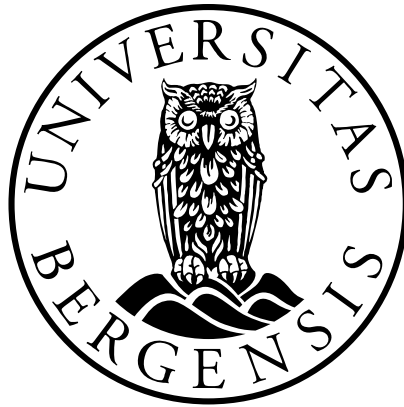


# Morselskapets ansvar for overtredelser av konkurranselovens §10

*Særlig om betydningen av foretaksdefinisjonen  
for ansvarets grenser*

Kandidatnummer: 213

Antall ord: 14696



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.juni.2018

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	2
1.1 Tema og problemstilling.....	2
1.2 Metode.....	5
1.3 Forholdet til øvrige legaldefinisjoner .....	6
1.4 Videre fremdrift.....	7
2 Foretakets betydning for konserninternt konkurransebegrensende samarbeid .....	9
2.1 Konsernprivilegiet under kl. § 10.....	9
2.2 Legislativ begrunnelse.....	11
3 Foretakets betydning for morselskapets ansvar ved ileggelse av overtredelsesgebyr .....	14
3.1 Identifikasjon av morselskapet som ansvarssubjekt.....	14
3.1.1 Legislativ begrunnelse.....	16
3.2 Utmåling av overtredelsesgebyrets størrelse for konsernovertredelser.....	18
3.2.1 Betydningen av konsernets omsetning.....	19
3.2.2 Betydningen av residivisme .....	22
4 Identifikasjon av konsernvirksomhetene som et enkelt foretak.....	25
4.1 Innledende om definisjonen av foretak .....	25
4.1.1 Foretaksbegrepet anvendes likt.....	26
4.2 Den økonomiske enhetens grenser – om betydningen av bestemmende kontroll.....	28
4.2.1 Omstendigheter av betydning for kontrollvurderingen.....	30
4.3 Kreves faktisk kontrollutøvelse eller er kontrollmulighet tilstrekkelig.....	33
4.4 Presumsjon for bestemmende kontrollutøvelse hvor overtredende datterselskap er heleid av morselskapet .....	37
4.5 Særlig om kontrollvurderingen hvor morselskapet er deleier .....	40
4.5.1 Morselskapet er minoritetsaksjonær.....	41
4.5.2 Morselskapet er deleier av et fellesforetak.....	42
4.5.3 Hvorvidt felles- og negativ enekontroll er tilstrekkelig .....	43
4.6 Kontrollvurderingen ved restrukturering av konsernet .....	45
5 Avsluttende om foretaksbegrepets tvetydighet .....	48
Kildeliste .....	50

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens problemstilling er i hvilken utstrekning morselskap kan holdes ansvarlig for overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler eller samordning etter konkurranselovens § 10.<sup>1</sup> Oppgaven tar særlig sikte på å avklare hvordan definisjonen av *foretak* er styrende for avgrensningen av morselskapets ansvar.

Et konsern består vanligvis av et morselskap og et eller flere datterselskap. Morselskapet er normalt hovedeieren av datterselskapet, men ikke nødvendigvis den eneste eier av virksomheten. Årsakene til at virksomheter organiseres i konsern, og ikke integreres i en enkelt selskapsrettslig enhet, er en tematikk som i hovedsak styres av selskapsretten, skatteretten og de økonomiske interessene til det kontrollerende morselskapet for øvrig. Konkurranserettens foretaksbegrep er langt på vei uavhengig av selskapsrettslige konstruksjoner. Selskapene i et konsern vil derfor regelmessig bli ansett som et enkelt foretak i konkurranseretten. Oppgaven skal vise at det har betydning for konkurranselovgivningens anvendelse, at konsernselskapene kan anses for ett og samme foretak. Det skyldes at *foretaket* er konkurranserettens primære subjekt og adressat.

Konkurranseforbudet i kl. § 10 første ledd er utformet på følgende måte:

*«Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, [...]»<sup>2</sup>*

Bestemmelsen angir at konkurransebegrensende avtaler inngått mellom foretak, er forbudt. I denne fremstillingen er det vilkåret om at avtalen må være tatt *mellom foretak*, jfr. kl. § 10 første ledd, som skal underlegges nærmere analyse.

For samarbeid inngått mellom mor- og datterselskap, tilsier ordlyden at ansvaret bare inntreer når selskapene er å anse som selvstendige foretak, slik at avtalen er inngått *«mellom foretak»* i

---

<sup>1</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 10.

<sup>2</sup> Konkurranseloven § 10 første ledd.

§ 10s forstand. Foretakskriteriet er på denne måten styrende for når konkurransebegrensende samarbeid innad i konserngruppen omfattes av forbudet i § 10.

Konkurransetilsynet er etter konkurranselovens § 29 kompetent til å ilegge sivilrettslige gebyr for overtredelser av konkurranselovens forbud. Lovbestemmelsen har følgende utforming:

*«Et foretak eller en sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt*

*a) overtrer §§ 10 [...]»<sup>3</sup>*

Bestemmelsen angir ansvarssubjektet for overtredelser av konkurranselovgivningen. Ettersom *foretaket* er sanksjonens adressat, holdes morselskapet ansvarlig for et datterselskaps overtredelse dersom selskapene kan anses som del av samme *foretak*.<sup>4</sup>

Ved utmåling av overtredelsesgebyrets størrelse etter § 29, «skal det særlig legges vekt på *foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 30 og § 31.*»<sup>5</sup> Slik er også her det styrende spørsmålet hva som utgjør et *foretak* i konkurranselovens forstand.

Konkurranselovens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid etter § 10 og bøteansvaret etter § 29 retter seg alle mot *foretak*. Det sentrale spørsmålet i denne fremstillingen er derfor i hvilken utstrekning virksomhetene som inngår i konserngrupperingen kan anses som del av samme *foretak*. Foretaksbegrepet er legaldefinert på følgende måte i konkurranselovens § 2:

*«Med foretak menes i denne loven enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet.»*

Det avgjørende etter bestemmelsen er hvorvidt mor- og datterselskapet kan anses å utgjøre en og samme «enhet», og derfor ett enkelt *foretak*. Definisjonen er forutsatt «i overensstemmelse med foretaksbegrepet etter EU/EØS-konkurranseretten.»<sup>6</sup> Foretak skal forstås tilsvarende

---

<sup>3</sup> Konkurranseloven § 29 første ledd.

<sup>4</sup> Østerud, Eirik, *Materielle kontrollervurderinger i konkurranseretten*, første utgave (Oslo 2016) s. 215.

<sup>5</sup> Konkurranseloven § 29 andre ledd.

<sup>6</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 221

som i EU- og EØS-retten.<sup>7</sup> Imidlertid gir ikke EØS-avtalen en definisjon av *foretak*.<sup>8 9</sup> Heller ikke i Traktatene eller EU-sekundærlovgivningen<sup>10</sup> er foretaksbegrepet definert.<sup>11</sup> Det er derfor overlatt til EU-domstolen å klargjøre dens innhold, og avklaringen må søkes i dennes praksis.<sup>12</sup>

Under den såkalte doktrinen om en enkelt økonomisk enhet, har EU-domstolen gitt føringer for hvordan konserngrupper skal vurderes i forhold til definisjonen av «*undertaking*»<sup>13</sup> under TEUV.<sup>14</sup> Spørsmålet om når virksomhetene i et konsern kan anses for å utgjøre en slik samlet økonomisk enhet, er en av de mest omdiskuterte problemstillingene innen europeisk konkurranserett.<sup>15</sup>

Etter doktrinen vil konsernets virksomheter kunne anses for del av samme *foretak*, når morselskapet utøver bestemmende kontroll eller innflytelse over de datterselskap som inngår i konserngruppen.<sup>16</sup> Det er et sentralt spørsmål for denne avhandlingen når morselskapet kan sies å utøve slik bestemmende kontroll. Avklaring av denne problemstillingen beror i det vesentlige på en analyse av en langvarig, men uklar og sprikende, praksis fra EU-domstolen.

Det foregående angir at oppgaven reiser hovedsakelig to sentrale problemstillinger. For det første skal det gis avklaring for hvilke konsekvenser det medfører for anvendelsen av konkurranselovgivningen at virksomhetene inngår i et konsern som er å anse som del av samme *foretak*. Det er denne tematikken som behandles i kapittel 2-3. Den neste sentrale problemstillingen er deretter når konsernets virksomheter, har en slik tilknytning til hverandre at det er å anse som del av samme *foretak*. Problemstillingen behandles under kapittel 4.

---

<sup>7</sup> Olav Kolstad m.fl., *Norsk konkurranserett - Bind I Atferds og strukturkontroll ved Olav Kolstad og Anders Ryssdal*, første utgave (Oslo 2006), s. 173.

<sup>8</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 221.

<sup>9</sup> EØS-avtalens protokoll 22 artikkel 1 definerer imidlertid et foretak som «*enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art*».

<sup>10</sup> Forordninger, direktiver og avgjørelser utgjør sekundærlovgivning. Se Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-retten*, tredje utgave (Oslo 2011), side 50-53.

<sup>11</sup> Kolstad mfl. s. 173 og Sejersted mfl. s. 483-484.

<sup>12</sup> Richard Whish og David Bailey, *Competition law, Eighth edition*, side 85.

<sup>13</sup> «Undertaking» i Artikkel 101, overensstemmer foretakskriteriet i konkurranseloven, se Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 221.

<sup>14</sup> Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV).

<sup>15</sup> Pauer, Nada Ina, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, International Competition Law Series 57 (2014), s. 19. Se også Generaladvokat Lenz' mening inngitt i C-73/95 P, *Viho*, s. 13, hvor praksisen vedrørende doktrinen betegnes som et «*inconsistent picture*».

<sup>16</sup> Se punkt 4.

## 1.2 Metode

Fremstillingen søker å avklare innholdet av gjeldende rett, slik den kan utledes etter alminnelig juridisk metode. Oppgaven gir imidlertid ingen rom for vidtrekkende drøftelser av grunnleggende metodiske prinsipper. I det følgende vil det kort gjøres rede for metodiske spørsmål som er av spesiell relevans for oppgavens tema.

Rettskildematerialet fra den norske internretten tilknyttet oppgavens tema, er svært begrenset. Lovteksten i konkurranseloven gir bare begrenset veiledning til løsningen av de problemstillinger som oppgaven reiser. Lovforarbeidene behandler i enkelte tilfeller forholdet mellom konkurranseloven og EU/EØS-retten, og er i denne sammenheng av betydning.<sup>17</sup> Konkurranselovens forarbeider er for øvrig knappe vedrørende temaet. Morselskapsansvar er heller ikke behandlet for Høyesterett, og tematikken er bare behandlet i et fåtall saker fra underrettene i det norske domstolssystemet. Fra Konkurransetilsynets praksis finnes det kun enkelte beslutninger som belyser avhandlingens temaer. Avklaringen av oppgavens problemstillinger må derfor søkes i rettskildematerialet for øvrig. Den bakenforliggende EU/EØS-retten er av særskilt betydning for oppgaven.

Konkurranseloven er i det vesentlige harmonisert med EU-/EØS konkurranseretten.<sup>18</sup> Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid inntatt i konkurranseloven § 10, svarer fullt ut med EØS-avtalen<sup>19</sup> artikkel 53. Sistnevnte bestemmelse tilsvarer i sin helhet TEUV artikkel 101. At konkurranseloven forutsettes å være i overensstemmelse EU/EØS-retten, innebærer at deres rettskilder er tungtveiende ved tolkningen av konkurranselovens bestemmelser.<sup>20</sup> Harmoniseringen av konkurranseretten medfører imidlertid ikke at konkurranseloven automatisk gis et fullstendig samsvarende innhold med EU/EØS-retten. Motsetninger vil kunne oppstå på grunnlag av ulikheter ved reglenes formål, virkeområde og rettskildesituasjonen for øvrig.<sup>21</sup>

EU-/EØS rettskildene er av stor betydning for oppgaven. Særlig sentralt for fremstillingen står analyse av domstolspraksis fra EU-domstolen. Denne EU-institusjonen er tillagt det

---

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), NOU 2003:12 og NOU 2012:7.

<sup>18</sup> Ot.prp nr 6 (2003-2004) s. 62, NOU 2003:12 s. 30 og NOU 2012:7 s. 21.

<sup>19</sup> Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføringen i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224.

<sup>21</sup> *Ibid.*, s. 225.

primære ansvaret for å tolke og utvikle EU-retten gjennom sin praksis.<sup>22</sup> At EU-domstolens rettspraksis er tungtveiende ved tolkningen av konkurranseloven er også lagt til grunn av Høyesterett i *Follosaken*.<sup>23</sup>

EU-kommisjonen har det primære ansvaret for håndheving av konkurranseretten, og er pålagt kompetanse til å treffe enkeltvedtak og overtredelsesgebyr overfor private rettssubjekt.<sup>24</sup> Innen EU-retten er avgjørelser fra EU-kommisjonen en relevant kilde for tolkning av Traktatene.<sup>25</sup> Kommisjonens rettskildemessige relevans er begrunnet i kommisjonens særlige fagkyndighet og kompetanse på konkurranserettens område.<sup>26</sup>

### 1.3 Forholdet til øvrige legaldefinisjoner

Økonomiske virksomheter er gitt en rekke ulike betegnelser i norsk lovgivning for øvrig. Spørsmålet er i hvilken utstrekning slike legaldefinisjoner påvirker tolkningen av konkurranselovens foretaksbegrep. I det følgende avklares forholdet mellom konkurranselovgivningens foretaksdefinisjon og begrepsbruken i norsk lovgivning for øvrig.

Et *selskap* er innen selskapsretten definert som hvor «*økonomisk virksomhet utøves for to eller flere deltakers felles regning og risiko, og minst en av deltakerne har et ubegrenset, personlig ansvar for virksomhetens samlede forpliktelser.*»<sup>27</sup> I straffelovgivningen er foretak definert som «*selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet.*»<sup>28</sup>

Hensynet til koherens i rettssystemet tilsier at konkurranselovens definisjon av *foretak* bør tolkes i overensstemmelse med tilsvarende og tilgrensende begrepsbruk i lovgivningen for øvrig. Også hensynet til forutberegnelighet kan tas til inntekt for at definisjonene bør tolkes likt. Gode grunner taler derfor for at konkurranselovens definisjon av *foretak*, forstås i overensstemmelse med de ulike definisjonene av økonomiske virksomheter i lovgivningen for øvrig.

---

<sup>22</sup> TEU artikkel 19 og TEUV artikkel 251-281.

<sup>23</sup> HR-2017-1229-A, avsnitt 35.

<sup>24</sup> Sejersted mfl. s. 131.

<sup>25</sup> Sejersted mfl. s. 239.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Lov 21. juni 1985 nr. 8 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) § 1-2 (1) bokstav a jf. § 1-1 (1).

<sup>28</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 27 andre ledd.

Begrepet *foretak* etter kl. § 10 jf. § 2 er autonomt.<sup>29</sup> Hvordan sammenfallende eller tilgrensende begrep forstås i lovgivningen for øvrig, er derfor i utgangspunktet ikke av betydningen for tolkningen av *foretak* i konkurranseloven. Foretaksbegrepet er et «konkurranserettslig begrep som må defineres i forhold til konkurranseloven og de formålen skal ivareta».<sup>30</sup>

At foretaksbegrepet forstås autonomt er dessuten en nødvendig konsekvens av at begrepet skal tolkes i overensstemmelse med EU-rettsens forståelse av det sammenfallende begrepet *undertaking*. Dersom nasjonale klassifikasjoner eller legaldefinisjoner av virksomheten skulle være av avgjørende betydning, ville det medføre at medlemsstatene selv kunne avgjøre EU-rettsens innhold ved bruk av internrettslige definisjoner. Tolkning og utvikling av EU-retten er en oppgave som primært tilfaller EU-domstolen, og som derfor er medlemsstatene uvedkommende.<sup>31</sup>

Uansett har EU-domstolen lagt til grunn en funksjonell forståelse av foretakskriteriet.<sup>32</sup> At begrepet tolkes funksjonelt, medfører at klassifikasjoner i nasjonallovgivning er uten relevans for tolkningen av konkurranserettsens foretaksbegrep. Avgjørende er hvilke faktiske funksjoner og aktivitet vedkommende virksomhet utøver.<sup>33</sup>

## 1.4 Videre fremdrift

Den videre fremstillingen er strukturert i tre hoveddeler. I avhandlingens *første hoveddel* vil det gis en nærmere avklaring av når konkurranselovens § 10 gis materiell anvendelse på konkurransebegrensende avtaler og samordning internt i konserngruppen. Under den *andre hoveddelen* behandles ileggelse av overtredelsesgebyr ovenfor konsern. Denne fremstillingen skal avklare når og i hvilken utstrekning et morselskap kan identifiseres som ansvarssubjekt for ett av sine datterselskaps overtredelser og hvordan det påvirker fastsettelsen av gebyrets størrelse at virksomhetene inngår i et konsern.

Fremstillingen vil belyse at det avgjørende for disse spørsmålene er i hvilken utstrekning mor- og datterselskapene i konsernet kan anses å utgjøre ett og samme *foretak*. Under den *tredje*

---

<sup>29</sup> C-170/83, *Hydrotherm*, premiss 11.

<sup>30</sup> Kolstad mfl. s. 172.

<sup>31</sup> C-6/64, *Costa v E.N.E.L.*, s. 593-594.

<sup>32</sup> C-41/90, *Höfner and Elser v Macrotron*, premiss 21.

<sup>33</sup> *Ibid.*



*hoveddel* vil det derfor gis en avklaring av når en virksomhet er å anse å utgjøre et *foretak* etter legaldefinisjonen i kl. § 2. Denne delen av fremstillingen vil fokusere på hvordan konsern, hvis virksomheter i utgangspunktet er uavhengig rettssubjekt, skal vurderes i relasjon til konkurranselovens foretaksbegrep etter EU-domstolens doktrine om en enkelt økonomisk enhet. Behandlingen bygger på at foretaksbegrepet som et klart utgangspunkt skal forstås likt både ovenfor forbudet i § 10 og under reglene om ansvar for overtredelsesgebyr.<sup>34</sup>

En rekke avgrensninger må trekkes. Fremstillingen tar hovedsakelig sikte på å avklare morselskapets ansvar for overtredelser av konkurranselovens § 10, og særlig om foretaksdefinisjonens betydning for ansvaret. De øvrige vilkårene i § 10 vil ikke behandles her. Et løpende forbehold er derimot at de vilkårene er oppfylt, da det er en nødvendig forutsetning for at ansvar for et morselskap skal kunne inntre.

Hva som utgjør et *foretak* er en relevant problemstilling også i relasjon til konkurranselovens øvrige forbud. Hvor de ulike virksomhetene i en konsernkonstellasjon inngår i del av samme foretak, vil misbrukende atferd fra *foretakets* side samlet kunne utgjøre en overtredelse av konkurranseforbudet i § 11. Også konkurranselovens kontroll med sammenslutninger etter § 16 retter seg mot sammenslutninger av *foretak* som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Denne tematikken vil ikke behandles ytterligere direkte i relasjon til disse bestemmelsene. Forståelsen av foretaksbegrepet er som nevnt i det vesentlige tilsvarende ovenfor alle av konkurranselovens bestemmelser.<sup>35</sup> Rettskilder tilknyttet forståelsen av foretaksdefinisjonen under §§ 11 og 16, vil derfor kunne være av betydning ovenfor §§ 10 og 29.

---

<sup>34</sup> Se punkt 4.1.1.

<sup>35</sup> Se punkt 4.1.1.

## 2 Foretakets betydning for konserninternt konkurransebegrensende samarbeid

### 2.1 Konsernprivilegiet under kl. § 10

I den videre fremstillingen er det sentrale spørsmålet hvordan det påvirker anvendelsen av konkurranserettens regler at en virksomhet inngår som del av et konsern. I det følgende skal det gjøres rede for konsernets betydning i relasjon til konkurranseforbudet inntatt i kl. § 10.

Forbudet gjelder etter bestemmelsens ordlyd bare samarbeid inngått «*mellom foretak*». <sup>36</sup> Formuleringen angir at et samarbeid inngått mellom et mor- og datterselskap, som har konkurransebegrensende effekt eller formål, er forbudt i den utstrekning virksomhetene er å anse som selvstendige foretak i bestemmelsens forstand. <sup>37</sup> Bare hvor konsernvirksomhetene er uavhengige fra hverandre, er avtalen inngått «*mellom [selvstendige] foretak*». <sup>38</sup> Hvor virksomhetene har slik selvstendighet, tilsier ordlyden at samarbeidet rammes av § 10.

Motsetningsvis gis ikke bestemmelsen anvendelse på gruppeinterne konkurransebegrensende avtaler tatt mellom mor- og datterselskap, hvor virksomhetene ikke er å anse som selvstendige foretak. Samarbeidet er i et slikt tilfelle ikke inngått «*mellom foretak*». I så måte er det springende punkt om virksomhetene som inngår i konserngruppen, kan anses for å utgjøre ett enkelt foretak eller om de i forhold til bestemmelsen skal vurderes som flere uavhengige foretak. Konsernprivilegiet er en egnet betegnelse på den situasjon at et ellers forbudt konkurransebegrensende samarbeid, anses å falle utenfor anvendelsesområdet til § 10, når de overtredende virksomheter er del av det samme *foretak*. <sup>39</sup> Rettstilstanden på dette punktet bygger på langvarig praksis for EU-domstolen.

EU-domstolen fastslo allerede i 1971, i avgjørelsen i *Béguelin*<sup>40</sup>, at samarbeid mellom foretak tilhørende samme konserngruppe ikke rammes av artikkel 101. Domstolen fant at en eksklusivitetsavtale inngått mellom et mor- og datterselskap ikke innebar en reell

---

<sup>36</sup> Konkurranseloven § 10.

<sup>37</sup> Se Kolstad, Olav, *Kommentar til konkurranseloven*, Norsk lovkommentar (Rettsdata, sist hovedrevidert 2014) note 62, som angir at «en avtale må være inngått mellom kommersielt selvstendige foretak for at den skal rammes av § 10».

<sup>38</sup> NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 21.

<sup>39</sup> Pauer s. 6.

<sup>40</sup> C-22/71, *Béguelin Import v G.L. Import/Export*.

konkurransbegrensning. Avgjørende var at «*the concession granted under that agreement is in part transferred from the parent company to a subsidiary which, although having separate legal personality, enjoys no economic independence.*»<sup>41</sup> Domstolen ga imidlertid ingen nærmere generelle retningslinjer for vurderingen av når et datterselskap mangler slik økonomisk uavhengighet i relasjon til sitt morselskap. Styrende for domstolens avgjørelse fremstår imidlertid å ha vært at datterselskapet var heleid av morselskapet.<sup>42</sup>

Spørsmålet var igjen reist i det etterfølgende *Centrafarm*-sakskomplekset<sup>43</sup>. EU-domstolen uttalte at samarbeid mellom foretak tilhørende samme konsern faller utenfor det materielle virkeområdet til artikkel 101. Det sentrale vurderingstemaet er hvorvidt mor- og datterselskapet utgjør en «*economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market*». <sup>44</sup> Ytterligere stilte domstolen som vilkår at vedkommende samarbeid utelukkende gjaldt «*internal allocation of tasks as between the undertakings.*»<sup>45</sup>

I likhet med *Béguelin*, fant EU-domstolen i *Centrafarm* at artikkel 101 ikke gis anvendelse på konserninternt samarbeid hvor mor- og datterselskapet utgjør *en enkelt økonomisk enhet*. Problemstillingen om når konsernvirksomhetene kan anses for å utgjøre en enkelt økonomisk enhet, behandles under punkt 4.

Problemstillingen her er hvilke former for konsernsamarbeid som unndras virkeområdet til art. 101. Avgjørelsen i *Centrafarm* gir uttrykk for at bare gruppeinternt *samarbeid om fordelinger av funksjoner innad i konserngruppen* faller utenfor virkeområdet til forbudet. Andre former for konserninternt konkurransebegrensende samarbeid vil etter avgjørelsen kunne rammes av bestemmelsen.

Vilkåret om at artikkelen bare er uanvendelig for avtaler som gjelder fordeling av konserninterne funksjoner er imidlertid fraveket i *Viho*-sakskomplekset<sup>46</sup>. Morselskapet *Parker Pen* hadde etablert et internt distribusjonssystem for bruk av konsernets heleide datterselskap. Selskapet *Viho* hevdet distribusjonssystemet var uforenlig med artikkel 101, da

---

<sup>41</sup> *Ibid*, premiss 8.

<sup>42</sup> Generaladvokat Dutheillet de Lamothe mening i C-22/71, *Béguelin Import v G.L. Import/Export*, s. 964.

<sup>43</sup> C-15/74, *Centrafarm BV and Others v Sterling Drug (Centrafarm I)*.

<sup>44</sup> *Ibid* premiss 41.

<sup>45</sup> *Ibid* premiss 41.

<sup>46</sup> Førsteinstansdomstolens behandling i T-102/92, *Viho v Commission* og EU-domstolens ankebehandling i C-73/95 P, *Viho v Commission*.

virksomheten ikke fikk tilgang til *Parker Pens* produkter på tilsvarende vilkår som *Parker Pens* datterselskap. I tråd med den tidligere siterte praksis, fant EU-domstolen at art. 101 ikke var anvendelig på konsernets samarbeid: «*Parker and its subsidiaries [...] form a single economic unit within which the subsidiaries do not enjoy real autonomy in determining their course of action in the market [...]*». <sup>47</sup>

Førsteinstansdomstolen hadde under sin behandling av saken, uttrykkelig avvist Kommisjonens standpunkt om at det bare er avtaler om intern allokering av funksjoner i konsernet som faller utenfor artikkel 101s virkeområde. <sup>48</sup> Synspunktet er opprettholdt i EU-domstolens ankebehandling. <sup>49</sup> Det andre vilkåret i *Centrafarm* kan derfor ikke opprettholdes etter avgjørelsen i *Viho*. Rettstilstanden må forstås slik at ethvert konserninternt samarbeid faller utenfor det materielle anvendelsesområdet til artikkel 101, og § 10, når konsernvirksomhetene anses for del av samme *foretak*. Konsernet er på denne måten tilkjennegitt et bredt privilegium, ved at ellers forbudte konkurransbegrensende avtaler tillates når de er inngått internt i konsernet.

Behandlingen ovenfor viser hvordan det sentrale spørsmålet er hvorvidt konsernets virksomheter utgjør en og samme økonomiske enhet, og derfor samme foretak etter domstolens doktrine om en enkelt økonomiske enhet. Foretaksdefinisjonen er på denne måten styrende for når et konserninternt samarbeid omfattes av de materielle reglene i konkurranselovens § 10.

## 2.2 Legislativ begrunnelse

Problemstillingen som behandles i det følgende er hvordan det legislativt kan begrunnes at et konkurransbegrensende samarbeid inngått mellom virksomhetene i et konsern, ikke rammes av konkurranseforbudet i § 10.

Ifølge formålsbestemmelsen inntatt i § 1, er konkurranselovens primære siktemål å fremme konkurranse, for slik å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser. <sup>50</sup> Lovens formål skal på denne måten bidra til å beskytte mot konkurransbegrensende adferd fra markedets aktører. I

---

<sup>47</sup> C-73/95 P, *Viho v Commission*, premiss 16.

<sup>48</sup> T-102/92, *Viho v Commission*, premiss 54.

<sup>49</sup> C-73/95 P, *Viho v Commission*, premiss 18.

<sup>50</sup> Konkurranseloven § 1 andre ledd fremhever forøvrig at det skal tas «*særlig hensyn til forbrukernes interesser*». Hensynet ikke er særlig relevant ovenfor morselskapets ansvar, og behandles ikke ytterligere her.

så måte kan forbudet mot konkurransebegrensende avtaler eller samordning sies å sikre en fri konkurranseprosess. Lovformålet gjenspeiles i at forbudet i § 10 bare rammer avtaler eller samordning «*som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*».<sup>51</sup>

Den ovenfor siterte avgjørelsen i *Béguelin* bygger som nevnt på at konserninternt samarbeid i overhodet ikke medfører noen konkurransebegrensende effekt.<sup>52</sup> Dette er det dominerende synspunkt også i rettslitteraturen. Morselskapet har «*i kraft av sin eierinnflytelse har [...] en styringsrett over datterselskapet, og datterselskapets organer er pliktige å rette seg etter instruksjoner fra morselskapet*».<sup>53</sup> En eventuell konkurranse innad i konserngruppen eksisterer bare i den utstrekning morselskapet tillater det.<sup>54</sup> Det foreligger da ingen «*egentlig privatautonomi*» mellom mor- og datterselskapet.<sup>55</sup> En gruppeintern avtale kan derfor ikke, i konkurranselovens terminologi, «*hindre innskrenke eller vri*» noen foreliggende eller potensiell konkurranse mellom de to foretakene».<sup>56</sup> Dersom et konsernsamarbeid ikke kan påføre begrensninger i markedskonkurransen, tilsier lovformålet at samarbeidet ikke rammes av § 10.

I *Viho* påpeker domstolen at konkurransebegrensende konserninterne avtaler kan påvirke konkurransen også utenfor konsernet, selv hvor samarbeidet bare gjelder intern allokering av funksjoner.<sup>57</sup> I den sammenhengen fremstår det betenkelig at domstolen ikke lar konkurranseforbudet ramme også slike konkurransebegrensninger, når forbudet skal forhindre adferd som har til formål eller effekt å vri, hindre eller innskrenke konkurransen i markedet. Domstolens begrunnelse for å likevel ikke gi artikkel 101 anvendelse på slike konsernavtaler, fremstår å ha vært at adferden uansett vil kunne rammes av forbudet mot misbruk av dominerende markedsposisjon etter artikkel 102.<sup>58</sup> Artikkel 102 og det sammenfallende forbudet under kl. § 11 vil derfor avhjelpe eventuelle konkurransebegrensninger konsernavtalen medfører. Det er således ikke et påtrengende behov for å ramme samarbeidet også under artikkel 101 og § 10.

---

<sup>51</sup> Konkurranselovens § 10 første ledd.

<sup>52</sup> C-22/71, *Béguelin Import v G.L. Import/Export*, premiss 7-8.

<sup>53</sup> Sejersted m.fl. s. 496.

<sup>54</sup> *Ibid.* s. 496. Se ytterligere Okeoghene Odudu og David Bailey, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, Common Market Law Review, Issue 6 (2014), s. 1730.

<sup>55</sup> Kolstad m.fl. s. 251.

<sup>56</sup> Sejersted m.fl. s. 496-497

<sup>57</sup> C-73/95 P, *Viho v Commission*, premiss 17.

<sup>58</sup> *Ibid.*, premiss 17.

Under reglene om identifikasjon av ansvarssubjekt kan et morselskap undertiden holdes ansvarlig for overtredelser begått av et datterselskap, selv hvor morselskapet ikke har tatt aktivt del i overtredelsen.<sup>59</sup> Motstykket til konsernprivilegiet er i så måte et utvidet ansvar for morselskapet ovenfor deres kontrollerte dattervirksomheter. En slik symmetri fremstår rimelig. Morselskapet må tåle et generelt utvidet ansvar for konsernets adferd, samtidig som det nyter godt av at dets interne samarbeid ikke rammes av § 10.

---

<sup>59</sup> Se punkt 3.1.

# 3 Foretakets betydning for morselskapets ansvar ved ileggelse av overtredelsesgebyr

## 3.1 Identifikasjon av morselskapet som ansvarssubjekt

I det foregående har vi sett hvordan den primære følgen i relasjon til konkurranselovens § 10 er at bestemmelsen ikke gis anvendelse på gruppeinterne konkurransebegrensende avtaler hvor virksomhetene er å anse som samme *foretak*.<sup>60</sup> Problemstillingen i det følgende er hvilken betydning det medfører for morselskapets ansvar under reglene om ileggelse av overtredelsesgebyr, at et av konsernets virksomheter har tatt del i en overtredelse. Fremstillingen skal vise at et morselskap kan identifiseres med et av sine datterselskap som ansvarssubjekt for en overtredelse morselskapet ikke selv har tatt aktivt del i, når mor- og dattervirksomheten anses for samme *foretak*.

Answarets grunnlag bygger på konkurranselovens § 29 litra a om ileggelse av overtredelsesgebyr. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*«Et foretak eller en sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt*

*a) overtrer §§ 10 [...].»<sup>61</sup>*

Hjemmelen for ileggelse av overtredelsesgebyr retter seg på denne måten mot *foretak*. Hvor morselskapet er å anse som samme *foretak* som et overtredende datterselskap, tilsier en naturlig forståelse av ordlyden at også morselskapet kan holdes ansvarlig for eventuelle overtredelser av § 10. Hvilke av konsernets virksomheter som inngår i som del av samme økonomiske enhet og derfor samme *foretak*, er derfor av avgjørende betydning for identifiseringen av ansvarssubjektet under reglene om ileggelse av overtredelsesgebyr.

Rettstilstanden bygger og her på omfattende praksis for EU-domstolen. I *Akzo* har EU-domstolen presist sammenfattet rettstilstanden på følgende måte:

---

<sup>60</sup> Se punkt 2.1.

<sup>61</sup> Konkurranseloven § 29.

*«It is clear from settled case-law that the conduct of a subsidiary may be imputed to the parent company in particular where, although having a separate legal personality, that subsidiary does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company [...]*

*That is the case because, in such a situation, the parent company and its subsidiary form a single economic unit and therefore form a single undertaking [...]*».<sup>62</sup>

Det siterte angir at et kontrollerende morselskap vil kunne hefte for et datterselskaps overtredelser, hvor virksomheten har inngått et *gruppeeksternt samarbeid* med en tredje virksomhet.<sup>63</sup> Ansvar er i slike tilfeller betinget av at morselskapet er å anse som det samme *foretak* som det datterselskapet som aktivt har tatt del i samarbeidet. Morselskapets ansvar for slike overtredelser er derfor betinget av en identifikasjon av hvilke av konsernets virksomheter som inngår i *foretaket*.<sup>64</sup>

Et morselskap vil i enkelte tilfeller også kunne identifiseres som ansvarssubjekt for *gruppeinterne overtredelser*. Det kan tenkes at et heleid datterselskap har samarbeidet med en tredje virksomhet, men hvor morselskapet bare har en minoritetsposisjon som ikke gir grunnlag for kontrollutøvelse i den tredje virksomheten. Morselskapet vil da bare kunne anses for del av samme *foretak* som den heleide dattervirksomheten.<sup>65</sup> Slik sett kan det tenkes situasjoner hvor morselskapet kan stilles til ansvar også for et konserninternt samarbeid, da det er å anse som samme enhet som en av, men ikke samtlige, av dattervirksomhetene.

Innen norsk intern konkurranserett finnes det enkelte tilfeller hvor morselskapet er holdt ansvarlig for overtredelser et datterselskap har tatt del i. I et større sakskompleks<sup>66</sup> fant Borgarting lagmannsrett at morselskapet NCC Roads AB, kunne holdes ansvarlig etter kl. § 29 for datterselskapet NCC Roads AS' direkte deltakelse i en overtredelse av kl. § 10. Lagmannsretten viser til at foretaksbegrepet anvendes overensstemmende med EU/EØS-

---

<sup>62</sup> C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, premiss 58-59, og C-90/09 P, *General Química and Others v Commission*, premiss 38.

<sup>63</sup> Kolstad, *Kommentar til konkurranseloven*, note 62.

<sup>64</sup> Grensedragningen behandles som nevnt under punkt 4.

<sup>65</sup> Se punkt 4.5

<sup>66</sup> Se Konkurransetilsynets vedtak i saken V2013-3, *Veidekke ASA / Veidekke Industri AS og NCC AB / NCC Roads AS*, Oslo tingretts dom i TOSLO-2013-76559 og Borgarting lagmannsrett avgjørelse i LB-2014-76039.



retten. Følgelig var NCC Roads AB holdt ansvarlig for adferden til det kontrollerte datterselskapet, i tråd med rettstilstanden lagt til grunn i *Akzo*.<sup>67</sup>

Av det foregående fremgår at et morselskap undertiden kan ansvarligholdes for et av sine datterselskaps konkurransebegrensende samarbeid. Den avgjørende problemstilling i relasjon til identifikasjon av morselskap som ansvarssubjekt under reglene om ileggelse av overtredelsesgebyr, er derfor hvorvidt morselskapet er del av samme *foretak* som den overtredende dattervirksomheten. Den videre fremstillingen tar sikte på å gi en legislativ begrunnelse for å identifisere morselskap som ansvarssubjekt for en overtredelse begått av ett av konsernets virksomheter.

### 3.1.1 Legislativ begrunnelse

Answarets begrunnelse må gis etter konkurranserettens bærende hensyn, som er å sikre en fri konkurranseprosess.<sup>68</sup> Hvor morselskapet selv har tatt del i overtredelsen, for eksempel ved inngåelse av konkurransebegrensende samarbeid med en tredje virksomhet, er begrunnelsen for å holde selskapet ansvarlig klar. Virksomheten har i slike tilfeller nettopp tatt del i den overtredende adferd eller samordning som virker konkurransebegrensende, og som § 10 tar sikte på å forhindre.

Spørsmålet her er hvordan det kan grunnis et generelt utvidet ansvar for morselskap. Slik at morselskapet holdes ansvarlig for et datterselskaps overtredelse, også når morselskapet ikke har tatt aktivt del i overtredelsen.

Konkurranselovens § 10 forbud rammer bare konkurransebegrensende avtaler inngått «mellom foretak». Ordlyden tilsier at ansvaret rettes bare mot de selskap som aktivt har tatt del i det overtredende samarbeid. Å også la det kontrollerende morselskap holdes ansvarlig for en overtredelse begått av ett av sine dattervirksomheter, men som morselskapet ikke selv har tatt aktivt del i som en overtredende part, krever derfor etter min vurdering særskilt begrunnelse.

Gode grunner taler for å holde morselskapet ansvarlig når en overtredelse er begått av en av konsernets virksomheter. I *Akzo*<sup>69</sup> begrunnes ansvarsutvidelsen i at «[w]hen such an economic

---

<sup>67</sup> Se avgjørelsens punkt III flg.

<sup>68</sup> Se punkt 2.2.

<sup>69</sup> C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*.

*entity infringes the competition rules, it falls, according to the principle of personal responsibility, to that entity to answer for that infringement».*<sup>70</sup> Hvor morselskapet utøver bestemmende kontroll eller innflytelse over ett av sine datterselskap, fremstår det rimelig at også morselskapet holdes ansvarlig for de overtredelser som datterselskapet har tatt del i henhold til prinsippet. Datterselskapet har ikke reelt sett beslutningsmyndighet eller tilstrekkelig uavhengighet til å avgjøre egen adferd på markedet, når virksomheten er underlagt morselskapets kontroll. Forutsetningsvis har morselskapet, hvor det utøver en bestemmende kontroll, i det minste mulighet til å avverge den konkurransebegrensende adferd. I enkelte tilfeller kan det tenkes at morselskapet selv har pålagt, bifalt eller aktivt oppfordret til datterselskapets deltakelse i det konkurransebegrensende samarbeidet. Tilstrekkelig effektiv ivaretagelse av hensynet til fri og effektiv konkurranse påkrever da at også morselskapet holdes ansvarlig. Prinsippet om personliggjøring av ansvaret muliggjør da at ansvaret plasserer på den som hadde mulighet til å avverge at overtredelsen fant sted.<sup>71</sup>

Ved ansvarliggjøring av morselskap for konkurranserettslige overtredelser har EU-domstolen videre vektlagt hensynet til prevensjon.<sup>72</sup> Formodentlig gis en viss allmenn- og individualpreventiv virkning om den øverste enheten i konsernhierarkiet ilegges ansvar for overtredelsen. Morselskapet – og dets kontrollerende ledere – gis en klar oppfordring til å motarbeide konkurransebegrensende adferd innad i konserngruppen dersom også dette selskapet kan holdes ansvarlig for overtredelsen konserngruppen forårsaket.<sup>73</sup>

Omgåelseshensyn taler også for et utvidet ansvar for morselskap i relasjon til konkurranselovgivningen. Morselskap bør ikke kunne unngå konkurranseforbudene ved å instruere et datterselskap til å inngå i et konkurransebegrensende samarbeid, som det ellers selv kunne tatt del i. Like fullt bør ikke morselskapet kunne unndra seg ansvaret ved å restrukturere, avhende eller fullstendig avvikle det overtredende datterselskapet. Det ville vært mulig dersom bare den aktivt overtredende aktør kunne holdes ansvarlig.<sup>74</sup> I et slikt tilfelle oppnås ikke det grunnleggende formål om en fri konkurranseprosess, som konkurranseloven tar sikte på å ivareta.

---

<sup>70</sup> *Ibid*, premiss 56. Se også C-279/98 P, *Cascades v Commission*, premiss 78 og C-280/06, *ETI and Others*, premiss 39.

<sup>71</sup> Østerud s. 221.

<sup>72</sup> Se for eksempel C-413/08 P, *Lafarge v Commission*, premiss 104.

<sup>73</sup> Østerud, s. 221.

<sup>74</sup> Betydningen av restrukturering for foretakets grenser behandles under punkt 4.6.

Ansvarsutvidelsen fremstår ytterligere velbegrunnet tatt i betraktning konkurranserettens system. På den ene siden tilkjennegis konsernet et privilegium ved at et ellers forbudt konkurransebegrensende samarbeid etter kl. § 10 tillattes når samarbeidet er konserninternt.<sup>75</sup> Motstykket er at morselskapet, som konsernets prinsipal, må tåle at det kan holdes ansvarlig for overtredelser begått av konsernet som en samlet økonomisk enhet etter § 29. Konsekvensene av at konsernet inngår i et enkelt foretak er i så måte tosidet.

## 3.2 Utmåling av overtredelsesgebyrets størrelse for konsernovertredelser

I det foregående er det avklart at ansvar for en overtredelse kan plasseres også på et morselskap, hvor virksomhetene inngår i samme *foretak*. I den videre fremstillingen skal det vises at hvordan det påvirker utmålingen av overtredelsesgebyret størrelse, at morselskapet inngår i samme *foretak* som en overtredende dattervirksomhet.

Reglene for fastsettelse av overtredelsesgebyrets størrelse er gitt i konkurranselovens § 29 andre ledd, og har følgende utforming:

*«Konkurransetilsynet vedtar overtredelsesgebyr. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 30 og § 31.»<sup>76</sup>*

Reglene om utmåling av overtredelsesgebyr er harmonisert med den bakenforliggende EU-/EØS-retten.<sup>77</sup> Artikkel 23 i EU-regulering 1/2003<sup>78</sup> tillegger Kommisjonen kompetanse til å ilegge *foretak* bøter for overtredelser av Artikkel 101. Innen den europeiske konkurranseretten er EU-kommisjonen tillagt en bred skjønnsmargin ved utmålingen av overtredelsesgebyr.<sup>79</sup> Den omfattende metoden for bøtefastsettelsen er sammenfattet i EU-Kommisjonens retningslinjer for utmåling av overtredelsesgebyr.<sup>80</sup> I forskrift om utmåling og lempning av

---

<sup>75</sup> Se punkt 2.

<sup>76</sup> Konkurranseloven § 29.

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 241.

<sup>78</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, artikkel 23 første ledd.

<sup>79</sup> C-289/04 P, *Showa Denko*, premiss 36. Se forøvrig Whish, Richard og Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, (2015) s. 292.

<sup>80</sup> Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No. 1/2003 1.9.2006 (2006/C 210/02). Heretter Retningslinjene.

overtredelsesgebyr er det gitt en sammenfallende veiledning for Konkurransetilsynets utmåling av gebyr.<sup>81</sup>

Ifølge Retningslinjene, utmåles først en «*basic fine*» (et grunnbeløp), basert på «*a proportion of the value of sales, depending on the degree of gravity of the infringement, multiplied by the number of years of infringement.*»<sup>82</sup> Grunnbeløpet fastsettes skjønnsmessig på bakgrunn av overtredelsens karakter, men som et generelt utgangspunkt vil boten fastsettes helt opptil 30% av foretakets omsetning.<sup>83</sup> Konkurransetilsynet utmåler gebyret etter en sammenfallende metode etter Forskriftens § 3 tredje ledd.

Den videre fremstillingen ville strekke for langt om det skulle gis en fulldekkende avklaring av ethvert utmålingsprinsipp innen norsk og EU/EØS-konkurranseretten. I det videre fokuseres det på betydningen av konsernets omsetning og residivisme ved utmålingen.<sup>84</sup> Disse utmålingsprinsippene er av særlig relevans ved utmålingen av gebyr for overtredelser begått av en konserngruppe, ettersom dette er forhold som gir mulighet for å ta i betraktning konsernet som en samlet økonomisk enhet.<sup>85</sup>

### 3.2.1 Betydningen av konsernets omsetning

Etter Forskriftens § 3 tredje ledd skal Konkurransetilsynet ved utmålingen ta utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området. Ved utmålingen skal det derfor tas utgangspunkt i den overtredende enhets omsetning.

Etter kl. § 29 andre ledd skal det «*særlig legges vekt på foretakets omsetning [...]*».<sup>86</sup> Ordlyden angir at omsetningen til enhver av konsernets virksomheter som inngår i det samlede *foretak*, er et tungtveiende moment ved fastsettelsen av gebyrets størrelse.<sup>87</sup> I Forskriftens § 3 sjette ledd bokstav e, er det presisert at Konkurransetilsynet kan vektlegge «*økonomien til det konsernet foretaket er en del av*». Hvor morselskapet er å anse som del av

---

<sup>81</sup> Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. Heretter Forskriften.

<sup>82</sup> Se nærmere Retningslinjene avsnitt 13-26.

<sup>83</sup> *Ibid*, avsnitt 21.

<sup>84</sup> Se henholdsvis punkt 3.2.1 og 3.2.2.

<sup>85</sup> Østerud s. 261

<sup>86</sup> Konkurranseloven § 29 andre ledd.

<sup>87</sup> Østerud s. 268.

samme *foretak* som flere av dets dattervirksomheter, vil utmålingsmomentet på denne måten kunne medføre en svært høy bøteleggelse.

Ifølge Retningslinjene kan Kommisjonen skjerpe utmålingen overfor *foretak* som har en «*particularly large turnover beyond the sales of goods or services to which the infringement relates*». <sup>88</sup> Dette skal ivareta hensynet til botens avskrekkende og preventive virkning. <sup>89</sup> Hvor konsernet har en vesentlig totalomsetning, vil det virke inn som en ytterligere skjerpende omstendighet ved utmålingen. Også på denne bakgrunn kan den utmålte boten bli betydelig. Særlig ettersom det er foretakets globale totalomsetning, og ikke bare omsetningen tilknyttet overtredelsen, som skal tas i betraktning. <sup>90</sup>

Spørsmålet her blir når konsernets omsetning er av en slik *vesentlig størrelse* at skjerping av boten er nødvendig for å sikre sanksjonens preventive effekt. Verken retningslinjene eller Forskriften gir veiledning. I EU-domstolens praksis finnes imidlertid eksempler på at det er vektlagt konsernets vesentlige omsetning.

I *Showa Denko* vektla domstolen at det bøtelagte foretaket Showa Denko KK (SDK) hadde en «*enormous*’ *worldwide turnover*». <sup>91</sup> SDK, en produsent av grafitt elektroder, var av Kommisjonen bøtelagt 17,4 millioner Euro for sin deltakelse i kartellet. Bøtefastsettelsen tok utgangspunkt i SDKs globale omsetning på 7508 millioner Euro. SDKs globale omsetning var ansett av en spesielt betydelig størrelse sammenlignet omsetningen til de øvrige overtredende deltakerne i kartellet. <sup>92</sup> VAW, den nest mest omsettende overtrederen etter SDK, hadde på sin side en global omsetning på 3693 millioner Euro. Hvorvidt konsernets omsetning skal vektlegges som betydelig i skjerpende retning, må derfor avgjøres på bakgrunn av sammenligning med omsetningen til de øvrige selskap i markedet.

Fra den norske interne konkurranserett finnes en rekke eksempler på at Konkurransetilsynet har vektlagt både mor- og datterselskaps omsetning ved utmålingen av overtredelsesgebyr. <sup>93</sup> Avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett *NCC Roads* er illustrerende. Lagmannsrettens utmåling bygget på at «*[v]ed fastsettelsen av maksimalgrensen for gebyr er det riktig å anse*

---

<sup>88</sup> Retningslinjene, avsnitt 30.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> C-289/04 P, *Showa Denko v Commission*, premiss 15.

<sup>91</sup> *Ibid.*, premiss 18.

<sup>92</sup> *Ibid.*, premiss 18.

<sup>93</sup> Se blant annet Konkurransetilsynets vedtak i V2013-3, *Veidekke ASA / Veidekke Industri AS og NCC AB / NCC Roads AS*, V2014-3, *Norgesgruppen ASA* og V2008-4, *Borregaard Industries Limited*.

*NCC Roads og NCC AB som ett foretak [...] og det er følgelig NCC ABs totalomsetning som skal legges til grunn. [...] Mer relevant enn som tak for størrelsen på det gebyr som kan ilegges, vil totalomsetningen være ved vurderingen av prevensjon.»*<sup>94</sup> På denne måten la lagmannsretten vekt på morselskapet NCC ABs betydelige totalomsetning. Lagmannsretten fant å holde datterselskapet NCC Roads AS og morselskapet NCC AB solidarisk ansvarlig for overtredelsesgebyr på 150 millioner kroner.

Av det ovennevnte følger at Kommisjonen, og Konkurransetilsynet, står svært fritt ved fastleggelsen av sanksjonens størrelse. De siterte avgjørelsene i *Showa Denko og NCC Roads* er illustrerende for at bøteleggelsen kan bli særlig stor ovenfor konsern. Kommisjonen og Konkurransetilsynet er imidlertid pålagt enkelte begrensninger. Regulering 1/2003 artikkel 23 nr. 2 angir at boten ikke skal kunne fastsettes til over 10 % av *foretakets* totale omsetning («*total turnover*») for det foregående forretningsår.<sup>95</sup> Tilsvarende følger det av Forskriftens § 2 første ledd bokstav a at Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr på inntil 10 % av foretakets omsetning ved brudd på § 10. Dersom den utmålte boten overstiger den tillatte proSENTSatsen, nedsettes boten slik at grensen ikke overstiges.<sup>96</sup> Bestemmelsene setter slik en skranke for det maksimale overtredelsesgebyr/boten som kan utmåles ovenfor konserngruppen.

Spørsmålet er deretter hvordan det kan begrunnes at utmålingen av sanksjoner blir så vesentlig ovenfor konserngrupper. Vektlegging av foretakets omsetning skal primært ivareta hensynet til prevensjon.<sup>97 98</sup> I *Gran Ekran* saken, inntatt i Rt. 2012 s. 1556, heter det at «[s]kal overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven ha den ønskede preventive effekt, må reaksjonene være markerte og følbare».<sup>99</sup> At overtredelsesgebyrets preventive virkning er sentralt, gjenspeiles også i at Konkurransetilsynet kan vektlegge prevensjon som selvstendig utmålingsmoment i skjerpene eller formildende retning.<sup>100</sup>

Hvor lønnsom overtredelsen har vært for de deltakende virksomhetene, gjenspeiler formodentlig hvor skadelig overtredelsen har vært for konkurransen i markedet. Sanksjonen

---

<sup>94</sup> LB-2014-76039, Del IV punkt a, avsnitt 2-3.

<sup>95</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

<sup>96</sup> C-189/02 P, *Dansk Rørindustri and Others v Commission*, premiss 238.

<sup>97</sup> C-413/08 P, *Lafarge v Commission*, premiss 104.

<sup>98</sup> I samme retning se C-286/13 P, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, premiss 143 og C-100/80, *Musique Diffusion française and Others v Commission*, premiss 106.

<sup>99</sup> Rt-2012-1556, avsnitt 88.

<sup>100</sup> Forskriften § 3 sjettede ledd bokstav f.

bør derfor reflektere hvor overtredelsens lønnsomhet for de deltagende foretak, og de begrensninger overtredelsen har påført markedets konkurranse. Hvor flere av konsernets virksomheter har deltatt i overtredelsen, skal bøteleggelsen gjenspeile dette.

### 3.2.2 Betydningen av residivisme

Etter Forskriftens § 3 sjette ledd bokstav b kan Konkurransetilsynet vektlegge som skjerpende omstendighet at foretaket på ny har begått den samme eller en tilsvarende overtredelse. Gjentakende overtredelser betegnes som residivisme.<sup>101</sup> Konkurranselovens lovforarbeider forutsetter også at residivisme har betydning som utmålingsmoment etter reglene i § 29.<sup>102</sup>

At tidligere overtredelser vil virke inn som en skjerpende omstendighet ved utmålingen følger av fast praksis for EU-domstolen. I *Michelin II* forklarte Førsteinstansdomstolen at «[...] it must be recalled to mind that, for the purpose of determining the amount of the fine, the Commission must ensure that its action has the necessary deterrent effect [...] Recidivism is a circumstance which justifies a significant increase in the basic amount of the fine. Recidivism constitutes proof that the sanction previously imposed was not sufficiently deterrent.»<sup>103</sup>

Vektlegging av residivisme som skjerpende omstendighet er begrunnet i den preventive effekten av overtredelsesgebyret.<sup>104</sup> I *Groupe Danone* angis at bare ved å ilegge residivisme betydning ved utmålingen oppnås tilstrekkelig oppfordring til adferdskorreksjon for det gjentakende overtredende foretaket.<sup>105</sup> Det fremstår dessuten som rimelig at gebyret skjerpes for slik å reflektere de skader foretaket har forårsaket markedet ved gjentredende overtredelser.

Residivisme er av særskilt betydning for utmålingen av overtredelsesgebyr ovenfor konserngrupper, nettopp fordi en ved utmålingen kan ta i betraktning enhver overtredelse begått av et av konsernets øvrige enheter som inngår i det samlede foretaket. Ved utmålingen av gebyr for en overtredelse hvis bare ett av konsernets virksomheter har tatt aktivt del i, kan det eksempelvis legges vekt på tidligere overtredelser begått av ett av konsernets øvrige enheter. Det stilles således ikke som betingelse for kunne å anse et selskap i en samlet

---

<sup>101</sup> Pauer s. 111.

<sup>102</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 241.

<sup>103</sup> *Ibid*, premiss 293.

<sup>104</sup> T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)*, premiss 293.

<sup>105</sup> C-3/06 P, *Groupe Danone v Commission*, premiss 26-29.

økonomisk enhet som residivist, at denne har vært adressat for det tidligere overtredelsesvedtak. I *Versalis* er dette formulert på følgende måte:

«[...] in order to establish the aggravating circumstance of repeated infringement on the part of the parent company, it is not necessary for that company to have been the subject of previous legal proceedings giving rise to a statement of objections and a decision. For that purpose, what matters is an earlier finding of a first infringement resulting from the conduct of a subsidiary with which the parent company involved in the second infringement formed, already at the time of the first infringement, a single undertaking for the purpose of Article 81 EC.»<sup>106</sup>

Av det siterte fremgår at det er tilstrekkelig for å kunne vektlegge residivisme som skjerpende omstendighet ved utmålingen av gebyr, at morselskapet og det overtredende dattervirksomheten utgjorde en samlet økonomisk enhet i relasjon til konkurranselovgivningen allerede fra den første overtredelsen.<sup>107</sup>

Illustrerende er den allerede siterte avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett, hvor NCC Roads AS og NCC AB ble ansett solidarisk ansvarlig for et overtredelsesgebyr fastsatt til 150 millioner kroner. Ved fastsettelsen av gebyrets størrelse fremgår det at lagmannsretten la vekt på at morselskapet NCC AB etter dom fra den svenske Marknadsdomstolen var ilagt et gebyr på kroner 200 millioner for et tidligere konkurransebegrensende samarbeid.<sup>108</sup>

Avgjørelsen i *Michelin II* er for øvrig illustrerende for at residivisme kan medføre betydelige økninger ved bøtefastleggelsen. Domstolen fant at Kommisjonen var berettiget til å øke boten med 50%, for slik å sikre fremtidig etterlevelse av konkurranseforbudene.<sup>109</sup> I Kommisjonens Retningslinjer og i Forskriften er det imidlertid lagt til grunn at boten kan økes med opptil 100% for hver enkelt tidligere overtredelse.<sup>110</sup>

Et sentralt spørsmål for EU-domstolen har bestått i å avklare hvilke tidligere overtredelser som kan tas i betraktning når residivisme legges vekt på som moment ved utmålingen. I domstolens praksis er det fastslått at tidligere overtredelser bare kan vektlegges som en

---

<sup>106</sup> Forente saker C-93/13, *Commission and Others v Versalis and Others*, og C-123/13, *Versalis and Eni v Commission*, premiss 90-91.

<sup>107</sup> *Ibid*, premiss 90 og 96.

<sup>108</sup> LB-2014-76039, punkt IV d.

<sup>109</sup> T-203/01 *Michelin v Commission*, (*Michelin II*), premiss 293.

<sup>110</sup> Retningslinjene, punkt 2 A Aggravating circumstances, avsnitt 28 og Forskriften § 3 syvende ledd.



skjerpende omstendighet ved utmålingen, hvor den tidligere overtredelsen er av samme eller en liknende art.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> Forente saker C-93/13, *Commission and Others v Versalis and Others*, og C-123/13, *Versalis and Eni v Commission*, premiss 87.

# 4 Identifikasjon av konsernvirksomhetene som et enkelt foretak

## 4.1 Innledende om definisjonen av foretak

I oppgavens foregående kapitler er det redegjort for hvordan *foretak* er konkurranserettens primære subjekt. Hva som utgjør et *foretak* i konkurranselovens forstand, er derfor styrende for anvendelsen av de materielle forbudsreglene i § 10, reglene om identifikasjon av ansvarssubjekt og for utmålingen av overtredelsesgebyr etter § 29 ovenfor konserngrupperinger.<sup>112</sup> Den sentrale problemstillingen er derfor når konsernets virksomheter kan anses for å utgjøre et og samme *foretak*. Dette er tematikken som behandles i det videre under punkt 4.

Legaldefinisjonen av *foretak* er gitt i konkurranselovens § 2, hvor det heter at:

*«Med foretak menes i denne loven enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet.»*<sup>113</sup>

Foretaksdefinisjonen er etter ordlyden i § 2 tredelt; Avgjørende for om virksomheten er å anse som et foretak, er om selskapet utgjør en «enhet» hvis driver «ervervsvirksomhet» som er «privat eller offentlig».

Hva gjelder *det første vilkåret* om at selskapet må drive «ervervsvirksomhet», kreves etter EU-domstolens praksis at virksomheten driver aktivitet av økonomisk art.<sup>114</sup> De fleste private selskap driver aktivitet i økonomisk øyemed, slik at den utøvde virksomheten også normalt er av økonomisk art. I så måte vil det sjelden volde særlige problemer hvorvidt virksomhetene som inngår i konserngruppen utøver *ervervsvirksomhet* i lovens forstand. Vilket vil derfor ikke behandles nærmere i denne fremstillingen.

*Det andre vilkåret* for å anse virksomheten for et *foretak* i konkurranselovens forstand, er at den utøvde ervervsvirksomheten er av «privat eller offentlig» karakter. Vilket er primært

---

<sup>112</sup> Se punkt 2-3.

<sup>113</sup> Konkurranseloven § 2.

<sup>114</sup> Se C-41/90, *Höfner and Elser v Macrotron GmbH*, premiss 21 og C-309/99, *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*, premiss 57.

tilknyttet grensedragningen mellom privat ervervsvirksomhet og offentlig myndighetsutøvelse som faller utenfor konkurranserettens grenser.<sup>115</sup> Konsernet står ikke i noen særstilling i forhold til foretaksdefinisjonen på dette punkt. Tematikken blir derfor ikke behandlet.

*Det tredje, og sentrale vilkåret for denne fremstillingen, er at foretaket omfatter «enhver enhet».* Identifikasjonen av foretakets grenser må ta utgangspunkt i en grensedragning av hvilke *enheter* foretaket består av. EU-domstolen har avklart at den enkelte økonomiske enhet kan bestå av flere juridiske eller fysiske personer.<sup>116</sup> Konserngruppens virksomheter kan ha en økonomisk, strategisk og juridisk tilknytning til hverandre, som tilsier at de er å betrakte som samme *foretak* etter *doktrinen om en enkelt økonomisk enhet*.<sup>117</sup> Den sentrale tematikken i relasjon til konsern er i hvilken utstrekning virksomhetene i konserngruppen kan og skal vurderes som en og samme *økonomiske enhet*. Det er denne problemstillingen som skal avklares i den videre fremstillingen.

Identifikasjonen av hvilke *enheter* konsernet består av, reiser en rekke underproblemstillinger. Under punkt 4.1.1 skal det først behandles om foretaksbegrepet anvendes likt. Det er en nødvendig forutsetning for å kunne gi en samlet behandling av doktrinens betydning ovenfor forbudet i § 10 og reglene om ileggelse og utmåling av overtredelsesgebyr etter § 29.

Deretter skal det under punkt 4.2 avklares at det avgjørende for om mor- og datterselskapet kan anses for del av samme økonomiske enhet og dermed samme foretak, beror på en vurdering av om morselskapet utøver bestemmende kontroll eller innflytelse over dattervirksomheten. Her er det gitt en generell avklaring av hvilke omstendigheter som vil være av betydning under kontrollvurderingen. Under punkt 4.3-4.5 behandles enkelte problemstillinger av særlig relevans for å avgjøre om et morselskap utøver tilstrekkelig kontroll over en dattervirksomhet.

#### **4.1.1 Foretaksbegrepet anvendes likt**

Spørsmålet om konserngruppens virksomheter inngår i samme *foretak*, har betydning for den materielle anvendelsen av konkurranseforbudet i § 10 og for reglene om ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29.<sup>118</sup> Før det tas stilling til når konsernets virksomheter kan anses

---

<sup>115</sup> Se for eksempel C-343/95, *Calì & Figli v Servizi Ecologici Porto di Genova*.

<sup>116</sup> C-170/83, *Hydrotherm*, premiss 11-12.

<sup>117</sup> Se punkt 4.2 flg.

<sup>118</sup> Se punkt 2-3.

for del av samme *foretak*, må det derfor avklares hvorvidt foretaksbegrepet som anvendes under konkurranseforbudet i § 10 er ulikt det foretaksbegrepet som skal anvendes i relasjon til reglene om ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29.

EU-domstolen har gitt uttrykk for at et morselskaps bøteansvar for overtredelse følger parallelt med at mor- og dattervirksomheten anses som del av samme enhet i relasjon til artikkel 101. I *Arkema* uttalte domstolen at «[...] since the parent company and its subsidiary form a single economic unit and therefore form a single undertaking for the purposes of Article [101], the Commission may address a decision imposing fines on the parent company [...]».<sup>119</sup> Dersom selskapene ikke kan anses for samme enhet under adferdsforbudet, vil morselskapet følgelig ikke kunne ansvarliggjøres for en overtredelse begått av konsernet. Forståelsen av foretaksbegrepet må derfor være harmonisert ovenfor begge regelsettene.

*Generaladvokat Kokott* har, på denne bakgrunn oppsummert EU-domstolens praksis. I sitt forslag til avgjørelse i *Akzo* uttaler hun at «the concept of an undertaking and the imputation of responsibility under competition law are two sides of the same coin».<sup>120</sup>

Domstolen henviser for øvrig jevnlig til egen praksis fra andre områder hvor foretaksbegrepet benyttes. I *Akzo*, viste domstolen ved spørsmål om ileggelse av overtredelsesgebyr til redegjørelsen av doktrinen om en enkelt økonomisk enhet som er gitt i *Confederación Española*<sup>121</sup> vedrørende forståelsen av foretaksbegrepet under artikkel 101.<sup>122</sup> Slike henvisninger bygger nødvendigvis på en forutsetning om at foretaksbegrepet anvendes tilsvarende.

Det klare utgangspunkt er at foretaksbegrepet skal forstås likt både ved anvendelsen av det materielle forbudet i § 10 og under reglene om ileggelse og utmåling av overtredelsesgebyr. I det følgende gis det derfor en samlet behandling av foretaksbegrepet under doktrinen om en enkelt økonomisk enhet. EU-domstolens praksis viser imidlertid at enkelte ulikheter forekommer. Ulikhetene vil behandles uttrykkelig hvor de er relevant.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> C-520/09, *Arkema v Commission*, premiss 39. Se tilsvarende C-97/08, *Akzo*, premiss 59.

<sup>120</sup> Generaladvokat .... Mening i C-440/11, *Commission v Stichting Administratiekantoor Portielje*, avsnitt 41.

<sup>121</sup> C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*.

<sup>122</sup> C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, premiss 55.

<sup>123</sup> Se eksempelvis punkt 4.3.

## 4.2 Den økonomiske enhets grenser – om betydningen av bestemmende kontroll

Problemstillingen i det videre er når konsernvirksomhetene kan vurderes for å inngå i samme i *samme økonomiske enhet*. Fremstillingen vil avklare at det avgjørende etter EU-domstolens praksis, er hvorvidt dattervirksomheten er underlagt morselskapets *bestemmende kontroll eller innflytelse*.

Som vist under punkt 2.1, kan utviklingen av *doktrinen om en enkelt økonomisk enhet* for EU-domstolen spores til avgjørelsen i *Beguelin Import v G.L. Import Export*<sup>124</sup>. Det belgiske selskapet Beguelin Co. og dets franske datterselskap Beguelin Import Co. France hadde inngått eksklusivitetsavtale som ga datterselskapet eksklusiv rett til distribusjon av WIN sigarettlightere. Morselskapet hadde ervervet en slik rett fra den japanske produsenten av lighterne. Det franske datterselskapet inngikk en tilsvarende avtale med produsenten. En rekke tyske og franske konkurrenter drev parallellimport av WIN-lightere. EU-domstolen var anmodet om avgjørelse av hvorvidt konsernets opprinnelige eksklusivitetsavtale var forenlig med artikkel 101.<sup>125</sup>

EU-domstolen fant at artikkelen bare rammer avtale som har til formål eller effekt å begrense konkurranse.<sup>126</sup> Slik konkurransebegrensning foreligger ikke for eksklusivitetsavtaler når «*the concession granted under that agreement is in part transferred from the parent company to a subsidiary which [...] enjoys no economic independence*».<sup>127</sup> *Beguelin* la som nevnt startpunktet for at artikkel 101 ikke gis anvendelse på eksklusivitetsavtaler inngått mellom virksomheter innenfor samme *økonomiske enhet*. Avgjørende for om virksomhetene inngår i en slik enhet, er en vurdering av hvorvidt datterselskapet er økonomisk avhengig av morselskapet. Avgjørelsen ga imidlertid ingen veiledning for når slik uavhengighet foreligger.

Vurderingstemaet er underlagt nærmere utvikling i de etterfølgende *Centrafarm I og II*-sakskompleksene.<sup>128</sup> Domstolen ga her en generell og i ettertid ofte sitert rettssetning for når

---

<sup>124</sup> C-22/71 *Beguelin Import v G.L. Import Export*.

<sup>125</sup> Dagjeldende artikkel 85 EC.

<sup>126</sup> C-22/71 *Beguelin Import v G.L. Import Export*, premiss 7.

<sup>127</sup> *Ibid*, premiss 8. Se også en tilsvarende uttalelse i domsslutningens punkt 1 s. 963.

<sup>128</sup> C-15/74, *Centrafarm BV and Others v Sterling Drug (Centrafarm I)*, og C-16/74, *Centrafarm BV and Others v Winthrop BV (Centrafarm II)*.

et mor- og datterselskap i samme konserngruppe kan anses som del av samme økonomiske enhet:

«[Art 101 TFEU] does not apply to agreements or concerted practices between undertakings belonging to the same group in the form of parent company and subsidiary, if the undertakings form an economic unit within which the subsidiary does not have real autonomy in determining its line of conduct on the market [...]»<sup>129</sup>

En økonomisk enhet karakteriseres følgelig av at datterselskapet *ikke har noen reell selvstendighet ved fastleggelsen av sin markedsstrategiske adferd.*

Sammenfallende retningslinjer er videreført i en lang rekke praksis fra EU-domstolen. I *Vihov* avgjørelsen fant domstolen at «*Parker and its subsidiaries [...] form a single economic unit within which the subsidiaries do not enjoy real autonomy in determining their course of action in the market, but carry out the instructions issued to them by the parent company controlling them.*»<sup>130</sup> I *Micro Leader*-saken uttalte EU-domstolen at «*[...] MC and MF form a single economic unit within which MF does not enjoy real autonomy in determining its course of action in the market.*»<sup>131</sup> Og i *AEG-Telefunken* fant domstolen at konserngruppen utgjorde en enkelt økonomisk enhet da det var «*no question of ATBG's having any independent power of decisionmaking as against AEG and TFR.*»<sup>132</sup>

Den sammenfallende rettspraksis må på dette punktet forstås å gi uttrykk for et generelt anvendelig vurderingstema. I henhold til det siterte er det styrende en *kontrollvurdering*. Avgjørende er hvorvidt morselskapet utøver bestemmende innflytelse eller kontroll over datterselskapet. Motstykket til morselskapets kontroll er dattervirksomhetens manglende evne til å handle uavhengig eller reelle selvstendighet til å styre sin adferd i markedet.

Den frem til nå siterte praksis er illustrerende for en svakhet ved doktrinen om enkelt økonomisk enhet og kontrollvurderingen. Den nedre grense for å anse konsernets virksomheter for en enkelt enhet trekkes hvor morselskapet utøver bestemmende kontroll og dattervirksomheten er underlagt denne. Domstolen har imidlertid ikke klart å gi en generell og klar retningslinje for når slik bestemmende kontroll foreligger. Det er symptomatisk at det har

---

<sup>129</sup> C-15/74, *Centrafarm I*, premiss 41 og C-16/74, *Centrafarm II*, premiss 32.

<sup>130</sup> C-73/95, *Vihov v Commission*, premiss 16.

<sup>131</sup> T-198/98, *Micro Leader v Commission*, premiss 38.

<sup>132</sup> C-107/82, *AEG-Telefunken v Commission*, premiss 52.

utviklet seg en lang praksis for domstolen som behandler spørsmålet om når tilstrekkelig kontrollutøvelse foreligger. Utledeisen av de nærmere omstendigheter som kan og skal tas i betraktning ved vurderingen må derfor bero på en analyse av disse avgjørelsene fra EU-domstolen. I den videre fremstillingen er det gitt en vurdering av hvilke omstendigheter som generelt skal og kan ha betydning for vurderingen av kontroll.

#### 4.2.1 Omstendigheter av betydning for kontrollvurderingen

EU-domstolens praksis gir ikke grunnlag for å trekke en klar grense for når graden eller intensiteten av kontroll medfører at konsernvirksomhetene utgjør en enkelt enhet. Det avgjørende er om datterselskapet i de enkelte tilfeller er underlagt morselskapets bestemmende kontroll. Domstolen har avklart at kontrollvurderingen skal foretas konkret, hvor det verken er praktisk eller mulig å angi en uttømmende liste over relevante momenter.<sup>133</sup> I EU-domstolens avgjørelse i *Otis Luxembourg*, presiseres at vurderingstemaet ikke skal tolkes snevert.<sup>134</sup> Enhver omstendighet som er egnet til å belyse morselskapet kontroll og dattervirksomheten uavhengighet, vil være relevant i vurderingen av kontrollutøvelse.

I *Dansk Rørindustri* var mor- og datterselskapet ansett for å utgjøre en enkelt økonomisk enhet.<sup>135</sup> Domstolens vurdering var basert på hvorvidt datterselskapet hadde «*carried out, in all material respects, the instructions given to it by that other undertaking, having regard in particular to the economic and legal links between them [...]*»<sup>136</sup> Spørsmålet er hvilke økonomiske og rettslige forbindelser mellom mor- og datterselskapet som er av betydning for vurderingen av kontroll.

*Eierandeler* er den fremste og klareste av forbindelsene mellom mor- og datterselskap som gir grunnlag for at morselskapet utøver bestemmende kontroll eller innflytelse over dattervirksomheten. Ved vurderingen av hvilken grad av kontroll datterselskapet er underlagt, tar EU-domstolen utgangspunkt i hvilke eierandeler morselskapet har i dattervirksomheten.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, premiss 74.

<sup>134</sup> C-494/11 P, *Otis Luxembourg and Others v Commission*, premiss 42.

<sup>135</sup> C-189/02 P, *Dansk Rørindustri and Others v Commission*, premiss 117.

<sup>136</sup> *Ibid*, premiss 117. Se også C-48/69, *ICI v Commission*, premiss 132-133

<sup>137</sup> Se eksempelvis C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission* og C-107/82, *AEG v Commission*.

Eierandelens betydning gjenspeiles i at EU-domstolen har gitt en presumsjon for faktisk kontrollutøvelse ovenfor heleide og tilnærmet heleide datterselskap.<sup>138</sup> I *Viho* var konsernets virksomheter ansett å utgjøre en enkelt enhet på bakgrunn av slike eierandeler.<sup>139</sup> Hvor dattervirksomheten er heleid, danner det som et klart utgangspunkt mulighet for positiv kontrollutøvelse fra morselskapets side.

Også i tilfeller hvor dattervirksomheten ikke er heleid, vil eierandelens størrelse reflektere den grad av innflytelse morselskapet har overfor dattervirksomheten. Hvilken betydning eierandelene i slike tilfeller har for muligheten til kontrollutøvelse må i hovedsak bero på hvordan beslutninger tas i selskapet.

Utgangspunktet etter aksjeselskapslovgivningen er at selskapet styres gjennom *alminnelig flertall*.<sup>140</sup> Når avgjørelser i selskapet fattes ved slik flertallsbeslutning vil majoritets-eieren kunne fatte beslutninger som er styrende over dattervirksomheten. Hvor morselskapet har en stemmeberettiget aksjemajoritet i dattervirksomheten, vil det normalt være tilstrekkelig for å anse morselskapet å utøve tilstrekkelig kontroll når beslutningene fattes ved *alminnelig flertall*. Illustrerende er *Commercial Solvents*, hvor morselskapet CSC var ansett å utøve bestemmende kontroll da selskapet eide 51 % av eierandelene i dattervirksomheten.<sup>141</sup>

Hvorvidt en aksjemajoritet er tilstrekkelig i seg selv, beror som nevnt på organiseringen av selskapets beslutningsformer. Tolkning av selskapets vedtekter, aksjonæravtaler og selskapets stiftelsesgrunnlag for øvrig er avgjørende for hvilken beslutningsform som er påkrevd i det enkelte selskap. I vedtektene kan det eksempelvis fastsettes flertallskrav som avviker fra utgangspunktet om alminnelig flertall.<sup>142</sup> Dersom en beslutning i selskapet bare kan fattes ved *kvalifisert flertall*, er slik sett ikke nødvendigvis en alminnelig aksjemajoritet<sup>143</sup> i seg selv tilstrekkelig for positiv kontrollutøvelse.<sup>144</sup> Grunnlaget for kontrollutøvelsen må i slike tilfeller bero på øvrige muligheter for kontroll fra morselskapets side.

---

<sup>138</sup> Presumsjonen og betydningen av en fullstendig heleid dattervirksomhet er behandlet under punkt 4.4.

<sup>139</sup> C-73/95, *Viho v Commission*, premiss 15.

<sup>140</sup> Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 5-17 (1) og lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) § 5-17 (1).

<sup>141</sup> C-6/73, *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v Commission*, premiss 6 og 37.

<sup>142</sup> Aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-17 (3).

<sup>143</sup> 51% av selskapets stemmeberettigede eierandeler.

<sup>144</sup> For eksempel for beslutninger som bare kan vedtas ved kvalifisert flertall se aksjeloven og allmennaksjeloven § 5-19.



Hvilken betydning eierandeler i dattervirksomheten skal tillegges under kontrollvurderingen, avhenger videre av hvilke rettigheter som er tilknyttet eierandelen i det konkrete tilfellet. Utgangspunktet etter aksjelovgivningen er at «*alle aksjer gir lik rett i selskapet*».<sup>145</sup> I virksomheter som styres av dette likhetsprinsippet, er det aksjonærmajoriteten som gis mulighet til å kontrollere selskapets strategiske beslutninger.<sup>146</sup>

Imidlertid kan det i selskapets stiftelsesdokument og vedtekter unntaksvis bestemmes at selskapet skal ha aksjer som inneholder ulike rettigheter.<sup>147</sup> Skillet mellom A- og B-aksjer er illustrerende for at de rettigheter som er tilknyttet eierandelen, er avgjørende for den kontrollmulighet morselskapet har. A-aksjer benyttes i hovedsak om aksjer som er stemmeberettigede eller aksjer som er tillagt den avgjørende stemme.<sup>148</sup> B-aksjer benyttes om de eierandeler som ikke er stemmeberettigede eller som er uten full stemmerett, men som likevel gir aksjonæren en rett til utbytte fra selskapet tilsvarende eierandelen.<sup>149</sup> Selv om det for et morselskap kan være lukrativt å inneha aksjer som gir rett til utbytte, er det klart at B-aksjer i seg selv ikke kan danne grunnlag for kontrollutøvelse. B-aksjer gir ikke morselskapet styringsrett. Et morselskap som innehar B-aksjer i en dattervirksomhet kan derfor ikke alene på dette grunnlag anses for å inngå i samme enhet som dette datterselskapet.<sup>150</sup>

Videre er det av sentral betydning hvorvidt dattervirksomheten har etterkommet *morselskapets konkrete instruksjoner*.<sup>151</sup> Etterlevelse av slike instruksjoner er et sterkt indisium på at dattervirksomheten faktisk er latt seg styre av en felles markedsstrategi fastlagt for konsernet. Dersom etterlevelse kan påvises, vil det normalt tilsi at dattervirksomheten har vært underlagt morselskapets bestemmende kontroll. Motsetningsvis vil det være en indikasjon på dattervirksomhetens selvstendighet, om den ikke etterkommer instruksjoner morselskapet har gitt.

---

<sup>145</sup> Aksjeloven og allmennaksjeloven § 4-1.

<sup>146</sup> Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, s. 73, femte utgave (Oslo 2014).

<sup>147</sup> Aksjeloven § 4-1 første ledd annet punkt og Aksjeselskapsloven § 4-1 første ledd annet punkt.

<sup>148</sup> Woxholth s. 73.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> En annen side, er at minoritetsaksjonær har kontrollmulighet når han er eneste innehaver av A-klasseaksjer.

<sup>151</sup> Forente saker C-201/09 P *ArcelorMittal Luxembourg v Commission and Commission* og C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg and Others*, premiss 96 og forutsetningsvis Generaladvokat Kokotts mening C-97/08 P, *Akzo Nobel NV v Commission*, avsnitt 83-84.

Det er som nevnt vanskelig å trekke en klar grense for når morselskapets kontroll har vært bestemmende. Enkelte avgjørelser er illustrerende for hvordan forbindelsene mellom konsernvirksomhetene har gitt utslag i tilstrekkelig *kontrollutøvelse*.

I *Viho* var det i kontrollvurderingen vektlagt at morselskapet utnevnte en ledende salgs- og markedsavdeling, som for dattervirksomheten styrte salgsmål, bruttofortjeneste, salgskostnader, kontantstrøm og lagerbeholdninger.<sup>152</sup> Avdelingen kontrollerte også utvalget av solgte produkter, markedsføring, priser og rabatter.<sup>153</sup> Disse utslagene av kontroll var muligjort av at dattervirksomheten var fullstendig heleid.

I *ICI* hadde morselskapet styringsrett ovenfor datterselskapets prisfastsettelse og andre salgsvilkår.<sup>154</sup> Morselskapet hadde benyttet seg av denne kontrollmuligheten ved tre anledninger. På denne bakgrunn hadde konsernets virksomheter handlet på en enhetlig måte og etter en felles markedsstrategi, som etter domstolens vurdering måtte medføre at de var uadskillelige i relasjon til konkurranselovgivningen.<sup>155</sup>

Avgjørelsene i *ICI* og *Viho* er i så måte illustrerende eksempel for hvordan forbindelsene mellom virksomhetene kan gi utslag i bestemmende kontroll. Har morselskapet gitt spesifikke instruksjoner eller retningslinjer hva gjelder prising, produksjon, salgsaktiviteter eller lignende aspekt som er avgjørende for datterselskapets adferd i markedet, vil det gi sterke holdepunkter for at datterselskapet er underlagt morselskapets kontroll.<sup>156</sup> Det kan imidlertid ikke stilles som vilkår at morselskapet involverer seg i den daglige driften av virksomheten.<sup>157</sup>

### **4.3 Kreves faktisk kontrollutøvelse eller er kontrollmulighet tilstrekkelig**

I det foregående er det avklart hvordan forbindelsene mellom mor- og datterselskapet kan gi morselskapet kontrollmulighet, som kan gi utslag i ulike former for faktisk utøvelse av kontroll. Det sentrale spørsmålet i det videre er hvorvidt det kreves at morselskapet faktisk

---

<sup>152</sup> C-73/95, *Viho v Commission*, premiss 15.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> C-48/69, *ICI v Commission*, premiss 137-138.

<sup>155</sup> *Ibid.*, premiss 139-140.

<sup>156</sup> Generaladvokat Kokotts mening inngitt i C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, avsnitt 89.

<sup>157</sup> *Ibid.*, avsnitt 90.

har utøvd bestemmende kontroll over sitt datterselskap, eller om kontrollmuligheten er tilstrekkelig for å anse mor- og dattervirksomheten som samme enhet.

EU-domstolens praksis viser at det her må skilles mellom foretaksbegrepets anvendelse ovenfor forbudet i § 10 og ovenfor bøteansvaret etter § 29. Sønderingen er av stor praktisk betydning. For Konkurransetilsynet og Kommisjonen er det langt enklere å påvise at morselskapet har mulighet for kontroll. Bevissituasjonen er klart mer krevende hvor det i tillegg må bevises at kontroll faktisk er utøvd fra morselskapets side.

I relasjon til reglene om bøteansvar er *AEG-Telefunken* avklarende. Domstolen fant at det ikke var tilstrekkelig at morselskapet AEG ikke motsatte seg at den hadde mulighet til å utøve bestemmende kontroll over dattervirksomhetens distribusjons- og prisstrategi. Domstolen stilte ytterligere vilkår til at AEG faktisk hadde handlet på muligheten for kontroll.<sup>158</sup> Under henvisning til *AEG-Telefunken*, uttaler Generaladvokat Kokott i *Akzo* uttrykkelig at det er to kumulative vilkår for ansvarsidentifikasjon: «*[A]tribution of a subsidiary company's cartel offence to its parent company must satisfy two cumulative conditions: firstly, the parent company must be in a position to exert decisive influence over its subsidiary and, secondly, it must actually exert that influence.*»<sup>159</sup>

På den ene siden fremstår det betenkelig å ikke holde morselskapet ansvarlig også for den utviste passiviteten, når selskapet har hatt mulighet til å kontrollere en overtredende dattervirksomhet, men avstått fra å gripe inn. At morselskapet ikke holdes ansvarlig for overtredelsen når den ikke faktisk har handlet på en kontrollmulighet, når den ved bruk av slik kunne avverget en overtredelse, er ikke i overensstemmelse med ansvarets begrunnelse i å holde den kontrollerende aktør ansvarlig. Østerud fremhever presist at «*[m]uligheten for kontrollutøvelse kan potensielt være liknende disiplinerende på et kontrollert rettssubjekts virksomhet som aktiv kontrollutøvelse.*»<sup>160</sup>

At det likevel stilles krav til faktisk kontrollutøvelse under bøteansvaret i EU-retten, er begrunnet i prinsippet om personliggjøring av ansvaret og bøtesanksjonens strafferettslige karakter og skyldkravet.<sup>161</sup> Som vist under punkt 3 kan bøteleggelse være en svært

---

<sup>158</sup> C-107/82, *AEG-Telefunken v Commission*, premiss 50.

<sup>159</sup> C-97/08, *Akzo Nobel v Commission*, avsnitt 47.

<sup>160</sup> Østerud s. 228-229.

<sup>161</sup> C-97/08, *Akzo Nobel v Commission*, avsnitt 39 flg. Se også Pauer s. 271 og Østerud s. 222.

økonomisk byrdefull reaksjon overfor konsern, slik at det bør stilles strenge krav for å ansvarliggjøre et morselskap som ikke aktivt har deltatt i overtredelsen.

En tilsvarende begrunnelse ut i fra skyldkravet kan imidlertid vanskelig gis ovenfor kl. § 29. Ileggelse av overtredelsesgebyr er en forvaltnings- og ikke en strafferettslig sanksjon.<sup>162</sup> Lovforarbeidene fremhever derfor at «[d]et er store forskjeller mellom denne sivilrettslige reaksjon og strafferettslige bøter.»<sup>163</sup> Konkurranselovens foretaksbegrep under bøteansvaret er forutsatt harmonisert med EU-retten.<sup>164</sup> Lovforarbeidene tar derimot ikke uttrykkelig stilling til forholdet mellom kravet til kontrollmulighet og faktisk kontrollutøvelse under EU-retten og konkurranselovens regler. Det er derfor vanskelig å se at loven ikke er tilsiktet harmonisert med EU-retten også på dette punkt.

Hva gjelder kontrollvurderingen under § 10, er rettstilstanden derimot langt mer uklar. Det finnes ikke praksis fra EU-domstolen som uttrykkelig tar stilling til om foretaksbegrepet under anvendelsen av Artikkel 101 krever faktisk kontrollutøvelse eller om kontrollmulighet er tilstrekkelig.

Den konkrete anvendelsen av kontrollvurderingen i *Viho* kan tilsi at det kreves faktisk kontrollutøvelse. Parker-konsernet var ansett for en enkelt enhet. Avgjørende var at dattervirksomhetene var heleide, og at «[...] the sales and marketing activities of [Parkers] subsidiaries are directed by an area team appointed by the parent company and which controls, in particular, sales targets, gross margins, sales costs, cash flow and stocks.»<sup>165</sup> Dersom domstolen skulle mene at det var tilstrekkelig å påvise kontrollmulighet, her etablert ved eierandelene, fremstår det overflødig å samtidig fremheve at morselskapet faktisk utøvde kontroll over den daglige driften av dattervirksomheten. Vurderingen foretatt i *Viho* fremstår imidlertid å være resultat av det ikke skilles klart mellom elementene faktisk kontroll og mulighet for kontroll. Argumentet kan også ha blitt brukt til støtte for domstolens konklusjon basert på eierandeler. Domstolen foretar derfor ikke nødvendigvis en overveid sondering vedrørende grensdragningen.

---

<sup>162</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 240.

<sup>163</sup> *Ibid* s. 240.

<sup>164</sup> *Ibid*, s. 222: «[f]oretaksdefinisjonen er i overensstemmelse med foretaksbegrepet etter EU/EØS-konkurranseretten».

<sup>165</sup> C-73/95, *Viho v Commission*, premiss 15.

I rettslitteraturen er det omtvistet hvorvidt det kan stilles krav til faktisk kontrollutøvelse i relasjon til Artikkel 101 og § 10. *Whish og Bailey* angir generelt at kontrolltesten er en «*test whether the parent company can, and does in fact, exercise decisive influence over the other [...]*».<sup>166</sup> Formuleringen må forstås slik at det kreves bevist faktisk utøvelse av kontroll både under artikkel 101 og under bøteansvaret. Både *Pauer* og *Østerud* hevder derimot at det er tilstrekkelig at det påvises at morselskapet har kontrollmulighet.<sup>167</sup>

Som nevnt er kravet til kontrollutøvelse under bøteansvaret begrunnet i prinsippet om det personlige ansvar og skyldkravet ved bøteleggelsen.<sup>168</sup> Disse hensynene gjør seg ikke gjeldende ved anvendelsen av foretaksbegrepet ovenfor § 10.<sup>169</sup> Den primære konsekvens av at konsernvirksomhetene anses for samme enhet under § 10, er at konserninternt samarbeid unndras forbudets virkeområde. I motsetning til § 29 er det derfor ikke tale om en utvidelse av ansvaret, men derimot en lempeligere anvendelse av forbudet ovenfor konsern. Konsekvensene er derfor ikke av en slik karakter at de bakenforliggende hensyn kan tas til inntekt for et krav til faktisk kontrollutøvelse.

Videre er det praktisk krevende å trekke en klar grense mellom kontrollmulighet og faktisk kontrollutøvelse. Det forhold at dattervirksomheten er underlagt morselskapets kontrollmulighet, kan medføre at dattervirksomheten selv tilpasser sin markedsadferd slik den antar morselskapet har interesse av.<sup>170</sup> At morselskapet ikke har gitt konkrete instruksjoner vedrørende dattervirksomhetens valg av markedsstrategi, behøver derfor ikke være et utslag av at kontrollmuligheten ikke har innvirket på dattervirksomhetens markedsadferd.<sup>171</sup>

Dersom privilegiet for gruppeinterne avtaler i forhold til § 10 skal begrenses til tilfeller hvor morselskapet faktisk har utøvd kontroll, vil det redusere konsernets evne til effektiv samordning.<sup>172</sup> Et ytterligere krav til faktisk kontroll utøvelse vil uansett enkelt kunne omgås. Morselskapet vil oppfordres til å gi bindende instruksjoner til dattervirksomheten, som ellers ikke ville vært gitt, for slik å sikre at gruppeinternt samarbeid unndras virkeområde til § 10.

---

<sup>166</sup> *Whish og Bailey* s. 97.

<sup>167</sup> *Pauer* s. 175 flg. I samme retning *Østerud*, s. 172.

<sup>168</sup> Generaladvokat Kokott mening *Akzo* avsnitt 39 flg. I samme retning *Østerud* s. 222.

<sup>169</sup> Se også *Pauer* s. 271.

<sup>170</sup> *Pauer* s. 177 og *Østerud* s. 172-173.

<sup>171</sup> *Østerud* s. 173.

<sup>172</sup> *Pauer* s. 177

Rettstilstanden er etter EU-domstolens praksis uavklart. Etter mitt syn må løsningen være at det ikke stilles krav til faktisk kontroll under vurderingen av virkeområdet til kl. § 10.

Årsaken til at grensedragningen ikke er problematisert i større grad i EU-domstolens praksis, er at heleide datterselskap presumeres å være underlagt morselskapets faktiske kontroll. Hvor presumsjonen legges til grunn, er sonderingen mellom kontroll mulighet og faktisk kontrollutøvelse av mindre praktisk betydning.

#### **4.4 Presumsjon for bestemmende kontrollutøvelse hvor overtredende datterselskap er heleid av morselskapet**

Hvorvidt et datterselskap er tilstrekkelig autonomt til å kunne anses for en selvstendig *enhet*, beror en konkret vurdering. I kontrollvurderingen kan en rekke faktorer tas i betraktning, uten at disse kan angis uttømmende.<sup>173</sup> I et forsøk på å gi Kommisjonen et referansegrunnlag, og for å fremme forutberegnelighet, har EU-domstolen utviklet en presumsjon for når forbindelsene mellom mor- og datterselskapet er av en slik karakter at datterselskapet er underlagt morselskapets bestemmende kontroll.<sup>174</sup>

Allerede i *AEG-Telefunken*<sup>175</sup> kan utviklingen av en kontrollpresumsjon spores:

*«As AEG has not disputed that it was in a position to exert a decisive influence on the distribution and pricing policy of its subsidiaries, consideration must still be given to the question whether it actually made use of this power. However, such a check appears superfluous in the case of TFR which, as a wholly-owned subsidiary of AEG [...]»*<sup>176</sup>

I tråd med domstolens tidligere praksis, var det ansett avgjørende hvorvidt morselskapet utøver bestemmende innflytelse over datterselskapet. Domstolen finner imidlertid at en slik vurdering er overflødig når dattervirksomheten er heleid. Det ble derfor ikke gitt noen nærmere vurdering av hvorvidt AEG faktisk hadde utøvd kontroll over dattervirksomheten. I dette ligger forutsetningsvis en *positiv presumsjon* for at morselskapet utøver bestemmende kontroll og innflytelse over heleide dattervirksomheter.

---

<sup>173</sup> Se punkt 4.2.

<sup>174</sup> Generaladvokat Kokotts mening i C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, avsnitt 71.

<sup>175</sup> C-107/82, *AEG-Telefunken v Commission*.

<sup>176</sup> *Ibid*, premiss 50.

Kontrollpresumsjonen fremstår i utgangspunktet veloverveid. Som tidligere nevnt, er et heleid datterselskap er nødt til å følge morselskapets markedsstrategi. Dersom dattervirksomheten ikke etterlever den valgte strategien, vil morselskapet som kontrollerende heleier kunne endre dattervirksomhetens styre og ledelse. Om nødvendig kan ledelsen endres til morselskapets instruksjoner etterkommes. Til dette kommer at det heleiende morselskap ikke behøver å ta hensyn til andre aksjonærers interesser. Datterselskapet har bare frihet til å handle selvstendig på markedet i den utstrekning morselskapet tillater det. Datterselskapet har på denne måten ingen egentlig selvstendighet.<sup>177</sup>

Presumsjonen er opprettholdt også i EU-domstolens etterfølgende praksis. I *Akzo*<sup>178</sup> avviste EU-domstolen en anke fra det nederlandske selskapet Akzo Nobel BV over Førsteinstansdomstolens avgjørelse. Førsteinstansdomstolen<sup>179</sup> hadde tilsluttet seg en beslutning fra Kommisjonen som fant Akzo solidarisk ansvarlig for fire datterselskapers kartellovertredelse. Dattervirksomhetene var heleide av Akzo-konsernet. EU-domstolen tilsluttet presumsjonen lagt til grunn i *AEG-Telefunken*.<sup>180</sup> Hvor dattervirksomheten er heleid, er det tilstrekkelig å påvise eierforholdet for å holde morselskapet som ansvarlig for de kontrollerte dattervirksomhetenes adferd.<sup>181</sup> Ytterligere bevisføring for kontroll er dermed unødvendig.

Presumsjonen er ikke utelukkende forbeholdt heleide datterselskap. Også tilnærmet heleide dattervirksomheter presumeres å være underlagt bestemmende kontroll.<sup>182</sup> I *Elf Aquitaine* fant Førsteinstansdomstolen at presumsjonen var anvendelig hvor morselskapets eierandel var 97 %.<sup>183</sup>

EU-domstolen har uttrykkelig fremhevet at *presumsjonen er tilbakeviselig*. Til tross for at et datterselskap er heleid, kan det i enkelte tilfeller likevel anses for autonomt. For en konserngruppe er det sentrale spørsmål hvordan presumsjonen kan tilbakevises når morselskapet er heleier.

---

<sup>177</sup> I samme retning se Sejersted mfl. s. 496.

<sup>178</sup> C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*.

<sup>179</sup> T-112/05, *Akzo Nobel and Others v Commission*.

<sup>180</sup> *Ibid*, premiss 60.

<sup>181</sup> *Ibid*, premiss 61.

<sup>182</sup> C-508/11, *Eni SpA v. Commission*, premiss 47.

<sup>183</sup> T-299/08, *Total og Elf Aquitaine v Comission*.

Dersom presumsjonen skal tilbakevises må det påvises at datterselskapet kan, og faktisk sett, handler selvstendig på markedet.<sup>184</sup> Byrden for tilbakevisning tilfaller morselskapet.<sup>185</sup>

Førsteinstansdomstolen i *Akzo* uttrykker det slik at «[...] it is for the parent company to put before the Court any evidence relating to the economic and legal organisational links between its subsidiary and itself which in its view are apt to demonstrate that they do not constitute a single economic entity».<sup>186</sup>

Morselskapet må derfor påvise at mor- og dattervirksomheten ikke utgjør samme enhet, ut i fra manglende økonomiske og rettslige forbindelsesledd. Dette er de samme forbindelsesledd som, dersom de hadde eksistert, ellers er indikasjon for morselskapets kontroll.<sup>187</sup>

Generaladvokat Kokkot har angitt at kontrollpresumsjonen kan tilbakevises blant annet dersom: (1) eieren er en ren finansiell investor; (2) morselskapet bare beholder alle aksjene i datterselskapet midlertidig og i en kort periode eller; (3) når eierandelene ikke gir til styringsrett over datterselskapet.<sup>188</sup> Under slike omstendigheter gir eierandelene ingen eller bare en svært begrenset kontrollmulighet.

Det finnes en rekke eksempler på at presumsjonen er forsøkt tilbakevist, uten at dette har lyktes.<sup>189</sup> Dette har dannet bakgrunnen for sterk kritikk av om presumsjonen reelt sett er tilbakeviselig, eller om det utelukkende er en teoretisk mulighet.<sup>190</sup> Hvorvidt presumsjonen er tilbakeviselig er adressert uttrykkelig i *Eni*. Selskapet *Eni Spa* anførte at presumsjonen var uanvendelig ettersom den var praktisk umulig å tilbakevise.<sup>191</sup> Anførselen var imidlertid konsekvent avvist av EU-domstolen.<sup>192</sup> Domstolen har tatt det klare utgangspunkt i at det for et morselskap foreligger en faktisk, om enn vanskelig, mulighet til å tilbakevise presumsjonen for kontroll.

Standpunktet i *Eni* kan fremstå vanskelig å forene med domstolenes praksis, all den tid domstolen tilnærmet aldri har tilbakevist presumsjonen. Det er en liten trøst for morselskapet

---

<sup>184</sup> C-90/09, *General Química and Others v Commission*, premiss 51.

<sup>185</sup> T-354/94 *Stora Kopparbergs Bergslags v Commission*, premiss 80.

<sup>186</sup> T-112/05, *Akzo Nobel and Others v Commission*, premiss 65.

<sup>187</sup> Se punkt 4.3.

<sup>188</sup> Generaladvokat Kokott i C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, avsnitt 75 med videre henvisninger i fotnote 67.

<sup>189</sup> Se T-325/01, *DaimlerChrysler AG vs. Commission of the European Community*, C-97/08 P, *Akzo Nobel NV vs. Commission*, og C-286/98 P, *Stora Kopparberg Bergslag AB vs. Commission of the European Community*.

<sup>190</sup> Whish og Bailey side 97-101.

<sup>191</sup> C-508/11 P, *Eni SpA v Commission*, premiss 39

<sup>192</sup> *Ibid*, premiss 67-68.



at det eksisterer en teoretisk mulighet for tilbakevisning, dersom det ikke lar seg gjøre i praksis.

En årsak til den manglende praksis hvor presumsjonen er tilbakevist, kan imidlertid finnes i at i de saker hvor presumsjonen faktisk lar seg tilbakevises, vil ikke morselskapet bøtelegges av Kommisjonen. Saken vil derfor ikke komme for domstolene i disse tilfellene.

Forutsettes at presumsjonen ikke er tilbakeviselig, ville det medføre et rent objektivt ansvar for morselskap. Et objektivt ansvar innebærer at morselskapet kunne holdes ansvarlig selv hvor virksomheten ikke har mulighet til å utøve kontroll over datterselskapet. En så vesentlig utvidelse av morselskapets ansvar er ikke forenelig med EU-domstolens bakenforliggende begrunnelse for ansvarliggjøring. Hvor morselskapet verken har deltatt aktivt i overtredelse eller utøvd bestemmende kontroll over den aktivt overtredende aktør, har ikke selskapet handlet på en slik klanderverdig måte som betinger personliggjøring av ansvaret.

## 4.5 Særlig om kontrollvurderingen hvor morselskapet er deleier

I det foregående er det avklart at et morselskap som eier tilnærmet enhver av eierandelene presumeres å kontrollere datterselskapet. Spørsmålet som behandles i det videre er hvorvidt et *morselskap som er deleier av datterselskapet* kan anses for å utøve bestemmende kontroll.

Ifølge EU-domstolen i *Otis Luxembourg*, er det forhold at datterselskapet ikke er heleid, ikke i seg selv utelukkende for at virksomhetene likevel kan anses å inngå som del av samme enhet:

*«The fact that a subsidiary is not wholly owned by a parent company does not exclude the possible existence of an economic unit, in the competition law sense [...]»<sup>193</sup>*

I slike tilfeller faller en utenfor kontrollpresumsjonen, og det faller på Kommisjonen å påvise at morselskapet har utøvd bestemmende kontroll.<sup>194</sup> Anvendelsen av kontrollvurderingen hvor morselskapet er deleier gjør seg gjeldende i to situasjoner; I det videre avklares

---

<sup>193</sup> C-494/11 P, *Otis Luxembourg and Others v Commission*, premiss 43 og C-407/08 P, *Knauf Gips v Commission*, premiss 82.

<sup>194</sup> *Ibid*, premiss 43.

kontrollvurderingen hvor morselskapet er minoritetsaksjonær og hvor morselskap er deleier av et fellesforetak.<sup>195</sup>

#### 4.5.1 Morselskapet er minoritetsaksjonær

Problemstillingen er i hvilken utstrekning et morselskap, som er minoritetsaksjonær, kan anses som del av samme økonomiske enhet som et datterselskap. En minoritetsposisjon kjennetegnes av manglende mulighet for positiv kontrollutøvelse når beslutninger fattes ved flertall eller kvalifisert flertall.<sup>196</sup> En minoritetsandel i seg selv, gir derfor normalt ikke morselskapet mulighet til å kontrollere dattervirksomheten.

Førsteinstansdomstolen i *Fuji* har på denne bakgrunn lagt til grunn at et morselskap, hvis har mindre enn 25.001 % av de stemmeberettigede eierandelene, som et klart utgangspunkt ikke kan danne grunnlag for kontroll.<sup>197</sup> Utøvelse av bestemmende kontroll er i så måte betinget av at minoritetsaksjonæren har utvidede rettigheter enn hva en minoritetsandel normalt gir.<sup>198</sup> I *Fuji* var spørsmålet hvorvidt slike utvidede retter forelå for minoritetsaksjonæren. I vurderingen fremhevet domstolen at det skal legges vekt på eierandelens størrelse, representasjon i virksomhetens styre og ledelse, og morselskapets evne til å øve innflytelse over virksomhetens markedsstrategi.<sup>199</sup> Førsteinstansdomstolen fant at morselskapet hadde tilstrekkelig kontrollmulighet, tatt i betraktning morselskapets eierandel på 50% og da morselskapet var representert i virksomhetens styre og var stemmeberettiget der.<sup>200</sup>

Spørsmålet for minoritetsaksjonæren er når selskapet har slike *utvidede rettigheter* som gir grunnlag for tilstrekkelig kontrollutøvelse. Hvilke rettigheter som tilkommer minoritetsposisjonen, og avgrensningen av disse, må avgjøres ved tolkning av selskapets vedtekter, eventuelle avtaler inngått mellom aksjonærene i virksomheten og i selskapets stiftelsesgrunnlag for øvrig.<sup>201</sup>

---

<sup>195</sup> Henholdsvis punkt 4.5.1 og 4.5.2.

<sup>196</sup> Se punkt 4.2.1.

<sup>197</sup> T-132/07, *Fuji Electric v Commission*, premiss 182.

<sup>198</sup> *Ibid*, premiss 183.

<sup>199</sup> *Ibid*, premiss 184.

<sup>200</sup> *Ibid*, premiss 186-199.

<sup>201</sup> Woxholth s. 54 flg.

Utgangspunktet etter aksjelovgivningen er ellers at «*alle aksjer gir lik rett i selskapet*».<sup>202</sup> Hvor ikke utvidede retter er avtalt eller gitt i selskapets stiftelsesgrunnlag vil dermed ikke eierandelene for minoritetsaksjeeier gi tilstrekkelig grunnlag for kontrollutøvelse.

Ovenfor var det vist hvordan et morselskap hvis er innehaver av B-klasseaksjer aldri vil kunne utøve kontroll over en dattervirksomhet på dette grunnlag alene, selv hvor morselskaper har aksjemajoriteten.<sup>203</sup> Motsetningsvis vil et morselskap som er minoritetsaksjonær, kunne utøve kontroll hvor den har enhver eller det vesentlige av de stemmeberettigede A-klasseaksjene i dattervirksomheten, og når de øvrige deleierne i virksomheten ikke innehar stemmeberettigede aksjer.

Videre kan en minoritetsandel undertiden gi morselskapet mulighet for å utøve negativ kontroll. Med negativ kontroll menes at aksjonæren er tilkjennegitt rettigheter som gir vedkommende selskap mulighet til å hindre en annen eiers beslutningstaking og kontroll over dattervirksomheten. Negativ kontroll kan foreligge for en minoritetsposisjon hvor beslutninger i datterforetaket fattes ved kvalifisert flertall og morselskapet har minst 1/3 av de stemmeberettigede eierandelene i selskapet. Morselskapet kan forhindre at en annen deleier utøver positiv kontroll over virksomheten. Denne vetoretten betegnes som negativ enekontroll.<sup>204</sup>

Spørsmålet om slik negativ enekontroll er tilstrekkelig for å vurdere utøvelsen av kontroll som bestemmende, er omtvistet. En sammenfallende problemstilling reises for betydningen av felleskontroll hvor morselskapet er deleier av et fellesforetak. Både felles og negativ kontroll karakteriseres av morselskapets mulighet til å blokkere andre eieres kontrollerende beslutninger. Det er derfor ikke grunn til å skille skarpt mellom kontrollformene.<sup>205</sup>

Spørsmålet om hvorvidt felles- og negativkontroll er tilstrekkelig for å anse konsernvirksomhetene som samme enhet, behandles samlet nedenfor.<sup>206</sup>

#### **4.5.2 Morselskapet er deleier av et fellesforetak**

---

<sup>202</sup> Aksjeloven og allmennaksjeloven § 4-1.

<sup>203</sup> Punkt 4.2.1.

<sup>204</sup> Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01), avsnitt 58.

<sup>205</sup> Østerud s. 176.

<sup>206</sup> Punkt 4.5.3.

Med fellesforetak menes her et foretak som eies i fellesskap av to eller flere morselskap, og hvor morselskapenes eierandeler er like. Hvor beslutninger fattes ved alminnelig- eller kvalifisert flertall eller enstemmighet, er beslutningstagningen betinget av enighet mellom de kontrollerende eiervirksomhetene. De felleskontrollerende morselskap kan på denne måten forhindre hverandres disposisjoner, ettersom de har tilsvarende stemmeberettigede eierandeler og innflytelse.<sup>207</sup> Felleskontroll gir derfor normalt grunnlag for utøvelse av negativ kontroll.<sup>208</sup>

Illustrerende for felles kontroll er Førsteinstansdomstolens avgjørelse i *Avebe*<sup>209</sup>. Her var spørsmålet hvorvidt to selskap, som hver hadde 50% av eierandelene i et fellesforetak, sammen kunne anses som del av samme økonomiske enhet som dette datterselskapet. Førsteinstansdomstolen fant situasjonen å være analog med hvor datterselskapet er heleid av ett enkelt foretak, og således at de tre virksomhetene utgjorde en samlet enhet.<sup>210</sup> Morselskapene hadde oppnevnt en ledelse bestående av to direktører, hvis representerte hver av selskapene, og som kontrollerte den daglige driften av virksomheten, og de hadde kompetanse til å binde datterselskapet ovenfor tredjeparter.<sup>211</sup>

### 4.5.3 Hvorvidt felles- og negativ enekontroll er tilstrekkelig

I det foregående er det redegjort for hvordan et deleiende morselskap etter omstendighetene har negativ ene-kontroll eller negativ felleskontroll overfor dattervirksomheten. Problemstillingen som behandles i det videre er om slik negativ kontroll utgjør bestemmende kontroll i foretaksbegrepets forstand.

Hva gjelder bøteansvaret, fremgår det av den siterte avgjørelsen i *Avebe* at bestemmende kontroll omfatter negativ kontroll.<sup>212</sup> Det er opprettholdt i EU-domstolens senere praksis i *Dow Chemical*<sup>213</sup>. Førsteinstansdomstolen fant at Dow og El du Pont var del samme enhet som et felleskontrollert selskap.<sup>214</sup> Avgjørende for Førsteinstansdomstolen var at selskapene

---

<sup>207</sup> Østerud s. 176.

<sup>208</sup> I det videre benyttes negativ kontroll også om felleskontroll.

<sup>209</sup> T-314/01, *Avebe BA v Commission*.

<sup>210</sup> *Ibid*, premiss 138-139.

<sup>211</sup> *Ibid*, premiss 137.

<sup>212</sup> Punkt 4.5.2.

<sup>213</sup> C-179/12 P, *The Dow Chemical Company v Commission*.

<sup>214</sup> T-77/08, *Dow Chemical Company v Commission*.

kunne utøve bestemmende innflytelse ved negativ kontroll.<sup>215</sup> EU-domstolen opprettholdt Førsteinstansdomstolens avgjørelse, og sluttet seg til dennes forståelse av foretaksbegrepet.<sup>216</sup>

Ovenfor kl. § 10 og artikkel 101, gir tidligere praksis fra Kommisjonen anvisning på at negativ kontroll ikke er tilstrekkelig. I *Gosme/Martell-DMP*<sup>217</sup> var virksomhetene ansett for å utgjøre *selvstendige foretak*. Martell og Piper-Hiedsieck eide i fellesskap virksomheten DMP, med en eierandel på 50% hver. Morselskapene representerte halvparten av styrets medlemmer hver og hadde halvparten av stemmerettighetene i selskapet. Til tross for at DMP var felleskontrollert, fant Kommisjonen at en avtale inngått mellom DMP og Martell var omfattet av virkeområdet til art. 101.<sup>218</sup> I *Ijsselcentrale*<sup>219</sup> var det anført at fire elektrisitetsselskap som hadde dannet et fellesforetak, inngikk i samme økonomiske enhet som denne, fordi de var del av et felles, udelelig distribusjonssystem. I likhet med *Gosme/Martell-DMP*, fant Kommisjonen at det felleskontrollerte selskapet ikke kunne anses som del av samme enhet som de kontrollerende morselskap.<sup>220</sup>

Avgjørelsene i *Gosme/Martell-DMP* og *Ijsselcentrale* bygger på at Kommisjonen ikke har ansett negativ kontroll tilstrekkelig, med den konsekvens at samarbeidet rammes av artikkel 101 og kl. § 10. Kommisjonen fremstår imidlertid å ta en viss avstand fra denne tilnærmingen i et utkastet til nye retningslinjer for horisontale samarbeid.<sup>221</sup> Her het det at art. 101 ikke gis anvendelse på avtaler inngått mellom morselskap og felleskontrollerte dattervirksomheter, ettersom «*a joint venture forms part of one undertaking with each of the parent companies that jointly exercise decisive influence and effective control over it.*»<sup>222</sup> Uttalelsen ble imidlertid ikke videreført i de endelige retningslinjene.

Det sentrale vurderingstemaet etter kontrollvurderingen er om dattervirksomheten er underlagt morselskapets bestemmende kontroll. I dette ligger at dattervirksomheten mangler tilstrekkelig uavhengighet til å handle selvstendig i markedet. Ved felles- og negativ kontroll kan hver av eierne kontrollere dattervirksomhetens markedsadferd ved å forhindre den andre

---

<sup>215</sup> *Ibid*, premiss 92.

<sup>216</sup> C-179/12 P, *The Dow Chemical Company v Commission*, premiss 57-60.

<sup>217</sup> EFT 1991 L 185/23, *Gosme/Martell – DMP*, IV/32.186

<sup>218</sup> *Ibid*, premiss 30.

<sup>219</sup> EFT 1991 L 28/32, *Ijsselcentrale and others*, IV/32.732

<sup>220</sup> *Ibid*, premiss 24.

<sup>221</sup> Draft - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2010) (tilgjengelig [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_horizontals/guidelines\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_en.pdf))

<sup>222</sup> *Ibid*, s. 7.

eiers disposisjoner over strategiske markedsbeslutninger. Kommisjonens tilnærming, hvor virksomhetene anses for separate foretak til tross for at morselskapet utøver bestemmende negativ kontroll, kan vanskelig vurderes som forenlig med det vurderingstemaet som er anlagt av EU-domstolen.

Som vist må det etter avgjørelsen i *Dow*<sup>223</sup> anses endelig avklart at bestemmende kontroll omfatter negativ kontroll ovenfor bøteansvaret. Det fremstår som en ubegrunnet selvmotsigelse at slik negativ kontroll skal anses bestemmende ovenfor bøteansvaret, men ikke ovenfor § 10 og art 101. Til dette kommer at erverv av negativ kontroll omfattes av foretakssammenslutningsbegrepet etter fusjonsforordningen art. 3 (2)<sup>224</sup> og kl. § 17 tredje ledd ifølge Kommisjonen.<sup>225</sup> Dersom foretaksbegrepet her skulle forstås ulikt ville det medføre at samarbeid mellom to selskap, som er gjennomgått en klarert foretakssammenslutning, ville rammes av kl. § 10.<sup>226</sup> En slik rettstilstand fremstår lite forutberegnelig. Hensynet til koherens i rettssystemet taler da klart for at det på dette punkt ikke bør differensieres mellom foretaksbegrepets anvendelse overfor rekkevidden til kl. § 10, under bøteansvaret og ovenfor fusjonsreglene.

## 4.6 Kontrollvurderingen ved restrukturering av konsernet

Problemstillingen i det videre er om det medfører noen betydning for dragningen av *foretakets* grenser at av de overtredende datterselskap i konsernets sammensluttes med en et annet foretak, avhendes eller fullstendig avvikles.

Betydningen av restrukturering etterfølgende en overtredelse, er en tematikk som alene er behandlet i relasjon til reglene om ileggelse av overtredelsessanksjon av EU-domstolen. Spørsmålet er ikke behandlet ovenfor det materielle forbudet i art. 101 og kl. § 10 som sådan. Restrukturering kan som et utgangspunkt ikke gis relevans ved spørsmålet om en konsernintern avtale faller inn under rekkevidden av kl. § 10, nettopp fordi det er en

---

<sup>223</sup> C-179/12 P, *The Dow Chemical Company v Commission*.

<sup>224</sup> Rådets Forordning (EF) nr. 139/2004, EUT L24/1.

<sup>225</sup> Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01), avsnitt 54 og 58.

<sup>226</sup> Østerud s. 179.

omstendighet som etterfølger en overtredelse av forbudet.<sup>227</sup> Den videre problemstillingen knytter seg derfor alene til betydningen av restrukturering av den overtredende virksomhet ved identifikasjon av morselskapet som ansvarssubjekt for en overtredelse.

EU-domstolens avgjørelse i *CRAM* er illustrerende for ansvarsidentifikasjon ved restrukturering av den overtredende virksomheten.<sup>228</sup> Det tyske selskapet Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co. (RZ) hadde deltatt i et sink-kartell i strid med artikkel 101 TEUV. For deltakelsen i overtredelsen hadde Kommisjonen ilagt bot adressert RZ. Selskapet gjennomgikk deretter endringer i selskapets form, og endret også navn til Rheinzink GmbH. Domstolen avviste at restruktureringen skulle medføre endring for selskapets ansvar:

*«Rheinzink has not contested that not only is it the legal successor of Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co., but it has continued the economic activities of that company. For the purposes of Article 85 of the Treaty, a change in the legal form and name of an undertaking does not create a new undertaking free of liability for the anti-competitive behaviour of its predecessor, when, from an economic point of view, the two are identical.»*<sup>229</sup>

Det siterte gir angivelse på at selskapet ikke kan unndra seg ansvar for konkurranseovertrødelser ved restrukturering av virksomheten. For at selskapets suksessor skal holdes ansvarlig kreves, er ifølge Førsteinstansdomstolen i *LVM*, økonomisk og funksjonell kontinuitet mellom den opprinnelige overtrøder og det etterfølgende selskapet.<sup>230</sup> At morselskapet ikke frikjennes for et eventuelt ansvar etterfølgende restrukturering av den overtredende virksomhet er klart velbegrunnet. Morselskapsansvaret springer ut av det personlige ansvaret. Ut i fra omgåelsehensyn, fremstår det klart at et morselskap ikke bør unndras ansvar simpelt ved å restrukturere virksomheten. På samme måte burde heller ikke et kontrollerende morselskap kunne unndra ansvar ved å restrukturere et av sine datterselskap.

Et særlig spørsmål er hvilket subjekt som skal holdes ansvarlig når det overtredende datterselskap avhendes til en tredje virksomhet. Problemstillingen er om ansvaret for overtredelsen forblir hos det morselskap som kontrollerte datterselskapet ved overtredelsen, eller om ansvaret medfølger avhendelsen av dattervirksomheten. Avhendelsen medfører at det

---

<sup>227</sup> En relevans for den materielle anvendelsen av § 10 kan gis i at en tidligere tillatt avtale eller annen form for samordning mellom mor- og datterselskapet kan rammes av artikkel 101, når datterselskapet er blitt uavhengig som følge av for eksempel en avhendelse av virksomheten.

<sup>228</sup> Forente saker i C-29/83, *CRAM v Commission* og C-30/83, *Rheinzink v Commission*.

<sup>229</sup> *Ibid.*, premiss 9.

<sup>230</sup> T-305/94, *LVM v Commission*, premiss 953. Se Whish og Bailey s. 102

morselskap som kontrollerte virksomheten ved tidspunktet for overtredelsen, er et annet enn det som utøver kontroll ved ileggelse av overtredelsesgebyr.

Utgangspunktet etter EU-domstolens praksis er at ansvaret forblir hos både den aktivt overtredende og den kontrollerende enheten. I domstolens avgjørelse i *Cascades*<sup>231</sup> er løsningen formulert på følgende måte:

*«It falls, in principle, to the legal or natural person managing the undertaking in question when the infringement was committed to answer for that infringement, even if [...] another person had assumed responsibility for operating the undertaking.»*<sup>232</sup>

Morselskapet som kontrollerte dattervirksomheten under tidspunktet for overtredelsen, er også det selskapet som hadde mulighet til å avverge at overtredelsen fant sted. Det ervervende selskap har på sin side ingen tilknytning til overtredelsen som sådan. At ansvaret ikke overdras av det ervervende selskapet, er derfor i full overensstemmelse med prinsippet om det personlige ansvaret.

Unntaksvis kan imidlertid erververen holdes ansvarlig for overtredelsen, når den overtredende virksomhet er fullstendig avviklet. I *ThyssenKrupp* stilles som vilkår at «[...] the entity that has committed the infringement has ceased to exist, either in law or economically [...]»<sup>233</sup> Domstolens begrunnelse ligger i at det for slike tilfeller ikke gis noen preventiv virkning i å adressere overtredelsesbot til virksomheten.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> C-279/98 P, *Cascades v Commission*.

<sup>232</sup> *Ibid*, premiss 78.

<sup>233</sup> C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta v Commission*., premiss 144.

<sup>234</sup> *Ibid*.



## 5 Avsluttende om foretaksbegrepets tvetydighet

Foretaksbegrepet er gitt en sentral betydning i konkurranseretten. Foretaket er konkurranserettens primære subjekt og adressat. Konsekvensene av at konsernets virksomheter identifiseres som del av samme foretak er flersidet. På den ene siden er morselskapet tilkjennegitt et vidt privilegium i at rekkevidden til § 10 innskrenkes. Avtaler mellom konsernvirksomheter innad i samme økonomiske enhet vil falle utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Motstykket er at morselskapets ansvar i vesentlig utstrekning utvides, da morselskapet kan holdes ansvarlig for datterselskaps konkurransestridige markedsadferd under bøteansvaret. Samtidig må morselskapet undertiden tåle at det utmålte gebyr skjerpes, når konsernet har begått en overtredelse av konkurranseforbudet. Denne rettstilstanden gir god sammenheng i konkurranserettens system. Det fremstår rimelig at morselskapets bøteansvar for en overtredelse utvides parallelt med at konsernets samarbeid unndras virkeområdet til forbudet i kl. § 10.

Konkurranseforbudet i § 10 og reglene om bøteansvar etter § 29 har imidlertid ulike virkninger og bakenforliggende begrunnelser. Konseptet om en enkelt økonomisk enhet er på denne måten forsøkt anvendt enhetlig på det som er to ulike rettsspørsmål. Det utgjør en risiko for en to-sporet utvikling av doktrinen, og den kontrollvurdering som er anlagt av EU-domstolen. Illustrerende er at spørsmålet om det kreves faktisk kontrollutøvelse eller om en kontrollmulighet tilstrekkelig, ikke kan anses endelig avklart i enhver sammenheng. Tilsvarende er det reist tvil om felleskontroll er tilstrekkelig både ovenfor bøteansvaret og artikkel 101. Foretaksbegrepet og doktrinen om en enkelt enhet er følgelig ikke fullstendig harmonisert. Tolkningen av begrepet vil kunne avhenge av hvilket regelsett det skal anvendes ovenfor.

Doktrinen om en enkelt økonomisk enhet er et av de mest behandlede spørsmål innen den europeiske konkurranseretten. Dette er et resultat av kontrollvurderingen er en bred og konkret totalvurdering, uten klart angitte standarder eller momenter av relevans for vurderingen. Det er derfor behov for ytterligere veiledning fra EU-domstolen for å klargjøre rettsstillingen og bedre forutberegneligheten for lovens adressater på dette området. Det er symptomatisk for den manglende forutberegnelighet på området at EU-domstolen, av hensyn til effektivitet, har måtte utvikle en vidtrekkende presumsjon for kontroll. Det fremstår sikkert

at spørsmålet om når konsernets virksomheter kan anses for del av samme foretak vil være gjenstand for ytterligere behandling i EU-domstolen også i fremtiden.

# Kildeliste

## **Lover, traktater, forskrifter og forordninger**

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføringen i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Lov 21. juni 1985 nr. 8 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Avtale 1. januar 1994 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

Traktat om den europeiske unions virkemåte (TEUV)

Traktaten om den europeiske union (TEU)

Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002, om gjennomførelse av konkurransereglene fastsatt i artikkel 81 og 82, EFT L1/1 av 4. januar 2003

Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004, om tilsyn med foretakssammenslutninger, EUT L24 av 29. januar 2004

## **Lovforarbeider**

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 konkurranseloven

### **Retningslinjer**

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No. 1/2003 1.9.2006 (2006/C 210/02)

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01)

Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01)

Draft - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2010) (tilgjengelig på [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_horizontals/guidelines\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_en.pdf))

### **Høyesterettspraksis**

HR-2017-1229-A

Rt. 2012 s. 1556

### **Underrettspraksis**

Oslo tingrett, TOSLO-2013-76559

Borgarting lagmannsrett, LB-2014-76039

### **Praksis fra EU-domstolen**

C-73/95 P, *Viho v Commission*, [1996] ECR I-5457

C-22/71, *Béguelin Import v G.L. Import Export*, [1971] ECR I-1147

C-15/74, *Centrafarm B.V. and Adriaan De Peijper vs. Sterling Drug Inc.*, [1974] ECR I-1174

C-16/74, *Centrafarm BV and Others v Winthrop BV*, [1974] ECR I-1183

C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*, [2009] ECR I-8237

C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, [2006] ECR I-11987

C-90/09 P, *General Química and Others v Commission*, [2011] ECR I-1

C-289/04 P, *Showa Denko v Commission*, [2006] I-05859

C-286/13 P, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, ECLI:EU:C:2015:184

C-189/02 P, *Dansk Rørindustri and Others v Commission*, [2005] ECR I-05425

C-3/06 P, *Groupe Danone v Commission* [2007] ECR I-1331

C-41/90, *Höfner and Elser v Macrotron*, [1991] ECR I-1979

C-6/73, *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v Commission*, [1974] ECR 00223

C-170/83, *Hydrotherm*, ECLI:EU:C:1984:271

C-6/64, *Costa v E.N.E.L*, ECLI:EU:C:1964:66

C-309/99, *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*, [2002] ECR I-1577

C-48/69, *ICI v Commission*, [1972] ECR 00619

C-107/82, *AEG-Telefunken v Commission*, [1998] ECR 3151

C-520/09, *Arkema v Commission*, [2011] ECR I-08901

C-413/08 P, *Lafarge v Commission*, [2010] ECR I-05361

C-343/95, *Cali & Figli v Servizi Ecologici Porto di Genova*, [1997] ECR I-01547

C-494/11 P, *Otis Luxembourg and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2012:356

C-286/98 P, *Stora Kopparberg Bergslags AB vs. Commission of the European Community*, [2000] ECR I-9925

C-508/11 P, *Eni v Commission*, ECLI:EU:C:2013:289

C-407/08 P, *Knauf Gips v Commission*, [2010] ECR I-6375

C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta v Commission*, [2011] ECR I-2359

C-279/98 P, *Cascades v Commission*, [2000] ECR I-9693

C-179/12 P, *The Dow Chemical Company v Commission*, ECLI:EU:C:2013:605

C-280/06, *ETI and Others*, [2007] ECR I-10893

C-440/11 P, *Commission v Stichting Administratiekantoor Portielje*, ECLI:EU:C:2013:514

C-100/80, *Musique Diffusion française and Others v Commission* [1983] ECR 01825

Forente saker C-29/83, *CRAM v Commission* og C-30/83, *Rheinzink v Commission*, [1984] ECR I-1679

Forente saker C-93/13, *Commission and Others v Versalis and Others*, og C-123/13, *Versalis and Eni v Commission*, ECLI:EU:C:2015:150

Forente saker C-201/09 P *ArcelorMittal Luxembourg v Commission and Commission* og C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg and Others*, [2011] ECR I-02239

### **Praksis fra Førsteinstansdomstolen**

T-305/94, *LVM v Commission*, [1999] ECR II-931

T-132/07, *Fuji Electric v Commission*, [2011] ECR II-04091

T-354/94 *Stora Kopparbergs Bergslags v Commission*, [1998] ECR II-2111

T-325/01, *DaimlerChrysler AG v Commission of the European Community*, [2005] ECR II-3319

T-198/98, *Micro Leader v Commission*, [1999] ECR II-3992

T-203/01, *Michelin v Commission*, [2003] ECR II-4071

T-112/05, *Akzo Nobel and Others v Commission*, [2007] ECR II-5049

T-102/92, *Viho v Commission*, [1995] ECR II-17

T-299/08, *Total og Elf Aquitaine v Commission*, [1972] ECR 00619

T-314/01, *Avebe BA v Commission*, [2006] ECR II-03085

### **Avgjørelser fra EU-Kommisjonen**

EFT 1991 L 185/23, *Gosme/Martell – DMP* (IV/32.186)

EFT 1991 L 28/32, *Ijsselcentrale and others* (IV/32.732)

### **Vedtak fra Konkurransetilsynet**

Konkurransetilsynets vedtak V2013-3, *Veidekke ASA / Veidekke Industri AS og NCC AB / NCC Roads AS*

Konkurransetilsynets vedtak V2014-3, *Norgesgruppen ASA*

Konkurransetilsynets vedtak V2008-4, *Borregaard Industries Limited*

### **Juridisk litteratur**

Which, Richard og Bailey, David, *Competition Law*, Eighth edition, (2015)

Kolstad, Olav; Ryssdal, Anders; Graver, Hans Petter og Hjelmeng, Erling, *Norsk konkurranserett - Bind I Atferds og strukturkontroll ved Olav Kolstad og Anders Ryssdal*, første utgave (Oslo 2006)

Kolstad, Olav, *Kommentar til konkurranseloven*, Norsk lovkommentar (Rettsdata, sist hovedrevidert 2014)

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

Østerud, Eirik, *Materielle kontrollervurderinger i konkurranseretten*, første utgave (Oslo 2016)

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

Pauer, Nada Ina, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, International Competition Law Series 57 (2014)

Odudu, Okeoghene og Bailey, David, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, Common Market Law Review, Issue 6 (2014)

Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, femte utgave (Oslo 2014)