁰⁴ og det er klart at selskapene må regnes som uavhengige foretak mens de fortsatt er i forhandlingsprosessen.

Foretakenes plikt til å forbli selvstendige følger ikke bare av konkurranseloven § 10, men også av konkurranseloven § 19.¹⁰⁵ Paragraf 19 begrenser derfor også partenes adgang til å utveksle konkurransesensitiv informasjon. Paragraf 19 har ikke et like bredt anvendelsesområde som § 10, da den kun kommer til anvendelse når det er tale om gjennomføringstiltak. Dersom partene ikke er sikre på at de vil gjennomføre transaksjonen, eller hvis planene om å gjennomføre transaksjonen avbrytes, er det derfor mer naturlig å anvende § 10. Gjennomføringsforbudet i § 19 løper bare frem til Konkurransetilsynet har godkjent foretakssammen-

¹⁰⁰ Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 IcopalTak AS og Fløysand Tak AS avsnitt 90.

¹⁰¹ Dom av 6. oktober 2009, de forente saker C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, ECLI:EU:C:2009:610 avsnitt 58.

¹⁰² Dom av 4. juni 2009, *T-mobile Netherlands and Others*, C-8/08, EU:C:2009:343 avsnitt 43.

¹⁰³ Se s. 23 og 27 i oppgaven for eksempler (saker hvor det har blitt vurdert om informasjonsutveksling i forbindelse med en foretakssammenslutning utgjorde brudd på kartellforbudet).

¹⁰⁴ Se kapittel 3.1.

¹⁰⁵ Mer om dette i kapittel 4 og 5. Se for eksempel Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 *Steenstrup Stordrange DA* avsnitt 33.

slutningen. Paragraf 19 kan derfor ikke anvendes mellom godkjenning og ”closing”, slik som § 10 kan.¹⁰⁶ Dette understreker hvorfor § 10 også må gjelde i en foretakssammenslutning.

Det viktig at selskapene fortsatt behandles som selvstendige foretak, selv om de planlegger en foretakssammenslutning. Det er ikke sikkert at foretakssammenslutningen godkjennes av konkurransemyndighetene, og ofte vil avtalen mellom partene falle gjennom. I slike tilfeller vil det være problematisk om det allerede er utvekslet informasjon ut over det som er tillatt etter § 10. Ved manglende kontroll av informasjonsutveksling i foretakssammenslutninger, kan man i verste fall risikere at selskaper vil bruke fusjonsforhandlinger som påskudd for å kunne utveksle informasjon, også i tilfeller hvor foretakssammenslutningen egentlig ikke planlegges gjennomført.

Informasjonsutvekslingen kan også føre til konkurransebegrensninger i tiden før en eventuell gjennomføring.¹⁰⁷ Årsaken er at partene kan ta opplysningene i betraktning under fastleggelsen av sin markedsopptreden. Partene må derfor være sin posisjon bevisst, og huske på at de på dette tidspunktet er selvstendige foretak, uavhengig av om foretakssammenslutningen senere gjennomføres.

Et eksempel som illustrerer dette kravet til uavhengig opptreden er EU-kommisjonens etterforskning i forbindelse med oppkjøpet *Ineos/Kerling*¹⁰⁸. Til tross for at dette oppkjøpet ble tillatt, etterforsket EU-kommisjonen den informasjonsutvekslingen som hadde foregått mellom selskapene i planleggingsfasen. Dersom Kommisjonen hadde funnet at det ble utvekslet sensitive opplysninger, kunne det ikke bare vært tale om et brudd på gjennomføringsforbudet, men også om et brudd på TEUV artikkel 101.¹⁰⁹ Konkurranseloven § 10 kan altså like fullt anvendes på informasjonsutveksling i tilfeller hvor foretakssammenslutningen ender opp med å bli godkjent av konkurransemyndighetene. Det er foretakenes status på tidspunktet for informasjonsutvekslingen som er avgjørende, ikke den status de får etter at foretakssammenslutningen er gjennomført.

¹⁰⁶ Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 6.5.

¹⁰⁷ Bellamy, Christopher and Child, Graham D., *European Union Law of Competition*, Seventh edition, 2013 s. 579.

¹⁰⁸ Case No COMP/M.4734 Ineos/Kerling.

¹⁰⁹ http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2014_feb_mergers_investigations_en.pdf s. 6.

3.3.3 Hvilken informasjon kan, og må, utveksles?

Foretak som forhandler om en foretakssammenslutning ønsker at transaksjonen skal være så forutberegnelig som mulig. Partene har behov for å kjenne verdien av transaksjonen, samt å være i stand til å vurdere eventuelle risikoer som vil følge med det andre selskapet. Tilstrekkelige opplysninger om det andre selskapet er nødvendig for at foretakene skal vite om sammenslutningen er gunstig. Det er også en forutsetning for at partene skal kunne forhandle om prisen og eventuelt andre vilkår (f.eks. garantier).

For at et selskap skal være villig til å inngå den aktuelle foretakssammenslutningen, må risikoen gjøres så lav som mulig, og verdien av målselskapet eller fusjonsparten må kunne fremstilles så realistisk at partene har et tilstrekkelig grunnlag for å forhandle.

For det første vil kjøper gjerne ønske å få tilgang til informasjon om målselskapets finansielle forhold fra de siste årene, gjennom blant annet årsregnskapet.¹¹⁰ Dette gir kjøper et innblikk i foretakets nåværende økonomiske status, samt en mulighet til å forstå i hvilken retning det går for foretakets økonomi. Årsregnskapet er offentlig tilgjengelig, i den forstand at hvem som helst kan be selskapet om tilgang til det.¹¹¹ Som forklart i punkt 3.2.3 er det stort sett uproblematisk å utveksle opplysninger som er offentlige i egentlig forstand. Siden det ikke er spesielle begrensninger for hvem som kan få tilgang til årsregnskapet, og heller ingen økonomiske eller andre barrierer knyttet til utleveringen, må årsregnskapet anses som offentlig i egentlig forstand.

Som poengtert under punkt 3.2.3, utgjør utveksling av historiske data generelt en mindre risiko for overtredelse av § 10 enn utveksling av opplysninger om fremtidsplaner. Her må det likevel tas i betraktning at det kan variere hvor mye som skal til for at den enkelte opplysning kan regnes som historisk. Dette må blant annet avgjøres ut i fra hvor raskt de forholdene som det gis informasjon om endrer seg. Dette kan illustreres ved å se på forholdene i ulike bransjer.

«I anleggsbransjen, hvor det for eksempel foreligger kun ett virkelig stort prosjekt hvert halvår innen et geografisk avgrenset område, og der prisene er relativt stabile, vil

¹¹⁰ Richard Harroch, 19.10.2014: «20 Key Due Diligence Activities In A Merger And Acquisition Transaction» <https://www.forbes.com/sites/allbusiness/2014/12/19/20-key-due-diligence-activities-in-a-merger-and-acquisition-transaction/#1ad2890c4bfc>.

¹¹¹ <https://www.altinn.no/no/Starte-og-drive-bedrift/Drive/Regnskap-og-revisjon/Arsregnskapet/Har-alle-rett-til-a-se-regnskapet/> (altinn.no).

informasjon fra ett år tilbake fortsatt kunne anses aktuell, og således ikke oppfylle kravet til historiske data. I dagligvarebransjen hvor prisene endrer seg fra uke til uke, vil derimot forrige ukes priser kunne anses for å være historiske data og utveksling av slike således ikke i strid med konkurranselovens § 10.»¹¹²

Når det gjelder opplysninger om nåværende forhold, må det vurderes hvor sensitive opplysningene er, og om de eventuelt kan aggregeres til et detaljnivå hvor de ikke lenger er sensitive. Dette kan være utfordrende, blant annet fordi en høy grad av filtrering og aggregering fort kan gi et misvisende bilde av hvordan forholdene egentlig er. Opplysninger om salg og priser vil typisk være ulovlig, og regnes som regel for å være konkurransebegrensende etter sitt formål.¹¹³ En bedre løsning vil være å si noe om selskapets overskudd fra salg, uten at det kan utledes detaljer om for eksempel pris, produksjonsmengde og antall salg.

Partene må også ta i betraktning at informasjon som ikke i seg selv er sensitiv kan være sensitiv i kombinasjon med offentlig tilgjengelige opplysninger eller informasjon som kjøper har tilgang til gjennom andre kanaler.

Opplysningene må også ses i sammenheng med markedskarakteristikkene. I *Deere v Commission* ble det lagt vekt på at det var tale om et snevert oligopol hvor avtalepartene til sammen hadde en markedsandel på nesten 90 %. I avgjørelsen påpekes det at «aftalen hadde til følge at begrense konkurransen, dels fordi den skapte større gennemsiktighet på et sterkt koncentreret marked, dels fordi den lagde større hindringer i veien for ikke-medlemmers adgang til markedet».¹¹⁴ Det er ikke sikkert at de samme opplysningene ville vært sensitive på et marked med fullkommen konkurranse. På samme måte må foretak i en foretakssammenslutning ta markedsf forholdene i betraktning når de vurderer om informasjonsutvekslingen kan være konkurransebegrensende.

Et annet forhold som en kjøper eller fusjonspartner gjerne vil ha innsyn i, er hvilke kunder det andre selskapet har. Kundelister kan ofte være sensitiv informasjon,¹¹⁵ men det er ikke klart at

¹¹² Juni 2015: «Konkurranseloven og prosjektsamarbeid, veileder fra NHO», (<https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/naringsjus/samarbeid13.pdf>) s. 12.

¹¹³ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 74 og Dom av 28. mai 1998, *John Deere Ltd v. Commission*, C-7/95 P, EU:C:1008:256

¹¹⁴ Dom av 28. mai 1998, *John Deere Ltd v. Commission*, C-7/95 P, EU:C:1008:256 avsnitt 5.

¹¹⁵ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 86.

det alltid vil være det. I Konkurransetilsynets vedtak i *Steenstrup Stordrage DA*¹¹⁶ mente Konkurransetilsynet at et advokatfirmas klientlister ikke var så sensitive opplysninger at det var ulovlig å utveksle dem før foretakssammenslutningen ble gjennomført.¹¹⁷ Om slik informasjon er sensitiv eller ikke, må antakelig vurderes ut ifra hvilken bransje det dreier seg om og ut i fra markedet. I noen tilfeller vil det kanskje være åpenbart hvilke kunder et selskap har, og det vil dermed være få betenkeligheter knyttet til det å opplyse en kjøper eller fusjonspartner om disse. I andre bransjer, eller under andre markedsforhold, kan det i mot være større grunn til å holde slik informasjon hemmelig.

En kjøper eller fusjonspartner kan også ha interesse av å vite hvilke fremtidsplaner, og ikke minst hvilke fremtidige forpliktelser, det andre foretaket har. Det er særlig store konkurranserisikoer knyttet til utvekslingen av slike fremtidige opplysninger. Adgangen til slik informasjonsutveksling er derfor svært begrenset.¹¹⁸

Slike opplysninger om fremtiden kan for eksempel være kontrakter med tredjeparter. Det kan være en fordel for kjøper å vite hvilke kontrakter målselskapet har inngått, om kontraktene er gunstige, og om medkontrahtentene har mulighet til å si opp kontraktene eller til å regulere priser.¹¹⁹ Interessante kontrakter for en kjøper kan blant annet være avtaler med kunder eller distributører, leieavtaler, låneavtaler, lisensavtaler eller franchiseavtaler. Som et utgangspunkt bør det ikke gis innsyn i avtaleklausuler som gjelder fremtidige priser, salg og produksjonstall. Samtidig er det nødvendig for en kjøper eller fusjonspartner å få innsikt i kostnader og utgifter som er av betydning for transaksjonens verdi. Partene må derfor sørge for at de kun utveksler de opplysninger som det er absolutt nødvendig for den andre parten å kjenne til. Det kan også være nødvendig å filtrere og aggregere opplysningene før innsyn tillates. Strategiske opplysninger som for eksempel fremtidige priser, salg, produksjonsmengde, markedsplaner, etc.¹²⁰ bør normalt ikke utveksles. Slike opplysninger er i de fleste tilfeller sensitive.

Det er ikke bare forhold av økonomisk art som kan være av betydning for selskapets verdi og framtidsutsikter. I mange bransjer kan for eksempel teknologi eller forskning og utvikling være vel så viktig. Da kan det være ønskelig for en part å kjenne til den kunnskapen eller teknologien som den andre parten sitter på, slik at parten kan vurdere om det bidrar til å gjøre

¹¹⁶ Konkurransetilsynets vedtakV2009-18 Steenstrup Stordrange DA.

¹¹⁷ I denne avgjørelsen var vurderingstemaet om handlingene var en overtredelse av gjennomføringsforbudet i § 19. Det er med andre ord ingenting i avgjørelsen som bekrefter at vurderingen ville bli den samme etter § 10.

¹¹⁸ Mer om dette i kapittel 3.2.

¹¹⁹ Aabø-Evensen, Ole Kristian, *Om oppkjøp av selskaper og virksomhet*, Oslo 2011 s. 667.

¹²⁰ Grundigere opplistet i avsnitt 2.3.2.

foretakssammenslutningen gunstig. I en slik situasjon må partene vurdere om forskningen, eller den teknologiske utviklingen, er et så tydelig konkurranseparameter at informasjonen bør holdes tilbake. Partene må i alle fall ikke dele så detaljert informasjon at det ville kunne være mulig for en konkurrent å utnytte den.

En tommelfingerregel er å unngå å dele mer informasjon enn det som er absolutt nødvendig for å kunne foreta de vurderingene og forhandlingene som trengs for å komme frem til en avtale. Utveksling av informasjon ut over dette bør vente til gjennomføringen. Partene må derfor sørge for at den informasjonsutvekslingen som skjer før gjennomføringen har et legitimt formål, og at informasjonen ikke er egnet til å påvirke konkurransen.

3.3.4 Praksis om informasjonsutveksling i en foretakssammenslutning

Det finnes ikke norsk rettspraksis som angår informasjonsutveksling i en foretakssammenslutning. Det er også begrenset med rettspraksis fra EU/EØS. En forvaltningsavgjørelse fra nederlandske konkurransemyndigheter i 2015 er imidlertid illustrerende. Avgjørelsen bygger på den nederlandske konkurranseloven artikkel 6, som tilsvarer TEUV artikkel 101. Det presiseres i avgjørelsen at den nederlandske regelen skal tolkes i samsvar med TEUV artikkel 101 og tilhørende rettspraksis fra EU-domstolen.¹²¹

Avgjørelsen sier noe om hva som kan være ulovlig informasjonsutveksling mellom forhandlingspartene i en foretakssammenslutning. Den viser også hvilke konsekvenser slik utveksling av informasjon kan få for markedet.

De nederlandske konkurransemyndighetene kom i denne saken til at fire foretak i kjølevarebransjen hadde brutt kartellforbudet under planleggingen av en foretakssammenslutning. Samtlige selskaper ble bøtelagt.¹²²

Partene i forhandlingene hadde fra 2006 til 2009 hatt en hyppig utveksling av sensitiv informasjon under forberedelse av en foretakssammenslutning.¹²³ Informasjonsutvekslingen

¹²¹ Avgjørelse fra Nederlandske konkurransemyndigheter, *ACM/DJZ/2015/207578_OV* s. 68,

<https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=15602> (www.acm.nl) (kun tilgjengelig på nederlandsk).

¹²² Mai Muto og Wilko van Weert, 31.3.2016, publisert i Cartel Enforcenent, Mergers & Acquisitions: «Dutch Competition Authority Fines Cold-Storage Companies for Exchange of Information in the Context of Merger Talks» <http://www.antitrustalert.com/2016/03/articles/mergers-acquisitions/dutch-competition-authority-fines-cold-storage-companies-for-exchange-of-information-in-the-context-of-merger-talks/>.

¹²³ Authority for Consumers and Markets, Saksnummer: 13.0698.31|15.0710.31|15.0327.31|15.0328.31

hadde ført til ulovlig koordinering. Blant de utvekslede opplysningene var blant annet informasjon om priser for tjenester og detaljer om hvor mye av foretakenes lagringskapasitet som var utnyttet. Opplysningene ble brukt til å gjennomføre en rekke konkurransebegrensende tiltak, herunder prisfiksing.¹²⁴ Partene hadde også brukt informasjonsutveksling som middel for å kunne fordele kunder imellom seg, og for å samordne bud til potensielle kunder.

Det var ikke aktuelt å straffe foretakene for brudd på gjennomføringsforbudet, ettersom planene om å gjennomføre foretakssammenslutningen ble frafalt.¹²⁵ Det at foretakene likevel ble straffet under henvisning til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, er et eksempel på det EU-kommisjonen la til grunn i forbindelse med etterforskningen av Ineos' oppkjøp av Kerling; partene i en foretakssammenslutning kan rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid på samme måte som andre uavhengige foretak kan.¹²⁶

3.4 Oppsummering

Utteksling av informasjon mellom uavhengige foretak kan utgjøre, eller være en del av, et konkurransebegrensende samarbeid i strid med konkurranse-loven § 10. Informasjonsutveksling kan lette gjennomføringen av en hemmelig samordning, og føre til at den hemmelige samordningens interne og eksterne stabilitet bevares eller styrkes.

Det finnes ingen klare grenser for hvilke opplysninger som kan utveksles. Lovligheten av informasjonsutvekslingen må derfor vurderes konkret i den enkelte sak. Noen opplysninger har likevel større risiko knyttet til seg enn andre. Det gjelder særlig opplysninger av strategisk karakter.

Utteksling av priser og mengde mellom konkurrenter vil vanligvis regnes for å være konkurransebegrensende etter sitt formål.¹²⁷ Dette vil som det klare utgangspunkt også gjelde i tilfeller hvor informasjonen utveksles som ledd i en foretakssammenslutning. Andre

(<https://www.acm.nl/en/publications/publication/15609/ACM-imposed-fines-of-EUR-125-million-on-cold-storage-firms/>).

¹²⁴ Mai Muto og Wilko van Weert, 31.3.2016, publisert i Cartel Enforcenent, Mergers & Acquisitions: «Dutch Competition Authority Fines Cold-Storage Companies for Exchange of Information in the Context of Merger Talks» <http://www.antitrustalert.com/2016/03/articles/mergers-acquisitions/dutch-competition-authority-fines-cold-storage-companies-for-exchange-of-information-in-the-context-of-merger-talks/>.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ I Case No COMP/M.4734 Ineos/Kerling.

http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2014_feb_mergers_investigations_en.pdf s. 6.

¹²⁷ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler" avsnitt 74.

opplysninger som ofte vil være sensitive er for eksempel kundelister, kontrakter, salg, produksjonstall, investeringer og informasjon om den teknologiske utviklingen. I punkt 6.1 og 6.2 vil det gis en beskrivelse av tiltak som kan settes i verk for å redusere risikoen for at informasjonsutvekslingen skjer i strid med konkurranseloven §§ 10 og 19.

Partene bør særlig være varsomme med å utveksle opplysninger om fremtidige forhold. Motsatt kan utveksling av historiske opplysninger sjelden gi mulighet for samordning. Det samme gjelder opplysninger som er offentlige i egentlig forstand og aggregerte data.

Opplysningens art må ses i sammenheng med markedets karakteristikk. Det må samtidig vurderes om informasjonsutvekslingen har potensiale til å endre disse markedskarakteristikene, for eksempel ved at det skapes økt gjennomsiktighet eller mindre kompleksitet.

Informasjonsutveksling som faller inn under forbudet i § 10 første ledd kan straffes selv om foretakssammenslutningen senere gjennomføres. Det avgjørende er ikke om foretakssammenslutningen til slutt gjennomføres, men om partene hadde status som selvstendige foretak på det tidspunktet da opplysningene ble utvekslet.

4 Konkurranseloven § 19 – gjennomføringsforbudet

4.1 Gjennomføringsforbudet

Innenfor rammene av en foretakssammenslutning er det ikke bare konkurranseloven § 10 som har betydning for lovligheten av informasjonsutveksling. Foretak som planlegger en foretakssammenslutning kan være omfattet av det automatiske gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19. Dette innebærer at det vil være ulovlig å utveksle informasjon som fører til at foretakene integreres eller underlegges felles kontroll, før foretakssammenslutningen er godkjent av Konkurransetilsynet.

Gjennomføringsforbudet i § 19 skal hindre foretak i å gjennomføre foretakssammenslutninger, som etter konkurranseloven § 18 er meldepliktige til Konkurransetilsynet, frem til Konkurransetilsynet har avsluttet saksbehandlingen. Det fremgår av konkurranselovens forarbeider at formålet med gjennomføringsforbudet «er å sikre at partene ikke skal kunne hindre en effektiv konkurranserettslig kontroll med foretakssammenslutninger, ved helt eller delvis å gjennomføre ervervet mens tilsynet vurderer hvorvidt det er grunnlag for inngrep».¹²⁸ Gjennomføringsforbudet skal altså forhindre at partene foretar en irreversibel integrering før Konkurransetilsynet har godkjent transaksjonen.¹²⁹

Konkurransetilsynet har i en rekke vedtak gitt en generell redegjørelse for forbudets innhold. Ifølge Konkurransetilsynet, må partene i en meldepliktig foretakssammenslutning «avstå fra ethvert tiltak som kan forhindre en effektiv gjennomføring av et eventuelt inngrep, herunder tiltak som kan forringe foretakenes markedsposisjon eller markedsverdi».¹³⁰ Dette begrunnes med Konkurransetilsynets behov for å kunne føre effektiv kontroll med foretakssammenslutninger. Konkurransetilsynet har uttalt at ordlyden i § 19, «må ikke gjennomføres», tilsier at «ethvert gjennomføringstiltak er omfattet».¹³¹ Det poengteres at «[e]t viktig moment i

¹²⁸ NOU 2003: 12 Ny konkurranselov (kapittel 5.4.8.1).

¹²⁹ Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven s. 111.

¹³⁰ V2015-2 Tafjord Kraft AS - Tussa Kraft AS avsnitt 17

¹³¹ Bl.a. Konkurransetilsynets vedtak V2014-11 Surnadal Transportpartner og V2015-2 Tafjord Kraft AS - Tussa Kraft AS.

vurderingen vil være at bedriftene skal kunne opptre som selvstendige enheter under saksbehandlingen og etter et eventuelt inngrep». ¹³²

En redegjørelse for hva som omfattes av forbudet er gitt i Norsk lovkommentar:

«Gjennomføringsforbudet innebærer at erverver ikke kan iverksette tiltak for å integrere målselskapet i sin virksomhet så lenge forbudet varer. Erverver kan heller ikke på annen måte råde over målselskapet for å styre dets markedsatferd, for eksempel gjennom utøvelse av aksjonærrettigheter. Et gjennomføringsforbud forhindrer således erverver fra å disponere kommersielt over den ervervede virksomhet. Målselskapet kan heller ikke selv på eget initiativ tilpasse seg erververs virksomhet, men må agere som en selvstendig enhet i den periode gjennomføringsforbudet gjelder.» ¹³³

Handlinger som ikke vil være tillatt mens gjennomføringsforbudet løper, er blant annet overtakelse av og oppgjør for aksjer. ¹³⁴

Gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 gjelder som nevnt for foretakssammenslutninger som er meldepliktige til Konkurransetilsynet etter § 18. ¹³⁵ Det vil si for «[p]artene i en fusjon etter § 17 første ledd bokstav a eller den eller de som samlet eller hver for seg varig overtar kontroll etter § 17 første ledd bokstav b» ¹³⁶. Som hovedregel er foretakene unntatt fra denne meldeplikten dersom «de har en samlet årlig omsetning i Norge under 1 milliard kroner» ¹³⁷, eller «dersom bare ett av de involverte foretakene har en årlig omsetning i Norge over 100 millioner kroner» ¹³⁸. Konkurransetilsynet kan likevel også vedta gjennomføringsforbud for foretakssammenslutninger som faller inn under disse to unntakene. ¹³⁹

Gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 bygger på artikkel 7 i fusjonsforordningen. Det følger av forarbeidene at «gode grunner taler for at EU-/EØS-retten legges til grunn når innholdet i det automatiske gjennomføringsforbudet i den norske loven fastlegges. Utvalget anbefaler derfor at innholdet tilsvare reglene i fusjonsforordningen artikkel 7 og må tolkes i

¹³² Bl.a. Konkurransetilsynets vedtak V2014-11 Surnadal Transportpartner og V2015-2 Tafjord Kraft AS - Tussa Kraft AS.

¹³³ Kolstad, Olav, Kommentar til konkurranseloven § 19, note 208, Norsk lovkommentar (Rettsdata). Sist revidert: 19.08.2014.

¹³⁴ Bl.a. Konkurransetilsynets vedtak V2014-11 Surnadal Transportpartner AS avsnitt 32.

¹³⁵ Konkurranseloven § 19 første ledd.

¹³⁶ Konkurranseloven § 18 første ledd.

¹³⁷ Konkurranseloven § 18 andre ledd bokstav a).

¹³⁸ Konkurranseloven § 18 andre ledd bokstav b).

¹³⁹ Konkurranseloven § 18 tredje og femte ledd.

lys av den rettspraksis som finnes i EU/EØS». ¹⁴⁰ I de samme forarbeidene påpekes det videre at rettskildesituasjonen i EU/EØS er sparsom når det gjelder gjennomføringsforbudets innhold, og at dette «gjør at man er henvist til noe friere betraktninger om forbudsnormens innhold». ¹⁴¹

Det henvises videre til formålsbetraktninger som bidrag til fastleggingen av bestemmelsens innhold. Det fremgår av fusjonsforordningens fortale at formålet er at det skal kunne føres effektiv kontroll med foretakssammenslutninger. ¹⁴²

Handlinger som i de aller fleste tilfeller vil være ulovlig, er fysisk integrasjon. ¹⁴³ Rene forberedelseshandlinger vil derimot være tillatt i de fleste tilfeller. Årsaken er at disse handlingene sjelden innebærer irreversibel integrasjon. ¹⁴⁴

4.2 Informasjonsutveksling som brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19

Det er en vanlig oppfatning at en foretakssammenslutning har større sannsynlighet for å lykkes når den forberedes godt og gjennomføringen ikke strekker for langt ut i tid. ¹⁴⁵ Dette krever en avveining av hva som er nødvendig planlegging og hva som er ulovlig integrasjon.

Konkurranseloven § 19 inneholder ingen opplisting av handlinger som er i strid med gjennomføringsforbudet. Det fremgår av forarbeidene at Konkurranselovutvalget ikke så på en slik opplisting som noen god løsning. Utvalget legger likevel til grunn at «enhver overføring av aktiva, immaterialrettigheter og knowhow» normalt vil rammes. Ellers må det vurderes konkret hvilke eierbeføyelser en erverver kan utøve. ¹⁴⁶

Av praksis fra Konkurransetilsynet følger det at «[t]ypiske gjennomføringstiltak som rammes av gjennomføringsforbudet er utveksling av ytelser, fysisk integrasjon, informasjonsutveks-

¹⁴⁰ NOU 2003: 12 Ny konkurranselov (kapittel 5.4.8.3).

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger, fortalen. Se også NOU 2003: 12 Ny konkurranselov (kapittel 5.4.8.3).

¹⁴³ NOU 2003: 12 Ny konkurranselov (kapittel 5.4.8.3).

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Christina Hummer: «Brüssel: „Gun Jumping“ wird ernst genommen – 20 Millionen Euro Geldbuße für einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot» (http://de.schindhelm.com/content/rechtsanwalt/deutschland/news_jusful/news/br%C3%BCssel_gun_jumping_wird_ernst_genommen_20_millionen_euro_geldbu%C3%9F_f%C3%BCr_einen_versto%C3%9F_gegen_das_durchf%C3%BChrungsverbot/index_ger.html).

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 97.

ling utover det som er legitimt og påkrevd som ledd i transaksjonen, overføring av driftsmessig kontroll og drifts- eller markedsmessig samordning».¹⁴⁷

Det følger som nevnt av forarbeidene at forberedelseshandlinger i utgangspunktet ikke rammes av gjennomføringsforbudet.¹⁴⁸ «I den forbindelse kan det imidlertid tenkes ulike former for utveksling av informasjon som kan falle inn under gjennomføringsforbudet, fordi innsyn i konfidensiell informasjon kan påvirke de involverte foretaks status som uavhengige av hverandre».¹⁴⁹

I et vedtak fra 2013 slo Konkurransetilsynet fast at utveksling av markeds- og administrativ informasjon gjennom «rapportering av detaljer om økonomiske resultater, ordrebeholdning og potensielle kunder hver måned» var ulovlige gjennomføringshandlinger.¹⁵⁰ Opplysningene var detaljerte og dreide seg om forhold som ikke bør gjøres kjent for konkurrenter. I tillegg foregikk informasjonsutvekslingene regelmessig. Slik informasjonsutveksling er særlig egnet til å påvirke foretakenes selvstendighet.

Informasjonsutveksling i forkant av en foretakssammenslutning var også tema for en avgjørelse i USA fra 2003.¹⁵¹ I den aktuelle saken forelå det både brudd på gjennomføringsforbudet og på forbudet mot konkurransebegrensede samarbeid.¹⁵² Det amerikanske justisdepartementet slo fast at enkelte typer informasjonsutveksling generelt vil være forbudt i perioden frem til foretakssammenslutningen lovlig kan gjennomføres.

«During the Negotiation And Interim Period of any contemplated Agreement to acquire any voting securities or assets, ... with any person offering a Competing Product, Defendants are enjoined and restrained from ... disclosing or seeking the disclosure of information about current or future prices for, information or projections relating to future prices of, or contract offers related to Competing Products, except as

¹⁴⁷ Bl.a. Konkurransetilsynets vedtak V2014-14 - Easy AS - Britannia Hotel AS avsnitt 28.

¹⁴⁸ NOU 2003: 12 Ny konkurranselov (kapittel 5.4.8.3).

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Konkurransetilsynets vedtak V2013-9 EG A/S - ASP AS avsnitt 7 og 23.

¹⁵¹ Avgjørelse av 6. februar 2003 U.S. v. Gemstar-TV Guide International, Inc. and TV Guide, Inc. (<https://www.justice.gov/atr/case-document/proposed-final-judgment-127>).

¹⁵² Section 7A of the Clayton Act, 15 U.S.C. § 18a. og section 1 of the Sherman Act. 15 U.S.C. § 1.

such disclosures may be permitted in subsection V. D., or to the extent that such information is publicly available at the time disclosure occurs.»¹⁵³

Denne typen informasjonsutveksling vil også være ulovlig etter konkurranseloven § 19. Utveksling av slike opplysninger vil i de færreste tilfeller være nødvendige forberedelses-handlinger, og har derfor ikke et legitimt formål. Opplysningene er også av en slik art at de kan lede til ulovlige markedstilpasninger.

4.3 Oppsummering

Formålet med konkurranseloven § 19 er at Konkurransetilsynet skal kunne føre effektiv kontroll med foretakssammenslutninger. Forbudet skal hindre selskaper i å gjennomføre foretakssammenslutninger før de er ferdig behandlet av Konkurransetilsynet.

Med gjennomføring menes tiltak som integrerer foretakene, eller som fører til at foretakene underlegges felles kontroll. Målet er at foretakssammenslutningen ikke skal være gjort irreversibel før den godkjennes eller forbys. Eksempler på brudd på gjennomføringsforbudet kan være integrering av datasystemer eller at en erverver tar beslutninger på vegne av målselskapet.

Informasjonsutveksling kan være et brudd på gjennomføringsforbudet dersom den går ut over det som er tillatt mellom uavhengige foretak. Foretakene er pålagt å opptre uavhengig frem til gjennomføringsforbudet har opphørt å gjelde, og de kan derfor ikke dele opplysninger som det ville vært ulovlig for foretak utenfor en foretakssammenslutning å utveksle.

¹⁵³, Avgjørelse av 6. februar 2003 U.S. v. Gemstar-TV Guide International, Inc. and TV Guide, Inc. avsnitt IV nr. 4 (<https://www.justice.gov/atr/case-document/proposed-final-judgment-127>).

5 Forholdet mellom konkurranseloven §§ 10 og 19

Uttalelser fra EU-kommisjonen viser at gjennomføringsforbudet og forbudet mot konkurransebegrensende avtaler ikke er gjensidig utelukkende. I Kommisjonens vedtak i *Ineos/Kerling* ble en foretakssammenslutning tillatt, men EU-kommisjonen undersøkte likevel den informasjonsutvekslingen som hadde foregått mellom partene i tiden før godkjenning forelå. Informasjonsutvekslingen ble ikke sett på som problematisk, men Kommisjonen mente at dersom den hadde vært det, kunne det blitt aktuelt å anvende TFEU. art. 101 første ledd i tillegg til reglene i fusjonsforordningen.¹⁵⁴

Tanken bak gjennomføringsforbudet er som nevnt at en foretakssammenslutning ikke skal være gjort irreversibel før konkurransemyndighetene har godkjent den. Det skal altså sørge for at Konkurransetilsynets kontrollmyndighet etter konkurranseloven § 16 er reell.¹⁵⁵ Formålet er med andre ord et annet enn formålet bak konkurranseloven § 10, som er å hindre konkurransebegrensninger.

Men, § 16 hjemler Konkurransetilsynets plikt til å forby konkurransebegrensende foretakssammenslutninger, og i den forstand må både §§ 10 og 19 betraktes som midler for å unngå at konkurransen begrenses.

Etter § 10 er det forbudt å utveksle opplysninger som påvirker et foretaks markedsatferd. Dette er også et krav som følger av gjennomføringsforbudet. Det fremgår blant annet av Konkurransetilsynets vedtak i *Steenstrup Stordrage DA*, hvor Konkurransetilsynet uttaler at

«Gjennomføringsforbudet innebærer en foreløpig restriksjon for partene til å gjennomføre foretakssammenslutningen, og skal sikre at fusjonsparter opptrer som selvstendige enheter inntil fristen for pålegg av fullstendig melding er utløpt».¹⁵⁶

Det er derfor vanskelig å komme på et tilfelle hvor informasjonsutveksling kan være en ulovlig konkurransebegrensning etter § 10 uten samtidig å bryte med et eventuelt gjennomføringsforbud. Dersom foretak som planlegger en foretakssammenslutning utveksler informasjon

¹⁵⁴ I Case No COMP/M.4734 *Ineos/Kerling*.

http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2014_feb_mergers_investigations_en.pdf s. 6.

¹⁵⁵ Mer om dette i avsnitt 2.4.

¹⁵⁶ Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 *Steenstrup Stordrange DA* avsnitt 33.

som har potensiale til å påvirke foretakenes markedsatferd, har de handlet i strid med det kravet til uavhengighet som følger både av §§ 10 og 19.

På motsatt side kan det spørres om det finnes informasjonsutveksling som vil rammes av gjennomføringsforbudet uten samtidig å være ulovlig etter § 10. Det kan for eksempel tenkes at informasjonsutvekslingen bidrar til å integrere foretakene, dog ikke på en måte som kan begrense konkurransen. Dette er likevel ikke en særlig praktisk problemstilling, fordi informasjon som ikke kan påvirke foretakenes uavhengighet sannsynligvis ikke kan føre til irreversibel integrering. Det er lite sannsynlig at informasjonsutveksling som ville vært tillatt utenfor en foretakssammenslutning vil bli ulovlig i det foretakene starter forhandlinger om en slik transaksjon. Det finnes foreløpig ingen avgjørelser i Norge hvor det er tatt stilling til dette spørsmålet.

Det er i alle fall uproblematisk å anta at informasjonsutveksling som kan eller vil påvirke partenes markedsatferd, i de fleste tilfeller kan være ulovlig både etter konkurranseloven § 10 og under et eventuelt gjennomføringsforbud etter § 19.

6 Informasjonsutveksling i de ulike fasene av en foretakssammenslutning

6.1 Første kontakt

Når et foretak initierer den første kontakten, vil det forsøke å fremstille foretakssammenslutningen som et attraktivt tilbud. Dette innebærer blant annet å komme med et tilbud som den andre parten er villig til å forhandle om. Informasjonsutvekslingen på dette stadiet kan for eksempel bestå av en selgers syn på verdien av eget selskapet eller vurderinger av om selskapet er modent for salg.¹⁵⁷

Når det gjelder informasjonsutveksling, knytter det seg enkelte utfordringer til den første kontakten mellom partene. Idet kontakt innledes vil det for det første ikke være iverksatt tiltak som skal hindre ulovlig informasjonsutveksling. For det andre foregår forhandlingene i stor grad muntlig og direkte mellom partene. Under slik muntlig og direkte kontakt kan det være krevende å skulle foreta løpende vurderinger av hvilke opplysninger som bør og ikke bør deles. Muntligheten kan også redusere partenes insentiv til å holde tilbake konkurransesensitive opplysninger, fordi de i mindre grad kan dokumenteres. Det foreligger derfor en risiko for at partene deler informasjon som de ikke ville utvekslet skriftlig. I tillegg er rådgivere kun i begrenset grad involvert på dette stadiet. Hvert enkelt av disse forholdene bidrar til at risikoen for ulovlig informasjonsutveksling er høy i den innledende fasen.

Etter at partene har vært gjennom den innledende kontaktfasen, vil planene om foretakssammenslutningen enten avbrytes eller tas videre. I det tilfelle at partene bestemmer seg for å forhandle videre om en sammenslutning, vil det være behov for ytterligere informasjonsutveksling. Dette er nødvendig for at verdien av et selskap skal kunne vurderes, og for at eventuelle risikoer skal kunne identifiseres. Tilstrekkelig kunnskap om det andre selskapet vil også styrke grunnlaget for forhandlingene. Informasjonsutveksling kan skje ved at partene kommuniserer og ved at det gjennomføres undersøkelser. Dette blir det gått nærmere inn på i punkt 6.2.

¹⁵⁷ Aabø-Evensen, Ole Kristian, Om oppkjøp av *selskaper og virksomhet*, Oslo 2011 s. 68.

Et viktig steg i den innledende fasen, før ytterligere forhandlinger og undersøkelser settes i gang, er å få i stand en konfidensialitetsavtale.¹⁵⁸ En slik avtale bør helst signeres så tidlig at sensitiv informasjons ikke utveksles utenfor rammene av den.

En konfidensialitetsavtale skal begrense partenes mulighet til å videreformidle de opplysningene de får tilgang til under forhandlingene og selskapsgjennomgangen, samt stenge av partenes adgang til selv å utnytte informasjonen før gjennomføring. For ryddighets skyld kan avtalen gjerne liste opp hvilke opplysninger det er gitt innsyn i.¹⁵⁹ Partene bør også bli enige om hva som skal skje med informasjonen hvis forhandlingene avbrytes eller hvis Konkurransetilsynet forbyr foretakssammenslutningen.¹⁶⁰ Konfidensialitetsavtalen kan også si noe om hvem som skal ha tilgang til informasjonen.¹⁶¹ Avtalen kan også inneholde klausuler som for eksempel forbyr partene å kopiere dokumenter, eller som forplikter partene til å returnere dokumentene hvis foretakssammenslutningen ikke gjennomføres.¹⁶²

En konfidensialitetsavtale alene vil i de aller færreste tilfeller være tilstrekkelig for å hindre brudd på konkurranselovgivningen. Selv om en konfidensialitetsavtale både kan hindre tredjepersoner, så vel som nøkkelpersoner i bedriftens strategiske planlegging, fra å anvende informasjonen, vil opplysningene likevel være tilgjengelig for det andre foretaket.¹⁶³ Derfor bør foretaket i tillegg sørge for at det ikke er praktisk mulig for andre personer å få tilgang opplysningene. Informasjonen må oppbevares sikkert, både når det gjelder fysisk og elektronisk lagring.

6.2 Due diligence

I forbindelse med foretakssammenslutninger er det vanlig å gjennomføre en due diligence ("DD"). DD er en prosess hvor en kjøper eller fusjonspartner får innsikt i det andre selskapets

¹⁵⁸ Aabø-Evensen, Ole Kristian, Om oppkjøp av *selskaper og virksomhet*, Oslo 2011 s. 69

¹⁵⁹ Eeva Airamaa og Hanna Laurila, desember 2009, publisert i D&I Focus: «Exchange of Information in M&A» (http://www.dittmar.fi/sites/default/files/publications/D%26I_Focus_December_2009_Exchange_of_Information_in_M%26A.pdf).

¹⁶⁰ Luiza Bedros, september 2016: «Exchange of Information in M&A Transactions – Competition Issues» (https://www.noerr.com/~/_/media/Noerr/PressAndPublications/News/2016/CEE/Romanian%20Legal%20Highlights_September%202016.pdf).

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Aabø-Evensen, Ole Kristian, Om oppkjøp av *selskaper og virksomhet*, Oslo 2011 s. 625-626.

¹⁶³ Herbert Smith Freehills LLP, 31.7.2014: «Information sharing between competitors in an M&A context: what are the limits imposed by EU competition law?» (<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=32cdec5-592f-40da-bf86-07ec2c6265d5>).

virksomhet, med «sikte på å avdekke mulige risikoområder som kan ha betydning for verdien av virksomheten».¹⁶⁴ En slik gjennomgang kan variere i omfang og dybde.¹⁶⁵

Hensikten med DD er å skaffe tilstrekkelig informasjon om selskapets virksomhet, slik at en erverver eller fusjonspartner kan «ta stilling til om den foreslåtte investeringen er fornuftig ut i fra kommersielle hensyn».¹⁶⁶ Undersøkelsene vil typisk ta sikte på å avklare verdien av foretaket, samt å avdekke feil og mangler og identifisere eventuelle risikoer knyttet til det å gjennomføre foretakssammenslutningen.¹⁶⁷ Slik gir DD kjøperen eller fusjonsparten en bedre posisjon til å kunne forhandle om pris, garantier og andre avtalevilkår.

Viktige forhold å bli kjent med kan for eksempel være foretakets markedsposisjon, eller om selskapet har gunstige kontrakter. Parten vil vite hvilke goder og byrder den overtar eller integrerer i eget foretak, samt hvilken pris som skal tilbys og om det i det hele tatt er ønskelig å gjennomføre foretakssammenslutningen.

På den ene siden er denne prosessen viktig for å avgjøre om transaksjonen bør gjennomføres, og det vil derfor være ønskelig med så mye relevant informasjon som mulig. På den andre siden er det kanskje under denne prosessen det er størst fare for å trå over de grensene for lovlig informasjonsutveksling som gjelder i henhold til konkurranseloven § 10.

Før en DD utføres, lager kjøper ofte en liste over de vesentligste punktene som ønskes undersøkt. Noen typer informasjon er relevant uansett hvilket marked det dreier seg om. Samtidig vil det være typer av informasjon som er spesielt relevant på grunn av den bransjen foretakene er del av.

Den typen informasjon som er spesielt interessant for en kjøper, er gjerne den som viser målselskapets styrker og svakheter knyttet til de viktigste konkurranseparameterne på det relevante markedet.¹⁶⁸ Denne informasjonen er normalt sensitiv, og fremlegging av slike opplysninger bør derfor gjøres med den forsiktighet, og med de begrensninger, som nevnes i avsnitt 3.2.

¹⁶⁴ Aabø-Evensen, Ole Kristian, *Om oppkjøp av selskaper og virksomhet*, Oslo 2011 s. 646.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid* s. 649.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid* s. 667.

Ulike typer informasjon vil være relevant for de forskjellige typene DD. Under den juridiske gjennomgangen vil særlig strukturelle, selskapsrettslige, arbeidsrettslige og konkurranse- rettslige forhold være av betydning.¹⁶⁹ De finansielle undersøkelsene vil hovedsakelig dreie seg om regnskaper, balanse og arbeidskapital.¹⁷⁰ Det vil normalt også foretas en gjennomgang av skatte- og avgiftsmessige forhold.¹⁷¹ I tillegg kan det foretas en kommersiell DD, hvor formålet er å avdekke forhold knyttet til markedet og konkurranseforhold og å skaffe opplysninger om hvordan selskapet opererer på markedet. Eksempler på slike opplysninger er produksjonstall, forskning og utvikling, salg, markedsføring og fremtidsprognoser.¹⁷² Det er stor risiko for overtredelse av konkurranselovgevingen knyttet til utveksling av de nevnte opplysningene, og informasjonsutvekslingen må derfor skje med varsomhet.¹⁷³

Før partene gjennomfører en DD, bør de sørge for å ha tatt klare forholdsregler og å ha satt i verk nødvendige tiltak for å unngå at informasjonsutvekslingen er ulovlig etter konkurranse- loven §§ 10 eller 19.

Den vil være en fordel å velge ut kun en begrenset gruppe personer, et såkalt "clean team", som skal ha tilgang til de utvekslede opplysningene. Til denne gruppen bør det ikke velges personer som har innflytelse på den daglige ledelsen av foretaket, prisfastsettelse, salg, markedsføring eller andre beslutninger som angår foretakets markedsstrategi. Dette betyr at personer som kunne ha anvendt opplysningene på en strategisk måte, ikke får tilgang til dem.

De individene som velges ut til et "clean team", bør signere individuelle konfidensialitets- avtaler.¹⁷⁴ En slik avtale skal begrense den enkelte "clean team"-deltakers adgang til å videre- formidle, eller anvende, de opplysningene det gis innsyn i.

Ideelt sett bør også en nøytral og uavhengig tredjepart benyttes når informasjon skal ut- veksles. En ekstern part kan avgjøre hvilke dokumenter som inneholder sensitiv informasjon, og foreta den nødvendige filtreringen og aggregeringen før overlevering.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Aabø-Evensen, Ole Kristian, Om oppkjøp av *selskaper og virksomhet*, Oslo 2011 s. 653.

¹⁷⁰ *Ibid* s. 658.

¹⁷¹ *Ibid*.

¹⁷² *Ibid* s. 652.

¹⁷³ Mer om dette i kapittel 3.2 og 3.3.

¹⁷⁴ Herbert Smith Freehills LLP, 31.7.2014: «Information sharing between competitors in an M&A context: what are the limits imposed by EU competition law?» (<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=32cdec55-592f-40da-bf86-07ec2c6265d5>).

¹⁷⁵ Christina Hummer: «Brüssel: „Gun Jumping“ wird ernst genommen – 20 Millionen Euro Geldbuße für einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot»

Hvis en ekstern tredjepart benyttes i tillegg til foretakets egne ”clean team”-deltakere, kan teamet med fordel deles inn i et ”green data room team” og et ”red data room team”. Et ”green data room team” kan bestå av representanter fra det selskapet som foretar undersøkelser. Dette teamet bør ikke ha tilgang til den mest sensitive informasjonen. Et ”red data room team”, bestående hovedsakelig av tredjeparter, kan derimot håndtere den mer sensitive informasjonen og sørge for at den formidles til selskapet på den måten som best ivaretar hensynet til konkurransereglene.¹⁷⁶

Partene vil ofte engasjere juridiske rådgivere i forbindelse med en DD. Rådgiverne kan bidra i tilretteleggingen av DD-prosessen, og veilede partene i spørsmål knyttet til informasjonsutvekslingen.¹⁷⁷

I noen tilfeller kan det selskapet som er gjenstand for DD mene at det ikke er forsvarlig å gi kjøper innsyn i alle de opplysningene det blir bedt om å fremlegge, til tross for at nevnte tiltak er satt i verk. Da er det opp til foretaket selv å nekte innsyn for ikke å risikere overtredelse av konkurranselovgivningen.

6.3 Forhandlinger

Etter at selskapsundersøkelsen er gjennomført, vil partene fortsette i en forhandlingsfase. Gjennom forhandlingene vil partene enten komme frem til en avtale som tar sikte på å gjennomføre foretakssammenslutningen, eller beslutte at planene skal avbrytes.

Det er viktig at partene er oppmerksomme på at begrensningene i hvilke opplysninger som lovlig kan utveksles også gjelder ved muntlige forhandlinger. Hyppige møter kan i seg selv være indiser på samordnet opptreden etter konkurranseloven § 10.¹⁷⁸

Forhandlingene vil særlig dreie seg om verddivurderinger og pris.¹⁷⁹ Et mål for en kjøper eller fusjonspart vil være å få kjennskap til detaljerte opplysninger som kan si noe om selskapets

(http://de.schindhelm.com/content/rechtsanwalt/deutschland/news_jusful/news/br%C3%BCssel_gun_jumping_wird_ernst_genommen_20_millionen_euro_geldbu%C3%9Fe_f%C3%BCr_einen_versto%C3%9F_gegen_das_durchf%C3%BChrungsverbot/index_ger.html).

¹⁷⁶ Luiza Bedros, september 2016: «Exchange of Information in M&A Transactions – Competition Issues»

(https://www.noerr.com/~/_media/Noerr/PressAndPublications/News/2016/CEE/Romanian%20Legal%20Highlights_September%202016.pdf).

¹⁷⁷ Aabø-Evensen, Ole Kristian, Om oppkjøp av *selskaper og virksomhet*, Oslo 2011 s. 90.

¹⁷⁸ Comp/E-1/36604 – Citric acid avsnitt 86, jf. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1743_en.htm?locale=nb.

¹⁷⁹ Aabø-Evensen, Ole Kristian, Om oppkjøp av *selskaper og virksomhet*, Oslo 2011 s. 69.

reelle verdi. Parten kan også være interessert i å forhandle frem garantier som kan begrense eventuelle risikoer ved foretakssammenslutningen. For å kunne identifisere disse risikoene er det nødvendig å utveksle informasjon.

Informasjonsutvekslingen bør så langt som mulig foregå under avtaleregulerte forhold. Partene bør derfor sørge for å få på plass en konfidensialitetsavtale på et tidlig stadium.¹⁸⁰ En slik avtale vil ikke bare begrense risikoen for brudd på konkurranselovgivningen, men også bidra til å ivareta partenes behov for å beskytte bedriftshemmeligheter.

Det kan også lønne seg å engasjere juridiske rådgivere. Disse kan bistå partene i forbindelse med utformingen av konfidensialitetsavtalen og eventuelt andre avtaler.¹⁸¹ De kan også veilede partene i avgjørelsen av hvilke opplysninger som skal utveksles.

6.4 Signering

Hvis partene i løpet av forhandlingsfasen beslutter at de ønsker å gjennomføre transaksjonen, er det neste steget å signere en avtale med de klausuler som partene har forhandlet frem. På dette stadiet blir partene forpliktet overfor hverandre. Godkjenning fra konkurransemyndighetene er imidlertid en absolutt forutsetning for at foretakssammenslutninger som er omfattet av meldepliktreglene i konkurranseloven § 18 skal kunne gjennomføres. Selskapene må også ta i betraktning at de på dette stadiet fortsatt å regne som selvstendige foretak, og må forholde seg til de begrensninger som følger av konkurranseloven § 10.¹⁸²

Etter signering vil partene gjerne begynne å forberede gjennomføringen av foretakssammenslutningen på ulike måter. Det kan være ved å integrere datasystemer, utveksle kundelister eller klientlister, eller andre forberedelseshandlinger.¹⁸³ Slike handlinger kan være brudd både på gjennomføringsforbudet og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid dersom de utføres før closing.

Et foretak kan også ønske å forsikre seg om at situasjonen i det andre foretaket er mer eller mindre den samme ved closing som ved signering. Før godkjenning og closing vil det derfor ofte være ønskelig å få i stand en avtale som regulerer hvilke handlinger som kan, eller ikke

¹⁸⁰ Se punkt 6.1.

¹⁸¹ Aabø-Evensen, Ole Kristian, Om oppkjøp av *selskaper og virksomhet*, Oslo 2011 s. 89.

¹⁸² Se punkt 3.3.

¹⁸³ Se for eksempel Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 Steenstrup Stordrange DA.

kan, foretas av en part før foretakssammenslutningen er gjennomført. En slik avtale skal sørge for at selskapet ikke forringer sin verdi eller påtar seg forpliktelser som det andre foretaket ikke ønsker. Slike avtaler er ikke forbudt, men partene må vurdere nøye hvilke klausuler som lovlig kan tas med i en slik avtale.¹⁸⁴ Av hensyn til partenes plikt til å opptre selvstendig frem til gjennomføring, må det ikke avtales begrensninger i et foretaks adgang til å fastlegge sin egen markedsatferd ut over det som er nødvendig for å hindre at foretakets verdi forringes betydelig. Eksempler på ulovlige avtaleklausuler vil være regulering av hvem foretaket kan inngå avtaler med, hvilke priser det skal operere med eller hvor mye som skal produseres.

6.5 Godkjenning fra konkurransemyndighetene

Gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 opphører å gjelde ved Konkurransetilsynets godkjenning. Når det er sikkert at transaksjonen skal gjennomføres, altså når avtalen er signert av partene og foretakssammenslutningen er godkjent av konkurransemyndighetene, er det ikke lenger fare for overtredelse av gjennomføringsforbudet. Det er tvert i mot nå integreringen kan skje. Det innebærer at informasjonsutveksling etter slik godkjenning ikke lenger kan rammes av § 19.

I denne sammenheng er det grunn til å se på den tidsmessige overlappingen av §§ 10 og 19. Det er klart at § 10 har et videre anvendelsesområde enn § 19 i den forstand at den også gjelder for foretak helt utenfor en foretakssammenslutningssituasjon, men om begrensningene som følger av §§ 19 og 10 opphører samtidig, er et annet spørsmål.

På dette spørsmålet må det nok svares benektende. Gjennomføringsforbudet løper frem til transaksjonen er godkjent.¹⁸⁵ Denne godkjenningen fra Konkurransetilsynet er klarsignalet for at partene skal kunne fullføre transaksjonen med all nødvendig integrasjon, herunder utvekslingen av bedriftshemmeligheter og andre sensitive opplysninger. Før dette tidspunktet kan ikke begrensningene i konkurranseloven § 10 opphøre å gjelde. Frem til Konkurransetilsynets saksbehandling er ferdig kan foretakssammenslutningen fremdeles nektes gjennomført, og et avslag vil bety at partene må fortsette som uavhengige markedsaktører. Da vil det

¹⁸⁴ Eeva Airamaa og Hanna Laurila, desember 2009, publisert i D&I Focus: «Exchange of Information in M&A» (http://www.dittmar.fi/sites/default/files/publications/D%26I_Focus_December_2009_Exchange_of_Information_in_M%26A.pdf).

¹⁸⁵ Konkurranseloven § 19 første ledd.

være problematisk om partene allerede har delt informasjon som kan virke konkurransebegrensende når den utveksles mellom selvstendige foretak.

Dette tyder på at signering ikke er tilstrekkelig for at partene skal kunne se bort ifra begrensningene som følger av konkurranseloven § 10. Avtalen mellom foretakene kommer gjerne i stand før en eventuell godkjenning foreligger, og denne er ikke bindende for Konkurransetilsynet.

Det er derfor naturlig å legge ”closing”, den endelige gjennomføringen, til grunn som det tidspunktet hvor selskapene endrer status fra selvstendige foretak til en felles enhet. Etter closing kan informasjonsutveksling mellom transaksjonspartene ikke lenger rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10, ettersom vilkåret om at samarbeidet må foregå mellom ”uavhengige foretak”¹⁸⁶ ikke vil være oppfylt. Det betyr at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid etter § 10 opphører å gjelde ved closing.

¹⁸⁶ Se kapittel 3.1.

7 Avslutning

Denne oppgaven understreker at utveksling av informasjon kan være ulovlig etter både §§ 10 og 19 i konkurranseloven.

Det finnes ikke rettslig grunnlag for å innfortolke et unntak for foretakssammenslutninger i konkurranseloven § 10. For å avgjøre om informasjonsutveksling er lovlig, må det foretas en konkret vurdering i lys av den rettslige og økonomiske konteksten.

Foretak som planlegger en foretakssammenslutning er forpliktet til å opptre uavhengig frem til transaksjonen er gjennomført. De må følgelig avstå fra konkurransebegrensende eller potensielt konkurransebegrensende samarbeid på samme måte som foretak ellers må. Partene må derfor vurdere om informasjonsutvekslingen har et legitimt formål eller om den bør vente til gjennomføringen. Partene må også vente med informasjonsutveksling som bidrar til at foretakene integreres eller underlegges samme kontroll.

Forskjellige opplysninger kan være sensitive på ulike markeder, i ulike bransjer og for ulike foretak. Foretakene bør derfor ta i betraktning hvilke konkurranseparametere som eksisterer på det relevante markedet. Noen opplysninger vil i de fleste tilfeller være sensitive. Typiske eksempler er opplysninger om priser¹⁸⁷, salg¹⁸⁸, produksjonsmengde og produksjonskostnader, teknologi, kundelister og markedsplaner. Det er særlig stor risiko knyttet til utveksling av informasjon om fremtiden. Det er derimot svært liten risiko knyttet til utveksling av historiske data, offentlig tilgjengelig informasjon og aggregerte opplysninger.

Foretakene bør i alle fall sørge for å iverksette tiltak som skal sørge for at informasjonsutvekslingen kan skje uten risiko for overtredelse av konkurransereglene.

¹⁸⁷ Se særlig dom av 27. September 1988, *Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission* C-89/85, ECLI:EU:C:1988:447.

¹⁸⁸ Se EU-kommisjonens avgjørelse, IV/31.128 - Fatty Acids.

Litteraturliste

Lover, traktater, forskrifter og forordninger

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 2004

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

Traktaten om den europeiske union

Traktat om den europeiske unions virkemåte

Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger

Forskrift om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv. § 12, jf. Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. § 5

Forarbeider

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

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov

Prop.75 L (2012-2013) Endringer i konkurranselov

Avgjørelser fra EU-domstolen

Dom av 16. september 1975, *Suiker Unie and Others v Commission*, C-40/73, EU:C:1975:174

Dom av 24. oktober 1996, *Viho Europe BV v Commission*, C-73-95 P, EU:C:1996:405

Dom av 28. mai 1998, *John Deere Ltd v. Commission*, C-7/95 P, EU:C:1008:256

Dom av 13. desember 2005, *Expedia*, C-226-11, EU:C:2012:795

Dom av 4. juni 2009, *T-mobile Netherlands and Others*, C-8/08, EU:C:2009:343

Dom av 6. oktober 2009, de forente saker C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, EU:C:2009:610

Dom av 27. september 1988, *Ahlström Osaakehtiö and others v Commission* C-89/85, ECLI:EU:C:1988:447

Avgjørelser fra EU-Kommisjonen

92/157/EEC – UK Agricultural Tractor Registration Exchange

COMP/E-1/36604 – Citric acid

COMP/M.4734 – Ineos/Kerling

IV/31.128 - Fatty Acids

Praksis fra Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynets vedtak V2009-18 Steenstrup Stordrange DA

Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 IcopalTak AS og Fløysand Tak AS

Konkurransetilsynets vedtak V2013-9 EG A/S - ASP AS

Konkurransetilsynets vedtak V2014-11 Surnadal Transportpartner

Konkurransetilsynets vedtak V2014-14 Easy AS - Britannia Hotel AS

Konkurransetilsynets vedtak V2015-2 Tafjord Kraft AS - Tussa Kraft AS

Kunngjøringer vedtatt av ESA

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan: "Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på horisontale samarbeidsavtaler"

Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (De minimis) (1) (2001/C 368/07)

Utenlandsk praksis

Avgjørelse fra Nederlands konkurransemyndigheter (Authourity for Consumers and Markets):

Saksnummer: 15.0327.31 (dato: 22.12.15)

- Avgjørelse (nederlandsk): <https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=15602>
- Sammendrag (engelsk): «ACM imposed fines of EUR 12.5 million on cold-storage firms», <https://www.acm.nl/en/publications/publication/15609/ACM-imposed-fines-of-EUR-125-million-on-cold-storage-firms/>
(Publisert: 23.03.2016, nedlastet: 14.05.17)

Avgjørelse fra USAs konkurransemyndigheter (Department of Justice):

U.S. v. Gemstar-TV Guide International, Inc. and TV Guide, Inc. (6. februar 2003)

(<https://www.justice.gov/atr/case-document/proposed-final-judgment-127>)

(publisert: 30.06.2015, nedlastet: 31.05.2017)

Artikler

Herbert Smith Freehills LLP, 31.7.2014:

«Information sharing between competitors in an M&A context: what are the limits imposed by EU competition law?»

<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=32cdec5-592f-40da-bf86-07ec2c6265d5>

(31.05.17)

Mai Muto og Wilko van Weert, 31.3.2016, publisert i Cartel Enforcenent, Mergers & Acquisitions:

«Dutch Competition Authority Fines Cold-Storage Companies for Exchange of Information in the Context of Merger Talks»

<http://www.antitrustalert.com/2016/03/articles/mergers-acquisitions/dutch-competition-authority-fines-cold-storage-companies-for-exchange-of-information-in-the-context-of-merger-talks/> (31.05.17)

Kjetil Sander, 13.4.2016:

«Første kontakt med oppkjøpskandidaten eller fusjonspartneren»

<http://estudie.no/forste-kontakt-med-oppkjopskandidaten-eller-fusjonspartneren/> (31.05.17)

Christina Hummer:

«Brüssel: „Gun Jumping“ wird ernst genommen – 20 Millionen Euro Geldbuße für einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot»

http://de.schindhelm.com/content/rechtsanwalt/deutschland/news_jusful/news/br%C3%BCssel_gun_jumping_wird_ernst_genommen_20_millionen_euro_geldbu%C3%9F_f%C3%BCr_einen_versto%C3%9F_gegen_das_durchf%C3%BChrungsverbot/index_ger.html (31.05.17)

Eeva Airamaa og Hanna Laurila, desember 2009, publisert i D&I Focus:

«Exchange of Information in M&A»

http://www.dittmar.fi/sites/default/files/publications/D%26I_Focus_December_2009_Exchange_of_Information_in_M%26A.pdf (31.05.17)

Konkurransetilsynet, «Konkurranseloven kapittel 4: Kontroll med foretakssammenslutninger»

1.1.2014:

http://www.konkurransetilsynet.no/globalassets/filer/faktaark/kap4_foretakssammenslutninger.pdf (31.05.17)

Luiza Bedros, september 2016:

«Exchange of Information in M&A Transactions – Competition Issues»

https://www.noerr.com/~/.media/Noerr/PressAndPublications/News/2016/CEE/Romanian%20Legal%20Highlights_September%202016.pdf (31.05.17)

Richard Harroch, 19.10.2014:

«20 Key Due Diligence Activities In A Merger And Acquisition Transaction»

<https://www.forbes.com/sites/allbusiness/2014/12/19/20-key-due-diligence-activities-in-a-merger-and-acquisition-transaction/#361493494bfc> (31.05.17)

Fredrik Alver, Stein Ove Solberg, Thea Susanne Skaug, juni 2015:

«Konkurranseloven og prosjektsamarbeid, veileder fra NHO»,

<https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/naringsjus/samarbeid13.pdf> (31.05.17)

Nettlenker

05.12.2001:

«Commission fines five companies in citric acid cartel»

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1743_en.htm?locale=nb (31.05.17)

12.2.2014:

«Investigations of Consummated and Non-notifiable Mergers»

http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2014_feb_mergers_investigations_en.pdf (31.05.17)

31.12.15:

«Har alle rett til å se regnskapet?»

<https://www.altinn.no/no/Starte-og-drive-bedrift/Drive/Regnskap-og-revisjon/Arsregnskapet/Har-alle-rett-til-a-se-regnskapet/> (31.05.17)

Litteratur

Bellamy, Christopher and Child, Graham D., *European Union Law of Competition*, Seventh edition (2013)

Boe, Erik Magnus, *Innføring i Juss*, tredje utgave (Oslo 2010)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, femte utgave (Oslo 200)

Evensen, Harald og Sæveraas, Eivind. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven – med kommentarer* (Oslo 2009)

Faull, Jonathan and Nikpay, Ali. *The EU law of Competition*, third edition (2014)

Haukeland, Halvard Fredriksen og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett* (Bergen 2012)

Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EU Competition Law, Texts, Cases, and Materials*, Sixth edition, (2016)

Kolstad, Olav, *Kommentar til konkurranseloven § 19*, Norsk lovkommentar (Rettsdata, sist revidert 2014)

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (Oslo 2012)

Sejersted, Fredrik; Arnesen, Finn; Rognstad, Ole-Andreas og Kolstad, Olav, *EØS-retten*, tredje utgave (Oslo 2011)

Siragusa, Mario and Rizza, Cesare, *EU Competition Law – Volume III – Cartels & Collusive Behaviour*, second edition (2012)

Van Bael og Bellis, *Competition Law of the European Community*, fourth edition (Den Haag 2005)

Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition (2015)

Aabø-Evensen, Ole Kristian, *Om oppkjøp av selskaper og virksomhet* (Oslo 2011)